

**Audience publique du vingt-quatre mai deux mille dix-sept**

**Numéro 41388 du rôle**

Composition:

Eliane EICHER, président de chambre,  
Alain THORN, premier conseiller,  
Danielle SCHWEITZER, conseiller,  
Josiane STEMPEL, greffier.

**Entre :**

la société d'investissement à capital variable de droit luxembourgeois **SOC1.**), constituée sous la forme d'une société anonyme, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), actuellement en liquidation par décision des actionnaires prise en assemblée générale en date du 9 novembre 2009, représentée par son conseil des liquidateurs actuellement en fonctions, agissant pour les besoins de son compartiment **SOC1.)-Arbitrage,**

**appelante** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Nadine dite Nanou TAPELLA d'Esch-sur-Alzette du 3 juillet 2014,

comparant par Maître Anne-Laure JABIN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**et :**

la société anonyme **SOC2.**), établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

**intimée** aux fins du susdit exploit,

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

## LA COUR D'APPEL :

Par acte d'huissier de justice du 28 mars 2012, la société d'investissement à capital variable de droit luxembourgeois **SOC1.)** - ci-après - **SOC1.)** a fait donner assignation à la société anonyme **SOC2.)** - ci-après **SOC2.)** - et à la société de droit anglais **SOC2.)** LIMITED à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, d'après les règles de la procédure civile, aux fins d'obtenir la condamnation solidaire, sinon in solidum, des deux parties défenderesses au paiement des montants de 130.694.918,19 €, 650.000 € et 1.000.000 €, y non compris les intérêts, à titre de réparation des préjudices matériel et moral subis en raison de la responsabilité contractuelle, subsidiairement de la responsabilité délictuelle d'**SOC2.)** en sa qualité de réviseur externe de **SOC1.)** entre 2003 et 2007 et celle d'**SOC2.)** GLOBAL LIMITED en sa qualité de commettant d'**SOC2.)**. Elle a requis une indemnité de procédure de 100.000 €.

La société de droit anglais **SOC2.)** GLOBAL LIMITED a soulevé in limine litis l'incompétence territoriale du tribunal pour statuer à son encontre ; en ordre subsidiaire, elle a soulevé l'irrecevabilité de la demande à son égard pour libellé obscur.

**SOC2.)** a soulevé l'irrecevabilité de la demande et a demandé, en ordre subsidiaire, de surseoir à statuer en attendant que soient tranchées les demandes de même nature introduites par les liquidateurs de **FDS1.)** et de **FDS2.)** contre **SOC2.)**.

En ordre subsidiaire, **SOC2.)** GLOBAL LIMITED s'est ralliée aux moyens d'irrecevabilité et de sursis à statuer soulevés par **SOC2.)**.

Dans un jugement rendu contradictoirement le 21 mai 2014, le tribunal a résumé comme suit les faits invoqués par **SOC1.)** à l'appui de sa demande :

en date du 12 décembre 2008, **SOC1.)** avait investi un montant total de 140.480.221,85 € dans les fonds **FDS1.)** Sicav, **FDS2.)** Sicav, **FDS3.)** GLOBAL FUND Ltd USD, **FDS3.)** EURO FUND Ltd, **FDS4.)** Ltd et **FDS5.)** MULTIADVISORS Ltd STRATEGIC, les « Feeder Funds », dont les actifs avaient été confiés en quasi-totalité à une société de courtage du groupe de **A.)**, la société de droit américain **SOC3.)** LLC (**SOC3.)**), mise en liquidation judiciaire en date du 15 décembre 2008 suite à la découverte de la fraude mise en place par l'organisation d'un « schéma de Ponzi » ;

il serait acquis que les actifs des « Feeder Funds », et donc les sommes investies par **SOC1.)** dans ces fonds, ont été frauduleusement détournés par **SOC3.)** et seraient actuellement irrécouvrables, les « Feeder Funds » étant dans l'incapacité de faire droit aux demandes de rachat formulées par **SOC1.)** ;

la requérante reproche aux défenderesses, en leur qualité de réviseur de **SOC1.)**, de ne pas avoir accompli leur mission dans le respect de leurs obligations légales et contractuelles et d'avoir engagé leur responsabilité de ce chef ; la responsabilité de l'entité anglaise **SOC2.)** GLOBAL LIMITED étant

