

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Jugement commercial 2024TALCH06/00465

Audience publique du jeudi, quatre juillet deux mille vingt-quatre.

Numéro TAL-2018-06235 du rôle

Composition :

Maria FARIA ALVES, vice-présidente ;
Muriel WANDERSCHIED, juge ;
Paula GAUB, juge ;
Claude FEIT, greffière.

Entre :

la société anonyme **SOCIETE1.) SA**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

partie demanderesse, aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Nadine dite Nanou TAPPELLA d'Esch-sur-Alzette, signifié en date du 10 septembre 2018,

comparant par Maître Rüdiger SAILER, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg,

et :

la société anonyme **SOCIETE2.) SA**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

partie défenderesse, aux termes du prédit exploit TAPPELLA,

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 Philippe HOSS, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg.

Le Tribunal :

Faits

La société anonyme SOCIETE1.) SA (ci-après, « **SOCIETE1.)** ») est la société de gestion du fonds commun de placement luxembourgeois SOCIETE3.) (ci-après, « **SOCIETE3.)** » ou le « **SOCIETE4.)** »).

SOCIETE3.) est composé de différents sous-fonds, dont le sous-fonds SOCIETE5.) (ci-après, « **SOCIETE5.)** »).

SOCIETE1.) a délégué à la société de droit allemand SOCIETE6.) GmbH (ci-après, « **SOCIETE6.)** ») la gestion du portefeuille du SOCIETE4.), ainsi que de ses sous-fonds.

En date du 22 septembre 2014, la société anonyme SOCIETE2.) SA (ci-après, « **SOCIETE2.)** » ou le « **Fiduciaire** ») a procédé à une émission de Titres fiduciaires (ci-après, les « **Titres fiduciaires** » ou « **Notes** »), avec une maturité au 20 juin 2018, au profit de SOCIETE5.), pour un montant nominal de 80.000.000.- dollars américains.

En date du 18 août 2014, le SOCIETE4.), représenté par SOCIETE6.), a conclu les principaux termes commerciaux (ci-après, le « **Term Sheet** ») portant sur l'émission future des Titres fiduciaires.

Les Titres fiduciaires sont soumis aux règles énoncées dans les « *Terms and Conditions of the Notes* » (ci-après, les « **Terms and Conditions** ») compris dans le prospectus de base du 23 mai 2014, publié par le Fiduciaire et intitulé « *EUR 10,000,000,000 Fiduciary Note Programme* » (ci-après, le « **Prospectus de Base** ») et dans les « *Final Terms relating to the Notes* » (ci-après, les « **Final Terms** ») compris dans le prospectus daté du 19 décembre 2014, intitulé « *Series 84, Issue of USD 80,000,000 Caesars Entertainment Operating Company, Inc Credit Linked Fiduciary Notes due June 2018* » (ci-après, le « **Prospectus Spécifique** », et ensemble avec le Prospectus de Base, les Termes and Conditions, les Final Terms et le Term Sheet, les « **Documents** »).

Le Prospectus de Base définit l'existence de contrats fiduciaires résultant de l'émission de chacune des Notes entre SOCIETE2.) et chaque « *Noteholder* ». De tels contrats se sont créés entre la société émettrice, SOCIETE2.), agissant comme fiduciaire, et SOCIETE1.), en sa qualité de société de gestion de SOCIETE3.), agissant comme fiduciaire (ci-après, les « **Contrats Fiduciaires** » et, chacun pris isolément, un « **Contrat Fiduciaire** »).

Dans chaque Contrat Fiduciaire, la fiducie repose sur les actifs suivants (ci-après, les « **Fiduciary Assets** ») :

- (a) des obligations détenues par SOCIETE7.) Inc à concurrence de 80.000.000.- dollars américains (ci-après, les « **Bonds** »);
- (b) d'un Compte de trésorerie détenu par SOCIETE2.) (n° 61594) ;
- (c) des droits du Fiduciaire selon les termes d'un *Asset Swap Agreement* conclu avec SOCIETE8.), agissant en tant que *dealer* (ci-après, « **SOCIETE8.)** » ou le « **Dealer** ») du 18 août 2014 (ci-après, le « **Asset Swap Agreement** »), et

(d) des droits du Fiduciaire selon les termes d'un *Default Swap Agreement* conclut avec SOCIETE8.), agissant en tant que dealer, du 18 août 2014 (ci-après, le « **Default Swap Agreement** » et, ensemble avec l'Asset Swap Agreement, les « **Contrats de Swap** »).

En date du 23 septembre 2014, SOCIETE2.) et SOCIETE8.) ont conclu un contrat intitulé « *Confirmation* » (ci-après, la « **Confirmation** ») et elles ont conclu le contrat cadre intitulé « 1992 ISDA Master Agreement (Multicurrency – Cross Border) (ci-après, le « **ISDA Master Agreement** »).

Les Titres fiduciaires pouvaient faire l'objet d'un remboursement anticipé (ci-après, le « **Remboursement anticipé** »).

Le 9 février 2015, le Dealer a notifié au Fiduciaire la survenance d'un « *Bond Collateral Default* » conformément aux termes de Contrats de Swap, l'émetteur des Bonds ayant été soumis à une procédure d'insolvabilité.

Le 10 février 2015, SOCIETE2.) a notifié à son tour cet événement à SOCIETE1.), en tant que société de gestion du SOCIETE3.), en sa qualité de « *Noteholder* », par une « *Acceleration Event Notice* » afin de l'informer de cet « *Acceleration Event* » sous le Prospectus de Base, déclenchant ainsi le Remboursement anticipé des Notes.

Le 17 février 2015, SOCIETE8.) a envoyé à SOCIETE2.) une « *Notice of Early Termination and Calculation Statement* » (ci-après, la « **Notice of Early Termination** ») en relation avec les Contrats de Swap, spécifiant qu'un « *Termination Amount* » d'un montant de 1.540.573,52 dollars américains serait dû par SOCIETE2.) à SOCIETE8.) suivant les termes de la Confirmation et du ISDA Master Agreement.

Procédure

Par acte d'huissier de justice du 10 septembre 2018, SOCIETE1.), agissant en son nom et pour le compte du SOCIETE4.), a donné assignation à SOCIETE2.) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, selon la procédure civile.

La clôture de l'instruction a été ordonnée en date du 27 octobre 2023.

Lors de l'audience du 20 mars 2024, l'affaire a été prise en délibéré, sur rapport du magistrat de la mise en état, les mandataires entendus en leurs plaidoiries.

Prétentions et moyens

SOCIETE1.) « *agissant en sa qualité de société de gestion en son nom et pour le compte* » de SOCIETE3.) sollicite la condamnation de la partie défenderesse à lui payer un montant de 459.240,19 dollars américains, avec les intérêts légaux à partir du 17 février 2015, sinon de la demande en justice jusqu'à solde et la condamnation de la partie défenderesse à lui payer un montant de 5.000.- euros à titre préjudice moral.

SOCIETE1.) demande encore la condamnation de la partie défenderesse à lui payer une indemnité d'un montant de 5.000.- euros sur base de l'article 240 du Nouveau

Code de procédure civile, ainsi que l'exécution provisoire du jugement à intervenir et la condamnation de la partie défenderesse aux frais et dépens de l'instance.

Elle base sa demande, outre « *les articles éventuellement applicables en fonction de la qualification de l'ensemble contractuel* », sur les articles 1101, 1134, 1135 et 1146 du Code civil.

SOCIETE1.) conclut au rejet de l'exception de libellé obscur pour avoir été soulevée tardivement par SOCIETE2.) après avoir conclu sur le fond du litige, ce en application de l'article 264 du Nouveau Code de procédure civile. A titre subsidiaire, elle conteste que le moyen soit fondé, arguant que la partie défenderesse a compris ce qui lui était demandé comme en témoigneraient les conclusions adverses.

Par ailleurs, SOCIETE1.) se rapporte à prudence de justice en ce qui concerne la recevabilité en la forme de son assignation. A titre subsidiaire, en ce qui concerne la recevabilité de la demande en réparation du dommage moral, SOCIETE1.) précise que le SOCIETE4.) n'a pas subi de dommage moral et qu'elle demande la réparation du préjudice moral qu'elle a subi personnellement, en raison de l'atteinte à sa réputation et à son honneur. SOCIETE1.) indique être une victime par ricochet, par répercussion du dommage pécuniaire subi par le SOCIETE4.), dont elle est la société de gestion.

Elle fait valoir que son action est tributaire et liée de façon plus qu'étroite au dommage pécuniaire subi par le SOCIETE4.), qu'elle représente, au vu de la corrélation entre les deux dommages. Elle ajoute qu'il ne serait pas requis que le préjudice par ricochet soit de même nature que le préjudice principal. Par ailleurs, les sociétés pourraient, comme les personnes physiques, prétendre à réparation d'un préjudice moral.

SOCIETE1.) conclut au rejet du moyen d'irrecevabilité soulevé par SOCIETE2.) par rapport à cette demande.

SOCIETE1.) conteste avoir formulé une demande nouvelle en cours d'instance qui devrait être déclarée irrecevable. Sa demande se serait toujours portée sur deux aspects : le calcul erroné du « *Early Termination amount* » et le montant indument retenu des frais légaux inclus dans le calcul du « *Early Redemption Amount* ». Dans ses conclusions postérieures à l'assignation, SOCIETE1.) n'aurait fait que confirmer son reproche initial fait à SOCIETE2.) de ne pas avoir respecté les obligations qui lui incombaient dans le cadre du Contrat fiduciaire, en particulier en ce qui concerne le calcul des frais en cas d' « *Acceleration Event* » par application de modalités issues des Contrats de Swap ne correspondant pas aux Documents. Elle précise que le fait d'avoir conclu les Contrat de Swap ne serait pas reproché à SOCIETE2.) puisqu'il s'agirait de la condition *sine qua non* d'émission des Notes. SOCIETE1.) aurait encore entendu, par ses développements que SOCIETE2.) qualifie de demande nouvelle, démontrer la prévalence des Documents sur les autres documents contractuels. Quant à l'existence d'une « *Running Fee* », il y aurait déjà été fait référence dans l'assignation.

