Jugement commercial XV No. 534 / 11

Audience publique du mercredi, vingt-cinq mai deux mille onze.

Numéro 124 455 du rôle

Composition :

Karin GUILLAUME, Vice-Présidente ;
Marc WAGNER, Premier juge ;
Anita LECUIT, juge ;
Sandra MANGEN, greffière.

E n t r e :

Monsieur **A.)**, pensionné, demeurant à (…) (Liban), (…), Résidences (…), (…),

élisant domicile en l'étude de Maître François PRUM, avocat, demeurant à Luxembourg,

demandeur, aux termes d'un exploit de l'Huissier de Justice Jean-Lou THILL de Luxembourg en date du 12 août 2009,

comparant par Maître Lionel SPET, avocat, demeurant à Luxembourg, en remplacement de Maître François PRUM, avocat susdit,

e t :

la société anonyme **UBS (LUXEMBOURG) S.A.**, établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 33 A, Avenue John F. Kennedy, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 11.142 ;

défenderesse, aux fins du prédit exploit Jean-Lou THILL,

comparant par Maître Glenn MEYER, avocat, en remplacement de Maître Philippe DUPONT, avocat, demeurant tous les deux à Luxembourg.

OuÏ la partie demanderesse par l'organe de son mandataire Maître Lionel SPET, avocat, en remplacement de Maître François PRUM, avocat constitué.

OuÏ la partie défenderesse par l'organe de son mandataire Maître Glenn MEYER, avocat, en remplacement de Maître Philippe DUPONT, avocat constitué.

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 16 mars 2011.

Madame la Vice-Présidente Karin GUILLAUME entendue en son rapport à l'audience du 4 mai 2011.

Par exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 12 août 2009, **A.)** a fait donner assignation à la société anonyme UBS (LUXEMBOURG) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière civile, pour l'entendre condamner à lui payer les sommes de 500.000.- USD, ou leur contre-valeur en euros évaluée à 357.850.- euros, correspondant à la perte en principal de son investissement initial dans le produit «Kick-In Goal on Citigroup», et 25.024.- USD, ou leur contre-valeur en euros évaluée à 17.910,10.- euros, correspondant à la perte financière subie du fait des erreurs qu'aurait commises la société anonyme UBS (LUXEMBOURG) dans la liquidation de ses parts détenues dans le fonds «Optimal Global Fund», chaque fois avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde. Il demande encore à être remboursé des intérêts débiteurs mis en compte par la banque à hauteur de 1.500.- euros et sollicite une indemnité de procédure de 5.000.- euros, ainsi que la condamnation de la partie défenderesse à tous les frais et dépens de l'instance.

A l'appui de sa demande le requérant expose :

- qu'il était depuis des années en relation contractuelle régulière avec son banquier principal BLOM BANK établi à Beyrouth (Liban) qui lui aurait proposé en mars 2008 de souscrire pour la somme de 120.000.- USD à un produit financier dénommé *«reverse convertible on Citi»* moyennant octroi d'un coupon de 11,09% par an,

- qu'après avoir discuté avec son mandataire **B.)** de ses projets concernant ses investissements, celui-ci lui indiquait que la société anonyme UBS (LUXEMBOURG) proposait un produit financier du même type dénommé «Kick-In Goal on Citigroup» avec un taux d'intérêt plus avantageux de 21,72% par an,

- que sur les conseils rassurants de la société anonyme UBS (LUXEMBOURG), il a investi 500.000.- USD dans ce produit,

- que mi-septembre 2008 il aurait donné l'ordre, par le biais de son mandataire **B.)** de liquider le produit «Kick-In Goal on Citigroup» afin d'éviter des pertes financières importantes,

- que bien que la banque aurait indiqué que cette opération se ferait lorsque le prix de ces actions serait à 21,60.- USD et qu'au 1er octobre 2008 cette valeur aurait été atteinte, la banque n'aurait pas agi,

- que par la suite la valeur de ces titres aurait tellement baissé qu'il aurait perdu tout son investissement,

- que la banque n'aurait pas non plus respecté ses ordres relatifs à ses avoirs détenus dans le fonds «Optimal Global Fund»,

- que malgré ses indications claires, la banque n'aurait pas suffisamment liquidé de parts pour dégager une contre-valeur lui permettant de couvrir ses pertes subies dans le produit «Kick-In Goal on Citigroup»,

- que la banque aurait encore appliqué une valeur par part erronée lui causant un préjudice supplémentaire.

