

## **Arrêt N° 87/17 IV-COM**

Audience publique du dix-sept mai deux mille dix-sept

Numéro 42252 du rôle

Composition :

Roger LINDEN, président de chambre;  
Elisabeth WEYRICH, conseillère;  
Marie-Paule BISSDORFF, conseillère;  
Eric VILVENS, greffier.

### **E n t r e**

**1) la société anonyme UBS (LUXEMBOURG)**, établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 33A, Avenue John F. Kennedy, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 11.142,

**2) la société anonyme UBS FUND SERVICES (LUXEMBOURG)**, établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 33A, Avenue John F. Kennedy, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 58.535,

**appelantes** aux termes d'un acte de l'huissier de justice Josiane Gloden d'Esch-sur-Alzette du 30 janvier 2015,

comparant par Maître Marc Elvinger, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**e t**

**la société de droit italien SYMPHONIA SOCIETA DI GESTIONE DEL RISPARMIO SPA**, autorisée comme société de gestion italienne par la Banca d'Italia depuis le 6 juillet 1999, au capital social de 4.260.000 €, agissant en qualité de société de gestion, établie et ayant son siège social à I-20121 Milan, 5, Corso G. Mateotti, représentée par son conseil

d'administration actuellement en fonctions, immatriculée au Registre de Commerce de Milan sous le numéro 11317340153,

**intimée** aux fins du prêt acte Gloden,

comparant par Maître Renata Jokubauskaite, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**en présence de :**

**la société à responsabilité limitée KPMG AUDIT**, établie et ayant son siège social à L-2520 Luxembourg, 9, allée Scheffer, représentée par son gérant actuellement en fonctions, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 103.590,

**intimée** aux fins du prêt acte Gloden,

comparant par Maître Lucy Dupong, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

## **LA COUR D'APPEL**

La société BIM Alternative Investments Società di Gestione del Risparmio (ci-après « la société BIM ») est une société de gestion italienne gérant les fonds d'investissement « BIM MARKET NEUTRAL » ( BIM MN) et « BIM SERIE L » ( BIM SL). En date du 1<sup>er</sup> janvier 2010, la société SYMPHONIA SOCIETA DI GESTIONE DEL RISPARMIO (ci-après « la société SYMPHONIA ») a absorbé la société BIM.

La société GROUPEMENT FINANCIER LIMITED (ci-après « la société GFL » ou le « FONDS ») est une société d'investissement de droit des Iles Vierges britanniques. La société anonyme UBS (LUXEMBOURG) (ci-après « la société UBS ») est la banque du FONDS, la société anonyme UBS FUND SERVICES (LUXEMBOURG) (ci-après « la société UBS FS ») en est l'agent administratif et la société anonyme KPMG AUDIT (ci-après « la société KPMG ») le réviseur indépendant.

La société BIM a souscrit fin 2007 et 2008 des actions du FONDS. Après plusieurs rachats, BIM SL détenait 65.9520 actions GFL Class EUR à la date du 31 octobre 2008 pour un montant évalué à 956.080,43 euros. BIM MN détenait à la même date 277.577 actions GFL Class USD pour un montant évalué à 4.192.883,86 US \$ et 437.8140 actions GFL Class EUR pour un montant évalué à 6.346.818,81 euros.

En octobre 2008, BIM SL a émis un ordre de rachat portant sur 47.818 GFL Class EUR et BIM MN a émis un ordre de rachat portant sur 300.569 GFL Class EUR.

En date du 9 décembre 2008, la société UBS FS a envoyé deux fax de confirmation relatifs aux ordres de rachat, à savoir :

- un fax concernant l'ordre de rachat de BIM SL indiquant une valeur de rachat de 700.000 euros avec une « trade date » au 17 novembre 2008 et une « value date » au 12 décembre 2008
- un fax concernant l'ordre de rachat de BIM MN indiquant une valeur de rachat de 4.400.000 euros avec également une « trade date » au 17 novembre 2008 et une « value date » au 12 décembre 2008.

Le 19 décembre 2008, la société GFL a déclaré son impossibilité de procéder au calcul de sa NAV ( Net Asset Value) et elle a annoncé la suspension de celle-ci, au vu de l'éclatement du scandale lié à Bernard L. Madoff Investment Securities LLC dans laquelle elle avait investi.

Par un fax daté du 21 décembre 2008, envoyé en réalité le 11 décembre 2008, la société UBS FS a informé la société BIM que la « settlement date » indiquée sur les confirmations des ordres de rachat était incorrecte et que le paiement n'aurait pas lieu le 12 décembre 2008. La date de paiement ne serait pas connue et serait confirmée ultérieurement.

Aucun paiement n'est jamais intervenu.

Par exploit d'huissier de justice du 30 avril 2010, la société SYMPHONIA a assigné les sociétés UBS, UBS FS et KPMG devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile, pour voir condamner les défenderesses UBS et UBS FS solidairement, sinon in solidum, sinon chacune pour sa part, à lui payer la somme de 5.100.000 euros avec les intérêts légaux à partir des premières mises en demeure du 22 décembre 2008 et avec majoration du taux d'intérêt de trois points à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la date de signification du jugement à intervenir. La demanderesse a requis un montant complémentaire de 250.000 euros au titre de dommages et intérêts, une indemnité de procédure de 15.000 euros et l'exécution provisoire sans caution du jugement. La société KPMG a été assignée en déclaration de jugement commun.

