Jugement commercial XV No. 607 / 14

Audience publique du mercredi, vingt et un mai deux mille quatorze.

Numéro 146 435 du rôle

Composition :

Jacqueline KINTZELÉ, juge-président ;
Steve KOENIG, juge ;
Thierry SCHILTZ, juge ;
Sandra MANGEN, greffière.

E n t r e :

la société d'investissement à capital variable **NORVEST, Société d'Investissement à Capital Variable, en liquidation volontaire**, constituée sous la forme d'une société anonyme, établie et ayant son siège social à L-1930 Luxembourg, 1, Place de Metz, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 80.047, en liquidation par décision des actionnaires prise en assemblée générale en date du 9 novembre 2009, représentée par son conseil de liquidateurs actuellement en fonctions, agissant pour les besoins de son compartiment Norvest-Arbitrage,

élisant domicile en l'étude de Maître Anne-Laure JABIN, avocate, demeurant à Luxembourg,

demanderesse, aux termes de l'exploit de l'Huissier de Justice suppléant Nadine dite Nanou TAPELLA, en remplacement de l'Huissier de Justice Tom NILLES d'Esch-sur-Alzette, en date du 28 mars 2012,

comparant par Maître Anne-Laure JABIN, avocate susdite, assistée de Maître Frédéric GERVAIS, avocat, demeurant à Luxembourg

e t :

1. la société anonyme **ERNST & YOUNG S.A.**, établie et ayant son siège social à L-5365 Munsbach, 7, rue Gabriel Lippmann, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 47.771,

défenderesse, aux fins du prédit exploit Nadine dite Nanou TAPELLA,

comparant par Maître Marc KLEYR, avocat, demeurant à Luxembourg,

2. la société de droit anglais **ERNST & YOUNG GLOBAL LIMITED**, établie et ayant son siège social à Becket House, 1, Lambeth Palace Road, Londres, SE1 7EU (Royaume-Uni), représentée par ses organes sociaux actuellement en fonctions, inscrite au Registre des Sociétés (Companies House) sous le numéro 04.328.808,

défenderesse, aux fins du prédit exploit Nadine dite Nanou TAPELLA,

comparant par Maître Maria DENNEWALD, avocate, demeurant à Luxembourg.

Le Tribunal :

Ouï la partie demanderesse par l'organe de son mandataire Maître Anne-Laure JABIN, avocat constitué, assistée de Maître Frédéric GERVAIS, demeurant tous les deux à Luxembourg.

Ouï la partie défenderesse sub 1) par l'organe de son mandataire Maître Marc KLEYR, avocat constitué, demeurant à Luxembourg.

Ouï la partie défenderesse sub 2) par l'organe de son mandataire Maître Maria DENNEWALD, avocat constitué, demeurant à Luxembourg.

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 8 janvier 2014.

Madame la juge Jacqueline KINTZELE entendue en son rapport à l'audience du 26 mars 2014.

Par exploit de l'huissier de justice suppléant Nadine dite Nanou TAPELLA en remplacement de l'huissier de justice Tom NILLES du 28 mars 2012, la société d'investissement à capital variable de droit luxembourgeois NORVEST SICAV (ci-après NORVEST) a donné assignation à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile, à la société anonyme ERNST & YOUNG S.A et à la société de droit anglais ERNST & YOUNG GLOBAL LIMITED, avec siège social à Londres, pour se voir condamner solidairement, sinon in solidum, sinon chacune pour le tout, sinon pour telle quote-part qu'il appartiendra de fixer au tribunal, à lui payer sur base de leur responsabilité contractuelle, sinon délictuelle des dommages et intérêts à hauteur de 130.694.918,19 EUR en réparation de son préjudice matériel principal, à hauteur de 650.000.- EUR pour son préjudice matériel annexe et de 1.000.000.- EUR pour son préjudice moral, à chaque fois avec les intérêts légaux à partir du 31 décembre 2008, sinon à partir de l'assignation en justice ou du présent jugement, et ce jusqu'à solde.

Elle conclut en outre à la majoration du taux d'intérêt de trois points à l'expiration d'un délai de trois mois après la signification du présent jugement, ainsi qu'à se voir allouer une indemnité de procédure de 100.000.- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Elle expose à l'appui de sa demande qu'à la date du 12 décembre 2008, elle avait investi un montant total de 140.480.221,85 EUR dans les fonds Luxalpha Sicav (ci-après LUXALPHA), Luxembourg Investment Fund Sicav (ci-après LIF), Kingate Global Fund Ltd USD, Kingate Euro Fund Ltd, Defender Ltd et Optimal Multiadvisors Ltd Strategic, tous des « *Feeder Funds* » dont les actifs avaient été confiés en quasi-totalité à une société de courtage du groupe de **X.)**, la société de droit américain **X.)** Investment Securities LLC (ci-après BMIS), 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 NORVEST dans ces fonds ont été frauduleusement détournés par BMIS et seraient actuellement irrécouvrables, les « *Feeder Funds* » étant dans l'incapacité de faire droit aux demandes de rachat formulées par NORVEST.

La requérante reproche aux défenderesses, en leur qualité de réviseur de NORVEST, 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 ERNST & YOUNG GLOBAL LIMITED étant recherchée en sa qualité de commettant de la société luxembourgeoise ERNST & YOUNG S.A..

Le préjudice subi par NORVEST, 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 NORVEST que de certains des fonds dans lesquels NORVEST détenait des participations.

Dans ce contexte, elle reproche plus particulièrement à la société anonyme ERNST & YOUNG de n'avoir jamais informé la CSSF des manquements commis par LUXALPHA, LIF et leur banque dépositaire UBS (Luxembourg) S.A.. Ainsi « *ERNST & YOUNG aurait dû en sa qualité de réviseur de LUXALPHA, de LIF et d'UBS relever le cumul des fonctions de dépositaire et de gestionnaire dans le chef de BMIS* ».

