

## **Arrêt N° 112/18 IV-COM**

Audience publique du trente et un octobre deux mille dix-huit

Numéro 42036 du rôle

### Composition:

Roger LINDEN, président de chambre;  
Elisabeth WEYRICH, première conseillère;  
Henri BECKER, conseiller  
Eric VILVENS, greffier.

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

**la société anonyme de droit suisse A**, établie et ayant son siège social à, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce du Canton de Zürich sous le numéro,

**appelante** aux termes d'un acte de l'huissier de justice Patrick Kurdyban de Luxembourg du 30 janvier 2015,

comparant par la société à responsabilité limitée Molitor - Avocats à la Cour, établie et ayant son siège social à L-2763 Luxembourg, 8, rue Sainte-Zithe, inscrite sur la liste V du Tableau de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 211.810, représentée par Maître Paulo Lopes Da Silva, avocat à la Cour,

### **e t**

**la société anonyme B**, établie et ayant son siège social à, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Strasbourg sous le numéro,

**intimée** aux fins du prédit acte Kurdyban,

comparant par la société anonyme Arendt & Medernach, inscrite au barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 41 A, avenue John F. Kennedy, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B 186.371, représentée par Maître François Kremer, avocat à la Cour,

## LA COUR D'APPEL

Saisi le 5 janvier 2010 par la société anonyme de droit suisse A d'une demande en condamnation dirigée contre la société anonyme de droit luxembourgeois B (LUXEMBOURG), (ci-après B ou la B ), prise en sa qualité de dépositaire et d'agent administratif du C d'investissement à compartiments multiples du droit des îles Caïman C (ci-après le C ou le C ) qui avait investi dans la société D ( D), le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, ayant siégé en matière commerciale, a, par jugement du 7 novembre 2014, déclaré irrecevable la demande de la société demanderesse du chef de la réparation du préjudice matériel qu'elle soutenait avoir subi. Sa demande en réparation du préjudice moral a été déclarée recevable, mais non fondée. Le tribunal a débouté les parties de leur demande en allocation d'une indemnité de procédure.

La société A a soutenu en première instance avoir subi un préjudice propre et direct du fait de la production par la défenderesse d'un relevé des titres dans lesquels le C avait investi, que la société B lui avait transmis le 19 août 2008, relevé qui, au vu du scandale Madoff, se serait révélé être inexact, les montants investis par ses clients dans le C ne leur ayant pas été restitués. Sa qualité pour agir serait établie, étant donné qu'elle serait le propriétaire à titre fiduciaire des parts détenues par ses clients dans le C.

Le tribunal, après avoir dit que l'actionnaire-investisseur d'un C d'investissement n'en est pas le créancier, et qu'il a droit au reliquat de l'actif de la société dissoute, après paiement du passif, a déclaré manifestement irrecevable la demande en indemnisation du préjudice matériel pour défaut de qualité à agir dans le chef de la société demanderesse. Il a retenu tant au regard du droit des îles Caïman, sous lequel a été enregistré le C, tel qu'interprété par la Grand Court des îles Caïman, que du droit du for, que l'actionnaire n'est pas recevable à exercer l'action sociale de sorte que la demanderesse qui déclarait agir en vertu des droits à elle transférés par ses clients, ne disposait pas de plus de droits que ceux de ses clients.

Quant à la demande en réparation du dommage moral, le tribunal a déclaré la demande recevable, mais constaté que la demanderesse n'établissait pas une atteinte à sa réputation.

Par acte d'huissier de justice du 30 janvier 2015, la société A a interjeté appel contre le jugement du 7 novembre 2014 et conclut, par réformation, à se voir allouer du chef du préjudice matériel les sommes réclamées en première instance principalement au titre de la perte des investissements, subsidiairement au titre de la perte d'une chance, et le montant de 250.000 € du chef de la réparation du

dommage moral. Elle formule une offre de preuve par l'audition d'un témoin et réclame une indemnité de procédure de 15.000 €.

L'intimée B conclut à la confirmation du jugement quant au volet relatif au dommage matériel et, par réformation, à voir dire irrecevable la demande en réparation du préjudice moral, sinon à la voir dire non fondée. Elle conclut au rejet de l'offre de preuve testimoniale et réclame une indemnité de procédure de 50.000 €.