A l'appui de sa demande, la société SYMPHONIA s'est prévalu des ordres de rachat présentés au FONDS deux mois avant l'éclatement de l'affaire X.). Elle a basé sa demande principalement sur les règles de la responsabilité délictuelle, sinon subsidiairement sur les règles de la

responsabilité quasi-délictuelle. Elle a affirmé avoir subi un préjudice personnel, *ut singuli*, distinct du préjudice social subi par le FONDS.

Selon la demanderesse, la société UBS FS n'était pas en droit de rétracter le paiement qu'elle avait promis dans les confirmations de rachat du 9 décembre 2008. Sur le relevé des titres du 31 janvier 2011, les actions faisant l'objet des ordres de rachat auraient été déduites, sans néanmoins avoir été payées. La prétendue absence de provision des comptes du FONDS ne saurait être invoquée par les défenderesses, la vérification des fonds disponibles ayant été une des obligations à charge de la défenderesse UBS. La demanderesse SYMPHONIA a formulé une demande de production forcée des extraits des comptes GFL dans les livres d'UBS couvrant la période se situant entre le 31 octobre 2008 et le 31 mars 2009. Pour le cas où l'absence de provision devait être prise en compte, la demanderesse a conclu à la condamnation des défenderesses à lui payer les montants de 255.007 euros et 24.628 US \$ au principal qui auraient été à disposition le 12 décembre 2008.

Les défenderesses UBS et UBS FS ont conclu à l'irrecevabilité, sinon au non-fondé de la demande de la société SYMPHONIA. Elles ont soutenu que la société SYMPHONIA n'avait pas qualité à poursuivre la réparation d'un préjudice en réalité accru au FONDS. La jurisprudence dénierait aux actionnaires individuels la qualité d'exercer en justice un droit dont seule la société est titulaire. Concernant la confirmation des ordres de rachat, les défenderesses ont soutenu qu'il n'en résultait pas qu'une instruction de paiement ait été adressée à la défenderesse UBS. Même à supposer que tel ait été le cas, l'ordre de rétractation qui est parvenu à la défenderesse UBS ultérieurement l'aurait anéantie. Les fax de confirmation n'auraient pas emporté obligation pour la défenderesse UBS de payer les montants y énoncés. Les parts sociales auraient été retirées provisoirement du registre des actionnaires du FONDS, mais elles y auraient été réinscrites ultérieurement.

Par jugement contradictoire du 12 juillet 2013, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a retenu que la société SYMPHONIA n'agissait pas en tant qu'actionnaire-investisseur actuel du FONDS, mais en tant qu'actionnaire sortant dont l'ordre de rachat a été confirmé mais pour lequel elle n'a pas touché le prix. Le tribunal en a déduit que la demanderesse agissait en réparation non pas d'un préjudice social accru au FONDS, mais d'un préjudice personnel et direct lui causé par la faute des agents du FONDS. La demande a été déclarée recevable.

Quant au bien-fondé de la demande, le tribunal a retenu que la société UBS FS, en sa qualité d'agent administratif du FONDS, en était l'agent de transfert. En cette qualité, elle aurait agi comme mandataire de la société SYMPHONIA dans le cadre des ordres de rachat. Sa responsabilité ne pourrait donc être que de nature contractuelle. Or la

demande de cette société serait basée sur la responsabilité délictuelle, sinon quasi-délictuelle des défenderesses. Le tribunal a rouvert les débats pour permettre aux parties de conclure sur ce point. Il a encore demandé à la demanderesse de spécifier quelle faute délictuelle propre, respectivement quelle obligation elle reprochait à la société UBS d'avoir commise. Le tribunal a rejeté la demande de production de pièces formulée par la société SYMPHONIA.

Dans son deuxième jugement contradictoire du 14 novembre 2014, le tribunal a retenu que les relations entre la société SYMPHONIA et la société UBS FS relevaient du mandat.

Le tribunal a décidé que la défenderesse UBS FS, en tant qu'agent de transfert du FONDS, n'a pas correctement exécuté sa mission. Soit elle n'a pas exécuté elle-même les ordres de rachat avec la diligence nécessaire, soit elle n'a pas informé à temps la demanderesse des problèmes rencontrés pour leur exécution. La société UBS FS aurait donc commis une faute contractuelle en relation directe avec le préjudice subi par la société SYMPHONIA. Le tribunal a condamné la défenderesse UBS FS au paiement de la somme de 5.100.000 euros. Retenant qu'il n'était pas établi si et comment la société UBS FS avait transmis les ordres à la défenderesse UBS et comment celle-ci les avait éventuellement traités, le tribunal en a déduit que la demanderesse n'a pas prouvé les éléments lui permettant d'agir directement contre la société UBS sur base du mandat substitué. Quant à la base délictuelle, la demanderesse n'établirait pas que son préjudice est en relation causale directe avec les éventuelles fautes commises par la société UBS. Par voie de déduction, il a débouté la demanderesse de sa demande dirigée contre la société UBS.