Il s'agirait d'un argument supplémentaire quant à la justification du caractère indu du montant retenu par SOCIETE2.), dans la même lignée que ce qui aurait été développé dans l'assignation, mais non d'une demande nouvelle.

SOCIETE1.) expose que SOCIETE6.) a participé à la négociation des conditions de souscription des Documents. Durant ces négociations, les sujets les plus importants auraient été négociés, dont les coûts applicables en cas d' « *Early Redemption* » et les parties négociatrices se seraient mises d'accord sur une « *Running Fee* » de 20 points de base, pouvant être définie comme le montant annuellement prélevé au titre des frais en cours (ci-après, la « **Running Fee** »). Le résultat de ces négociations se trouverait formalisé dans l'ensemble des Documents, en particulier dans le Term Sheet en page 5 dans la section « *Asset Swap Agreement* » qui prévoirait un taux total d'intérêt de 12,75%. En déduisant de ces 12,75% le coupon de 7,55% et 5%, on arriverait à un montant de 0,20% qui constituerait la Running Fee.

En ce qui concerne la validité des retranscription des conversations téléphoniques versées par elle, SOCIETE1.) fait valoir que SOCIETE6.), en tant que société de gestion, délégataire de la gestion du SOCIETE4.), est soumise à la réglementation européenne et à l'autorité allemande de régulation et de surveillance, à savoir la SOCIETE9.) (ci-après, la « **SOCIETE9.)** »). En tant que telle, SOCIETE6.) serait tenue de suivre les obligations légales allemandes concernant l'enregistrement des appels en matière de négoce de titres, en particulier le §83 du *Wertpapierhandelsgesetz*. Le fait pour les Etats membres de l'Union européenne d'autoriser de tels enregistrement serait prévu par la directive n°2006/73/CE et serait compatible avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La même obligation serait imposée aux établissements de crédit et entreprises d'investissement luxembourgeois par la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

Du fait du caractère obligatoire de ces enregistrements et eu égard au secteur professionnel auquel appartiendraient SOCIETE1.) et SOCIETE2.), toutes les parties à la négociation auraient été au courant que les échanges téléphoniques étaient enregistrés. SOCIETE2.) ne pourrait par arguer le contraire sans avouer méconnaître ses obligations au titre de professionnel du secteur financier.

Ces retranscriptions corroborent les attestations testimoniales de Messieurs PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.), qu'elle verse, et qui confirmeraient l'existence d'une Running Fee et de la limitation des pertes par l'application de cette Running Fee, qui serait effectivement intégrée dans les Documents mais que la partie défenderesse nierait, en faisant une interprétation erronée des Documents. Ces retranscriptions démontreraient également la mauvaise foi de SOCIETE2.) qui essaierait de se soustraire aux engagement pris par elle.

Elle conclut que les retranscriptions auraient été valablement versées par elle.

En ce qui concerne les attestations testimoniales de Messieurs PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.), contrairement aux développements adverses, celles-ci seraient recevables alors que leurs auteurs ne seraient pas membres du conseil d'administration d'SOCIETE1.) et que SOCIETE1.) serait la société de gestion du SOCIETE4.), SOCIETE6.) serait uniquement la délégataire de la gestion du SOCIETE4.) et ne serait pas partie au présent litige.

SOCIETE1.) ajoute que ces attestations ne seraient pas comparables à celle de Monsieur PERSONNE4.), versée par la partie adverse, arguant que, contrairement à Messieurs PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.), Monsieur PERSONNE4.) n'aurait pas participé à l'entièreté des négociations et ne pourrait donc

que spéculer sur certaines parties de ces négociations, rendant le témoignage de ce dernier sans pertinence. En effet, sa connaissance incomplète des négociations ne remplirait pas les conditions de l'article 399 du Nouveau Code de procédure civile. SOCIETE1.) ajoute que Monsieur PERSONNE4.) était bien présent lors des négociations sur la Running fee. Son attestation serait marquée d'incohérence et d'inexactitudes et serait en total contradiction avec les enregistrements des négociations, y compris des négociations auxquels il aurait participé, ce qui rendrait son témoignage manifestement faux.

Il écoulait des retranscription des négociations qu'avant la signature du Term Sheet, la partie demanderesse a demandé confirmation à SOCIETE2.) quant au principe de la Running fee et de son taux et que SOCIETE2.) aurait confirmé que celle-ci serait de 20 points de base et qu'il s'agirait d'un seuil maximum de frais que SOCIETE2.) se serait engagée à respecter. Elle se serait également vu confirmer qu'aucuns frais supplémentaires ne seraient appliqués au titre d' « *Early Redemption Unwind Costs* ». La partie demanderesse n'aurait accepté de signer le Term Sheet qu'après s'être assurée de ces points.

Il aurait ensuite appartenu à SOCIETE2.) de conclure les Contrats fiduciaires dans les conditions fixées entre elle et SOCIETE1.) et de concrétiser les termes convenus également dans la Confirmation.

A l'appui de sa demande en indemnisation du préjudice pécuniaire souffert par le SOCIETE4.), la partie demanderesse fait valoir qu'en cas de Remboursement anticipé, le Prospectus Spécifique prévoit la méthode de calcul du « *Early Redemption Amount* ».

La partie demanderesse soutient que c'est à tort que l'entier tarif gradué prévu pour une durée de trois ans a été retenu dans le calcul du « *Early Termination Amount* » et non, comme convenu, 0,20 % en tant Running Fee alors que les Titres fiduciaires auraient été dissous après seulement 6 mois.

La prise en compte d'une « *upfront fee* », c'est-à-dire un coût forfaitaire prenant en compte l'intégralité de la durée de vie initialement prévue du produit, soit un montant de 350.000.- dollars américains, aurait pourtant été rejetée en faveur de la Running Fee. Dès lors, le montant retenu de 1.500.000.- dollars américains serait exagéré et, au demeurant, il ne serait pas étayé sur quelle disposition contractuelle ce montant serait basé. Son calcul ne serait ni déterminé ni déterminable sur base du Prospectus.

SOCIETE1.) ajoute que les « *Fees* » applicables se trouvent dans la partie relative aux coupons, ce qui montrerait également que c'est la Running Fee et non d'une « *upfront fee* » qui s'applique.

SOCIETE1.) expose que l'Asset Swap Agreement prévoit le versement de coupons, c'est-à-dire le paiement d'intérêts. Le calcul pour arriver au montant du coupon dû au 20 décembre 2014 serait le suivant : $80.000.000 \times 5\% \text{ p.a.} / 4 = 1.000.000.-$ dollars américains.

La Running Fee d'un taux de 0,20% devrait être appliquée au montant des Titres fiduciaires et divisée par le nombre de jours écoulés entre la date de versement du taux d'intérêt, le 18 août 2012, et la date de l'événement entraînant la dissolution, le

17 février 2015, en l'occurrence 183 jours. Le montant payable serait donc de 81.333,33 dollars américains ((80.000.000 x 0,20%) x 183)). Le total des sommes impayées s'élèverait donc à 1.081.333,33 dollars américains.

SOCIETE8.), en sa qualité de « *Calculation Agent* », aurait ainsi, à tort, retenu un « *Early Termination amount* » de 1.500.000.- dollars américains au lieu de retenir un montant de 1.081.333,33 dollars américains en application de la Running fee.

Il en résulterait que SOCIETE2.) aurait retenu un montant de 418.666,67 dollars américains (1.500.000 – 1.081.333,33) en trop au mépris de la partie demanderesse.

La partie demanderesse fait encore valoir que c'est à tort qu'un montant global de 40.573,52 dollars américains a été retenu pour couvrir les frais légaux de SOCIETE8.), en sa qualité de Calculation Agent et ses propres frais résultant de la dissolution anticipée des Titres fiduciaires au motif qu'elle n'aurait pas obtenu l'accord exprès de la partie demanderesse.

En effet, il serait prévu en page 5 du Term Sheet, au point « *Early Redemption Unwind Costs* » et, en page 24, annexe 3 du Prospectus Spécifique, l'accord exprès de la partie demanderesse pour le remboursement des frais légaux ou accessoires résultant du Remboursement anticipé. Or, SOCIETE2.) n'aurait pas demandé un tel accord et SOCIETE1.) n'aurait pas donné un tel accord. L'exigence de cet accord écrit aurait été ajouté au Term Sheet à la suite des négociations, sur insistance de SOCIETE6.). Il aurait été assuré à SOCIETE6.), lors de ces négociations, qu'aucun coût supplémentaire à la Running Fee ne serait appliqué dans le cas d'un « *Acceleration Event* ». La Running Fee serait un plafond maximal à ne pas dépasser de tous les frais, qu'il s'agisse de frais en cours ou de frais exceptionnels, conformément aux négociations entre SOCIETE1.) et SOCIETE2.).

La partie demanderesse expose que si la définition du « *Early Termination amount* » résulte de l'Asset Swap Agreement conclu entre SOCIETE2.) et SOCIETE8.), SOCIETE2.) serait redevable envers SOCIETE1.) de toutes les sommes dues au titre des « *Fiduciary Asset Agreements* », donc au titre de l'Asset Swap Agreement.

SOCIETE5.) aurait ainsi subi un dommage pécuniaire à hauteur de 459.240,19 dollars américains, valeur au 17 février 2015.

Dans son assignation, la partie demanderesse soutient que SOCIETE2.) a agi de manière contraire aux intérêts de son client et a violé ses obligations contractuelles, sinon elle s'est délibérément abstenue d'avoir un comportement loyal et approprié, compte tenu du conflit d'intérêt intra-groupe surabondant.

Au vu du conteste intra-groupe, du lien de subordination et du contrôle existant entre SOCIETE8.) et SOCIETE2.), la première détenant 100% de la deuxième, il serait évident que SOCIETE2.) serait soumise à un conflit entre les intérêts de son actionnaire unique et ceux du Fiduciant. SOCIETE2.) aurait fait passer l'intérêt de son groupe avant la bonne exécution de ses obligations au titre du Contrat fiduciaire. Il y aurait conflit d'intérêts et manquement à son devoir de loyauté par SOCIETE2.).