recherchée en sa qualité de commettant de la société luxembourgeoise **SOC2.)** S.A. ;  
le préjudice subi par **SOC1.)**, consistant notamment dans la perte des montants investis dans les « Feeder Funds », trouverait sa cause dans ces fautes et devrait dès lors être entièrement indemnisé par les défenderesses ;  
pour établir les fautes reprochées aux défenderesses, la demanderesse invoque notamment les dispositions de la loi modifiée du 20 décembre 2002 relative aux organismes de placement collectif, ainsi que celles de la loi du 28 juin 1984 portant organisation de la profession de réviseur d'entreprise, de même que celles de la circulaire CSSF 02/81 du 6 décembre 2002 faisant valoir que dans le cadre d'un fonds d'investissement détenant des participations dans d'autres fonds, l'exigence de vérification de l'existence et de la valeur des actifs ne pourrait s'arrêter au constat que les titres détenus dans les fonds sous-jacents existent, mais que le réviseur devrait, pour parvenir à son objectif de vérification effective, vérifier les fonds sous-jacents, ainsi que l'existence et la valeur des actifs détenus par les fonds sous-jacents ;  
elle reproche encore aux défenderesses de ne pas avoir agi en dehors de tout conflit d'intérêt au regard du cumul des mandats de réviseur d'entreprise tant de **SOC1.)** que de certains des fonds dans lesquels **SOC1.)** détenait des participations ;  
dans ce contexte, elle reproche plus particulièrement à **SOC2.)** de n'avoir jamais informé la CSSF des manquements commis par **FDS1.)**, **FDS2.)** et leur banque dépositaire UBS (Luxembourg) S.A. ; ainsi **SOC2.)** aurait dû en sa qualité de réviseur de **FDS1.)**, de **FDS2.)** et d'UBS relever le cumul des fonctions de dépositaire et de gestionnaire dans le chef de **SOC3.)** ;  
en ordre subsidiaire la responsabilité des défenderesses est recherchée sur la base délictuelle.

Par le jugement du 21 mai 2014, le tribunal :  
s'est déclaré territorialement incompétent pour connaître de la demande dirigée contre la société **SOC2.)** GLOBAL LIMITED,  
s'est déclaré compétent pour connaître de la demande dirigée à l'encontre d'**SOC2.)**,  
a reçu la demande principale en la pure forme,  
a déclaré la demande irrecevable,  
a débouté **SOC1.)** de sa demande basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile,  
a condamné **SOC1.)** à tous les frais et dépens de l'instance.

Le tribunal a d'abord retenu qu'il y avait une confusion des fondements délictuels et contractuels et qu'il n'est pas possible de permettre à la victime de demander une seule réparation du préjudice subi à l'aide d'une action hybride, à la fois contractuelle et délictuelle. Il a dit, ensuite, que **SOC1.)** reste en défaut d'établir que les préjudices allégués résultent d'une obligation contractuelle à charge d'**SOC2.)**, que le préjudice de la requérante n'est que la répercussion du préjudice social subi par les fonds d'investissement dans lesquels **SOC1.)** avait investi et qu'un constat similaire s'impose quant aux préjudices matériels annexes et quant au préjudice moral invoqué, qu'il s'agit

plutôt d'un dommage matériel. Il a également déclaré la demande irrecevable sur la base délictuelle.

**SOC2.)** et **SOC2.)** GLOBAL LIMITED ont fait signifier le jugement à **SOC1.)** par acte d'huissier de justice du 30 mai 2014.

**SOC1.)** a relevé appel du jugement de première instance par acte d'huissier de justice du 3 juillet 2014.

Elle a seulement intimé **SOC2.)**.

#### Quant à la recevabilité de l'appel

L'intimée demande, en ordre principal, de déclarer l'appel irrecevable pour être constitutif d'une demande nouvelle.

Elle fait valoir que pour échapper à l'irrecevabilité de sa demande telle que formulée en première instance, de nature délictuelle évidente, sinon du moins hybride, **SOC1.)** réécrit et reformule complètement la cause de sa demande dans son acte d'appel du 3 juillet 2014 pour tenter de soutenir une responsabilité contractuelle d'**SOC2.)** et qu'elle ajoute un objet nouveau, à savoir une demande d'indemnisation au titre de la perte d'une chance.