Le tribunal a débouté la société SYMPHONIA de sa demande en octroi de dommages et intérêts pour résistance abusive formulée en cours d'instance contre les défenderesses.

Le jugement a été déclaré commun à la société KPMG.

Par exploit d'huissier de justice du 30 janvier 2015, les sociétés UBS FS et UBS ont régulièrement interjeté appel contre les deux jugements.

A l'appui de leur recours, elles ont réitéré leur moyen relatif à l'absence de qualité à agir dans le chef de la société SYMPHONIA.

Quant au fond, l'appelante UBS FS a reproché aux premiers juges d'avoir retenu qu'elle était liée par un mandat à la société SYMPHONIA. Elle aurait agi exclusivement au nom et pour le compte du FONDS. Des relations contractuelles auraient uniquement existé entre le FONDS et l'investisseur, mais pas entre l'investisseur et l'agent administratif, en

l'occurrence la société UBS FS. Ceci aurait été reconnu par la société SYMPHONIA elle-même qui aurait basé sa demande sur les règles de la responsabilité délictuelle. Pour le surplus, l'appelante UBS FS a contesté avoir commis une faute dans l'exécution de sa mission, faute qui serait en relation causale avec le dommage allégué par la société SYMPHONIA. La date du rachat aurait été fixée au 17 novembre 2008, telle qu'indiquée par l'intimée elle-même dans les ordres de rachat. En tout état de cause, faute de provision du compte du FONDS, la société SYMPHONIA n'aurait pas pu recevoir paiement de la contrepartie de ses titres. L'appelante a ajouté qu'en tout état de cause, il fallait attendre le résultat des opérations de liquidation des sociétés impliquées dans le scandale X.) pour voir si le FONDS pourra récupérer des sommes.

L'appelante UBS a contesté avoir été l'agent dépositaire du FONDS au sens de la définition de ce terme en droit luxembourgeois. Elle n'aurait été qu'un dépositaire de droit commun du cash du FONDS. Elle aurait été créditée de l'argent nécessaire au fonctionnement du FONDS au fur et à mesure que les opérations le nécessitaient. N'ayant pas reçu les fonds nécessaires pour désintéresser l'intimée, elle n'aurait pas pu les lui continuer.

L'intimée SYMPHONIA a répliqué que c'est à bon droit que les premiers juges ont décidé qu'en sa qualité d'actionnaire sortant, sa demande était recevable. Quant au fond, elle a dénoncé l'entente existant entre les sociétés appelantes, les empêchant d'assurer leur défense de façon objective.

L'appelante UBS FS serait à qualifier d'agent administratif du FONDS qui a commis des fautes dans l'exécution des ordres de rachat, dont notamment le dépassement des délais. L'ordre de rachat ayant été donné le 16 octobre 2008, la NAV applicable aurait été celle du 31 octobre 2008 et le paiement aurait dû intervenir le 14 novembre 2008 au plus tard. Ces dates n'auraient pas été respectées. Ceci résulterait notamment de ce que sur les relevés de titres qui lui ont été adressés le 25 novembre 2008, les titres continuaient d'y figurer. Les confirmations des rachats du 9 décembre 2008 auraient indiqué une date de paiement fixée au 12 décembre 2008. Le délai de réalisation des rachats qui aurait normalement dû être de 21 jours, aurait en réalité été de 42 jours. A titre subsidiaire, l'intimée a soutenu que même à retenir la date du 17 novembre 2008 comme « trade date », la date de paiement aurait dû être le 1<sup>er</sup> décembre 2008 et non pas le 12 décembre 2008. L'intimée a soutenu que l'appelante UBS FS ne pouvait revenir sur les confirmations de rachat notifiées le 9 décembre 2008. Elle ne lui aurait pas continué l'argent du rachat dès réception par la Bank of Bermuda, la banque du FONDS. Elle a ajouté que les titres ne figuraient plus sur les relevés établis le 2 février 2011 par l'appelante UBS FS. L'appelante ne saurait d'une part se prévaloir de la vente des titres et d'autre part refuser d'en

continuer le prix. L'intimée en a conclu que l'appelante UBS FS a commis des fautes dans la réalisation des ordres de rachat. Etant à qualifier de mandataire de l'intimée, elle serait responsable du préjudice qui lui est accru par application de l'article 1992 du Code civil.

Quant au défaut de provision, l'intimée SYMPHONIA a soutenu que l'appelante UBS FS ne saurait lui opposer ce moyen, dès lors qu'elle s'est mise dans l'impossibilité de lui restituer les titres. Elle a soutenu qu'il résultait des éléments de la cause que le FONDS disposait d'un compte autre que ceux allégués par l'appelante. Par ailleurs, une multitude d'opérations auraient été effectuées sur les comptes invoqués par cette partie, de sorte que le paiement de la somme redue à l'intimée aurait dû être possible.

Concernant l'appelante UBS, l'intimée SYMPHONIA a soutenu que c'est à bon droit que les premiers juges ont retenu que cette partie était à qualifier de dépositaire du FONDS au sens plein du terme. Elle devrait être qualifiée de mandataire substitué. Elle aurait commis une faute en ne lui transmettant pas l'argent provenant du rachat des titres. En tant que coordinatrice du FONDS, il lui aurait appartenu de veiller au respect des délais d'exécution des ordres de rachat. Les fautes commises par cette partie seraient en relation causale directe avec le préjudice de l'intimée.

