

Jugement commercial 2019TALCH02/00406

Audience publique du vendredi, premier mars deux mille dix-neuf.

Numéro 158 889 du rôle

Composition :

Anick WOLFF, 1^{ère} vice-présidente ;
Nathalie HILGERT, 1^{er} juge ;
Thierry SCHILTZ, 1^{er} juge ;
Paul BRACHMOND, greffier.

Entre :

- 1) Monsieur **A.**), demeurant à F-(...) ;
- 2) La société anonyme de droit français **SOFRA SA**, au capital social de 27.342.997 EUR, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Nanterre sous le n° B 324 803 915, établie et ayant son siège social à F-92200 Neuilly-sur-Seine, 35, rue Pauline Borghèse, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions et habilitée à le représenter en justice,
- 3) La société par actions simplifiée de droit français **BETHUNE BORGHESE SAS**, au capital 440.00 EUR, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Nanterre sous le n° B 398 227 769, établie et ayant son siège social à F-92200 Neuilly-sur-Seine, 35, rue Pauline Borghèse, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions et habilitée à le représenter en justice,

parties demandereses aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Josiane GLODEN d'Esch-sur-Alzette en date du 10 décembre 2013 ;

comparant par Maître Guy PERROT, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg,

et :

- 1) la société européenne **UBS Europe SE**, établie et ayant son siège à D-60306 Francfort, Operturm, Bockenheimer Landstrasse 2-4, immatriculée au Registre de Commerce de l'Amtsgericht de Francfort sous le n° HRB 107046, agissant au titre de sa succursale UBS EUROPE SE, Luxembourg Branch, représentée par les représentants permanents de UBS Europe SE pour

l'activité de la succursale, établie à L-1855 Luxembourg, 33A, avenue John F. Kennedy, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 209123 ;

- 2) la société anonyme **UBS Fund Services (Luxembourg) SA**, établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 33A, avenue John F. Kennedy, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 58535 ;

parties défenderesses aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Josiane GLODEN d'Esch-sur-Alzette en date du 10 décembre 2013 ;

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

- 3) La société coopérative **KPMG Luxembourg SC**, anciennement KPMG Luxembourg SARL, établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 39, avenue John F. Kennedy, représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 149133 ;

partie défenderesse aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Josiane GLODEN d'Esch-sur-Alzette en date du 10 décembre 2013 ;

comparant par Maître Hervé HANSEN, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg.

L e T r i b u n a l :

Faits

La société par actions simplifiée de droit français BETHUNE BORGHESE SAS (ci-après « BETHUNE ») a donné ordre à la société de droit français BNP PARIBAS SA (ci-après « BNP ») d'investir les sommes de 1.500.000,- EUR et 400.000,- EUR dans le fonds d'investissement Groupement Financier Limited (ci-après « GF Limited ») les 18 décembre 2007 et 4 juillet 2008.

La société anonyme de droit français SOFRA a donné ordre à BNP de souscrire des parts de GF Limited pour des montants de 500.000,- EUR et 400.000,- EUR les 25 juin 2007 et 4 juillet 2008.

GF Limited est une société d'investissement constituée selon le droit des Iles Vierges Britanniques le 19 février 2003.

GF Limited était un *private fund*, limité à des investisseurs souscrivant au moins pour 1.000.000,- EUR et, à partir d'août 2007, est devenu un *professional fund*, accessible aux seuls investisseurs professionnels.

A.) a donné ordre à BNP de souscrire au fonds d'investissement Groupement Financier Levered Ltd, ayant changé de dénomination en Groupement Financier II (ci-après « GF II ») pour les sommes de 1.300.000,- USD (l'ordre ne figure cependant pas parmi les pièces versées), de 700.000,- USD et de 750.000,- USD les 9 novembre 2004, 19 novembre 2004 et le 9 juillet 2008.

GF II est une société d'investissement constituée selon le droit des Iles Vierges Britanniques le 6 juin 2003. Selon le *confidential memorandum* d'août 2007, il est précisé que GF II est un fond professionnel, les actions étant réservées à des investisseurs professionnels.

Il sera fait référence aux deux fonds GF Limited et GF II sous le terme de « fonds GF ». Les fonds GF ne sont pas soumis au droit luxembourgeois.

Tous les actifs de GF II ont été investis dans GF Limited qui, lui, a investi ses avoirs auprès de Bernard Madoff Investment Securities (ci-après « BMIS »).

Depuis 2005, la société anonyme UBS (Luxembourg) SA, entretemps devenue UBS EUROPE SE (ci-après « UBSL »), est *Prime Bank* de GF Limited et *custodian* de GF II tandis que la société anonyme UBS Fund Services (Luxembourg) SA (ci-après « UBS FS ») est agent administratif des fonds GF.

La société KPMG Audit Luxembourg SARL, actuellement KPMG Luxembourg SC (ci-après « KPMG ») est le réviseur externe des fonds.