A.) reproche à la défenderesse un manquement dans son obligation de renseignement et de conseil lors de la souscription dans le produit «Kick-In Goal on Citigroup» et des fautes en rapport avec l'exécution des ordres de vente passés.

La société anonyme UBS (LUXEMBOURG), qui se rapporte à prudence de justice quant à la recevabilité de l'assignation en la forme, conteste la manière dont les faits ont été présentés par le demandeur, toute faute de sa part, le préjudice allégué et un lien de causalité entre celui-ci et une éventuelle faute de sa part.

En conséquence, elle conclut au débouté de la demande. Elle sollicite encore une indemnité de procédure de 5.000.- euros.

Elle fait valoir :

- que tant le requérant que son mandataire **B.)** auraient disposé d'une expérience considérable en matière d'investissements financiers, puisque le requérant aurait exercé des fonctions dirigeantes au sein de divers établissements bancaires et la spéculation aurait été sa source de revenus principale, tandis que son mandataire aurait exercé, entre autres, les fonctions de gestionnaire d'un fonds,

- qu'aucune convention de gestion discrétionnaire ou de gestion-conseil n'aurait été conclue entre parties,

- qu'après de nombreuses discussions sur les caractéristiques du produit, **A.)** aurait investi 500.000.- USD dans le produit «Kick-In Goal on Citigroup»,

- que ce produit aurait offert un rendement de 21,72%, mais qu'en contrepartie de ce rendement plus élevé les conditions du remboursement du capital investi à l'échéance, fixée au 27 septembre 2009, auraient été différentes du produit proposé par la banque BLOM tout en restant fonction de l'évolution du cours de l'action Citigroup Inc. jusqu'à cette échéance,

- que pour financer cet investissement, un crédit lombard aurait été octroyé au requérant,

- que suite à la crise économique qui a éclaté en septembre 2008, le requérant aurait envisagé de vendre avant l'échéance cet investissement mais uniquement pour autant qu'aucune perte ne soit enregistrée,

- que cependant les conditions du marché auraient été telles qu'une vente sans pertes n'aurait pas été possible,

- que suite à la chute de la valeur du fonds dans lequel le requérant avait investi en juin 2008 et au vu du fait que les parts de ce fonds étaient nanties afin

de garantir le remboursement du crédit lombard, elle aurait réalisé un appel de marge,

- que suite à celui-ci, le mandataire du requérant aurait donné un ordre de rachat relatif à des parts détenues dans le fonds «Optimal Global Fund»,

- qu'après un premier rachat, constatant que le montant obtenu est insuffisant pour couvrir les engagements conclus en rapport avec le crédit lombard, elle sollicita un nouvel ordre de rachat,

- qu'un tel ordre aurait alors été donné,

- que par la suite les dernières parts du fonds en question auraient été liquidées en février 2009 et le produit transféré vers un compte du requérant.

Dans ses conclusions en réplique, **A.)** conteste avoir été familier avec les produits structurés et affirme n'avoir eu que pour volonté et objectif une gestion en bon père de famille de son capital. Pour le surplus, il reprend, en les développant davantage, ses reproches formulés dans l'exploit d'assignation.

Les différentes demandes, régulièrement introduites dans les forme et délai légaux, et non autrement contestées à cet égard, sont à déclarer recevables.

