Jugement commercial XV No. 533 / 12

Audience publique du mercredi, deux mai deux mille douze.

Numéro 135261 du rôle

Composition :

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

E n t r e :

Monsieur **A.)**, gestionnaire, propriétaire, demeurant à T-**(…)** (Tunisie), **(…)**, Résidence **(…)**, **(…)**,

élisant domicile en l'étude de Maître Fernand ENTRINGER, avocat, demeurant à Luxembourg,

demandeur, aux termes d'un exploit de l'Huissier de Justice Geoffrey GALLE de Luxembourg, en date du 21 septembre 2010,

comparant par Maître Florence HOLZ, avocate, demeurant à Luxembourg, en remplacement de Maître Fernand ENTRINGER, avocat susdit,

e t :

la société anonyme **BQUE.1.) S.A.**, anciennement « **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 de Luxembourg sous le numéro **(…)**,

défenderesse, aux fins du prédit exploit Geoffrey GALLE,

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

Le Tribunal :

Ouï la partie demanderesse par l'organe de son mandataire Maître Florence HOLZ, avocate, en remplacement de Maître Fernand ENTRINGER, avocat constitué, demeurant tous les deux à Luxembourg.

Ouï la partie défenderesse par l'organe de son mandataire Maître Glenn MEYER, avocat, en remplacement de Maître Philippe DUPONT, avocat constitué, demeurant tous les deux à Luxembourg.

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 18 janvier 2012.

Madame la Vice-Présidente Karin GUILLAUME entendue en son rapport à l'audience du 21 mars 2012.

Par exploit de l'huissier de justice Geoffroy GALLE du 21 septembre 2010, **A.)** a donné assignation à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en « matière civile », à la société anonyme **BQUE.1.)**, en abrégé « **BQUE.1.)** » (anciennement **BQUE.1'.)**) pour s'entendre condamner à lui payer le montant de 113.000 euros, avec les intérêts légaux à partir du 1er novembre 2008, sinon à compter de la demande en justice, jusqu'à solde.

Le requérant demande encore une indemnité de procédure de 2.500 euros sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile, la majoration du taux d'intérêts de trois points trois mois à compter de la décision à intervenir, la condamnation de la défenderesse à tous les frais et dépens de l'instance ainsi que l'exécution provisoire sans caution du jugement à intervenir.

BQUE.1.) conclut à l'irrecevabilité sinon au débouté des demandes adverses et réclame reconventionnellement le paiement d'une indemnité de procédure de 2.500 euros sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile ainsi que la condamnation de la demanderesse à tous les frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Me DUPONT.

A l'appui de sa demande basée principalement sur la responsabilité contractuelle et subsidiairement sur la responsabilité quasi-délictuelle, le requérant expose qu'il a été en relation d'affaires avec la banque **BQUE.1.)** et que cette dernière lui avait conseillé en 2006 d'acheter des parts dans le fonds **FONDS.1.)**, fonds enregistré au Cayman Islands et pour lequel la banque était dépositaire (*custodian*).

En conformité avec les dispositions du prospectus du fonds, la demande de rachat des parts devait se faire 65 jours de calendrier avant la date de rachat (*Redemption Day*). Comme date possible de rachat, le prospectus prévoyait le premier jour de calendrier de chaque trimestre tout en stipulant encore que le remboursement allait intervenir 30 jours ouvrables après la date de rachat et sur base de la dernière valeur nette d'investissement (VNI) calculée avant la date de rachat.

A.) soutient qu'il aurait fait usage de la faculté de rachat au printemps de l'année 2008 en ayant adressé en mai 2008 un mail à la banque (en la personne de Monsieur **B.)**). Le requérant expose ne pas avoir gardé une copie de l'ordre en question. Il se base sur un courrier de la banque du 16 avril 2009, signé par **C.)** et **D.)**, qui se réfère à un

« *ordre de vente relatif aux parts* ***FONDS.1.)/(…)/(…)*** *adressé par mail courant mai 2008 et confirmé en août 2008* ».