Le 19 décembre 2008, les deux fonds GF ont fait l'objet d'une suspension de cotation suite à la découverte de la fraude Madoff.

Procédure

Par exploit d'huissier du 10 décembre 2013, **A.)**, SOFRA et BETHUNE ont assigné UBSL, UBS FS et KPMG à comparaître devant le tribunal de ce siège.

L'ordonnance de clôture de l'instruction est intervenue le 12 décembre 2018.

Le juge rapporteur a été entendu en son rapport oral à l'audience du 9 janvier 2019.

Prétentions et moyens des parties

Les parties demanderesses

Dans leur assignation, les parties demanderesses sollicitent, avant tout progrès en cause, qu'il soit ordonné aux parties défenderesses de produire les pièces suivantes : l'*administration agreement* conclu entre les fonds GF et UBS FS le 1^{er} février 2005 et le *custodian agreement* signé en 2005 entre UBSL et les fonds GF.

Elles demandent de condamner conjointement et solidairement, sinon in solidum UBSL, UBS FS et KPMG à payer à titre de dommages et intérêts du chef de la perte d'investissements la somme de 1.900.000,- EUR à BETHUNE, la somme de 900.000,- EUR à SOFRA et la somme de 2.750.000,- USD à **A.)**.

Au titre de dommages et intérêts pour perte de chance d'obtenir une rémunération des montants investis, BETHUNE réclame la somme de 255.000,- EUR, SOFRA réclame la somme de 165.000,- EUR et **A.)** réclame la somme de 350.000,- USD.

Ces sommes sont réclamées avec les intérêts légaux conformément à la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard à compter des dates respectives de souscription dans les fonds GF par chacun des demandeurs, sinon à compter de la demande en justice.

Les demandeurs sollicitent encore la capitalisation des intérêts sur base de l'article 1154 du Code civil.

Les parties demanderesses réclament, chacune, une indemnité de 20.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

La demande tendant à la production forcée de pièces est basée sur l'article 288 du Nouveau Code de procédure civile et celle tendant à la condamnation des défenderesses est basée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil.

Dans le cadre de leurs conclusions du 1^{er} juillet 2014, les demandeurs sollicitent que les conclusions des parties UBS notifiées en date du 22 mai 2014 soient rejetées et que l'instruction soit close à leur égard.

Les parties demanderesses contestent le moyen de nullité de l'assignation pour absence d'indication de la profession de **A.)** et pour indication erronée de l'organe social des autres parties demanderesses.

Quant au moyen de la prescription de l'action invoqué par KPMG, les parties demanderesses répliquent qu'elles exercent une action délictuelle et qu'une telle action est soumise à la prescription trentenaire.

Les parties demanderesses contestent le moyen tiré du défaut de qualité à agir alors que toute personne qui prétend qu'une atteinte ait été portée à un droit lui appartenant et qui profitera personnellement de la mesure qu'elle réclame a un intérêt personnel à agir en justice et donc qualité pour le faire.

En l'espèce, les demandeurs auraient mandaté BNP pour acheter les titres des fonds GF pour leur compte. Seul un établissement bancaire avait la possibilité d'apparaître dans les fonds GF comme actionnaire de sorte que BNP, bien qu'investissant pour le compte de ses mandants, apparaît comme seul actionnaire. Il n'en resterait pas moins que les parties demanderesses conserveraient tous les droits et obligations à l'égard de ces titres dont BNP n'a été qu'un intermédiaire.

De plus, les intermédiaires bancaires qui sont actionnaires des fonds GF auraient eu connaissance de l'*operating memorandum* et auraient ainsi disposé d'informations différentes de celles accessibles aux simples investisseurs.

Comme les demandeurs ne seraient pas actionnaires et ne sauraient être assimilés à des actionnaires des fonds GF, l'exigence d'un préjudice personnel et distinct de celui de la collectivité des actionnaires ne leur serait ainsi pas applicable.

Bien qu'étranger à l'actionnariat des fonds GF, les parties demanderesses sont indirectement investisseurs par le biais de leur mandataire qui les représente en son

nom. De ce fait, elles ne disposeraient d'aucun moyen pour amener les fonds GF à agir à l'égard des défenderesses.

Le fait que les fonds GF ont une personnalité morale ne serait pas de nature à interdire aux actionnaires d'élever des prétentions propres, surtout si, comme en l'espèce, il s'agit de mettre en cause la responsabilité délictuelle des cocontractants des fonds GF. La jurisprudence française ayant reconnu l'unicité des fautes contractuelle et délictuelle aurait été reprise par la jurisprudence luxembourgeoise.

Bien que l'exigence d'un préjudice personnel ne leur soit pas applicable, il n'en resterait pas moins qu'elles auraient subi un préjudice personnel et distinct de celui des fonds GF dès lors qu'en n'étant pas actionnaires, il n'est pas possible d'établir un corollaire entre leur préjudice et celui des fonds GF puisque BNP en est l'actionnaire.

