

Jugement commercial II No.950/17

Audience publique du vendredi, sept juillet deux mille dix-sept.

Numéro 163 847 du rôle

Composition :

Anick WOLFF, 1^{ère} vice-présidente ;
Nathalie HILGERT, 1^{er} juge ;
Thierry SCHILTZ, juge ;
Paul BRACHMOND, greffier.

E n t r e :

Monsieur **X.**), directeur de société, demeurant à Ch-(...), (...);

partie demanderesse aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLE de Luxembourg en date du 10 décembre 2013 ;

défenderesse sur reconvention, comparant par Maître Arnaud SCHMITT, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg,

e t :

- 1) la société européenne **UBS Europe SE**, établie et ayant son siège à D-60306 Francfort, Operturm, Bockenheimer Landstrasse 2-4, immatriculée au registre de commerce de l'Amtsgericht de Francfort sous le n° HRB 107046, agissant au titre de sa succursale UBS EUROPE SE, Luxembourg Branch, représentée par les représentants permanents de UBS Europe SE pour l'activité de la succursale, établie à L-1855 Luxembourg, 33A, avenue John F. Kennedy, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 209123 ;
- 2) la société anonyme **UBS Fund Services (Luxembourg) SA**, établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 33A, 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 58535 ;

parties défenderesses aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLE en date du 10 décembre 2013 ;

demandereses par reconvention, comparant par la société anonyme ELVINGER HOSS PRUSSEN SA, établie et ayant son siège social à L-1340 Luxembourg, 2, place Winston Churchill, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 209469, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Marc ELVINGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

- 3) La société coopérative **SOC1.) Luxembourg SC**, anciennement **SOC1.) Luxembourg SARL**, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son gérant actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...);

partie défenderesse aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLE de Luxembourg en date du 10 décembre 2013 ;

comparant par Maître Henri DUPONG, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg.

L e T r i b u n a l :

Faits

En 2003, **X.)** a investi dans le fonds d'investissement **SOC3.) Limited Standard Class EUR** (ci-après « **SOC3.)** ») en souscrivant à 100 parts pour un montant de 1.000.000,- EUR.

Le 28 mars 2006, il a demandé la conversion de ces 100 parts en 98,420 parts du fonds **SOC3.) II Limited levered EUR** (ci-après « **SOC3.) II** »).

Le 15 octobre 2008, il a de nouveau souscrit à 33,105 parts pour un montant de 500.000,- EUR dans **SOC3.) II**.

SOC3.) et **SOC3.) II** sont des sociétés d'investissement constituées selon le droit des Îles Vierges Britanniques.

La société anonyme UBS (Luxembourg) SA, entretemps devenue UBS EUROPE SE (ci-après UBSL »), est *custodian* et *Prime Bank* (cf. Confidential Memorandum d'août 2007 de **SOC3.)II**, p. 3 et 6) et la société anonyme UBS Fund Services (Luxembourg) SA (ci-après « UBS FS ») est agent administratif de **SOC3.) II**. Réviseur externe du fonds est la société **SOC1.) Audit Luxembourg SARL**, actuellement **SOC1.) Luxembourg SC** (ci-après « **SOC1.) Luxembourg** »). *Investment Manager* et *Investment Adviser* sont respectivement la société de droit suisse **SOC4.) Partners (suisse) SA** et la société de droit luxembourgeois **SOC4.) Partners SA**.

Tous les actifs de **SOC3.) II** ont été investis dans **SOC3.)** qui lui a investi ses avoirs auprès de **SOC5.)** (ci-après « **SOC5.)** »).

En raison de la fraude **SOC5.)** découverte en décembre 2008, les parts ont perdu leur valeur.

Procédure

Par exploit d'huissier du 10 décembre 2013, **X.)** a assigné UBSL, UBS FS et **SOC1.)** Luxembourg à comparaître devant le tribunal de ce siège.

L'ordonnance de clôture de l'instruction est intervenue le 10 mai 2017.

Le juge rapporteur a été entendu en son rapport oral à l'audience du 14 juin 2017.

Prétentions et moyens des parties

X.)

