Arrêt commercial

Audience publique du dix février deux mille dix.

Numéro 31600 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Carlo HEYARD, premier conseiller;
Annette GANTREL, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

***la société à responsabilité limitée AAA**, établie et ayant son siège social aux British Virgin Islands, UUU, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, sinon, à titre subsidiaire, par ses « directors » en fonctions, sinon, à titre encore plus subsidiaire, par son « registered agent » actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce sous le numéro 357820,*

***appelante** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Camille FABER de Luxembourg du 3 juillet 2006,*

comparant par Maître Nicolas THIELTGEN, avocat à Luxembourg ;

e t

***1) la société anonyme BBB en liquidation,** établie et ayant son siège social à VVV, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son liquidateur la société anonyme EEE, établie et ayant son siège social à WWW,*

***intimée** aux fins du prédit exploit FABER,*

comparant par Maître François KREMER, avocat à Luxembourg ;

***2) la société de droit des Îles Vierges Britanniques CCC**, établie et ayant son siège social aux British Virgin Islands, UUU, représentée*

par son conseil d'administration actuellement en fonctions, sinon, à titre subsidiaire, par ses « directors » en fonctions, sinon, à titre encore plus subsidiaire, par son « registered agent » actuellement en fonctions, élisant domicile en l'étude de Maître Lionel SPET, avocat I, demeurant à Luxembourg,

***intimée** aux fins du prédit exploit FABER,*

comparant par Maître Lionel SPET, avocat à Luxembourg ;

***3) la société de droit suisse DDD,** établie et ayant son siège social à CH-XXX, représentée par son conseil d'administration actuellement en focntions,*

***intimée** aux fins du prédit exploit FABER,*

comparant par Maître Josette ELVINGER, avocat à Luxembourg ;

***4) EEE,** executive director de la société CCC, demeurant à F-YYY, élisant domicile en l'étude de Maître Lionel SPET, avocat I, demeurant à Luxembourg,*

***intimé** aux fins du prédit exploit FABER,*

comparant par Maître Lionel SPET, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

EXPOSÉ

Par exploit de l'huissier de justice Pierre Kremmer du 12 février 2003, la société à responsabilité limitée AAA a fait donner assignation à la société anonyme BBB à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière civile, pour l'y entendre condamner au paiement du montant de 5.975.000 USD en réparation du préjudice tant matériel que moral lui accru suite à l'effondrement du fonds d'investissement intitulé « FFF ».

Par exploit de l'huissier de justice Pierre Kremmer du 28 juillet 2004, BBB a fait donner assignation à :

1) la société de droit des Îles Vierges Britanniques CCC
2) la société de droit suisse DDD,
3) EEE, en sa qualité d'*Executive Director* de la société CCC,
4) GGG, en sa qualité de *President & CEO* de la société CCC,

à comparaître devant le même tribunal pour les y entendre condamner à intervenir dans le litige se mouvant entre la société AAA et BBB et à tenir cette dernière quitte et indemne de toute condamnation prononcée à son égard dans le cadre du litige principal.

En première instance, BBB a conclu reconventionnellement à la condamnation de la société AAA au paiement d'une indemnité de 250.000 € pour procédure vexatoire et abusive.

Par jugement du 17 mars 2006, le tribunal a ordonné la jonction des deux rôles, a reçu les demandes principale et reconventionnelle ainsi que la demande en intervention, a déclaré la demande principale non fondée, a dit la demande en intervention sans objet, a dit non fondée la demande reconventionnelle et a condamné la société AAA à tous les frais et dépens de l'instance.

Par exploit de l'huissier de justice Camille Faber du 3 juillet 2006, la société AAA a régulièrement relevé appel du jugement du 17 mars 2006 qui lui a été signifié en date du 26 mai 2006.

Les différents intervenants

La société AAA, qui est un organisme de placement collectif à compartiments multiples, a signé le 30 décembre 1999 avec BBB un « *Service Agreement* » aux termes duquel la banque s'est vue confier les missions d'agir comme *custodian, administrative agent, paying agent* et *transfer agent* dans le cadre du fonds « FFF ».