En outre, SOCIETE2.) aurait méconnu ses obligations légales en tant que Fiduciaire sous la loi du 27 juillet 2003 relative au trust et aux contrats fiduciaires (ci-après, la

« **Loi de 2003** »), plus particulièrement les articles 1992 et 1993 du Code civil, applicables aux relations fiduciaire-fiduciaire en vertu de ladite loi. La partie demanderesse soutient à cet égard que SOCIETE2.) a commis des fautes de gestion et n'a pas agi en bon père de famille, notamment lorsqu'elle aurait avisé SOCIETE1.) de s'adresser directement au « *Calculation Agent* » concernant ses contestations relatives au « *Early Termination amount* », arguant qu'elle n'aurait pas à vérifier le calcul de SOCIETE8.) dans un courrier du 16 février 2015. La partie demanderesse argue qu'en tant que son mandataire, SOCIETE2.) aurait eu pour obligation de vérifier le calcul de SOCIETE8.) alors que le mandataire devrait apporter aux intérêts de son mandant les soins d'un bon père de famille dans le cadre du mandat reçu. Vérifier le calcul rentrerait dans la définition d'un comportement loyal ayant pour objectif de servir aux mieux les intérêts des détenteurs de titres. Le simple fait de permettre à SOCIETE2.) de s'adresser au SOCIETE8.) n'aurait pas permis de remplir ces obligations.

SOCIETE1.) ajoute qu'elle aurait droit à l'intégralité du « *Early Redemption Amount* » qui lui serait dû, ce qui constituerait une obligation de résultat dans le chef de SOCIETE2.). Dès lors, la preuve d'une faute serait indifférente pour engager la responsabilité de SOCIETE2.).

Par ailleurs, elle fait valoir que le débiteur de l'obligation, en l'occurrence SOCIETE2.), devrait prouver l'extinction de celle-ci afin de se libérer conformément à l'article 1315 du Code civil, de sorte que SOCIETE2.) devrait produire le calcul exact.

Dans un deuxième temps, la partie demanderesse fait encore valoir que les termes de la Confirmation conclue entre SOCIETE2.) et SOCIETE8.) devaient correspondre aux termes du Term Sheet, plus spécifiquement concernant la détermination du « *Early Redemption Amount* », ce qui ne serait pas le cas. A aucun moment la Confirmation ne mentionnerait la méthodologie applicable selon le Term Sheet, de sorte que SOCIETE2.) n'aurait pas exécuté sa mission conformément au cadre contractuel convenu lors des négociations et elle essaierait désormais d'échapper à sa responsabilité en prétendant ignorer les négociations relatives aux « *Fees* ».

En réponse aux moyens adverses, SOCIETE1.) confirme l'existence de deux contrats distincts. D'abord, le Contrat Fiduciaire qui lierait le SOCIETE4.) et SOCIETE2.), et contiendrait les règles applicables au calcul des « *Fees* », y compris de la « *Running fee* ».

SOCIETE2.) serait tenue de respecter les stipulations contractuelles des Documents, d'exécuter ses obligations de façon loyale et d'exercer ses pouvoirs dans l'intérêt des porteurs des Titres fiduciaires.

Ensuite, un contrat d'agence, régi par le droit anglais, aurait été conclu entre SOCIETE2.) et SOCIETE8.), concrétisé par la Confirmation et l'ISDA Master Agreement, soumis au droit anglais. Ce contrat prévoirait que SOCIETE8.), en sa qualité de « *Calculation Agent* », devrait agir conformément aux Termes et Conditions et ne pourrait donc pas s'écarter du mode de calcul prévu par ces Termes et Conditions. L

La partie demanderesse serait un tiers à ces conventions et n'en connaîtrait pas la teneur, de sorte que celles-ci ne lui seraient pas opposables, conformément à l'article

1165 du Code civil. A cet égard, elle conteste que la Confirmation ait été annexée aux Documents et celle-ci ne ferait pas partie des documents consultables de la page 118 du Prospectus de base.

Le calcul et le montant des « Fees » seraient uniquement déterminés dans la relation contractuelle liant le SOCIETE4.) à SOCIETE2.). Si SOCIETE2.) ne respecterait pas ses obligations sous le Contrat fiduciaire en raison de stipulations contractuelles contraires à celui-ci, ces stipulations ne pourraient pas être opposables au SOCIETE4.).

En tant qu'unique cocontractant de SOCIETE8.), il appartiendrait à SOCIETE2.) de contrôler la bonne exécution des prestations délivrées par SOCIETE8.), dont le calcul exact du « *Early Termination amount* ». En cela, SOCIETE2.) aurait manqué à ses obligations.

La partie demanderesse argue que la deuxième relation contractuelle ne saurait pas prévaloir sur la première. SOCIETE1.) soutient qu'il existe une hiérarchie des relations contractuelles, tel que cela ressortirait de la page 26 du Prospectus spécifique. Elle argue que SOCIETE8.) ne pourrait pas calculer les frais applicables en cas d' « *Acceleration Event* » de façon autonome du Prospectus spécifique et des Terms and Conditions. Un tel calcul ne serait pas opposable au SOCIETE4.) et permettrait de mettre en cause la responsabilité contractuelle du Fiduciaire. La Confirmation n'étant pas conforme au Term Sheet et aux « *Fiduciary Asset Agreements* », les conditions de ces documents devraient prévaloir sur les termes de la Confirmation.

SOCIETE1.) fait encore valoir que l'ISDA Master Agreement, contrat standardisé, ne saurait prévaloir sur les conditions spécifiques négociées et retranscrites dans les Documents. D'ailleurs, les conditions particulières l'emporteraient sur les conditions générales, voire les contrats accessoires devraient suivre les contrats principaux. Le calcul du montant à rembourser à la partie demanderesse devrait suivre la méthodologie fixée dans les Documents et plus particulièrement au Term Sheet. De ce fait, l'avis juridique versé par la partie adverse, qui ferait uniquement référence à la Confirmation et à l'ISDA Master Agreement et n'intégrerait pas la revue des Documents, ne pourrait pas être pris en compte. SOCIETE1.) demande partant à voir écarter l'avis juridique anglais, arguant que les Documents seraient essentiels. Elle demande également à voir écarter l'ISDA Master Agreement et la Confirmation.

SOCIETE1.) précise que le Contrat fiduciaire étant en cause, le droit anglais ne serait pas applicable au litige.

En ce qui concerne l'indemnisation du préjudice moral d'SOCIETE1.), la partie demanderesse allègue qu'SOCIETE1.) aurait subi un préjudice d'un montant de 5.000.- EUR, en raison notamment de l'atteinte à sa réputation et à son honneur, notamment envers ses propres investisseurs, auxquels elle n'aurait pas pu rembourser les investissements comme prévu. Toute société de gestion devant rendre compte de sa gestion auprès des porteurs de parts, la perte de réputation alléguée serait évidente.

SOCIETE2.) soulève d'abord l'irrecevabilité de la demande concernant le préjudice moral qu'aurait personnellement subi SOCIETE1.) alors qu'elle indiquerait dans l'assignation agir en sa qualité de société de gestion en son nom et pour le compte de

SOCIETE3.) et qu'SOCIETE1.) n'aurait pas introduit ce chef de la demande pour son propre compte. Ce chef de la demande serait dès lors irrecevable peu importe qu'SOCIETE1.) ait subi un dommage direct ou par ricochet. A titre subsidiaire, SOCIETE2.) conteste toute faute dans son chef et fait valoir qu'SOCIETE1.) n'établit pas la prétendue atteinte à sa réputation ou à son honneur et n'apporte aucun élément pour justifier le quantum de l'indemnité sollicitée.

Pour le surplus, elle se rapporte à prudence de justice en ce qui concerne la recevabilité de la demande initiale.

Ensuite, SOCIETE2.) relève le manque de clarté de l'assignation en ce qu'elle ne désigne pas précisément les stipulations contractuelles ni les dispositions précises des contrats en présence ou des lois applicables sur lesquelles elle se base pour demander le remboursement de la somme de 459.240,19 dollars américains, sans toutefois en tirer de conséquence juridique.

Dans son troisième corps de conclusions, SOCIETE2.) soulève la nullité de l'assignation et des conclusions subséquentes d'SOCIETE1.) des 2 avril 2019 et du 22 juillet 2020 pour cause de libellé obscur sur base de l'article 154 du Nouveau Code de procédure civile. SOCIETE2.) fait valoir que, durant tout le cours de la procédure, les écrits du demandeur doivent fournir au défendeur les données pour que celui-ci ne puisse se méprendre quant à la portée, la cause et le fondement de l'action dirigée à son encontre. Elle soutient que, dans les conclusions adverses du 2 avril 2019, la partie demanderesse ne reprocherait plus à SOCIETE2.) d'avoir failli à ses obligations en acceptant le calcul de SOCIETE8.) mais le fait même d'avoir conclu le Contrat de Swap en la forme parce que ceux-ci contiendraient des stipulations ne correspondant pas aux conditions négociées entre SOCIETE6.) et SOCIETE8.). Les griefs reprochés changeraient au gré des conclusions de la partie demanderesse et au vu de ces changements, il ne serait pas possible à SOCIETE2.) de savoir de façon précise ce qu'on lui demande véritablement et sur quels qualité, titre et motifs la partie demanderesse se fonde. Sa défense s'en trouverait désorganisée, ce qui porterait atteinte à ses intérêts.

SOCIETE2.) conteste que ce moyen soit tardif, ses moyens au fond ayant toujours été soulevés à titre subsidiaire.

A titre subsidiaire, si le tribunal ne devait pas retenir la nullité de l'assignation et des conclusions postérieures de la partie demanderesse, SOCIETE2.) soutient que les nouveaux griefs constitueraient en fait une demande nouvelle irrecevable, arguant que lorsque le demandeur a basé son action en dommages et intérêts sur une prétendue faute commise par le défendeur dans l'exécution du contrat, le défendeur est fondé à conclure à l'irrecevabilité des conclusions postérieures tendant à voir retenir une faute du défendeur lors de la conclusion du contrat, une telle demande étant nouvelle par sa cause.

SOCIETE2.) expose qu'SOCIETE1.) a, dans son assignation, limité sa demande à l'inexactitude du calcul du « *Early Termination Amount* » et au fait que des frais auraient été injustement retenus.

