Jugement commercial XV N° 295 / 08

Audience publique du mercredi, vingt-trois avril deux mille huit.

Numéro 97 114 du rôle

Composition:

Karin GUILLAUME, Vice-Présidente,
Marc WAGNER, juge,
Robert WORRE, juge,
Alain THILMANY, greffier.

E n t r e :

Monsieur **X.),** commerçant**,** demeurant à (…) (France), (…),

élisant domicile en l'étude de Maître Patrick WEINACHT, avocat, demeurant à Luxembourg,

partie demanderesse, aux termes d'un exploit de l'Huissier de Justice Georges NICKTS de Luxembourg en date du 22 août 2005 ;

comparant par Maître Patrick WEINACHT, avocat, susdit,

e t :

la société anonyme **BQUE.1.) S.A.**, ci-avant **« BQUE.1.) S.A. »**, établie et ayant eu 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 …,

partie défenderesse, aux fins du prédit exploit Georges NICKTS,

comparant par Maître Philippe DUPONT, avocat, demeurant à Luxembourg.

Le Tribunal :

Ouï la partie demanderesse par l'organe de son mandataire Maître Patrick WEINACHT, avocat, demeurant à Luxembourg.

Ouï la partie défenderesse par l'organe de son mandataire Maître Philippe DUPONT, avocat, demeurant à Luxembourg.

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 23 janvier 2008.

Madame la Vice-Présidente Karin GUILLAUME entendue en son rapport oral à l'audience du 27 février 2008.

Par exploit de l'huissier de justice Georges NICKTS du 22 août 2005, **X.)** a donné assignation à comparaître à la socété anonyme **BQUE.1.)** sur base des articles 1134 et suivants, des articles 1984 et 1915 du Code civil ainsi que de l'article 37 de la loi bancaire, sinon en ordre subsidiaire sur base de la responsabilité délictuelle pour se voir condamner à lui payer le montant de 952.202 EUR avec les intérêts légaux à dater de la mise en demeure jusqu'à solde.

Le requérant conclut en outre à se voir allouer une indemnité de procédure de 15.000 EUR sur base de l'article 240 du NCPC et à voir le présent jugement assorti de l'exécution provisoire sans caution.

Le requérant résident à (…) a pour activité la location de voiture et la vente de produits de parfumerie.

En 1997, il plaça un montant de 1.995.000 EUR auprès du **BQUE.1.)** et accorda un mandat de gestion très large à la banque.

Il signa également une convention de domiciliation auprès de la banque aux termes de laquelle celle-ci conservait le courrier relatif au compte.

Il soutient avoir convenu avec la banque une gestion du compte selon un profil dit « prudent » axé sur la préservation du capital investi et avoir exprimé le souhait que ses avoirs soient investis dans des valeurs européennes non spéculatives et dans des supports monétaires.

Fin 1999, il aurait rendu visite à son chargé de clientèle accompagné d'un ami, M. **A.)** et aurait convenu avec ce dernier de poursuivre la gestion prudente.

Au cours d'une seconde visite en novembre 2000, le requérant rendit une nouvelle visite à la banque et fut informé à cette occasion que la valeur de ses avoirs s'était fortement dépréciée, accusant une baisse d'environ 900.000 EUR.

En mars 2001 le requérant rencontra à nouveau son gestionnaire qui l'aurait rassuré, lui affirmant que la situation était maîtrisée.

L'examen des avis d'opéré relatifs à son compte qui furent communiqués à ses conseils en mai 2002 lui révèlerait qu'à dater du deuxième semestre 1999, son portefeuille aurait connu une double évolution à savoir un accroissement considérable de la part des investissements directs et le placement rapide de toutes les liquidités du portefeuille sur ces mêmes lignes d'actions.

Par ailleurs, il aurait encore relevé la fréquence considérable des opérations menées sur son portefeuille et les commissions conséquentes en résultant pour la banque.

A partir de 2001 la banque serait revenue à un profil de gestion équilibrée suite aux contestations du requérant sur la politique d'investissement.

Le requérant reproche à la banque d'avoir engagé sa responsabilité en ne s'en tenant pas au profil de gestion conservateur convenu entre parties.

Il conteste avoir accepté un changement du profil de gestion.

