Jugement commercial 2019TALCH02/01725

Audience publique du vendredi, quinze novembre deux mille dix-neuf.

Numéros 123 847 et 142 488 du rôle

Composition :

Anick WOLFF, 1ère vice-présidente ;
Steve KOENIG, 1er juge ;
Paul ELZ, juge ;
Claude ROSENFELD, greffier.

I. 123 847

Entre :

la société anonyme de droit français **SOC1),** établie et ayant son siège social à F-**(…)**, représentée par le Président de son conseil d'administration actuellement en fonctions, 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 Jean Lou THILL de Luxembourg en date du 6 juillet 2009,

comparant par Maître François PRUM, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg,

et :

la société européenne **SOC2)**, établie et ayant son siège à D-**(…)**, immatriculkée au registre de commerce de l'Amtsgericht de Francfort sous le numéro **(…)**, agissant au titre de sa succursale **SOC2)**, Luxembourg Branch, établie à L-**(…)**, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro **(…)**, représentée par les représentants permanents de **SOC2)** pour l'activité de la succursale ;

partie défenderesse, aux fins du prédit exploit Jean-Lou THILL du 6 juillet 2009,

comparant par la société anonyme ELVINGER HOSS PRUSSEN SA, établie et ayant son siège social à L-1340 Luxembourg, 2, place Winston Churchill, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 209469, représentée par Maître Marc ELVINGER, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg.

II. 142 488

E n t r e :

la société anonyme de droit français **SOC1),** établie et ayant son siège social à **(…)**, représentée par le Président de son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Paris sous le numéro **(…)** (**(…)**) ;

partie demanderesse par intervention aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrcik KURDYBAN de Luxembourg en date du 6 décembre 2011,

comparant par Maître François PRUM, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg,

e t :

la société anonyme **SOC3)**, établie et ayant son siège social à L-**(…)**, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro **(…)**;

partie défenderesse sur intervention, aux fins du prédit exploit Jean-Lou THILL du 6 décembre 2011,

comparant par la société anonyme ELVINGER HOSS PRUSSEN SA, établie et ayant son siège social à L-1340 Luxembourg, 2, place Winston Churchill, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 209469, représentée par Maître Marc ELVINGER, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg.

L e T r i b u n a l :

Rappel quant aux parties et quant aux faits

SOC4) (ci-après « **SOC4)** » ou le « Fonds ») est une société d'investissement constituée le 19 février 2003 selon le droit des Îles Vierges Britanniques. Les actifs du Fonds étaient investis directement auprès de **SOC5)** (ci-après « **SOC5)** »).

SOC9)(ci-après « **SOC9)** ») a été la « *prime bank* » du Fonds.

SOC3) (ci-après « **SOC3)** ») a été l'agent administratif du Fonds.

La société anonyme de droit français **SOC1)** (ci-après « **SOC1)** ») était actionnaire de **SOC4)**, détenant 100.138 parts pour le compte d'un particulier dénommé **A)**.

Le 24 octobre 2008 **SOC1)** a transmis à **SOC3)** un ordre de rachat de 100.138 parts.

SOC3) a envoyé le 8 décembre 2008 un fax de confirmation d'ordre de rachat (« *contract note* »), indiquant une valeur de rachat de 1.465.912,17 EUR avec une « *trade date* » au 17 novembre 2008 et une « *value date* » au 12 décembre 2008.

Le 11 décembre 2008, **SOC3)** a envoyé un courrier/fax (daté erronément au 21 décembre 2008) à tous les actionnaires sortants du Fonds pour les informer que la date de paiement concernant les rachats du 17 novembre 2008 n'était pas correcte et que le paiement n'allait pas intervenir le 12 décembre, qu'actuellement la date de paiement ne serait pas encore connue mais qu'elle serait confirmée par fax.

Le 12 décembre 2008, la fraude **SOC5)** a été annoncée dans les médias européens.

Le 19 décembre 2008, le Fonds a déclaré son impossibilité de procéder au calcul de sa valeur nette d'inventaire (VNI) et il a annoncé la suspension de celle-ci, ainsi que la suspension des rachats de parts à partir du 17 novembre 2008, en conformité avec l'article 28 (b) des statuts du Fonds.

Le 31 décembre 2008, le *Director* de **SOC4)** a pris, au nom du Fonds, la résolution de suspendre le calcul desVNI et l'exécution des rachats aux 17 novembre 2008, 28 novembre 2008 et 15 décembre 2008.

Malgré une mise en demeure envoyée par **SOC1)** à **SOC3)** et **SOC9)** le 16 janvier 2009, aucun paiement n'est intervenu.

Suite à une fusion intervenue en 2016, les droits et obligations d'**SOC9)** ont été transférés à la société européenne **SOC2)** ayant son siège social à **(...)**.

Pour des raisons de simplification de la rédaction, le tribunal désigne cependant cette partie défenderesse dans le présent jugement par la dénomination d'origine **SOC9)**.