X.) demande qu'UBSL et UBS FS soient condamnées solidairement, sinon in solidum, sinon chacune pour sa part, à lui payer la somme de 1.986.447,- EUR au titre de la perte de la valeur des parts dans **SOC3.)** Il au 15 octobre 2008 ainsi que la somme de 1.128.317,90 EUR au titre de la perte de chance pour le gain manqué dans **SOC3.)** Il à compter du 16 octobre 2008.

Il sollicite encore des dommages et intérêts pour préjudice moral de 20.000,- EUR ainsi qu'une indemnité de 30.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Il demande que le jugement soit assorti de l'exécution provisoire sans caution et déclaré commun à **SOC1.)** Luxembourg.

La demande est basée sur l'article 1382, sinon sur l'article 1383 du Code civil, sinon sur toute autre base légale.

En relation avec le moyen d'irrecevabilité de la demande développé par les entités UBS, **X.)** réplique qu'au regard du droit des BVI, il ne saurait être considéré comme actionnaire des titres de **SOC3.)** Il et ses droits ne pourraient pas être assimilés à ceux d'un actionnaire. Ainsi, l'exigence d'un préjudice personnel et distinct de celui de la collectivité des actionnaires ne saurait-elle lui être opposée. En effet, il ne serait que le bénéficiaire économique/investisseur final sans lien de droit avec **SOC3.)** Il. La solution serait identique en droit luxembourgeois dans la mesure où un fonds ne reconnaîtrait la qualité d'actionnaire qu'à la personne inscrite au registre nominatif des actionnaires.

Il n'en resterait pas moins qu'il aurait subi un préjudice personnel, en ce que qu'il aurait perdu son investissement, et distinct de la collectivité des actionnaires, pour la plupart des banques, qui n'auraient pas subi de préjudice personnel sous réserve du mécontentement de leur clients.

Dans la mesure où **SOC3.)** Il resterait inactif, lui dénier le droit d'agir reviendrait à lui enlever tout recours.

Selon le demandeur, toute personne qui prétend qu'une atteinte a été portée à un droit lui appartenant et qui profitera personnellement de la mesure qu'elle réclame a un intérêt personnel à agir en justice et donc qualité pour le faire.

En relation avec son intérêt et sa qualité à agir en tant que bénéficiaire économique, il se réfère au courrier du 21 juillet 2010 et à la procuration du 20 juillet 2011 de la

société **SOC2.)** & Cie. Il en résulterait que **SOC2.)** & Cie aurait agi en son propre nom mais pour le compte de **X.)**.

Pour contrecarrer l'argument des défenderesses selon lequel un cas identique aurait déjà donné lieu à un jugement du 21 février 2014 et qui serait entièrement transposable au cas d'espèce, **X.)** se réfère à ce jugement et à l'*affidavit* portant sur le droit des BVI y repris pour conclure que seuls les points a) et b) dudit *affidavit* pourraient s'appliquer en l'espèce et non pas le point c) dont le jugement aurait tiré des conséquences.

Les fautes d'UBSL et d'UBS FS auraient consisté dans l'inexécution de leurs obligations contractuelles vis-à-vis du fonds, et, avec la complicité de ce dernier, à donner une apparence de respectabilité à **SOC3.)** Il afin d'y attirer des investisseurs.

Les fonctions respectives de banque dépositaire et d'agent administratif d'UBSL et UBS FS dans le cadre de **SOC3.)** Il auraient incité **X.)** à investir dans **SOC3.)** Il et à conserver son investissement. Or, les entités UBS n'auraient pas correctement exercé leurs fonctions et auraient failli à leurs obligations.

En effet, le dépositaire, outre la garde des actifs, assumerait la fonction de contrôle de la régularité des opérations du fonds. Il devrait savoir à tout moment de quelle façon les actifs sont investis et où et comment ils sont disponibles. En sous-déposant les actifs du fonds auprès de **SOC5.)**, UBSL aurait intentionnellement renoncé à cette surveillance.

Alors que, selon les *Confidential Memorandum* et l'*Operating Memorandum*, UBS FS était l'agent administratif en charge de différentes missions dont le calcul de la VNI, celle-ci aurait en réalité dévolu ses fonctions à **SOC6.)** Financial Products et au groupe **SOC4.)**.