SOCIETE2.) soutient qu'SOCIETE1.) délaisse désormais la demande principale, telle qu'exposée dans l'assignation, pour préférer l'argument que les termes négociés

n'auraient pas été repris dans la Confirmation. La partie demanderesse solliciterait du tribunal d'interpréter les négociations précontractuelles et la volonté des parties exprimée lors de ces négociations, contrairement à ce qui serait demandé dans l'assignation, à savoir l'appréciation de l'exactitude du calcul du « *Early Termination amount* ». Or, le litige une fois posé étant immuable, la partie demanderesse ne pourrait pas changer ainsi les termes du débat posé.

SOCIETE2.) demande encore le rejet des retranscription des conversations téléphoniques, arguant que la preuve produite par une partie soit lorsqu'elle aurait été recueillie soit à l'insu de l'autre partie, soit lorsqu'elle serait versée au débat alors que sa production nécessiterait l'autorisation de l'autre partie, est déloyale et donc irrecevable. La partie demanderesse n'indiquerait à aucun moment avoir l'autorisation pour reproduire ces retranscriptions en justice. La partie demanderesse userait de manœuvres déloyales en produisant devant le tribunal des extraits d'enregistrement de conversations téléphoniques portant sur des négociations contractuelles soumises à la confidentialité ou tout du moins au secret des affaires. Ni SOCIETE8.), ni SOCIETE2.) n'auraient donné leur autorisation pour que ces retranscriptions soient versées au débat. Elles n'auraient pas non plus été informées que ces retranscriptions pourraient être utilisées plus tard dans une procédure purement commerciale, opposant les parties. Il serait au demeurant impossible de déterminer si ces enregistrements sont complets et exhaustifs. Enfin, SOCIETE2.) conteste que les retranscriptions soient correctes et exactes.

SOCIETE2.) ajoute que les extraits de ces retranscriptions ne soutiennent pas les allégations de la partie demanderesse et ne sont pas pertinentes pour les termes qui *in fine* auraient été conclus, tel que prévu dans les Contrats de Swap, matérialisés par la Confirmation et l'ISDA Master Agreement.

En effet, il ne serait référence à aucun moment dans ces retranscriptions à la période pendant laquelle la Running fee ou tout autre montant aurait dû être calculé en cas d' « *Event of Early Termination* ».

Ces retranscriptions ne seraient d'aucune aide pour trancher le désaccord entre parties quant à soit l'application de la prétendue Running fee, soit la prise en compte des flux futurs de trésorerie jusqu'à la date d'échéance, le 15 avril 2018. Ce point devrait être tranché sur base des dispositions contractuelles acceptées par la partie demanderesse.

Tous les développements basés et liés aux dites retranscriptions devraient être écartés des débats.

Enfin, elle souligne que l'incertitude et le doute subsistant à la suite de la production d'une preuve doivent être retenus au détriment de celui qui a la charge de la preuve, le demandeur, et qu'il ne suffirait pas de retenir la vraisemblance d'un fait pour le tenir pour établi.

SOCIETE2.) demande également le rejet des attestations testimoniales adverses, arguant qu'il s'agit de preuves auto-constituées dans la mesure où leurs auteurs seraient gérants de SOCIETE6.) qui agirait comme gestionnaire du SOCIETE4.) et aurait conduit les négociations pour le compte d'SOCIETE1.), SOCIETE6.) ayant décidé seule de leur teneur. Les trois auteurs des attestations auraient des liens

privilégiés avec le SOCIETE4.), de sorte que leurs attestations ne pourraient être considérées comme objectives. SOCIETE2.) soutient que la partie demanderesse essaierait de se constituer des preuves contre les contrats qu'elle-même aurait signé et ce, en établissant elle-même des documents à l'appui de ses positions. De plus, ces attestations seraient contredites par les éléments du dossier, en particulier l'attestation testimoniales de Monsieur PERSONNE4.), versée par SOCIETE2.).

Quant à l'attestation de Monsieur PERSONNE4.), SOCIETE2.) conteste les critiques adverses quant à son exactitude. Le témoin se serait concentré sur les deux semaines de négociations précédant la signature du Term sheet, celles-ci ayant été les plus intenses. Son témoignage écrit serait donné en toute bonne foi.

SOCIETE2.) fait également valoir que lorsque la preuve testimoniale tend à dénaturer la teneur d'un acte écrit, le juge devrait l'autoriser avec plus de précaution encore que dans les cas ordinaires. Elle l'occurrence, les termes signés par les parties ne correspondraient pas à ce qu'attestent les témoins et ces témoignages écrits ne seraient corroborés par aucune pièce versée dans le cadre de l'instance. Celles-ci devraient donc être rejetés.

Par ailleurs, SOCIETE2.) expose qu'il faut distinguer les deux relations contractuelles existantes dans cette affaire, à savoir une première relation contractuelle entre le fiduciaire et le fiduciaire et une deuxième relation contractuelle entre le fiduciaire et la contrepartie des Contrats de Swap.

La première relation contractuelle, celle du Contrat Fiduciaire, serait soumise à la Loi de 2003. Les obligations du fiduciaire seraient clairement limitées à ce que prévoirait le Contrat Fiduciaire.

La deuxième relation contractuelle, serait constitué par l'ensemble contractuel composé des Contrats de Swap, matérialisés par la Confirmation et l'ISDA Master Agreement, soumis au droit anglais.

La partie demanderesse serait étrangère aux Contrats de Swap.

SOCIETE2.) fait valoir que la partie demanderesse a conclu les Contrats Fiduciaires avec SOCIETE2.), qui à son tour, en sa qualité de fiduciaire, a conclu en son nom les Contrats de Swap au bénéfice de la partie demanderesse, en sa qualité de fiduciaire.

SOCIETE2.) fait encore valoir que l'Asset Swap Agreement prévoit les montants dus entre SOCIETE8.) et SOCIETE2.) en cas de résiliation anticipée à titre de « *Early Termination amount* ».

SOCIETE2.) argue qu'SOCIETE1.) aurait procédé à des calculs en mélangeant les relations contractuelles en cause, sans distinguer selon le droit applicable aux contrats en question.

Or, la question qui se poserait serait celle de savoir si le calcul du « *Early Termination amount* » a été correctement fait au regard du droit anglais.

SOCIETE2.) soutient que SOCIETE8.) a procédé au calcul du « *Early Termination amount* » conformément aux dispositions contractuelles, plus précisément aux articles

2(a) et 2(e) de la Confirmation et la section 6(e)(ii) du ISDA Master Agreement, soumis au droit anglais.

Elle se prévaut d'un avis juridique, sollicité par elle auprès du cabinet SOCIETE10.) LLP (ci-après, l'« **avis juridique de SOCIETE10.)** »), dont il résulterait que les prédites stipulations contractuelles ont été appliquées correctement pas SOCIETE8.). Les reproches adverses seraient dès lors infondés.

SOCIETE2.) soutient que les termes de la Confirmation et du ISDA Master Agreement auraient été connus de la partie demanderesse. En signant le Contrat fiduciaire, SOCIETE1.) aurait d'ailleurs reconnu connaître les termes des *Fiduciary Asset Agreements*, terme défini qui comprendrait les Contrats de Swap, matérialisés par la Confirmation et l'ISDA Master Agreement. De plus, l'ISDA Master Agreement serait un contrat-type, vastement connu et utilisé par les acteurs du secteur financier. Elle ajoute que lors des négociations, SOCIETE6.) était en position de force, SOCIETE2.) étant prestataire de service et SOCIETE8.) étant la contrepartie financière. SOCIETE6.) serait un professionnel, expert des marchés financiers et investissant pour compte de ses clients dans des structures sophistiquées mises en place sur mesure. La partie demanderesse n'aurait donc pas signé un contrat d'adhésion.

SOCIETE2.) critique le calcul du « *Early Termination amount* » opéré par la partie demanderesse en ce qu'elle ferait fi de la définition des coûts relatifs à la résiliation des Contrat de Swap, à savoir les « *Early Redemption Unwind Costs* », notion inscrite dans le Term Sheet, qui seraient à déduire du montant à payer par SOCIETE2.). De plus, la partie demanderesse n'établirait pas que son calcul est valable selon le droit anglais applicable. Seule SOCIETE2.) aurait prouvé la conformité au droit anglais du calcul qu'elle défendrait.

SOCIETE2.) conteste formellement que les parties aient, dans le cadre des négociations, décidé que seule la Running fee seraient à déduire du « *Early Redemption Amount* ».

SOCIETE2.) fait valoir que les « *running fees* » sont censées être prélevées annuellement au titre de frais en cours et ne sont donc pas susceptibles de présenter des sommes à payer par SOCIETE1.) à SOCIETE2.) en cas d'*Early Redemption* des Notes. Un tel dénouement entraînerait toujours des coûts, différents des éventuels frais annuels. La notion de *Running fee*, telle que présentée par la partie demanderesse, serait dès lors complètement étrangère aux coûts déduits au moment de la résiliation anticipée des Contrats de Swap. Les Contrats de Swap prévoiraient les coûts à déduire en cas de paiement anticipé et il découlerait de l'avis juridique de SOCIETE10.) que ces coûts auraient été exactement calculés par SOCIETE8.).

SOCIETE2.) précise que le « *Early Termination amount* » fait référence à la somme due par SOCIETE2.) à SOCIETE8.) en cas de résiliation anticipée du Asset Swap Agreement tandis que le « *Early Redemption Amount* » fait référence à la somme payable à SOCIETE1.), pour le compte du SOCIETE4.), lors du rachat anticipé des Notes. Comme indiqueraient clairement les définitions des termes « *Early Redemption Amount* » et « *Early Termination amount* » à la page 5 de la Term Sheet, le « *Early Termination Amount* » devait être inclus dans le calcul des « *Early Redemption Unwind Costs* » et ces derniers devaient être déduits du « *Early Redemption Amount* » à payer à SOCIETE1.).

Dans tous les cas, le SOCIETE4.) ne saurait prétendre à l'entièreté du « *Early Redemption Amount* » alors qu'il y aurait toujours des frais à déduire.