Compte tenu des termes de ce courrier, la banque serait en aveu d'avoir reçu l'ordre de rachat en mai 2008. Le requérant estime qu'il serait à la banque de prouver que la lettre du 16 avril 2009 serait contraire à la vérité et il demande la production de tous les documents internes à la banque justifiant l'enregistrement de la réception de l'ordre de vente. Au besoin, le requérant demande l'audition de **C.)**, **D.)** et **E.)**.

En conformité avec les dispositions du prospectus, la première date de rachat possible aurait dû être le 1er octobre 2008 avec un paiement à intervenir au plus tard début novembre 2008 (30 jours ouvrables après le *redemption day*). En n'ayant pas pris les démarches nécessaires pour assurer le rachat des parts avec date de rachat au 1er octobre 2008, la banque aurait commis une faute causant un préjudice à hauteur de 113.000 euros (valeur de l'investissement à la date où le remboursement aurait dû intervenir).

Le requérant invoque encore les obligations de garde et de surveillance de la banque en tant que dépositaire du fonds. A ce titre, il expose que nonobstant l'existence d'une obligation de résultat en ce sens, la banque ne serait pas en mesure de restituer les fonds lui confiés. Par ailleurs, en ayant permis que les avoirs de **FONDS.1.)** soient confiés à « **F.)** », la banque aurait encore failli à son obligation de surveillance.

La banque **BQUE.1.)** confirme que le requérant avait investi dans le fonds **FONDS.1.)** tout en précisant qu'il avait par ailleurs acheté des parts du fonds **FONDS.2.)**. En août 2008, **A.)** aurait donné l'ordre de vendre les parts investis dans ces deux fonds. Etant donné que les calendriers de rachat et de remboursement des deux fonds auraient été différents (le calendrier de **FONDS.1.)** fixerait des délais plus longs), seul l'ordre de rachat des parts **FONDS.2.)** aurait pu être exécuté avant la découverte de la « fraude **F.)** » en décembre 2008. En effet, suite à la découverte de cette fraude, le rachat des parts ainsi que le calcul de la VNI des deux fonds ont en effet été suspendus de sorte que l'ordre de rachat des parts **FONDS.1.)** n'a pas pu être exécuté.

La banque fait valoir que le requérant ne serait pas en mesure de produire l'ordre de rachat prétendument intervenu par mail en mai 2008. Elle ne trouverait aucune trace d'un tel ordre et sollicite la production de cet ordre en estimant qu'il appartiendrait à **A.)** de prouver l'existence de l'ordre de rachat. Dans ce contexte, la banque fait valoir que le courrier du 16 avril 2009 ne confirmerait aucunement l'existence d'un ordre ferme et inconditionnel. Ce courrier ne saurait valoir aveu extrajudiciaire quant à l'existence d'un tel ordre alors qu'un tel aveu, qui serait pour le surplus révocable, ne saurait porter que sur des points de fait. Quant à la demande en production de pièces, la banque soutient qu'une telle demande serait dénuée de sens puisqu'il n'y aurait aucune trace de l'ordre de mai 2008.

La défenderesse expose ensuite que le client n'aurait subi aucun dommage alors que la VNI calculée avant la découverte de la « fraude **F.)** » était erronée et que la VNI réelle en octobre 2008 aurait été proche de zéro compte tenu du fait que les actifs investis auprès de la société **SOC.1.)** (la société de **F.)**) étaient en réalité inexistants. Tout paiement fait sur base de cette VNI erronée serait indu et par ailleurs sujet aux actions « claw-back » intentées par le liquidateur de **SOC.1.)**. **BQUE.1.)** soutient encore que le préjudice du requérant ne serait pas certain alors que les parts **FONDS.1.)** se trouvent toujours dans son portefeuille de sorte que le prétendu

préjudice ne serait que potentiel et non définitif. **BQUE.1.)** fait ensuite valoir que le dommage, lié à l'exécution prétendument tardive de l'ordre de rachat, à le supposer établi, ne pourrait pour le surplus s'analyser que comme une perte de chance et que la réparation d'une telle perte de chance ne saurait être égale au montant que le client aurait dû recevoir. La défenderesse expose qu'il n'y aurait aucun lien causal entre la prétendue faute de la banque et le préjudice invoqué alors que le non-remboursement du client trouverait son origine non dans la prétendue exécution tardive de l'ordre de rachat mais dans la « fraude **F.)** ».