Quant au dommage subi, **X.)** invoque la perte de son investissement d'une valeur de 1.986.447,- EUR au 15 octobre 2008 et, subsidiairement, la perte de la chance de ne pas investir dans **SOC3.)** Il et/ou de ne pas conserver cet investissement.

Sauf à contester l'ensemble des moyens développés par les entités UBS, **X.)** n'a pas pris position quant à la demande reconventionnelle pour procédure abusive et vexatoire.

UBSL et UBS FS

Les entités UBS concluent à l'irrecevabilité de la demande, et à titre subsidiaire, à son caractère non fondée. Elles réclament, à titre reconventionnel, des dommages et intérêts de 5.000,- EUR pour procédure vexatoire et abusive et une indemnité de 5.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Les entités UBS soulèvent l'incompatibilité des demandes. En effet, **X.)** ne saurait leur reprocher tout à la fois de ne pas avoir empêché le détournement des actifs de **SOC3.)** Il (perte de son investissement) et de ne pas avoir assumé leurs obligations ou de ne pas l'avoir correctement informé du fait qu'elles n'assuraient pas les missions leur dévolues par la loi et les documents publics de **SOC3.)** Il (perte de la chance de ne pas investir).

En relation avec les faits tels qu'exposés par le demandeur, les entités UBS mettent l'accent sur leur rôle limité de *custodian* et d'*administrative agent* au sein de **SOC3.)** II, rôle qui n'aurait certainement pas provoqué la décision prise par **X.)**, homme d'affaires averti et bien informé, d'investir dans ce fonds. Elles n'auraient, à aucun moment et à aucun titre, été en charge de la politique d'investissement de **SOC3.)** II, mission qui incombait à **SOC4.)** Partners (Suisse) SA.

En droit, la demande de réparation du préjudice né du détournement des actifs de **SOC3.)** II serait irrecevable en ce qu'elle tendrait à la réparation d'un préjudice social. D'un commun accord des parties, le droit des BVI s'appliquerait à la question de savoir si l'actionnaire d'un fonds est recevable à agir en réparation du préjudice subi par lui du fait de la perte, par le fonds, de ses actifs. Or, ce droit ne reconnaîtrait pas un tel droit d'agir, à l'instar de ce qui est le cas en droit luxembourgeois. Seul le fonds serait habilité à agir en réparation du préjudice subi par lui du fait de la perte de ses actifs. La situation du demandeur serait à assimiler entièrement à celle d'autres investisseurs dont les actions judiciaires ont été déclarées irrecevables selon une jurisprudence constante.

Que le demandeur se qualifie d'actionnaire ou de bénéficiaire économique, il agirait toujours à la place de la société qui, elle, a subi un préjudice qui se répercute sur les investisseurs.

Cette demande serait encore irrecevable pour défaut de qualité à agir d'un simple bénéficiaire économique. Si un actionnaire n'a pas le droit d'agir, a fortiori un simple bénéficiaire économique des actions émises par un fonds d'investissement n'en dispose pas.

L'intérêt économique qu'une personne peut, de manière indirecte, avoir dans une certaine situation ne lui conférerait pas pour autant un intérêt juridiquement protégé lui permettant d'agir directement, en contournant ou ignorant la constellation juridique à l'origine de laquelle elle se trouve généralement elle-même.

Selon la jurisprudence en effet, si un bénéficiaire économique a un intérêt économique à agir, cet intérêt ne serait cependant ni légitime, ni juridiquement protégé.

A titre subsidiaire, les parties UBS font valoir que les conditions d'exercice d'une action en responsabilité délictuelle ne seraient pas données en l'espèce. Le demandeur ne rapporterait pas la preuve d'une faute délictuelle envisagée indépendamment d'un point de vue contractuel.

