Jugement commercial XV No. 985 / 11

Audience publique du mercredi, dix-neuf octobre deux mille onze.

Numéro 126 923 du rôle

Composition :

Karin GUILLAUME, Vice-Présidente ;
Marc WAGNER, Premier juge ;
Steve KOENIG, juge-délégué ;
Sandra MANGEN, greffière.

E n t r e :

1. Monsieur **A.)**, indépendant, demeurant à F-**(...)**,

2. la société **SOC.1.)**, établie à Kingston, **(...)**, représentée par son Board of Directors actuellement en fonctions, inscrite sous le numéro **(...)** ;

élisant domicile en l'étude de Maître Gerry OSCH, avocat, demeurant à Luxembourg,

demandeurs, aux termes d'un exploit de l'Huissier de Justice Pierre BIEL de Luxembourg en date du 26 décembre 2009,

comparant par Maître Gerry OSCH, avocat, susdit,

e t :

1) la société anonyme **BQUE.1.) S.A.**, établie et ayant son siège social à L-**(...)**, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B **(...)** ;

défenderesse, aux fins du prédit exploit Pierre BIEL,

comparant par Philippe DUPONT, avocat, demeurant à Luxembourg,

2) la société anonyme **SOC.2.)**, en abrégé **« SOC.2.) »**, établie et ayant son siège social à L-**(...)**, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B **(...)** ;

défenderesse, aux fins du prédit exploit Pierre BIEL,

comparant par Maître Glenn MEYER, avocat, demeurant à Luxembourg.

OuÏ les parties demanderesses par l'organe de leur mandataire Maître Gerry OSCH, avocat constitué.

OuÏ la partie défenderesse sub 1) par l'organe de son mandataire Maître Philippe DUPONT, avocat constitué.

OuÏ la partie défenderesse sub 2) par l'organe de son mandataire Maître Glenn MEYER, avocat constitué.

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 18 mai 2011.

Madame la Vice-Présidente Karin GUILLAUME fut entendue en son rapport à l'audience du 29 juin 2011.

Par exploit Pierre Biel du 16 décembre 2009, **A.)** et la société **SOC.1.)** ont donné assignation à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg siégeant en matière civile 1) à la société **BQUE.1.)** et 2) à la société **SOC.2.)** pour l'assignée sub 1) s'entendre condamner à payer à M. **A.)** sinon à la société **SOC.1.)** le montant de 128.347,40 USD et de 572.227,36 EUR avec les intérêts légaux à dater de la demande en justice jusqu'à solde ainsi qu'une indemnité de procédure de 2.500 EUR sur base l'article 240 du NCPC.

A l'appui de sa demande, le requérant expose que dans l'optique de placer une partie de son patrimoine, M. **A.)** a par le biais de la société **SOC.2.)** acquis une société ad hoc domiciliée à **(...)**, dont la dénomination est **SOC.1.)**.

Que le requérant possède l'intégralité des titres au porteur émis par cette société.

Qu'il a procuration générale pour agir au nom et pour compte de la société.

Qu'en date du 28.09.1999 un contrat à durée indéterminée concernant l'administration du portefeuille et des espèces de la société a été conclu avec **BQUE.1.)**.

Qu'un profil de risque a été signé concomitamment.

Que les approuvés de compte successifs entre 2001 et 2008 et le second profil d'investissement ont également été signés par M. **A.)**,

Qu'il découle de ce qui précède que M. **A.)** est le cocontractant de **BQUE.1.)** dans ces documents et qu'il a partant qualité à agir en son nom contre **BQUE.1.)**.

En ordre subsidiaire c'est **SOC.1.)** qui agit.

Que les investissements ont été opérés sur les conseils de banque délivrés dans le cadre du contrat de conseil en investissement,

Que **BQUE.1.)** est le dépositaire et le distributeur exclusif au Luxembourg du fonds **FONDS.1.)** dont la société de gestion est basée aux îles Vierges Britanniques.

Que ce fait a également encouragé le requérant à investir dans ce fond.

La demande contre la **BQUE.1.)** est basée en ordre principal sur les articles 1927 et 1932 du Code civil, subsidiairement sur l'article 1142, sinon 1135 du Code civil pour méconnaissance par la banque de ses obligations d'information et de conseil, voire de son devoir de mise en garde.

Dans des conclusions ultérieures, le requérant fait encore valoir qu'à l'exception de 577,3 parts du fonds, les titres **FONDS.1.)** auraient été acquis par la banque à son insu.

