

Arrêt commercial

Audience publique du vingt-et-un janvier deux mille quinze

Numéro 39540 du rôle.

Composition :

*Roger LINDEN, président de chambre;
Marianne HARLES, conseillère ;
Elisabeth WEYRICH, conseillère;
Patrick KELLER, greffier.*

Entre :

A, établie et ayant son siège social à (...), représentée par son Board of directors, (...),

***appelante** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Martine LISÉ de Luxembourg du 21 janvier 2013,*

comparant par Maître Gérard SCHANK, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

et :

B, établie et ayant son siège social à (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le n° (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

***intimée** aux fins du susdit exploit LISÉ,*

comparant par Maître Alex SCHMITT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit de l'huissier de justice Martine LISÉ du 12 novembre 2010, A a donné assignation à B à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour voir condamner la défenderesse à lui payer principalement le montant de 1.061.245,11 euros, réduit en cours d'instance au montant de 1.018.167,13 euros et, à titre subsidiaire, le montant de 756.004,34 euros, à augmenter des intérêts tels que de droit à partir de la demande en justice jusqu'à solde. La demanderesse a requis la majoration du taux d'intérêt de trois points après un délai de trois mois suivant la signification du jugement, la capitalisation des intérêts, l'allocation d'une indemnité de procédure et l'exécution provisoire sans caution du jugement.

A a exposé avoir confié à B au mois de janvier 2007 la gestion discrétionnaire de ses avoirs dans l'objectif d'un placement à long terme avec la priorité de préserver avant tout la valeur de ses avoirs. Or, il se serait avéré que le montant du portefeuille a chuté de 87,25% entre le 31 décembre 2007 et le 31 décembre 2008.

La simple constatation de cette perte démontrerait à suffisance le comportement fautif de la banque dans la gestion de ses avoirs. Selon la demanderesse, les autres manquements de la banque dans cette gestion consistent dans la violation du profil d'investisseur de la requérante, dans la mise en compte de commissions anormalement élevées, dans l'acquisition d'un nombre particulièrement élevé de produits et fonds internes à la banque et dans l'omission d'informer en temps utile la requérante des pertes subies. Elle a soutenu qu'une personne non autrement identifiée a modifié à son insu le profil d'investisseur initialement défini par elle, en cochant une case correspondant à un risque plus élevé que celui qu'elle avait choisi.

La requérante a sollicité pour autant que de besoin la nomination d'un expert avec la mission de déterminer les manquements de la banque.

Par jugement contradictoire du 14 novembre 2012, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, a rejeté la demande de A en décidant que celle-ci n'a pas établi de faute dans le chef de B.

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal a retenu que B était tenue d'une obligation de moyens dans la gestion des avoirs de la demanderesse et que suivant les conditions générales de la banque, sa responsabilité ne pouvait être engagée qu'en cas de faute lourde établie à sa charge. Le tribunal a rejeté l'affirmation de la demanderesse que la faute de la banque était établie par la simple constatation de la perte de valeur considérable de son portefeuille. Le tribunal a retenu que la demanderesse devait être considérée comme investisseur averti et que dans le choix des placements

opérés, la banque n'avait pas violé le profil d'investisseur de la demanderesse. Le tribunal a estimé qu'il faut apprécier le comportement de la banque au regard de l'évolution globale du portefeuille, il a estimé que les avoirs acquis par la banque étaient suffisamment diversifiés et que c'est à tort que la demanderesse a reproché à la défenderesse d'avoir privilégié les investissements dans les produits de la banque elle-même. Le tribunal a encore rejeté l'argumentation de la demanderesse que la défenderesse ne l'a pas avertie à temps de la survenance de la perte et d'avoir mis en compte des commissions et des frais exorbitants.

Ce jugement a été signifié le 13 décembre 2012.

Par exploit d'huissier de justice du 21 janvier 2013, A a régulièrement interjeté appel contre ce jugement.

