Jugement commercial II No.141/12

Audience publique du vendredi, vingt-sept janvier deux mille douze.

Numéro 123312 + 136372 du rôle

Composition :

Jean-Paul HOFFMANN, 1er vice-président ;
Nathalie HILGERT, juge ;
Julie MICHAELIS, juge-délégué ;
Paul BRACHMOND, greffier assumé.

I) (123 312)

E n t r e :

La société **SOC.1.)**, société par actions simplifiée au capital de **(…)**,- EUR, établie et ayant son siège social à F-**(…)**, **(…)**, représentée par son Directeur Général Délégué, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Paris sous le numéro **(…)** ;

partie demanderesse aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Tom NILLES d'Esch-sur-Alzette en date du 19 juin 2009,

comparant par Maître Emmanuel REVEILLAUD, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg,

e t :

la société anonyme **SOC.2.) (LUXEMBOURG) S.A.**, établie et ayant son siège social à L-**(…)**, **(…)**, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce de Luxembourg sous le numéro B **(…)** ;

partie défenderesse aux fins du prédit exploit Tom NILLES du 19 juin 2009,

comparant par Maître Marc ELVINGER, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg.

II) (136 372)

E n t r e :

la société anonyme **SOC.2.) (LUXEMBOURG) S.A.**, établie et ayant son siège social à L-**(…)**, **(…)**, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce de Luxembourg sous le numéro B **(…)** ;

partie demanderesse par intervention aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Josiane GLODEN d'Esch-sur-Alzette en date du 17 mars 2011,

comparant par Maître Marc ELVINGER, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg,

e t :

1) la société d'investissement à capital variable **SOC.3.) SICAV**, déclarée en liquidation judiciaire par jugement du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 2 avril 2009 sur base de l'article 104 (1) de la loi modifiée du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif, établie et ayant son siège social à L-**(…)**, **(…)**, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B **(…)**, représentée par ses liquidateurs actuellement en fonctions , plus précisément qualifiés ci-après sub 2) et 3) ;

2) **Maître Alain RUKAVINA**, avocat à la Cour, demeurant à L-1528 Luxembourg, 10A, boulevard de la Foire, pris en sa qualité de liquidateur judiciaire de la société d'investissement à capital variable **SOC.3.)** SICAV, en liquidation, préqualifiée ;

3) Monsieur **Paul LAPLUME**, réviseur d'entreprise, demeurant à L-6113 Junglinster, 44, rue des Cerises, pris en sa qualité de liquidateur judiciaire de la société d'investissement à capital variable **SOC.3.)** SICAV, en liquidation, préqualifiée ;

parties défenderesses sur intervention aux fins du prédit exploit Josiane GLODEN du 17 mars 2011,

comparant par Maître Alain RUKAVINA, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg.

L e T r i b u n a l :

La société **SOC.1.)**, société par actions simplifiée (ci-après « **SOC.1.)** »), a adressé le 20 octobre 2006 à la société luxembourgeoise d'investissement à capital variable **SOC.3.)** SICAV (ci-après «**SOC.3.)** ») une demande de souscription de parts de catégorie A du compartiment dénommé **SOC.3.A.)** à effet du 31 octobre 2006 pour un montant de 2.500.000,- USD et, le 14 novembre 2006, elle a reçu de **SOC.2.A.)** (LUXEMBOURG) S.A., en sa qualité d'agent administratif de **SOC.3.)**, la confirmation de son inscription dans le registre des actionnaires de **SOC.3.)** pour 2.021,5090 parts de catégorie A pour le montant total de 2.500.000,- USD.

Le 25 novembre 2008, **SOC.1.)** a reçu d'**SOC.2.A.)** un relevé de compte renseignant à la date du 31 octobre 2008 une valeur de ses parts de 2.912.893,39 USD.