Indépendamment de leur qualification exacte comme investisseurs ou bénéficiaires économiques, les parties demanderesses estiment qu'en tant que tiers aux fonds GF, elles doivent pouvoir agir sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil. Un bénéficiaire économique aurait un intérêt légitime à intenter une action en responsabilité contre les auteurs d'informations mensongères.

La jurisprudence selon laquelle l'action individuelle de l'actionnaire n'est recevable que s'il se prévaut d'un préjudice distinct de celui de la société et des autres actionnaires ne serait pas applicable en l'espèce alors que les parties demanderesses seraient des investisseurs indirects n'ayant pas la qualité d'actionnaires des fonds GF.

Cette jurisprudence se justifierait dans la mesure où les actionnaires ont le pouvoir d'amener la société à agir personnellement contre ses cocontractants. Or, cette possibilité ne se présenterait pas en l'espèce alors que les parties demanderesses n'ont qu'un rapport indirect avec les fonds GF.

En plus, la jurisprudence ayant limité le droit d'agir de l'actionnaire concernerait uniquement les actions initiées contre les dirigeants sociaux, ce qui ne serait pas le cas en l'espèce.

Les demandeurs auraient subi un préjudice individuel découlant de la présentation de comptes inexacts et de la divulgation d'informations fausses ou trompeuses. Ils auraient reçu une image erronée de la situation des fonds GF, ce qui aurait vicié leur consentement au moment de la souscription et ce qui aurait entretenu la croyance erronée que les investissements étaient gérés par des établissements bancaires sérieux.

Les fautes des entités UBS et de KPMG auraient consisté dans l'inexécution de leurs obligations contractuelles de garde, de contrôle et de surveillance vis-à-vis des fonds et à donner une apparence de respectabilité aux fonds GF afin d'y attirer des investisseurs. Les défenderesses auraient permis la fraude et auraient contribué à sa réalisation. En occultant cette situation aux demandeurs par leur attitude complaisante et dolosive, elles les auraient trompés et délibérément vicié leur consentement à l'investissement.

Le lien de causalité entre les fautes et le dommage subi serait donné alors que les fonctions assumées par les entités UBS et KPMG auraient été déterminantes de leur consentement à souscrire aux fonds GF.

Le préjudice serait constitué, principalement, de la perte de l'investissement dans les fonds et de la perte de la chance de percevoir les fruits du placement dans un autre fonds.

Quant à la perte de l'investissement, les parties demanderesses précisent qu'il ne s'agit pas de réclamer la quote-part du patrimoine social, ni la dépréciation des titres. Au contraire, elles invoquent la perte des fonds confiés à BNP qui en raison des fautes commises n'ont jamais été investis dans quoi que ce soit. Cet investissement serait ainsi dépourvu de cause.

Quant à la perte d'une chance, elles reprochent aux défenderesses d'avoir créé une image trompeuse de la situation des fonds GF et de leur avoir fait perdre une chance de s'abstenir d'investir et de réclamer le rachat par BNP de ces actions avant la suspension du calcul de la valeur nette d'inventaire.

UBSL et UBS FS

Les entités UBS concluent à l'irrecevabilité de la demande et, à titre subsidiaire, à son caractère non fondé. Plus subsidiairement, elles sollicitent qu'il soit ordonné aux demandeurs de produire tous les jugements intervenus à leur profit dans les affaires liées aux investissements objet de la présente demande. Elles réclament une indemnité de 5.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Les entités UBS, après avoir exposé le fonctionnement des fonds GF et leurs rôles d'un point de vue chronologique, mettent l'accent sur le caractère contradictoire des conclusions des demandeurs. En effet, s'ils exposent avoir investi dans les fonds GF, ils prétendent ne pas être propriétaires de ces titres en raison du fait que seul BNP figure sur le registre des actionnaires des fonds.

En droit, et en relation avec la réparation du préjudice né de la perte de l'investissement, les défenderesses exposent que le droit des BVI, applicable à la question de savoir si un actionnaire est recevable à agir en réparation du préjudice subi du fait de la perte par le fonds de ses actifs, répondent par la négative à cette question. Tel devrait a fortiori être le cas si une telle demande est faite par le bénéficiaire économique de ces actions.

Elles estiment que la demande devrait être déclarée irrecevable et cela conformément à ce qui a déjà été retenu par un jugement du 7 juillet 2017 du tribunal de ce siège.

En relation avec les faits tels qu'exposés par les parties demanderesses, les entités UBS mettent l'accent sur le caractère spéculatif de l'investissement dans le fonds GF II qui est un fonds à effet de levier ainsi que sur la circonstance que les investisseurs dans GF II étaient des spéculateurs.