A titre liminaire, il convient encore de préciser qu'il n'existe au Grand-Duché de Luxembourg aucun tribunal civil ou tribunal de commerce proprement dit. Conformément à l'article 20 du Nouveau code de procédure civile, le tribunal d'arrondissement est, en matière civile et commerciale, juge de droit commun et connaît de toutes les affaires pour lesquelles compétence n'est pas attribuée expressément à une autre juridiction, en raison de la nature ou du montant de la demande.

Il appartient au tribunal d'énoncer dans quelle matière il prononce, alors même que le demandeur n'aurait pas qualifié la nature de sa demande dans son assignation ou l'aurait qualifiée erronément.

Comme la demande a trait à une contestation relative à un acte de commerce (toute opération de banque constitue conformément à l'article 2 du Code de commerce un acte de commerce), le tribunal statuera en matière commerciale en application de l'article 631 point 3° du Code de commerce.

<u>Quant à l'obligation de renseignement et de conseil de la banque lors de la souscription</u>

Lors de l'achat de titres, le professionnel qui intervient a un rôle de conseil et d'assistance, les obligations qui en découlent étant de moyen (cf. e.a. Cour, 26 mai 1993, n°13.189 du rôle).

Le banquier ne peut en effet être tenu d'une obligation de résultat quant au conseil donné à cause des aléas du marché financier, dès lors qu'en raison de l'incertitude inhérente à l'évolution de celui-ci, le bon conseil donné aujourd'hui peut s'avérer mauvais demain.

Le banquier doit donner au client désireux d'effectuer de telles opérations des informations tenant d'un côté aux conditions financières de l'opération et de l'autre aux risques inhérents à celle-ci.

En l'absence de tout contrat d'assistance et à défaut de toute demande préalable et spécifique du client en ce sens, une banque n'a pas à émettre un avis sur l'opportunité du service ou des opérations envisagées par le client, donc à s'interroger sur les choix du client.

L'étendue de l'information sur les risques que comportent les opérations de bourse varie avec la personne du client. En fonction des qualités du client, l'intensité de l'obligation d'information peut fortement varier et même, en présence d'un investisseur habituel ou qualifié, être annihilée.

Par ailleurs, le client a de son côté une obligation de s'informer et de se renseigner sur la nature et les risques des opérations qu'il effectue. Il ne saurait se contenter d'adopter un comportement purement passif et invoquer son ignorance (cf. La responsabilité civile des personnes privées et publiques, Georges Ravarani, n°519).

En effet, l'obligation d'information et de conseil à charge du banquier et le devoir du client de se renseigner se complètent.

En l'occurrence, **A.)** a marqué dans le questionnaire intitulé «profil client» (*«Client Risk Profile»*) (pièce n°2 de M^{e} Dupont) entre autres points que sa source de revenus principale serait constituée de *«investments + dividends»*, qu'il serait familier avec tous les produits bancaires y énumérés et répondu à la question relative à sa profession/occupation actuelle ou antérieure : *«General Manager of a Bank»*.

Dans ses conclusions du 5 mai 2010, il reconnaît encore, bien qu'il conteste avoir été familier avec les produits structurés, avoir travaillé auprès des banques MERILL LYNCH et BNP.

Il est encore constant en cause qu'il fut assisté par **B.)** (ayant eu un pouvoir de gestion sur le compte en question) qui se qualifie lui-même comme *«investment manager»* (cf. son attestation testimoniale) et qui devait constituer un nouveau fonds d'investissement (cf. conclusions de M^{e} Prum du 5 mai 2010). Celui précise d'ailleurs dans son attestation testimoniale que **A.)** est *«a savvy investor, who had invested in these structures before»*.

Recherchant un dividende exorbitant (21,72% par an !), **A.)** ne peut raisonnablement pas prétendre que *«ses investissements n'auraient eu pour but que la préservation de son capital acquis au cours de ses nombreuses années de travail»*.