Il demande sur base de l'article 288 du NCPC la production par la banque des instructions d'achat afférentes, de même qu'il demande sur la même base à voir ordonner à la banque de verser les contrats la liant au fonds **FONDS.1.)**, ainsi que les contrats passés avec les deux sous fonds dans laquelle la totalité des avoirs de **FONDS.1.)** ont été investis, ainsi que tout autre contrat existant entre **FONDS.1.)**, **BQUE.1.)** et **FONDS.2.)** (La société de **B.)**).

Il reproche encore à la banque de s'être rendue coupable de réticence dolosive sinon de présentation trompeuse du fond, alors que le fait d'investir la totalité des actifs de **FONDS.1.)** dans deux sous-fonds ne correspondait pas à la stratégie définie dans le prospectus du fond.

Enfin il fait encore valoir que la banque en qualité de dépositaire des titres pour le client était investi d'une mission accessoire de surveillance et d'information dans la phase postérieure à l'acquisition des titres.

La société **SOC.2.)** conclut principalement à l'irrecevabilité de la demande pour libellé obscur.

Subsidiairement elle conclut à voir la demande déclarée irrecevable contre elle alors qu'aucune demande n'est formulée à son encontre.

Elle demande reconventionnellement que les demandeurs soient condamnés chacun à lui payer des dommages et intérêts de 2.500 EUR et une indemnité de procédure de 1.500 EUR.

La Banque conteste la qualité à agir de M. **A.)**, lequel ne serait pas titulaire d'un compte auprès d'elle.

Pour le reste elle invoque la ratification expresse sinon tacite par le silence gardé à la réception des extraits de compte en ce qui concerne les instructions d'achat de parts du fonds **FONDS.1.)** contestées par les requérants.

Elle conteste tout manquement à son obligation d'information et de conseil et fait plaider qu'elle n'aurait par ailleurs pas engagé sa responsabilité comme dépositaire du client alors qu' elle n'est pas le garant du maintien de la valeur des titres qui lui sont confiés, mais que ses obligations se limitent à la restitution des titres.

Elle est d'avis que le requérant n'a pas qualité pour invoquer sa responsabilité en tant que dépositaire du fonds alors que seul le fonds peut invoquer cette responsabilité.

Elle s'oppose à la demande de production des pièces formulée par les requérants, au motif que celle-ci serait non pertinente pour la solution du litige.

Enfin, elle est d'avis que le requérant ne peut invoquer les règles de la responsabilité délictuelle alors que les parties sont liées par un contrat et qu'en tout état de cause le requérant ne saurait invoquer l'article 37 de la loi modifiée du 5 avril 1993.

Elle demande que lui soit allouée une indemnité de procédure de 3.000 EUR sur base de l'article 240 du NCPC.

1) Quant à la demande dirigée contre la société **SOC.2.)** :

La société **SOC.2.)** soulève la nullité de l'exploit introductif pour cause de libellé obscur, faisant valoir que le requérant ne formule aucun reproche à son encontre, ni ne formule aucune demande contre elle ; il ne justifie pas de son intérêt à voir le jugement à intervenir déclaré commun à la société **SOC.2.)**.

Elle demande reconventionnellement des dommages et intérêts de 5.000 EUR pour procédure abusive et vexatoire, de même qu'une indemnité de procédure de 3.000 EUR.

Il échet de rejeter le moyen tiré du libellé obscur alors que l'objet de la demande qui tend à voir engager la responsabilité de la banque pour le préjudice subi par le requérant du fait de la perte de valeur des titres du fonds **FONDS.1.)** INC résulte à suffisance de l'exploit introductif.

La société **SOC.2.)** est assignée aux fins de se voir déclarer commun le présent jugement.

Une demande en déclaration de jugement commun a pour but de rendre une décision judiciaire à intervenir opposable à un tiers pour que celui-ci ne puisse l'écarter en opposant la relativité de la chose jugée, ni surtout l'attaquer par la voie de la tierce opposition.

La demande dirigée contre la société **BQUE.1.)** n'est pas de nature à porter atteinte aux droits de la société **SOC.2.)**, de sorte que la demande est à déclarer irrecevable pour autant qu'elle est dirigée contre cette société (cf. Cour 14 .12. 2005 no 30001 du rôle.)