Procédure

Par jugement du tribunal de céans du 13 décembre 2013, qui a ordonné la jonction des rôles numéros 123 847 et 142 488 et déclaré recevable l'action de **SOC1)** alors que la demande tend à la réparation d'un préjudice personnel et direct de **SOC1)**, il a été ordonné à **SOC3)** de communiquer à **SOC1)** :

« *tout document, lettre, correspondance par mail ou fax, échangé entre **SOC3)**, **SOC4)** et UBS d'une part, et **SOC5)** d'autre part, entre le 17 novembre 2008 et le 12 décembre 2008, qui ont conduit **SOC3)** à ne pas effectuer le paiement qui devait intervenir le 8 décembre 2008 et à adresser en lieu et place de **SOC1)** une télécopie l'informant du fait que ce paiement interviendrait le 12 décembre 2008* ».

Par jugement du tribunal de céans du 10 juin 2016, suite à un problème d'interprétation de l'ordre de communication de pièces résultant du jugement du 13 décembre 2013, cette mesure a été reformulée comme suit :

« *tout document, lettre, correspondance par mail ou fax, échangé entre **SOC3)**, **SOC4)** et UBS d'une part, de même qu'avec **SOC6)** ou la société luxembourgeoise **SOC10)** entre le*

*17 novembre 2008 et le 12 décembre 2008, ayant un lien quelconque avec le redemption order de **SOC1)** du 24 octobre 2008* ».

Par jugement du tribunal de céans du 16 juin 2017, il a finalement été ordonné à **SOC3)** de communiquer une version entière non masquée des échanges de courriers électroniques communiqués dans le cadre de la présente procédure.

L'instruction fut à nouveau clôturée par ordonnance du 10 juillet 2019.

Le juge de la mise en état fut entendu en son rapport le 2 octobre 2019.

Prétentions et moyens des parties

Dans son dernier corps de conclusions récapitulatives, **SOC1)** demande, avant dire droit, à enjoindre à **SOC9)** de produire des extraits de compte **COMPTE)** couvrant la période se situant entre le 15 novembre 2008 et le 20 décembre 2008, sous peine d'une astreinte de 10.000,- EUR par jour de retard à compter de la date fixée par le tribunal.

Au fond, elle demande à voir constater qu'il ressort des pièces produites que **SOC9)** a manqué à ses obligations en qualité de dépositaire de **SOC4)** et que **SOC3)** s'est engagée à payer à **SOC1)** le 8 décembre 2008 le montant du rachat de ses parts **SOC4)**.

Elle demande en conséquence la condamnation d'**SOC9)** et d'**SOC3)**, *in solidum* sinon chacune pour sa part, au paiement de la somme de 1.465.912,17 EUR avec les intérêts au taux légal à partir du 8 décembre 2008 ainsi que la condamnation *in solidum* des parties défenderesses aux frais.

Elle requiert, en tout état de cause, à se voir allouer une indemnité de procédure de 50.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, la condamnation des parties défenderesses à tous les frais et dépens et à voir ordonner l'exécution provisoire sans caution du jugement à intervenir.

L'argumentation à l'appui de sa demande au regard du dernier corps de conclusions récapitulatives notifié le 30 mai 2018 est la suivante :

SOC1) considère que rien ne justifierait le blocage du paiement de l'ordre dûment confirmé et exécuté, alors que la VNI avait été calculée au 17 novembre 2008, de sorte que la valeur de rachat aurait été définitivement fixée et que l'imminence du paiement avait été annoncée par **SOC3)** par fax du 8 décembre 2008 à **SOC1)** (dans ses conclusions récapitulatives **SOC1)** indique à plusieurs reprises la date du 9 décembre 2008, alors que le fax litigieux a été envoyé le 8 décembre 2008, date qui serait reprise dans la suite du jugement), dont la teneur est la suivante :

« *We confirm your redemption of […] 100.138 **TITRE)**[…] at the price of 1.465.912,17 EUR […] Trade date (17/11/2008) Value Date (12/12/2008) […] Payment to/via **SOC7)***».

SOC1) affirme encore que les documents contractuels confirmeraient la dette des défenderesses à son égard. Ainsi, il en résulterait que sur instruction d'**SOC3)**, en sa qualité d'agent administratif, **SOC9)**, en sa qualité de « *prime bank* » et dépositaire, aurait eu l'obligation de verser aux investisseurs le produit de leurs titres rachetés par le Fonds.

Il résulterait de la confirmation du 8 décembre 2008 transmise par **SOC3)** à **SOC1)** que les liquidités correspondant au prix de rachat des titres étaient entre les mains d'**SOC9)** en sa qualité de dépositaire ou auraient dû l'être.

Les instructions de paiement consécutives au rachat des titres seraient des instructions émises par **SOC4)** en faveur de tiers qui obligeraient, par leur seule émission, **SOC9)** à s'exécuter envers les actionnaires concernés.

Elle se réfère en outre à un courrier électronique envoyé le 4 décembre 2008 par **C)** de la société **SOC11)** (ci-après « **SOC11)** »), agissant en qualité de gestionnaire du Fonds, à **B)** d'**SOC3)** avec le contenu suivant :

« ***B),***

*We have just agreed the Net Asset Value of **SOC8)** for November 17th 2008.*

*However please DO NOT pay out the redemptions for **SOC4)** and **SOC8)** for November 17th 2008 at the present time.*
As with Luxalpha we are working with the Manager to see when he exits from his investment program into cash at which point funds will be brought across to enable the redemptions to be paid. We should have clearer information by the end of this week. »

SOC1) conclut actuellement à une faute d'**SOC3)** consistant à avoir violé les instructions claires de son mandant, tout en étant informée depuis le 4 décembre 2008 au plus tard des difficultés du Fonds, engageant ainsi sa responsabilité en prenant l'engagement de payer **SOC1)** au titre du rachat des parts.

