Arrêt commercial

Audience publique du deux décembre deux mille neuf.

Numéros 32197 et 32271 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Carlo HEYARD, premier conseiller;
Annette GANTREL, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

I)

E n t r e :

la société anonyme AAA, *établie et ayant son siège social à UUU, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 24 novembre 2006,*

comparant par Maître Tom LOESCH, avocat à Luxembourg ;

e t

la société de droit panaméen BBB, *établie et ayant son siège social à Panama, VVV, inscrite auprès du Directorate General of the Public Registry sous le numéro ……., représentée par son Administrateur-Président actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du prédit exploit THILL,*

comparant par Maître Gerry OSCH, avocat à Luxembourg ;

I I)

E n t r e :

la société anonyme AAA, *établie et ayant son siège social à UUU, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

demanderesse en intervention *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 30 janvier 2007,*

comparant par Maître Tom LOESCH, avocat à Luxembourg ;

e t

la société de droit des British Virgin Islands CCC, *établie et ayant son siège social à WWW (British Virgin Islands), immatriculée au registre des sociétés des British Virgin Islands sous le numéro ……., représentée par son conseil d'administration composé de Guy BOUBOBZA et Patrick AFLALO,*

défenderesse sur intervention *aux fins du prédit exploit THILL,*

comparant par Maître Patrick KINSCH, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 3 mars 2005 la société de droit panaméen BBB a fait comparaître la société anonyme AAA devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour s'entendre condamner à lui payer la somme de 2.000.000.- USD, évaluée à 1.635.000.- euros.

La société BBB a exposé à l'appui de cette demande qu'elle a apporté un client à la société AAA, en l'occurrence la société CCC et qu'en contrepartie la société AAA s'est engagée à lui rétrocéder 2/3 des commissions touchées suivant lettre de commission datée du 5 novembre 2001, libellée comme suit:

"Reference made to our different meetings, we are pleased to confirm that our Bank will retrocede to your company 66.6% (2/3) of all

brokerage fees, over EUR 100 per transaction, charged by the Bank on the investment transactions concerning the CCC";

que la société AAA a honoré ses engagements sans défaut à l'égard de la demanderesse entre 2001 et 2003, époque à laquelle la direction de la banque a changé, mais que depuis fin 2003, malgré deux mises en demeure lui adressées par l'actionnaire de la société BBB, elle n'a plus rempli ses obligations découlant de la lettre de commission.

Par jugement rendu le 13 octobre 2006 le tribunal a dit la demande fondée en son principe et a ordonné une expertise aux fins de faire déterminer les commissions que la société AAA redoit à la société BBB pour la période entre le mois d'octobre 2003 et le 3 mars 2005, date de l'assignation en justice.

De ce jugement, lui signifié le 18 octobre 2006, la société AAA a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 24 novembre 2006.

Par exploit d'huissier du 30 janvier 2007, elle a mis en intervention la société de droit des Iles Vierges Britanniques CCC aux fins de prendre fait et cause pour AAA et en toute hypothèse s'entendre déclarer commun l'arrêt à intervenir.

Dans des conclusions notifiées le 30 janvier 2008 la société CCC dit avoir assigné la société AAA le 28 décembre 2007 devant le tribunal d'arrondissement en lui réclamant la restitution d'un très important montant que AAA a débité de ses comptes pour en faire bénéficier entre autres elle-même, mais également des parties tierces, dont la société DDD. Dans cette assignation, reproduite dans ses conclusions, la société CCC a exposé, entre autres, les faits suivants: FFF et GGG, qui étaient respectivement l'administrateur délégué et le directeur général de AAA/AAA, fonctions dont ils ont été suspendus en novembre 2003 suite à une affaire de blanchiment d'argent, ont également été nommés en 2001 administrateurs de CCC. La EEE avait été chargée de la fonction de banque dépositaire, mais conclut aussitôt un contrat de sous-déposition avec AAA/AAA. En leur qualité d'administrateurs de CCC, MM. FFF et GGG ont conclu le 4 septembre 2001 avec AAA/AAA un *Service Agreement*, donnant à AAA les fonctions d'agent administratif, d'agent payeur et d'agent de transfert. Le même jour fut conclu entre CCC, représentée par MM. FFF et GGG et une société "DDD", également représentée par MM. FFF et GGG, un *Investment Management Agreement* en vertu duquel la société DDD devait gérer les avoirs de CCC et qui donna lieu au prélèvement par AAA/AAA de sommes importantes des comptes de CCC à titre de commissions payées à une société "DDD Ltd". En réalité la gestion du fonds n'a pas été confiée à une société de gestion, mais a été prise en mains par un représentant personnel des investisseurs, HHH. D'autre part une société DDD n'a jamais existé, mais il s'est avéré que MM. FFF et GGG ont créé – 15 jours après la signature de *l'Investment Management Agreement* - une société de droit des Iles Vierges Britanniques "DDD Ltd" laquelle devait être l'un des éléments d'une fraude opérée par eux