En ordre subsidiaire la responsabilité des défenderesses est recherchée sur la base délictuelle.

La société anonyme ERNST &YOUNG soulève l'irrecevabilité de la demande au motif que le préjudice invoqué, à savoir la perte des investissements dans les six fonds

d'investissements, serait uniquement la répercussion du préjudice social subi par ces fonds et ne serait partant pas propre à la requérante.

En ordre subsidiaire, dans la mesure où NORVEST s'appuierait très largement sur les fautes prétendument commises par la société anonyme ERNST & YOUNG en sa qualité de réviseur de LUXALPHA et de LIF, il y aurait lieu de surseoir à statuer en attendant que soient tranchées les demandes de même nature introduites par les liquidateurs de LUXALPHA et de LIF contre la société anonyme ERNST & YOUNG.

La société de droit anglais ERNST & YOUNG GLOBAL LIMITED soulève *in limine litis* l'incompétence territoriale du tribunal pour statuer à son encontre alors que la compétence du tribunal saisi ne se trouverait justifiée au regard d'aucune disposition légale, sinon l'irrecevabilité de la demande à son égard pour libellé obscur.

En ordre subsidiaire, elle se rallie aux moyens d'irrecevabilité et de sursis à statuer soulevés par la partie défenderesse sub 1).

Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et de l'accord de toutes les parties en cause, les débats sont actuellement limités aux moyens tenant à l'incompétence territoriale du tribunal saisi pour connaître de la demande dirigée contre la défenderesse sub 2), ainsi qu'à l'irrecevabilité de la demande.

Motifs de la décision

- *Quant à la compétence territoriale du tribunal saisi*

La société de droit anglais ERNST & YOUNG GLOBAL LIMITED, dont le siège social est établi au Royaume-Uni à Londres, a soulevé *in limine litis* l'exception d'incompétence territoriale du tribunal saisi au motif que la compétence des juridictions luxembourgeoises ne se trouverait justifiée à son égard ni sur base de la règle générale de compétence posée par l'article 2 du règlement (CE) n° 44/2001, ni sur base des compétences spéciales édictées par les articles 5 et 6 du règlement précité.

Si la compétence du présent tribunal se trouve justifiée à l'égard de la société anonyme ERNST & YOUNG en tant que tribunal du domicile du défendeur sur base de l'article 2 du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après le Règlement), il convient d'examiner si NORVEST a pu également attraire la société de droit anglais ERNST & YOUNG GLOBAL LIMITED devant les juridictions luxembourgeoises sur base d'une des compétences spéciales édictées par les articles 5.1), 5.3) ou 6.1) dudit Règlement.

Conformément à l'article 5 point 1) a) du Règlement, une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être attraite, dans un autre État membre, en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée.

Si l'existence même des contrats invoqués est contestée, comme en l'occurrence, la compétence du juge national pour décider des questions relatives à un contrat inclut celle pour apprécier l'existence des éléments constitutifs du contrat lui-même, une telle appréciation étant indispensable pour permettre à la juridiction nationale saisie

de vérifier sa compétence en vertu du Règlement. Décider le contraire reviendrait à vider les dispositions de l'article 5 point 1) dudit règlement de leur portée juridique, puisqu'on admettrait qu'il suffit à l'une des parties d'alléguer que le contrat n'existe pas pour déjouer les règles contenues dans ces dispositions (cf. CJCE, 4 mars 1982, aff. 38/81 **Eo.)** c/ **Ka.)**; Juriscl., Droit international, Fasc.631-40, n°33).

Lorsque l'incompétence territoriale est soulevée, le juge saisi est compétent pour dire si, oui ou non, il existe un contrat entre les parties. En se prononçant sur l'existence du contrat, le juge tranche une question dont dépend sa compétence pour statuer sur la demande lui soumise (cf. Jurisclasseur, Droit international, Fasc.631-40, n°34).

La notion de matière contractuelle est une notion communautaire autonome (cf. CJCE, 22 mars 1983, aff. 34/82 **M.P.)** c/ Zuid Nederlandse Aannemers verniging).

Ainsi, la Cour de justice des Communautés européennes a dit pour droit que l'article 5 point 1) de la Convention de Bruxelles (interprétation qu'il faut également appliquer conformément au 19ième considérant du Règlement à l'article 5 point 1) de celui-ci) n'exige pas la conclusion d'un contrat entre parties.

L'identification d'une obligation résultant d'un engagement librement assumé est cependant indispensable à l'application de cette disposition (cf. CJCE, 17 juin 1992, aff. C-26/91 **J.H.)** & Co GmbH c/ Traitements mécano-chimiques de surface ; CJCE, 17 septembre 2002, aff. C-334/00 Fonderie Officine Meccaniche **Ta.)** SpA c/ Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH).

La partie demanderesse invoque l'existence d'un contrat d'agence conclu entre les parties défenderesses dont la preuve résulterait du « *Global Code of Conduct* » émis par la défenderesse sub 2), alors qu'en « *raison de l'organisation globale assumée par EYGL et du contrat d'agence entre EYGL et EY le paragraphe 1 de l'article 5.1. du Règlement 44/2001 trouve à s'appliquer au seul motif que l'obligation qui sert de base à la demande, en l'espèce, l'audit sur base de réglementations imposées par EYGL, devait être appliquée à Luxembourg* », pour en conclure que le présent litige concernerait dès lors une « *matière contractuelle* ».

Tel qu'à juste titre souligné par la société ERNST & YOUNG GLOBAL LIMITED, la requérante n'allègue même pas l'existence d'une relation contractuelle avec la défenderesse sub 2), mais se contente d'invoquer une prétendue relation contractuelle entre les deux parties défenderesses.