En exécution des règles du mandat, **SOC3)**, en tant que mandataire ayant agi en contradiction des instructions reçues, aurait engagé sa responsabilité, s'engageant personnellement au paiement au titre du rachat de parts.

SOC1) se réfère à un jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 2e chambre, du 14 novembre 2014 (n° 2257/2014), qui avait retenu qu'en recevant les ordres de rachat de l'actionnaire, **SOC3)** était devenue le mandataire de l'actionnaire qui donne un ordre de rachat et qu'en tout état de cause, l'agent de transfert qui constate que pour une raison ou pour une autre, l'ordre ne peut pas être exécuté, doit en informer sans tarder le donneur d'ordre. Elle considère que l'arrêt en appel de ce jugement du 17 mai 2017 n'aurait pas renversé la décision du tribunal d'arrondissement.

Elle estime encore que dans la mesure où l'agent administratif **SOC3)** a adressé deux confirmations de paiement suite à l'ordre de rachat de **SOC1)**, tout en sachant pertinemment que **SOC4)** ne disposait pas des fonds suffisants pour procéder à ce paiement, elle aurait volontairement transmis de fausses informations et aurait en conséquence pris un engagement propre de payer ou de garantir qu'un paiement interviendrait le 12 décembre 2008.

La faute de **SOC3)** serait démontrée, de même que sa responsabilité personnelle à cet égard.

Quant à **SOC9)**, **SOC1)** considère que sa responsabilité est engagée au titre de la violation de ses obligations liées à sa qualité de dépositaire. Celle-ci serait responsable, comme tout dépositaire, tant envers les porteurs de parts que les tiers, des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux fonds d'investissement.

Elle soutient que même si **SOC4)** est un fonds non luxembourgeois, elle pourrait se référer aux dispositions de la loi sur les OPC et à la doctrine luxembourgeoise relatives aux obligations du dépositaire en la matière, suivant lesquelles la mission d'une banque dépositaire d'un OPC est notamment de « s'assurer que la vente, l'émission, le rachat des parts effectués par l'OPC ou pour son compte, ont lieu conformément à la loi ou aux documents constitutifs de cet OPC ».

SOC3) en confirmant le rachat des parts à **SOC1)**, tout en reportant le paiement au 12 décembre 2008, aurait violé les dispositions statutaires de **SOC4)**. **SOC9)** pour sa part se serait également rendue coupable d'une violation statutaire, par abstention coupable, en laissant l'agent administratif **SOC3)** adresser à **SOC1)** de fausses informations, à deux reprises au moins, en occultant les problèmes de liquidités du Fonds. **SOC9)** aurait encore engagé sa responsabilité en ne veillant pas à la conservation d'avoirs suffisants dans le Fonds, permettant le remboursement des parts de **SOC1)** à la valeur nette d'inventaire du 17 novembre 2008. Sa responsabilité serait engagée sur base d'une stipulation pour autrui, sinon sur base de la Directive 85/611 CEE du 20 décembre 1985 et de la loi du 20 décembre 2002, sinon sur base de l'article 1994 du Code civil, permettant au mandant d'agir directement contre le sous-mandataire.

Plus subsidiairement, la responsabilité délictuelle d'**SOC9)** serait engagée pour défaut de surveillance et de conservation des actifs nécessaires au remboursement de **SOC1)**, et en raison du silence conservé quant aux confirmations de rachat adressées par **SOC3)** à **SOC1)**, ces comportements étant en relation causale directe avec le préjudice subi par **SOC1)**.

La résolution prise par le Fonds le 31 décembre 2008 prévoyant la suspension rétroactive des demandes de rachat reçues mais non encore exécutées, ne concernerait pas les ordres de rachat d'ores et déjà exécutés pour lesquels la valeur nette d'inventaire avait été calculée de manière définitive.

SOC1) considère encore que la prétendue impossibilité matérielle d'**SOC9)** de procéder au paiement, alors que le compte de **SOC4)** n'était pas provisionné, serait indifférente au regard de la responsabilité incombant à la banque dépositaire des avoirs de **SOC4)**. Selon le prospectus du Fonds, **SOC9)** « …*will keep a mirror book-keeping of all the transactions placed by **SOC5)** so as to enable **SOC3)** to run their NAV calculation …*».

Elle demande par ailleurs la communication des pièces relatives à un compte n° **COMPTE)** ouvert auprès d'**SOC9)**.

SOC9) et SOC3) concluent principalement à l'absence de faute dans leur chef.

Elles donnent à considérer que **SOC4)** est un fonds d'investissement régi par les lois des Iles Vierges Britanniques (BVI) et qu'il n'est dès lors pas soumis aux règles contraignantes en la matière concernant les fonds soumis au droit luxembourgeois. Cette circonstance a été précisée à la page 4 du « *Confidential Memorandum* » du Fonds.