A l'appui de son appel, A a soutenu que contrairement à ce qui a été retenu par les premiers juges, il faut retenir, au vu du résultat désastreux de la gestion de l'intimée, que par ce seul fait, l'intimée est constituée en faute et que sa responsabilité est engagée. Ce serait par ailleurs à tort que les premiers juges ont retenu que le profil d'investisseur de l'appelante est celui d'un professionnel. Elle a soutenu que de sérieuses contradictions résultent des indications portées sur les différents documents qu'elle a signés à l'ouverture de son compte et que le seul fait que l'intimée a toléré l'existence d'un profil aussi contradictoire la constituait en faute. Ce serait à tort que les premiers juges ont pris en compte le profil et les investissements réalisés dans le passé en nom personnel par le bénéficiaire économique de l'appelante. En effet dans la mesure où un profil spécifique à l'appelante a été dressé lors de la signature du contrat de gestion de portefeuille avec cette partie, l'intimée n'aurait pas été en droit de se référer aux opérations effectuées dans le passé par son bénéficiaire économique pour déterminer la stratégie à appliquer dans la gestion des avoirs de l'appelante. Après le transfert des avoirs du bénéficiaire économique vers le compte de l'appelante, l'intimée aurait dû adapter la répartition des produits composant le portefeuille de l'appelante au profil de cette dernière. Or au lieu de ce faire et d'opter pour une politique plus conservatrice, l'intimée aurait adopté une politique encore plus spéculative.

B a répondu que l'appelante a défini son profil d'investisseur à l'identique de celui de son bénéficiaire économique au moment du transfert des avoirs de ce dernier sur le compte de l'appelante et que c'est à bon droit que la banque lui a attribué le profil d'investisseur professionnel. L'intimée a contesté avoir commis une quelconque faute dans la gestion des avoirs de l'appelante et elle a reproché à cette partie de se focaliser sur les résultats de l'année 2008 au cours de laquelle, comme tout le monde le saurait, a eu lieu la plus grande crise financière des dernières décennies. La banque a conclu à la confirmation de la décision des premiers juges.

Quant au rapport d'expertise unilatéral C :

Pour appuyer son affirmation que la banque n'a pas respecté son profil d'investisseur et a mal géré ses avoirs, l'appelante a versé un rapport d'expertise unilatéral dressé par C.

L'intimée a conclu au rejet de ce rapport au motif qu'il est unilatéral.

C'est à bon droit que l'appelante a conclu que ce rapport peut être maintenu aux débats et lui servir de moyen de preuve, alors qu'il est de principe qu'un rapport d'expertise, même unilatéral, peut valoir comme tel s'il a été régulièrement communiqué et soumis à la libre discussion des parties (Cassation 7 novembre 2002, n° 44/02). Il y a lieu de préciser qu'un rapport d'expertise unilatéral se distingue d'une expertise judiciaire qui est en principe inopposable à toute personne qui n'a pas été appelée ou représentée aux opérations de l'expert. L'intimée ne saurait se prévaloir des principes applicables aux rapports d'expertise judiciaire pour voir écarter le rapport unilatéral C des débats.

L'expertise unilatérale C ayant été communiquée à l'intimée qui a pu librement la discuter au cours de l'instance, l'appelante peut valablement s'en prévaloir à l'appui de son argumentation.

Approbation tacite des opérations :

L'intimée a soutenu que l'appelante est forclosée à critiquer les opérations effectuées sur son compte alors que par application des conditions générales du contrat conclu entre parties, l'absence de contestations à la réception des relevés de compte vaut approbation tacite des écritures y reprises. Elle a partant conclu à voir réformer le premier jugement sur ce point.

L'appelante a répondu que, tel que l'ont retenu les premiers juges, l'absence de contestations contre les relevés de compte ne saurait la priver de son droit de rechercher la responsabilité de l'intimée pour les fautes qu'elle a commises dans la gestion de ses comptes.

C'est à bon droit que les premiers juges ont retenu que l'approbation tacite des extraits de compte reprenant les opérations effectuées sur le compte du client ne prive pas le client d'agir ultérieurement en responsabilité contre la banque (G. Ravarani : La responsabilité civile des personnes privées et publiques, 3^{ème} éd., n° 599).

Ce moyen de l'intimée ne saurait partant valoir.