### I. La recevabilité de la demande au regard de la nature de l'action

La société A expose que sa demande en condamnation n'est pas basée sur la qualité d'actionnaire de ses clients ou de la sienne à l'égard du C, et qu'elle ne poursuit pas B pour des fautes que celle-ci aurait commises à l'égard du C, mais que le fait générateur du dommage dont elle réclame réparation est la transmission par B d'informations trompeuses quant à la valeur des parts détenues par ses clients dans le C, informations qui l'ont amenée en sa qualité de gestionnaire de fortune à les conserver. Ceux-ci seraient actuellement sans valeur.

L'appelante soutient que ce serait dès lors à tort que le tribunal a qualifié sa demande d'action sociale, étant donné qu'elle n'a jamais revendiqué la qualité d'actionnaire du C et qu'elle n'a pas non plus entendu exercer une action en responsabilité contre B prise en sa qualité de dépositaire du C. Sa demande devrait donc être déclarée recevable.

La réparation du dommage matériel que l'appelante réclame a initialement touché ses clients, investisseurs - porteurs de parts du C qui en tant que détenteurs d'une partie du capital social sont à considérer comme actionnaires.

Le tribunal a retenu que tant la loi des îles Caïman que la loi du for écartent l'action sociale exercée par l'actionnaire. Les parties s'accordent à dire que l'actionnaire-investisseur n'est recevable à intenter une demande en indemnisation contre un cocontractant du C que pour le préjudice qu'il a subi, à la condition qu'il soit distinct du préjudice social.

Le critère qui permet de distinguer le préjudice social du préjudice individuel réparable consiste dans le fait que ce dernier va directement affecter la valeur des titres ou 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 une simple répercussion du préjudice social et doit, par conséquent, être déconnecté d'une perte qui affecterait l'actif social.

L'appelante soutient que sa décision de conserver les parts dans le portefeuille de ses clients aurait été dictée par les fausses

informations à elle transmises par l'intimée quant à la valeur des parts du C qui faisaient partie du portefeuille de ses clients, et que si elle avait été informée de la valeur réelle de ces parts, elle en aurait demandé le rachat au C.

La demande principale de l'appelante tend à se voir indemniser à hauteur des sommes de 18.361.784,99 USD et de 1.018.106,90 € investies par ses clients dans le C.

Ce montant initial ne tient de toute évidence pas compte de l'évolution de la valeur des parts souscrites, ni, semble-t-il, de celle à calculer sur la base des informations communiquées à la société A le 19 août 2008.

Il est oiseux, tel que le font les parties, de spéculer sur la valeur réelle des parts à la date de l'établissement du document critiqué au mois d'août 2008, puisqu'elles s'accordent à dire que les informations communiquées se sont après coup révélées inexactes.

En réclamant une indemnisation à hauteur de l'intégralité de l'investissement réalisé, l'appelante qui soutient que l'actif du C ne lui permettra pas d'être désintéressée ne fait que poursuivre une action identique à celle de tous les autres investisseurs qui ont souscrit des parts dans le C, de sorte qu'à défaut de réclamer l'indemnisation d'un préjudice distinct du préjudice social subi par l'ensemble des investisseurs, sa demande est irrecevable.

La Cour relève à cet endroit que par acte d'huissier de justice du 3 avril 2009, le C a assigné la société B devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg aux fins de la voir condamner à lui restituer les titres en dépôt, sinon à lui payer à titre d'indemnisation le montant de 2.020.495.724,18 USD, ce montant englobant nécessairement celui que l'appelante soutient être accru à ses clients.

L'objet de la demande subsidiaire en allocation de dommages-intérêts du chef de la perte d'une chance n'est pas susceptible d'affecter le patrimoine du C, mais tend à la réparation d'un dommage distinct et personnel qui, selon l'appelante, a été causé par l'intimée.

Poursuivant dès lors une action individuelle personnelle distincte d'une action sociale, la demande subsidiaire de l'appelante en indemnisation du dommage matériel est, par réformation, à déclarer recevable.

La demande de la société A en réparation du dommage moral a été déclarée recevable, mais non fondée.

Par voie d'appel incident, l'intimée conclut à la voir déclarer irrecevable.