Il y aurait modification de la demande par sa cause. Pour qu'il n'y ait pas modification de la cause, il faudrait que les faits restent strictement identiques tout au long de la procédure et ce jusqu'en appel.

**SOC2.)** fait des comparaisons entre l'assignation du 28 mars 2012 et l'acte d'appel. Elle déclare que les allégations relatives à des manquements contractuels dans l'acte d'appel ne feraient plus aucune référence directe aux Feeder Funds et ne mentionneraient plus ni **FDS1.)** ni **FDS2.)**. La partie appelante ne mentionnerait plus aucune des prétendues fautes commises par **SOC2.)** au niveau de **FDS1.)** et de **FDS2.)**, alors que dans son exploit introductif de première instance elle n'aurait quasiment rien fait d'autre que de critiquer le travail d'audit réalisé par **SOC2.)** au niveau de **FDS1.)** et de **FDS2.)**.

**SOC1.)** ne critiquerait en rien les motifs du jugement de première instance, bien au contraire, elle les prendrait en considération pour réécrire son acte introductif d'instance et pour réarticuler complètement sa demande.

Il ne saurait être demandé de réformer un jugement qui a été rendu sur la base de demandes non formulées devant les juges de première instance.

**SOC1.)** répond que l'acte d'appel ne contient aucune demande nouvelle.

D'une part, la pratique de l'intimée qui consiste à extraire la partie d'une phrase ou d'un paragraphe pour la situer hors de son contexte et de l'argumentaire et la comparer à une autre phrase ou même à la teneur d'un autre document, n'aurait aucun sens, sauf celui de vouloir créer une

confusion totale. L'appelante fait valoir qu'elle répond à l'appréciation erronée des juges de première instance.

D'autre part, la lecture des écritures de l'appelante par **SOC2.)** et leur comparaison seraient erronées.

Il y a lieu de constater que, contrairement aux conclusions de l'intimée, **SOC1.)** critique la motivation de la juridiction de première instance, lui reprochant d'avoir refusé de prendre en compte l'ensemble des manquements mis en avant par **SOC1.)** au titre de manquements contractuels d'**SOC2.)** et d'avoir donc refusé de prendre en compte que des violations légales étaient des fautes contractuelles vis-à-vis de **SOC1.)** ; tous les faits par elle invoqués résulteraient directement de manquements aux obligations contractuelles d'**SOC2.)**. Elle fait état des lettres d'engagement et elle fait plaider que si la mission d'**SOC2.)** résulte d'obligations contractuelles, le contenu de ces obligations contractuelles est largement déterminé par la législation et les normes applicables aux travaux d'audit d'un OPCVM de droit luxembourgeois auxquelles les lettres d'engagement font, d'ailleurs, expressément référence, les dispositions de la loi de 2002, les circulaires CSSF applicables, notamment la circulaire CSSF 02/81 du 6 décembre 2002 et les dispositions de la loi du 28 juin 1984 portant organisation de la profession de réviseur d'entreprises, les normes émises par l'Institut des Réviseurs d'Entreprises et les normes de révision internationales IAS. Les juges de première instance auraient interprété erronément les manquements d'**SOC2.)** développés par **SOC1.)** dans son assignation.

L'appelante fait encore valoir que les juges de première instance ont omis de considérer que l'obligation d'**SOC2.)** de contrôler la valeur des investissements de **SOC1.)** et donc de procéder à un contrôle effectif des structures dans lesquelles **SOC1.)** détenait une participation portait sur tous les actifs de **SOC1.)**, non seulement sur les titres détenus dans deux fonds de droit luxembourgeois.

L'appelante réitère ses reproches à l'égard d'**SOC2.)**.