Quant à la nature de la responsabilité de la banque :

L'intimée a soutenu qu'en tout état de cause, sa responsabilité n'est que de moyens, de sorte que pour réussir dans son action, l'appelante doit établir l'existence d'une faute dans son chef. Il faudrait ajouter que suivant les conditions générales du contrat conclu entre parties, seule une faute lourde serait de nature à engager sa responsabilité.

L'appelante a reconnu que les obligations dépendant d'un aléa ne peuvent être que des obligations de moyens. Elle en a déduit que l'obligation principale du gestionnaire de portefeuille de gérer au mieux de ses possibilités les avoirs de son client constitue une obligation de moyens, mais elle a estimé que les obligations relatives au respect de la clé de répartition des actifs et au respect du profil du client ne sont pas affectées d'un aléa et constituent partant des obligations de résultat.

Il est admis que le mandat de gestion discrétionnaire présente un caractère essentiellement aléatoire en raison des nombreux éléments et circonstances échappant au contrôle du gestionnaire, en raison de l'aléa boursier. C'est pourquoi le gestionnaire ne garantit pas, en principe, l'obtention d'un rendement, d'une plus-value, le maintien de tout ou partie du capital investi ou la progression de la valeur du portefeuille. Il est donc admis que le gestionnaire de fortune n'est tenu que d'une obligation de moyens laquelle consiste à gérer au mieux le portefeuille de son client (G. Ravarani : La responsabilité civile des personnes privées et publiques, 3^{ème} éd., n° 597).

L'activité du gestionnaire de portefeuille forme un tout et il n'est pas possible de subdiviser l'obligation générale de diligence du banquier en sous-obligations soumises à des régimes juridiques différents. En effet ce qui importe dans l'appréciation du comportement du banquier, c'est de savoir si sa méthode de gestion s'inscrit dans la politique d'investissement défini par son client. Dans le cadre de l'appréciation du comportement du banquier, le juge prendra nécessairement en compte les différents critères de gestion qui ont pu être définis entre parties pour analyser si le banquier les a respectés. Au vu du résultat de cette analyse, le juge retiendra si le banquier a commis une faute ou non.

Il n'y a donc pas lieu de soumettre à un régime différent les diverses obligations s'imposant au banquier dans la gestion du portefeuille de son client. Au vu de l'aléa attaché au résultat de sa gestion, la responsabilité du banquier ne peut être retenue qu'en cas de faute prouvée.

En l'espèce, l'intimée s'est prévalue de ses conditions générales pour dire que sa responsabilité ne peut être engagée qu'en cas de faute lourde. L'appelante n'a pas pris position quant à ce moyen.

L'article 1 d) du contrat de gestion de portefeuille signé entre parties en date du 15 janvier 2007 prévoit que la responsabilité de l'intimée ne peut être engagée qu'en cas de « gross negligence » de la banque, partant en cas de faute lourde. Pour réussir dans son action dirigée contre l'intimée, l'appelante doit partant établir une faute lourde dans le chef de cette dernière.

Appréciation du comportement de l'intimée :

L'appelante a estimé qu'au vu du seul résultat de la gestion de ses avoirs, à savoir une perte de valeur de 87,25 % au cours de l'année 2008, il y a lieu de retenir que l'intimée a commis une faute.

C'est à bon droit que les premiers juges ont rejeté cette argumentation de l'appelante. En effet les règles de la responsabilité pour faute exigent qu'une faute concrète et précise soit établie à charge de la personne dont la responsabilité est recherchée. Raisonner par déduction du résultat obtenu revient à se satisfaire d'une présomption de faute découlant de ce résultat, mais ne tenant pas compte du comportement concret de la personne dont la responsabilité est recherchée. Un tel raisonnement contrevient au régime de la responsabilité pour faute et doit être rejeté.

L'appelante a reproché à l'intimée de ne pas avoir respecté son profil d'investisseur en appliquant une politique d'investissement trop spéculative. Aux premiers juges, l'appelante a reproché d'avoir défini son profil comme étant celui d'un investisseur professionnel, alors que son profil est celui d'un investisseur ne recherchant qu'un risque moyen. L'appelante a affirmé que les réponses figurant sur les différents documents qu'elle a signés lors de l'entrée en relation, sont en partie contradictoires et elle a estimé que l'intimée a commis une faute en se basant sur des données contradictoires pour définir le profil d'investisseur de son client.