Elles précisent que les fonctions assumées de *custodian* respectivement *Prime bank* et *d'administrative agent* au sein des fonds GF seraient étrangères à la fraude commise par BMIS/Madoff et que l'accomplissement des fonctions par elles assumées n'aurait pas été de nature à prévenir pareille fraude. Ces fonctions n'auraient pas non plus provoqué la décision prise par les demandeurs d'investir dans ces fonds. Les entités UBS n'auraient, à aucun moment et à aucun titre, été en charge de la politique d'investissement des fonds GF.

En droit, la demande de réparation du préjudice né de la perte de l'investissement dans les fonds GF serait irrecevable en ce qu'elle tendrait à la réparation d'un préjudice social. Les parties s'accordent à dire que le droit des BVI s'applique à la question de savoir si l'actionnaire d'un fonds est recevable à agir en réparation du préjudice subi par lui du fait de la perte, par le fonds, de ses actifs. Or, ce droit ne reconnaît pas un tel droit d'agir, à l'instar de ce qui est le cas en droit luxembourgeois. Seul le fonds serait habilité à agir en réparation du préjudice subi par lui du fait de la perte de ses actifs. La situation des actuels demandeurs serait à assimiler entièrement à celle d'autres investisseurs dont les actions judiciaires ont été déclarées irrecevables selon une jurisprudence constante.

Que les demandeurs se qualifient d'actionnaires ou de bénéficiaires économiques, ils agiraient toujours à la place de la société qui, elle, a subi un préjudice qui se répercute sur les investisseurs.

Leur demande serait encore irrecevable pour défaut de qualité à agir d'un simple bénéficiaire économique. Si un actionnaire n'a pas le droit d'agir, a fortiori un simple bénéficiaire économique des actions émises par un fonds d'investissement n'en dispose pas.

L'intérêt économique qu'une personne peut, de manière indirecte, avoir dans une certaine situation ne lui conférerait pas pour autant un intérêt juridiquement protégé lui permettant d'agir directement, en contournant ou ignorant la constellation juridique à l'origine de laquelle elle se trouve généralement elle-même.

Selon la jurisprudence en effet, si un bénéficiaire économique a un intérêt économique à agir, cet intérêt ne serait cependant ni légitime, ni juridiquement protégé.

L'exigence d'un préjudice personnel et distinct serait une exigence fondamentale de toute action en responsabilité. Or, les demandeurs invoqueraient un préjudice social et la jurisprudence désignerait un titulaire exclusif pour réclamer ce type de préjudice. L'*actio mandati* ne pourrait être exercée à titre individuel par un actionnaire.

A titre subsidiaire et quant au fond, les parties UBS réitèrent leur moyen du défaut de qualité à agir en réparation d'un préjudice social accru aux fonds GF. Elles font valoir que les conditions d'exercice d'une action en responsabilité délictuelle ne seraient pas données en l'espèce. Les demandeurs ne rapporteraient pas la preuve d'une faute délictuelle envisagée en elle-même, indépendamment de tout point de vue contractuel. Il serait nécessaire d'invoquer une faute extérieure au contrat pour qu'il y ait faute délictuelle.

Aucune faute ne saurait leur être reprochée en leurs fonctions de *custodian*, de *Prime Bank* et d'*administrative agent* des fonds GF. En particulier UBSL n'aurait été que dépositaire du cash du fonds et n'aurait, tout comme UBS FS, qui n'était en charge que du calcul de la VNI, pas la qualité de gestionnaire. Les fonds GF n'auraient pas été des fonds régulés et n'étaient pas soumis à la législation luxembourgeoise. Dans leurs fonctions respectives, elles auraient été étrangères à la fraude commise au détriment des fonds par BMIS et n'auraient pas pu prévenir ou éviter cette fraude.

Elles contestent encore l'existence d'un lien de causalité et donnent à considérer qu'au moment de l'acquisition des titres par **A.**) en 2004, elles n'assumaient aucune fonction au sein des fonds GF.

En relation avec la demande de réparation du préjudice né de la perte de la chance de ne pas investir et de tirer les fruits de leur investissement, les entités UBS concluent à son irrecevabilité en raison de l'absence de préjudice personnel distinct du préjudice social. A titre subsidiaire, les entités UBS estiment qu'elles n'ont pas fait perdre de chance aux parties demanderesses. Plus subsidiairement, elles concluent que seule la chance effectivement perdue serait à indemniser.

KPMG

KPMG invoque d'abord la nullité de l'assignation en raison de l'omission d'indiquer la profession de **A.**) et en raison de l'indication erronée de la personne ou de l'organe habilité à représenter SOFRA et BETHUNE. L'article 264 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile n'y serait pas applicable.

Elle sollicite encore qu'il soit enjoint aux parties demanderesses de communiquer :

- les contrats régissant les termes et conditions du mandat donné à BNP pour la souscription de parts dans les fonds GF ;
- tous documents connexes à ce mandat dont le document de souscription de parts dans les fonds GF signé par BNP et le mémorandum d'offre de souscription en vigueur à chacune des dates de souscription de parts et décrivant les fonds et les politiques d'investissement ;
- les contrats régissant les relations entre BNP et les demandeurs.