Or, d'après la jurisprudence de la Cour, la notion de matière contractuelle au sens de ladite disposition ne saurait être comprise comme visant une situation dans laquelle il n'existe aucun engagement librement assumé d'une partie envers une autre (CJCE, arrêts du 17 juin 1992, **J.H.),** C 26/91, Rec. p. I 3967, point 15; du 27 octobre 1998, aff. C-51/97 La Réunion européenne SA et a c/ Spliethoff's Bevrachtingskantoor BV et a, point 17; **Ta.)**, précité, point 23, et du 5 février 2004, **Fr.)**, C 265/02, point 24).

En l'occurrence, même à supposer que les parties défenderesses soient liées entre elles par un contrat d'agence, NORVEST ne saurait se prévaloir de ces prétendues relations contractuelles pour se situer « *en matière contractuelle* » au sens du Règlement et partant justifier la compétence du tribunal saisi au regard de l'article 5 point 1), alors qu'une obligation juridique librement consentie par la société ERNST & YOUNG GLOBAL LIMITED à l'égard de NORVEST fait clairement défaut.

La compétence du tribunal doit dès lors s'analyser conformément à l'article 5 point 3) du Règlement, aux termes duquel en matière délictuelle ou quasi délictuelle, une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être attraite, dans un autre État membre, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire.

La notion de matière délictuelle ou quasi délictuelle doit être considérée comme une notion autonome comprenant toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité d'un défendeur et qui ne se rattache pas à la matière contractuelle (CJCE, 27 septembre 1988, aff. 189/87 **Kal.)** c/ Bankhaus Schröder).

A partir du moment où est engagée une action en responsabilité qui ne relève pas de la matière contractuelle, celle-ci ressort de la matière délictuelle (cf. arrêts précités La Réunion européenne et **Ta.)**).

Par un arrêt de principe rendu à l'occasion d'une pollution industrielle, la Cour de justice des Communautés européennes a dit pour droit que l'expression «*lieu où le fait dommageable s'est produit*» doit être entendue en ce sens qu'elle vise à la fois le lieu où le dommage est survenu et le lieu de l'événement causal (cf. CJCE, 30 novembre 1976, aff. 21/71 SA G.J. Bier et la fondation Rheinwater c/ SA Mines de potasse d'Alsace).

Tel que souligné par NORVEST, il en résulte que le défendeur peut être attrait, au choix du demandeur, devant le tribunal soit du lieu où le dommage est survenu ou s'est manifesté, soit du lieu de l'événement causal qui est à l'origine du dommage.

Cependant, l'article 5 point 3) dudit Règlement n'englobe pas tout lieu où peuvent être ressenties les conséquences préjudiciables d'un fait ayant causé un dommage susceptible d'être survenu dans un autre lieu, alors que ce texte doit être interprété « *en ce sens que l'expression 'lieu où le fait dommageable s'est produit' ne vise pas le lieu du domicile du demandeur où serait localisé 'le centre de son patrimoine', au seul motif qu'il y aurait subi un préjudice financier résultant de la perte d'éléments de son patrimoine intervenue et subie dans un autre Etat contractant* » (cf. CJCE, 10 juin 2004, aff. C-168/02 **Kr.)** c/ **Ma.)** et a). La Cour a partant refusé d'étendre la qualification de «*lieu où le fait dommageable s'est produit*» au centre des intérêts patrimoniaux de la victime.

Cette disposition ne vise pas non plus le lieu où la victime prétend avoir subi un préjudice patrimonial consécutif à un dommage initial survenu et subi par elle dans un autre État contractant (cf. CJCE, 19 septembre 1995, aff. C-364/93 **A.M.)** c/ Lloyd's Bank plc et Zubaidi Trading company).

En effet, de telles interprétations auraient pour conséquence de rendre systématiquement compétente la juridiction du siège/domicile du demandeur, iraient ainsi à l'encontre du principe dégagé à l'article 2 du Règlement et pourraient aboutir à permettre à celui-ci, par le choix de son domicile, de déterminer la juridiction compétente (cf. CJCE, 11.01.1990, aff. C-220/88 **Du.)** c/ Hessische Landesbank).

Il appartient partant à la demanderesse d'établir les faits desquels la compétence des juridictions luxembourgeoises peut être déduite.

La demanderesse a en premier lieu fait valoir que le fait dommageable, qu'elle relie au lien de subordination ayant existé entre les défenderesses qui caractériserait la responsabilité délictuelle du commettant, se situerait à Luxembourg.

Tel que soulevé à juste titre par la société ERNST & YOUNG GLOBAL LIMITED, l'allégation d'un lien de subordination entre les parties défenderesses, dont l'existence se trouve d'ailleurs contestée, n'est pas à elle seule suffisante pour conclure que le fait dommageable se situe au Luxembourg.

La demanderesse a en outre fait valoir que son dommage, de nature non exclusivement patrimoniale, mais également morale, ce qui entraînerait selon elle la non-applicabilité de la jurisprudence **Kr.)** de la CJCE, se serait manifesté au Luxembourg, de sorte que la présence ou l'absence de la défenderesse sub 2) sur le territoire luxembourgeois manquerait de pertinence.

Il n'y a pas lieu de suivre ce raisonnement, alors qu'au regard de la jurisprudence **Kr.)** précitée, il est indifférent que la requérante invoque, à côté de son préjudice purement matériel, un préjudice au titre de la perte de confiance de ses investisseurs qu'elle qualifie de moral, dans la mesure où ce type de préjudice n'est pas un véritable préjudice moral, mais constitue plutôt un dommage matériel (voir en ce sens TAL, 4 mars 2010, n°125 207, 125 312 et 125 653 du rôle).

Le tribunal se rallie par ailleurs aux jurisprudences citées ci-avant pour dire que la qualification de «*lieu où le fait dommageable s'est produit*» ne peut être étendue au centre des intérêts patrimoniaux de la victime.

Le tribunal saisi n'est partant pas non plus compétent sur base de l'article 5 point 3) du Règlement.

