Jugement commercial XV No. 176 / 12

Audience publique du mercredi, huit février deux mille douze.

Numéro 125 430 du rôle

Composition :

Karin GUILLAUME, Vice-Présidente ;
Marc WAGNER, Premier juge ;
Robert WORRÉ, Premier juge ;
Sandra MANGEN, greffière.

E n t r e :

Monsieur **X.)**, dirigeant d'entreprise, demeurant à DK-(…) (Danemark), (…),

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

demandeur, aux termes d'un exploit de l'Huissier de Justice Geoffrey GALLE de Luxembourg en date du 26 octobre 2009,

comparant par Maître Katya VASILEVA, avocate, demeurant à Luxembourg, en remplacement de Maître Gerry OSCH, avocat susdit,

e t :

la société anonyme **NORDEA BANK S.A.**, établie et ayant son siège social à L-2220 Luxembourg, 562, rue de Neudorf, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 14.157 ;

défenderesse, aux fins du prédit exploit Geoffrey GALLE,

comparant par Maître Alain GROSJEAN, avocat, en remplacement de Maître Alex SCHMITT, avocat, demeurant tous les deux à Luxembourg.

Le Tribunal :

Ouï la partie demanderesse par l'organe de son mandataire Maître Katya VASILEVA, avocate, en remplacement de Maître Gerry OSCH, avocat constitué, demeurant tous les deux à Luxembourg.

Ouï la partie défenderesse par l'organe de son mandataire Maître Alain GROSJEAN, avocat, en remplacement de Maître Alex SCHMITT, avocat constitué, demeurant tous les deux à Luxembourg.

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 9 novembre2011.

Madame la Vice-Présidente Karin GUILLAUME entendu en son rapport à l'audience du 11 janvier 2012.

Par exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLE du 26 octobre 2009, **X.)** a donné assignation à comparaître devant le tribunal d'arrondissement siégeant en matière civile à la société NORDEA BANK aux fins de la voir condamner à lui payer la somme de DKK 1.317.143,87 - avec les intérêts au taux légal à partir de la demande jusqu'à solde.

Il conclut en outre à se voir allouer une indemnité de procédure de 3000 euros.sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile.

A l'appui de sa demande il expose avoir confié la défenderesse un mandat de gestion discrétionnaire et reproche à celle-ci d'avoir donné une orientation agressive à cette gestion en combinant les produits à risques avec l'effet de levier alors que lui-même souhaitait une gestion de ses avoirs en bon père de famille.

Ses avoirs se chiffrant au 31 décembre 2007 à 1.300.000 DKK auraient subi une baisse de janvier à juin 2008, pour atteindre au 9.10. 2008 un montant de 100.000 DKK.

Lors de la clôture du compte le solde aurait même été négatif à savoir - 4.323,82 au 31 décembre 2008.

Il reproche encore à la banque de n'avoir rien tenté pour stopper l'hémorragie en été 2008.

A titre subsidiaire, pour le cas où le tribunal ne retiendrait pas l'existence d'un mandat de gestion discrétionnaire, il estime que la banque a engagé sa responsabilité pour manquement à son obligation d'information et de conseil en ne l'informant pas des risques encourus.

Encore plus subsidiairement, il invoque la responsabilité délictuelle de la banque en se basant sur l'article 37-3 (2) de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

A titre de préjudice, il réclame l'intégralité des fonds par lui perdus.

La banque résiste à la demande en contestant l'existence d'un mandat de gestion discrétionnaire. Elle fait valoir que c'est le client lui-même qui donnait les instructions. Ce dernier qui aurait déjà eu un portefeuille titre avant d'ouvrir son compte à la

NORDEA BANK, aurait signé une « Facility Letter » pour un montant de 3.500.000 DKK en empruntant en JPY et CHF pour bénéficier des taux plus bas.

Il aurait par ailleurs été parfaitement informé des risques encourus pour avoir déjà subi des pertes de ce chef en 2001. Son attention aurait encore été attirée sur les risques liés à ces opérations tant par l'article 19 de la Facility Letter que par les conditions générales.

Par ailleurs, il aurait régulièrement été tenu au courant de l'évolution de ses comptes par les relevés lui remis, contre lesquels il n'aurait jamais émis d'objections.