L'intimée a fait répondre qu'il résulte des renseignements fournis par l'appelante lors de la signature du contrat de gestion que l'appelante a clairement manifesté sa volonté de ne pas se contenter d'une gestion à risque moyen, mais qu'elle a recherché des rendements élevés, entraînant forcément des risques plus élevés. L'appelante s'est référée dans ce contexte au comportement dans le passé du bénéficiaire économique de l'appelante, le dénommé D. Celui-ci aurait été lié à l'intimée par un contrat de gestion discrétionnaire depuis 1993 portant sur les avoirs qui ont été transférés en 2007 à l'appelante. Il résulterait de l'attitude de D tout au long des années pendant lesquelles il a géré ses avoirs en nom personnel, qu'il a adopté une politique dépassant celui d'un investisseur moyen. Selon l'intimée, elle a continué, et elle aurait été en droit de continuer cette même politique après le transfert des avoirs sur le compte de l'appelante et après la signature du contrat de gestion avec cette partie.

L'appelante a contesté que l'intimée ait pu se référer à l'attitude de D adoptée dans le passé, son profil d'investisseur devant être défini uniquement par rapport aux indications portées sur les documents qu'elle a signés lors de la signature du contrat de gestion du 15 janvier 2007.

Il y a lieu de définir le profil d'investisseur de l'appelante.

Lors de la signature du contrat de gestion discrétionnaire en date du 15 janvier 2007, l'appelante a répondu à un questionnaire versé en pièce 2 de la farde de pièces de Maître Schank. Les questions ayant été plus spécifiquement analysées par les parties sont les questions n° 1, 2, 5, 7 et 10.

En réponse à la question n° 1, l'appelante a répondu disposer de connaissances moyennes en matière de marchés financiers. A la question n° 2, elle a répondu avoir déjà investi dans le passé dans des fonds d'actions, des marchés sur devises et dans des produits dérivés. A la question n° 5, elle a répondu vouloir atteindre un rendement de plus de 7,5 %, ce qui correspond à la case maximum des rendements indiqués sur le questionnaire.

A la question n° 7, l'appelante a répondu, suivant l'intimée, en cochant la case b), indiquant qu'une progression élevée et à long terme de ses avoirs est importante pour elle et que pour arriver à ce résultat, elle est disposée à accepter d'importantes pertes à court terme. L'appelante a contesté avoir coché cette case et elle a affirmé qu'elle a coché la case c) qui indique que l'investisseur recherche surtout le maintien de la valeur de son patrimoine. Selon l'appelante, c'est une personne non identifiée qui a biffé la croix dans la case c) pour la mettre dans la case b). La Cour constate qu'il est un fait que la case c) avait été cochée, mais que cette mention a été biffée et que la case b) a été cochée. Aucune explication ou paraphe relative à ce changement ne résulte du document lui-même ou d'un autre élément du dossier.

A la question n° 10, l'appelante a coché la case b) dans laquelle il est indiqué que le client s'est décidé pour un investissement à risque moyen, afin d'atteindre un rendement à long terme relativement élevé, en acceptant d'éventuelles pertes à long terme.

Outre ce questionnaire, les parties ont encore versé un document intitulé « Medium risk » (pièce n° 3 de la farde de pièces de Maître Schank) et un document intitulé « Appendix » (pièce n° 10 de la farde de pièces de Maître Schmitt).

Le document intitulé « Appendix » versé par l'intimée porte une référence à A et est muni de la signature de D. Il est daté du 5 janvier 2007. Il doit donc être considéré comme émanant de l'appelante et il prévoit que les investissements peuvent être réalisés entre 0 et 100 % en obligations ou en actions et entre 0 et 20 % en d'autres titres.

Le document intitulé « Medium risk » versé par l'appelante prévoit une répartition des investissements de 50 % en actions, 40 % en obligations et 10 % en hedge funds. Ce document n'est pas signé et il n'est pas possible de déterminer dans quelles circonstances et à quelle date il a été établi et communiqué à l'appelante.