En ce qui concerne les prétendues fautes de la banque en sa qualité de dépositaire, **BQUE.1.)** fait valoir qu'il y aurait lieu de distinguer entre les obligations de la banque en tant que dépositaire du fonds **FONDS.1.)** et celles en tant que dépositaire du client.

L'action dirigée contre la banque en tant que dépositaire du fonds serait irrecevable sinon non fondée pour défaut d'intérêt et de qualité d'agir dans le chef du requérant alors que seule la société serait recevable à demander réparation du préjudice social consistant dans la perte de la valeur des parts du fonds. Dans le même contexte, **BQUE.1.)** fait encore valoir que les dispositions de la loi du 20 décembre 2002 concernant les OPC ne seraient pas applicables au fonds **FONDS.1.)**, incorporé aux Îles Cayman et que la banque n'aurait assumé aucune obligation de surveillance.

Concernant les obligations du dépositaire des avoirs du client, **A.)** resterait en défaut d'apporter le moindre indice permettant de conclure à une faute de la banque. La banque insiste dans ce contexte qu'elle ne serait pas garante de la valeur des titres dont la conservation lui est confiée.

A titre liminaire, il convient 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 affaire 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.

Pour établir l'existence de l'ordre de rachat transmis en mai 2008, le demandeur invoque un courrier du 16 avril 2009 en soutenant que la banque serait, compte tenu du contenu dudit courrier, en aveu d'avoir reçu l'ordre de rachat.

Il convient de relever que l'aveu permet de faire la preuve de toute sorte d'acte ou de fait juridique. Ainsi, à titre d'exemple, peut être prouvé par le biais d'un aveu (…) un mandat (Cass. req., 22 juin 1926 : S.1926,1, p.243). L'aveu se définit comme la reconnaissance d'un fait ; avouer une règle de droit ou son applicabilité est une contradiction dans les termes et n'a pas de sens car l'existence de la règle de droit n'est pas sujette à contestation. Enoncer qu'un aveu ne peut porter que sur des points

de fait et non sur des points de droit, cela signifie simplement que l'avouant doit se borner à produire des éléments de fait sans prétendre en proposer une qualification ou une analyse juridique quelconque (cf. Jurisclasseur civil, sub. Art 1354 à 1356, fasc 10, n° 20 et s.)

L'affirmation contenue dans le courrier de la défenderesse du 16 avril 2009 selon laquelle l'ordre de vente de **A.)** portant sur les parts **FONDS.1.)/(…)/(…)** aurait été « *adressé par mail courant mai 2008 et confirmé en août 2008* » porte sur des points de fait et constitue dès lors un aveu extrajudiciaire.

La preuve qu'il y a lieu d'attacher à l'aveu extrajudiciaire est abandonnée à l'appréciation du tribunal (cf. op. cit., fasc 20, n° 49). En l'absence de texte spécifique l'aveu extrajudiciaire est, quant à sa révocabilité, soumis au droit commun. L'auteur de l'aveu extrajudiciaire ne peut pas revenir à sa guise sur ce qu'il a déclaré. Dans l'interprétation de l'aveu extrajudiciaire, le juge peut mettre n'importe quel argument dans la balance, y compris les rétractations et les changements d'attitude de l'auteur de l'aveu (cf. op. cit. n° 54 ; cf. Trib. d'arrondissement Luxembourg, XIe section, 4 novembre 2004, rôle 81 448).