En ordre subsidiaire il reproche à la banque d'avoir failli à son obligation d'information et de conseil en ne l'informant pas spécifiquement des risques liés à un changement d'orientation de la politique de gestion de ses avoirs vers une gestion spéculative.

Dans ce contexte il invoque l'article 37 de la loi du 5 avril 1993.

La banque soulève in limine litis l'irrecevabilité de la demande pour autant qu'elle se fonde sur l'article 37 de la loi de 1993 alors que cette loi aurait un caractère règlementaire et administratif et ne conférerait pas de droits individuels à des particuliers.

Si elle reconnaît que le profil de gestion convenu entre parties était au départ conservateur, elle fait valoir qu'au cours d'une réunion entre parties le 10 septembre 1999, le client aurait indiqué qu'il souhaitait adopter un nouveau profil de gestion plus agressif alors qu'il voulait profiter des performances du marché des actions dans le domaine des nouvelles technologies.

Le gestionnaire lui aurait alors présenté le profil de gestion de type advisory axé sur ce type d'investissement, et en date du 21 octobre 1999, le client qui s'était rendu à Luxembourg, aurait fait valoir qu'il souhaitait que ses avoirs soient désormais gérés selon le profil de gestion advisory et que 80 % de son portefeuille devaient être investi dans des actions du secteur des nouvelles technologies.

Pour établir l'accord du requérant au changement d'orientation de la politique de gestion, la banque se prévaut de l'attestation testimoniale de Monsieur **B.)** versée par le requérant.

A l'occasion de la réunion du 21 octobre 1999, le client aurait indiqué à la banque qu'il était prêt à adopter un profil de gestion risqué dans la mesure où les avoirs déposés sur le compte ne représenteraient qu'une faible part de sa fortune.

En relation avec ce changement de gestion le client aurait adhéré au service e-private de la banque lui permettant de consulter la gestion de son compte online.

Par la suite il aurait été en contact régulier avec son gestionnaire de compte jusqu'en décembre 2000.

Ce n'est que le 26 mars 2001 que le client aurait pour la première fois contesté la gestion menée.

Au cours de cette réunion, le client aurait confirmé qu'il avait parfaitement connaissance des risques de perte car lui-même gérait un compte en ligne mais aurait reproché à la banque que son portefeuille n'aurait subi que les baisses des cours, sans profiter des hausses temporaires des cours.

En mars 2001, après qu'il eut dit à la banque que le profil advisory ne correspondait pas à ses souhaits, la politique de gestion aurait progressivement été réorientée vers un profil conservateur.

La banque fait plaider que l'attitude du requérant qui n'a jamais au cours des contacts avec le gestionnaire contesté le changement de politique établirait que celui-ci était conforme aux instructions données à la banque.

Le client se serait même déclaré satisfait de la gestion menée et de la performance du portefeuille dans une réunion avec la banque le 10 avril 2002.

Elle se prévaut dès lors de la ratification expresse par le client de la gestion menée.

En outre, elle estime encore qu'il y aurait ratification tacite de la politique menée, par le silence gardé à la réception des extraits de compte.

Elle estime dès lors que le client serait forclos à agir.

En ordre subsidiaire, elle fait plaider quant au fond que la banque n'aurait commis aucune faute en ne documentant pas par écrit le changement d'orientation de la politique menée accepté oralement par le client.

Elle relève encore que dans le cadre de sa gestion elle ne serait tenue que d'une obligation de moyens et que le requérant resterait en défaut de prouver la moindre faute dans son chef.

Dans ce contexte, elle fait encore valoir qu'en tout état de cause sa responsabilité ne pourrait être engagée que dans l'hypothèse d'une faute lourde.

Elle conteste encore toute violation de son obligation d'information et de conseil.

Elle invoque la faute de la victime qui aurait contribué à son préjudice en vendant précipitamment les titres à un moment où le marché était au plus bas, au lieu d'attendre une remontée des cours.

Quant au moyen d'irrecevabilité de la demande tiré du fait qu'elle se fonderait sur l'article 37 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier et les dispositions de la CSSF 2000/15.