C'est par une motivation correcte que le tribunal a déclaré la demande recevable, la personne morale étant susceptible par une atteinte à sa réputation de subir un tel préjudice. (Cour de cassation commerciale 15 mai 2012 Dalloz, 2012, p.2285, note Delpech ; Revue des sociétés 2012, page 620, note Stoffel-Munck, arrêt cité dans ceux de la Cour d'appel du 14 juillet 2014, n° de rôle 36516-36519)

L'appel incident est à rejeter.

## II. L'intérêt et la qualité à agir de la société A

L'appelante a fait valoir dans l'acte d'appel avoir indemnisé ses clients des pertes subies dans le cadre du scandale Madoff et verse 77 contrats de fiducie signés avec ses clients. Elle conclut au regard des articles 1 et 2 desdits contrats qu'elle a qualité pour agir tant au nom de ses clients qu'en son nom propre, cela en vertu du droit suisse applicable auxdits contrats.

L'intimée dénie à l'appelante toute qualité et intérêt à agir.

Il ressort des éléments du dossier que la société A est un gestionnaire de fortune et que les parts du C ont été souscrites par des personnes physiques et/ou morales, par l'intermédiaire d'instituts bancaires qui, pour la plupart d'entre eux, figurent sur le registre des actionnaires du C, tenu par la société B prise en sa qualité d'agent administratif. L'appelante soutient que les instituts bancaires inscrits sur le registre des actionnaires n'agissaient pas en nom propre, mais en leur qualité de *nominee* des clients de l'appelante.

La société intimée fait valoir qu'en vertu de l'adage *nul ne plaide par procureur*, la société A n'est pas recevable à agir au nom et pour le compte soit de ses clients dont elle gère le patrimoine, soit au nom des Bs dont seulement certaines figureraient sur le registre des actionnaires du C.

L'examen de la qualité pour agir implique celui de la titularité du droit allégué qui relève de la loi du fond. L'article 8 des *Fiduciary Agreements* signés par l'appelante et les clients soumet le contrat fiduciaire aux « *substantive laws of Switzerland* ». Les contrats fiduciaires signés entre l'appelante et les souscripteurs de parts sociales du C sont donc régis par le droit suisse.

Il convient de déterminer si le fiduciaire agit en son nom propre ou en tant que représentant des clients. Dans ce dernier cas, selon le droit processuel luxembourgeois, l'action serait irrecevable en vertu de l'adage *nul ne plaide par procureur*.

La qualité pour agir établit l'intérêt pour agir du titulaire qui réclame réparation.

En droit suisse, l'institution de la fiducie n'est pas codifiée dans une loi. Sa validité est consacrée par le Tribunal fédéral, tant en ce qui concerne la fiducie-gestion que la fiducie-sûreté. Cette institution se voit appliquer en partie les règles du mandat prévues par le code des obligations suisses. Cependant et contrairement au mandat, le fiduciaire n'agit pas au nom et pour le compte du fiduciaire, mais en son nom propre, le transfert des droits lui conférant la titularité du droit. Cette caractéristique essentielle du contrat de fiducie n'est pas propre au droit suisse. Elle vaut également en droit luxembourgeois (loi du 27 juillet 2003) et en droit français (loi du 19 février 2007). Les règles du mandat sont par contre applicables dans les relations entre les parties, sauf que le contrat fiduciaire ne peut être révoqué unilatéralement par le fiduciaire-mandant.

Le contrat de fiducie est défini en droit suisse comme étant celui par lequel le mandataire (fiduciaire) a la charge d'exercer un droit (de propriété ou d'une créance) qui lui a été préalablement transféré par le mandant (fiduciaire) à une fin déterminée et de le transférer soit à un tiers bénéficiaire, soit de le retransférer au mandant, pour le cas où celui-ci en est le bénéficiaire. Cette définition rejoint en ses éléments principaux la définition du contrat de fiducie de droit luxembourgeois qui y est défini comme le contrat par lequel une personne, le fiduciaire, convient avec une autre personne, le fiduciaire, que celui-ci, sous les obligations déterminées par les parties, devient propriétaire de biens formant un patrimoine fiduciaire. (voir notamment: Le contrat fiduciaire en droit luxembourgeois, par Ph.Hoss et P.Santer, études fiscales internationales, 2004, pages 782-856)

En l'espèce, les souscripteurs de parts du C ont donné instruction écrite à leur B dépositaire de transférer les parts à la société A, instructions faites en exécution du *Transfer Agreement* signé par le client et la société d'investissement appelante. Concomitamment audit document, les mêmes parties ont signé le document *Fiduciary Assignment and Transfer Agreement* par lequel la société A a été chargée par le client d'exercer les droits attachés auxdites parts. C'est ce dernier document qui constitue le *contrat fiduciaire*.