Aucune faute ne saurait leur être reprochée en leurs fonctions de *custodian* et d'*administrative agent* de **SOC3.)** II. En particulier UBSL n'aurait été que dépositaire du cash du fonds et n'aurait, tout comme UBS FS qui n'était en charge que du calcul de la VNI, pas la qualité de gestionnaire de **SOC3.)** II. Dans leurs fonctions respectives, elles auraient été étrangères à la fraude commise au détriment des fonds par **SOC5.)** et n'auraient pas pu prévenir ou éviter cette fraude.

Plus subsidiairement, les entités UBS contestent le dommage. Le demandeur ne serait pas en droit de réclamer la réparation du préjudice consistant dans la perte des prétendues plus-values réalisées sur son investissement initial comme elles étaient purement fictives. Il ne saurait dès lors pas non plus réclamer réparation des

bénéfices qu'il aurait pu réaliser au courant des cinq ans ayant suivi la découverte de la fraude. Il pourrait tout au plus réclamer sa mise initiale de 1.500.000,- EUR.

En relation avec la demande de réparation du préjudice né de la perte de la chance de ne pas investir, les entités UBS concluent à son incompatibilité avec la demande formulée en ordre principal et dès lors à la voir écarter.

Les entités UBS contestent finalement encore le dommage moral.

Dans le cadre de leur demande reconventionnelle, elles reprochent au demandeur d'avoir introduit et maintenu la présente demande nonobstant l'existence d'une jurisprudence constante ayant dénié à l'actionnaire le droit d'agir dans le cadre de demandes similaires. Le demandeur aurait agi avec la plus grande légèreté et aurait commis une faute leur ayant causé un dommage.

SOC1.) Luxembourg

SOC1.) Luxembourg se rapporte à prudence de justice quant à la recevabilité et le bien-fondé de la demande. Elle demande la distraction des frais et dépens au profit de son mandataire.

Appréciation

Demande principale

Le demandeur prétend avoir intérêt et qualité à agir.

Au cours de ses diverses conclusions, **X.)** se qualifie lui-même d'actionnaire, d'investisseur, de simple bénéficiaire économique ou encore de bénéficiaire économique/investisseur.

Indépendamment de ces différentes qualifications, il est constant en cause qu'il est tiers par rapport aux entités UBS qui n'ont de relations contractuelles qu'avec le fonds **SOC3.)** II.

Il est également constant que **X.)** a investi de l'argent dans le fonds **SOC3.)** II, qu'il se dit lésé par les fautes ou omissions commises par les entités UBS dans le cadre de l'exécution du/des contrat(s) qui les lie(nt) à **SOC3.)** II et d'avoir subi un dommage en relation causale directe avec ces fautes ou omissions. Quelle que soit la qualité dans laquelle il agit concrètement, il demande l'indemnisation d'un même dommage.

Abstraction faite de la véritable nature de la relation entre **X.)** et **SOC3.)** II, la question essentielle qui se pose en l'espèce est celle de savoir si une personne qui dit avoir investi dans un fonds d'investissement et qui fait valoir un dommage en relation avec des fautes contractuelles commises par des entités contractuellement liées audit fonds a qualité à agir contre ces entités. Le critère essentiel qui permet de répondre à cette question a trait au dommage que cette personne invoque plutôt qu'à la qualité dans laquelle cette personne agit, étant entendu que seul le fonds a qualité à agir en responsabilité du dommage qu'il a subi.

Il faut ainsi déterminer si **X.)** a subi un préjudice personnel et distinct de celui subi par le fonds lui-même ou s'il réclame le préjudice social.

En effet, selon une jurisprudence luxembourgeoise constante, une partie demanderesse qui dit avoir investi dans un fonds d'investissement et ayant lui-même subi un préjudice n'a pas qualité à agir directement contre le dépositaire ou autre cocontractant du fonds pour violation de ses obligations contractuelles envers le fonds (voir la série de jugements prononcés le 4 mars 2010 ainsi que les arrêts de confirmation rendus le 15 juin 2016). Il y est retenu que les « actionnaires n'ont pas la qualité pour exercer en justice un droit dont seule la société peut être titulaire: la personnalité morale 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 que le préjudice a été subi dans le patrimoine social et non dans celui des actionnaires ».