A titre subsidiaire, l'intimée a invoqué la responsabilité délictuelle des appelantes sur base des mêmes faits.

#### Quant à la recevabilité de la demande de l'intimée SYMPHONIA :

L'intimée SYMPHONIA s'est prévalu de sa qualité d'actionnaire sortant pour dire qu'elle disposait d'une action ut singuli, distincte de celle que le FONDS était en droit d'exercer contre les appelantes pour la perte de la valeur des titres.

Les appelantes ont contesté cette argumentation, affirmant que l'intimée SYMPHONIA était un actionnaire du FONDS qui avait certes présenté des demandes de rachat, mais pour lesquels le processus n'avait pas abouti. Le préjudice dont se prévaut l'intimée serait donc un préjudice accru au FONDS.

Le préjudice individuel peut être défini comme correspondant au préjudice qui affecte directement la situation patrimoniale de l'actionnaire, sans impliquer en même temps une atteinte au patrimoine social ou un appauvrissement de ce dernier. Le préjudice individuel ne doit pas constituer en une simple répercussion du préjudice social. Il doit être déconnecté d'une perte qui affecte l'actif social.

En l'espèce, la société SYMPHONIA a soutenu à l'appui de sa demande que ses ordres de rachat ont été mal exécutés dès lors que les délais prévus pour leur exécution n'ont pas été respectés, respectivement, que, malgré que la « value date » ait été fixée à une date antérieure à l'éclatement du scandale X.), le produit du rachat ne lui a pas été transmis avant cet événement. L'action de la société SYMPHONIA est donc une action en responsabilité pour manquement par les appelantes à leurs obligations relatives à l'exécution des ordres de rachat. C'est à bon droit que les premiers juges ont retenu qu'en tant que telle, cette action n'émane pas de l'intimée prise en sa qualité d'actionnaire/investisseur se plaignant de la perte de valeur de son investissement, mais elle émane de cette partie prise en sa qualité d'actionnaire sortant dont les ordres de rachat n'ont pas été respectés. Cette action se distingue de celle que le FONDS aurait pu exercer pour se faire indemniser de la perte de la valeur de son actif. Elle est partant recevable.

#### Quant au fond :

Tel que rappelé par les premiers juges et reconnu par les parties, le FONDS n'est pas soumis à la loi luxembourgeoise. Ceci est confirmé à la page 4 du document intitulé « Confidential Memorandum » (ci-après « le COMEM ») qui régit le FONDS. Faute par les parties de fournir des éléments de droit concernant la loi applicable au FONDS et, le cas échéant le contenu de cette loi, et au vu de ce que les parties se sont essentiellement référées aux documents gouvernant le fonctionnement du FONDS pour appuyer leur argumentation, le litige sera tranché par application des dispositions de ces documents. Ces documents sont le précité COMEM, ainsi que le document intitulé « Operating Memorandum » (ci-après « l'OPMEM »), ainsi que l'« Administration agreement » conclu en date du 1<sup>er</sup> septembre 2005 entre le FONDS et l'appelante UBS FS et le « Prime Bank Agreement » conclu le même jour entre le FONDS et l'appelante UBS. Il convient de relever que ces deux derniers contrats précisent expressément qu'ils sont soumis au droit luxembourgeois.

Il faut admettre, même si aucune précision à ce sujet n'a été fournie par les parties, que les relations entre le FONDS et les investisseurs étaient de nature contractuelle. Concernant les relations entre les investisseurs, dont l'intimée SYMPHONIA, et les appelantes, les parties n'ont pas conclu sur la loi applicable, ni à fortiori sur la nature de ces relations en vertu de cette loi, sauf pour les parties UBS FS et UBS de contester que ces relations aient été de nature contractuelle. Il convient dès lors de se reporter à la loi du for pour déterminer la nature des relations entre l'intimée SYMPHONIA et les appelantes.

Nature des relations entre l'intimée SYMPHONIA et les appelantes UBS FS et UBS :

Concernant le rôle de l'appelante UBS FS, cette partie figure comme agent administratif du FONDS au OPMEM ( page 6 ) et au COMEM ( page 3 ). Le texte de l'OPMEM précise que les ordres de rachat devaient être adressés à cette partie ( point 1.6.1 du OPMEM). L' « Administration agreement » du 1<sup>er</sup> septembre 2005 confirme que cette partie exerçait la fonction d'agent administratif du FONDS. Ce contrat précise les missions qui lui étaient confiées. Parmi ces missions figure celle de déterminer la NAV. Au point III du « Administration agreement », il est précisé que le FONDS confiait à l'appelante UBS FS la charge de tenir le registre des investisseurs et la fonction d'agent de transfert. Certaines instructions précises notamment quant aux délais en matière d'ordres de rachat y figurent également.

L'appelante UBS FS n'a pas contesté avoir été l'agent administratif du FONDS et le réceptionnaire des ordres de rachat, ainsi que d'avoir été en charge de leur exécution. Par contre, elle a contesté avoir agi en tant que mandataire de l'intimée SYMPHONIA, affirmant n'avoir agi qu'au nom et pour le compte du FONDS, en qualité de mandataire de ce dernier. Ce serait le FONDS qui a accepté les ordres de rachat, à l'exclusion de l'agent administratif. Elle n'aurait pas pu être investie d'un double mandat émanant d'une part du FONDS et d'autre part de l'investisseur demandant le rachat des titres.