Il résulte par ailleurs encore du dossier (cf. entre autres : conclusions de M^{e} Prum du 5 mai 2010 et attestations testimoniales d'**B.)**, versée par le demandeur lui-même et de **C.)**), que c'est bien **A.)** ensemble avec son mandataire qui a pris l'initiative de contacter la banque UBS (LUXEMBOURG) afin que celle-ci lui propose le même type d'investissement que la banque BLOM BANK et qui avait comme sous-jacent l'action Citigroup, mais à un rendement plus attractif. La banque n'a partant pas conseillé au requérant d'investir dans le produit en question.

Il faut conclure de ce qui précède, que **A.)** est un spéculateur averti, parfaitement au courant des risques du jeu boursier et de l'investissement précis effectué, qui a cherché à maximiser ses gains en acceptant sciemment les risques en découlant.

Face à celui-ci, la banque n'avait en l'espèce aucune obligation d'information et de conseil lors de la souscription des titres litigieux ou en relation avec celle-ci.

Aucune faute ne peut donc être retenue à charge de la banque de ce chef.

Quant à la liquidation du produit

A.) reproche encore à la défenderesse des fautes en rapport avec l'exécution des ordres de vente passés par lui.

Il affirme avoir donné le 22 septembre 2008, par l'intermédiaire de son mandataire, l'ordre de procéder à la liquidation du produit «Kick-In Goal on Citigroup».

Il est encore d'avis qu'il incombait à la société anonyme UBS (LUXEMBOURG) de l'informer et de lui demander s'il acceptait de sortir du produit structuré avec une légère perte.

La société anonyme UBS (LUXEMBOURG) conteste avoir commis la moindre faute en rapport avec la liquidation du produit «Kick-In Goal on Citigroup». Elle conteste avoir indiqué pouvoir vendre le produit sans pertes et affirme que le demandeur aurait uniquement exprimé le souhait de vendre sans subir de pertes.

L'ordre de vente du 22 septembre 2008 a été donné par téléphone.

Afin d'établir le contenu de cette conversation, le requérant sollicite la production des enregistrements téléphoniques.

La banque nie avoir enregistré les conversations en question.

Il ne peut être ordonné de production de pièces sans que l'existence de ces dernières soit, sinon établie avec certitude, du moins vraisemblable (cf. Cass fr. civ. 2ième, 17 novembre 1993 : Bull. civ. II, n°330).

A défaut du moindre élément permettant de conclure que la banque a bel et bien procédé à l'enregistrement des conversations en cause, la demande en production forcée de ceux-ci est à rejeter.

Par ailleurs, au vu des éléments développés ci-dessous, une telle production n'est de toute façon pas nécessaire pour la solution du litige.

Dans son attestation testimoniale **B.)** relate que **C.)**, directeur auprès de la banque, l'aurait contacté et proposé de liquider le produit à 100% et que **A.)** aurait alors accepté cette proposition.

Dans sa propre attestation testimoniale, **C.)** dépose que le *«lundi 22 septembre, vers 10h30, M. **B.)** nous rappela pour nous dire qu'il avait parlé à M. **A.)**. Ce dernier était disposé à vendre le produit structuré KICK-IN GOAL mais qu'il avait indiqué de la manière la plus formelle qu'il n'accepterait aucune perte sur son investissement. M.*

B.) *nous donna donc ordre sans limite de volatilité dans le temps de vendre le produit structuré KICK-IN GOAL à 100%»*.

Dans son courriel du 8 octobre 2008 adressé à **C.)**, le requérant lui-même admet avoir discuté à la fin du mois dernier avec son mandataire la possibilité de liquider le produit sans pertes (*«I discussed with Mr.* ***B.)*** *the possibility of canceling this transaction without loss to myself»*).

Dans son mail en réponse du même jour, **C.)** reconnaît avoir reçu un ordre de vente à 100% de la mise initiale dès que les conditions du marché le permettent. Il dit n'avoir pas pu exécuter cet ordre alors que la vente n'aurait rapportée que 94%. Il assure surveiller le marché et procéder à la vente dès qu'il sera possible de récupérer l'entièreté de l'investissement (*«Rest assured I am monitoring the price on a daily basis and will make sure it is sold as soon as we can receive 100% of the investment»*).

