Jugement commercial XV No. 1269 / 12

Audience publique du mercredi, quatorze novembre deux mille douze.

Numéro 134 197 du rôle

Composition :

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

E n t r e :

la société de droit panaméen **SOC.1.) Inc**, établie et ayant son siège social à (…) (République du Panama), représentée par son board of directors,

élisant domicile en l'étude de Maître Gérard SCHANK, avocat, demeurant à Luxembourg,

demanderesse, défenderesse sur reconvention, aux termes d'un exploit de l'Huissier de Justice suppléant Gilles HOFFMANN, en remplacement de l'Huissier de Justice Carlos CALVO de Luxembourg, en date du 12 novembre 2010,

comparant par Maître Michel COLLIGNON, avocat, demeurant à Luxembourg, en remplacement Maître Gérard SCHANK, 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, demanderesse par reconvention, aux fins du prédit exploit Gilles HOFFMANN,

comparant par Maître Armel WAISSE, avocate, 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 Michel COLLIGNON, avocat, en remplacement Maître Gérard SCHANK, avocat constitué, demeurant tous les deux à Luxembourg.

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

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 20 juin 2012.

Madame la Vice-Présidente Karin GUILLAUME entendue en son rapport à l'audience du 3 octobre 2012.

Par exploit de l'huissier de justice suppléant Gilles HOFFMANN du 12 novembre 2010, la société de droit panaméen **SOC.1.)** Inc a donné assignation à la société anonyme NORDEA BANK S.A. à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour la voir condamner à lui payer du chef de préjudice subi principalement le montant de 1.061.245,11.-EUR réduit en cours d'instance au montant de 1.018.167,13.-EUR et à titre subsidiaire le montant de 756.004,34.-EUR à augmenter des intérêts tels que de droit à partir de la demande en justice jusqu'à solde ; elle demande en outre à voir majorer le taux d'intérêt de trois points après un délai de trois mois suivant signification du jugement.

La requérante sollicite en outre la capitalisation des intérêts, l'allocation d'une indemnité de procédure de 4.000.-EUR ainsi que l'exécution provisoire sans caution du jugement.

La requérante expose avoir confié à la défenderesse 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 tout en affirmant qu'une personne non autrement identifiée aurait modifié à son insu le profil d'investisseur initialement choisi pour cocher une case correspondant à un risque plus élevé.

Il se serait avéré que le montant du portefeuille aurait chuté de 87,25% à la date du 31 décembre 2008 par rapport à la valeur au 31 décembre 2007.

La simple constatation de cette perte démonterait à suffisance le comportement fautif de la banque, les autres manquements de la banque consistant dans le fait d'avoir violé le profil d'investisseur de la requérante, d'avoir mis en compte des commissions anormalement élevées, d'avoir opté pour un nombre particulièrement élevé de produits et fonds internes à la banque et d'avoir omis d'informer en temps utile la requérante des pertes subies.

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

La défenderesse conteste les prétentions de la requérante.

La banque soulève tout d'abord l'irrecevabilité de la demande pour cause de ratification des opérations par la requérante qui n'aurait jamais soulevé d'objections suite à la réception des extraits de compte.

Pour le surplus, la banque fait plaider qu'elle ne serait tenue qu'à une obligation de moyens, sa responsabilité ne pouvant être engagée que dans l'hypothèse d'une faute lourde, qui ferait défaut en l'espèce.

La défenderesse conteste également le montant du dommage allégué ainsi que tout lien de causalité.

La banque sollicite à titre reconventionnel l'allocation du montant de 5.000.-EUR à titre d'indemnité de procédure.

Il y a lieu d'analyser en premier lieu le moyen lié à la ratification avant de toiser, le cas échant, le fond du litige.

Quant au moyen tiré de la ratification :

Il est admis que le silence gardé par le client à la réception des relevés de compte n'a pour effet d'établir que la matérialité des opérations effectuées, mais ne le prive pas de la possibilité d'en contester l'opportunité en exerçant une action en responsabilité contre le gérant en lui reprochant d'avoir engagé sa responsabilité pour avoir commis des fautes dans la gestion mise en œuvre, et en particulier dans le choix des investissements.

En effet, l'opportunité ou non de telle ou telle opération ne peut se révéler qu'après un certain temps.

Le moyen est partant à écarter ; la demande, introduite pour le surplus dans les forme et délai de la loi, est à déclarer recevable en la forme.