La requérante entend encore fonder la compétence du présent tribunal sur les dispositions de l'article 6 point 1) du Règlement aux termes desquelles une personne domiciliée sur le territoire d'un Etat membre peut être attraite dans un autre Etat membre s'il y a plusieurs défendeurs, devant le tribunal du domicile de l'un d'eux, à condition que les demandes soient liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément.

La société ERNST & YOUNG GLOBAL LIMITED fait valoir que le critère du « *lien suffisamment sérieux* » entre les demandes ne serait pas rempli en l'espèce, alors que les actions introduites contre les défenderesses ne s'inscriraient pas dans le cadre d'une même situation de fait et de droit auquel cas la jurisprudence exclurait tout lien de connexité. Elle réfute encore tout risque de contrariété de jugement et rappelle la nécessité d'interpréter restrictivement les conditions de l'article 6-1 en tant qu'exception à la compétence de principe du for du domicile du défendeur.

Il se dégage en effet de l'économie des dispositions du Règlement que la compétence du domicile du défendeur est la règle et que ce n'est que par dérogation à ce principe que des règles de compétence spéciale sont prévues dans des cas limitativement énumérés dans lesquels le défendeur peut ou doit, selon le cas, être attrait devant une juridiction d'un autre État membre (voir notamment CJCE, arrêt du 13 juillet 2006, Reisch Montage, 0103/05, Rec. p. I-6827, point 22). En outre, il est de jurisprudence constante que lesdites règles de compétence spéciale sont d'interprétation stricte, ne

permettant pas une interprétation allant au-delà des hypothèses envisagées de manière explicite par le règlement n° 44/2001 (cf CJCE, arrêt Reisch Montage, précité, point 23 et jurisprudence citée).

Le juge appelé à appliquer les règles dérogatoires au principe énoncé dans les dispositions générales de ce texte, doit partant veiller que ces règles dérogatoires ne soient pas utilisées dans le seul but de contourner le principe de la compétence du tribunal du domicile du défendeur. C'est partant dans cet état d'esprit qu'il faut interpréter les dispositions de l'article 6 du Règlement.

Deux conditions doivent donc être remplies pour que cet article trouve application : que le tribunal saisi soit celui du domicile de l'un des défendeurs, condition qui se trouve remplie en l'occurrence, et qu'il existe un lien sérieux entre les demandes (Paris, 28 juin 1978, RCDIP 1979, 444).

En ce qui concerne la deuxième condition tenant à la connexité des demandes, il a été jugé que « *il doit exister, entre les différentes demandes formées par un même demandeur à l'encontre de différents défendeurs, un lien de connexité tel qu'il y a intérêt à les juger ensemble afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables, si les causes étaient jugées séparément* ». (CJCE 27.9.1988, aff 189/87, **Kal.)** c/Bankhaus Schröder).

Contrairement à la position soutenue par la partie défenderesse sub 2), la preuve de l'existence d'un lien de connexité n'implique pas nécessairement la preuve que les actions s'inscrivent dans le cadre d'une même situation de fait et de droit et la circonstance que les demandes soient fondées sur la responsabilité contractuelle à l'égard de la défenderesse sub 1) et sur la responsabilité délictuelle à l'égard de la défenderesse sub 2) (voir développements ci-avant) ne permet pas de conclure en tout état de cause à une absence de lien de connexité.

En effet, les jurisprudences citées par la défenderesse sub 2) à l'appui de ce raisonnement (CJCE, arrêts du 27 octobre 1998, Réunion européenne e.a., C-51/97, Rec. p. I-6511 et du 13 juillet 2006, Roche Nederland e.a., C-539/03, Rec p. I-6535) ont depuis lors pu être précisées dans l'hypothèse où la première condition de l'article 6 point 1), à savoir que le tribunal saisi soit celui du domicile de l'un des défendeurs, se trouve remplie, tel le cas en l'espèce.

Ainsi, la Cour de justice a précisé que « *c'est à la juridiction nationale qu'il appartient d'apprécier l'existence du lien de connexité entre les différentes demandes portées devant elle, c'est-à-dire du risque de décisions inconciliables si lesdites demandes étaient jugées séparément et, à cet égard, de prendre en compte tous les éléments nécessaires du dossier, ce qui peut, le cas échéant et sans que ce soit pour autant nécessaire à l'appréciation, la conduire à prendre en considération les fondements juridiques des actions introduites devant cette juridiction* » (CJCE 11.10.2007, aff C-98/06, Freeport plc c/ **O.A.)**).

Aux termes de cette jurisprudence, « *le fait que des demandes introduites contre plusieurs défendeurs ont des fondements juridiques différents ne fait pas obstacle à l'application de cette disposition* », mais c'est un des éléments que le juge national peut prendre en considération afin d'apprécier l'existence d'un lien de connexité.

En l'espèce, les demandes dirigées contre les deux parties défenderesses n'ont pas seulement des fondements juridiques différents (responsabilité contractuelle pour la demande dirigée contre la société ERNST & YOUNG sur base du contrat d'audit et responsabilité délictuelle pour la demande dirigée contre la société ERNST & YOUNG GLOBAL LIMITED en l'absence de tout contrat conclu avec NORVEST), mais reposent également sur des faits différents.

Ainsi si NORVEST reproche à la société ERNST & YOUNG une mauvaise exécution de sa mission d'audit et un non-respect des normes régissant les OPC et la profession de réviseur d'entreprise, elle entend rechercher la responsabilité de la société ERNST & YOUNG GLOBAL LIMITED pour les fautes commises par la société ERNST & YOUNG sur base d'un prétendu contrat d'agence conclu entre ces deux sociétés qui serait prouvé par l'existence d'un « *Global Code of Conduct* ».

Le tribunal ne saurait dès lors se rallier à l'argumentation de NORVEST selon laquelle « *les actes reprochés tant à EY qu'à EYGL sont les mêmes et la réglementation qu'ils se voient appliquer également* », alors qu'un simple exposé des demandes permet de se convaincre du contraire.