L'intimée fait tout d'abord valoir que les droits ont été transférés à la société A Ltd, mais non pas à l'appelante A AG. Ce moyen n'est pas fondé, la seule société domiciliée à l'adresse indiquée dans les documents mentionnés ci-dessus étant la société appelante. L'intimée n'établit par ailleurs pas l'existence d'une société A Ltd, soumise à un droit autre que le droit suisse et domiciliée à la même adresse que l'appelante.

L'intimée B fait ensuite valoir qu'au moment de l'assignation, certains des contrats fiduciaires n'avaient pas encore été signés par les clients de sorte que la société A n'aurait pas pu tenter une

action en indemnisation en l'absence de la titularité des droits attachés aux parts lui cédées à titre fiduciaire.

Ce moyen est fondé étant donné que la qualité pour agir s'apprécie au jour de la demande en justice.

La demande pour autant qu'elle vise le transfert des parts au profit de l'appelante dont mention dans la pièce 7 de l'intimée est donc à rejeter.

L'intimée fait encore valoir qu'il lui serait impossible d'identifier certains des souscripteurs de parts qui figureraient sur les pièces bancaires et le contrat fiduciaire, ce qui la mettrait dans l'impossibilité de remplir ses obligations légales en matière de lutte contre le blanchiment et de terrorisme et de savoir si les signataires disposent de la capacité juridique pour contracter et de déterminer s'il s'agit ou non de *restricted persons* visées au *memorandum* du C du 31 juillet 2005.

Les pièces bancaires en question sur lesquelles n'apparaît pas le nom du titulaire se rapportent à des comptes chiffrés. L'appelante se dit dans l'impossibilité de révéler l'identité de ces porteurs de parts en raison du secret bancaire suisse.

Il appartient à l'appelante de justifier de sa qualité à agir. Elle dit être dans l'impossibilité de révéler l'identité de ceux des clients non identifiés en raison du secret bancaire suisse. Ce faisant, elle ne met pas l'intimée dans la possibilité d'apprécier la régularité du transfert des parts au regard des obligations qui lui incombent. Cette impossibilité de révéler l'identité des porteurs de parts est toute relative. Rien n'empêche en effet le titulaire du compte chiffré de révéler son identité. Les développements de l'appelante qui fait valoir que l'intimée serait à même sur base des pièces bancaires de connaître l'identité est à écarter, étant donné que c'est à elle qu'il appartient de justifier de sa qualité pour agir.

Les parts transférées de comptes-titres ouverts au nom de clients non identifiés au profit de la société A ne sont dès lors pas à prendre en compte.

Ce volet de la demande est à rejeter.

Il convient de conclure que la société anonyme de droit suisse A AG a qualité à agir en indemnisation contre la société anonyme B (Luxembourg) dans la limite des droits de ceux des clients qui les lui ont transférés à titre fiduciaire antérieurement au moment de l'introduction de la demande en justice, et dans la mesure où l'identité de ces clients est établie.

### III. La portée du contrat fiduciaire

Les passages pertinents des contrats fiduciaires signés par l'appelante avec ses clients, tous de teneur identique, sont les suivants:

*“ Client hereby appoints A as his fiduciary agent and requests A to hold all rights and interest in the Fund, assigned and transferred to its custodian bank, (hereinafter the «Custodian»), as a fiduciary agent under the terms and conditions of this Agreement “. (article 1, 1)*

*“Should the separate assignment agreement between the Custodian and A not be approved by the Directors and Administrator of the Fund, Client hereby authorizes A to still pursue the rights and claims in its own name (i.e in the name of A) and Client hereby grants a power of attorney to A to do all acts and things which according to the sole discretion and judgement of A are necessary to recover all or part of the funds lost “. (article 1, 2)*

*"Under this Fiduciary Agreement, A shall pursue all rights and claims to recover all or part of the lost funds, be it obligatory or proprietary right, including without limitation any rights and claims for damages, including punitive damages, claims against insurance companies, institutional or governmental funds for recovery, such as SIPC, and any and all accessory rights which are dependent upon the assigned rights and claims. “ (article 2)*

Selon l'article 1<sup>er</sup> alinéa 1<sup>er</sup> du *Fiduciary Assignment and Transfer Agreement* (i.e. le contrat fiduciaire), le client désigne la société A comme son agent fiduciaire pour la préservation des droits et participations (*interests*) dans le C, transférés par le client à l'appelante A en vertu du *Transfer Agreement*.