Le 12 décembre 2008, elle a demandé à **SOC.2.A.)** le rachat de ses parts à la prochaine date d'évaluation, demande à laquelle elle ne reçut pas de réponse.

Le 19 janvier 2009 **SOC.1.)** reçut de la part d'**SOC.2.A.)** deux avis du Conseil d'administration de **SOC.3.)**, datés des 15 décembre 2008 et 8 janvier 2009, desquels il résultait que les actifs de **SOC.3.A.)** avaient été investis dans des actifs américains via **SOC.4.)** (**SOC.4.)** LLC), que ces actifs étaient gelés en raison d'une ordonnance d'une juridiction américaine et qu'en raison de l'exposition potentielle de **SOC.3.)**, le Conseil d'Administration décidait de suspendre le calcul de la Valeur Nette d'Inventaire (VNI) du compartiment, ainsi que l'émission, la conversion et le rachat des actions au sein du compartiment.

Le 21 janvier 2009, **SOC.2.A.)** a informé **SOC.1.)** qu'elle refusait de procéder au rachat de ses parts de **SOC.3.)**, compte tenu de la suspension du calcul de la VNI à compter du 15 décembre 2008.

Le 3 février 2009, la CSSF a décidé de retirer **SOC.3.)** de la liste officielle des organismes de placement collectif et lui a interdit de procéder à tout acte autre que conservatoire.

Par jugement du 2 avril 2009, **SOC.3.)** a été dissoute et sa liquidation a été ordonnée.

Procédure

Par exploit d'huissier du 19 juin 2009, **SOC.1.)** a régulièrement assigné **SOC.2.)** (LUXEMBOURG) S.A. (ci-après « **SOC.2.)** ») à comparaître devant le tribunal de ce siège.

Par exploit d'huissier du 17 mars 2011, **SOC.2.)** a régulièrement lancé une assignation en intervention contre **SOC.3.)** et contre Maître Alain RUKAVINA et Monsieur Paul LAPLUME, pris en leur qualité de liquidateurs judiciaires de **SOC.3.)**.

L'ordonnance de clôture de l'instruction dans les deux rôles est intervenue le 6 juillet 2011.

Le juge rapporteur a été entendu en son rapport oral à l'audience du 7 décembre 2011.

Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, il y a lieu de procéder à la jonction des rôles numéros 123 312 et 136 372.

Prétentions et moyens des parties

SOC.1.) demande la condamnation d'**SOC.2.)** au paiement de la somme de 2.912.893,39 USD avec les intérêts au taux légal à partir de la demande introductive et avec augmentation du taux d'intérêts de trois points à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la date de la signification du jugement à intervenir.

Subsidiairement, elle réclame la somme de 2.500.000,- USD.

Elle propose, après paiement des condamnations, la subrogation d'**SOC.2.)** dans tous les droits et actions de **SOC.1.)** en sa qualité d'actionnaire de **SOC.3.)**.

Elle réclame la somme de 20.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Dans son assignation en intervention, **SOC.2.)** demande la jonction et conclut à ce que les parties assignées en intervention s'entendent déclarer commun le jugement à intervenir.

A l'appui de sa demande, **SOC.1.)** conclut qu'**SOC.2.)** aurait manqué fautivement à ses obligations en tant que dépositaire des actifs de **SOC.3.)**. Elle aurait notamment contrevenu à son obligation de conservation des actifs en s'en départissant pour les confier à un tiers, à savoir **SOC.4.)**. Or, elle n'aurait pas été autorisée à sous-déposer les actifs auprès d'un tiers. Le sous-dépôt serait intervenu en violation du droit européen et du droit luxembourgeois. **SOC.4.)** ne serait pas un établissement de crédit, n'aurait pas été soumis à un contrôle prudentiel similaire à un établissement de crédit luxembourgeois, ne serait pas agréé par la SEC en tant que dépositaire et aurait été une entité opaque, non contrôlée par des auditeurs de renom, mais par un comptable inconnu du marché de gestion d'actifs.