Plus subsidiairement, elle conclut à l'irrecevabilité de la demande, sinon à son caractère non fondé. En dernier ordre de subsidiarité, KPMG demande au tribunal d'enjoindre aux demandeurs de verser l'arrêt de la Cour d'appel de Paris dans la cause opposant SOFRA à BNP et l'arrêt de la Cour de cassation du 25 novembre 2014.

KPMG sollicite finalement une indemnité de 5.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

En relation avec le moyen tiré du défaut de qualité à agir, KPMG considère que le préjudice allégué par les parties demanderesses est un préjudice collectif aux actionnaires subi dans le patrimoine social. Si l'actionnaire n'a pas qualité à agir, il en irait a fortiori de même des parties demanderesses dont les intérêts seraient représentés au sein des fonds GF par un intermédiaire financier agissant comme *nominee* pour leur compte. Ce qui est refusé à l'actionnaire devrait a fortiori être refusé à toute autre personne se qualifiant d'investisseur ou bénéficiaire ultime d'un investissement.

L'*actio mandati* serait une action attitrée, réservée à la société.

Selon le droit des BVI également, seule la société pourrait agir en responsabilité contre les administrateurs et contre les prestataires de service de la société, tels qu'en l'espèce le réviseur.

Les demandeurs ne pourraient faire état d'un préjudice individuel et distinct du préjudice collectif. Les investissements réalisés par l'intermédiaire de BNP font partie du patrimoine social des fonds GF dont ils constituent une quote-part. La perte de ces investissements constitue donc une perte de leur quote-part dans le patrimoine social.

La demande serait encore irrecevable car prescrite. L'action délictuelle engagée contre un réviseur d'entreprises se prescrit par cinq ans à partir de la date du rapport d'audit pertinent. En l'espèce, les derniers rapports de KPMG datent du 2 juillet 2008, toute action à son encontre aurait dû être introduite au plus tard le 2 juillet 2013.

Au fond, KPMG conteste toute commission de faute. KPMG ne serait pas soumise aux dispositions de la loi modifiée du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif pour ce qui est des obligations assumées par les réviseurs d'entreprises envers la Commission de Surveillance du Secteur Financier dans le cadre de l'audit des organismes de placement collectif de droit luxembourgeois.

La décision des demandeurs d'investir dans les fonds GF n'aurait pas été la conséquence du rôle assumé par KPMG dans le cadre de ces fonds (qui n'a d'ailleurs été assumé qu'à partir de l'année 2005) mais du manque d'information de leur intermédiaire financier, ce qui aurait d'ailleurs été reconnu par la justice française en relation avec la société SOFRA.

Les parties demanderesses resteraient en défaut de prouver une faute détachable du contrat, sinon un manquement contractuel de KPMG à ses obligations contractuelles la liant aux fonds GF.

Le réviseur d'entreprises est débiteur de simples obligations de moyen dans l'exercice de sa mission de certification de la régularité et sincérité des comptes. KPMG aurait exercé sa mission d'audit avec la diligence exigée par les normes internationales d'audit et les standards professionnels.

De même, les demandeurs resteraient également en défaut de prouver qu'ils se seraient référés lors de l'acquisition des titres des fonds GF et tout au long de leur investissement aux informations contenues dans les rapports d'audit de KPMG. De leur aveu même, les parties demanderesses n'avaient pas accès aux rapports d'audit annuels de KPMG. Le lien causal entre faute et prétendu dommage fait dès lors défaut.

Le préjudice subi par les parties demanderesses serait un préjudice divisible et il faudrait tenir compte de la condamnation de BNP intervenue au profit de SOFRA. Il y aurait par ailleurs eu de nombreux autres intervenants ayant joué un rôle décisif au niveau de l'acquisition des parts des fonds GF, de sorte que la responsabilité de KPMG devrait être réduite à une quote-part infime du montant des investissements.

Appréciation

Quant à la nullité de l'assignation

Quant au moyen de nullité de l'assignation pour absence d'indication de la profession de **A.**), il faut rappeler que le défaut d'indication de la profession d'une des parties demanderesses s'analyse comme un vice de forme des exploits ou d'actes de procédure qui ne peut entraîner la nullité que si l'inobservation de la

formalité, même substantielle, a pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie adverse (Cour d'appel, 11 juillet 2018, n° 44779 du rôle).

Le moyen laisse d'être fondé dans la mesure où KPMG n'explique pas en quoi elle a subi un préjudice du fait de l'omission de l'indication de la profession de **A.**)

KPMG invoque encore l'indication erronée de l'organe de représentation des sociétés demanderesse. Même à supposer une telle erreur, toujours est-il qu'une indication erronée de l'organe représentant la société dans l'acte d'assignation ou d'appel ne porte pas à conséquence quant à la recevabilité de l'assignation.