au détriment de CCC. Au nom de DDD MM. FFF et GGG ont conclu un *Sub Investment Mangement Agreement* avec la société BBB en vertu duquel cette dernière était censée assister DDD dans la gestion des avoirs du fonds. Les mêmes FFF et GGG ont d'autre part falsifié un certificat d'actions à droit de vote dans CCC émis à AAA/AAA, en portant le nombre de 100 actions à 1.000 et en remplaçant AAA/AAA par DDD, datant ce faux certificat au 4 septembre 2001, date à laquelle a été émis le certificat au profit de AAA/AAA. La société CCC retient en guise de conclusion que la banque AAA, actuellement AAA Bank, a été le concepteur, le réalisateur et le promoteur de la structure du fonds CCC Ltd, qu'en même temps l'administrateur-délégué de la banque, M. FFF, et son directeur général, M. GGG, créèrent une structure parallèle, DDD, qui échappait au contrôle de la banque et qui servait, ensemble avec la société BBB, qui en était l'actionnaire réel, à des fins d'enrichissement personnel de ces deux dirigeants de banque et d'autres personnes au détriment de CCC.

Par conclusions du 16 octobre 2008 l'appelante AAA présente elle-aussi un récit d'agissements répréhensibles imputés aux dénommés FFF et GGG. Elle dit avoir déposé plainte pénale contre ses anciens dirigeants et s'être constituée partie civile. Elle demande à la Cour de surseoir à statuer en attendant l'issue de l'instruction pénale qui, selon elle, influera sur la présente instance.

A l'appui de son affirmation la société AAA verse l'ordonnance de consignation du juge d'instruction, mais elle ne verse pas sa plainte, estimant que le secret de l'instruction s'oppose à ce que soient soumis au contradictoire sur le plan civil les éléments contenus dans la plainte. Elle soutient d'autre part que la plainte déposée par elle comporte également des éléments couverts par le secret bancaire et des éléments tout à fait étrangers à la présente affaire et que la production de la plainte mettrait la banque dans une situation délicate par rapport à d'autres clients.

La société BBB s'oppose à la demande de surséance. Elle soutient que, contrairement à ce qu'affirment les parties adverses, la preuve de sa gestion du fonds JJJ résulte à suffisance de droit des attestations versées par elle, que les allégations adverses sur les prétendus montages concernant, entre autres, le fonds CCC, ne sont par ailleurs d'aucune pertinence en présence de l'engagement de rétrocession pris par AAA le 5 novembre 2001, lequel se suffit à lui-même et est pleinement opposable à la banque.

Elle soutient qu'à lire les développements contenus dans les conclusions notifiés par AAA le 16 octobre 2006 il semble que la plainte déposée par elle n'est qu'un *copié-collé* d'une plainte déposée le 5 mars 2007 par le fonds et qui a été toisée par une décision de non-lieu, de sorte que la nouvelle plainte se heurterait à l'adage *non bis in idem.*

La société BBB fait plaider que le refus de AAA de communiquer la plainte déposée par elle est contraire à l'article 6 de la Convention des Droits de l'Homme, empêchant BBB de se défendre valablement contre ce moyen, que la surséance présuppose d'autre part un lien de dépendance entre le procès pénal et celui mené devant le juge civil, lien de dépendance dont l'examen ne peut s'effectuer dans l'ignorance des faits délictueux allégués dans la plainte au pénal.

Elle conteste que la plainte au pénal soit couverte par le secret de l'instruction lequel ne vise que les actes de l'enquête et de l'instruction. Elle soutient d'autre part que le secret bancaire n'empêche pas AAA de verser la plainte déposée par elle, ajoutant qu'il lui serait loisible d'occulter le nom des autres clients dont elle ne veut pas divulguer l'identité.

La société CCC conclut également au rejet de la demande de sursis à statuer de AAA, soutenant que l'adage "le pénal tient le civil en l'état" suppose la vérification préalable d'un lien de dépendance entre la mise en mouvement de l'action publique et le procès civil, laquelle est impossible vu le refus de AAA de verser sa plainte. La société CCC dit ne pouvoir se rallier à BBB en ce qu'elle estime que la plainte déposée par AAA se heurte au principe *non bis in idem.* Selon elle, en effet, la plainte déposée à l'époque l'a été par les sociétés KKK et CCC et, sans préjudice de la question de savoir si une nouvelle plainte émanant de ces deux parties et fondée sur le même fait serait irrecevable, ceci ne saurait empêcher un tiers, en l'espèce AAA, de déposer à son tour une plainte.