Ainsi, la fonction d'agent administratif confiée par **SOC4)** à **SOC3)** suivant « *administration agreement* » serait de nature purement contractuelle, non soumise à la surveillance de l'autorité prudentielle luxembourgeoise. Suivant le contrat liant **SOC3)** au Fonds, **SOC3)** était désignée comme entité de contact à laquelle étaient envoyés les ordres de souscription et de rachat de parts et qui tenait le registre des actionnaires du Fonds. Il lui incombait en outre de calculer la VNI du Fonds à intervalles réguliers.

SOC3) affirme cependant qu'il ne lui incombait pas de s'assurer au moment de la réception d'un ordre de rachat et de l'envoi de la confirmation de rachat de vérifier si au jour de paiement annoncé le compte du Fonds serait approvisionné à suffisance. Dès lors, aucune obligation personnelle de paiement ne pourrait en être déduite dans le chef de **SOC3)**, celle-ci incombant exclusivement au Fonds.

Elle reproche à **SOC1)** de conclure à une obligation de garantie incombant à **SOC3)**, dédoublée d'une obligation de respecter les termes de ses propres engagements au titre des confirmations de paiement adressées à **SOC1)**, en se référant à un jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 14 novembre 2014, alors que ce jugement a été réformé en appel à ce propos par un arrêt du 17 mai 2017. La Cour d'appel aurait ainsi réfuté la qualité de mandataire de l'agent administratif à l'égard de l'investisseur et rejeté l'existence d'une obligation de garantie ou de paiement personnelle au titre des confirmations de rachat adressées aux investisseurs.

SOC9) pour sa part fait valoir qu'elle aurait été liée au Fonds sur une base purement contractuelle par un « *Prime Bank Agreement* », dont les obligations ne seraient pas régies par la législation luxembourgeoise sur les fonds d'investissements et qui n'attribuerait pas à **SOC9)** la qualité de banque dépositaire telle que règlementée par la législation luxembourgeoise. Son seul engagement aurait consisté à payer, sur instruction de **SOC4)** et moyennant les fonds déposés par **SOC4)** sur les comptes détenus auprès d'elle, tel tiers qui lui aurait été indiqué à cet effet. Aucune obligation personnelle dans son chef ne saurait en être déduite. Cette analyse aurait été retenue dans l'arrêt du 17 mai 2017 précité.

SOC3) et **SOC9)** concluent dès lors à l'absence de faute dans leur chef.

Ainsi, conformément aux obligations lui incombant, **SOC3)** aurait communiqué le détail et le montant global des demandes de rachat à **SOC4)**, respectivement à son mandataire **SOC11)**, afin que soient prises les mesures nécessaires à l'approvisionnement du compte auprès de **SOC9)** pour permettre le paiement à la date prévue à cet effet. Le mécanisme aurait cependant été enrayé pour la simple raison que **SOC5)** était au bord du gouffre et ne disposait pas des liquidités nécessaires pour procéder aux rachats engagés.

Elle affirme qu'il n'aurait pas été anormal qu'au moment de la confirmation de rachat, les comptes du Fonds auprès d'**SOC9)** n'étaient pas provisionnés à hauteur des montants requis pour effectuer les paiements en faveur des investisseurs.

Il n'y aurait pas non plus eu de faute dans le chef d'**SOC3)** du fait de l'envoi de la confirmation de rachat, malgré l'existence d'un courrier électronique de **C)** du 4 décembre 2008, donnant instruction de ne pas procéder au paiement des demandes de rachat du 17 novembre 2008. Non seulement, il y aurait lieu de considérer que le préjudice invoqué par

SOC1) ne serait pas né de l'envoi de la confirmation de rachat, mais en outre, il n'y aurait pas eu de violation d'une instruction de la part du Fonds.

La seule cause du dommage subi par **SOC1)** résiderait dans l'absence de provision suffisante sur le compte de **SOC4)** à la date prévue de paiement.

Concernant le reproche adressé à **SOC9)** de ne pas avoir procédé au paiement des sommes relatives au rachat des parts, il y aurait lieu de retenir que du fait que le Fonds n'était pas soumis à la législation luxembourgeoise, **SOC9)** était à considérer comme dépositaire de droit commun du cash que **SOC4)** lui avait confié, et en conséquence (i) ne détenait pas en dépôt les titres du Fonds et n'en avait pas la garde au sens de la loi luxembourgeoise, (ii) n'avait pas le monopole de la détention et du traitement du cash du Fonds et (iii) n'avait pas de droit de regard direct, ni de contrôle sur les actifs qui se trouvaient en dépôt auprès d'elle.

Si **SOC9)**, en sa qualité de « *prime bank* » et en application du « *Prime Bank Agreement* » avait l'obligation de payer à **SOC1)** le prix de rachat des parts sur instruction de celle-ci, ce n'aurait cependant été que dans les limites des sommes disponibles sur le compte de **SOC4)**. Dans la mesure où en l'espèce, les sommes déposées sur ce compte à la date de paiement prévue du 12 décembre 2008 auraient été largement insuffisantes pour procéder à ces paiements, elle aurait été dans l'impossibilité matérielle de procéder au paiement réclamé.

Le préjudice de **SOC1)** ne trouverait dès lors pas sa cause dans un quelconque agissement fautif de **SOC9)**, mais dans le manque de provision des comptes bancaires de **SOC4)**.

SOC9) produit des extraits de compte relatifs au compte n° **COMPTE)** pour la période du 1er octobre au 31 décembre 2008 duquel il résulte que le solde de ce compte était nul à partir du 13 octobre 2008.