La Cour constate qu'en première instance, **SOC1.)** a invoqué les fautes suivantes à charge d'**SOC2.)** :

- avoir erronément certifié l'existence et la valeur des actifs de compartiment **SOC1.)** Arbitrage ;
- avoir manqué à ses obligations de diligence en réalisant ses missions d'audit auprès de **SOC1.)** ;
- avoir omis de relever des violations flagrantes à la loi de 2002 (et des droits étrangers applicables) dans le cadre des Feeder Funds ;
- s'être abstenue de dénoncer ces violations à la CSSF, surtout concernant **FDS1.)** et **FDS2.)** ;
- avoir omis de considérer le conflit d'intérêts pourtant évident qu'**SOC2.)** avait à auditer les comptes de **SOC1.)** ET des Feeder Funds de droit luxembourgeois ET d'UBS (Luxembourg) S.A., banque dépositaire de **FDS1.)** et **FDS2.)** ;

- qu'en instance d'appel, **SOC1.)** invoque les manquements suivants :
- avoir erronément certifié l'existence et la valeur des actifs de compartiment **SOC1.) Arbitrage** ;
  - avoir manqué à ses obligations de diligence en réalisant des missions d'audit auprès de **SOC1.)** ;
  - avoir omis de relever des violations flagrantes à la loi de 2002 (et des droits étrangers applicables) dans le cadre des Investissements ;
  - s'être abstenue de dénoncer ces violations à la CSSF, ne serait-ce qu'au moins concernant les Investissements réglementés par le droit luxembourgeois (pour lesquels la CSSF est compétente vu qu'il s'agit de sicav de droit luxembourgeois);
  - avoir omis de considérer le conflit d'intérêts pourtant évident qu'**SOC2.)** avait à auditer les comptes de **SOC1.)** et des investissements au moins de droit luxembourgeois et d'UBS (Luxembourg) S.A., banque dépositaire des Investissements de droit luxembourgeois.

Les manquements et fautes ainsi décrits sont donc identiques dans les deux instances.

Quant aux développements de **SOC1.)** à l'appui de ses revendications, celle-ci a, dans l'assignation introductive de première instance, fait valoir que la valeur des titres auxquels elle avait souscrit était fictive et elle a reproché à **SOC2.)** de ne pas s'être assurée de l'existence (économique) et de la valeur de ces actifs; qu'**SOC2.)** aurait dû, pour contrôler la valeur réelle des titres émis par les Feeder Funds et donc procéder à une révision efficace des comptes de **SOC1.) Arbitrage**, non pas s'assurer seulement que ces titres étaient valablement émis, mais contrôler la valeur des actifs détenus par les Feeder Funds. **SOC2.)** aurait erronément certifié l'existence et la valeur des actifs du compartiment **SOC1.) Arbitrage**. **SOC1.)** a souligné dans l'assignation que le contrôle de la valeur des titres émis par les Feeder Funds passait impérativement par un contrôle, (ne serait-ce que par sondage) des actifs détenus par les Feeder Funds ; la revue des actifs du compartiment Arbitrage ne consisterait pas uniquement dans le contrôle de l'existence des actifs du compartiment, mais requiert une analyse plus poussée par le réviseur de l'actif même, pour vérifier que la valeur de l'actif est bien conforme à l'évaluation qui en est faite par **SOC1.)**. Dans l'acte d'appel, **SOC1.)** fait à nouveau plaider qu'**SOC2.)** devait, en sa qualité de réviseur de **SOC1.)**, vérifier la matérialité et la valeur du compartiment Arbitrage.

Dans l'assignation, **SOC1.)** a fait valoir que la faute d'**SOC2.)** est double, « **SOC2.)** ayant commis une faute au niveau de **FDS1.)** et de **FDS2.)**, qui se traduit par une faute contractuelle envers **SOC1.)** dans le cadre de l'audit des comptes de **SOC1.)** ». Il s'impose de constater que si, dans l'assignation, **SOC1.)** a conclu que la responsabilité d'**SOC2.)** envers elle, agissant pour les besoins de son compartiment Arbitrage, est engagée du chef de manquements à ses obligations professionnelles dans le cadre de **FDS1.)** et de **FDS2.)**, et si elle a fait valoir qu'**SOC2.)** n'a pas accompli sa mission tant au niveau de **SOC1.)** que de **FDS1.)** et de **FDS2.)**, elle a indiqué que l'audit correct du compartiment Arbitrage (et de **FDS1.)** et de **FDS2.)**) aurait dû conduire **SOC2.)** à contrôler ne serait-ce qu'une partie des actifs des Feeder

Funds, et donc déceler la fraude commise au sein des Feeder Funds. Son argumentation et ses moyens tendaient donc à voir engagée la responsabilité du réviseur d'entreprise en lui reprochant de ne pas avoir vérifié la valeur des titres des Feeder Funds, dont **FDS1.)** et **FDS2.)**.