*Le mandat est le contrat par lequel une personne, appelée mandant, donne pouvoir à une autre, appelée mandataire, de participer à la procédure de conclusion d'un acte juridique en son nom et pour son compte. Contrairement à ce qui a été soutenu par l'appelante UBS FS, le double mandat n'est pas interdit en soi. Au cas d'un double mandat, le mandataire est chargé par chaque partie d'effectuer en son nom et pour son compte un acte juridique. Au vu de sa nature, le mandat doit porter impérativement sur l'accomplissement d'un acte juridique, à l'exclusion des faits juridiques et des actes matériels. Partant le contrat par lequel une partie s'engage à effectuer un acte matériel pour autrui doit recevoir une qualification autre que celle de mandat. Cette conséquence est induite du caractère représentatif du mandat. Une autre conséquence du caractère représentatif du mandat consiste en ce que le mandataire doit jouir d'une autonomie certaine. Le mandat ne doit pas être impératif, ou du moins, pas impératif en totalité ( Ph. Le Tourneau : Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz éd. 2012/2013, n° 3989 et s.)*

En l'espèce, l'OPMEM et le COMEM prévoient le rachat par le FONDS des parts d'investisseurs. L'OPMEM précise que les ordres de rachat sont à transmettre par les investisseurs à l'appelante UBS FS, ainsi que les délais dans lesquels les ordres doivent être donnés et exécutés.

Il ne résulte pas de la procédure de rachat telle que prévue par l'OPMEM et le COMEM que l'appelante UBS FS était chargée de l'accomplissement d'un acte juridique au nom de l'investisseur demandant le rachat de ses parts, en l'occurrence l'intimée SYMPHONIA. Selon ces documents et la nature-même de l'ordre de rachat, la mission de l'appelante UBS FS consistait à réceptionner au nom du FONDS l'ordre de rachat qui lui était remis par l'investisseur. Ce faisant, elle acceptait au nom du FONDS, en sa qualité de mandataire de celui-ci, l'ordre de racheter de l'investisseur, ordre qui venait se greffer sur l'engagement contractuellement et préalablement pris par le FONDS de racheter les parts de tout investisseur en exprimant le désir. Dans le cadre de cette mission, l'appelante UBS FS n'était pas appelée à poser un acte juridique au nom de l'investisseur, en l'occurrence de l'intimée SYMPHONIA, mais un simple acte matériel de réception de l'ordre de rachat pour le compte du FONDS. L'appelante n'a pas davantage posé un acte juridique au nom de l'intimée en exécutant les ordres de rachat. En exécutant l'ordre de rachat en vue de remettre le produit de la vente à l'intimée, elle a agi en exécution du contrat la liant au FONDS.

Il faut ajouter que l'appelante UBS FS ne jouissait d'aucune autonomie dans l'accomplissement de sa mission. Elle n'avait pas le choix de réceptionner les ordres de rachat ou de ne pas le faire, ni de déterminer les modalités d'accomplissement de sa mission consistant à exécuter les ordres. Tous ces points étaient déterminés dans le contrat la liant au FONDS.

L'appelante UBS FS n'a partant pas agi comme mandataire de l'intimée SYMPHONIA et le jugement du 13 juillet 2013 est à réformer sur ce point.

L'existence d'un contrat autre que le mandat entre l'intimée SYMPHONIA et l'appelante UBS FS n'est pas établie. Il n'est pas établi que l'intimée ait personnellement et directement payé une redevance à l'appelante UBS FS dans le cadre des opérations de rachat. L'intimée SYMPHONIA ne dispose partant pas d'une action contractuelle à l'encontre de l'appelante UBS FS.

Quant à la base délictuelle initialement invoquée par l'intimée SYMPHONIA, il convient de rappeler que l'appelante UBS FS a agi comme mandataire du FONDS auquel l'intimée SYMPHONIA était contractuellement liée. Si en sa qualité de tiers à la relation de mandat, l'intimée SYMPHONIA ne peut agir sur la base contractuelle à l'encontre de l'appelante UBS FS, elle est néanmoins en droit d'agir sur la base délictuelle à l'encontre de cette partie. En effet, il est admis que le tiers à un contrat peut se prévaloir de la violation des relations contractuelles par l'une des parties contractantes, en l'occurrence la société UBS FS, pour agir contre cette partie sur base des articles 1382 et 1383 du Code

civil au cas où un préjudice est né dans son chef de cette violation. L'existence de cette action délictuelle, reconnue par rapport à tout contrat, est plus spécifiquement admise en matière de mandat. Le tiers qui a contracté avec le mandant peut agir sur la base délictuelle contre le mandataire s'il estime que ce dernier a manqué à ses obligations contractuelles envers le mandant et que cette faute lui a causé préjudice (Jurisclasseur, droit civil, art. 1991 à 2002, fasc. 10, n° 60). Que ce soit partant dans le cadre du contrat de mandat ou du contrat plus large d'agent administratif liant le FONDS à l'appelante UBS FS que l'intimée SYMPHONIA reproche à l'appelante UBS FS d'avoir commis une faute, elle est en droit de s'en prévaloir pour rechercher la responsabilité délictuelle de l'appelante UBS FS.