La demande en allocation de dommages et intérêts pour procédure abusive est à rejeter comme non fondée, alors qu'il est de principe que l'exercice d'une action en justice ne dégénère en faute pouvant donner lieu à des dommages et intérêts que s'il constitue un acte de malice ou de mauvaise foi , ou au moins une erreur équipollente au dol, ou si le demandeur a agi avec une légèreté blâmable.

Il convient de sanctionner, non pas le fait d'avoir exercé à tort une action en justice, puisque l'exercice d'une action en justice est libre, mais uniquement le fait d'avoir

abusé de son droit en commettant une faute indépendante du seul exercice des voies en justice et de recours (cf. Cour 20 mars 1991,28,150).

On ne saurait dire qu'en l'espèce les demandeurs aient agi avec une intention de nuire ou une légèreté blâmable, de sorte que cette demande requiert un rejet.

Il n'y a pas lieu non plus d'allouer d'indemnité de procédure à la société **SOC.2.)**, cette dernière n'ayant pas justifié en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge les frais exposés.

2) Quant à la demande dirigée contre la société **BQUE.1.)** à Luxembourg :

La banque soulève le défaut de qualité à agir de **A.)** au motif qu'il ne serait pas titulaire d'un compte auprès de la banque et n'aurait pas de qualité à agir. En tant qu'actionnaire et bénéficiaire de la société **SOC.1.)** il n'aurait aucun droit vis-à-vis de la banque.

Le mandataire de **A.)** fait valoir que la société **SOC.1.)** constituée par l'intermédiaire de la société **SOC.2.)**, serait une société fictive dont il est le véritable maître et que partant le compte litigieux doit être considéré comme le sien.

Une société fictive ou société écran n'est qu'une apparence de société manipulée par un seul personnage qui est le maître de l'affaire. La fictivité suppose la réunion d'un faisceau d'indices concordants, à savoir entre autres, le défaut de pluralité d'associés, le défaut d'activité sociale, le défaut d'autonomie patrimoniale de la société (Droit des sociétés : Cozian, Viandier, Deboissy Litec p 69 et suiv. Cour d'appel 14 janvier 2004 no 27163 du rôle).

En l'espèce il est constant que la société **SOC.1.)**, société des îles **(…)** constituée en juin 1999 a pour seul objet la détention du portefeuille du requérant et n'a d'autre actionnaire que lui, comme en témoigne la convention signée entre **SOC.1.)** et la banque en date du 3.08.1999.

Le requérant s'est vu consentir par la société une procuration de signer tous documents et de disposer des avoirs placés auprès de la banque. Aussi bien dans la convention signée entre **SOC.1.)** et la banque et les autres documents contractuels, notamment la détermination du profil de risque du client, que dans les conclusions versées en cause la banque désigne indistinctement par le terme « le client » à la fois la société et le requérant.
Au vu de ces éléments il échet de retenir le caractère fictif de la société **SOC.1.)**. Cette fiction acceptée par la banque a pour conséquence que les relations bancaires existent en réalité entre **A.)** et la société **BQUE.1.)**.

Le moyen du défaut de qualité est partant à rejeter.

3) Quant au bien fondé de la demande :

La demande est basée en ordre principal sur le fait que la **BQUE.1.)** Banque était le dépositaire et le distributeur au Luxembourg du fonds **FONDS.1.)**, dont la société de gestion est basée aux Iles Vierges Britanniques.

Le requérant estime dès lors que la **BQUE.1.)** aurait engagé sa responsabilité sur base de l'article 1927 du Code civil pour ne pas être en mesure de restituer l'argent investi dans le fonds **FONDS.1.)**.

Ce raisonnement confond deux notions distinctes.

D'une part la responsabilité de la banque en tant que dépositaire du fonds **FONDS.1.)** et de l'autre la responsabilité de la banque en tant que dépositaire des titres du fonds **FONDS.1.)** acquis par le requérant.

L'action dirigée contre **BQUE.1.)** en tant que dépositaire du fonds **FONDS.1.)**

La responsabilité de la banque en tant que dépositaire du fonds ne peut, au vu de la jurisprudence actuelle, être recherchée par le requérant en sa qualité d'actionnaire du fonds si l'action vise à obtenir réparation d'un préjudice consistant dans la valeur de l'investissement et résultant prétendument d'une faute du dépositaire.