La banque qui invoque encore la clause contenue dans ses conditions générales limitant sa responsabilité à la faute lourde, conteste partant tout manquement à son obligation d'information.

Elle conteste encore avoir commis une faute au moment de la chute massive des marchés en septembre et octobre 2008 liée à la crise financière internationale et fait valoir qu'en tout état de cause en l'absence de mandat discrétionnaire il ne lui appartenait pas de conseiller le client sur les décisions à prendre après l'acquisition des titres.

Elle conclut enfin à l'absence de tout lien de causalité entre un éventuel manquement à son obligation d'information et le préjudice invoqué, faisant valoir qu'en tout état de cause seule la perte d'une chance de prendre une décision plus réfléchie pourrait être retenue.

Elle formule encore une offre de preuve par témoins tendant à établir les faits avancés par elle et demande une indemnité de procédure de 5000 euros.

Avant d'examiner les fautes reprochées à la défenderesse, il convient de qualifier juridiquement les relations entre parties.

1. <u>La qualification des relations entre parties :</u>

Le demandeur soutient que, bien qu'aucun écrit n'ait été rédigé en ce sens, il ressortirait clairement des faits que les parties seraient liées par un mandat de gestion discrétionnaire.

Il en veut pour preuve le fait que la banque a accompli de son propre chef des actes de disposition sur le portefeuille du requérant, en vendant les valeurs du portefeuille les 8 et 9 octobre 2008.

Il fait encore valoir que ce serait toujours le gestionnaire de son compte, Monsieur **A.)** qui a trouvé les investissements, le requérant ne donnant pas d'ordres à la banque de sa propre initiative.

La banque conteste l'existence d'un mandat de gestion discrétionnaire.

Elle fait valoir que pour toutes les décisions, la banque s'est concertée avec le client.

Quant à la vente des valeurs du client en date des 8 et 9 octobre 2008, il s'agirait d'une mesure exceptionnelle prise dans un contexte financier et boursier exceptionnel.

Il ne ressort pas des éléments du dossier que les parties aient été liées par mandat de gestion discrétionnaire.

Les nombreux mails échangés entre parties démontrent que le requérant suivait de près la gestion de son portefeuille et donnait les ordres qu'il jugeait opportuns en fonction des conseils de son gestionnaire.

Si la banque avait été investie d'un mandat de gestion discrétionnaire, elle n'aurait pas eu besoin de contacter le client pour chaque acte d'administration et de disposition.

Il ressort encore de la lecture de ces mails que le client a été informé par le gestionnaire de la vente de ses actifs effectuée dans un contexte de panique sur les marchés « pour sauver le plus possible » par un mail envoyé le 8 octobre à 9h52 du matin et qu'il n'a soulevé aucune objection contre cette vente.

Cet unique acte de disposition, de surcroît annoncé au client, ne constitue au vu du contexte de crise dans lequel il est intervenu, pas un signe de l'existence d'un mandat discrétionnaire.

Les relations entre parties sont dès lors à qualifier de mandat de gestion assistée, dans lequel le client prend seul ses décisions sur base des suggestions et recommandations de son conseil.

Il échet dès lors de se limiter à l'examen des griefs articulés en ordre subsidiaire dans l'exploit introductif et les conclusions ultérieures.

2. <u>Quant aux griefs articulés à l'encontre de la banque :</u>

La banque invoque la ratification des opérations exécutées par le silence gardé à la réception des extraits de compte, conformément à l'article 7 b) des conditions générales et en déduit que le requérant serait forclos à agir.

Il est cependant de jurisprudence constante que le silence gardé à la réception des extraits de compte a pour seul effet d'établir la matérialité des opérations exécutées et leur conformité aux ordres donnés. Elle ne prive cependant pas le client de la possibilité d'agir en responsabilité contre la banque sur base notamment de l'obligation d'information et de conseil.

C'est précisément un tel manquement à son obligation de conseil et d'information qui est reproché à la défenderesse, **X.)** faisant valoir qu'il n'aurait à aucun moment été informé des risques inhérents aux investissements de son portefeuille.

La partie défenderesse relève à juste titre que le contenu de l'obligation d'information sur les risques liés aux opérations de bourse, varie en fonction des connaissances techniques et du profil du client, une distinction devant être opérée entre l'investisseur profane et l'investisseur averti.