En effet, le juge doit examiner au regard de sa propre loi quelles sont les exigences qui sont requises de la part d'une partie demanderesse au regard de la désignation de son représentant en justice.

L'absence d'indication de l'organe représentant une société en justice, voire son indication erronée de l'organe représentatif, n'entraîne pas la nullité de l'exploit introductif d'instance ou de l'acte d'appel (cf : Cass. 2 avril 2008, n° 2622 du registre), étant encore précisé que les exploits pour ou contre une société sont valablement faits au nom de la société seule (cf : Cass. 15 novembre 2001, n° 1826 du registre, Arrêt référé du 19 janvier 2011, n° 36.147 du rôle ; Cour d'appel, 14 mars 2012, n°36170 du rôle).

Le moyen tiré de la nullité de l'assignation et de l'irrecevabilité de la demande est partant à déclarer non fondé.

Quant à la demande de production forcée de pièces

- Demande des consorts **A.**)

Bien que les demandeurs n'aient pas clairement renoncé à leur demande telle que formulée dans le dispositif de leur assignation, elle est devenue sans objet au vu des pièces communiquées par les entités UBS.

- Demande de KPMG

Bien que formulée dans le dispositif à la suite immédiate du moyen de nullité de la demande, la demande tendant à la communication forcée de pièces n'a été faite que sous réserve de toutes fins de non-recevoir et moyens de recevabilité (point n° 7 des conclusions). Il convient dès lors de ne l'analyser que dans le cadre du fond de l'affaire.

Quant à la demande de rejeter les conclusions des entités UBS notifiées en date du 22 mai 2014 et de déclarer l'instruction close à leur égard

Cette demande, formulée dans les conclusions du 1^{er} juillet 2014 et à laquelle il n'a pas été formellement renoncé, est basée sur l'article 221 du Nouveau Code de procédure civile. Elle se base sur le motif que Maître Pierre ELVINGER aurait reçu injonction de conclure avant le 21 mai 2014.

L'article 221 du Nouveau Code de Procédure civile dispose que « *si l'un des avocats n'a pas accompli les actes de la procédure dans le délai imparti, le renvoi*

devant le tribunal et la clôture de l'instruction peuvent être décidés par le juge, d'office ou à la demande d'une autre partie, sauf en ce dernier cas, la possibilité pour le juge de refuser par ordonnance motivée non susceptible de recours ».

Cette disposition légale ne sanctionne pas le non-respect de l'injonction par le rejet des conclusions notifiées tardivement, mais par la clôture de l'instruction et le renvoi de l'affaire devant le tribunal. Cette disposition ne saurait donc servir de base à la demande de rejet des conclusions de Maître Pierre ELVINGER.

Comme les conclusions litigieuses ont été notifiées avant la clôture de l'instruction prononcée à l'audience du 12 décembre 2018, l'article 224 du Nouveau Code de procédure civile, qui prévoit qu'après l'ordonnance de clôture, aucune conclusion ne peut être déposée ni aucune pièce produite aux débats, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office, ne trouve pas non plus application.

Pour le reste, il convient de constater que depuis le mois de mai 2014, les parties ont encore échangé dix corps de conclusions, de sorte qu'aucune atteinte aux droits de la défense ne peut être constatée.

Il découle de ce qui précède que toutes les conclusions sont à prendre en compte.

La demande de rejet des écritures de Maître Pierre ELVINGER du 22 mai 2014 n'est partant pas fondée.

Quant à la recevabilité

Les parties demanderesses prétendent avoir intérêt et qualité à agir.

Au cours de leurs conclusions, elles se qualifient d'investisseurs et/ou bénéficiaires économiques des actions des fonds de GF qui sont détenues par BNP. Cette dernière figure également sur le registre des actionnaires des fonds GF.

Indépendamment de ces différentes qualifications, il est constant en cause que les demandeurs sont tiers par rapport aux entités UBS et à KPMG qui n'ont de relations contractuelles qu'avec les fonds GF.

Il est également constant que les demandeurs ont investi de l'argent dans les fonds GF, qu'ils se disent lésés par les fautes ou omissions commises par les entités UBS et KPMG dans le cadre de l'exécution du/des contrat(s) qui les lie(nt) aux fonds GF et d'avoir subi un dommage en relation causale directe avec ces fautes ou omissions. Quelle que soit la qualité dans laquelle les demandeurs agissent concrètement, ils demandent l'indemnisation d'un même dommage.

Abstraction faite de la véritable nature de la relation entre les demandeurs et les fonds GF, la question essentielle qui se pose en l'espèce est celle de savoir si une personne qui dit avoir investi dans un fonds d'investissement et qui fait valoir un dommage en relation avec des fautes contractuelles commises par des entités contractuellement liées audit fonds a qualité à agir contre ces entités. Le critère essentiel qui permet de répondre à cette question a trait au dommage que cette personne invoque plutôt qu'à la qualité dans laquelle cette personne agit, étant entendu que seul le fonds a qualité à agir en responsabilité du dommage qu'il a subi.