Il a en effet été décidé par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg siégeant en matière commerciale (Trib. d'arr. 4 mars 2010 publiée à la Pasicrisie 2011 tome 35 p 83 et Trib. d'arr.1er avril 2011 no 123 670 du rôle) que l'investisseur qui demande à la banque dépositaire du fonds de lui rembourser le prix d'acquisition des parts du fonds, étant donné que suite à l'escroquerie **B.)** il ne peut raisonnablement attendre aucun remboursement de ses parts, n'allègue pas de préjudice distinct de celui subi par la personne morale dont elle est l'investisseur ; son préjudice n'étant que la conséquence directe du préjudice subi par le fonds.

S'il est acquis que le droit de l'associé est régi par la loi applicable à la société alors qu'en adhérant au contrat de société les futurs associés se sont placés de leur propre gré sous l'empire de la loi du siège social et en ont accepté l'applicabilité pour toutes les difficultés éventuelles, force est de constater que le requérant sur lequel pèse la charge de la preuve de la loi étrangère à laquelle est soumise sa prétention, est resté en défaut d'établir la teneur de la loi des British Virgin Islands en ce qui concerne les droits des souscripteurs de parts d'un fonds d'investissement.

Il échet partant de faire application de la loi du for laquelle a vocation à s'appliquer dans cette hypothèse et de retenir sur base des jurisprudences précitées que le requérant n'a pas qualité à agir contre le dépositaire du fonds.

Il y a partant lieu de dire que la demande du requérant dirigée en sa qualité d'actionnaire contre la banque en tant que dépositaire du fonds **FONDS.1.)** est à déclarer irrecevable.

L'action dirigée contre **BQUE.1.)** en tant que dépositaire des titres acquis sur son conseil

L'article 1927 et l'obligation de restitution qui en découle à charge de la banque ne peut dès lors être invoqué par le requérant que dans le contexte du dépôt des titres **FONDS.1.)**.

Dans ce contexte la banque fait valoir qu'elle s'est acquittée de son obligation de conservation puisque les parts de **FONDS.1.)** sont toujours créditées sur le compte du client.

Elle invoque l'article 1933 du Code civil aux termes duquel le dépositaire n'est tenu de rendre la chose déposée que dans l'état où elle se trouve au moment de la restitution, les détériorations qui ne sont pas survenues de son fait sont à charge du déposant.

C'est à juste titre que la banque fait valoir qu'elle n'est pas garante de la valeur des titres.

Les parties en cause n'étaient en effet pas liées par un contrat de gestion de valeurs mobilières qui comporte à charge du banquier l'obligation de gérer le portefeuille en bon père de famille et dès lors de prendre , aux lieu et place du client et dans son intérêt, toute mesure que dicte la connaissance de tout évènement affectant la vie de la société émettrice et susceptible d'influer sur la valeur des titres en question.

S'agissant d'un contrat de dépôt liant les parties litigantes, si la banque assume au titre des obligations accessoires à ce contrat les obligations inhérentes à la détention des titres, aux droits qui y sont attachés et à leur restitution, son obligation d'information ne concerne cependant pas les évènements affectant la vie de la société émettrice, aussi défavorables soient- ils. En effet, le contrat de dépôt étant étranger à la gestion, il n'implique aucune intervention de l'intermédiaire financier dans la gestion des valeurs.

Ainsi, par application des articles 1915 et 1932 du Code civil, la banque a seulement l'obligation de veiller à la conservation matérielle et juridique des titres.

Dans ce contexte son obligation est circonscrite aux faits susceptibles d'affecter les titres eux-mêmes, tel que le regroupement de titres, l'augmentation de capital, les échanges les conversions ou les tirages de primes.

Décider que le banquier doit informer le déposant des évènements susceptibles d'affecter la valeur des titres, c'est mettre à sa charge une obligation de surveillance de la valeur financière du titre. Or c'est là une obligation qui ne résulte pas de la nature du contrat de dépôt de titres, et l'article 1135 du Code civil ne permets pas aux juges d'étendre les obligations des parties au-delà de ce qu'autorise la nature du contrat (cf. Cour d'Appel 20 juin 2001 no 23977 du rôle).

La responsabilité de la banque ne peut dès lors être recherchée sur le fondement du contrat de dépôt.

<u>L'action dirigée contre la banque en tant que mandataire du client.</u>

A. Le défaut de mandat d'acheter les titres **FONDS.1.)**.

Le requérant fait encore plaîder que la responsabilité de la banque serait engagée à son égard concernant la quasi-totalité des ordres d'achat du fonds **FONDS.1.)** exécutés sans son accord.