L'alinéa 2 prévoit le cas où le *Transfer Agreement* (qui avait pour objet le transfert des parts détenues par le client dans son compte-dépôt vers celui de la société A) ne devait pas être agréé par les organes compétents du C d'investissement. Dans ce cas, la société A pourra *in its own name (i.e in the name of A) and Client hereby grants a power of attorney to A* effectuer tout acte et accomplir toute chose qui, à la seule discrétion de A, s'avèrent nécessaires afin de récupérer tout ou partie des C perdus.

L'insertion de cet alinéa s'explique par le fait que les Bs et non pas les clients figuraient sur le registre du C en leur qualité d'actionnaires et qu'une cession des parts qui entraîne corrélativement celle de ladite qualité ne peut se faire qu'en conformité avec les statuts du C. L'agrément donnée conduira à l'inscription du cessionnaire dans le registre des actionnaires en lieu et place du cédant.

C'est à juste titre que l'intimée renvoie aux dispositions statutaires du C qui prévoient un processus d'agrément d'un transfert d'actions par les organes du C. (voir notamment les articles 11(3), 13(1), 33 et suivants des statuts). En l'absence d'un tel accord émanant des directeurs et de l'agent administratif du C, la société A ne pouvait faire valoir sa qualité d'actionnaire vis-à-vis du C, ce d'autant plus que les clients n'étaient pas inscrits sur le registre des actionnaires. Cette qualité d'actionnaire est reconnue par l'intimée aux seules Bs par l'intermédiaire desquelles la souscription des parts a été faite et que l'intimée continue de considérer comme les actionnaires pour être inscrites sur le registre.

Contrairement à ce que soutient l'intimée, les Banques intermédiaires qui, pour la plupart sont inscrites comme actionnaires sur les registres du C, ont, au vu des relations entretenues avec les souscripteurs des parts, agi en qualité de *nominee* de ces derniers.

En effet, la pratique des affaires admet le procédé de dématérialisation des titres nominatifs dans laquelle elle voit la substitution à l'inscription existant dans le registre tenu par l'émetteur ou un tiers au nom d'une personne d'une nouvelle inscription au nom d'une autre personne. Cette même pratique admet que le propriétaire se fasse inscrire dans le registre des titres par l'intermédiaire d'un prête-nom, appelé *nominee*. (Cour d'appel 16 mars 2005, BIJ 2005, page 92 et les références doctrinales y citées)

Il est à noter que les Bs n'ont pas signé de contrat fiduciaire avec l'appelante au motif, selon l'appelante, qu'elles ne sont pas les propriétaires des parts souscrites, bien que figurant sur le registre des actionnaires.

Si donc la société A ne pouvait à l'égard du C pas faire valoir de droit attaché à la qualité d'actionnaire, fût-ce à titre fiduciaire, (voir notamment l'article 13 des statuts qui prévoit que le C pourra continuer à se libérer entre les mains de l'actionnaire inscrit et non pas de l'investisseur qui a acquis les parts), elle disposait cependant du mandat de ses clients de les représenter, donc d'agir au nom et pour leur compte. C'est ainsi qu'est à comprendre l'octroi en sa faveur d'un *power of attorney*.

La formule employée à l'article 2 est malheureuse. Elle opère un lien entre le droit pour l'appelante *to still pursue the rights and claims in its own name (i.e in the name of A)* et le fait par le client de "*hereby grants a power of attorney to A to do all acts and things which according to the sole discretion and judgement of A are necessary to recover all or part of the funds lost*".

Le fait de charger la société A d'agir au nom et pour le compte du client (il s'agit en fait d'un mandat de « *do all acts and things* ») est en opposition flagrante avec le contrat fiduciaire par lequel le fiduciaire

agit en son nom propre, à telle enseigne donc que la formulation choisie ne donne aucun sens.