L'emploi des termes par **SOC1.)** dans l'acte d'appel d'« investissements » au lieu de ceux d'« actifs des Feeder Funds » en première instance n'établit pas une modification de la cause de la demande, les deux visant la même chose. Il en va de même de l'emploi du terme « circonstance aggravante » relativement aux manquements contractuels d'**SOC2.)** envers **SOC1.)** en rapport avec la qualité de réviseur qu'**SOC2.)** avait également à l'égard des deux fonds sous-jacents de droit luxembourgeois, **FDS1.)** et **FDS2.)**, puisqu'en première instance **SOC1.)** s'était exprimée dans le même sens en déclarant que la mise en œuvre du contrôle d'**SOC2.)** était d'autant plus aisée pour elle qu'elle agissait également comme réviseur de **FDS1.)** et de **FDS2.)** ainsi que d'UBS (Luxembourg).

Le cumul des fonctions de dépositaire et de gestionnaire des actifs des fonds entre les mains de **SOC3.)** dans tous les Feeder Funds invoqué dans l'assignation est repris par **SOC1.)** dans l'acte d'appel dans lequel elle dit qu'«**SOC2.)** indique avoir contrôlé l'organisation des fonds dans lesquels **SOC1.)** a investi et des fonctions de dépositaire et de gestion au sein des fonds (suivant les dispositions légales applicables relatives à la séparation entre les fonctions de dépositaire et de gestionnaire des actifs), sans relever ni mentionner à **SOC1.)** et ses actionnaires l'existence d'une structuration illégale, voire frauduleuse, au sein des fonds ni les risques y attachés ».

Concernant les développements de l'intimée portant sur une réécriture de la demande dans les conclusions notifiées suite à l'acte d'appel, il y a lieu de constater que **SOC1.)** a réitéré en appel le reproche formulé dans l'assignation à l'égard d'**SOC2.)** de ne pas avoir vérifié l'existence et la valeur des actifs des Feeder Funds en faisant relever que le réviseur sera tenu de contrôler les actifs détenus par la société qu'il audite : « en l'espèce, **SOC2.)**, réviseur de **SOC1.)**, sera tenu d'effectuer des contrôles relatifs aux instruments financiers détenus par **SOC1.)** Arbitrage », ce eu égard à la précision « et notamment les Investissements. »

Par son reproche à l'égard d'**SOC2.)** formulé dans l'assignation de ne pas avoir vérifié les titres soi-disant détenus par **SOC3.)**, **SOC1.)** visait en termes exprès les actifs des Feeder Funds ; ce reproche est identique à celui formulé en instance d'appel pour omission de procéder à une analyse des actifs détenus par **SOC1.)**, l'appelante ayant clairement indiqué « et donc notamment les Investissements ».

Le même constat s'impose en ce qui concerne le reproche formulé dans l'assignation à l'égard d'**SOC2.)** de ne pas avoir diligenté un contrôle sur les actifs des Feeder Funds en gestion auprès de **SOC3.)** et celui formulé en appel de ne pas avoir diligenté des contrôles au niveau des Feeder Funds.

Le reproche de première instance de ne pas avoir vérifié ou contrôlé **SOC3.)** en tant que contrepartie des Feeder Funds se recoupe avec celui de ne pas avoir évalué le risque de la défaillance de la contrepartie de **SOC1.)**, soit en l'espèce les Feeder Funds.

Si dans l'assignation, **SOC1.)** a fait état de manquements et de fautes commis par **SOC2.)** en sa qualité de réviseur de **FDS1.)** et de **FDS2.)** dans un chapitre 1.4 « Situation d'**SOC2.)** en qualité de réviseur de **FDS1.)** et de **FDS2.)** », elle a dans l'acte d'appel, sub 3.1.3.5. fait des développements quant à « **SOC2.)** en qualité de réviseur des deux fonds sous-jacents de droit luxembourgeois », visant par ces conclusions **FDS1.)** et **FDS2.)**.

En instance d'appel, **SOC1.)** n'invoque ainsi pas de faits nouveaux.