Concernant l'appelante UBS, par renvoi aux développements faits ci-dessus, l'existence d'un mandat, respectivement d'un mandat substitué entre cette société et l'intimée ne saurait être retenue. Il n'a pas davantage été établi qu'un contrat d'une autre nature ait existé entre ces parties. L'intimée SYMPHONIA n'est partant pas en droit d'agir sur la base contractuelle contre l'appelante UBS. Par renvoi aux développements qui précèdent, l'intimée doit être admise à agir sur la base délictuelle contre cette partie.

Les parties sont en désaccord sur la fonction exacte de l'appelante UBS dans le fonctionnement du FONDS. L'appelante UBS a soutenu avoir uniquement été chargée de la mission de « prime bank », partant de dépositaire de droit commun du cash qui était mis à sa disposition par le FONDS. Selon cette partie, elle ne revêtait pas la qualité d'agent dépositaire au sens de la réglementation luxembourgeoise relative aux fonds.

L'intimée SYMPHONIA a répliqué que l'appelante UBS revêtait la qualité de dépositaire au plein sens du terme. Pour étayer cette qualification, elle a soutenu que dans les rapports annuels établis par KPMG qui lui ont été remis avant qu'elle souscrive les parts du FONDS, l'appelante UBS était désignée comme banque dépositaire et agent bancaire. Par ailleurs, elle aurait été désignée comme « custodian resp. banking agent » dans l'OPMEM, les fonctions lui attribuées dans ce document correspondraient à cette qualification, l'OPMEM prévoirait le paiement de frais de dépositaire et, finalement, dans ses premières conclusions notifiées en première instance, l'appelante UBS se serait qualifiée elle-même de dépositaire.

Il convient de relever d'emblée que l'intimée n'a pas versé les rapports émanant de la société KPMG qui lui auraient été remis avant la souscription des parts du FONDS. Elle ne saurait partant se baser sur le contenu de ces écrits pour étayer son argumentation.

Pour le surplus, il résulte de l'OPMEM que l'appelante UBS y est désignée comme « *custodian, resp. banking agent* » ( page 31). A la page 21 de ce document, il est écrit que « *For the Groupement Financier LTD the responsibility will be limited to the functions of a Prime Bank. These functions include the receipt of the subscriptions monies on the Fund's bank account and the subsequent transfer of all or of a majority of these monies to BoB* ». Il est ajouté que « *UBSL will keep a mirror book-keeping of all the transactions placed by X.), so as to enable UBSFSL to run their NAV calculation ...* ». Malgré ce dernier rajout, au vu de la définition de sa mission contenue dans l'OPMEM, il faut retenir que le rôle de l'appelante UBS était limité à celui d'une prime bank, au sens de gestionnaire du cash, tel que soutenu par cette partie. Cette conclusion est confortée par la description de son rôle reprise dans le « Prime Bank Agreement ». Suivant l'article 3 de ce contrat, elle avait comme fonction de tenir les comptes du FONDS et de gérer les entrées et les sorties des liquidités en fonction des instructions qui lui étaient données. Aucune obligation allant au-delà de la mission de teneur de compte et d'exécutant des ordres n'aurait été mise à sa charge. L'obligation de tenir une comptabilité miroir du FONDS n'est pas de nature à changer l'essence de la mission qui lui était impartie suivant les stipulations prédécrites. C'est partant à tort que l'intimée s'est prévaluée d'une mission allant au-delà de ce rôle à charge de l'appelante UBS pour dire qu'elle a manqué à ses obligations.

Quant au bien-fondé de la demande dirigée par l'intimée SYMPHONIA contre les appelantes UBS FS et UBS:

L'intimée SYMPHONIA a demandé à être indemnisée de la perte du prix de rachat de ses titres. Les dommages et intérêts qu'elle a réclamés correspondent au prix des parts fixé dans les confirmations de rachat du 9 décembre 2008, partant à la somme de 5.100.000 euros. Elle a réclamé en outre des dommages et intérêts évalués à 250.000 euros pour le préjudice moral qu'elle aurait subi.

Le rachat de parts est soumis aux règles suivantes dans le document CMEM : « *Redemptions will be accepted two times each month at Net Asset Value per Share determined as at the last Luxembourg bank business day of each month and as of the 15th day at each month or, should the 15th not fall on a Luxembourg business day, the next succeeding Luxembourg bank business day (each a « Valuation Date ») upon a five (5) Luxembourg bank business days notice period. Payment to be made within ten (10) Luxembourg business days* ». Il convient de préciser que l'OPMEM ne prévoit la possibilité du rachat qu'une fois par mois, à la fin du mois. Il n'est néanmoins pas contesté par les parties que le rachat des titres pouvait être demandé deux fois par mois, tel que prévu au CMEM.

