Jugement commercial XV No. 533 / 11

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

Numéro 124 456 du rôle

Composition :

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

E n t r e :

1. Madame **X.), épouse Y.)**, journaliste et

2. Monsieur **Y.)**, avocat,

demeurant tous les deux à (…) (Brésil), (…), 7ème étage, (…),

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

demandeurs, aux termes d'un exploit de l'Huissier de Justice Jean-Lou THILL de Luxembourg en date du 18 août 2009,

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

e t :

la société anonyme **BANCO ITAÙ EUROPE LUXEMBOURG S.A.**, établie et ayant son siège social à L-2227 Luxembourg, 29, Avenue de la Porte-Neuve, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 50.589 ;

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

comparant par Maître Olivier POELMANS, avocat, en remplacement de Maître Albert MORO, avocat, demeurant tous les deux à Luxembourg.

OuÏ les parties demanderesses 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 Olivier POELMANS, avocat, en remplacement de Maître Albert MORO, 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 18 août 2009, **X.)** et **Y.)** ont fait donner assignation à la société anonyme BANCO ITAÙ EUROPA LUXEMBOURG à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière civile, pour l'entendre condamner à leur payer la somme de 198.112.- euros avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde. Ils sollicitent encore une indemnité de procédure de 5.000.- euros, l'exécution provisoire sans caution du jugement à intervenir, ainsi que la condamnation de la partie défenderesse à tous les frais et dépens de l'instance.

A l'appui de leur demande les requérants exposent :

- qu'ils étaient en relation contractuelle suivie depuis l'année 1997 avec la banque ITAÙ PRIVATE BANKING à São Paulo au Brésil,

- qu'ils ont été mis en relation par cette banque avec la défenderesse aux fins d'effectuer des investissements financiers et gérer leur fortune personnelle,

- qu'ils ont ainsi ouvert le 19 mars 2002 un compte bancaire, dénommé «Mestrado», auprès de la défenderesse,

- qu'ils ont effectué plusieurs dépôts en capital sur ce compte,

- qu'ils ont par la suite, sur conseil de la défenderesse, investi le 17 août 2006 la somme de 140.000.- USD en souscrivant au fonds d'investissement FAIRFLIED SENTRY et le 23 novembre 2007 la somme de 100.000.- euros dans le fonds LEHMAN BROTHERS HOLDINGS,

- qu'ils ont perdu tous leurs investissements suite à la révélation de la fraude du financier américain MADOFF et à la faillite de la banque américaine LEHMAN BROTHERS.

X.) et **Y.)** reconnaissent qu'aucun contrat de gestion discrétionnaire n'a été conclu entre parties. Ils reprochent à la banque d'avoir violé son obligation de renseignement et de conseil pour ne pas les avoir mis en garde contre certains risques encourus liés aux investissements effectués et sur la structure de leur portefeuille.

La banque, qui se rapporte à prudence de justice quant à la recevabilité de l'assignation en la forme, conclut au débouté de la demande. Elle fait valoir que les demandeurs ne seraient pas les propriétaires des titres litigieux et qu'ils n'auraient donc subi aucun préjudice personnel et direct à la suite de la perte de valeur des titres litigieux. Elle conteste toute faute de sa part et toute obligation de conseil ou de mise en garde dans son chef à l'égard des demandeurs, qu'elle qualifie

d'investisseurs avertis. Elle nie encore tout lien causal entre les faits invoqués par les requérants et le dommage prétendument subi. Elle sollicite encore une indemnité de procédure de 5.000.- euros.

Dans leurs conclusions en réplique, **X.)** et **Y.)** contestent avoir de parfaites connaissances des marchés et des mécanismes d'investissement dans des fonds d'investissement. Ils reconnaissent que leurs investissements ont été par après apportés et détenus pour une raison fiscale dans un fonds d'investissement. Néanmoins en tant que bénéficiaires économiques, ils auraient subi un préjudice personnel et direct. Pour le surplus, ils maintiennent leurs reproches formulés antérieurement.

La demande, régulièrement introduite dans les forme et délai légaux, et non autrement contestée à cet égard, est à recevoir en la pure forme.

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.

X.) et **Y.)** ont ouvert le 19 mars 2002 un compte bancaire, dénommé «Mestrado», auprès de la défenderesse.

Ils reconnaissent qu'aucun contrat de gestion discrétionnaire n'a été conclu entre parties.

Le 17 août 2006, ils donnent l'ordre à la banque d'acquérir pour la somme de 140.000.- USD des parts du fonds d'investissement FAIRFLIED SENTRY.