Il faut ajouter qu'en date du 15 janvier 2007, l'appelante a contracté une ouverture de crédit de 3.000.000 euros lui permettant d'acquérir des produits financiers et de bénéficier de l'effet de levier sur ces investissements.

Finalement, l'intimée a versé une pièce intitulée « Benachrichtigung über Ihre Kundeneinstufung », signée par D, portant la date du 14 janvier 2008, par laquelle la banque a fait savoir à l'appelante qu'elle la classait dans la catégorie d'un investisseur professionnel et qu'il lui était loisible de s'adresser à son conseiller pour voir modifier ce profil.

La Cour déduit de l'ensemble des éléments énumérés ci-dessus que c'est à bon droit que les premiers juges ont retenu que l'appelante a accepté les risques d'un investisseur professionnel et qu'elle ne saurait reprocher à la banque d'avoir mené une politique d'investissement trop spéculative par rapport à son profil.

Il faut en effet constater que si certes en réponse à certaines questions contenues dans le questionnaire qui lui a été soumis à la date de la signature du contrat de gestion de portefeuille, l'appelante a indiqué ne vouloir prendre qu'un risque moyen, il faut constater que par d'autres réponses, elle a indiqué sa volonté de rechercher des gains importants, en prenant le risque de pertes importantes. Ainsi à la question n° 5, elle a répondu viser le rendement le plus élevé proposé par la banque et à la question n° 7, elle a répondu en cochant la case b) prévoyant un rendement important avec une acceptation des risques également importante. La Cour se doit de constater qu'en ce qui concerne la modification que l'appelante a affirmé avoir été apportée à son insu à cette réponse, aucun élément du dossier ne permet de retenir que ces dires de l'appelante correspondent à la vérité. Il faut ajouter que si l'affirmation de l'appelante était exacte, il lui aurait été facile de la prouver en versant au dossier sa copie du profil qui lui a nécessairement été remise par la banque. L'appelante est restée en défaut de ce faire, de sorte qu'il faut admettre que la correction apportée au niveau de la question n° 7 reflète sa volonté et n'a pas été apportée par un tiers à son insu.

Concernant la répartition des avoirs entre actions, obligations, hedge funds et liquidités, il faut constater que la pièce n° 3 versée par l'appelante ne porte pas de date, ni de signature et il n'est pas établi dans quelles circonstances elle lui a été remise. Elle ne saurait partant être prise en compte dans l'appréciation du profil de l'appelante.

Par contre, l'intimée a versé une pièce datée du 5 janvier 2007 intitulée « Appendix », comportant la signature de l'appelante relative à la répartition des investissements (pièce 10 de la farde de pièces de Maître Schmitt), de laquelle il résulte que la banque était en droit d'investir entre 0 % et 100 % dans des actions ou des obligations et entre 0 et 20 % dans d'autres produits. La Cour déduit de cette pièce que c'est à bon droit que les premiers juges ont retenu que la banque avait une large marge de manœuvre dans la répartition des investissements qu'elle était en droit de réaliser pour le compte de l'appelante. C'est à tort que l'appelante a fait valoir que les indications de cette pièce ne sont pas précises, alors qu'il faut constater que les fourchettes de répartition et les catégories d'investissements y sont clairement définies. Il est vrai que sur le questionnaire auquel l'appelante a répondu en date du 15 janvier 2007, la répartition des avoirs illustrant le choix d'investissement y indiqué par l'appelante à la question n° 10 prévoit une répartition des investissements correspondant à 50 % d'obligations, 40 % d'actions et 10 % de hedgefunds. La Cour estime néanmoins que cette clef de répartition contenue dans un questionnaire général définissant le profil général de l'appelante ne saurait primer le document certes antérieur, car daté du 5 janvier 2007, mais qui a pour objet unique de définir la répartition des investissements. En signant cette pièce, l'appelante a nécessairement pris connaissance de la clef de répartition y prévue et elle ne saurait valablement prétendre qu'elle n'y a pas adhéré.

L'appelante n'a pas contesté que la répartition des investissements résultant du document « Appendix » a été respectée. La Cour estime qu'il y a partant lieu de passer outre à toute l'argumentation de l'appelante relative à la violation par l'intimée de la clef de répartition des investissements.