A titre subsidiaire, **SOC3)** et **SOC9)** concluent à l'absence de tout lien causal entre leur prétendue faute et le dommage allégué, qui ne serait par ailleurs ni certain ni direct.

Ainsi, le préjudice de **SOC1)** ne serait pas né de l'annonce qui lui a été faite quant au paiement à intervenir, mais du fait que, faute de provision, le paiement n'a pas été et n'a pas pu être effectué à charge de **SOC4)**. Dans la mesure où **SOC11)** avait été informée par **SOC3)** des ordres de rachat, l'absence de provision suffisante du compte du Fonds n'était pas imputable à **SOC3)**. Quel qu'eût été l'attitude d'**SOC3)** à l'époque pertinente, **SOC1)** n'aurait en aucun cas pu toucher les sommes correspondant à ses demandes de rachat.

SOC3) et **SOC9)** demandent finalement à se voir allouer une indemnité de procédure de 5.000,- EUR chacune sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Appréciation

Le tribunal constate que les extraits relatifs au compte n° **COMPTE)** dont la production a été demandée par **SOC1)** par voie de conclusions et avant tout autre progrès en cause ont été versés par **SOC9)**, de sorte que la demande afférente est devenue sans objet.

A titre liminaire, il y a lieu de rappeler que toute action en responsabilité, qu'elle soit de nature contractuelle ou délictuelle, suppose la preuve d'une faute, d'un préjudice et d'un lien causal entre faute et préjudice.

L'existence d'un préjudice dans le chef de **SOC1)** ne fait aucun doute en l'espèce, dans la mesure où elle a perdu son investissement dans **SOC4)**, n'ayant pas obtenu le paiement du prix de rachat des parts précédemment détenues par elle dans **SOC4)**.

Afin de déterminer les éventuelles responsabilités encourues par **SOC3)** et **SOC9)**, il y a lieu d'analyser les rôles et fonctions exercés par elles dans le cadre des relations contractuelles ayant existé entre **SOC1)** et **SOC4)**.

En faisant l'acquisition de parts de **SOC4)**, **SOC1)** est entrée en relations contractuelles avec celle-ci, conformément à la documentation contractuelle régissant le Fonds.

Conformément au « *Operating Memorandum* » ou « OPMEM » du 7 décembre 2005 relatif à **SOC12)** et **SOC4)**, **SOC9)** a pris la fonction de « *Prime Bank* » et **SOC9)**celle d'agent administratif du Fonds.

Suivant « *Prime Bank Agreement* » du 1er septembre 2005, le rôle d'**SOC9)** a été décrit comme celui de « *prime banker of the Cash transferred to the Account* » avec la precision que « *the Prime Banker accepts responsibility for the safe custody of such assets whilst they are held in or through the Account* ».

Suivant « *Administration Agreement* » du même jour, **SOC3)** a été chargée par **SOC4)** de la comptabilité du Fonds, de la détermination de la VNI des parts du Fonds, de la préparation des comptes annuels, rapports et états financiers du Fonds et de garantir le lien avec le réviseur du Fonds. **SOC3)** a par ailleurs été chargée de la fonction de « *Registrar and Transfer Agent* », la chargeant ainsi de la gestion des souscriptions, rachats, annulations, transferts, conversion et échange de parts en accord avec les statuts du Fonds et de la tenue du registre des actionnaires.

- La demande contre **SOC3)**

La responsabilité d'**SOC3)** est recherchée au titre de la « *contract note* » émise par elle le 8 décembre 2008, en vertu de laquelle elle se serait engagée à payer à **SOC1)** le montant de 1.465.912,17 EUR. Elle serait redevable d'une obligation de garantie dédoublée d'une obligation de respecter les termes de ses propres engagements au titre des confirmations de paiement, en sa qualité de mandataire des investisseurs.

Le fonds **SOC4)** n'étant pas soumis à la législation luxembourgeoise en matière d'OPC en raison de son rattachement aux BVI et de l'exclusion expresse contenue à la page 4 du « *Confidential Memorandum* » de **SOC4)**, et en l'absence d'élément objectif dictant l'application de cette législation, les relations contractuelles entre le Fonds d'une part et **SOC9)** et **SOC3)** d'autre part sont régies par les documents contractuels les liant. Ainsi, les obligations d'**SOC9)** et **SOC3)** envers les investisseurs ne sont pas celles incombant aux différents acteurs d'un fonds d'investissement soumis à la surveillance prudentielle luxembourgeoise.

Si **SOC3)** a agi en tant que mandataire de **SOC4)**, en ce qu'elle était amenée, en vertu des relations contractuelles les unissant, à, entre autres, calculer la VNI du Fonds à intervalles réguliers et à agir comme agent de transfert devant réceptionner les ordres de rachat et procéder à leur exécution au nom du Fonds, qui s'était contractuellement engagé à racheter les parts de tout investisseur qui en faisait la demande, elle n'exerçait cependant pas la fonction de mandataire de **SOC1)**.