Quant au fond :

La requérante expose que la banque aurait exercé une gestion désastreuse de ses avoirs au cours de l'année 2008 ayant entraîné une perte de 87,25% entre le 31 décembre 2007 et le 31 décembre 2008.

Elle estime que l'existence de cette perte démontrait à suffisance de droit le comportement fautif de la banque.

En raison des nombreux éléments et circonstances échappant au contrôle du gestionnaire, la réalisation de plus-values est aléatoire. Le banquier n'est tenu que d'une obligation de moyens, obligation qui consiste à gérer au mieux le patrimoine de son client. Sa faute est appréciée au regard du standard de comportement du professionnel de la même catégorie.

La qualité de la gestion ne s'apprécie pas par rapport à quelques opérations prises isolément mais par rapport au résultat global de la gestion.

Une dépréciation du portefeuille à un moment donné ne constitue pas en soi un préjudice susceptible de mettre en cause la responsabilité du gestionnaire. Seule la

durée, qui varie au gré des stratégies permette d'effectuer un bilan de sa mission, d'apprécier la qualité de sa prestation au regard des marchés et, le cas échéant, de mettre en lumière une éventuelle faute de gestion de sa part (Philippe BOURIN, La gestion de portefeuille, page 221).

Le client doit ainsi en principe rapporter la preuve d'un comportement fautif ou négligent, laquelle n'est pas établie par la seule constatation de pertes boursières, ou plus généralement par la seule confrontation de la performance atteinte à celle attendue.

Il est à cet égard indifférent que les pertes se révèlent considérables. Celles-ci ne sauraient à elles seules satisfaire à l'exigence de preuve de la faute (cf. Cour, 26 avril 2000, n° du rôle 18.243).

Aux termes de l'article 1. d) des conditions générales du mandat de gestion discrétionnaire (que la requérante a acceptées), la banque n'est tenue qu'en cas de faute grave ou dol (« *gross negligence* »).

La requérante entend en rapporter la preuve sous plusieurs aspects.

La requérante verse en cause dans ce contexte un rapport d'expertise unilatéral rédigé par l'expert Thomas-Michael HOLM des 15 janvier et 15 mars 2010.

A noter que ce rapport, ayant été régulièrement versé aux débats et soumis à la libre discussion entre parties, peut - contrairement aux affirmations de la banque - valablement être pris en compte

La requérante reproche en premier lieu à la banque d'avoir violé son profil d'investisseur.

Elle expose qu'elle aurait opté pour un niveau de risque moyen et avoir eu comme priorité la préservation de ses avoirs.

Un risque moyen équivaudrait - suivant les documents de la banque versés en cause - à un portefeuille comprenant 50 % de titres à revenu fixe, 40% d'actions et 10% de hedge funds.

La banque n'aurait pas respecté pas cette clé de répartition et aurait investi dans des produits beaucoup plus spéculatifs.

Il y a lieu de remarquer en premier lieu que si la requérante est certes entrée en relations contractuelles avec la banque au mois de janvier 2007 et a conclu à ce moment avec la banque un contrat de gestion discrétionnaire, il faut cependant souligner que le bénéficiaire économique de la requérante (le sieur **A.)**) entretenait d'ores et déjà - en tant que client privé - des relations contractuelles avec la banque depuis 1992.

Le sieur **A.)** avait à l'époque également conclu un mandat de gestion discrétionnaire avec la banque et bénéficiait d'une *facility letter* ; il n'est pas contesté qu'il passait régulièrement des ordres d'investissement de sorte qu'il ne saurait être considéré comme profane en la matière.

Au mois de janvier 2007, le sieur **A.)** a fait transférer l'intégralité de ses avoirs sur le nouveau compte crée au nom de la requérante ; cette dernière constitue uniquement une construction fiscalo-juridique derrière laquelle se cache exclusivement le bénéficiaire économique.

Il résulte du « *Anlage-und Risikoprofil* » signé par la requérante qu'elle souhaite accepter un risque moyen (« *Ich würde mich für die Variante mit mittlerem Risoko entscheiden um eine relativ hohe langfristige Rendite erzielen zu können und akzeptiere mögliche langfristige Verluste »*).

L'affirmation de la requérante qu'à la question 7, une personne inconnue aurait biffé la case initialement choisie par elle (case c) pour choisir un profil de risque plus élevé (case b/ « *Für mich ist eine hohe langfristige Wersteigerung sehr wichtig. Daher nehme ich auch grosse Wertveränderungen hin »*) n'est étayée par aucun élément probant.