En effet, les obligations tant contractuelles que légales incombant à la société ERNST & YOUNG en tant que réviseur d'entreprise de NORVEST sont clairement définies et délimitées par les lettres d'engagement signées entre parties (v. pièce 8 de la farde de 19 pièces de Maître Brouxel), qui rappellent d'ailleurs en leur point 1 intitulé « *étendue et conditions d'exercice de la mission* » le cadre légal et prudentiel applicable.

Il est évident que ces obligations tant contractuelles que légales ne s'imposent nullement à la société ERNST & YOUNG GLOBAL LIMITED dont la responsabilité est d'ailleurs recherchée sur un tout autre fondement en raison de sa responsabilité, « *en tant que commettant* » du fait « *des actes et engagements d'Ernst & Young* ».

Or, compte tenu du fait que tant la qualité de commettant dans le chef de la société ERNST & YOUNG GLOBAL LIMITED que l'existence d'un contrat d'agence entre parties défenderesses invoquées par NORVEST font actuellement l'objet de contestations qui ne paraissent au demeurant pas dénuées de tout fondement au regard de la seule pièce versée à cet égard en cause (à savoir le « *Global Code of Conduct* » pour lequel se pose en outre tant la question de sa qualification juridique que celle de la loi applicable), le prétendu lien entre les deux demandes paraît tout à fait artificiel.

Par ailleurs, en l'absence d'une explication valable et convaincante donnée par NORVEST quant au prétendu risque de décisions inconciliables si ces demandes étaient jugées séparément et faute de solidarité démontrée dans le chef des deux parties défenderesses, il n'y a pas d'intérêt à juger les deux demandes ensemble.

Par conséquent, en l'absence de preuve d'un lien de connexité au sens de l'article 6 point 1) du Règlement et au vu des développements qui précèdent, ce tribunal n'est pas compétent territorialement pour connaître de la demande dirigée contre la société ERNST & YOUNG GLOBAL LIMITED.

NORVEST a finalement invoqué les dispositions de l'article 27 du Règlement se référant à la litispendance en faisant valoir que si le présent tribunal se déclarait

incompétent au regard de la demande dirigée contre la défenderesse sub 2), alors le juge britannique pourrait, s'il était saisi, faire état de l'existence d'une situation de litispendance, les demandes dirigées contre les défenderesses ayant les mêmes objet et cause.

L'article 27 du Règlement dispose que « *lorsque les demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant les juridictions d'Etats membres différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence du tribunal premier saisi soit établie* ».

Le tribunal se rallie à l'argumentation de la société ERNST & YOUNG GLOBAL LIMITED pour dire qu'en l'absence d'autre juridiction actuellement saisie d'une demande ayant le même objet et la même cause, l'article 27 précité n'est pas applicable.

- *Quant à la recevabilité de la demande*

La société ERNST & YOUNG soulève l'irrecevabilité de la demande au motif, d'une part, que les fautes alléguées seraient sans rapport avec les obligations contractuelles incombant à la défenderesse en sa qualité de réviseur de la requérante et, d'autre part, que le préjudice allégué par NORVEST ne constituerait pas un préjudice individuel dans son chef mais uniquement la répercussion du préjudice social subi par les fonds d'investissement qui auraient dès lors seuls qualité à agir.

NORVEST réfute ce moyen d'irrecevabilité en insistant sur la nature contractuelle des fautes commises par la défenderesse, le caractère direct du préjudice subi et partant sur sa qualité à agir. La requérante fait ainsi valoir que les jurisprudences invoquées par la défenderesse ne trouveraient pas à s'appliquer aux présentes demandes de nature totalement différentes, alors qu'il serait « *erroné de prétendre que le présent litige tendrait à la récupération des investissements perdus* », même si « *le contexte est peut-être proche* ».

Pour qu'une responsabilité contractuelle puisse être engagée, il ne suffit pas que le dommage ait été causé à l'occasion de l'exécution d'un contrat, il faut encore qu'il résulte de l'inexécution d'une obligation principale ou accessoire engendrée par le contrat à charge de l'un des contractants.

En l'espèce, il est constant que NORVEST et la société ERNST & YOUNG étaient contractuellement liées du fait de la signature des lettres d'engagement pour les exercices 2003 à 2007 (v. pièce 8 de la farde de 19 pièces de Maître Brouxel), conférant à la défenderesse la mission d'exercer, en sa qualité de réviseur d'entreprise, un audit des états financiers de la requérante.

Or, à côté de la preuve de l'existence d'un contrat liant les parties, NORVEST doit également établir que le dommage allégué résulte de l'inexécution d'une obligation contractuelle à charge de la défenderesse.

Il lui appartient dès lors de qualifier sa demande, en particulier quant à la cause qui sous-tend son action, étant précisé que la cause d'une demande en justice consiste dans l'ensemble des faits invoqués par le demandeur à l'appui de son action, sans par ailleurs englober la qualification juridique de ces faits qui ressortit du pouvoir et du devoir du juge, à qui il incombe de résoudre le litige moyennant les règles de droit (cf.

G. RAVARANI, La Responsabilité Civile des personnes privées et publiques, 2e édition, n° 1242 et 1243).

Aux termes de l'assignation, NORVEST base sa demande dirigée contre la société ERNST & YOUNG principalement sur la responsabilité contractuelle en raison de différentes fautes contractuelles résumées à la page 22 de son exploit comme suit :

« - [a] erronément certifié l'existence et la valeur des actifs du compartiment Norvest Arbitrage ;
- [a] manqué à ses obligations de diligence en réalisant ses missions d'audit auprès de Norvest ;
- [a] omis de relever des violations flagrantes à la loi de 2002 (et des droits étrangers applicables) dans le cadre des Feeder Funds ;
- s'est abstenu de dénoncer ces violations à la CSSF, surtout concernant Luxalpha et LIF ;
- [a] omis de considérer le conflit d'intérêts pourtant évident qu'Ernst & Young avait à auditer les comptes de Norvest ET des Feeder Funds de droit luxembourgeois ET de UBS (Luxembourg) S.A., banque dépositaire de Luxalpha et LIF ».