En effet, le mandat exige pour pouvoir être qualifié comme tel, que le mandant pose un acte juridique, par opposition à un simple acte matériel, au nom du mandataire. Or, ni la réception par **SOC3)** de l'ordre de rachat adressé par **SOC1)**, ni l'exécution de l'ordre de rachat, en conformité avec le contrat conclu entre le Fonds et **SOC3)**, ne constituent des actes juridiques posés au nom de **SOC1)**. Par ailleurs, toute autonomie d'**SOC3)** dans l'exécution de sa mission faisait défaut, alors qu'elle n'avait pas d'autre choix que de réceptionner les ordres de rachat et de les exécuter conformément au contrat conclu avec **SOC4)** (voir en ce sens : Cour d'appel, 17 mai 2017, arrêt 87/17 IV-COM, n° 42252 du rôle).

En conséquence, à défaut de preuve d'une quelconque relation contractuelle entre **SOC1)** et **SOC3)**, l'éventuelle responsabilité de cette dernière ne peut être que de nature délictuelle.

Suivant **SOC1)**, la faute délictuelle reprochée à **SOC3)** consisterait soit dans le fait de ne pas avoir exécuté la demande de rachat par le paiement du prix qu'elle avait elle-même annoncé, soit d'avoir annoncé le paiement par « *contract note* » du 8 décembre 2008, malgré l'instruction du gestionnaire du Fonds, **SOC11)**, de suspendre les paiements et de ne pas procéder au paiement le 12 décembre 2008, comme initialement annoncé.

Cette argumentation est en soi contradictoire, alors qu'il est reproché à **SOC3)** à la fois de ne pas avoir procédé au paiement annoncé découlant de la mission confiée par le Fonds à **SOC3)** sur base du « *Administration Agreement* » et d'avoir annoncé un paiement non autorisé par le Fonds.

Il est reproché à **SOC3)** d'avoir adressé à **SOC1)** deux confirmations de paiement à la suite du rachat de ses parts intervenu le 17 novembre 2008, alors qu'elle savait pertinemment que **SOC4)** ne disposait pas de fonds suffisants pour procéder à ce paiement.

En tant que mandataire de **SOC4)** toutefois, **SOC3)** n'avait aucune obligation de garantie à l'égard des tiers.

Il appert au regard des éléments du dossier et plus particulièrement de l'absence ou de l'insuffisance de provision des comptes de **SOC4)** que le paiement du prix de rachat ne pouvait pas aboutir par les deniers du Fonds, circonstance échappant complètement à la responsabilité d'**SOC3)**, de sorte qu'il n'est pas établi de quelle manière une obligation de paiement aurait pu naître dans le chef de celle-ci.

Par ailleurs, même à admettre que l'attitude d'**SOC3)** soit à qualifier de fautive, toujours est-il que l'unique cause du préjudice de **SOC1)** est à rechercher dans l'absence d'avoirs du Fonds permettant le paiement du prix du rachat. L'argument suivant lequel **SOC3)** savait dès le courrier électronique de **C)** du 4 décembre 2008 que **SOC4)** était confrontée à des problèmes de trésorerie, mais informait tout de même **SOC1)** de l'imminence du paiement, pour autant que cette attitude puisse être constitutive d'une faute, n'est pas en relation causale avec le préjudice, alors que la situation de **SOC1)** n'aurait pas été différente si

SOC3) avait informé **SOC1)** dès le 4 décembre 2008 de l'existence des problèmes qui se sont avérés par la suite : même dans cette éventualité, le paiement du prix de rachat n'aurait pas pu être effectué.

La fonction de la responsabilité civile est de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit. Or, en l'espèce, si le comportement d'**SOC3)** aurait été différent face à la demande de rachat de **SOC1)**, et notamment si elle avait informé **SOC1)** des problèmes liés au paiement des parts au lieu d'envoyer la « *contract note* » du 8 décembre 2008, la situation de **SOC1)** serait restée inchangée en ce que le paiement du prix de rachat n'aurait pas pu être exécuté.

Le tribunal considère par ailleurs que même si les comptes du Fonds auprès d'**SOC9)** avaient été provisionnés de la somme nécessaire au paiement de tout ou partie du prix de rachat à la date prévue pour le paiement, **SOC3)** n'aurait tout de même pas pu procéder au paiement le 12 décembre 2008, alors que le gestionnaire avait expressément demandé, le 4 décembre 2008, la suspension de tout paiement en relation avec les rachats du 17 novembre 2008. La possibilité pour **SOC4)** de suspendre tant le calcul que la VNI que le paiement des parts rachetées résulte de l'article 28 (b) des statuts : « *No issue or redemption of shares of a particular class will take place during any period when the calculation of the net Asset Value of that class is suspended. Moreover, the Company reserves the right to withhold payment to persons whose shares have been redeemed (or to persons who have served a redemption notice) prior to such suspension until after the suspension is lifted* ».

Le tribunal note encore que **SOC1)** affirme à plusieurs reprises que l'annonce par **SOC3)** du paiement à une date précise aurait créé dans le chef de celle-ci une obligation de paiement personnelle, sans cependant indiquer la base légale sur laquelle serait fondée une telle obligation, de sorte que cette demande ne saurait aboutir.

- La demande contre **SOC9)**

SOC1) reproche à **SOC9)** d'avoir manqué à ses obligations en sa qualité de dépositaire. Par abstention coupable, elle aurait laissé **SOC3)** adresser à **SOC1)** de fausses informations, en occultant sciemment les problèmes de liquidités du Fonds. Elle aurait par ailleurs failli à son obligation de veiller à la conservation des avoirs suffisants dans le Fonds permettant le remboursement des parts des investisseurs sortants.