SOC.2.) aurait d'autre part failli à son obligation de surveillance des actifs de **SOC.3.)** en ne vérifiant pas la consistance et la réalité de ses actifs.

Elle devrait donc réparer le préjudice subi par **SOC.1.)** en raison de l'inexécution de ses obligations de dépositaire.

En ce qui concerne les moyens d'irrecevabilité soulevés par les parties défenderesses ainsi que par celles mises en intervention, elle estime que le jugement de liquidation de **SOC.3.)** du 2 avril 2009 et les jugements du 4 mars 2010 dans des affaires similaires ne lui interdisent pas, en sa qualité de souscripteur d'actions de **SOC.3.)**, d'agir en réparation du préjudice personnel qu'elle subit du fait de la non-restitution par **SOC.2.)** des actifs de **SOC.3.)**.

A titre principal, les demandes seraient recevables sur le fondement de l'article 36 de la loi du 20 décembre 2002 concernant les OPC. Aux termes des articles 19 et 36 de la loi, le dépositaire serait responsable, en droit luxembourgeois, à l'égard des

participants ou des actionnaires, de tout préjudice subi par eux, résultant de l'inexécution ou de l'exécution fautive de ses obligations. Ce serait à tort que les jugements du 4 mars 2010 auraient distingué le régime de responsabilité du dépositaire de la SICAV et du FCP en accordant aux porteurs de parts de FCP une action directe contre la banque dépositaire, action qu'ils auraient refusé à l'actionnaire/investisseur de SICAV en vertu de l'article 36.

A titre subsidiaire, **SOC.1.)** conclut que le contrat de dépôt, signé le 22 septembre 2006 entre **SOC.2.)** et **SOC.3.)**, lui ouvrirait, dans son article 4 a), une action directe à l'encontre du dépositaire par renvoi aux articles 17 à 21 de la loi sur les OPC et même une action directe et sans conditions à l'encontre de la banque dépositaire, dans son article 4 b). Il faudrait analyser l'article 4 de ce contrat comme une stipulation pour autrui, conclue par la défenderesse pour la demanderesse.

La partie défenderesse **SOC.2.)** soulève l'irrecevabilité de la demande de **SOC.1.)** au vu de la jurisprudence se dégageant des jugements du 4 mars 2010 dans des affaires similaires. La partie demanderesse n'aurait pas qualité pour demander la réparation d'un préjudice en réalité accru à **SOC.3.)**. Elle conclut surtout qu'en vertu du jugement de liquidation de **SOC.3.)**, les investisseurs seraient représentés par les liquidateurs. En effet, s'agissant d'une action introduite postérieurement à la mise en liquidation de **SOC.3.)**, cet élément seul suffirait pour rendre les investisseurs irrecevables à agir individuellement.

En ce qui concerne la prétendue action directe en vertu de l'article 36 de la loi sur les OPC, elle estime qu'une telle action n'existe pas parce que le rachat demandé par **SOC.1.)** n'a pas été réalisé et que le préjudice a été en réalité subi par la SICAV en tant que telle.

Finalement, la partie demanderesse ne disposerait pas d'une action directe en vertu d'une stipulation pour autrui. Il n'y aurait eu aucune intention de la part des parties au contrat de dépôt de stipuler en faveur des investisseurs d'autres droits que ceux qu'ils tiennent de l'application des dispositions légales régissant la responsabilité de la banque dépositaire d'une SICAV. L'intention des parties n'aurait été autre que de renvoyer, moyennant cette clause, au régime légal de la responsabilité de la banque dépositaire. Le renvoi aux articles 17 à 21 de la loi de 2002 plutôt qu'aux articles 34 à 36 de cette loi procéderait manifestement d'une erreur matérielle. La formulation utilisée, selon laquelle les règles générales concernant la responsabilité de la banque envers les actionnaires du fonds seraient essentiellement décrites aux articles concernés, lèverait tout doute raisonnable à ce propos.