Il reconnaît seulement avoir donné l'instruction datée du 16.06.2006 portant sur 577,3 parts du fonds et se prévaut d'un courrier du 21 août 2009, dans lequel il aurait énuméré toutes les opérations pour lesquelles il conteste avoir donné des instructions d'achat.

La défenderesse fait valoir que chacun des investissements dans **FONDS.1.)** a été correctement renseigné dans les évaluations de portefeuille ratifiées par le client qui a retourné signés les approuvés de compte du 14 septembre 2006 et 15 novembre 2007 et que ces investissements auraient été contestés pour la première fois lorsque **FONDS.1.)** aurait décidé de suspendre le rachat de ses parts.

Le relevé du 15 novembre 2007 ne reprend pas nommément les titres **FONDS.1.)** mais mentionne un investissement en fonds alternatifs de 977.032,23 EUR sur un total investi de 1.974.572 EUR.

En revanche les évaluations de portefeuille adressées au requérant en date des 30 septembre 2006, 31 décembre 2006 et 31 mars 2007 reprennent de façon détaillée les investissements dans le fonds **FONDS.1.)**, de sorte que c'est à bon droit que la partie défenderesse invoque la ratification tacite de ces opérations par le silence gardé à la réception des extraits de compte conformément aux conditions générales.

C'est en vain que le requérant fait valoir qu'il n'aurait pas eu connaissance desdites opérations en raison de la convention de poste restante conclue avec la banque alors que suivant une jurisprudence constante (cf. notamment C.A 22 avril 2009 no32760 du rôle) la convention de poste restante est une facilité librement choisie par le client qui doit supporter les conséquences résultant d'une négligence de sa part concernant l'inspection régulière des relevés de compte. Si le client signe une telle clause il doit se rendre à la banque pour prendre connaissance des extraits de compte et autres documents mis à sa disposition.

On s'accorde à reconnaître que la ratification du mandat valide non seulement les actes accomplis par le mandataire au-delà des limites de son mandat, mais aussi ceux que ce dernier a accomplis **sans** mandat ou en vertu d'un mandat nul.

Le requérant est partant forclos à en contester la matérialité.

Il y a dès lieu de rejeter sa demande en communication des ordres de souscription, formulée sur base de l'article 288 du NCPC.

En ce qui concerne les achats intervenus postérieurement à ce document en date du 31 juillet 2007, ils sont ratifiés par le silence gardé suite à la réception des décomptes de bourse du 16.08.2007 (pièce 19 farde Arendt).

Enfin en ce qui concerne la différence de 224,964 parts entre la situation de portefeuille du client au 25 février 2010 et l'addition des décomptes produits en cause, les explications de la banque suivant lesquelles ces parts proviennent d'un transfert depuis un autre compte ouvert au nom du client clôturé en mars 2008 sont corroborées par les pièces versées en cause (Farde II Arendt pièce 2).

Ce moyen laisse donc d'être fondé.

La ratification si elle établit définitivement la matérialité des instructions données, ne prive cependant pas le requérant de rechercher la responsabilité de la banque pour manquement à son obligation d'information et de mise en garde.

B. L'obligation d'information et de mise en garde du banquier dans le contexte du mandat.

Même dans le cadre d'un simple contrat de compte-courant/dépôt, avec mandat d'effectuer des opérations de bourse sur ordre spécifique, la banque est débitrice d'une obligation de renseignement et de conseil envers son client. Il s'agit d'une obligation de moyens qui varie en fonction de l'expérience bancaire et boursière du client, du type d'opération envisagée et de l'obligation du client de s'informer.

Ainsi, le banquier doit éclairer de manière suffisante et loyale son client sur les produits et services bancaires et boursiers utilisés, ainsi que sur les risques encourus, l'obligation de conseil se limitant toutefois dans le cadre de la relation visée (simple contrat de compte-courant avec mandat d'effectuer des opérations boursières) à une obligation de mise en garde, le banquier n'ayant, dans ce type de relation contractuelle, pas la charge de diriger les investissements de son client.

Dans ce contexte, le requérant fait valoir que les titres **FONDS.1.)** ne correspondaient absolument pas à son profil d'investisseur, alors qu'il aurait souhaité investir à long terme avec un objectif de sécurité des placements.

Le fonds **FONDS.1.)** lui aurait été vendu comme étant en adéquation avec ses objectifs, **BQUE.1.)** vantant dans l'argumentaire destiné aux investisseurs l'excellente liquidité du portefeuille, la performance absolue positive stable.