Le prétendu choix d'un risque moyen est de toute façon contredit par les autres réponses au questionnaire.

En effet, la requérante reconnaît avoir investi – dans le passé – dans des actions, fonds d'actions, hedge funds, opérations sur devises et produits dérivés (question 2), de sorte qu'elle doit être considérée comme disposant de bonnes connaissances en matière d'instruments financiers et pour apprécier les risques inhérents.

Suivant document du 14 janvier 2008 (pièce n° 11 de la farde de pièces de Maître SCHMITT), la requérante atteste qu'elle se considère comme professionnelle en la matière.

Il est également constant en cause que la requérante souhaitait atteindre un rendement annuel de 7,5% (rendement le plus élevé possible), ce qui n'était logiquement possible qu'en choisissant une politique d'investissement plus risquée.

A supposer même qu'il y ait eu dépassement de mandat par la banque, celui-ci aurait de toute façon été ratifié par la requérante alors qu'il résulte des éléments du dossier que cette dernière disposait de bonnes connaissances financières et était en contact téléphonique régulier avec son gestionnaire, étant entendu qu'elle n'a jamais soulevé d'objections sur les investissements en question.

Il résulte de ces développements qu'en réalité, la requérante, souhaitait maximiser au mieux ses gains, de sorte qu'elle avait choisi en connaissance de cause un niveau de risque plus élevé.

Il s'y ajoute que l'annexe (*Appendix*) au mandat de gestion discrétionnaire signée par la requérante au mois de janvier 2007 (pièce n° 10 de la farde de pièces de Me SCHMITT) prévoit que le taux de liquidités, des obligations et des actions au sein du portefeuille pourra varier de 0 % à 100%, seule la rubrique « *other products* » pouvant varier de 0 % et 20%.

La banque disposait dès lors d'une grande liberté pour la répartition du portefeuille, de sorte que la clé de répartition fixe dont se prévaut la requérante ne s'applique pas.

Il apparaît à la lecture de la *Vermögensübersicht* de la requérante que le portefeuille était réparti au 31 décembre 2007 pour 17 % en cash, pour 17,24% en obligations, pour 49,46 % en actions et pour 16,30% en d'autres actifs.

Au 31 décembre 2008, le portefeuille comportait du cash pour 27,61 %, des obligations pour 40,28%, des actions pour 22,50 % et d'autres actifs pour 9,60%.

Le portefeuille était partant diversifié et n'était à première vue pas exagérément spéculatif.

Une violation par la banque du profil d'investisseur laisse d'être établie.

La requérante analyse ensuite longuement la gestion de la banque par rapport à chaque produit d'investissement contenu dans le portefeuille.

Elle expose ainsi que la banque aurait commis des fautes lourdes dans la gestion du portefeuille relativement aux obligations et aux actions.

Partant du principe que les obligations apporteraient un rendement stable, elle critique les pertes enregistrées pour l'année 2008.

Elle décortique les obligations qu'elle estime être de bonne qualité et celles qu'elle qualifie de spéculatives et critique la banque pour ces dernières.

Elle procède de la même manière pour le volet des actions.

Il a été exposé que le risque d'investissement choisi par la requérante était plus élevé que celui qu'elle entend faire plaider actuellement et que par définition le portefeuille comportait des actifs pouvant perdre en valeur en cas de chute des bourses ; les obligations (respectivement fonds d'obligations) n'y font pas exception.

Il est rappelé que la gestion de la banque s'apprécie au regard de l'évolution globale du portefeuille ; la requérante ne saurait se borner à critiquer d'une part l'achat de certaines obligations et actions, à savoir celles qui ont enregistré une perte, pour les qualifier de spéculatives et d'autre part rester muette sur celles qui ont mieux performé.

La responsabilité du gestionnaire ne saurait d'ailleurs être analysée à la seule année 2008, durant laquelle s'est produite une crise financière sans précédent et à priori imprévisible.

La requérante reste muette sur les performances du portefeuille en 2007 et ne renseigne d'ailleurs pas le tribunal sur l'évolution du portefeuille pour l'année 2009 où de nombreux indices boursiers ont - du moins partiellement - remonté la pente, de sorte que le préjudice n'est pas avéré.

Une faute de la banque laisse partant d'être fondée.