La mission de BBB est plus particulièrement définie au point 2.B) du chapitre I du « *Service Agreement* », intitulé « *Custodian's Agreement* », ainsi au point 2.g) du chapitre II du « *Service Agreement* », intitulé « *Administrative Agent's Agreement* », disant que la banque *calculate the Net Asset Value of shares on a monthly basis, and notify the same to persons duly authorised by the Company to receive such information.*

Le 30 décembre 1999 a été conclu entre la société AAA et la société CCC un « *Investment Management Agreement* » dont l'objet est défini comme suit :

« (… …) *The Investment Manager* (lire : la société CCC) *shall regularly assist the Company by giving advice and recommendations regarding the selection of securities and other permitted assets to be acquired by the Company in line with the investment policy adopted by the same and notified to the Investment Manager.*

The Investment Manager shall on a day-to-day basis and subject to the overall control of the Board of Directors of the Company purchase and sell securities, otherwise manage the Company's portfolios ».

Le 5 janvier 2000 a été conclu un «*Trading Adviser Agreement* » entre, d'un côté, la société AAA, et d'un autre côté, la société CCC et la société DDD.

Le *Private Offering Memorandum* prévoit dans son chapitre 5, intitulé « *Management and Administration* » que « *DDD is the Trading Adviser to the FFF portfolio* » qui a pour mission « *to recommend to the Company on the trading assets allocation, monitor the trading activities, act on behalf of the company, all in accordance with provisions of BVI law and regulation and with the investment objectives and investment restrictions set out in the current Private Offering Memorandum* ».

Moyens et prétentions des parties

Au soutien de son appel, la société AAA fait plus particulièrement exposer :

- qu'il aurait appartenu à BBB *de vérifier de manière quotidienne que la politique d'investissement du fonds FFF, y compris les restrictions d'investissement, telles que définies dans le « Private Offering Memorandum » de AAA, serait respectée par les investissements réalisés par DDD ;*

- qu'en cas de non-respect des restrictions d'investissement, il aurait incombé à BBB d'en avertir immédiatement la société DDD afin que celle-ci régularise la situation;

- qu'une première violation des restrictions d'investissement aurait eu lieu le 10 avril 2000 ;

- que d'autres violations se seraient manifestées les 11, 12, 13 et 14 avril 2000 entraînant l'effondrement total de la valeur du fonds FFF.

La société AAA reproche aux juges de première instance d'avoir dit qu'elle n'a établi aucune faute, que ce soit de nature contractuelle ou délictuelle, à charge de BBB et d'avoir retenu, à supposer que la preuve d'une telle faute soit rapportée, qu'elle n'a pas prouvé le lien de cause à effet entre cette faute et le dommage dont réparation est réclamée.

La société AAA soutient qu'un rôle primordial avait été accordé à BBB en rapport avec la gestion journalière du fonds « FFF ».

Elle explique :

- que si BBB avait rempli ses obligations de surveillance, de vérification et d'avertissement, elle aurait dès le 10 avril 2000 au soir averti sans délai la société DDD du non-respect des restrictions d'investissement réglementées dans le *Private Offering Memorandum* pour permettre à la société DDD de *régulariser la situation en revendant immédiatement les actifs dans lesquels elle avait investi pour FFF en violation des restrictions d'investissement* ;

- que *si la banque n'avait pas failli à ses obligations qui lui incombaient, les actifs de FFF n'auraient pas été constitués desdits actifs, actifs très volatils dont la valeur a chuté le 14 avril 2000, soit quelques jours après leur entrée dans le patrimoine de FFF* ;

- que la société DDD – vu l'absence de réaction de la part de BBB – a pu croire que les investissements qu'elle a réalisés au nom et pour compte du fonds « FFF » n'enfreignaient pas les restrictions d'investissement ;

- que si la société DDD avait été avertie par la société BBB, les positions effectuées en violation des restrictions d'investissement auraient pu être *immédiatement liquidées et de nouveaux investissements dans les mêmes positions n'auraient pas été réalisés.*

La société AAA se prévaut – outre du document « *Service Agreement* » et des témoignages de HHH et de III – d'un fax adressé le 5 janvier 2000 à GGG par III, en sa qualité de *Head of Corporate Banking Operations* de BBB, contenant en annexe un schéma intitulé « *Work flow for the compartiment FFF* », ainsi que d'un message téléfax adressé par la société DDD à BBB le 16 mars 2000 qui attesterait de la mise en place des moyens techniques nécessaires afin de permettre à BBB de suivre quotidiennement les investissements réalisés par DDD au nom et pour compte du fonds « FFF ».

La société AAA conclut, par réformation du jugement entrepris, principalement aux mêmes fins que l'acte introductif d'instance.