Au vu des dispositions du CMEM, les ordres de rachat étaient donc acceptés deux fois par mois, avec un préavis de cinq jours, le prix de rachat correspondant à la NAV ( « Net Asset Value ») ou VL ( « valeur liquidative ») telle que calculée soit le dernier jour ouvrable du mois, soit le 15 du mois, respectivement si ce jour ne correspond pas à un jour ouvrable, le jour ouvrable suivant. Le paiement devait intervenir dans les 10 jours ouvrables suivants. Il faut admettre que le délai de paiement commençait à courir à la date de calcul de la VL prise en compte.

En l'espèce, en date du 16 octobre 2008, l'intimée SYMPHONIA a émis deux ordres de rachat. Suivant les copies des ordres de rachat versées en pièces 8.1 et 8.2 par Maître Jokubauskaite, la « trade date » y était fixée au 15 novembre 2008. C'est partant à bon droit que l'appelante UBS FS a soutenu que dans la mesure où l'intimée SYMPHONIA a elle-même fixé la « trade date » au 15 novembre 2008, elle ne saurait lui reprocher de ne pas avoir procédé au rachat de ses titres au prix de la VL calculée au 31 octobre 2008. Il n'est pas contesté que le 15 novembre 2008 correspondait à un samedi. La VL devait donc en principe être calculée à la date du lundi 17 novembre 2008.

L'article 5.3 de l'OPMEM qui traite du calcul de la VL précise néanmoins que : « *En raison du retard considérable accusé dans l'envoi des confirmations des transactions et des relevés de courtier fournis par X.), le client a accepté qu'UBSFSL émette la VL avec un retard maximum de neuf jours ouvrables* ».

Si on applique cette tolérance de 9 jours ouvrables aux faits de l'espèce, la VL a pu être calculée le vendredi 28 novembre 2008. Si on ajoute le délai de paiement de 10 jours ouvrables, la date du paiement était le 12 décembre 2008, telle qu'indiquée dans les lettres de confirmation du 9 décembre 2008. S'il est vrai que dans ces lettres, la « trade date » a été fixée au 17 novembre 2008, ceci ne signifie pas que la VL a été et/ou aurait dû être calculée à cette date. Sur la pièce 12 versée par l'appelante UBS FS, qui fait état des ordres de rachat de l'intimée SYMPHONIA, figurent tant la date du 17 novembre 2008 que celle du 28 novembre 2008. En tout état de cause, les lettres de confirmation du 9 décembre 2008 fixent la « value date » au 12 décembre 2008, faisant partant sans équivoque application des dispositions de l'article 5.3 de l'OPMEM.

Les délais d'accomplissement des opérations de rachat tels que prévus par les documents contractuels relatifs au FONDS ont donc été respectés et aucune faute déduite du non-respect des délais ne saurait être retenue à charge d'une des sociétés appelantes.

Afin d'être complet, concernant l'argument de l'intimée déduit des relevés de titres qui lui ont été remis le 25 novembre 2008, consistant à dire qu'à cette date, les titres dont elle avait demandé le rachat y figuraient toujours, il résulte d'une analyse attentive de ces relevés qu'ils reflètent la situation des avoirs de l'intimée au 31 octobre 2008 (« statement of account as per : 31.10.2008 »). Or tel que retenu plus haut, la date du rachat avait été fixée au 15 novembre 2008. Aucune conclusion quant au non-respect du délai de rachat ne saurait partant être déduite de ces pièces.

Il est constant en cause que le paiement n'est pas intervenu en date du 12 décembre 2008, ni plus tard.

En date du 11 décembre 2008, l'appelante UBS FS a écrit à l'intimée pour l'informer que le paiement n'interviendrait pas le 12 décembre 2008 et que la date du paiement n'était pas encore connue. Le 19 décembre 2008, le FONDS a écrit à l'intimée pour l'informer qu'au vu des problèmes rencontrés en lien avec le scandale X.), il avait été décidé de « *suspend the calculation of the net asset value, and the redemption of its shares from the holders for the whole from November 17, 2008* ».

Quant au reproche formulé à l'encontre de l'appelante UBS FS de ne pas avoir respecté l'engagement pris dans les confirmations de rachat notifiées le 9 décembre 2008 de payer la contrepartie des titres en date du 12 décembre 2008, il convient de préciser que les confirmations de rachat n'étaient pas de nature à créer une obligation spécifique, nouvelle et indépendante des stipulations contractuelles à charge de l'appelante UBS FS. Par ces lettres, l'appelante UBS FS n'a fait que confirmer les dates d'exécution des ordres de rachat qu'il lui incombait en principe de respecter. Aucune faute autonome ne saurait être déduite du non-respect des confirmations de rachat du 9 décembre 2008.

Il ne saurait pas non plus être reproché à l'appelante UBS FS de ne pas avoir informé l'intimée des problèmes rencontrés dans l'exécution des ordres de rachat puisqu'il est établi qu'elle a envoyé un courrier dans ce sens à l'intimée en date du 11 décembre 2008. Dans la mesure où il n'est pas établi que l'appelante UBS FS avait connaissance de problèmes à une date antérieure, il ne saurait lui être reproché de ne pas en avoir averti l'intimée.