Concernant le profil général d'investisseur de l'appelante, il faut ajouter que l'appelante a, à l'instar de ce qu'avait fait son bénéficiaire économique dans le passé, signé le jour-même de la signature du contrat de gestion de portefeuille, une facility letter en vertu de laquelle elle s'est vu octroyer une ouverture de crédit de 3.000.000 euros lui permettant d'acquérir des produits financiers et de bénéficier de l'effet de levier sur ces investissements. Tel que l'a relevé l'intimée, ce contrat prévoit en son article 19, notamment au point b), que « The client hereby acknowledges being fully aware of the higher than usual risk inherent to investing in financial instruments such as Derivatives or other leveraged products. The Client hereby confirms expressly accepting this risk ». Les autres dispositions de l'article 19 ont également pour objet de rendre le client attentif au risque élevé engagé.

Il faut encore constater que l'appelante s'est vu adresser en janvier 2008 un courrier par l'intimée l'informant qu'elle était considérée comme investisseur professionnel et que si elle n'était pas d'accord avec ce profil, elle pouvait s'adresser à son conseiller

pour le voir modifier. Il ne résulte d'aucun élément du dossier que l'appelante ait profité de cette possibilité et soit intervenue auprès de la banque pour voir changer son profil d'investisseur. Il faut en déduire qu'elle a accepté et entériné ce profil.

C'est à tort que l'appelante a reproché à l'intimée de ne pas avoir changé sa politique d'investissement après le transfert des avoirs du compte personnel de son bénéficiaire économique sur son propre compte pour tenir compte du nouveau profil défini par l'appelante. La Cour constate en effet, à l'instar des premiers juges, que rien au dossier de l'appelante ne permet de retenir qu'au moment de reprendre à son nom les avoirs de D et de signer le contrat de gestion, elle a fait le choix clair et exprès de changer de politique d'investissement. Il résulte au contraire des éléments retenus ci-dessus que l'appelante a choisi à son tour un profil d'investisseur averti, prêt à prendre des risques. La Cour estime que c'est partant à bon droit que l'intimée a pu soutenir, et que les premiers juges ont pu retenir que dans la définition de la politique d'investissement, l'intimée a pu tenir compte de l'attitude prise dans le passé par le bénéficiaire économique de l'appelante. Aucune indication dans les réponses données par l'appelante dans les documents qu'elle a signés ni aucun autre élément du dossier n'étaient en effet l'affirmation de cette partie qu'elle a voulu opter pour une politique d'investissement plus conservatrice. Elle ne saurait partant reprocher à la banque de ne pas avoir mis en pratique une politique plus conservatrice à partir du transfert des avoirs à son compte.

Sur base de tous ces éléments, il faut retenir que c'est à bon droit que les premiers juges ont décidé que l'appelante était à qualifier d'investisseur professionnel et qu'elle a accepté un haut risque dans les investissements de ses avoirs. Le seul fait que dans deux réponses à des questions qui lui ont été posées lors de la détermination de son profil, elle ait pu faire référence à un risque moyen, ne remet pas en cause la conclusion déduite des autres éléments du dossier qu'elle était prête à accepter des pertes importantes en contrepartie d'un rendement élevé. Tel est le cas de ses réponses aux questions n° 2, n° 5 et n° 7. Ceci est encore conforté par le fait que l'appelante a signé une facility letter afin de financer par crédit certains investissements. Une telle lettre avait déjà été signée précédemment par son bénéficiaire économique et il ne résulte d'aucun élément du dossier que ce financement des investissements par crédit ne correspondait pas à la volonté délibérée de l'appelante. Finalement l'appelante ne s'est pas opposée au classement de son profil d'investisseur professionnel tel que l'intimée le lui a fait parvenir en janvier 2008, partant à une époque où elle aurait encore pu intervenir pour faire baisser les risques encourus, partant les pertes subies au cours de l'année 2008 qui constituent l'objet de son action dirigée contre l'intimée. Au vu de l'ensemble de ces éléments, l'appelante ne saurait reprocher à l'intimée de s'être contentée de dresser un profil contradictoire et de s'être autorisée sur base de ce profil à réaliser des opérations

spéculatives sur ses avoirs. Le profil de l'appelante tel qu'il se dégage des éléments qui précèdent n'était pas contradictoire.