Le 28 septembre de cette même année, ils décident de placer leurs avoirs détenus sur le compte «Mestrado», parmi lesquels figurent les parts du fonds d'investissement FAIRFLIED SENTRY, dans le fonds MOSELLE INVESTMENTS FUND SPC, dont le siège est établi aux îles Cayman. Ils ont ouvert une classe dans ce fonds, la classe 64.

En vue de la souscription dans le fonds en question, les titres FAIRFLIED SENTRY ont été évalués au montant de 140.002,20.- USD, ce qui équivaut pratiquement à leur prix d'acquisition.

En contrepartie de leur apport total de 1.596.603,03.- USD, ils ont reçu 15.501,6023 parts de ce fonds.

Il résulte encore de l'ordre d'achat du 23 novembre 2007 que les obligations du fonds LEHMAN BROTHERS HOLDINGS ont été acquises par le fonds MOSELLE INVESTMENTS FUND SPC 64, les demandeurs ayant uniquement signé le bulletin de souscription en leur qualité de mandataires de celui-ci.

Dans leurs conclusions du 23 mars 2010, les requérants admettent d'ailleurs expressément que, pour des raisons fiscales, leur détention d'actions dans FAIRFIELD SENTRY a été apporté au fonds MOSELLE INVESTMENTS FUND SPC 64. Ils estiment cependant avoir éprouvé un préjudice direct et personnel, alors que suite à la dépréciation des titres FAIRFLIED SENTRY et LEHMAN BROTHERS HOLDINGS, leurs parts du fonds MOSELLE INVESTMENTS FUND SPC 64 ont fortement perdu de la valeur.

Dans leurs conclusions subséquentes du 9 décembre 2010, ils précisent cependant réclamer le remboursement de leur mise initiale dans les investissements effectués et non simplement la perte de valeur des titres du fonds dans lequel ils détiennent des titres. Ils affirment que leur préjudice ne serait pas constitué par la perte de la valeur des parts du fonds en question, mais qu'il découlerait de la faute de la banque qui aurait failli à son obligation d'information et de conseil, sans quoi ils n'auraient pas investi comme ils l'ont fait.

Il est de principe que la personnalité de l'actionnaire individuel disparaît et est en quelque sorte absorbée par la société, dotée d'une individualité juridique distincte de l'individualité des différents associés qui la composent.

En tant qu'ils possèdent des actions d'une société, les actionnaires se trouvent avoir par là même et par l'intermédiaire de la société personne morale un droit indirect, médiat, à une fraction correspondante de l'actif social de la société.

Les actionnaires n'ont pas la qualité pour exercer en justice un droit dont seule la société peut être titulaire. La personnalité morale dont bénéficie la société leur interdit d'élever des prétentions au lieu et place de la société, en application de la règle selon laquelle «nul ne plaide pour autrui sans pouvoir». Seule la société bénéficie de la qualité pour agir en responsabilité, dès lors qu'elle est la victime potentielle d'un fait dommageable. L'existence de la personnalité morale conduit à vérifier si le préjudice a été subi dans le patrimoine social ou dans celui des actionnaires.

Le critère qui permet de distinguer le préjudice social du préjudice individuel réparable consiste dans le fait que ce dernier va directement affecter la valeur des titres ou la situation patrimoniale de l'actionnaire sans que le patrimoine de la société n'ait été atteint. Le préjudice individuel réparable est celui qui affecte directement le patrimoine de l'actionnaire sans impliquer en même temps une atteinte au patrimoine social ou un appauvrissement de ce dernier. Le préjudice individuel ne doit pas constituer une simple répercussion du préjudice social et doit, par conséquent, être déconnecté d'une perte qui affecterait l'actif social (cf. Frédéric Danos, La réparation du préjudice individuel de l'actionnaire, no 13 RJDA 5/08, page 471).

Partant, même si un actionnaire dispose d'une action individuelle en réparation d'un préjudice distinct de celui de la société et des autres actionnaires, la recevabilité d'une telle action en responsabilité est soumise à l'allégation de ce préjudice personnel et la jurisprudence impose au demandeur de caractériser ce préjudice distinct (cf. Cass. com. française, 7 mars 2006, no 04-16536, Bulletin 2006, IV, N° 61, p. 61).

La perte de la valeur des parts détenues dans le capital d'une société d'investissement par les associés constitue non un dommage propre à chaque associé, un préjudice spécial, distinct, indépendant du préjudice social, mais un dommage subi par la société elle-même. Le dommage causé à l'actionnaire n'est que le «corollaire» de ce préjudice social (cf. Cass. com. française, 26 janvier 1970, no 67-14.787, Cass. com. française, 18 juillet 1989, no 87-20.261, Cass. com. française, 1er avril 1997, no 94-18.912).