Il souligne la contradiction existant entre le prospectus du fond, qui fait état d'investissements dans des sous-fonds, et la brochure commerciale du fonds estampillée **BQUE.1.)** qui donne à penser que les investissements opérés selon une stratégie très élaborée étaient le fait du fonds lui-même, aucune mention n'y étant faite d'investissements dans des sous-fonds.

Il relève encore le caractère contradictoire de l'information fournie alors que si la banque lui a fait signer le même jour une décharge soulignant les risques liés aux investissements dans des fonds alternatifs, la brochure commerciale ne mentionne mot de ces risques et insiste au contraire sur les avantages du fond, à savoir une performance positive stable.

Enfin il souligne encore le caractère peu adapté dudit investissement à son profil dont il conteste le caractère dynamique.

La banque se défend d'avoir manqué à son obligation d'information.

Elle conteste le fait que la brochure en question aurait été remise au requérant et fait valoir que celui-ci qu'elle qualifie d'investisseur averti, puisqu'il aurait déjà investi dans d'autres fonds alternatifs, aurait suffisamment été mis en garde par la signature de la décharge soulignant les risques liés à un tel type d'investissement.

Dans la cadre d'un simple contrat de compte courant/dépôt avec mandat d'effectuer des opérations de bourse sur ordre spécifique, la banque est débitrice d'une obligation de renseignement et de conseil envers son client.

Il s'agit d'une obligation de moyens qui varie en fonction de l'expérience bancaire et boursière du client, du type d'opération envisagée et de l'obligation du client de s'informer.

Lorsque la banque a de sa propre initiative suggéré à son client d'investir dans un titre particulier, l'obligation générale de renseignement et de conseil de la banque se trouve fortement accrue, surtout lorsque comme en l'espèce la banque est distributeur du fonds et est partant intéressée à la vente des parts.

La Cour de Cassation française dans plusieurs décisions récentes (cf. p.ex. Cass Com. fr. 24 juin 2008 pourvoi n°06-21.798, arrêt n°740, D.2008. AJ 1202, obs. X. Delpech), énonce en substance que l'obligation d'information de l'intermédiaire financier doit obéir à un principe de cohérence et que le banquier doit se garder de diffuser des informations contradictoires.

Il n'est pas normal que le banquier délivre deux informations différentes, l'une objective, l'autre trop optimiste. (cf. Recueil Dalloz 2008 p.1892 publicité en matière de produits financiers, cohérence avec l'investissement proposé. Note Xavier Delpech).

En l'espèce le requérant s'est vu soumettre le même jour pour signature une décharge l'informant en termes génériques sur les risques liés aux investissements en hedge funds et une brochure commerciale éditée par la banque pour ses clients (il n'a pas été soutenu qu'il s'agissait d'un document interne à la banque) insistant exclusivement sur les avantages du produit, dont la dernière page est de la teneur suivante :

*« **4. AVANTAGES DU PRODUIT***

- *Univers d'investissement représentant les plus grosses capitalisations américaines*
- *Arbitrage de volatilité effectué uniquement par les biais d'un marché organisé*
    - *Excellente liquidité du portefeuille*
    - *Faible risque débiteur*
- *Performance absolue positive stable*
- *Décorrélation des marchés d'action »*

C'est par ailleurs à juste titre que le requérant relève que cette présentation est encore trompeuse et en contradiction avec le prospectus du fond, alors que la lecture de la brochure laisse penser que tels sont les principes d'investissement du fonds **FONDS.1.)** et ne mentionne pas que les actifs sont en fait investis dans d'autres fonds.

A cela s'ajoute que, s'agissant en l'espèce de la commercialisation des parts d'un fonds alternatif étranger constitué dans un centre financier offshore (îles Vierges britanniques) non soumis à une surveillance permanente dans son état d'origine et partant considéré par l'autorité de contrôle luxembourgeoise comme non réglementé

et partant limité au Luxembourg à une offre privée (cf. droit bancaire et financier au Luxembourg Tome 4 no 45-19 et suivants), il aurait appartenu à la banque de fournir à l'investisseur au moment de la commercialisation de ce produit des informations sur cette particularité et ses conséquences, notamment quand à l'étendue de sa responsabilité en tant que dépositaire du fonds qu'elle estime d'après ses dernières conclusions se limiter en l'espèce à la conservation des actifs et ne pas s'étendre à la surveillance des activités de la société de gestion au vu de l'inapplicabilité à ces fonds de la loi luxembourgeoise du 20 décembre 2002.