Il convient de relever que la défenderesse se limite à affirmer qu'elle ne serait pas en mesure de trouver une trace relative au prétendu ordre adressé par mail courant mai 2008. La défenderesse ne prend cependant aucunement position pour expliquer le fait que plusieurs représentants de la banque ont confirmé dans le courrier du 16 avril 2009 l'existence d'un mail adressé en mai 2008.

La banque reste par ailleurs en défaut de fournir des explications quant à la mention « *confirmé en août 2008* » contenue dans son courrier du 16 avril 2009. On ignore en effet si c'est la banque qui aurait confirmé en août l'ordre de mai du requérant ou si c'est le requérant qui aurait confirmé en août son propre ordre envoyé en mai. Dans ce contexte, il convient de relever que le requérant, en faisant référence au courrier du 16 avril 2009, conclut que « *La banque est aussi en aveu d'avoir confirmé cet ordre de vente en août 2008 avec date de validité 29 août 2008* » (cf. conclusions de Me ENTRINGER du 8 septembre 2011, page 3) de sorte que **A.)** conteste donc la thèse selon laquelle ce serait lui qui aurait confirmé l'ordre de rachat en août. La banque reste par ailleurs en défaut de produire un quelconque document relatif à un ordre transmis en août (ou à une confirmation de la part du requérant intervenue en août). A relever encore que la banque ne fournit aucune explication pour justifier dans quelle mesure et pour quelle raison une confirmation (soit de sa part, soit du requérant) aurait été nécessaire.

Il y a ensuite lieu de rappeler le contexte très particulier dans lequel le courrier du 16 avril 2009 a été envoyé. Ce courrier a en effet été rédigé suite à la découverte de la « fraude **F.)** » qui a entraîné la suspension du calcul de la VNI et des demandes de rachat du fonds. La banque a donc nécessairement dû se rendre compte de l'importance que revêtait la question de savoir si l'ordre de vente a été adressé déjà en mai et non seulement en août 2008. Il résulte d'ailleurs des termes mêmes de la lettre du 16 avril 2009 (il s'agit d'une lettre en réponse à un courrier du requérant du 16 février 2009 ; ce courrier n'étant cependant pas versé comme pièce) que la banque a pris un certain délai pour répondre (« *nous tenons à vous présenter nos plus sincères excuses pour le délai de notre réponse* ») de sorte qu'il y a lieu de conclure que ledit courrier a été rédigé en pleine connaissance de cause et suite à une analyse approfondie par la défenderesse du dossier du requérant.

Dans ces conditions, et à défaut de la moindre explication pour justifier le prétendu caractère erroné des termes du courrier du 16 avril 2009, il convient de retenir que l'ordre de rachat des parts portant sur les parts **FONDS.1.)** est parvenu à la banque en mai 2008.

Quant à la demande en production de l'ordre de rachat formulée par la banque, il y a lieu de rappeler qu'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).

Alors que le requérant avance qu'il n'a pas gardé de copie du mail de mai 2008, l'existence d'une telle copie n'est pas vraisemblable de sorte que la demande en production forcée de cette pièce est à rejeter.

En conformité avec les dispositions du prospectus du fonds (prévoyant des dates de rachat au premier jour de calendrier de chaque trimestre) et en tenant compte du préavis de 65 jours de calendriers, le rachat aurait dû se faire au 1er octobre 2008 et le paiement aurait dû intervenir au plus tard début novembre 2008 (30 jours ouvrables après le *redemption day*).

En n'ayant pas pris les mesures nécessaires pour assurer un rachat pour le 1er octobre 2008, la banque a dès lors commis une faute de nature à engager sa responsabilité.

La banque conteste encore le préjudice du requérant.

Pour être réparable, le préjudice doit être licite, certain, personnel et direct (ce dernier critère s'exprime par l'exigence d'un lien causal entre le fait dommageable et le dommage).

Il convient de relever, et la banque ne le conteste d'ailleurs pas, qu'en cas d'exécution de l'ordre de rachat avec effet au 1er octobre 2008 (c'est-à-dire en l'absence de faute de la banque), le compte du requérant aurait été crédité de la somme de 113.000 euros (calculée sur base de la dernière VNI) et ceci au plus tard pour début novembre.