L'intimée SYMPHONIA a reproché à l'appelante UBS FS de ne pas s'être assurée de l'exécution des opérations de règlement/livraison dans leur entièreté au regard de sa qualité de mandataire de l'intimée. Concernant l'existence d'un mandat entre l'intimée et l'appelante UBS FS, il est renvoyé aux développements faits plus haut retenant que l'intimée et l'appelante UBS FS n'étaient pas liées par un tel contrat. Il ne

saurait partant être reproché à l'appelante UBS FS de ne pas avoir correctement rempli ses obligations de mandataire.

Par ailleurs, l'intimée SYMPHONIA ne saurait valablement se référer aux règles applicables en matière de chèque pour reprocher à l'appelante UBS FS d'avoir livré les titres au FONDS sans s'assurer préalablement du paiement de leur contrepartie. Les règles régissant les chèques ne sauraient être transférées à la situation juridique, différente, de l'espèce. Pour le surplus, il convient de constater que la demande de l'intimée SYMPHONIA tend à voir indemniser cette partie de la perte qu'elle a subie en raison du non-paiement de la valeur de rachat des titres. Dans le cadre de cette demande, l'argument prémentionné manque de pertinence.

Pour justifier de ne pas avoir payé les sommes dues à l'intimée en date du 12 décembre 2008, l'appelante UBS FS a invoqué l'insuffisance de liquidités sur les comptes du FONDS. Pour étayer ses affirmations, elle a versé des extraits de deux comptes du FONDS. D'après l'appelante, il en résulte que le solde de ces comptes à la date pertinente n'était que de 255.007 euros et 24.628 US \$, partant insuffisants pour désintéresser l'intimée.

L'intimée SYMPHONIA a répliqué qu'il résultait des extraits de compte versés par la partie adverse qu'au courant du mois de novembre 2008 de nombreux paiements ont été opérés à partir de ces comptes et elle en a déduit que des clients ont été préférés par rapport à d'autres. Elle a encore soutenu qu'outre de disposer des deux comptes allégués par les appelantes, le FONDS disposait d'un troisième compte. Elle a demandé que l'appelante UBS soit condamnée à verser les extraits relatifs à ce compte, respectivement les informations relatives à tout autre compte ouvert au nom du FONDS dans ses livres ou auprès de tiers.

Les extraits de compte versés au dossier n'établissent pas qu'à la date du 12 décembre 2008, le FONDS disposait de l'argent nécessaire pour désintéresser l'intimée. Le fait que des paiements sont intervenus en faveur d'autres investisseurs au mois de novembre 2008 est sans pertinence puisque l'intimée ne pouvait prétendre à un quelconque paiement avant le 12 décembre 2008.

L'intimée a demandé à voir condamner l'appelante UBS à verser l'entièreté des extraits du compte n° 5393760. Or l'intimée n'établit pas que l'extrait versé par les appelantes n'est pas complet, ni qu'un autre extrait, définitif, a été dressé concernant ce compte. Il n'est pas établi que le « modèle » d'extrait de compte versé par l'intimée pour établir que les extraits versés ne sont pas complets corresponde à un extrait établi dans le cadre d'un contrat identique à celui en cause en l'espèce. L'extrait versé au dossier constate la position du compte au 12 décembre 2008. Il

suffit donc pour apprécier si à cette date, il existait une provision suffisante pour désintéresser l'intimée. La demande de production d'extraits supplémentaires concernant ce compte n'est partant pas justifiée. L'extrait versé par les appelantes établit que la provision du compte n'était pas suffisante pour désintéresser l'intimée, de sorte qu'il ne saurait leur être reproché de ne pas avoir payé l'intimée.

Concernant l'existence d'un compte supplémentaire portant le n° 5393761 pour lequel l'intimée a demandé à voir condamner l'appelante UBS à en verser les extraits, ce compte est mentionné à la page 10 de l'OPMEM en relation avec le FONDS. Il y est écrit qu'une personne nommément désignée auprès d'UBS FS « *enregistrera les fonds des nouvelles souscriptions ainsi que le produit du rachat des deux comptes suivants* », dont le compte 5393761 relatif au FONDS GSF. Au vu de cette disposition, c'est à tort que les appelantes ont fait plaider que ce compte ne devait servir qu'à réceptionner les montants relatifs aux souscriptions de titres.

L'existence de ce compte n'ayant pas été contestée par les appelantes, il convient, avant tout autre progrès en cause de faire droit à la demande de l'intimée de voir condamner l'appelante UBS à verser les extraits y relatifs. Les extraits devront couvrir la période se situant entre le 15 novembre 2008 et le 20 décembre 2008. Il n'y a pas lieu d'assortir cette condamnation d'une astreinte, dès lors qu'il n'existe pas, en l'état actuel du dossier, d'éléments laissant craindre que l'appelante UBS ne satisfera pas à cette condamnation.

La demande de pièces autres que les extraits du compte n° 5393761 doit être rejetée, faute par l'intimée de préciser sur quelles pièces clairement identifiées porte cette demande.

### **PAR CES MOTIFS**

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

reçoit l'appel,

avant tout autre progrès en cause,

condamne la société anonyme UBS (LUXEMBOURG) à verser les extraits du compte 5393761 couvrant la période se situant entre le 15 novembre 2008 et le 20 décembre 2008.

réserve les droits des parties et les dépens,

renvoie l'affaire devant le magistrat de la mise en état pour continuation de l'instruction,

déclare l'arrêt commun à la société anonyme KPMG AUDIT.