En ce qui concerne les frais d'un montant de 40.573,52 dollars américains, ces frais auraient été déduits à bon droit par SOCIETE8.) en application des articles 6(e) du ISDA Master Agreement et de l'article 2(a) de la Confirmation, tel que cela ressortirait de l'avis juridique de SOCIETE10.). Cette déduction serait prévue dans la relation contractuelle entre le fiduciaire (SOCIETE2.)) et la « *Swap Counterparty* » (SOCIETE8.)) et non en application du Contrat fiduciaire régissant la relation entre SOCIETE2.) et la partie demanderesse. Il s'agirait de frais encourus par SOCIETE8.) en relation avec le rachat des Titres fiduciaires pour lesquels l'accord écrit de la partie demanderesse ne serait pas requis.

Le Term Sheet prévoirait que les « *Early Redemption Unwind Costs* » sont composés par deux éléments, à savoir (a) le paiement dû par l'une ou l'autre partie sous les Contrats de Swap et (b) les frais (y compris les frais légaux) engagés tant par SOCIETE2.), dans le contexte du Contrat fiduciaire, que par SOCIETE8.) et résultant d'un « *Early Redemption Event* ». Ni SOCIETE2.), ni SOCIETE8.) n'auraient facturé de frais conformément à ce point (b). SOCIETE2.) n'aurait déduit aucun montant à titre de frais sous le Contrat fiduciaire, de sorte que les contestations adverses seraient dénuées de fondement.

De plus, aucun dommage résultant d'un prétendu manque de loyauté et de prétendus manquements aux diligences d'un bon père de famille de SOCIETE2.) ne seraient établis. SOCIETE1.) ne préciserait pas quel dommage le SOCIETE4.) aurait subi suite à ces prétendus manquements contractuels de SOCIETE2.).

A titre subsidiaire, SOCIETE2.) ajoute que s'il devait s'avérer que le calcul n'a pas été bien fait, il y aurait non-respect pas SOCIETE8.) de ses obligations contractuelles mais la responsabilité de SOCIETE2.) ne serait pas automatiquement engagée. Il faudrait encore la preuve d'un manquement dans son chef. Un tel manquement ne serait pas établi.

SOCIETE2.) continue que le seul reproche d'SOCIETE1.) à son égard est de ne pas avoir vérifié le calcul effectué par SOCIETE8.). Ce reproche serait non fondé.

SOCIETE2.) expose que la Loi de 2003 permet aux parties de déroger aux règles du mandat, ce qui aurait été fait dans le Contrat Fiduciaire dans les conditions relatives aux Titres fiduciaires par référence aux termes suivants : « *The Fiduciary makes no representation or warranty and assumes no liability for, or responsibility or obligation in respect of, the legality, validity or enforceability of the Fiduciary Asset Agreements, the Fiducary Assets or any of them, the performance and observance by ans Fiduciary Asset Obligor of their obligations in respect of the Fiduciary Asset Agreements (...). The Fiduciary shall be under no obligation to the Noteholders other than that of faithful performance of its undertakings, duties, rights, powers and discretions under the Fiduciary Contract as set forth above (...)* ».

SOCIETE2.) en déduit que ses obligations sont limitées à ce qui serait expressément prévu au Contrat Fiduciaire et qu'elle ne serait pas responsable dans le cas où une contrepartie à un contrat conclu ès qualités ne respecterait pas ses obligations contractuelles. Conformément à la clause 6 de la Confirmation, les déterminations de

SOCIETE8.) s'imposeraient au fiduciaire qui n'aurait aucun moyen contractuel d'agir à cet égard contre SOCIETE8.).

Aussi, le *Term Sheet* prévoirait que « *all decisions required to be made by the Calculation Agent (SOCIETE8.) will be made in its sole and absolute discretion* ». Comme il n'appartiendrait pas à SOCIETE2.) d'effectuer les calculs, elle n'aurait commis aucune faute.

A titre subsidiaire, si le tribunal devait rejeter le moyen d'irrecevabilité pour cause de demande nouvelle, SOCIETE2.) fait d'abord valoir qu'au moment de l'assignation, la partie demanderesse a accepté le cadre contractuel incluant les Contrats de swap et s'est borné à en contester l'application, de sorte qu'elle ne pourrait plus reprocher à SOCIETE2.) de les avoir conclu aux conditions qu'ils prévoient. Ensuite, les termes des Contrats de Swap annexés au *Term Sheet* signé par la partie demanderesse correspondraient à la documentation signée entre SOCIETE2.) et SOCIETE8.).

Elle soutient qu'il ne s'agit pas d'une question de stipulations contractuelles qui prévaudraient sur d'autres. Elle se serait engagée, en tant que fiduciaire, de signer la documentation matérialisant les Contrats de Swap pour le bénéfice du fiduciaire. Les termes du Contrat de Swap étant annexés au *Term Sheet*, elle aurait agi en conformité avec ses obligations contractuelles de fiduciaire.

SOCIETE1.) n'indiquerait pas quelles stipulations des Contrats de Swap ne correspondraient pas à celles contenues au *Term Sheet* signé par elle.

SOCIETE2.) ajoute que des stipulations contractuelles ne peuvent pas être remises en cause par des éléments tirés de négociations contractuelles et qui iraient à l'encontre de ces stipulations contractuelles. Le contrat finalement signé contiendrait le résultat des négociations. Le contenu des négociations ne serait guère déterminant alors que les termes des Contrats fiduciaire et des Contrats de Swap seraient clairs et non équivoques et auraient été acceptés par la partie demanderesse. Si tel n'avait pas été le cas, SOCIETE1.) aurait dû refuser de signer le Contrat fiduciaire et le *Term Sheet*. La partie demanderesse ne pourrait pas invoquer sa propre turpitude en prétendant ne pas connaître les termes des Contrats de Swap, pourtant annexés au *Term Sheet*, signé par elle.

Quant à l'argument adverse relatif à un prétendu conflit d'intérêts entre SOCIETE8.) et SOCIETE2.), celui-ci serait à rejeter à défaut de preuve des allégations avancées. De plus, celui-ci ne serait appuyé par aucune base juridique.

En tout état de cause, SOCIETE2.) sollicite une indemnité de procédure d'un montant de 5.000.- euros, ou tout autre montant même supérieur à abriter *ex aequo et bono* par le tribunal, sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et la condamnation d'SOCIETE1.) aux frais et dépens de l'instance.

Motivation

Quant au libellé obscur

Aux termes de l'article 154 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile, l'exploit d'ajournement contiendra, « [...] *l'objet de la demande et un exposé sommaire des moyens* [...] », le tout à peine de nullité.

L'exception tirée du libellé obscur constitue un moyen de nullité qui est destiné à sanctionner l'inobservation, dans les exploits d'ajournements, des dispositions de l'article 154, 1^o du Nouveau Code de procédure civile, selon lesquelles l'exploit d'ajournement doit contenir, à peine de nullité l'indication de l'objet de la demande et un exposé sommaire des moyens (Cour, 23 octobre 1990, Pas. 28, p.70).

Ce type d'exception ne saurait dès lors être invoqué à l'égard de conclusions postérieures à l'exploit d'ajournement.

Par ailleurs, la nullité résultant de l'article 154 du Nouveau Code de procédure civile est une nullité de forme soumise à l'article 264 du Nouveau Code de procédure civile, donc à la preuve d'un grief (voir Cass 25 octobre 2001, n°50/01, 1798, Cour 15 mai 2002, n°24 393 ; Cour 26 juin 2002 BIJ 2/03, p 28) et le moyen doit être soulevé avant toute défense au fond, soit *in limine litis*.

Par conséquent, l'exception est irrecevable en ce qu'elle vise à voir dire nulles les conclusions de la partie demanderesse du 2 avril 2019 et du 22 juillet 2020.

Par rapport à l'assignation, l'exception a été soulevée tardivement étant donné que celle-ci a été soulevée pour la première fois dans le troisième corps de conclusions de SOCIETE2.) après avoir conclu sur le fond du litige.

L'exception est donc irrecevable pour cause de tardiveté en ce qu'elle tend à voir dire nul l'exploit d'assignation du 10 septembre 2018.

Le moyen est donc à rejeter.

Quant à la demande en indemnisation d'un dommage moral

La qualité à agir en dommages et intérêts appartient au titulaire du droit à indemnisation.

Il est constant en cause que le prétendu dommage moral est un dommage personnel d'SOCIETE1.) et non un dommage souffert par le SOCIETE4.).

Aux termes de l'article 15 de la loi du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif (ci-après, la « **loi OPC** »), « *la société de gestion doit exécuter ses obligations avec la diligence d'un mandataire salarié ; (...)* ».

Au vu de la référence à un « mandataire salarié » dans l'article 15, la situation de la société de gestion est celle d'un mandataire du fonds commun de placement au sens des articles 1984 et suivants du Code civil.

Or, il est admis que la personne qui se présente comme mandataire et non comme agissant en nom personnel ne s'engage pas personnellement dans l'acte qu'elle accomplit (Cour, 7 janvier 1975, P. 23, p. 68).

Lorsque la société de gestion introduit une action en justice pour le compte du fonds commun de placement qu'elle gère et qu'elle ne mentionne pas agir également en son nom personnel, seul le fonds commun de placement est à considérer comme une partie à cette instance.

En l'espèce, l'assignation mentionne que la demande est introduite par SOCIETE1.) « en sa qualité de société de gestion » de SOCIETE3.) « en son nom et pour le compte du fonds commun de placement », c'est-à-dire conformément à l'article 14 de la loi du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif, sans aucune indication qu'elle agirait également pour son propre compte.

D'ailleurs, la demande, telle que formulée, tend à la condamnation de SOCIETE2.) à payer à SOCIETE1.), en sa qualité de société de gestion, agissant en son nom propre et pour le compte de SOCIETE3.), le montant de 5.000.- euros du chef du dommage moral allégué.

SOCIETE1.) n'a au demeurant à aucun moment introduit, en son nom personnel, une demande en intervention à l'instance aux fins de solliciter l'indemnisation de son prétendu dommage moral.

Par conséquent, la partie demanderesse à l'instance est SOCIETE3.), agissant par le biais de son mandataire, SOCIETE1.), et non SOCIETE1.) personnellement.

Or, la partie demanderesse à la présente instance n'a pas qualité pour demander une indemnisation d'un dommage personnel subi par SOCIETE1.) personnellement.

Au vu des développements qui précèdent, ce chef de la demande est irrecevable.