Cependant et afin de donner un sens à l'article 1<sup>er</sup> alinéa 2, il convient de retenir que la volonté des parties était de voir le client confier à la société A un mandat de le représenter à l'égard du C.

Il ne s'agit en effet pas de lire l'article 1<sup>er</sup> alinéa 2 en relation avec l'action judiciaire dont la Cour est saisie et dans laquelle l'appelante doit établir sa qualité et son intérêt à agir en nom personnel pour ne pas se voir opposer la maxime *nul ne plaide par procureur*, mais il est à lire en relation avec toute autre action (non judiciaire) où le client peut mandater un tiers de le représenter auprès des organes du C.

Cette hypothèse n'est cependant pas celle de l'espèce où la qualité et l'intérêt pour agir judiciairement présuppose la titularité du droit dans le chef de l'appelante.

Au vu des développements qui précèdent, la Cour fait abstraction de l'article 1<sup>er</sup> alinéa 2 du contrat fiduciaire qui ne saurait fonder l'action de la société A.

Il convient donc d'en examiner le bien-fondé au regard des articles 1 alinéa 1 et 2.

L'intimée soutient que le contrat fiduciaire n'aurait porté que sur les actions à intenter contre le C et non contre des tiers contractants du C et que le contrat n'engloberait pas les actions délictuelles.

Selon le droit suisse, les restrictions éventuelles figurant dans le contrat de fiducie ne valent qu'entre les parties (fiduciant et fiduciaire), mais non pas à l'égard des tiers. Ces derniers sont irrecevables à faire valoir de telles restrictions (avis juridiques du Dr Holenstein, pièces 21 et 28 de l'appelante).

Les développements de l'intimée quant à l'objet du contrat fiduciaire sont de toute façon à écarter au vu de l'étendue de la mission confiée par les clients fiduciaires au fiduciaire A. Le contenu de l'article 2 tel que retranscrit ci-dessus ne comporte aucune restriction de quelque nature que ce soit. Il n'y a donc pas lieu de s'étendre autrement sur les distinctions faites par les parties, qui se réfèrent aux avis juridiques suisses.

Aucun des jurisconsultes consultés par les parties ne remet par ailleurs en cause la validité de l'objet du contrat pour se heurter à des dispositions impératives de droit suisse, les droits transférés n'étant en tous les cas pas, tel que le fait valoir l'intimée, des droits attachés à la personne du fiduciant.

#### IV. Le mérite de la demande en indemnisation

1. Le fait générateur du dommage consiste, selon l'appelante, dans la transmission par la société B à son égard d'informations fausses quant à la valeur des parts sociales. Ce serait sur la base desdites informations qu'elle aurait décidé, pour le compte de ses clients, de conserver les parts du C dans les portefeuilles des clients qu'elle gérait. Ces informations se seraient révélées être fausses. Le dommage subi équivaldrait à la somme qu'elle aurait pu récupérer avant que n'éclate le scandale Madoff.

Peu importe la valeur réelle des parts au mois d'août 2008 - l'appelante fait valoir que les parts n'avaient plus aucune valeur et l'intimée renvoie à des dividendes que le C devrait toucher de la part du liquidateur de la société D - et peu importe également le caractère officiel ou non du document litigieux du mois d'août 2008 contenant la liste des titres sous-jacents dans lesquels les actifs du C étaient investis, dès lors qu'il suffit de constater que ce document a été transmis par l'intimée à l'appelante qui, à l'époque, agissait en sa qualité de gérante de la fortune de ses clients. Peu importe encore que l'intimée ait transmis ces informations avec *réticence*, tel que le soutient l'appelante et tel qu'elle offre de l'établir par témoin, puisque la transmission a eu lieu, abstraction faite des circonstances dans lesquelles elle l'a été. Peu importe encore que le document en question n'ait pas comporté de réserves faites par son émetteur, tel que le souligne l'appelante qui fait valoir que pour le cas où il en aurait comporté, elle ne se serait éventuellement pas fiée aux données y contenues, tout en admettant que dans un tel cas - la Cour ne peut que s'étonner de la conclusion que l'appelante en tire - B aurait pu « *se dégager de toute responsabilité en relation avec les informations figurant sur le rapport* », étant donné que la transmission desdites informations par l'intimée, prise dans l'une ou l'autre de ses qualités (dépositaire et/ou agent administratif) à l'appelante impliquait nécessairement non seulement l'authenticité du document transmis, mais encore la véracité des données y contenues.