Au regard des fautes invoquées par NORVEST à l'appui de sa demande, un premier constat s'impose : si la requérante qualifie toutes les fautes de nature contractuelle, certaines se situent clairement hors du champ contractuel de la mission d'audit liant NORVEST et la société ERNST & YOUNG.

En effet, seules les deux premières fautes visent à première vue l'inexécution par la défenderesse d'obligations résultant de sa mission d'audit et se situent dès lors clairement dans le champ contractuel de cette mission, tandis que les troisième et quatrième fautes visent des faits reprochés à la défenderesse dans le cadre de sa mission d'audit au niveau de Luxalpha et LIF, relation contractuelle à laquelle NORVEST est tiers, et se situent dès lors hors du champ contractuel. Pour la cinquième faute, la qualification s'avère encore plus complexe et confine à l'examen du fond du litige, alors que le reproche tenant au conflit d'intérêt fait totalement abstraction tant de la limitation du champ contractuel telle qu'elle résulte des lettres d'engagement que du secret professionnel s'imposant au réviseur d'entreprise chargé de missions d'audit auprès de fonds d'investissements différents.

Par ailleurs, un examen plus minutieux des faits exposés tout au long de l'assignation laisse apparaître que NORVEST invoque à l'appui de son raisonnement indifféremment tant les agissements de la défenderesse en tant que réviseur de la requérante que ses agissements en tant que réviseur de Luxalpha et LIF, s'appuyant sur les reproches formulés au niveau de ces deux fonds (de nature délictuelle à l'égard de NORVEST) pour établir les manquements contractuels invoqués.

A titre d'illustration de cette confusion des fondements délictuels et contractuels, on peut notamment lire dans l'assignation (page 22) ce qui suit : « *Ernst & Young n'ayant pas accompli (pas du tout sinon pas correctement) sa mission (tant au niveau de Norvest que de Luxalpha et LIF), Norvest s'est vu privée de la garantie normalement accordée par l'audit des comptes d'un OPCVM »* […] « *dès lors la responsabilité d'Ernst & Young envers Norvest, agissant pour les besoins de son compartiment Arbitrage, est engagée du chef de manquements à ses obligations professionnelles dans le cadre de Luxalpha et LIF* ».

Il n'est pourtant 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 […]. Ce sont ou bien les règles de la responsabilité délictuelle qui jouent, ou bien celles de la responsabilité contractuelle. On ne peut les combiner ; il faut choisir (cf. Droit, civil, Les obligations, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, Précis Dalloz, 9e édition, n° 875).

En l'espèce, la requérante ne tente à aucun moment de circonscrire les reproches au champ contractuel de la mission d'audit la liant à la société ERNST & YOUNG, ni d'identifier clairement les prétendues violations contractuelles en faisant abstraction des reproches situés au niveau des fonds Luxalpha et LIF.

Cette confusion des fondements ressort également de force à l'examen de la demande subsidiaire basée sur la responsabilité délictuelle où NORVEST se « *réfère à l'intégralité des fautes commises par Ernst & Young* » (page 25 de l'assignation) en reprenant tels quels les fautes exposées à la page 22 de l'assignation sans souffler mot de l'existence du contrat d'audit existant entre parties et sans fournir d'explication supplémentaire quant à la transformation des fautes prétendument contractuelles en fautes délictuelles.

Or, les parties maîtrisent la cause factuelle du litige : à ce titre, elles ont la charge d'alléguer « *les faits nécessaires au succès de leurs prétentions* » (article 55) et, en cas de contestation, de les prouver (article 58) ; le juge ne doit pas modifier la cause en fondant sa décision sur des « *faits qui ne sont pas dans le débat* ». (cf- V. Bolard, La Cour de cassation consacre l'obligation de requalifier, JT.2012, p. 10)

Dans la mesure où la requérante doit qualifier « *en fait* » sa demande, il n'appartient pas au juge de choisir dans un ensemble de faits spécialement invoqués ceux qui permettraient de fonder une responsabilité contractuelle et d'en écarter d'autres sous peine de dénaturer l'exposé des faits effectué par la partie demanderesse et de modifier la cause de la demande.

Au vu de l'exposé de faits, la majorité des fautes alléguées et partant la cause des dommages invoqués par la requérante ne se rattache pas par un lien nécessaire à l'exécution du contrat incriminé, c'est-à-dire le contrat de révision des comptes liant NORVEST et la société ERNST & YOUNG.

A cela s'ajoute que NORVEST reste en défaut d'établir que les préjudices allégués résultent de l'inexécution d'une obligation contractuelle à charge de la défenderesse.

En effet, tel que souligné par la défenderesse, le préjudice principal allégué par NORVEST équivaut à une perte de valeur de ses parts détenues dans le capital des six fonds d'investissement ce qui résulte des termes mêmes de son assignation (page 3) : « *la perte en principal de Norvest relativement aux investissements réalisés dans les Feeder Funds s'élève à la somme de 130.694.918,19 EUR* » et (page 23) : « *ces investissements sont désormais irrécouvrables par Norvest, alors que toutes demandes de rachat formées par Norvest auprès de Feeder Funds ne peuvent désormais plus être exécutées* ».

A propos des fonds d'investissement de droit luxembourgeois Luxalpha et LIF, il a été décidé par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, que les préjudices subis par les associés d'une société d'investissement

à titre de perte de valeur de leurs parts détenues dans le capital de cette société constituent non un dommage propre à chaque associé, un préjudice spécial, distinct, indépendant du préjudice social, mais un dommage subi par la société elle-même, de sorte que le dommage causé à l'actionnaire n'est que le « *corollaire* » de ce préjudice social (TAL, 4 mars 2010, publiée à la Pasicrisie 2011 tome 35 p 83).