La responsabilité d'**SOC9)** serait dès lors engagée sur base d'une stipulation pour autrui, sinon sur base de la directive 85/611 CEE du 20 décembre 1985 et de la loi du 20 décembre 2002, sinon sur base de l'article 1994 du Code civil et notamment la responsabilité du mandataire substitué. Plus subsidiairement, la responsabilité délictuelle d'**SOC9)** serait engagée pour défaut de surveillance et de conservation des actifs nécessaires au remboursement de **SOC1)**.

L'instruction donnée à **SOC9)** par le Fonds, par l'intermédiaire de l'agent administratif **SOC3)**, de payer à **SOC1)** les sommes correspondant à l'exécution de son ordre de rachat serait à analyser en une stipulation pour autrui conférant à **SOC1)** un droit d'action direct à l'encontre d'**SOC9)** pour obtenir paiement de la somme réclamée.

L'article 1165 du Code civil pose le principe de l'effet relatif du contrat. Selon ce principe, le lien contractuel ne concerne que les parties, et non les tiers qui ne peuvent ni profiter d'une créance, ni supporter une obligation issues de ce contrat (Jurisclasseur civil code {Archives antérieures au 1er octobre 2016} articles 1121 et 1122, Fasc. unique, contrats et obligations, stipulation pour autrui n° 2).

La stipulation pour autrui constitue une exception au principe de la relativité des contrats dans la mesure où un tiers au contrat acquiert un droit de créance contre le promettant qui trouve sa source dans le contrat conclu entre le stipulant et le promettant. Ce droit naît indépendamment de la volonté du bénéficiaire.

Selon la doctrine française, le virement s'analyse en un double mandat. Il repose en effet principalement sur un mandat de payer entre le donneur d'ordre et sa banque d'une part, et sur un mandat d'encaisser entre le bénéficiaire et sa banque, d'autre part. (Jurisclasseur Banque-Crédit-Bourse, Fasc. 390 Le virement, n° 3).

La jurisprudence luxembourgeoise considère que « dès qu'il est prévu que le client peut effectuer des opérations sur le compte, notamment en donnant des ordres de virement, il y a en plus du contrat de dépôt un contrat de mandat et le banquier agit, en ce qui concerne ces opérations, comme mandataire du donneur d'ordre (Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 12 mars 2010, n° 125.626 ; Cour d'Appel 9 juin 2010, n° 34634 du rôle).

Il y a dès lors lieu d'admettre que l'ordre de virement est un mandat donné par le titulaire du compte (**SOC4)**) au banquier (**SOC9)**), de procéder à un transfert de fonds, libérant ce dernier à due concurrence de son obligation de dépositaire.

Si le virement, une fois effectué, fait naître au profit du bénéficiaire une créance contre la banque, l'ordre de virement, même remis au banquier, ne produit pas cet effet. L'ordre de virement ne fait que déclencher l'opération de virement laquelle ne se réalise et produit ses effets que par suite de la double inscription au débit du compte du donneur d'ordre et au crédit du compte du bénéficiaire (Cour d'appel 12 mars 1997, n° 17979 du rôle ; Cour d'appel 23 décembre 2014, n° 39177 du rôle).

En l'espèce il convient en outre de relever que suivant courrier électronique du 4 décembre 2008 que **SOC4)**, par l'intermédiaire de son gestionnaire **SOC11)**, a donné instruction expresse de ne pas procéder au paiement des rachats du 17 novembre 2008 avant la date indiquée pour le paiement, soit le 12 décembre 2008.

Il y a dès lors lieu de conclure de ce qui précède que **SOC1)** n'est pas bénéficiaire d'une stipulation pour autrui lui ouvrant un droit direct dans le patrimoine d'**SOC9)**, de sorte qu'il y a lieu de rejeter la demande de ce chef.

La demande à l'égard d'**SOC9)** n'est pas non plus fondée sur base des dispositions luxembourgeoises et européennes en matière OPC, **SOC4)** en tant que fonds soumis à la loi des BVI n'étant pas soumises à cette législation.

En effet, en vertu du « *Prime Bank Agreement* » la seule obligation d'**SOC9)** consistait en la gestion des liquidités qui lui étaient confiées par le Fonds, et notamment en procédant à des paiements suivant instructions du Fonds. Elle n'a dès lors pas la qualité de dépositaire au sens de la législation luxembourgeoise sur les OPC. Au sens de cette législation, le rôle

du dépositaire consiste principalement à assurer la surveillance des actifs détenus par l'OPC, la conservation des actifs étant une fonction plus accessoire qui ne doit pas nécessairement être assurée par le dépositaire (C. Kremer, I. Lebbe : Organismes de placement collectif et véhicules d'investissement apparentés en droit luxembourgeois, 3e édition, n° 1407).

Aucune référence à la législation luxembourgeoise en la matière n'est justifiée, alors que celle-ci ne s'applique qu'aux entités qui lui sont légalement soumises.

Le fait que l'article 16 du « *Prime Bank Agreement* » soumet le contrat conclu entre **SOC4)** et **SOC9)** à la loi luxembourgeoise n'est pas de nature à soumettre le Fonds à la législation luxembourgeoise en la matière.