Les parties mises en intervention se rallient aux conclusions d'**SOC.2.)** en ce qui concerne l'irrecevabilité de la demande principale en raison des dispositions du jugement du 2 avril 2009, en vertu duquel les actions tendant à reconstituer le patrimoine social concernant le préjudice collectif sont dévolues exclusivement aux liquidateurs judiciaires et elles se rallient également aux conclusions concernant l'article 36 de la loi sur les OPC.

En ce qui concerne les assignations en intervention, elles concluent qu'elles sont sans objet, sinon qu'il y a lieu de sursoir à statuer en attendant le sort de l'action introduite par les liquidateurs judiciaires. Ces parties réclament par ailleurs une indemnité de 10.000.- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Les parties mises en intervention soulignent que l'action individuelle en indemnisation est irrecevable pour être en concurrence directe avec celle signifiée par les liquidateurs le 16 décembre 2009. Le jugement de liquidation, en se référant aux pouvoirs du curateur de faillite, aurait réglé le problème de la dualité des actions introduites par le liquidateur d'une part, et les créanciers d'autre part, contre une partie responsable, que ce soit le conseil d'administration ou un tiers.

Elles réclament une indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, principalement contre la demanderesse principale, subsidiairement contre la demanderesse en intervention, au motif qu'il serait inéquitable de laisser à charge de la liquidation de **SOC.3.)**, et donc des actionnaires et créanciers qui respectent les dispositions du jugement de liquidation, les frais d'une action individuelle dirigée contre des prestataires de services de **SOC.3.)**.

La recevabilité de l'action

Le jugement du 2 avril 2009 a prononcé la dissolution et la liquidation de la société d'investissement à capital variable sous forme de société anonyme **SOC.3.)** SICAV en déclarant applicables les dispositions légales relatives à la liquidation de la faillite, sous réserve de certaines modalités dérogatoires. Ce jugement précise que les liquidateurs représentent tant la société que ses investisseurs et créanciers et qu'ils sont dotés des pouvoirs les plus étendus en vue de la réalisation de leur objectif qu'ils exerceront tant au Grand-duché de Luxembourg qu'à l'étranger.

Ces liquidateurs ont introduit le 16 décembre 2009 une demande en justice notamment contre **SOC.2.)**, pris en sa qualité de dépositaire de **SOC.3.)**, tant en leur qualité de représentants de **SOC.3.)** qu'en leur qualité de représentants des créanciers et actionnaires.

Les liquidateurs considèrent qu'ils bénéficient d'un monopole d'action dont le but est de garantir un traitement égal des créanciers et investisseurs, à l'instar de ce qui se passe dans les faillites et liquidations judiciaires d'autres sociétés, de sorte que l'action individuelle de l'actionnaire **SOC.1.)**, introduite le 19 juin 2009 serait irrecevable, tandis que le demandeur soutient pouvoir faire valoir une action directe en se basant, d'une part, sur l'article 36 de la loi, et, d'autre part, sur le contrat de dépôt conclu entre **SOC.2.)** et **SOC.3.)**.

L'exception tirée de l'article 36 de la loi du 20 décembre 2002 concernant les OPC et sa conformité à la Directive 85/611/CEE a déjà fait l'objet d'un examen juridique détaillé dans les jugements du 4 mars 2010, relatifs à d'autres actions introduites contre **SOC.2.)**, qu'il convient de rappeler et que le tribunal s'approprie également dans la présente espèce. Ces jugements ont procédé à une comparaison des articles 19 et 36 de la loi de 2002, l'article 19 de la loi se référant à la responsabilité du dépositaire dans le cadre des fonds communs de placement, revêtant la forme contractuelle, qui ne jouissent pas d'une personnalité juridique propre, et l'article 36 se rapportant aux organismes revêtant la forme statutaire, ce qui a permis de constater ce qui suit :