Cette même solution doit forcément s'appliquer aux personnes se prétendant simples investisseurs ou bénéficiaires économiques si et dans la mesure où elles font valoir, tout comme les actionnaires, un dommage en réalité subi par le fonds.

Il a été retenu que les demandeurs dont les actions ont été déclarées irrecevables n'allèguent pas de préjudice personnel distinct du préjudice subi par la personne morale elle-même dont ils sont les investisseurs, leur préjudice invoqué n'étant que la conséquence directe du préjudice subi par le fonds.

En effet, en matière de fonds d'investissement, le lien entre le patrimoine de la société et la valeur de la part est 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, de sorte que les pertes subies par les actifs de cette société sont directement répercutées sur les investisseurs.

Par rapport aux fonds de droit étranger, il a été décidé qu'en ce qui concerne les conditions d'ouverture de l'action en justice, la loi compétente dépend de la nature juridique de l'action, selon que prédomine son caractère processuel ou son caractère substantiel. Son régime sera gouverné par la loi du tribunal saisi ou par la loi régissant le fond du litige ou le statut personnel du titulaire du droit d'action (TAL, 21 février 2014, n°133087 du rôle).

La loi du tribunal saisi détermine les caractères de l'intérêt dont celui qui agit doit justifier. La condition que l'intérêt allégué soit direct et personnel dépend elle-même de la loi du for.

En l'occurrence, l'application de la loi du for doit être combinée avec la loi du statut personnel du titulaire du droit d'action. En effet, les incapacités générales relèvent du statut personnel, même quand elles s'appliquent à un acte particulier comme l'action en justice (Droit international privé par Batifol et Lagarde t. II no 702).

En droit international, la loi organique du groupement régit sa capacité judiciaire de jouissance, c'est à elle qu'il revient de dire si un membre individuel a qualité pour exercer en son nom personnel l'action qui appartient au groupement. On est ainsi conduit à l'application cumulative de la loi du for et de la loi du groupement.

En vertu de la loi du for, l'allégation par l'actionnaire ayant engagé une action à l'encontre d'un cocontractant de la société d'un préjudice personnel et distinct de celui qui pourrait être subi par la société elle-même est une condition de recevabilité

de l'action individuelle, et non pas de son bien-fondé (cf. Cass. com. fr. 8 févr. 2011 JurisData n°2011-001343).

La compétence de la loi de la société gouverne donc le droit de l'associé.

En relation avec un fonds soumis à la loi des BVI, il a été retenu, sur base notamment de la jurisprudence et d'un *affidavit* relatif au droit des BVI que les solutions consacrées en droit des BVI sont en fait identiques à celles du droit luxembourgeois (TAL, 21 février 2014, n°133087 du rôle).

En effet, cet *affidavit*, qui, bien que non versé en l'espèce, a été contradictoirement analysé par les parties, est de la teneur suivante :

- a) *If the company does not have a cause of action, a shareholder may bring a claim for depreciation in the value of his shares ; and*
- b) *Where both the company and a shareholder have a cause of action, a shareholder may recover damages for any loss he suffers which is distinct from any loss suffered by the company.*

Consequently, a shareholder is entitled to maintain an action where:

- a) *The company itself has committed the wrong suffered by the shareholder ;*
- b) *A third party has committed the wrong and the shareholder, but not the company has a cause of action against that third party ; or*
- c) *As a result of some act by a third party, both the shareholder and the company have a cause of action but the shareholder has suffered loss which is distinct from the loss suffered by the company.*

X.) se prévaut des points a) et b) pour justifier son droit d'agir. Or, le point a) visant l'hypothèse où le fonds a commis une faute ayant causé le préjudice n'est pas applicable en l'espèce, cela impliquerait que l'action soit exercée contre le fonds.

Il n'est pareillement pas établi que le fonds n'ait pas le droit d'agir contre le tiers, hypothèse visée par le point b). L'argument selon lequel, en raison de la faute de la victime, le fonds serait déchu de son droit à indemnisation n'est pas concluant dans la mesure où, même à admettre une faute de la victime, une telle faute ne lui enlève pas le droit d'agir mais intéresse le fond de l'affaire.