Il résulte à suffisance de droit du dispositif de la l'assignation, que celle-ci est basée principalement sur les articles 1134 et suivants du Code civil, respectivement les articles 1984 et 1915 du même code. Même si l'article 37 de la loi du 5 avril 1993 également cité dans le dispositif, ne génère pas de droits directs en faveur des particuliers, rien n'empêche les tribunaux dans le cadre d'une action en responsabilité pour faute contre le professionnel d'apprécier l'existence de cette faute en s'inspirant indépendamment des stipulations contractuelles entre parties, des règles de conduite imposées à la banque par l'article 37 de la loi modifiée de 1993 sur le secteur financier.

La demande est partant recevable pour être valablement basée sur la responsabilité contractuelle de la banque.

Quant au bien-fondé de la demande :

Il est constant en l'espèce que les relations entre parties étaient régies par un mandat de gestion discrétionnaire signé le 13 juin 1997.

La banque reconnaît qu'il avait été convenu que les avoirs du client devaient être investis par la banque selon un profil de gestion conservateur.

La désignation du profil de gestion retenu n'a cependant pas fait l'objet d'un écrit, de sorte qu'il n'est pas surprenant que le changement d'orientation de la politique de gestion n'ait pas fait l'objet d'un écrit non plus.

Par ailleurs, même si la définition par écrit des objectifs de gestion est souhaitable ad probationem, force est de constater qu'en droit luxembourgeois aucun texte légal n'impose la rédaction d'un mandat de gestion écrit.

La banque soutient qu'en septembre 1999 le client aurait exprimé à son gestionnaire le souhait de s'écarter du profil équilibré initialement convenu pour adopter un profil de gestion plus dynamique aux fins de profiter des performances de l'époque du marché essentiellement dans le domaine des nouvelles technologies.

Ce choix aurait été confirmé lors d'une visite à Luxembourg le 21 octobre 1999.

La banque invoque à l'appui de cette version l'attestation testimoniale du gestionnaire de compte M. **B.)** versée par le requérant lui-même.

Le mandataire du requérant qui se prévaut de cette attestation pour établir le caractère initialement non spéculatif du mandat dénonce ensuite « la partialité évidente de cette attestation » lorsque le témoin continue en écrivant que le client aurait en octobre 1999 confirmé son choix pour un profil de gestion plus dynamique. Il fait valoir que cette attestation ne serait pas valable alors que nul ne pourrait se constituer une preuve à soi-même.

Il s'empare encore de la jurisprudence française pour estimer que toute modification du contrat initial aurait dû se faire par écrit.

C'est en vain que **X.)** conclut à voir écarter le témoignage de **B.)** au motif que « cela revient à admettre qu'une partie puisse se délivrer à elle-même une preuve et à rendre le procès inéquitable ».

Les nouvelles dispositions sur les mesures d'instruction tendent en effet à la simplification et à la libéralisation des modes de preuve et ont élargi le plus possible les moyens susceptibles de conduire à la manifestation de la vérité en ayant aboli de façon significative la possibilité de reprocher les témoins.

Les juridictions peuvent dès lors recevoir de toute personne tierce au litige, non frappée d'une incapacité de témoigner, les déclarations de nature à les éclairer sur les faits.

Il ressort de l'attestation testimoniale du 6 février 2004, établie par ailleurs en conformité des articles 400 et suivants du Nouveau code de procédure civile que si le profil de gestion convenu au départ était de type équilibré, M. **X.)** aurait souhaité en septembre 1999 changer l'orientation de son portefeuille vers plus de dynamisme avec des arbitrages plus fréquents. Il lui aurait fait part de son expérience des marchés devises et des marchés actions.

Par la suite, M. **X.)** se serait vu exposer la manière de gérer un portefeuille dynamique et aurait confirmé qu'il souhaitait un changement de la politique de gestion en ce sens.

Cette attestation est cependant partiellement contredite par celle de **A.)**, qui relate qu'il aurait assisté à la réunion entre M. **X.)** et le chargé de compte à Luxembourg et qui affirme que bien que M. **X.)** se soit déclaré déçu des résultats obtenus jusque-là, il aurait néanmoins exprimé le désir de poursuivre le profil de gestion équilibré.

En présence de deux attestations contradictoires, il échet de retenir qu'il n'est pas établi que le requérant ait formellement accepté le changement d'orientation de la politique de gestion vers une gestion de type spéculatif.

En ordre subsidiaire, la banque plaide la ratification par le client du profil de gestion et des investissements effectués en son nom et pour son compte.