Le non-remboursement début novembre de la contrevaleur des parts calculée sur base de la dernière VNI est donc la suite directe de la non-exécution de l'ordre de rachat reçu en mai (la circonstance que la suspension du calcul de la VNI en décembre a été causée par la « fraude **F.)** » et non par une faute de la banque n'est pas pertinente à ce niveau).

Le dommage matériel subi par le requérant est dès lors à considérer comme préjudice direct et personnel. Ce dommage consiste dans la moins-value accusée, c'est-à-dire dans la différence entre la valeur du portefeuille du requérant et celle qui aurait été la sienne si la banque n'avait pas commis de faute.

Ayant investi un montant de 111.412,54 dans le fonds **FONDS.1.)** en 2006, le préjudice du requérant est par ailleurs à considérer comme licite et il importe dès lors peu, au niveau de l'appréciation du préjudice, de savoir si suite à l'exécution de l'ordre de rachat, le remboursement aurait été réalisé sur base des actifs injectés par de nouveaux investisseurs (au lieu de résulter de la vente d'actifs).

Compte tenu des circonstances particulières liées à la « fraude **F.)** », il convient encore de conclure que le dommage existe de manière certaine dans la mesure où il n'y a pas de probabilité raisonnable que la moins-value puisse être réduite de manière significative.

En dernier lieu, il y a encore lieu de relever que la banque ne produit aucune pièce et ne fournit aucune précision quant au moyen relatif à une éventuelle action « claw-back » du liquidateur de **SOC.1.)**. Ce moyen est dès lors également à rejeter.

Compte tenu de ce qui précède, la demande du requérant est à déclarer fondée pour le montant de 113.000 euros, avec les intérêts légaux à compter de la demande en justice, jusqu'à solde.

Etant donné que la créance de **A.)** n'est pas à considérer comme créance résultant d'une « transaction commerciale » au sens du chapitre 1 de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et intérêts de retard, le demandeur a droit à la majoration du taux d'intérêt de trois points à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la signification du jugement.

Il convient encore d'allouer au requérant une indemnité de procédure de 1.000 euros alors qu'il serait inéquitable de laisser à sa charge l'intégralité des frais exposés non compris dans les dépens.

Eu égard à l'issue du litige, la demande formulée par la défenderesse en paiement d'une indemnité fondée sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile est à rejeter.

Le demandeur conclut encore à l'exécution provisoire sans caution du jugement à intervenir. Les jugements rendus en matière commerciale sont exécutoires par provision de plein droit, mais moyennant caution. L'exécution provisoire sans caution ou justification de solvabilité suffisante ne peut être ordonnée que dans les cas autorisés par l'article 567 du Nouveau code de procédure civile, à savoir, lorsqu'il y a titre non attaqué ou condamnation précédente dont il n'y a pas appel.

Tel n'étant pas le cas en l'espèce, il n'y a pas lieu d'ordonner l'exécution provisoire du présent jugement sans caution.

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 la demande recevable,

la **dit** fondée pour le montant de 113.000 euros,

condamne la société anonyme **BQUE.1.)** à payer à **A.)** la somme de 113.000 euros, avec les intérêts légaux à compter de la demande en justice, jusqu'à solde,

dit que le taux de l'intérêt légal sera majoré de trois points à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la signification du jugement,

condamne la société anonyme **BQUE.1.)** à payer à **A.)** le montant de 1.000 euros à titre d'indemnité de procédure,

rejette la demande en allocation d'une indemnité de procédure formulée par la société anonyme **BQUE.1.)**,

dit qu'il n'y a pas lieu d'ordonner l'exécution provisoire du présent jugement sans caution,

condamne la société anonyme **BQUE.1.)** aux frais et dépens de la présente instance, à l'exception des frais supplémentaires occasionnés par le choix de la procédure civile qui doivent rester à charge de la demanderesse.