Dans un ordre d'idées subsidiaires, elle offre de prouver par voie testimoniale les faits plus amplement détaillés dans ses conclusions notifiées le 2 janvier 2009 aux pages 10, 11 et 12.

Elle demande à la Cour – au cas où la Cour devrait considérer que les pièces d'ores et déjà versées en cause n'établissent pas à suffisance que BBB avait une obligation de surveillance, de vérification quotidienne et d'avertissement en ce qui concerne le respect des restrictions mentionnées dans le *Private Offering Memorandum* pour les investissements réalisés dans le cadre du fonds « FFF » – d'ordonner à BBB de produire *les échanges de correspondance et compte-rendus de réunions et de « conference calls » entre la BBB, les administrateurs de AAA, CCC, GGG, EEE et DDD entre le 1er décembre 1999 et le 10 avril*

2000 au sujet de la mise en place, du lancement et du fonctionnement de AAA, conformément à l'article 288 du Nouveau Code de procédure civile.

La société AAA conclut en outre à la nomination d'un homme de l'art avec la mission de :

1) déterminer quelles dispositions des « investment restrictions » mentionnées dans le Private Offering Memorandum du fonds « AAA » ont été violées par les investissements réalisés dans le cadre du sous-compartiment de « AAA » intitulé FFF durant la période courant du 5 au 14 avril 2000 ;

2) décrire lesdits investissements réalisés en violation des « investment restrictions » dans le cadre du sous-compartiment de « AAA » intitulé FFF durant la période du 5 au 14 avril 2000, notamment en les chiffrant et en indiquant leur nature et déterminer pour quels montants ces investissements ont été réalisés au-delà des « investment restrictions » pertinentes.

La société AAA ne voit pas d'objection à l'institution d'une expertise aux fins de chiffrer l'exact dommage par elle subi.

Enfin, l'appelante sollicite une indemnité de procédure de 12.500 € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Elle estime qu'en tout état de cause les frais relatifs à la demande en intervention ne sont pas à mettre à sa charge, étant donné qu'elle n'a pas été à l'origine de cette demande.

BBB dénie au document « *Work flow* » toute valeur contractuelle.

La banque soutient que, même à supposer que le « *Work flow* » constitue un document contractuel entre parties, les obligations y contenues à sa charge se seraient limitées à contrôler que *les transactions effectuées au nom du fonds correspondent à la politique d'investissement décrite dans le Private Offering Memorandum* ; qu'elles n'auraient pas englobé un contrôle des restrictions d'investissement, les notions de *politique d'investissement* et de *restrictions d'investissement* devant être considérées comme constituant des concepts totalement différents.

BBB ajoute – à supposer qu'il ait été dans son devoir de vérifier de manière journalière les transactions effectuées par la société DDD au nom du fonds « FFF » – qu'elle *serait exonérée de sa responsabilité par l'existence d'une cause étrangère*, en l'occurrence le fait ou la faute du broker LFG qui lui aurait envoyé tardivement les extraits relatifs aux opérations effectuées, *et par la faute de la victime.*

BBB conteste le préjudice tant dans son principe que dans son quantum.

Elle conclut – au cas où la Cour devrait admettre sa responsabilité en rapport avec les pertes subies par la société AAA – à la nomination d'un homme de l'art avec la mission de *constater le montant du dommage subi par AAA*, les frais de cette mesure d'instruction devant être avancés par la société appelante.

Elle sollicite encore l'octroi d'une indemnité de procédure de 10.000 € en sus de celle qui lui a été accordée par les juges de première instance.

La société CCC, EEE, et la société DDD se rapportent à prudence de justice.

DISCUSSION

Il ne saurait être contesté que les premiers investissements ont eu lieu le 5 avril 2000 ; que les premières violations aux « *Investment restrictions* » ont été constatées dès le 10 avril 2000 au soir, violations allant en s'amplifiant les jours suivants ; que la valeur des actifs du fonds « FFF » est passée de 925.982,44 USD à 100.889,23 USD.

Concrètement, se pose la question de savoir si BBB avait à sa charge la vérification journalière des transactions réalisées par la société DDD et de leur conformité au « *Investment Restrictions* », plus amplement détaillées dans le *Private Offering Memorandum.*

Aucune indication quant à l'existence d'un *contrôle journalier* par BBB ne se trouve inscrite dans le document « *Service agreement* », conclu le 30 décembre 1999 entre BBB et AAA.