Quant à la demande nouvelle

Il y a lieu de rappeler que c'est l'acte introductif d'instance qui saisit le juge et qui noue entre parties le contrat judiciaire. L'action une fois introduite, il n'est pas possible à une partie de la remplacer par une autre différente, soit en son objet, soit en sa cause, sauf accord des parties. Cette modification du contrat judiciaire doit être déclarée irrecevable à défaut d'accord entre parties, sans qu'il faille analyser le fondement de la nouvelle cause indiquée. (Cour d'appel, 17 novembre 1994, n° 15312 du rôle ; v. aussi Cour d'appel, 29 mai 1997, n° 17482 du rôle)

Concernant l'objet du litige, l'article 53 du Nouveau Code de procédure civile permet une modification de celui-ci par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant et la jurisprudence admet une demande formulée en cours d'instance qui est virtuellement comprise dans l'acte introductif d'instance.

En ce qui concerne la cause de la demande, ces tempéraments ne trouvent pas à s'appliquer.

Si le demandeur indique la base légale de son action, il y a formation d'un contrat judiciaire sur ce point et dès lors le demandeur n'est plus admis, à moins d'un accord du défendeur, à invoquer en cours d'instance une autre base légale qui diffère quant à sa cause de celle avancée en premier lieu. (TAL, 5 juin 2003, n° 69990 du rôle)

Le demandeur pourra toutefois modifier la base légale de sa demande si cela n'altère pas la cause, le tribunal étant saisi des faits et non de leur qualification juridique, conformément à l'article 61 du Nouveau Code de procédure civile.

En l'occurrence, l'objet de la demande est toujours resté le même.

En ce qui concerne la cause de la demande, SOCIETE1.) a initialement avancé que SOCIETE2.) aurait commis une violation de ses obligations contractuelles en ne vérifiant pas la régularité du calcul opéré par SOCIETE8.), qui serait selon elle erroné.

SOCIETE1.) a initialement basé sa demande en allocation de dommages et intérêts, outre « *les articles éventuellement applicables en fonction de la qualification de l'ensemble contractuel* », sur les articles 1101, 1134, 1135 et 1146 du Code civil.

En cours d'instance, SOCIETE1.) a maintenu cette position mais y a ajouté, en indiquant que SOCIETE2.) n'aurait pas reflété dans les Contrats de Swap les négociations des parties, ce qui aurait conduit au préjudice invoqué.

Bien qu'SOCIETE1.) adopte toujours une qualification contractuelle, le tribunal n'est pas tenu par cette qualification.

Il y a lieu de rappeler que les dommages et intérêts contractuels sont par définition circonscrits à la compensation des suites de l'inexécution d'une obligation contractuelle (Dalloz, Répertoire de droit civil, Responsabilité contractuelle, BOUCARD, juillet 2018, n° 52).

Or, ce que la partie demanderesse reproche désormais à SOCIETE2.), en plus des griefs exposés dans l'assignation, c'est de ne pas avoir repris ce qui avait été négocié dans le cadre contractuel liant SOCIETE2.) à SOCIETE8.), c'est-à-dire dans les termes des Contrats de Swap, plus particulièrement de la Confirmation, ce qui relève de la qualification délictuelle et non contractuelle.

Il ne suffit pas pour faire rentrer les faits avancés dans la qualification contractuelle d'invoquer la violation par le Fiduciaire de ses obligations dans le cadre du Contrat Fiduciaire alors que les développements de la partie demanderesse sont exclusivement en lien avec les négociations précontractuelles et qu'elle n'indique pas quelle obligation du Contrat Fiduciaire aurait été violée.

Même l'obligation contractuelle du Fiduciaire d'agir dans l'intérêt des « *Noteholders* » ne vaut que pour ses obligations et pouvoirs sous le Contrat Fiduciaire.

Or, SOCIETE1.) n'indique pas quelle obligation dudit contrat n'aurait pas été respectée ou quel pouvoir dépassé par SOCIETE2.) en n'intégrant pas les termes prétendument négociés entre elle et SOCIETE2.) dans les contrats la liant à SOCIETE8.).

Ce n'est donc pas les suites de l'inexécution d'une obligation contractuelle dont se prévaut la partie demanderesse mais de la violation de l'obligation de loyauté des négociations précontractuelles, or une telle violation est de nature délictuelle.

C'est dès lors à bon droit que SOCIETE2.) conclut à l'irrecevabilité de la demande en ce que celle-ci se fonde sur le fait que les Contrats de Swap ne reflèteraient pas les termes négociés entre parties.

Le tribunal retient partant l'irrecevabilité de la demande nouvelle par sa cause.

Les développements qui forment la cause de la demande, telle qu'elle a été initialement formulée dans l'assignation, n'ont jamais été abandonnés, la partie demanderesse y ayant simplement ajouté une demande identique par son objet mais nouvelle par sa cause.

La demande, telle que posée dans l'acte introductif d'instance, est donc recevable pour le surplus.

Quant à l'opposabilité des Contrats de Swap à la partie demanderesse et à leur rejet des débats

Aux termes de l'article 1165 du Code civil, les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers et elles ne lui profitent que dans les cas prévus par l'article 1121 du même code.

La partie demanderesse se prévaut de cette disposition pour conclure à l'inopposabilité du ISDA Master Agreement et de la Confirmation à son encontre.

Le tribunal constate qu'en page 62 du Prospectus de base, il est indiqué que : « *the Fiduciary Asset Agreements may comprise an ISDA Master Agreement and Schedule entered into by the Fiduciary and the Swap counterparty (the "**Swap Counterparty**") specified in the applicable Prospectus or Final Terms and the Confirmation thereto (together, the "**Swap Agreement**").* »

Le Prospectus de base prévoit, en page 2, ce qui suit: « *By subscribing for, or otherwise acquiring, the Notes, the Noteholders, the Receiptholders and the Couponholders (if any) (as defined below) are entitled of, are bound by, and are deemed to have knowledge of, all of the provisions of the Fiduciary Asset Agreements, the Fiduciary Asset Disclosure Documents (if any), the Agency Agreement, the relevant Fiduciary Contract and the Terms and Conditions of the Notes and are deemed to have accepted expressly the Fiduciary Asset Agreements, the Fiduciary Asset Disclosure Documents (if any), the Agency Agreement, the relevant Fiduciary Contract and the Terms and Conditions of the Notes.* »

En page 53 du Prospectus de base, dans les *Terms and Conditions*, il est également indiqué que ces documents sont disponibles pour consultation au siège du Fiduciaire.

Les « *Fiduciary Asset Agreements* », telle que définis dans les Documents, comprennent les Contrats de Swap, matérialisés par l'ISDA Master Agreement et la Confirmation.

Ainsi, en souscrivant aux Notes, la partie demanderesse a expressément reconnu avoir connaissance des Contrats de swap, partant du ISDA Master Agreement et de la Confirmation, et est censée les avoirs expressément acceptés.

Aussi, même si la partie demanderesse n'est pas signataire des Contrats de swap, matérialisés par l'ISDA Master Agreement et la Confirmation, elle a reconnu connaître les termes de ces conventions et les a acceptées.

Elle ne saurait partant désormais prétendre que le Fiduciaire ne pourrait pas lui opposer les termes de ces conventions ou en demander le rejet.

Le moyen tiré de l'inopposabilité des Contrats de Swap, matérialisés par l'ISDA Master Agreement et la Confirmation, sont donc à rejeter. Il n'y a pas non plus lieu au rejet de ces conventions des débats.

Quant à l'existence d'une hiérarchie entre les Documents et les Contrats de Swap

La partie demanderesse prétend que les Documents devraient prévaloir sur les Contrats de Swap.

Or, s'il devait y avoir une hiérarchie entre les différents contrats formant le cadre contractuel de la transaction, une telle hiérarchie devrait résulter des termes desdits contrats.

En l'occurrence, la partie demanderesse appuie son affirmation sur la page 26 du Prospectus spécifique, qui prévoit ce qui suit : « *The Calculation Agent is responsible for making any determination or calculation required to be made by it pursuant to the Terms and Conditions of the Notes and performing such other duties as it may be required to perform pursuant to the Terms and Conditions of the Notes* ».

Or, ce passage ne permet nullement de retenir une hiérarchie entre les Documents et les Contrats de Swap en faveur des Documents.

Au contraire, concernant le « *Early Termination amount* », les Terms and Conditions renvoie expressément à l'application des Contrats de Swap pour la détermination de ce montant, en page 62, comme suit: « *In the event of any early termination of the Swap Agreement, either party to the Swap Agreement may be liable to pay a termination amount (a "Termination Amount") to the other party in an amount determined in accordance with the provisions of the Swap Agreement* ».

Le moyen est donc à rejeter.

Quant à la demande en indemnisation au titre du dommage pécuniaire

L'article 1134 du Code civil dispose que « [l]es conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » et impose aux parties de les exécuter de bonne foi.

Aux termes de l'article 1142 du Code civil « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* », l'article 1147 du même code précisant que dans ce cas « *le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, [...] toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part* ».

Pour prospérer dans sa demande sur base de la responsabilité contractuelle au sens des articles 1142 et suivants du Code civil, la partie demanderesse doit rapporter la preuve d'une faute ou d'une inexécution contractuelle, d'un dommage et d'un lien de causalité entre cette inexécution et le dommage.

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

Pour apprécier l'influence du contrat sur la responsabilité, il faut examiner le contenu et la portée des obligations découlant du contrat et distinguer entre les obligations de moyens et de résultat.

L'intérêt de la distinction réside dans l'étendue de la charge de la preuve pesant sur le créancier d'une obligation.

En effet, en présence d'une obligation de moyens, le créancier doit établir que l'inexécution de l'obligation convenue tient au fait que le débiteur ne s'est pas comporté avec toute la diligence nécessaire, partant qu'il a commis une faute.

En présence d'une obligation de résultat, le créancier n'a nul besoin de prouver la faute du débiteur et doit uniquement se contenter de prouver que le contrat comportait un certain engagement à son profit, qui n'a pas été respecté.

C'est par rapport aux termes du contrat et aux obligations y reprises que s'analyse la responsabilité contractuelle du débiteur de l'obligations. Les négociations précontractuelles qui précèdent la conclusion du contrat et la préparent sont essentielles pour définir les caractéristiques de la future relation contractuelle mais ne font pas partie du contrat.