Les principes qui ont été dégagés relativement à la réparation du préjudice de l'actionnaire subi du fait des fautes commises par le dirigeant social valent également pour les actions en responsabilité engagées par les actionnaires contre d'autres cocontractants de la société.

Il apparaît que le critère permettant 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 que le patrimoine de la société n'ait été atteint. Le préjudice individuel réparable est celui qui affecte directement le patrimoine 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 (Frédéric Danos, La réparation du préjudice individuel de l'actionnaire, no13 RJDA 5/08, page 471).

Il faut ainsi déterminer si les demandeurs ont subi un préjudice personnel et distinct de celui subi par les fonds eux-mêmes ou, au contraire, s'ils réclament le préjudice social.

En effet, selon une jurisprudence luxembourgeoise constante, une partie demanderesse qui dit avoir investi dans un fonds d'investissement et ayant elle-même subi un préjudice n'a pas qualité à agir directement contre le dépositaire ou autre cocontractant du fonds pour violation de ses obligations contractuelles envers le fonds (voir la série de jugements prononcés le 4 mars 2010 ainsi que les arrêts de confirmation rendus le 15 juin 2016). Il y est retenu que les « *actionnaires n'ont pas la qualité pour exercer en justice un droit dont seule la société peut être titulaire: la personnalité morale leur interdit d'élever des prétentions au lieu et place de la société, en application de la règle selon laquelle « nul ne plaide pour autrui sans pouvoir ». Seule la société bénéficie de la qualité pour agir en responsabilité, dès lors qu'elle est la victime potentielle d'un fait dommageable: l'existence de la personnalité morale conduit à vérifier que le préjudice a été subi dans le patrimoine social et non dans celui des actionnaires* ».

Cette même solution doit forcément s'appliquer aux personnes se prétendant simples investisseurs ou bénéficiaires économiques si et dans la mesure où elles font valoir, tout comme les actionnaires, un dommage en réalité subi par le fonds.

Il a été retenu que les demandeurs dont les actions ont été déclarées irrecevables n'allèguent pas de préjudice personnel distinct du préjudice subi par la personne morale elle-même dont ils sont les investisseurs, leur préjudice invoqué n'étant que la conséquence directe du préjudice subi par le fonds.

En effet, en matière de fonds d'investissement, le lien entre le patrimoine de la société et la valeur de la part est direct, cette dernière résultant de la valeur nette d'inventaire. Il existe une assimilation parfaite entre le capital de la société, la valeur de son actif net et la valeur des parts en circulation, de sorte que les pertes subies par les actifs de cette société sont directement répercutées sur les investisseurs.

Par rapport aux fonds de droit étranger, il a été décidé qu'en ce qui concerne les conditions d'ouverture de l'action en justice, la loi applicable dépend de la nature juridique de l'action, selon que prédomine son caractère processuel ou son caractère substantiel. Son régime sera gouverné par la loi du tribunal saisi ou par la loi

régissant le fond du litige ou le statut personnel du titulaire du droit d'action (TAL, 21 février 2014, n° 133087 du rôle).

La loi du tribunal saisi détermine les caractères de l'intérêt dont celui qui agit doit justifier. La condition que l'intérêt allégué soit direct et personnel dépend elle-même de la loi du for.

En l'occurrence, l'application de la loi du for doit être combinée avec la loi du statut personnel du titulaire du droit d'action. En effet, les incapacités générales relèvent du statut personnel, même quand elles s'appliquent à un acte particulier comme l'action en justice (Droit international privé par Batifol et Lagarde t. II no 702).

En droit international, la loi organique du groupement régit sa capacité judiciaire de jouissance, c'est à elle qu'il revient de dire si un membre individuel a qualité pour exercer en son nom personnel l'action qui appartient au groupement. On est ainsi conduit à l'application cumulative de la loi du for et de la loi du groupement.

En vertu de la loi du for, l'allégation par l'actionnaire ayant engagé une action à l'encontre d'un cocontractant de la société d'un préjudice personnel et distinct de celui qui pourrait être subi par la société elle-même est une condition de recevabilité de l'action individuelle, et non pas de son bien-fondé (cf. Cass. com. fr. 8 févr. 2011 JurisData n° 2011-001343).

La compétence de la loi de la société gouverne donc le droit de l'associé.

En relation avec un fonds soumis à la loi des BVI, il a été retenu, sur base notamment de la jurisprudence se référant à un *affidavit* relatif au droit des BVI que les solutions consacrées en droit des BVI sont en fait identiques à celles du droit luxembourgeois (TAL, 21 février 2014, n°133087 du rôle).

Cela est confirmé également par l'*affidavit* de **B.)** versé par les demandeurs aux termes duquel « *the alleged breaches of their contractual obligations and obligations giving rise to a tort would be claims which would arise from damages suffered by the Company and to which the Company would be the proper Plaintiff* » (n°23).