- L'article 19, alinéa 2 de la loi, pris sur base de l'article 9, deuxième phrase de la Directive (qui prévoit qu' « à l'égard des participants, la responsabilité peut être mise en cause directement, ou indirectement par l'intermédiaire de la société de gestion,

selon la nature juridique des rapports existant entre le dépositaire, la société de gestion et les participants ») précise qu' « à l'égard des participants, la responsabilité est mise en cause par l'intermédiaire de la société de gestion. Si la société de gestion n'agit pas, nonobstant sommation écrite d'un participant, dans un délai de trois mois à partir de la sommation, ce porteur de parts peut mettre en cause directement la responsabilité du dépositaire. » L'article 19 de la loi accorde donc au participant une action individuelle contre la banque dépositaire, après mise en demeure infructueuse de la société de gestion.

- L'article 36 de la loi, pris sur base de l'article 16 de la Directive (qui prévoit que « le dépositaire est responsable, selon le droit national de l'Etat où est situé le siège statutaire de la société d'investissement, à l'égard de la société d'investissement et des participants, de tout préjudice subi par eux et résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de ses obligations ») dispose que « le dépositaire est responsable, selon le droit luxembourgeois, à l'égard des actionnaires de tout préjudice subi par eux résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution fautives de ses obligations ».

- L'article 16 de la Directive, qui concerne les sociétés d'investissement, ne mentionne donc pas la mise en cause directe ou indirecte, mais se réfère expressément au droit national de la société d'investissement. Or, ce silence de l'article en question quant à une mise en cause directe ou indirecte ne saurait être analysé comme une disposition qui n'aurait pas laissé de choix aux Etats membres et qui leur aurait imposé l'introduction d'une action directe au bénéfice des actionnaires.

- La banque dépositaire engage donc sa responsabilité selon le droit national de la société d'investissement à l'égard de cette dernière et l'action de l'investisseur contre le dépositaire se trouve également soumise à cette loi, notamment à la législation sur les sociétés.

- Il y a lieu d'en conclure que les normes communautaire et interne ne sont pas en conflit et que tant l'analyse du texte national que celle du texte communautaire ne permettent pas d'y reconnaître une action directe expresse au profit de l'actionnaire d'une société d'investissement à l'égard du dépositaire.

Cette interprétation donnée par les jugements du 4 mars 2010 a été confirmée par la Cour d'appel dans un arrêt du 30 novembre 2011 relatif à un autre litige dans lequel une problématique comparable se posait (numéro 36254 du rôle Vo.- Ba.). La Cour y a décidé qu'il n'y avait pas de conflit entre la loi du 30 mars 1988 (actuellement la loi du 20 décembre 2002 qui a repris sur ces points les dispositions de la loi de 1988) et l'article 16 de la Directive, et elle a ajouté qu'un renvoi en interprétation préjudicielle devant la Cour de Justice de l'Union européenne sur la question d'une conformité à la directive du droit applicable proposé par les premiers juges en ce qui concerne la recevabilité de l'action des investisseurs à l'égard des dépositaires s'avérait inutile.

Ce même arrêt a également réaffirmé que « pendant toute la durée de la liquidation judiciaire les droits et actions de la société en liquidation sont exercés par le liquidateur auquel aucun créancier ne peut se substituer pour recouvrer une créance de la personne soumise à cette procédure collective (Cass. com. 3.4.2001, BC 2001, 4, n°71; Cass. 1e civ. 2.10.2002, n° 99/10947; C.A. 18.4.1967, P.20,339) ».