Indépendamment de la question de savoir si le document « *Work flow for the compartiment FFF* » fait effectivement partie du champ contractuel des parties – ce document constitue en effet *the first step of the operating memorandum* – il y a lieu de constater que le *work flow* ne précise d'aucune manière que la vérification par BBB des opérations réalisées par la société DDD dans le cadre du fonds « FFF » se fasse de manière journalière.

Le document « *Work flow* » explique dans son alinéa 4 – entre autres – :

- que *the counterparts (Brokers) confirm by fax or swift, on a daily basis, all the transactions to BBB (Back Office Department)*;

- que *BBB (Back Office Department) checks the transactions from DDD Trust with the confirmations received from the counterparts (Brokers)*;
- que *if it appears that a deal is not in conformity with the investment policy, BBB will inform immediately DDD in order to regularise the situation*;
- que *if a mismatching appears between the brokers' confirmations and the transactions received from DDD, BBB will inform immediately DDD in order to regularise the situation.*

A relever que la Cour ne saurait suivre le raisonnement de BBB, consistant à distinguer entre les notions de *politique d'investissement* et de *restrictions d'investissement*.

Le *Private Offering Memorandum* contient dans sa rubrique « *ORGANISATION* » huit chapitres dont le premier est intitulé « *INVESTMENT OBJECTIVES & POLICY* » contenant – entre autres – des indications quant aux « *Investment Objective* », « *Investment Policy* », « *Investment Decisions* », « *Investment Restrictions* » et « *Risk Factors* ».

Si les parties sont d'accord pour dire que BBB devait vérifier la politique d'investissement en rapport avec le fonds « FFF », cette vérification devait nécessairement inclure les restrictions d'investissement, les notions « *Investment policy* » et « *Investment restrictions* » formant un tout, l'une ne pouvant être considérée sans l'autre.

Si l'on peut déduire du déroulement des opérations tel que décrit à la page 2 (*Explanation*) du document « *work flow* » que les parties envisageaient que BBB *informe immédiatement* la société DDD de la non-conformité des prestations réalisées par cette dernière aux « *Investment restrictions* », il n'en demeure pas moins qu'il n'est pas précisé que cette information devait se faire *daily*, à l'instar de l'information fournie par *the brokers* à BBB.

A cela s'ajoute qu'il n'est pas établi que BBB ait effectivement disposé du dispositif nécessaire la mettant en mesure de procéder à un contrôle journalier des nombreuses transactions réalisées par la société DDD au nom et pour compte du fonds « FFF ».

En effet, dans sa télécopie du 16 mars 2000 adressée à III de BBB, la société DDD explique que :

« (… …) *As a result of your fax to DDD regarding the operational suggestions from your side for the collaboration between DDD, LFG, LLG* (lire: the brokers) *and BBB, we have discussed the potential arrangement between us several times and also agreed with my outline between us. But I would like to clarify once again with the conclusive reasons and modus operandi as under:* (… …) *DDD confirmations were*

only possible if the trading took place from 9:00 AM to 18:00 PM as is the case with banks who trade during these hours and normally concentrate on compliance rather than profitability (… …). *I may have to use electronic trading if markets require it.* (… …). *Also it will take 2-3 hours every day to check and control the previous day trades by me personally, as the trader during which time I may have to institute new trades or liquidate the previous ones. As such there is no way in the world that all the trades can be confirmed to BBB by fax or otherwise.* (… …). *However, DDD being a responsible Co. and understands your need for daily controls, I have instituted a better and reliable arrangement with LFG, LLC which sorts out BBB controls in a better way than DDD confirming every trade, under* (… …) ».

Suit alors une description détaillée des moyens techniques à mettre en place afin de garantir une vérification journalière par BBB des transactions réalisées par la société DDD dans le cadre du fonds « FFF ».

Il ne ressort d'aucun élément du dossier que la télécopie du 16 mars 2000 ait été honorée d'une réponse écrite de la part de BBB.

AAA, afin de prouver la réalité de l'engagement pris par BBB de procéder à une *vérification journalière*, verse aux débats différentes attestations testimoniales.