Le cas d'espèce est visé par le point c) ci-dessus et il en résulte que l'action n'est recevable que dans la mesure où la partie demanderesse fait valoir un préjudice personnel distinct du préjudice subi par la personne morale elle-même dont elle est l'investisseur.

Le préjudice dont se prévaut **X.)** serait personnel et propre. Il consisterait principalement dans la perte de son investissement dans **SOC3.)** II et des gains qu'il pouvait espérer et, subsidiairement, dans la perte d'une chance d'investir dans un autre fonds et/ou de ne pas conserver son investissement dans **SOC3.)** II.

Aux termes de son assignation, **X.)** réclame le montant de 1.986.4547,- EUR au titre de la perte de valeur des parts et donc à la perte de son investissement. Au titre de la perte d'une chance de faire fructifier son investissement initial, il réclame le montant de 1.128.317,90 EUR correspondant au gain que son investissement aurait

rapporté au 10 décembre 2013 (ce montant est basé sur la progression de 9,084 % par an et 0,757 % par mois de l'investissement entre le 28 mars 2006 et le 15 octobre 2008). Sur base de ces taux la valeur de ses parts au 10 décembre 2013 aurait été de 3.114.764,90 EUR ce qui correspondrait à un gain manqué de 1.128.317,90 EUR.

Dans son dernier corps de conclusions, **X.)** demande à titre principal l'indemnisation pour la perte de son investissement (rubrique 2.7.1.). A « titre principal et en ordre subsidiaire », et après avoir exposé sous la rubrique a) le principe de la perte de chance, **X.)** demande, sous la rubrique b) intitulée « à titre principal, le dommage accessoire », l'indemnisation du gain manqué de 1.128.31790 EUR. Sous la rubrique c), intitulée « à titre subsidiaire, le dommage principal et accessoire », **X.)** développe finalement le moyen selon lequel il aurait donné l'ordre de souscrire en méconnaissance d'un élément déterminant de son consentement, à savoir le fait que les parties défenderesses n'assuraient pas les missions qui leur étaient dévolues par la loi et par les documents publics de **SOC3.)** II. Cela aurait entraîné la disparition de la chance d'investir dans un autre fonds et/ou de ne pas conserver son investissement dans **SOC3.)** II. Il en réclame indemnisation à hauteur de 1.986.447,- EUR.

Le préjudice résultant de la perte de l'investissement et évalué à 1.986.447,- EUR n'est en rien personnel et distinct mais se confond avec la perte subie par le fonds lui-même et la collectivité des investisseurs. Il en est de même du gain manqué que tous les investisseurs, au même titre que le fonds lui-même, ont à plaindre dans les mêmes conditions.

Quant à la demande de réparation du préjudice résultant de la perte de la chance de ne pas investir, les entités UBS en demandent le rejet dans la mesure où elle serait intrinsèquement incompatible avec la demande formulée en ordre principal. Les entités UBS ne précisent cependant pas sur quelle base juridique cette demande serait à écarter pour être incompatible avec celle liée à la perte de l'investissement, le simple fait d'être incohérent ne suffisant pas à cet égard.

Il a été jugé que la demande basée sur la perte d'une chance de ne pas investir différerait de celle basée sur la perte de l'investissement en ce que le dommage allégué ne consiste plus en la perte de valeur des parts mais en la perte d'une chance de décider de ne pas investir, respectivement de vendre en temps utile les parts détenues dans un fonds.

La différence entre ces deux demandes consiste en ce que dans le cadre de la demande basée sur la perte d'une chance, le dommage n'est pas celui, objectif, de la perte de valeur des parts par la faute des tiers assignés, mais l'appréciation subjective des investisseurs d'acheter, respectivement de vendre les titres au vu des fautes commises par ces tiers (Cour d'appel, 15 juin 2016, n°36177 du rôle notamment).

Le demandeur reproche aux entités UBS d'avoir donné au public une apparence d'un investissement financier contrôlé par des professionnels de renom et d'avoir dissimulé aux investisseurs les risques et dangers d'investir dans **SOC3.)** II ou d'en rester porteur de parts.