Le préjudice principal allégué par NORVEST, consistant en la dévalorisation des actions détenues dans les fonds d'investissement luxembourgeois, constitue en même temps la perte de l'actif des sociétés Luxalpha et LIF Sicav, de sorte que son préjudice n'est que la répercussion du préjudice social subi par ces dernières et ne peut être considéré comme préjudice découlant d'une inexécution contractuelle imputable à la défenderesse.

Concernant les pertes de valeur alléguées dans les quatre fonds d'investissement Kingate Global Fund Ltd USD, Kingate Euro Fund Ltd, Defender Ltd et Optimal Multiadvisors Ltd Strategic, soumis au droit des Iles Vierges Britanniques pour les trois premiers et au droit des Bahamas pour le quatrième, une solution identique s'impose.

S'il est acquis que le droit de l'associé est régi par la loi applicable à la société alors qu'en adhérant au contrat de société les futurs associés se sont placés de leur propre gré sous l'empire de la loi du siège social et en ont accepté l'applicabilité pour toutes les difficultés éventuelles, force est de constater que la requérante sur laquelle pèse la charge de la preuve de la loi étrangère à laquelle est soumise sa prétention, est restée en défaut d'établir la teneur de la loi des Iles Vierges Britanniques et des Bahamas en ce qui concerne les droits des souscripteurs de parts d'un fonds d'investissement.

La charge de la preuve de la loi étrangère pesant en principe sur la partie dont la prétention est soumise à cette loi, il appartient cependant également au défendeur de prouver la disposition de la loi étrangère invoquée par lui, notamment en cas de contestation d'existence du droit invoqué. Lorsque le contenu exact de la loi étrangère applicable n'est pas rapporté, alors la loi du for a vocation subsidiaire à s'appliquer (TAL, 1er avril 2011 no 123 670 du rôle).

Les Iles Vierges Britanniques faisant partie des territoires d'outre-mer du Royaume-Uni, la partie défenderesse fait valoir qu'il y a lieu de faire application du droit anglais prévoyant, à l'instar de la jurisprudence luxembourgeoise, l'irrecevabilité de toute action individuelle intentée par l'actionnaire pour la réparation d'un préjudice qui n'est que le corollaire du préjudice subi par la société.

Aux termes de la jurisprudence invoquée par la défenderesse (Prudential Assurance v Newman [1982], 1 Ch 204 at 2010] « *what a shareholder cannot do is to recover damages merely because the company in which he is interested has suffered damage. He cannot recover a sum equal to the diminution in the market value of his shares, or equal to the likely diminution in dividend, because such a loss is merely a reflection of the loss suffered by the company. The shareholder does not suffer any personal loss. His only 'loss' is through the company, in the diminution of the value of the net assets of the company, in which he has (say) a 3 per cent shareholding* ».

Dans la mesure où la teneur de la loi des Bahamas n'est pas établie, il échet de faire à cet égard application de la loi du for.

Or, tant la jurisprudence invoquée par la défenderesse pour les trois fonds d'investissement soumis au droit des Iles Vierges Britanniques que la loi du for (cf. jurisprudences précitées) écartent l'action sociale exercée par l'actionnaire qui reste en défaut de caractériser un préjudice personnel distinct de celui subi par les fonds.

Cette partie du préjudice principal allégué constitue dès lors également une simple répercussion du préjudice subi par les fonds d'investissements de droit étranger et ne saurait s'analyser en préjudice personnel de NORVEST permettant de fonder une action en responsabilité contre la défenderesse.

L'absence d'allégation d'un préjudice personnel distinct de celui subi par les six fonds d'investissement démontre également que ce prétendu préjudice principal est identique à celui subi par tous les actionnaires dont les investissements sont impactés par l'escroquerie **X.)** trouvant partant son origine dans celle-ci et non dans l'inexécution d'une obligation contractuelle à charge de la défenderesse.

Concernant les préjudices matériels annexes, un constat similaire s'impose.

A ce titre, NORVEST réclame 500.000.- EUR à titre de frais exposés pour la liquidation du compartiment Arbitrage ayant investi dans les « *Feeder Funds* » et 150.000.- EUR à titre de frais d'audit indument payés.

Or, ces frais de liquidation, à les supposer établis, trouvent leur cause non pas dans l'inexécution par la défenderesse de ses obligations contractuelles, mais, au vu de l'exposé des faits de la requérante (page 3 de l'assignation), dans le gel des actifs liés à BMIS suite à la mise en liquidation judiciaire de cette dernière, ayant entraîné le gel des actifs des « *Feeder Funds* » confiés à BMIS. Ceci est confirmé par les termes du rapport annuel révisé de NORVEST au 31 décembre 2008 (v. pièce 10 de la farde de 19 pièces de Maître Brouxel, page 65, note 13 – Evènements liés à Norvest - Arbitrage) où il est expliqué qu'au vu du gel de ces avoirs liés à la fraude **X.)** « *le fonds a décidé en date du 8 avril 2009 de valoriser ses participations dans les fonds **X.)** à zéro* », ce qui a effectivement été fait pour l'intégralité du portefeuille de titres détenu par le compartiment Arbitrage (voir rapport précité, page 42) et explique sa liquidation ultérieure. NORVEST précise d'ailleurs qu'elle a dû décider la liquidation du compartiment Arbitrage « *suite à la suspension du calcul de sa VNI, pour cause de décision identique dans les Feeder Funds* » (page 24 de l'assignation).

Concernant le poste de préjudice « *frais d'audit indument payés* », ces frais constituent en réalité la contrepartie financière des travaux d'audit qui ont effectivement été réalisés par la défenderesse, mais dont la qualité d'exécution se trouve actuellement critiquée.