La société AAA, de son côté, demande à voir ordonner, par application de l'article 183 du nouveau code de procédure civile, la communication du dossier au Ministère Public afin de permettre à ce dernier de prendre position en toute objectivité et de prendre telles conclusions qu'il jugera appropriées sur la demande de sursis à statuer. Au cas où la production de la plainte pénale serait ordonnée, elle demande à voir limiter cette production à ce qui est strictement nécessaire à l'instruction de la demande de sursis.

La société BBB conclut à l'irrecevabilité de la demande de communication au Ministère Public pour libellé obscur. Elle soutient que AAA demande en ordre principal que le sursis soit ordonné sur base de la simple ordonnance de consignation du juge d'instruction, qu'elle requiert cependant avant tout autre progrès en cause, mais à titre subsidiaire, la communication de l'affaire au Ministère Public. Selon la société BBB, solliciter une mesure avant tout autre progrès en cause, mais subsidiairement n'a pas de sens, que cette demande est donc entachée d'un libellé obscur.

C'est à bon droit que les parties intimées s'opposent à ce qu'il soit fait droit à la demande de sursis à statuer sans que la plainte sur base de laquelle ce sursis à statuer est demandé ne soit versée. En effet, la

vérification d'un lien de dépendance entre la décision à intervenir sur l'action publique et le procès civil présuppose l'examen de la plainte ayant déclenché l'action publique.

La circonstance que, ainsi que l'affirme la société BBB, les faits présentés dans les conclusions de AAA sont identiques à ceux produits à l'appui d'une plainte déposée en 2007, d'où BBB conclut que ces faits sont également invoqués dans la plainte actuellement déposée par AAA, n'est pas de nature à rendre superflue la communication de la plainte.

Cette communication est nécessaire, non seulement pour permettre à la Cour de vérifier s'il existe un lien de dépendance entre l'action publique et le procès civil, mais encore pour permettre aux autres parties au litige de le faire et de présenter leurs observations et contestations. Et la Cour doit statuer sur la demande de sursis à statuer de manière contradictoire en tenant compte des conclusions prises de part et d'autre en pleine connaissance de cause.

Ainsi que le fait valoir à juste titre la société BBB, ni le secret de l'instruction, ni le secret bancaire ne s'opposent à la communication de la plainte.

En ce qui concerne la demande de communication au Ministère Public, les conclusions de la société BBB tendant à l'irrecevabilité de cette demande pour libellé obscur sont à rejeter. En effet, une partie peut très bien conclure en ordre principal au bien-fondé de sa demande et en ordre subsidiaire demander avant tout autre progrès en cause une mesure d'instruction afin d'établir ce bien-fondé.

La Cour se rallie toutefois à la société BBB en ce qu'elle fait remarquer qu'une communication du dossier au Ministère Public afin de connaître son avis sur la surséance à statuer ne peut dispenser AAA de verser la plainte afin de permettre aux autres parties de présenter valablement leur défense à la demande en surséance.

Les arguments présentés par la société BBB pour conclure à l'absence de lien de dépendance entre action publique et procès civil ne peuvent être examinés qu'à la lumière de la plainte déposée par AAA, laquelle doit dès lors être versée.

La société AAA conclut à voir limiter la production de la plainte à ce qui est strictement nécessaire à l'instruction de la demande en sursis à statuer.

La société BBB demande d'un côté qu'il soit ordonné à AAA de verser une copie intégrale de sa plainte et de toutes les pièces à l'appui, d'un autre côté elle déclare ne pas s'opposer à ce que le nom de certains clients de la banque soient occultés.

La production de la plainte est destinée à mettre tant la Cour que les autres parties au litige en mesure de vérifier si l'action publique déclenchée suite à cette plainte est de nature à influer sur le présent litige. La Cour ne voit pas d'objection de principe à ce que AAA limite la production à ce qui est nécessaire pour faire cette vérification, mais celle-ci doit pouvoir se faire. Il appartient partant à AAA, qui demande le sursis à statuer, de confiner la limitation qu'elle sollicite de manière à permettre cette vérification.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement et sur le rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit l'appel en la forme;

avant tout autre progrès en cause,

ordonne à la société anonyme AAA de produire la plainte au pénal sur base de laquelle elle demande un sursis à statuer;

autorise la société anonyme AAA à limiter la production de la plainte à ce qui est nécessaire à l'instruction de sa demande;

réserve les frais et renvoie le dossier devant le magistrat de la mise en état.