En l'occurrence, à la première page du Prospectus de base les documents contractuels qui gouvernent l'émission des Notes sont clairement indiqués, niant ainsi la possibilité que des documents précontractuels puissent être rajoutés au cadre contractuel de la transaction.

Les négociations précontractuelles gardent une valeur pour l'interprétation des termes du contrat mais uniquement pour le cas où les clauses du contrat ne sont pas claires et requièrent interprétation.

En l'espèce, la partie demanderesse soutient que les articles 1992 et 1993 du Code civil, seraient applicables aux relations fiduciaire en vertu de la Loi de 2003 et devraient également s'appliquer en l'espèce, de sorte que SOCIETE2.) serait responsable des fautes commises dans sa gestion et qu'elle devrait rendre compte de cette gestion et, en sa qualité de mandataire, agir en bon père de famille et de manière loyale.

A cet égard, le tribunal rappelle que l'article 7 paragraphe 1^{er} de la Loi de 2003 dispose que « *les règles du mandat, à l'exclusion de celles reposant sur la représentation sont*

applicables aux relations entre le fiduciaire et le fiduciaire dans la mesure où il n'y est pas dérogé par le présent titre ou par la volonté des parties ».

Il résulte des termes des Documents, que les parties ont entendu déroger aux règles du mandat en ce qui concerne l'exécution des Contrats de Swap puisque les Terms and Conditions du Prospectus de base prévoient ce qui suit, en page 58, relativement au Contrat fiduciaire : « *The Conditions form part of each Fiduciary Contrat and set out the rights of each Noteholder under the Fiduciary Contrats and certain duties, powers and discretions of the Fiduciary. The Fiduciary shall and hereby undertakes to perform such duties and to exercise such powers and discretions in the best interests of the Noteholders. Further, the Fiduciary undertakes to exercise its rights under the Fiduciary Asset Agreements and/or Fiduciary Assets and its corresponding duties, powers and discretions in the best interests of the Noteholders, provided that the Swap Counterparty has given its prior written consent to such exercise by the Fiduciary (which consent may be given or withheld by the Swap Counterparty in its absolute discretion) and to do so, and to account to the Noteholders for all payments of principal, interest or any other sums received by it thereunder, in such manner as to give effect to the Conditions. (...) The Fiduciary makes no representation or warranty and assumes no liability for, or responsibility or obligation in respect of, the legality, validity or enforceability of the Fiduciary Asset Agreements, the Fiduciary Assets or any of them, the performance and observance by any Fiduciary Asset Obligor of their obligations in respect of the Fiduciary Asset Agreements (...) The Fiduciary shall be under no obligation to the Noteholders other than of faithful performance of its undertakings, duties, rights, powers and discretions under the Fiduciary Contract as set forth above (...).* »

Conformément aux Final Terms, les Contrats de Swap font partie des « *Fiduciary Asset Agreements* ».

Les règles du mandat du Code civil ne trouvent donc pas à s'appliquer par rapport à ces contrats mais ce sont les « *Conditions* » des Termes et Conditions qui s'appliquent, ces conditions limitant l'exécution de ses obligations et pouvoirs par SOCIETE2.) (*Fiduciary*) par rapport aux Contrats de Swap et plus particulièrement à la Confirmation à l'accord discrétionnaire de SOCIETE8.) (*Swap Counterparty*).

Ensuite, SOCIETE1.) indique avoir droit à l'intégralité du « *Early Redemption Amount* » qui lui serait dû, ce qui constituerait une obligation de résultat dans le chef de SOCIETE2.).

A cet égard, le tribunal note les Terms and Conditions prévoient ce qui suit :

« *Each Note evidences the existence of a fiduciary contract governed by the Law between the Fiduciary and the Noteholders (the "Fiduciary Contrat") under which the Fiduciary is obliged to acquire the Fiduciary Assets (and, if applicable, may arrange of the replacement and/or substitution thereof) and/or enter into the Fiduciary Asset Agreements and has conditional pro rata payment obligations to each Noteholder equal to the payments of principal, interest or any other sums received by the Fiduciary under the Fiduciary Assets and/or the Fiduciary Asset Agreements and/or conditional delivery obligations to each Noteholder as described in these Terms and Conditions* ».

S'il en découle que SOCIETE2.) se doit de continuer les montants perçus sous les « *Fiduciary Asset Agreements* » aux « *Noteholders* » et qu'il s'agit effectivement d'une obligation de résultat, encore faut-il pour engager la responsabilité de SOCIETE2.) établir que SOCIETE2.) n'a pas continué le montant perçu aux « *Noteholders* » pour qu'ensuite cette inexécution soit déclarée fautive.

En l'occurrence, ce que la partie demanderesse reproche à SOCIETE2.) c'est qu'elle devrait vérifier et justifier de l'exactitude du montant continué et non qu'elle n'aurait pas continué l'entièreté du montant reçu.

Or, de l'obligation de continuer les montants reçus sous les Contrats de Swap aux « *Noteholders* » ne saurait se déduire une obligation de vérifier le calcul des montants reçus.

Il appartient à SOCIETE1.) d'indiquer sur base de quelle disposition contractuelle SOCIETE2.) était tenue de vérifier et de justifier des calculs effectués par SOCIETE8.).

SOCIETE1.) déduit une telle obligation de l'obligation de SOCIETE2.) d'agir dans l'intérêt des « *Noteholders* ».

S'il découle des développements qui précèdent relativement aux règles du Code civil gouvernant le contrat de mandat, que SOCIETE2.) devait agir dans l'intérêt des « *Noteholders* », il en découle également que cette obligation est limitée concernant les Contrats de Swap.

A cet égard, le tribunal constate que la Confirmation, en son point 6 (*Calculation Agent*), prévoit ce qui suit :

« Party A shall be the Calculation Agent for the purposes of the Transaction. Any determination by Party A shall be made by Party A acting in its sole and absolute discretion and shall be conclusive and binding on Party B, the Noteholders, the Principal Paying Agent and all other persons, save in case of manifest error, and no liability shall attach to Party A in respect thereof ».

Au point 7 (C), il est répété que : *« The Calculation Agent is not acting as a fiduciary for or as an advisor to either party in respect of its duties as a Calculation Agent in respect of this Transaction and any determination by the Calculation Agent in the course of such duties shall be conclusive and binding on each party (in the absence of manifest error) and no liability shall attach to the Calculation Agent in respect thereof. »*

Il y a lieu de préciser que les termes « *Party A* » visent SOCIETE8.) et le terme « *Party B* » vise SOCIETE2.).

Le Term Sheet prévoit également, en page 7, dans la définition de « *Calculation Agent* » que *« All decisions required to be made by the Calculation Agent will be made in its sole and absolute discretion ».*

Dans le Prospectus de base, l'attention des « *Noteholders* » est d'ailleurs attirée sur ce risque puisqu'en page 26, il y est indiqué ce qui suit :

« Calculation Agent Determinations

The terms of the Notes confer on the Calculation Agent certain discretions in making determinations and calculations in relation to, inter alia, Fiduciary Assets and the occurrence of various events. There can be no assurance that the exercise of any such discretion will not affect the value of the Notes or the occurrence of an early redemption or the amount payable or deliverable in connection therewith.

No obligations owing by the Calculation agent

The Calculation Agent shall have no obligations to the Noteholders, and shall only have obligations expressed to be bonding on it pursuant to the Agency Agreement, unless otherwise specified in the Conditions. All designations and calculations made by the Calculating Agent in respect of any Notes shall be conclusive and binding on the Noteholders. »

Tel que correctement relevé par SOCIETE2.), le calcul effectué par SOCIETE8.) en sa qualité de « Calculation Agent » dans l'éventualité d'un « Acceleration Event » s'impose aux « Noteholders » et sauf, erreur manifeste, SOCIETE2.) n'avait pas à remettre en cause ce calcul.

En l'occurrence, il n'est pas contesté que l' « Additional Termination Event », prévu par l'article 2 (a) *Special Provisions* de la Confirmation, sur base duquel a été lancée la Notice of Early Termination constitue un tel « Acceleration Event ».

Les Final Terms prévoient encore que « *Following the occurrence of an Acceleration Event, the Fiduciary shall notify the Noteholders in accordance with Condition 15 of the Terms and Conditions of the Notes (which notice shall be irrevocable) that the Notes are to be redeemed in full whereby the Fiduciary shall redeem all, not some only, of the Notes on the Early Redemption Date at the relevant Early Redemption Amount (each as defined in Schedule 3 of the Final Terms), subject to Condition 6(i) Physical Delivery* ».

Le « Schedule 3 » des Final Terms définit le « *Early Redemption Amount* » comme étant « *in respect of each Note, an amount per Note in USD rounded to the nearest 0.01 USD (with 0.005 being rounded upwards) and calculated by the Calculation Agent as being equal to : (x) the sum of : (i) the market value of the Bond Collateral, as determined by the Calculation Agent; plus (ii) the balance standing of the credit of the Cash Account; minus (iii) the Early Redemption Unwind Costs; divided by (y) the number of Notes Outstanding.* ».

Aussi, du montant à percevoir par les « Noteholders » sont déduits les « *Early Redemption Unwind Costs* ». Ce terme est défini au préambule Schedule 3 comme étant, notamment en cas d'un « Acceleration Event », « *an amount in USD calculated by the Calculation Agent as being equal to the sum of: (x) the amount (if any) payable either: (i) by the issuer to the Swap counterparty (expressed as a positive number); or by the Swap Counterparty to the Issuer (expressed as a negative number), on termination of the Credit Default Swap Agreement and the Asset Swap Agreement as a result of that (...) Acceleration Event (...)* »; and (y) any legal and other ancillary costs (expressed as a positive number) incurred by the Issuer acting as Fiduciary for the Noteholder or

by the Swap Counterparty (if agreed in writing with the Noteholder) as a result of the occurrence of that (...) Acceleration Event, as applicable ».

Si ces dispositions sont également reprises dans le Term Sheet, le tribunal a opté pour référencer les Final Terms, ceux-ci prévalant en cas de divergence, sur le Term Sheet d'après le premier paragraphe de la page 2 dudit Term Sheet.