Dans la mesure où il a été retenu ci-avant que la recevabilité de la demande est directement liée au préjudice invoqué plutôt qu'à la qualification exacte du demandeur, il faut analyser si les demandeurs invoquent un préjudice qui leur est personnel et propre.

Dans ce contexte, les demandeurs estiment avoir subi un tel préjudice du fait de la présentation et de la publication d'informations inexactes. En effet, la faute consistant en la présentation d'un faux bilan ou en la divulgation d'une information trompeuse affecterait le patrimoine de l'actionnaire sans impliquer une atteinte au patrimoine social.

Il est reproché aux défenderesses d'avoir donné aux investisseurs, par la communication d'informations tronquées et inexactes, une image erronée des fonds GF.

Ils affirment encore que les intermédiaires bancaires qui ont souscrit aux actions auraient eu connaissance de l'*operating memorandum* qui reflétait une réalité bien différente de celle qui était accessible aux tiers, de sorte que ces intermédiaires

bancaires ne pourraient se prévaloir du préjudice dont les investisseurs, tiers à la relation contractuelle, demandent réparation. Or, les demandeurs ne précisent ni sur base de quelles informations spécifiques ils ont pris la décision d'investir dans les fonds GF, ni pour quelle raison BNP, agissant pourtant sur base de leurs instructions, donc en tant que mandataire, devrait monopoliser des informations sans les continuer à ses clients.

En tout état de cause, il faut conclure que les investisseurs ont tous pris des décisions sur base des mêmes informations diffusées.

Les demandeurs ne font pas valoir que les entités UBS ou KPMG aient dirigé un quelconque fait spécialement à leur égard ou leur aient communiqué des informations dont les autres investisseurs n'auraient pas bénéficié ou vice-versa. Même à admettre que les reproches étaient fondés, l'ensemble des investisseurs, et le fonds lui-même, auraient dès lors été confrontés à un même comportement fautif entraînant les mêmes conséquences dommageables. Aucun préjudice personnel et distinct de celui de la communauté des investisseurs n'est partant établi.

Les demandeurs invoquent la perte de leur investissement, c'est-à-dire la perte des fonds confiés aux fonds GF par le biais de BNP et qui n'ont jamais été concrètement investis.

Le préjudice résultant de la perte de l'investissement n'est en rien personnel et distinct mais se confond avec la perte subie par les fonds eux-mêmes et la collectivité des investisseurs.

Les demandeurs invoquent encore un préjudice résultant de la perte de la chance de ne pas investir ou de demander le rachat en temps utile.

Il a été jugé que la demande basée sur la perte d'une chance de ne pas investir différerait de celle basée sur la perte de l'investissement en ce que le dommage allégué ne consiste plus en la perte de valeur des parts mais en la perte d'une chance de décider de ne pas investir, respectivement de vendre en temps utile les parts détenues dans un fonds.

La différence entre ces deux demandes consiste en ce que dans le cadre de la demande basée sur la perte d'une chance, le dommage n'est pas celui, objectif, de la perte de valeur des parts par la faute des tiers assignés, mais l'appréciation subjective des investisseurs d'acheter, respectivement de vendre les titres au vu des fautes commises par ces tiers (Cour d'appel, 15 juin 2016, n° 36177 du rôle notamment).

Ce préjudice découlerait également des fautes, omissions et négligences commises par les défenderesses qui auraient donné une image trompeuse de la situation des fonds GF. Or, il faut conclure que ce préjudice est également commun à l'ensemble des investisseurs qui se sont basés sur les mêmes informations pour prendre leur décision d'investir et de maintenir leur investissement dans les fonds GF.

L'action ne devient par ailleurs pas recevable en raison du défaut des fonds GF de mettre en cause la responsabilité des entités UBS et de KPMG et d'agir judiciairement à leur encontre. Il est en effet admis que si la société n'exerce pas l'action contre le tiers, c'est la société qui devient responsable du préjudice subi par l'investisseur, et non pas le tiers.

Au vu de ce qui précède et à défaut d'avoir fait valoir un préjudice personnel et distinct du préjudice social subi par les fonds, la demande est à déclarer irrecevable pour défaut de qualité.

Comme une partie qui succombe ne peut pas obtenir d'indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, les parties demanderesses sont à débouter de leur demande basée sur cette disposition.

La demande des entités UBS et KPMG en allocation d'une indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile de procédure n'est pas fondée alors qu'elles ne justifient pas en quoi il serait inéquitable de laisser les frais non compris dans les dépens à leur charge.

Par ces motifs :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile, statuant contradictoirement,

reçoit la demande en la pure forme ;

rejette les moyens de nullité de l'assignation ;

rejette la demande tendant au rejet des conclusions du 22 mai 2014 ;

déclare la demande irrecevable ;

déboute les parties de leurs demandes en obtention d'une indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile;

condamne les demandeurs aux frais et dépens de l'instance.