Il résulte des éléments du dossier que le requérant n'était pas novice en la matière, puisque depuis décembre 1999 il effectuait des investissements avec effet de levier sur les conseils de M. **A.)** avec lequel il entretenait des relations de confiance et qu'il a rejoint auprès de la banque NORDEA.

Le fait qu'il investisse avec effet de levier, empruntant de surcroît en JPY ou en CHF pour minimiser le coût du crédit et accroître les gains, contredit ses affirmations suivant lesquelles il investirait en bon père de famille.

De par sa formation (il est chef d'une petite entreprise) et de par son expérience des investissements financiers s'étendant sur plusieurs années, le requérant ne peut être considéré comme un profane en la matière.

Son attention a par ailleurs encore valablement été attirée sur les risques liés aux opérations de bourse, par les conditions générales signées lors de l'ouverture de son compte auprès de NORDEA BANK (article 13 b) *« The Client hereby acknowledges being fully aware of the risk connected to investing in securities and money market instruments and in particular of the higher than usual risk inherent to investing in certain securities and financial instruments such as derivatives or other leveraged products. The client hereby confirms expressely accepting these risks etc…et plus particulièrement l'alinéa g) The client expressely confirms being aware that his risk exposure increases if he borrows money for making investment in this case the Client must, if his expectations regarding market developments are not fulfilled, not only bear the loss incurred, but also pay back the credit together with interest. »*. Ou encore l'article 19 de la Facility letter, lequel est encore plus explicite sur ce point.

Le requérant ne saurait dès lors prétendre avoir été dans l'ignorance des risques engendrés par les transactions par lui réalisées et aucun manquement à l'obligation d'information lors de l'entrée en relations contractuelles ne peut en conséquence être reproché à la banque.

X.) reproche encore à la banque de ne pas lui avoir communiqué les soldes de son portefeuille entre les mois de juin et septembre 2008, si bien qu'il ignorait complètement l'ampleur des pertes affectant son portefeuille. Les quelques communications par mail ou par téléphone qu'aurait eues le client avec la banque, ne l'aurait pas mis en mesure de prendre la mesure des risques encourus.

Dans des conclusions ultérieures, il fait encore valoir que tout le courrier ainsi que les relevés de compte se trouvaient en poste restante.

Au vu de ces circonstances, c'est à juste titre que la défenderesse objecte que si le client n'a pas eu une telle vision, c'est parce qu'il s'est lui-même mis dans cette situation, en donnant l'ordre de garder toute correspondance à la banque, tout en s'abstenant de venir la retirer.

Il est en effet de jurisprudence constante que le client a le devoir de prendre connaissance et de vérifier régulièrement les extraits de compte qui lui sont communiqués, à défaut il commet une négligence fautive.

A cela s'ajoute que la crise boursière qui eut lieu a été retentissante et toute personne ayant des actions n'a pu l'ignorer, (les échanges d'e-mail produits en cause démontrent d'ailleurs que le client suivait l'évolution de ses avoirs et était au

courant de la situation perturbée des marchés). Il lui appartenait, s'il en éprouvait le besoin, d'interpeller son banquier pour avoir les informations souhaitées, s'il ne les avait directement reçues.

Le requérant reproche encore à la banque d'avoir manqué à son obligation de conseil, en ne lui permettant pas de réagir utilement à la situation en vendant les investissements du portefeuille lorsqu'il en était encore temps.

Un investissement financier étant par nature incertain quand à son rendement, il est généralement admis par les auteurs et par la jurisprudence constante que le conseiller est tenu en principe à une obligation de moyens.

La banque fait plaider qu'aucune faute ne pourrait lui être reprochée dans ce contexte.

Le requérant reproche à la banque d'être restée passive face à l'hémorragie des avoirs du client pendant plus de trois trimestres. Son conseiller aurait constaté les pertes sur des mois successifs sans réagir, ni proposer un changement de stratégie. Il affirme encore qu'un banquier normalement diligent et prudent aurait sans aucun doute agi différemment.

Comme la Cour d'Appel l'a souligné le contrat de conseil en opérations financières, aussi appelé contrat de gestion simple, implique que le client est maître de l'opportunité de ces opérations dont il assume les risques et que le banquier est le mandataire qui exécute les ordres reçus et ne s'immisce pas dans les affaires du client (Cour d'Appel du 1er juin 2005).