L'arrêt a ajouté que cette règle de droit luxembourgeois ne contrevient pas aux dispositions et objectifs communautaires et ne méconnait « la réalité juridique dans laquelle se trouvent la sicav en liquidation judiciaire et ses actionnaires ». « En effet, aucune disposition de la Directive, ni l'objectif suivi par ses auteurs et qui est de réduire les divergences entre les règles nationales en matière d'organismes de placement collectif en établissant des règles minimales communes (voir le préambule de la Directive), ne s'opposent à ce que, en cas de liquidation de la sicav, l'exercice de ses droits et actions soit réservé au liquidateur, l'article 16 de la directive renvoyant par ailleurs, pour ce qui concerne l'étendue et la mise en œuvre de la responsabilité du dépositaire, au droit national de l'Etat du siège statutaire de la sicav. »

En ce qui concerne le principe de l'action directe, il convient encore de reprendre la motivation des jugements du 4 mars 2010 :

« L'analyse du régime des actions directes retient que l'action directe, dans son exercice, est doublement limitée: d'une part, son titulaire ne peut l'exercer que si et dans la mesure où il est créancier du débiteur principal; d'autre part, le sous-débiteur n'est obligé envers le créancier que si et dans la mesure où il est débiteur du débiteur principal (cf. Malaurie et Aynès, Obligations, t. 3, no 90).

La partie demanderesse décrit elle-même l'action directe comme « un droit contre le sous-débiteur, droit qui ne transite pas par le patrimoine du débiteur intermédiaire ».

Or, une condition primordiale fait défaut dans le chef de l'actionnaire-investisseur: il n'est pas créancier de **SOC.3.)** Sicav pour les sommes dont condamnation est requise.

En effet, même si on distingue entre les actions introduites avant la liquidation de la société et celles introduites postérieurement, il y a lieu de dire que l'actionnaire d'une société in bonis a uniquement un droit financier au dividende, il n'est sûrement pas créancier de sa part d'actif.

En cas de liquidation de la société, si les associés d'une société dissoute, qui se survit pour les besoins de sa liquidation, ont un droit ouvert au partage du reliquat de l'actif après paiement du passif, ils ne sont pas pour autant des créanciers (Cour de Cass. fr., chambre civile 1 du 2 oct. 2002, précitée). »

Par ailleurs, le tribunal ne saurait percevoir dans la formulation de l'article 4 du contrat de dépôt, signé le 22 septembre 2006 entre **SOC.2.)** et **SOC.3.)**, qui renvoie aux règles générales concernant la responsabilité de la banque envers les actionnaires du fonds, et dont la référence aux articles concernant les FCP ne fait pas de sens, une intention de la part des parties au contrat de dépôt de stipuler en faveur des investisseurs d'autres droits que ceux qu'ils tiennent de l'application des dispositions légales régissant la responsabilité de la banque dépositaire d'une SICAV.

Il y a par conséquent lieu de conclure que **SOC.1.)** ne dispose pas d'une action directe contre la banque dépositaire et que sa demande est irrecevable.

Or, du moment que la demande principale est irrecevable, les interventions forcées en déclaration de jugement commun, respectivement de mise en cause, sont sans objet.

Indemnités et frais

La demande de la partie défenderesse **SOC.2.)** en allocation d'une indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, n'est pas fondées alors que cette partie ne justifie pas en quoi il serait inéquitable de laisser les frais non compris dans les dépens à sa charge.

La demande des parties mises en intervention n'est pas davantage justifiée alors qu'elles n'ont pas été attraites au litige par la partie demanderesse au principal et qu'aucune condamnation n'est demandée à leur encontre

Comme une partie qui succombe ne peut obtenir une indemnité sur base du même article, la demande afférente de **SOC.1.)** est également à rejeter.

P a r c e s m o t i f s :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

reçoit les demandes principale et en intervention en la pure forme ;

joint les rôles numéros 123 312 et 136 372 pour y statuer par un seul et même jugement ;

déclare la demande principale irrecevable ;

dit la demande en intervention sans objet ;

déboute les parties respectives de leurs demandes en obtention d'une indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ;

condamne la société **SOC.1.)**, société par actions simplifiée, aux frais et dépens de l'instance.