Il s'impose dès lors, en conclusion de ce qui précède, de constater que le bien-fondé du reproche de l'intimée tiré d'une modification de la cause de la demande laisse d'être établi.

**SOC2.)** fait encore état d'une modification de la demande par son objet : la demande de l'appelante pour prétendue perte d'une chance serait nouvelle en instance d'appel.

L'appelante répond qu'elle n'a formé aucune demande nouvelle par son objet, elle ne ferait état d'aucune créance nouvelle, le préjudice par elle subi resterait identique.

Il est rappelé qu'en première instance, **SOC1.)** a conclu à la condamnation au paiement du montant de 130.694.918,19 € en indemnisation du préjudice matériel principal. **SOC1.)** a expliqué qu'elle avait investi dans les Feeder Funds la somme globale de 140.480.221,85 € à la date du 12 décembre 2008, que ces investissements sont désormais irrécouvrables alors que toutes demandes de rachat par elle formées ne peuvent plus être exécutées ; après cession de sa participation dans **FDS5.)**, elle subirait, après recouvrement d'une partie des sommes investies dans **FDS5.)**, un préjudice matériel qui s'élève à 130.694.918,19 €.

En instance d'appel, **SOC1.)** fait valoir que son préjudice ne se confond pas avec le préjudice des fonds sous-jacents, ni avec les pertes subies par les autres fonds ; que la perte par elle subie et invoquée dans son assignation correspond à la valeur d'acquisition de ses actifs et non pas à la dévalorisation de ces actifs ; qu'outre la non-concordance mathématique du préjudice de **SOC1.)** avec les pertes alléguées par les fonds sous-jacents, le préjudice de **SOC1.)** consistera encore dans la perte d'une chance d'avoir pu éviter son préjudice et son manque à gagner de ne pas avoir pu investir ailleurs dans des fonds sous-jacents mieux gérés ou du moins gérés sans que soient commises des violations de la loi.

La modification dont fait état l'intimée ne porte que sur un chef de la demande ; elle n'est donc susceptible d'affecter que la recevabilité de ce chef de la demande.

L'examen de ce moyen ne s'impose qu'en cas de décision déclarant l'appel recevable et de décision de réformation déclarant recevable la demande formée par **SOC1.)**.

**SOC2.)** fait encore valoir que l'articulation totalement nouvelle des faits qui constituent la cause de la demande de **SOC1.)** serait néanmoins irrecevable en raison du principe que nul ne peut se contredire au détriment d'autrui, connu en droit anglo-saxon sous la dénomination du principe d'estoppel. En adoptant des positions respectivement contradictoires et incohérentes en première instance et en instance d'appel, **SOC1.)** se contredirait et ainsi l'acte d'appel, sinon la nouvelle articulation des faits en instance d'appel, serait à déclarer irrecevable.

**SOC1.)** répond que le principe d'estoppel s'applique dans le cadre d'un changement de position en droit d'une partie et qu'elle n'a jamais modifié sa position.

Le reproche fait par **SOC2.)** à l'égard de **SOC1.)** d'avoir opéré un changement radical de position n'est, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, pas à retenir.

Sans devoir être analysé plus amplement, le moyen tiré du principe d'estoppel est donc à rejeter.

En conclusion des développements qui précèdent, l'appel interjeté, par ailleurs, dans les forme et délai de la loi, est à déclarer recevable.

#### Quant au fond de l'appel

Concluant à la réformation de la décision entreprise, **SOC1.)** demande de déclarer son action recevable et de renvoyer les parties devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, autrement composé.

Concernant la recevabilité de la demande de **SOC1.)** au regard des fautes invoquées par **SOC1.)** à l'encontre d'**SOC2.)**, il est rappelé que le tribunal a retenu que **SOC1.)** avait intenté une action hybride, à la fois contractuelle et délictuelle.

L'appelante critique le jugement de première instance en ce qu'il a déclaré sa demande irrecevable. Contrairement à la position des juges de première instance, la totalité des faits par elle invoqués résulterait directement de manquements contractuels d'**SOC2.)** envers **SOC1.)** ; ce serait à tort que les juges de première instance ont refusé de prendre en compte que des violations légales étaient des fautes contractuelles à l'égard de **SOC1.)**.