Il résulte de ce qui précède que seul un ordre de vendre à 100% de la mise initiale avait été donné.

Force est de constater que le requérant n'a pas autrement réagi à ce mail.

A supposer que, comme il le prétend actuellement, le requérant n'aurait pas exigé à cette date de ne sortir du produit qu'à condition de ne générer aucune perte financière, il aurait, face à l'information qu'une sortie aurait pu se faire à 94% (donc avec une perte de 6%), été logique et normal qu'il formule des critiques et protestations à ce sujet, alors que dans cette hypothèse ses instructions n'auraient pas été respectées.

Il n'a pas non plus (à un quelconque moment), comme il aurait pu le faire s'il avait craint de subir des pertes importantes et s'il avait souhaité de sortir du produit avec le moins de pertes possibles, comme il l'affirme aujourd'hui, donné un nouvel ordre de vente afin de liquider le produit aux conditions du marché.

Il semble que le requérant ait tablé sur une remontée des cours, espérant un gain net au lieu de devoir subir une perte certaine et définitive d'au moins 6%.

Contrairement à l'opinion de la partie demanderesse, qui ne prouve pas que l'ordre de vente aurait pu être exécuté sans pertes, si le client a choisi d'assurer lui-même la gestion de son portefeuille, la banque, dans la phase postérieure à l'acquisition de titres, n'a pas d'obligation d'information relative aux faits affectant la situation de la société émettrice, ni de devoir de conseil lui imposant d'éclairer le client sur l'opportunité de prendre tel ou tel acte de disposition au regard de l'évolution du marché et de la valeur des titres.

En l'espèce, s'y ajoute que le client est un spéculateur averti et qu'il a été assisté par un professionnel se qualifiant d'*«investment manager»*. Il ne pouvait donc ignorer la situation sur les marchés financiers à cette époque et les risques en découlant.

A défaut d'ordre clair et précis de la part du client, il n'appartenait pas à la banque de prendre une initiative de vente.

Il résulte de l'ensemble des développements qui précèdent qu'aucune faute en rapport avec la liquidation du produit en cause n'est établie à charge de la banque, de sorte que la responsabilité de celle-ci ne saurait être engagée de ce chef.

Quant à l'exécution des ordres de rachat du fonds

Suite à la chute de la valeur du produit structuré «Kick-In Goal on Citigroup» dans lequel le requérant avait investi en juin 2008 et au vu du fait que les parts de ce fonds étaient nanties afin de garantir le remboursement du crédit lombard octroyé, la société anonyme UBS (LUXEMBOURG) a réalisé un appel de marge par courriel en date du 20 novembre 2008.

Le mandataire du requérant a alors donné un ordre de rachat relatif à des parts détenues dans le fonds «Optimal Global Fund».

Une fois ce rachat devenu définitif, la banque s'aperçoit que le montant reçu est insuffisant pour couvrir les engagements de **A.)** en rapport avec le crédit lombard lui accordé, de sorte qu'elle sollicite un nouvel ordre de rachat.

Le requérant a donné suite à cette demande.

Actuellement, **A.)** fait grief à la banque d'avoir mal exécuté ses ordres de rachat relatifs au fonds «Optimal Global Fund». D'une part, la défenderesse n'aurait pas suffisamment liquidé de parts lors de l'exécution du premier ordre pour permettre de revenir à un niveau de couverture suffisant de ses engagements au titre du crédit lombard et d'avoir appliqué, lors du rachat, une valeur de part erronée. Il réclame de ce chef à titre de dédommagement la somme de 25.024.- USD, ou leur contre-valeur en euros évaluée à 17.910,10.- euros, alors qu'entre les deux demandes de rachat la valeur des parts du fonds «Optimal Global Fund» aurait chuté (de 68,28.- à 63.68.- USD). Il demande encore à être remboursé des intérêts débiteurs mis en compte par la banque à hauteur de 1.500.- euros.