Par ailleurs, le tribunal constate que les Terms and Conditions, en page 62, et les Final Terms, en page 13, prévoient ce qui suit : « *In the event of any early termination of the Swap Agreement, either party to the Swap Agreement may be liable to pay a termination amount (a "**Termination Amount**") to the other party in an amount determined in accordance with the provisions of the Swap Agreement ».*

Le « *Termination Amount* », tel qu'ainsi défini, vise le point (x) des « *Early Redemption Unwind Costs* », tel que définis dans les Final Terms, de sorte que ce montant est à déterminer en accord avec les termes des Contrats de Swap.

Il résulte des développements qui précèdent que les termes des Contrats de Swap sont opposables à la partie demanderesse. De surcroît, SOCIETE1.) qui a accepté, pour le compte du SOCIETE4.), les Terms and Conditions et les Final Terms, a donc également accepté que le « *Termination Amount* » soit déterminé en accord avec les termes des Contrats de Swap.

Il appartient à SOCIETE1.), si elle entend engager la responsabilité de SOCIETE2.), d'établir l'existence d'une erreur manifeste dans le calcul du « *Termination Amount* ».

Une éventuelle erreur de calcul est à déterminer par rapport aux termes des Contrats de Swap.

Tel que correctement relevé par SOCIETE2.), les Contrats de Swap sont soumis au droit anglais, de sorte que l'analyse de leur correcte exécution relève du droit anglais.

SOCIETE1.) ayant la charge de la preuve d'une erreur manifeste de calcul, il lui appartient d'établir que le montant retenu au titre du point (x) des « *Early Redemption Unwind Costs* », tel que ce terme est défini dans les Final Terms, n'a pas été calculé correctement au vu des dispositions des Contrats de Swap au regard du droit anglais. Il lui appartient également d'établir la teneur du droit étranger à cet égard.

Or, SOCIETE1.) ne verse aucune pièce de nature à rapporter une telle preuve.

SOCIETE2.) de son côté verse l'avis juridique de SOCIETE10.). Tel que relevé ci-dessus et contrairement à ce qu'allègue SOCIETE1.), le calcul du point (x) des « *Early Redemption Unwind Costs* », voire du « *Termination Amount* » ne relève pas des termes des Documents mais des termes des Contrats de Swap, de sorte que l'avis juridique de SOCIETE10.) n'est pas à écarter.

Dans la Notice of Early Termination, SOCIETE8.) indique que le « *Termination Amount* » lui dû se compose du « *Early Termination Amount* » chiffré à 1.500.000.- dollars américains et d'un montant de 40.573,52 dollars américains. Ce

dernier montant étant retenu au titre de la clause 2 (a) (*Special Provisions*) de la Confirmation.

- Calcul du « *Early Termination amount* »

La clause 6 (e) (*Early Termination*) du ISDA Master Agreement et la clause 2(e) de la Confirmation prévoient la méthode de calcul des montants dus en cas de *Early Termination*.

Il résulte de la Notice of Early Termination que SOCIETE8.) a retenu un montant de 1.500.000.- dollars américains de ce chef sur base des prédites clauses contractuelles.

Il ressort du point 7.23 de l'avis juridique de SOCIETE10.), qu'après analyse de l'application faite par SOCIETE8.) de la clause 6 (e), que ledit montant a été correctement déterminé par SOCIETE8.) et que ce montant aurait, selon cet avis, même pu être supérieur.

Aussi, non seulement SOCIETE1.) n'a pas établi d'erreur manifeste de calcul du montant du « *Early Termination Amount* » mais l'existence d'une telle erreur est contredite par l'avis juridique de SOCIETE10.).

- Déduction des frais légaux et accessoires

Les parties sont encore en désaccord quant à la déduction d'un montant de 40.573,52 dollars américains à titre de frais légaux et accessoires, SOCIETE1.) alléguant que ceux-ci auraient été déduits au titre du point (y) des « *Early Redemption Unwind Costs* », sans l'accord préalable des « *Noteholders* », pourtant requis, et SOCIETE2.) alléguant que ceux-ci seraient inclus au point (x) des « *Early Redemption Unwind Costs* » et n'auraient pas requis d'accord préalable.

Le tribunal note que le quantum des frais légaux et accessoires en tant que tel n'est pas contesté mais le principe de la déduction desdits frais légaux et accessoires du montant revenant aux « *Noteholders* ».

Dans la Notice of Early Termination, SOCIETE8.) indique que le « *Termination Amount* » se compose également dudit montant de 40.573,52 dollars américains, conformément à la clause 2 (a) (*Special Provisions*) de la Confirmation.

Il résulte de l'article 2 (a) (*Special Provisions*) de la Confirmation ce qui suit : « *If the Notes are redeemed prior to the Maturity Date it shall constitute an Additional Termination Event in respect of the Transaction (where Party B is the sole Affected Party). For the purposes of Section 6 (e) of the Agreement any termination payment shall include all legal and other ancillary cost incurred by Party A as a result of such redemption* ».

En l'occurrence, le Remboursement anticipé a été déclenché par un « *Additional Termination Event* », tel que celui-ci résulte de la clause 2 (a) précitée.

Il ressort de l'avis juridique de SOCIETE10.) que SOCIETE8.) (Party B), était en droit d'inclure dans le « *Termination Amount* » dû à SOCIETE8.) sous les Contrats de Swap, le montant de 40.573,52 dollars américains sur base de la clause 2 (a) précitée.

SOCIETE1.) ne verse aucune pièce de nature à établir qu'en retenant ce montant SOCIETE8.) aurait fait une application erronée, sous le droit anglais, des termes des Contrats de Swap.

Etant donné que le montant de 40.573,52 dollars américains fait partie du « *Termination Amount* » et a été retiré sur base du point (x) et non du point (y) des « *Early Redemption Unwind Costs* », détaillés ci-dessus, les développements d'SOCIETE1.) relatifs à la nécessité d'une autorisation préalable des « *Noteholders* » à la soustraction de ce montant du « *Early Redemption Amount* » ne sont pas fondés.

Les termes contractuels repris ou référencés ci-dessus étant clairs, il n'y a pas lieu à interprétation. Aussi, indépendamment de leur recevabilité, tant les enregistrements des négociations que les attestations testimoniales, tendant à éclairer le tribunal dans l'interprétation des termes contractuels et à appuyer un volet de la demande déclaré irrecevable car nouveau par sa cause, ne sont pas pertinents pour l'issue du litige. De surcroît, il ne saurait être admis de remettre en cause les termes clairs d'un contrat que ce soit par la preuve testimoniale ou par la présentation de retranscriptions de conversations tenues durant la phase précontractuelle, dont il n'est de surcroît pas établi qu'elles reprennent de manière complète les négociations sur les points litigieux.

Par ailleurs, SOCIETE1.) se prévaut de l'existence d'un conflit d'intérêts entre SOCIETE8.) et SOCIETE2.).

Au-delà du fait que le lien entre ces deux sociétés était connu de toutes les parties *ab initio*, SOCIETE1.) n'en tire aucune conséquence juridique par rapport à sa demande en indemnisation qui repose sur l'existence d'une erreur de calcul de SOCIETE8.). Le grief ne requiert donc pas davantage de développements.

Enfin, si SOCIETE1.) prétend encore que SOCIETE2.) aurait commis une faute en lui indiquant de s'adresser directement à SOCIETE8.), elle reste en défaut d'établir ou même d'indiquer en quoi une telle faute serait en lien avec le préjudice allégué.

Au vu des développements qui précèdent, la demande en indemnisation de SOCIETE1.) au titre du préjudice pécuniaire souffert par le SOCIETE4.), telle que posée dans l'assignation, n'est pas fondée.

Quant aux mesures accessoires

Au vu de l'issue du litige, la demande de la partie demanderesse en obtention d'une indemnité de procédure est à déclarer non fondée.

La demande de SOCIETE2.) en allocation d'une indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile est à déclarer partiellement fondée, alors qu'il paraît inéquitable de laisser à charge de la partie défenderesse l'entièreté des frais exposés non compris dans les dépens.

Le tribunal évalue ex aequo et bono les frais exposés non compris dans les dépens au montant de 4.000.- euros.

Le jugement commercial est exécutoire par provision de plein droit sans que l'exécution provisoire doive être prononcée. Si le tribunal ne dispense cependant pas d'une caution ou de la preuve d'une solvabilité suffisante, le jugement n'est exécutoire que si une caution est fournie.

Au vu de l'issue du litige, la partie demanderesse est à condamner aux frais et dépens de l'instance.

Par ces motifs :

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

dit le moyen tiré du libellé obscur, soulevé par la société anonyme SOCIETE1.) SA, irrecevable ;

dit la demande nouvelle par sa cause de la société anonyme SOCIETE1.) SA, agissant en son nom et pour le compte du fonds commun de placement SOCIETE3.), irrecevable ;

dit la demande de la société anonyme SOCIETE1.) SA, agissant en son nom et pour le compte du fonds commun de placement SOCIETE3.), en ce qu'elle tend à voir condamner la société anonyme SOCIETE2.) SA au paiement de dommages et intérêts à titre du préjudice moral souffert par la société anonyme SOCIETE1.) SA personnellement irrecevable ;

dit la demande de la société anonyme SOCIETE1.) SA, agissant en son nom et pour le compte du fonds commun de placement SOCIETE3.), telle que posée dans l'acte introductif d'instance, pour le surplus, recevable mais non fondée et en déboute ;

dit la demande de la société anonyme SOCIETE1.) SA, agissant en son nom et pour le compte du fonds commun de placement SOCIETE3.) en obtention d'une indemnité de procédure recevable mais non fondée et en déboute ;

dit la demande de la société anonyme SOCIETE2.) SA en obtention d'une indemnité de procédure recevable et partiellement fondée ;

condamne la société la société anonyme SOCIETE1.) SA, agissant en son nom et pour le compte du fonds commun de placement SOCIETE3.), à payer à la société anonyme SOCIETE2.) SA un montant de 4.000.- euros de ce chef ;

condamne la société anonyme SOCIETE1.) SA, agissant en son nom et pour le compte du fonds commun de placement SOCIETE3.), aux frais et dépens de l'instance.