Le témoin HHH a, dans son attestation du 11 avril 2005 complétée par celle du 24 octobre 2005, déclaré qu'il *avait été défini que la banque vérifierait journalièrement les positions prises par DDD, le Trading Advisor* et qu'un *reporting journalier avait été spécialement mis en place* en rapport avec le contrôle des restrictions d'investissement. Le témoin a ajouté qu'il *pense qu'un Operating Memorandum définitif a dû être mis en place et signé par les différentes parties avant le lancement effectif du fonds.*

Le témoin III a insisté, dans son attestation du 13 juin 2006, sur la *spécificité des investissements utilisés dans cette structure basée sur des contrats futurs (donc à forte volatilité).* Le témoin a déclaré que *le client et la banque (en tant que banque dépositaire) avaient souhaité la mise en place de contrôles journaliers afin de pouvoir surveiller les transactions effectuées par DDD* et que *suite à ces demandes du client et de la banque, il avait été convenu entre les différentes parties que la banque BBB vérifierait sur une base quotidienne si les restrictions d'investissement telles que prévues dans « l'offering memorandum » étaient respectées par DDD* .

Le témoin III a fait remarquer que *compte tenu du temps qui sépare les événements mentionnés ci-dessus de son attestation*, il n'a *plus de souvenir si cet accord de vérification a été mis par écrit dans l'operating Memorandum.*

Si les deux témoins – qui ont quitté la banque en mai 2000, sans préjudice quant à la date exacte – attestent, certes, de ce que les parties envisageaient de faire et de leurs discussions à propos de la mise en place d'un système sophistiqué pour permettre à BBB de vérifier de manière journalière la conformité aux « *investment restrictions* » des transactions – par définition volatiles – réalisées par DDD, toujours est-il que leurs témoignages, qui pèchent par manque de précision, n'emportent pas la conviction de la Cour que la mise en place d'un tel dispositif ait effectivement eu lieu et qu'il ait effectivement fonctionné.

Ceci est d'autant plus vrai que AAA a elle-même admis dans ses conclusions notifiées le 10 décembre 2007 qu'*il n'est pas entièrement établi, au regard du seul document « Work flow » que la totalité des opérations des différentes parties intervenantes en cause telles que décrites dans ce « work flow » aient été finalement convenues telles quelles entre parties* et que – comme il a été exposé ci-avant – les attestations de HHH et de III, vu l'écoulement du temps entre les faits et leur établissement, ne se prononcent pas davantage sur la réelle étendue de l'obligation de vérification à charge de BBB.

AAA offre encore de prouver par l'audition des témoins III et HHH les faits suivants :

« 1) A l'automne 1999, Messieurs GGG et EEE, deux professionnels de la place financière suisse de très bonne réputation, décidèrent de lancer un fonds d'investissement.

Il était prévu que la gestion des avoirs dudit fonds soit confiée à une société de gestion de fortune florissante à l'époque, la société DDD (ci-après dénommée «DDD »).

Monsieur GGG, qui avait déjà été en contact auparavant avec la société anonyme BBB dans le cadre de son activité professionnelle, s'adressa à cette dernière pour la conception et la mise en place de la structure financière, administrative et juridique nécessaire au lancement et au fonctionnement du fonds.

La BBB conseilla la création d'un fonds d'investissement off-shore.

Par la suite, elle fut l'architecte et le maitre d'œuvre de la structure contractuelle et financière aboutissant au lancement de ce fonds d'investissement intitulé «AAA » (ci-après dénommé « AAA »).

2) a) Ainsi, le service spécialisé de la BBB dans les fonds « off-shore », dirigé à l'époque par Monsieur HHH, se chargea de la conception et la mise en place de la structure nécessaire au lancement et au fonctionnement du AAA.

Par conséquent, ce service se chargea notamment de :

- *la constitution de AAA ainsi que de la constitution des structures sociétaires devant aider au fonctionnement de AAA, dont notamment la societé CCC.*

- *la rédaction des divers documents réglant la commercialisation du fonds (dont notamment son prospectus, à savoir le « Private Offering Memorandum »),*

- *la rédaction des divers documents réglant les relations contractuelles entre AAA et la BBB (dont notamment le « Service Agreement »),*

- *la rédaction des divers documents réglant les relations contractuelles entre AAA et les différents prestataires de services de AAA (l'« Investment Management Agreement » entre AAA et CCC, le « Trading Adviser Agreement », …).*

b) Par la suite, la BBB se chargea également de la mise en place de l'organisation pratique du fonctionnement de AAA.