**SOC2.)** fait valoir que ce n'est qu'en apparence que **SOC1.)** a respecté le principe du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle. **SOC1.)** ne critiquerait en réalité pas la qualité de l'audit réalisé par **SOC2.)** au niveau

de **SOC1.**), mais elle baserait son action sur les fautes prétendument commises par le réviseur au niveau de **FDS1.)** et de **FDS2.)**.

Selon l'intimée, l'action menée par **SOC1.)** contre elle ne constitue en réalité pas une action contractuelle. Dans son assignation **SOC1.)** reprocherait à **SOC2.)** des fautes prétendument commises auprès de tierces personnes ; le reproche adressé par **SOC1.)** à son réviseur résiderait clairement dans la prétendue absence de contrôle de la valeur des actifs des Feeder Funds.

Il est constant en cause qu'entre 2003 et 2007, **SOC2.)** s'était vu confier par **SOC1.)** la mission de réviseur d'entreprise.

Les deux premières fautes reprochées par **SOC1.)** à **SOC2.)**, celle d'avoir erronément certifié l'existence et la valeur des actifs de compartiment **SOC1.)** Arbitrage et celle d'avoir manqué à ses obligations de diligence en réalisant ses missions d'audit auprès de **SOC1.)** se situent, ainsi que l'a dit le tribunal, dans le champ contractuel de la mission d'**SOC2.)**.

Le reproche d'avoir omis de relever des violations flagrantes à la loi de 2002 (et des droits étrangers applicables) dans le cadre des Feeder Funds est susceptible de se rapporter à un manquement à une obligation professionnelle, ceci impliquant un examen au fond, et non pas un examen au niveau de la recevabilité de la demande, quant à la question de savoir si les engagements contractuels d'**SOC2.)** ont comporté l'obligation à l'égard de **SOC1.)** de signaler des violations à la loi commises au niveau des fonds dans lesquels **SOC1.)** avait investi.

Ainsi que l'a, toutefois, retenu le tribunal, pour que la responsabilité contractuelle puisse être engagée, il ne suffit pas que le dommage ait été causé à l'occasion de l'exécution un contrat, il faut encore qu'il résulte de l'inexécution par un contractant d'une obligation principale ou accessoire engendrée par le contrat.

Or, le reproche de **SOC1.)** à l'égard d'**SOC2.)** de s'être abstenue de dénoncer à la CSSF les violations à la loi de 2002 (et des droits étrangers applicables) dans le cadre des Feeder Funds, surtout concernant **FDS1.)** et **FDS2.)**, ne vise pas un manquement d'**SOC2.)** à une obligation contractuelle envers **SOC1.)**, mais un manquement d'**SOC2.)** à une obligation lui imposée par le législateur envers un tiers, la CSSF, et donc de nature délictuelle.

**SOC1.)** a, certes, déclaré qu'elle base sa demande en ordre principal, sur la responsabilité contractuelle, et en ordre subsidiaire, sur la responsabilité délictuelle. En invoquant, toutefois, à la fois des manquements de nature contractuelle et de nature délictuelle dans chacun des deux ordres de subsidiarité, elle a cumulé les responsabilités contractuelle et délictuelle. Sa demande était donc irrecevable.

Il s'ensuit que, sans devoir examiner les développements des parties pour le surplus et le second moyen d'irrecevabilité retenu par le tribunal, le jugement

entrepris est à confirmer en ce qu'il a déclaré la demande de **SOC1.)** irrecevable.

En conclusion des développements qui précèdent, l'appel est à rejeter comme non fondé en ce qu'il tend à voir déclarer recevable la demande de **SOC1.)**.

Il l'est de même en ce qu'il tend à la réformation du chef du jugement de première instance ayant rejeté sa demande en obtention d'une indemnité de procédure, une partie qui succombe dans ses revendications et qui est condamnée aux dépens ne pouvant pas prétendre au bénéfice des dispositions de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

### **PAR CES MOTIFS**

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

déclare l'appel recevable,

le dit non fondé,

confirme le jugement du 21 mai 2014,

condamne la société d'investissement à capital variable de droit luxembourgeois **SOC1.)**, constituée sous la forme d'une société anonyme, aux frais et dépens de l'instance d'appel.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Eliane EICHER, président de chambre, en présence du greffier Josiane STEMPER.