NORDEA BANK fait valoir dans ce contexte que le requérant, qui suivait de près l'évolution de son portefeuille, ne voulait pas vendre et voulait attendre que le marché remonte.

La décision de liquider le portefeuille aurait, en raison de la chute imprévisible et spectaculaire des marchés financiers, finalement dû être prise en octobre 2008 afin d'éviter des pertes encore plus importantes au requérant.

Elle est d'avis qu'un banquier diligent et prudent n'aurait pas agi autrement.

Le requérant ne précise pas l'opération qui aurait dû lui être conseillée au moment de la chute boursière.

Rien ne prouve que l'immobilisme qui eut lieu à l'époque ait constitué un comportement critiquable dans le chef de la banque. Dans le cadre d'un investissement à long terme, le conseil en placement ne va pas pousser à la vente des actions dès qu'elles chutent, puisque ce n'est qu'au moment de la vente que les pertes se réalisent, et va au contraire en général conseiller de garder les valeurs jusqu'à ce que les marchés se remettent, sauf situation particulière.

C'est précisément la situation de crise financière généralisée en octobre 2008 qui a conduit ensuite la banque à liquider le portefeuille.

La lecture des e-mails échangés entre le requérant et son conseil à la banque **A.)** montrent d'ailleurs que cet immobilisme était voulu également par ce dernier, cf. Courriel de **A.)** à **X.)** en date du 17 mars 2008 :

*« Bonjour **X.)**,*

Les marchés sont actuellement très volatiles, mais comme on le dit en fin de compte, il y a la lumière au bout du tunnel. Je vois que le marché s'inverse de nouveau et on termine l'année plus haut que nous l'avons commencée le 1er janvier 2008.Je pense toujours que nous devons garder notre sang froid, mais s'il te semble que les perspectives sont très sombres, nous pouvons limiter les risques. »

Et la réponse du requérant :

*« Bonjour **A.)***

Je te remercie de ta réponse et je comprends que tu as beaucoup de clients et je suis totalement satisfait de la façon dont tu t'occupes de moi et de mes affaires.
Gardons notre sang- froid et envisageons les possibilités étant donné que je suppose qu'il ne sera pas gratuit de changer la composition et qu'en fait il n'y a aucune garantie.

… Merci encore
Cordialement,
***X.)** ».*

De même l'échange de courriel du 15 avril 2008 au cours duquel **A.)** après avoir fait état de « nuages noirs qui planent toujours sur le marché », parie sur une inversion de tendance au second semestre et où le requérant répond :

« Ok nous verrons ce qui va se passer. Quel est le risque auquel je suis exposé, y a-t-il de l'espoir s'il se produit encore une chute ou sommes nous prêts à ramasser les friandises quand la situation s'inversera ? »

Réponse de M. **A.)** :

« Il y a plein de place, on n'a qu' à ramasser de bonnes choses bon marché ! ».

Au vu des développements qui précèdent aucun manquement à l'obligation de conseil n'est établi dans le chef de la banque.

En dernier ordre d'idée le requérant invoque encore la responsabilité délictuelle de la banque en se prévalant des dispositions de l'article 37-3 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

Au vu de l'existence d'un contrat entre parties, cette demande est à déclarer irrecevable en raison du principe du non cumul des responsabilités contractuelles et délictuelles, les faits reprochés à la banque dans ce contexte étant au demeurant identiques à ceux examinés dans le cadre de la demande formulée sur base contractuelle.

Au vu du sort réservé à sa demande, le requérant est encore à débouter de sa demande formulée sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile.

La demande formulée sur la même base par NORDEA BANK au contraire est à déclarer fondée, alors qu'il serait inéquitable de laisser à charge de la banque l'intégralité des frais exposés pour se défendre contre une demande injustifiée.

Le tribunal évalue ex aequo et bono à 1500 euros les frais exposés non compris dans les dépens.

PAR CES MOTIFS :

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

le juge de la mise en l'état entendu en son rapport,

dit la demande recevable,

la **dit** non fondée partant en **déboute**,

déboute X.) de sa demande formulée sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile,

dit la demande en indemnité de procédure formulée par NORDEA BANK fondée,

partant, **condamne X.)** à payer à NORDEA BANK une indemnité de procédure de 1500 euros,

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