Elle invoque la jurisprudence aux termes de laquelle le silence gardé à la réception des extraits de compte vaut ratification des actes de gestion du portefeuille accomplis en dépassement du mandat conféré à la banque.

Le requérant fait valoir, en se basant sur les jurisprudence française et belge que le client qui opte pour la formule du mandat de gestion discrétionnaire n'est pas tenu de pointer systématiquement les avis d'opéré pour s'assurer que le mandataire a agi conformément aux dispositions du mandat de gestion.

Il est vrai que dès lors qu'un client peu au fait des affaires boursières donne mandat à un professionnel pour gérer de façon discrétionnaire ses affaires, on peut admettre qu'il n'est pas tenu d'assurer la surveillance de l'évolution de son compte, d'autant plus s'il ne dispose pas des connaissances lui permettant de le faire utilement (cf. en ce sens trib. d'arrondiss. de Lux., 30.11.2005, no 77 506 du rôle).

En l'espèce, il résulte cependant des éléments du dossier que pour la période où la gestion de la banque est contestée, le client était souvent en contact avec la banque et consultait son compte en ligne au moyen du service e-Private de la banque, service auquel il a souscrit le 19 octobre 1999.

Les nombreux contacts entre la banque (représentée par le gestionnaire de compte) et le client repris à la page deux des conclusions de la banque notifiées le 28 mars 2006 ne sont pas contestés par le requérant, qui se borne à affirmer que lors de ces visites il aurait été rassuré par le chargé de clientèle.

Il parait cependant logique d'assumer que le requérant en sa qualité d'homme d'affaires avisé ne s'est pas contenté des assertions rassurantes du chargé de clientèle, mais a également consulté les extraits de compte et états de fortune relatifs à son compte.

Il n'a dès lors pu manquer de relever que dès le mois d'octobre 1999, la banque a acquis massivement de titres de sociétés du secteur des nouvelles technologies (Tekelec, Intel Corp., Microsoft Corp., Lucent Technologies Inc., Qwest communications Intern., Motorola Inc., puis America Online Inc., Airnet Communications, Net2phone, Doubleclick Inc.. etc…) et a multiplié les opérations en achetant et vendant chaque jour de nouveaux titres.

Si dès lors, comme l'affirme le demandeur, il avait été convenu que les investissements devaient se faire exclusivement dans l'aire européenne et dans une optique conservatrice, le requérant, même sans être un spécialiste en matière financière, n'aurait pas manqué de constater à la vue de ces relevés que les titres acquis n'émanaient pas de sociétés européennes et que vu la fréquence quotidienne des opérations d'achat et de vente, la gestion ne pouvait plus être qualifiée de conservatrice.

En ne réagissant pas à ce changement d'orientation de la politique de gestion de son compte et en n'émettant aucune contestation à ce sujet avant le 26 mars 2001 le requérant a ratifié la gestion pratiquée par la banque, tant au regard des conditions générales de la banque, qu'au regard des règles générales applicables au mandat et plus particulièrement de l'article 1998 alinéa 2 du Code civil.

Il résulte de ces constatations qu'il est à débouter de sa demande pour autant qu'elle est fondée sur un changement non autorisé de la politique de gestion de la banque.

En ce qui concerne la base invoquée en ordre subsidiaire par le requérant consistant dans le manquement à l'obligation d'information et de conseil lors du changement de la politique d'orientation, force est de relever que l'obligation d'information de la banque s'apprécie en fonction de la personnalité du client. En l'espèce, le requérant commerçant avisé ne pouvait ignorer qu'une politique de gestion plus dynamique dans le secteur des nouvelles technologies, si elle est susceptible de rapporter plus qu'une politique conservatrice, est également plus porteuse de risques.

Il est partant également à débouter de sa demande sur la base formulée en ordre subsidiaire.

Enfin, au vu du sort réservé à sa demande, le requérant est à débouter de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure.

La demande formulée par la banque sur la même base est également à rejeter, alors qu'elle n'a pas justifié en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge les frais exposés pour sa défense.

PAR CES MOTIFS

Le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, quinzième section, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement,

déboute X.) de sa demande sur l'ensemble des bases indiquées,

le **déboute** de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure.

déboute la S.A. **BQUE.1.)** Luxembourg de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure.

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