Il résulte des développements qui précèdent que l'appelante n'a pas prouvé avoir eu un profil d'investisseur moyen et n'avoir accepté que des risques moyens. Elle ne saurait partant reprocher à l'intimée de ne pas avoir respecté son profil d'investisseur. Il y a lieu de préciser que l'expertise unilatérale versée au dossier par l'appelante pour établir qu'elle était à considérer comme un investisseur moyen et que la gestion de la banque était mauvaise, ne saurait remettre en cause les développements faits plus haut sur le véritable profil d'investisseur de l'appelante. En effet cette appréciation dépasse la mission susceptible d'être confiée à un expert et relève de la compétence des juges qui ont à connaître de l'affaire. Toute l'expertise C reposant sur la mauvaise prémisse que l'appelante avait le profil d'un investisseur moyen, il n'y a pas lieu de la considérer.

Aucune violation de son profil d'investisseur ne saurait partant être reprochée par l'appelante à l'intimée.

Dans ses développements à l'appui de son appel, l'appelante a encore reproché aux premiers juges de ne pas avoir retenu que la banque a mal géré ses avoirs en vendant le seul produit qui avait une performance positive, à savoir le fonds (...). Elle a affirmé que c'est à tort que les premiers juges ont retenu que la banque a agi correctement en sécurisant le bénéfice réalisé sur ce produit, en estimant qu'il n'était pas établi que ce produit a continué à évoluer positivement. L'appelante a fait valoir que l'intimée n'a pas rapporté la preuve de cette dernière affirmation.

L'appelante se trompe sur la charge de la preuve puisque c'est à elle qu'il appartient de prouver que l'intimée a commis une faute, voire même une faute lourde, et non pas à l'intimée de prouver que cette vente était justifiée. Faute par l'appelante d'établir que la vente de ce produit à la date à laquelle elle a été réalisée était manifestement inappropriée, elle ne saurait se prévaloir de cette vente pour voir retenir que l'intimée a mal géré ses avoirs. La Cour tient à souligner que l'expert C n'a pas critiqué la vente des fonds (...) à la date de leur réalisation, alors qu'il s'est borné à regretter la liquidation des avoirs spéculatifs et des pertes engendrées (page 19 du deuxième rapport C). Au contraire, l'expert a constaté qu'afin d'enrayer la chute des avoirs et de limiter les pertes, l'intimée était obligée de liquider certaines positions. Cette façon de procéder de l'intimée n'a partant pas été critiquée en tant que telle par l'expert.

L'appelante a encore reproché à l'intimée d'avoir investi de façon trop importante dans des produits de son propre groupe. L'intimée a contesté cette affirmation de l'appelante.

Même à supposer établie cette affirmation de l'appelante, il faut constater que l'appelante est restée en défaut d'établir que cette faute ait été à l'origine de la perte ou de son aggravation. L'appelante n'a en effet pas établi que les produits du groupe B ont moins bien résisté à la crise que d'autres produits émanant d'autres émetteurs. Une telle conclusion ne se dégage pas du rapport d'expertise C. Il faut relever que dans l'acte d'appel, l'appelante s'est référée sur ce point aux développements contenus dans ses conclusions notifiées le 14 septembre 2011 en première instance, développements qui n'ont pas été repris dans le cadre de l'instance d'appel. La Cour ne saurait partant en tenir compte. Ce reproche formulé par l'appelante à l'encontre de l'intimée n'est donc pas non plus fondé.

L'appelante a encore reproché à la banque d'avoir mis en compte des frais et commissions trop élevées. Pour établir cette faute dans le chef de l'intimée, l'appelante s'est basée sur le rapport d'expertise C.