Dans la mesure où lesdits frais trouvent leur cause dans l'exécution du contrat liant les parties, qui n'est pas remise en cause, et que leur prétendu caractère indu présuppose la preuve d'une inexécution contractuelle, ils ne peuvent pas en tant que tels être qualifiés de préjudice autonome, à défaut d'avoir caractérisé tout autre préjudice personnel résultant de l'inexécution contractuelle alléguée.

La partie demanderesse réclame enfin réparation d'un préjudice moral évalué à 1.000.000,- EUR tenant à la perte de confiance des investisseurs ayant retiré leurs investissements.

Tels que souligné ci-avant, ce type de préjudice n'est pas un véritable préjudice moral, il s'agit plutôt d'un dommage matériel, alors que ceux qui demandent la réparation de l'atteinte à la réputation de la personne morale ne sont pas tant préoccupés par l'état « *psychologique* » ou « *affectif* » de cette personne morale qu'ils représentent que par les effets hautement probables qu'auront les atteintes à l'honneur, ces effets sont la fuite de clientèle, on redoute une perte de chiffre d'affaires et une dépréciation de la valeur de l'entreprise (cf. Le préjudice moral des personnes morales, JCP G 2003, I, 145, par Véronique Wester-Ouisse ; TAL, 4 mars 2010, n°125 207, 125 312 et 125 653 du rôle).

A défaut par la demanderesse de caractériser la perte de confiance des investisseurs par d'autres éléments permettant de distinguer ce préjudice moral du préjudice matériel invoqué, ce chef de sa demande n'a, dans le contexte des faits gisants à la base de la demande, à savoir l'allégation de la perte des investissements dans différents fonds d'investissements suite à l'affaire **X.)**, pas suffisamment d'existence concrète et autonome par rapport aux désagréments liés à la perte matérielle. En effet, pour une société commerciale l'atteinte à sa réputation et à la perte de confiance des investisseurs qui en résulte se résout en une perte financière, entraîne un déficit de son activité, une fuite ou un détournement de clientèle, donc un préjudice matériel qui se confond au préjudice ci-avant analysé.

Comme pour les autres préjudices, NORVEST est dès lors restée en défaut d'alléguer et de caractériser un préjudice personnel distinct de celui subi par les fonds d'investissement et partant de justifier sa qualité à agir sur le fondement contractuel invoqué.

Au vu des développements qui précèdent, la demande de NORVEST basée sur la responsabilité contractuelle doit être déclarée irrecevable.

La requérante invoque en ordre subsidiaire la responsabilité délictuelle de la société ERNST & YOUNG.

La demande est cependant également irrecevable sur ce fondement et ce à plusieurs titres.

En premier lieu, en matière de responsabilité délictuelle, pour que sa demande soit recevable, le demandeur doit non seulement alléguer un préjudice individuel, propre, mais il faut également un lien de causalité direct entre le préjudice invoqué et les fautes imputées aux parties défenderesses (TAL, 4 mars 2010, publiée à la Pasicrisie 2011 tome 35 p 83).

Tel qu'exposé ci-avant, NORVEST est resté en défaut d'alléguer et de caractériser dans son exploit d'assignation un préjudice personnel distinct de celui subi par les fonds d'investissement dans lesquels elle avait investi et en lien causal direct avec les fautes imputées à la partie défenderesse, de sorte que sa demande doit être déclarée irrecevable pour défaut de qualité à agir.

Il est en outre de jurisprudence constante qu'au cas où la nature contractuelle d'un rapport est établie, tel le cas en l'espèce, une action en responsabilité s'y greffant ne peut être examinée sur la base délictuelle.

Si rien n'interdit à un plaideur d'invoquer à titre subsidiaire les règles délictuelles, le juge n'est cependant amené à examiner la demande lui présentée sur la base délictuelle qu'au cas où il écarterait toute relation contractuelle entre parties.

En l'espèce, dans la mesure où la requérante invoque à titre de fautes délictuelles, du moins en partie, des prétendues violations contractuelles en s'appuyant sur le contrat de révision des comptes liant les parties, elle ne saurait être admise à agir sur la base de la responsabilité délictuelle.

Enfin, au vu des jugements de mise en liquidation des fonds d'investissement luxembourgeois Luxalpha et LIF en date des 2 et 30 avril 2009, seuls les liquidateurs ont qualité pour agir au nom et dans l'intérêt des créanciers et investisseurs de ces deux fonds.

Par conséquent, la demande introduite en 2012 par NORVEST, en sa qualité d'investisseur dans les fonds Luxalpha et LIF pour autant qu'elle tend à l'indemnisation du préjudice résultant de la perte de valeur des investissements réalisés par la requérante dans ces deux fonds et se base sur des fautes commises par la défenderesse dans le cadre de sa mission d'audit effectuée au niveau desdits fonds, est en tout état de cause irrecevable au regard de l'existence des procédures collectives précitées.

Au vu des développements qui précèdent, la demande est partant également irrecevable sur la base délictuelle à l'encontre la société anonyme ERNST & YOUNG.

Eu égard au sort réservé à sa demande, la requérante est encore à débouter de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure.

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

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, quinzième chambre, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile, statuant contradictoirement, après avoir entendu le juge de la mise en état en son rapport oral,

se **déclare** territorialement incompétent pour connaître de la demande dirigée à l'encontre de la société de droit anglais ERNST & YOUNG GLOBAL LIMITED ;

se **déclare** compétent pour connaître de la demande dirigée à l'encontre de la société anonyme ERNST & YOUNG S.A. ;

reçoit la demande principale en la pure forme ;

la **déclare** irrecevable ;

dit la demande de la société d'investissement à capital variable NORVEST SICAV sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile non fondée,

partant, en **déboute**,

condamne la société d'investissement à capital variable NORVEST SICAV à tous les frais et dépens de l'instance.