Dans le cadre du fonctionnement de AAA et, plus particulièrement dans le cadre du fonctionnement du compartiment de AAA intitulé « FFF » (ci-après dénommé FFF »), un rôle central et primordial fut accordé a la BBB quant à la gestion quotidienne du fonds (elle fut ainsi nommée banque dépositaire, agent administratif, agent payeur et *agent de transfert par la voie du prédit « Service Agreement » et concentrait entre ses mains toute l'organisation administrative, comptable et juridique de FFF) et quant à la surveillance des diverses opérations réalisées.*

Compte tenu de la spécificité des investissements utilisés dans cette structure exclusivement basée sur des contrats « future » (donc à forte volatilité), le client et la BBB souhaitaient la mise en place de contrôles journaliers afin de pouvoir surveiller les transactions effectuées par DDD.

Suite à ces demandes du client et de la BBB, il fût convenu entre les différentes parties que :

- *la BBB vérifierait sur une base quotidienne si les restrictions d'investissement reprises sous le titre « investment restrictions » du Private Offering Memorandum de AAA étaient respectés par les investissements effectués par DDD pour AAA ;*

- *la BBB avertirait immédiatement DDD et AAA de toute violation desdites restrictions d'investissement afin que la situation soit régularisée immédiatement.*

La clarté du reporting provenant du Prime Broker LFG LLC ainsi que

la possibilité d'accéder très rapidement aux informations détenues par LFG LLC (en moins de trois minutes) permettait à la BBB d'effectuer les vérifications nécessaires à l'accomplissement de son obligation telle que décrite ci-dessus sans devoir calculer la valeur nette d'inventaire de AAA.

c) Suite au lancement de AAA, et plus particulièrement au lancement de *FFF, la BBB n'effectua pourtant jamais aucune vérification, contrairement à ce qui avait été convenu entre parties.*

Elle n'avertit notamment ni DDD, ni AAA des violations importantes de plusieurs restrictions investissements qu'elles auraient pu constater dès le lundi 10 avril 2000 en soirée. ».

Cette offre de preuve est à déclarer irrecevable pour défaut de pertinence, alors que les faits libellés sub 1) et sub 2) a) sont d'ores et déjà constants en cause, les faits libellés sub 2) b) se bornent à reprendre textuellement les termes des attestations établies par HHH et III que la Cour a d'ores et déjà jugées peu concluantes pour la solution du présent litige et les faits libellés sub 2) c) – même à les supposer établis – ne sont pas non plus de nature à établir une faute dans le chef de BBB dans la mesure où l'étendue exacte de son obligation de vérification laisse toujours d'être clairement délimitée.

Enfin, c'est en vain que la société AAA demande à la Cour d'ordonner *les échanges de correspondance et compte-rendus de réunions et de « conference calls » entre la BBB, les administrateurs de AAA, CCC, GGG, EEE et DDD entre le 1er décembre 1999 et le 10 avril 2000 au sujet de la mise en place, du lancement et du fonctionnement de AAA, conformément à l'article 288 du Nouveau Code de procédure civile.*

Si la société AAA estime que des renseignements quant à *la mise en place, du lancement et du fonctionnement de AAA* sont effectivement à rechercher dans *les échanges de correspondance, compte-rendus de réunions et de « conference calls »*, il lui aurait appartenu de désigner clairement le document dont la production devrait être ordonnée en justice par l'indication de sa date et des circonstances précises dans lesquelles il a été dressé, alors qu'il n'incombe par au juge de suppléer à la carence des parties.

Il suit de l'ensemble des considérations qui précèdent que l'envergure exacte du devoir de vérification par BBB laisse d'être définie.

Aucune faute, ni contractuelle ni délictuelle, n'est prouvée dans le chef de BBB de sorte que la demande de la société AAA est à déclarer non fondée.

Le jugement dont appel est partant à confirmer, sauf qu'il y a lieu de dire que les frais de la demande en intervention restent à charge de BBB.

Vu l'issue du litige, il y a lieu de déclarer non fondée la demande de la société AAA en obtention d'une indemnité de procédure.

Il en va de même de la demande en allocation d'une indemnité de procédure formulée par BBB, alors qu'il ne paraît pas inéquitable de laisser à sa charge les sommes par elle exposées et non comprises dans les dépens.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel,

le dit non fondé ;

confirme le jugement entrepris, sauf qu'il y a lieu de dire que les frais relatifs à la demande en intervention restent à charge de BBB ;

déboute la société AAA et BBB de leur demande en obtention d'une indemnité de procédure ;

condamne la société AAA aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître François KREMER et de Maître Josette ELVINGER qui la demandent, affirmant avoir fait l'avance des frais et dépens.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur Carlo HEYARD, premier conseiller, commis à ces fins, en présence de Monsieur Marcel SCHWARTZ, greffier.