La Cour admet donc que la société appelante qui à l'époque agissait en sa qualité de gestionnaire de fortune pouvait légitimement se fier aux données y indiquées de sorte que son assertion qu'au vu des valeurs et titres y relevés, elle a décidé de conserver les parts, est crédible.

L'appelante reproche en appel encore à l'intimée de ne pas l'avoir informée que les titres n'étaient pas inscrits en compte chez elle, mais auprès de D. Ce reproche est à écarter, étant donné que la décision de conserver les parts dans le portefeuille de ses clients a été prise uniquement en considération du document litigieux du 19 août 2008.

La demande en indemnisation est basée sur la perte de la chance pour la société A de demander le rachat des parts au C avant que n'éclate le scandale Madoff, si elle avait été informée de la valeur réelle des parts et non pas de la valeur, fausse, indiquée sur le document. Selon elle, elle aurait donc pu vendre les parts et récupérer les C investis.

La prémisse de son raisonnement est cependant erronée: si l'intimée avait été à même d'indiquer à la société A la valeur effective des parts sociales au mois d'août 2008, donc quelque quatre mois avant que n'éclate le scandale Madoff, la fraude commise par celui-ci aurait d'ores et déjà été découverte. En effet, dans ce cas, la société B, prise dans l'une ou l'autre de ses qualités de dépositaire et d'agent administratif du C aurait nécessairement été au courant de la perte de la valeur des parts. La Cour ne présume par ailleurs pas que l'appelante soit encline à croire qu'elle aurait été une des premières à être informée par l'intimée de l'escroquerie commise par Bernard Madoff.

Vu l'ampleur des intérêts en jeu et des personnes concernées, cette information aurait immédiatement fait le tour de la planète financière et la panique qui a eu lieu au moment de la découverte du scandale Madoff en décembre 2008 aurait déjà éclaté à ce moment-là.

La société A n'aurait donc pas eu la chance de procéder au rachat des parts.

La demande subsidiaire de la société A en ce qu'elle réclame indemnisation du préjudice matériel sur base de la perte d'une chance n'est donc pas fondée.

2. L'appelante réclame la somme de 250.000 € en raison de l'atteinte portée à son image auprès de sa clientèle existante et potentielle. Elle resterait à jamais associée au scandale Madoff.

Elle verse des attestations qui font état de son sérieux et de son professionnalisme. Ces attestations ne font cependant pas état d'une atteinte à son honneur et à sa réputation. L'appelante ne détaille par ailleurs pas l'impact éventuel du scandale Madoff sur les relations qu'elle a entretenues avec ses clients lésés, ni avec des clients potentiels. Elle n'établit ni l'ébranlement de l'estime dont elle aurait été l'objet, ni le fait que son nom serait à jamais lié au scandale Madoff.

Sa demande en réparation du dommage moral est à rejeter.

Les deux parties sollicitent une indemnité de procédure.

La demande de la société appelante n'est pas fondée au vu du sort réservé à l'appel et aux dépens. Celle de la société intimée ne l'est pas non plus, étant donné qu'il n'est pas inéquitable de laisser à

sa charge les frais exposés en instance d'appel pour la conservation de ses droits, non compris dans les dépens.

### **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 les appels principal et incident,

dit l'appel incident non fondé,

dit l'appel principal partiellement fondé,

#### **réformant :**

dit recevable la demande subsidiaire en indemnisation et irrecevable la demande principale,

dit que la société anonyme de droit suisse A AG a qualité à agir en indemnisation contre la société anonyme B (Luxembourg) dans la limite des droits de ceux des clients qui les lui ont transférés à titre fiduciaire antérieurement au moment de l'introduction de la demande en justice, et dans la mesure où l'identité de ces clients est établie,

dit la demande non fondée,

en déboute,

**confirme** le jugement pour le surplus,

rejette les demandes des parties en allocation d'une indemnité de procédure,

condamne la société anonyme A AG aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de la société anonyme Arendt & Medernach.