Au vu de l'ensemble de ces considérations, il échet de retenir que la banque a manqué à son obligation d'information respectivement de mise en garde en ne fournissant pas au requérant une présentation cohérente de ce produit ainsi que des informations plus complètes sur le fonds lui-même, lequel offrait moins de garanties qu'un fonds règlementé .

La banque conteste encore tout lien de causalité avec le préjudice allégué, à savoir la perte de valeur des parts du fonds faisant valoir que le requérant n'établirait pas que s'il avait connu les informations que la banque a omis de lui transmettre, il n'aurait pas acquis les parts du fonds **FONDS.1.)**.

C'est précisément pour prendre en compte le fait qu'aucune certitude ne peut être acquise que le client aurait agi autrement s'il avait été en possession des informations adaptées que la jurisprudence considère de façon constante que le dommage doit être indemnisé sur base d'une simple perte de chance de ne pas investir dans un autre placement et ne se confonds pas avec le montant nominal de l'investissement réalisé sur base de l'information incomplète (cf. Droit des marchés financiers, Thierry BONNEAU, éd. Economica no 400).

L'idée sous-jacente est que la liberté de choix de l'investisseur victime d'une fausse information a été faussée et qu'il a été privé de la possibilité d'exercer un arbitrage éclairé quant au placement de ses fonds.

La réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée (Civ 1ere 16 juillet 1998, Bull.civ.I no 260).

Elle ne peut présenter un caractère forfaitaire et doit consister en une fraction du préjudice.

Eu égards aux éléments de l'espèce notamment au revenu constant rapporté par le fonds à la date à laquelle ses parts ont proposées au requérant et à la situation générales des marchés pour la période concernée, le tribunal estime ex aequo et bono à 30 % les chances perdues de ne pas avoir investi dans un autre produit.

La demande est dès lors à déclarer fondée pour les montants de 171.668 EUR et de 38.504 USD.

La demande ayant été déclarée partiellement fondée sur la base contractuelle, il n'y a pas lieu d'examiner la base délictuelle invoquée en ordre subsidiaire.

En ce qui concerne la demande de production de pièces (contrats liant la banque au fonds **FONDS.1.)** ainsi que le contrat liant celui-ci aux deux sous-fonds ainsi qu'à

FONDS.2.)), cette demande est à rejeter. En effet, et compte tenu du fait que d'un côté le requérant n'a pas qualité à agir contre la banque en tant que dépositaire du fonds **FONDS.1.)** et que de l'autre coté le manquement de la banque au niveau de son obligation d'information et de conseil résulte déjà à suffisance de droit des pièces versées, cette demande n'est pas pertinente.

Il échet encore d'allouer au requérant une indemnité de procédure de 1.500 EUR alors qu'il serait inéquitable de laisser à sa charge l'intégralité des frais exposés non compris dans les dépens.

PAR CES MOTIFS :

Le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, quinzième section, siégeant contradictoirement en matière commerciale suivant la procédure civile, le juge de la mise en l'état entendu en son rapport,

dit la demande irrecevable pour autant qu'elle est dirigée contre la société **SOC.2.)**,

dit non fondée la demande reconventionnelle en allocation de dommages et intérêts formulée par **SOC.2.)**

dit non fondée la demande en allocation d'une indemnité de procédure de la société **SOC.2.)** sur base de l'article 240 du NCPC,

dit la demande formulée par **A.)** contre la **BQUE.1.)** recevable

la **dit** fondée jusqu'à concurrence des montants de 171.668 EUR et de 38.504 USD,

partant **condamne** la **BQUE.1.)** à payer à **A.)** les montants de 171.668 EUR et 38.504 USD avec les intérêts légaux à date de la demande en justice jusqu'à solde,

rejette la demande en communication de pièces par la partie requérante,

condamne la **BQUE.1.)** à payer à **A.)** une indemnité de procédure de 1.500 EUR sur base de l'article 240 du NCPC,

déboute la **BQUE.1.)** de sa demande formulée sur base de l'article 240 du NCPC

condamne la **BQUE.1.)** aux frais et dépens de l'instance à l'exclusion des frais de la demande dirigée contre **SOC.2.)** lesquels restent à charge du demandeur.