En effet, dans le cadre d'une société ayant pour objet le placement collectif de capitaux, le lien entre le patrimoine de la société et la valeur de la part est des plus direct, cette dernière résultant de la valeur nette d'inventaire. Il existe une assimilation parfaite entre le capital de la société, la valeur de son actif net et la valeur des parts en circulation. Les pertes subies par les actifs de cette société représentent la somme mathématique des pertes subies par les actionnaires pris individuellement (cf. Jugements rendus le 4 mars 2010 par le tribunal de céans, 2ième chambre, dans les affaires SICAV LUXALPHA).

A supposer qu'en l'occurrence la banque ait failli à une obligation d'information et de conseil existante dans son chef, toujours est-il que le dommage existant en l'espèce dans le chef des requérants est bien constitué par la perte de valeur des parts du fonds en question (ce qu'ils ont d'ailleurs admis dans leurs conclusions du 23 mars 2010, même si après ils affirment réclamer le remboursement de leur mise initiale dans les investissements effectués et non simplement la perte de valeur des titres du fonds).

Or comme explicité ci-dessus, ce préjudice, la dévalorisation des actions détenues, constituant en même temps la perte de l'actif du fonds MOSELLE INVESTMENTS FUND SPC 64, n'est que la répercussion du préjudice social.

Le fait, à le supposer établi, que **X.)** et **Y.)** aient été les bénéficiaires économiques de ce fonds, notion exclusivement bancaire, ne les autorise néanmoins pas à faire fi de l'existence de la personnalité juridique de celui-ci (cf. Cour 9 juillet 2004, n°s de rôle 25.481 et 26.136).

Il suit de l'ensemble de ces considérations que les requérants, n'ayant pas subi de préjudice spécial, distinct, indépendant du préjudice social, n'ont pas qualité pour agir en réparation de celui-ci.

A titre superfétatoire, on peut encore relever qu'en l'occurrence aucune faute n'est établie à charge de la banque.

S'il est vrai, qu'en matière d'ordres de bourse, la banque a, même en l'absence de tout contrat de gestion, un devoir accessoire d'information et de conseil, les obligations qui en découlent ne sont cependant que 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, l'information ne doit porter que sur les risques du jeu boursier en général et non point sur les risques particuliers en relation avec une opération déterminée.

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.

Dans le cadre d'un contrat de dépôt de titres, 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, le client ayant choisi d'assurer lui-même la gestion de son portefeuille.

En l'espèce, l'ordre d'achat des titres FAIRFIELD SENTRY mentionne spécialement que cet ordre a été donné sans conseil préalable de la banque, les demandeurs précisant encore qu'ils disposent d'une expérience suffisante afin d'apprécier le risque important de pertes liées à l'investissement et qu'ils sont conscients que cet investissement est sujet à d'importantes fluctuations pouvant entraîner une perte importante de valeur non garantie par la concluante (pièce 3 des demandeurs, pièce 4 de la défenderesse).

En ce qui concerne les titres LEHMAN BROTHERS HOLDINGS, ceux-ci, comme déjà précisé ci-dessus n'ont pas directement acquis par les requérants. L'ordre d'achat précise en plus qu'il est le fruit d'une analyse financière indépendante et de recommandations et avis obtenus par des personnes extérieures à la banque.

Indépendamment encore du fait que les titres LEHMAN BROTHERS HOLDINGS étaient classés «AAA» par les sociétés de rating, de sorte que même à supposer que la banque ait conseillé l'acquisition de ces titres, ce conseil ne pourrait être qualifié de fautif, au vu des stipulations figurant sur les ordres de souscription ci-

avant citées, aucun manquement à une obligation d'information et de conseil ne peut être reproché raisonnablement à la banque.

La responsabilité de celle-ci ne saurait dès lors être engagée.

Il suit de l'ensemble des développements qui précèdent, que les requérants sont partant à débouter de leur demande.

Chacune des parties réclame encore une indemnité de procédure.

Cette demande de la part des requérants 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 BANCO ITAÙ EUROPA 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 1.500.- 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,

reçoit la demande en la pure forme,

déboute X.) et **Y.)** de leur demande,

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

dit fondée la demande la société anonyme BANCO ITAÙ EUROPA LUXEMBOURG en obtention d'une indemnité de procédure jusqu'à concurrence du montant de 1.500.- euros,

partant, **condamne X.)** et **Y.)** à payer à la société anonyme BANCO ITAÙ EUROPA LUXEMBOURG à titre d'indemnité de procédure la somme de 1.500.- (mille cinq cents) euros,

condamne X.) et **Y.)** à tous les frais et dépens de l'instance, avec distraction au profit de Maître Albert MORO, qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.