Dans la logique de ce raisonnement, il faut conclure que les investisseurs ont tous pris des décisions sur base des mêmes informations contenues dans les documents

tels que le *Confidential Memorandum. X.)* n'allègue même pas que les entités UBS aient dirigé un quelconque fait spécialement à son égard ou lui aient communiqué des informations dont les autres investisseurs n'auraient pas bénéficié. Pour autant que les reproches étaient à considérer comme fondés, l'ensemble des investisseurs, et le fonds lui-même, auraient dès lors été confrontés à un même comportement fautif entraînant les mêmes conséquences dommageables. Aucun préjudice personnel et distinct de celui de la communauté des investisseurs n'est partant établi.

X.) réclame encore indemnisation de son préjudice moral à hauteur de 20.000,- EUR. En raison des fautes intentionnelles, sinon lourdes des parties défenderesses, il aurait subi un préjudice moral suite à la perte définitive d'un investissement important. Dans son dernier corps de conclusion, il fait encore état de sa perte de confiance dans l'industrie des fonds d'investissements ainsi que de ses efforts et démarches, infructueux en raison des artifices usés par les entités UBS, entrepris depuis 2009 pour faire reconnaître ses droits.

Le préjudice moral caractérisé par le demandeur, à savoir les tracasseries subies, la perte de confiance n'a, dans le contexte des faits gisant à la base de la demande, à savoir la perte de son investissement dans **SOC3.)** Il suite à l'affaire **SOC5.)**, pas suffisamment d'existence concrète et autonome par rapport aux désagréments liés à la perte matérielle. Il n'est pas non plus suffisamment distinct et personnel à **X.)** pour lui ouvrir l'action individuelle. L'action individuelle ne devient donc pas recevable en raison de ce dommage moral invoqué.

L'action de **X.)** ne devient par ailleurs pas recevable en raison du défaut de **SOC3.)** Il de mettre en cause la responsabilité des entités UBS et d'agir judiciairement à leur encontre. Il est en effet admis que si la société n'exerce pas l'action contre le tiers, c'est la société qui devient responsable du préjudice subi par l'investisseur, et non pas le tiers.

Au vu de ce qui précède et à défaut d'avoir fait valoir un préjudice personnel et distinct du préjudice social subi par le fonds, la demande est à déclarer irrecevable pour défaut de qualité à agir.

Demande reconventionnelle

Il est de principe que l'exercice de l'action en justice est libre. Ceci signifie qu'en principe l'exercice de cette liberté ne constitue pas une faute, même de la part de celui qui perd le procès. En effet, chacun doit pouvoir défendre ses droits en justice sans craindre de se voir reprocher le simple fait d'avoir voulu soumettre ses prétentions à un tribunal en prenant l'initiative d'agir ou en résistant à la demande adverse (Jurisclasseur, Procédure civile, fasc. 125, action en justice, n° 61). L'exercice des voies de droit n'est répréhensible qu'au cas où le plaideur a commis un abus.

En l'espèce, il est certes vrai que la jurisprudence est fermement établie dans le sens de ne pas reconnaître le droit individuel pour un investisseur dans un fonds d'agir contre les contractants de ce fonds et que **X.)** était parfaitement au courant de cette jurisprudence au moment d'intenter la présente demande. Il n'en reste pas moins que chaque justiciable est en droit de demander qu'une juridiction se penche sur son cas d'espèce et statue à son égard.

Aucun abus ne saurait dès lors être constaté.

La demande reconventionnelle basée sur l'article 6-1 du Code civil est partant à déclarer non fondée.

La demande des entités UBS en allocation d'une indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile de procédure n'est pas fondée alors qu'elles ne justifient pas en quoi il serait inéquitable de laisser les frais non compris dans les dépens à leur charge.

Comme une partie qui succombe ne peut pas obtenir d'indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure civile, **X.)** est à débouter de sa demande y afférente.

Par ces motifs :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile, statuant contradictoirement,

déclare la demande principale irrecevable ;

déclare la demande reconventionnelle recevable mais non fondée ;

déboute les parties de leurs demandes en obtention d'une indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure civile;

condamne X.) aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Henri DUPONG, avocat concluant qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.