Les conclusions de l'expert C sur ce point reposent sur des suppositions et des calculs hypothétiques. L'expert a lui-même écrit ne pas disposer des éléments suffisants pour réellement chiffrer les commissions mises en compte. Des imprécisions résultent de son rapport d'expertise. Aux pages 9/10 de son rapport, l'expert parle de frais manifestement trop élevés, tandis qu'à la page 11 de son rapport, il retient que les frais y analysés semblent corrects. Or à la page 11 de son rapport, l'expert reprend en compte les frais critiqués aux pages 9/10, sans qu'il ne soit possible de déterminer si ces constatations sont de nature à remettre en cause les conclusions antérieures de l'expert. Sur cette question de frais, l'expert a conclu à la page 17 de son rapport qu'une expertise approfondie s'imposait. La Cour en déduit que l'expert n'est pas convaincu de ses propres constatations et conclusions. Les constatations et conclusions de l'expert C sur ce point ne permettent partant pas de retenir l'existence d'une faute, à fortiori d'une faute lourde dans le chef de l'intimée.

Finalement, l'appelante a reproché à la banque de ne pas l'avoir avertie des pertes importantes à temps et d'avoir réalisé les actifs sans essayer de limiter la perte. A cet argument de l'appelante, il y a lieu de répondre qu'il n'est pas contesté que l'appelante s'est vu mettre à disposition les documents et extraits de compte reprenant les opérations réalisées sur ses avoirs. Elle était partant en mesure de contrôler l'évolution de son portefeuille. Il faut rappeler à ce sujet que le bénéficiaire économique de l'appelante, dont il n'est pas contesté qu'il était l'interlocuteur de la banque après le transfert des avoirs sur le compte de l'appelante, était un investisseur chevronné, disposant d'une expérience des marchés financiers de plus de dix années et étant parfaitement à même de comprendre les documents qui lui étaient soumis par la banque. Il faut ajouter que l'année 2008 était une année très particulière sur les marchés boursiers et que les pertes sur les produits financiers y enregistrées ne pouvaient

échapper à un investisseur un tant soit peu diligent. C'est partant à tort que l'appelante a soutenu que l'intimée ne l'a pas suffisamment informée de l'évolution de ses avoirs et de la perte réalisée en 2008.

L'appelante a formulé une demande à voir instituer une expertise dont elle a précisé la mission au dispositif de son acte d'appel.

La Cour constate que tous les points de cette mission, sauf éventuellement le point 3), sont relatifs à des appréciations de fait qui ne relèvent pas des compétences d'un expert, mais doivent être appréciés par les juges. Sur ces points, la Cour renvoie aux développements repris ci-dessus.

Quant au point 3) qui a trait à la vérification des commissions mises en compte par l'intimée, la Cour renvoie à ce qui a été dit plus haut, à savoir que l'appelante n'a versé aucun élément probant établissant son affirmation que les commissions mises en compte étaient exagérées. Tel qu'expliqué plus haut, l'expertise C ne fournit pas d'indications précises sur ce point. Or il est de principe qu'une mesure d'expertise ne saurait suppléer à la carence d'une partie dans l'administration de la preuve. Il n'y a partant pas lieu de faire droit à la demande d'expertise formulée par l'appelante.

Il résulte des développements qui précèdent que le jugement du 14 novembre 2012 est à confirmer en ce qu'il a retenu que la responsabilité de l'intimée n'est pas engagée.

Cette décision est encore à confirmer en ce qu'elle a débouté l'appelante de sa demande en octroi d'une indemnité de procédure pour les frais non compris dans les dépens relatifs à la première instance. Cette partie n'ayant pas réussi dans son appel, elle est également à débouter de sa demande d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

L'intimée n'a pas mis en cause dans le cadre de l'instance d'appel le fait qu'elle a été déboutée de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure formulée en première instance. Elle a par contre formulé une demande d'octroi d'une indemnité de procédure en instance d'appel.

Cette partie ayant dû exposer des frais non compris dans les dépens dans le seul but de se défendre contre un appel dénué de fondement, il y a lieu de lui allouer de ce chef la somme de 1.000 euros.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, sur rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit l'appel,

le dit non fondé,

confirme le jugement du 14 novembre 2012,

déboute A de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure,

condamne A à payer à B une indemnité de procédure de 1.000 euros,

condamne A aux frais et dépens de l'instance, avec distraction au profit de Maître Alex Schmitt qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.