Suite à l'ordre de rachat donné le 20 novembre 2008, la banque s'est renseigné sur la valeur nette d'inventaire (VNI) par part du fonds «Optimal Global Fund», telle que disponible à l'époque et a, sur la base de la valeur lui communiquée, calculé le nombre de parts devant être rachetées.

Conformément aux règles applicables au rachat de parts de ce fonds, telles que celles-ci résultent du *Supplemental offering memorandum*, dont les dispositions prévalent sur celles du *Offering memorandum* (cf. p.2 du *Supplemental offering memorandum* versé en tant que pièce n°17 par la défenderesse), et que le demandeur ne peut ignorer dès lors que son mandataire **B.)** est le gestionnaire de ce fonds (!), le rachat n'a pu se faire que le 1er janvier 2009 avec une VNI calculée la veille, soit le 31 décembre 2008.

En effet, suivant ces stipulations, la date de rachat est le 1er du mois suivant la demande de rachat si celle-ci intervient le 15 du mois au plus tard, sinon le 1er du mois postérieur.

En l'espèce, la demande de rachat a été formulée le 20 novembre 2008, donc après le 15 de ce mois, de sorte que le rachat n'a pu se faire que le 1er janvier 2009.

La banque ne pouvait connaître le 20 novembre 2008 la VNI par part au 31 décembre 2008.

Elle n'a donc commis aucune faute en passant un ordre de rachat sur base des données disponibles le 20 novembre 2008.

La banque a agi, en procédant à la transmission des ordres relatifs au rachat, en tant que mandataire du client. Elle a uniquement transmis les ordres de rachat à l'administrateur du fonds.

Elle ne pouvait influencer sur la VNI qui a été, suivant les stipulations applicables, calculée par le fonds.

La banque a par la suite crédité le compte du requérant des montants reçus de la part du fonds.

Elle n'a donc pas non plus commis une faute en rapport avec la VNI appliquée lors du rachat.

Finalement la banque était en droit de mettre en compte au requérant des intérêts débiteurs.

Il résulte de l'ensemble des développements qui précèdent que les différentes demandes de **A.)** sont non fondées et qu'ils sont dès lors à rejeter dans leur intégralité.

Quant aux indemnités de procédure réclamées

Chacune des parties réclame encore une indemnité de procédure.

Cette demande de la part de **A.)** est encore à rejeter, alors qu'une partie qui est déboutée de ses prétentions, et qui de ce fait est à condamner aux frais et dépens de l'instance, ne saurait bénéficier des dispositions de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile.

La demande en ce sens de la société anonyme UBS (LUXEMBOURG) est cependant fondée en son principe, alors qu'il serait inéquitable de laisser l'entièreté des frais non compris dans les dépens à sa charge, la défenderesse s'étant vu contrainte d'engager des frais dans le seul but de faire valoir ses droits légitimes et de se défendre contre une demande injustifiée. Au vu des éléments de la cause, eu égard à la nature et au résultat du litige, cette indemnité est à évaluer à 2.500.- euros.

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

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

déclare les différentes demandes formulées par **A.)** recevables,

les **dit** non fondées dans leur ensemble et en **déboute**,

dit non fondée la demande de **A.)** en obtention d'une indemnité de procédure et en **déboute**,

dit fondée la demande la société anonyme UBS (LUXEMBOURG) en obtention d'une indemnité de procédure jusqu'à concurrence du montant de 2.500.- euros,

partant, **condamne A.)** à payer à la société anonyme UBS (LUXEMBOURG) à titre d'indemnité de procédure la somme de 2.500.- (deux mille cinq cents) euros,

condamne A.) à tous les frais et dépens de l'instance, avec distraction au profit de Maître Philippe DUPONT, qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.