Il n'est pas non plus établi que l'administration centrale du Fonds se situait au Luxembourg et que pour cette raison le Fonds ait été soumis à la loi de ce pays, d'autant moins que le Prospectus du Fonds prévoyait expressément que tel ne serait pas le cas.

SOC9) était dès lors contractuellement liée au Fonds en qualité de dépositaire des liquidités appartenant à celui-ci, provenant soit de la part des investisseurs dans le cadre de la souscription de parts du Fonds, soit du Fonds lui-même, en vue du paiement aux investisseurs sortants de la valeur de rachat des parts. En cette fonction, et conformément aux dispositions du Code civil en la matière (articles 1917 et suivants), elle assumait la garde des liquidités déposés sur les comptes ouverts au nom du Fonds et s'obligeait à la restitution des liquidités y déposées à la demande du Fonds, soit au Fonds lui-même, soit à un tiers/investisseur sur instruction du Fonds.

Par contre, les documents contractuels ayant lié le Fonds à **SOC9)** n'imposaient aucune obligation de surveillance des actifs et de contrôle des opérations à la « *prime bank* ».

Concernant la demande basée sur le mandat substitué, en ce que le mandant pourrait agir directement contre le sous-mandataire, **SOC1)** affirme que sur base des dispositions de l'article 3.1 du « *Prime Bank Agreement* », **SOC9)** aurait eu l'obligation de payer à **SOC1)** « sur instruction donnée par **SOC1)** » le prix du produit de la cession de sa participation dans le Fonds.

Cette demande manque particulièrement de clarté et contient indubitablement une erreur matérielle en ce qu'il faudrait lire que l'instruction de paiement dont il est question émanait de **SOC3)**, en sa qualité de prétendu mandataire de **SOC1)**.

Or, il résulte des développements qui précèdent qu'**SOC3)** n'avait pas la qualité de mandataire de **SOC1)**, de sorte que la demande basée sur la responsabilité d'un prétendu sous-mandataire ne saurait pas non plus aboutir.

Concernant enfin la demande basée sur la responsabilité délictuelle d'**SOC9)** pour défaut de surveillance et de conservation des actifs nécessaires au remboursement **SOC1)** et en raison de son silence conservé face aux confirmations de rachat adressées par **SOC3)**, il convient de constater qu'à défaut d'application de la législation luxembourgeoise et européenne en matière d'OPC, **SOC1)** n'établit pas sur quelle base **SOC9)** avait à sa charge une telle obligation de surveillance et de conservation des actifs, sa seule mission dans le

cadre contractuel la liant à **SOC4)** étant de détenir les liquidités déposés sur le compte et de les transférer à qui de droit sur instruction du Fonds.

De même, **SOC1)** n'explique pas en quoi la responsabilité d'**SOC9)** serait engagée pour avoir gardé le silence suite aux confirmations de rachat adressées par **SOC3)** à **SOC1)**, pour autant par ailleurs qu'elle ait été informée de ces confirmations de rachat en temps utile et à admettre qu'elle avait le pouvoir de changer la situation créée par l'envoi des confirmations de rachat.

Enfin, et en tout état de cause, pour autant qu'une quelconque faute puisse être retenue dans le chef d'**SOC9)**, il n'est pas établi en quoi elle serait en relation causale avec le préjudice de **SOC1)**, causé par le défaut de provision du compte du Fonds, conformément aux développements faits à ce titre dans le cadre de la demande dirigée contre **SOC3)**.

Il y a en conséquence lieu de déclarer la demande de **SOC1)** à l'égard d'**SOC9)** non fondée et d'en débouter.

- Les demandes accessoires

SOC1) demande à se voir allouer la somme de 50.000,- EUR à titre d'indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Eu égard à l'issue du litige, dans lequel **SOC1)** succombe à l'intégralité de ses demandes, sa demande de ce chef n'est cependant pas fondée, de sorte qu'il y a lieu de l'en débouter.

Les parties défenderesses, quant à elles, demandent à se voir allouer 5.000,- EUR chacune sur la même base.

Le tribunal considère qu'il serait en l'espèce inéquitable de laisser à leur charge l'entièreté des frais non compris dans les dépens, de sorte que leur demande est fondée en principe.

Eu égard à l'import de l'affaire, aux difficultés qu'elle comporte et aux soins qu'elle requiert, le tribunal évalue à 1.000,- EUR l'indemnité redue de ce chef à chacune des parties défenderesses.

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 selon la procédure civile, statuant contradictoirement,

vidant les jugements des 13 décembre 2013, 10 juin 2016 et 16 juin 2017,

dit la demande de la société anonyme de droit français **SOC1)** non fondée et en déboute,

dit la demande de la société anonyme de droit français **SOC1)** sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile non fondée et en déboute,

dit la demande de la société européenne **SOC2)** sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile fondée à hauteur de 1.000,- EUR,

condamne la société anonyme de droit français **SOC1)** à payer à la société européenne **SOC2)** le montant de 1.000,- EUR de ce chef,

dit la demande de la société anonyme **SOC3)** sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile fondée à hauteur de 1.000,- EUR,

condamne la société anonyme de droit français **SOC1)** à payer à la société anonyme **SOC3)** le montant de 1.000,- EUR de ce chef,

condamne la société anonyme de droit français **SOC1)** à tous les frais de l'instance.