La banque aurait également commis une faute en ce qu'elle aurait vendu des obligations rentables (à savoir des obligations NORDEA KREDIT 7% 30Y) pour apurer des pertes.

La requérante ne prouve pas que ces obligations auraient nécessairement continué à être rentables si elles n'avaient pas été vendues, surtout dans le contexte de la tempête boursière survenue à l'automne 2008 ; le fait pour la banque d'avoir vendu ce produit et d'avoir « *sécurisé* » le bénéfice ne constitue dès lors pas une faute.

La requérante estime que la banque aurait commis une faute lourde en ce qu'il y aurait eu de nombreuses opérations sur devises et en ce qu'elle aurait accordé une ligne de crédit à la requérante pour opérer des investissements dans des produits dérivés.

Indépendamment du fait que la requérante fait remarquer que les investissements en produits dérivés n'auraient conduit que très partiellement à la perte de valeur du portefeuille, il y a lieu de rappeler que la requérante se considérait comme professionnelle en la matière, que son bénéficiaire économique avait dans le passé investi dans des devises et des produits dérivés et que finalement, il n'est pas contesté que ce dernier a continué à passer personnellement de nombreux ordres en ce sens durant l'année 2008.

Le moyen ne saurait donc être accueilli.

La requérante fait grief à la banque d'avoir investi dans un nombre particulièrement élevé de produits et fonds internes à la banque ; d'après ses calculs, ce taux serait d'environ 55% des actifs investis (hors produits monétaires).

Il y a faute de l'établissement de crédit ou du gérant de fortune à chaque fois qu'il laisse libre cours à ses propres intérêts au détriment de ses clients (Philippe BOURIN, La gestion de portefeuille, p. 221).

Il a été exposé ci-dessus que le sieur **A.)** a, au mois de janvier 2007, donné ordre à la banque de transférer l'intégralité de son portefeuille sur le compte de la société **SOC.1.)** Inc.

Les avoirs détenus jusqu'alors par le bénéficiaire économique étaient investis depuis longtemps dans plusieurs fonds NORDEA et il lui aurait appartenu de solliciter des modifications à ce moment si tel était son souhait.

La requérante ne démontre d'ailleurs pas en quoi la proportion de fonds NORDEA dans son portefeuille lui ait été plus préjudiciable que si elle avait investi dans des fonds tiers.

Dans ce contexte, les fonds NORDEA présent dans le portefeuille étaient diversifiés quant à leur composition et quant à leur niveau de risque ; il s'y trouvait ainsi des fonds d'obligations et des fonds d'actions, de secteurs thématiques et zones géographiques différents.

Une faute de la banque laisse d'être fondée.

La requérante reproche également à la banque de ne pas l'avoir informée en temps utile de la survenance des pertes.

Il échet tout d'abord de préciser que dans le cadre d'un mandat de gestion discrétionnaire, il n'existe aucune obligation pour la banque d'informer au jour le jour le client de l'évolution de son portefeuille.

Indépendamment de ce point, il résulte des éléments du dossier que le bénéficiaire économique de la requérante était - au cours de l'année 2008 - en contact téléphonique régulier avec le gestionnaire de la banque (pièce n° 13 de la farde de pièces de Maître SCHMITT) de sorte qu'il faut en conclure que la requérante était parfaitement au courant de l'évolution de son portefeuille.

La crise financière qui a éclaté au cours de l'automne 2008 a d'ailleurs connu un tel retentissement dans les médias que tout un chacun n'a pu ignorer les turbulences boursières qui ont suivi, de sorte que le moyen laisse en tout état de cause d'être fondé.

La demanderesse reproche en outre à la banque d'avoir prélevé des commissions anormalement élevées par rapport aux tarifs usuellement pratiqués en la matière.

Elle entend rapporter la preuve de ses allégations en se fondant sur l'expertise HOLM qui retient que les commissions redues lors des transactions de produits dérivés s'élevaient autour de 170-.- EUR alors que le tarif usuel serait de 10.-EUR.

L'expert critique également les commissions en matières d'opérations de devises qui – selon ses calculs - seraient également supérieures à la moyenne en la matière.

La demanderesse reste en défaut de fournir un décompte précis de ce chef de sorte que la demande est à rejeter.

C'est encore à bon droit que la banque fait plaider que la requérante a accepté les conditions générales de la banque et celles relatives au mandat de gestion discrétionnaire qui se réfèrent expressément aux taris et frais de la banque ; il appartenait la requérante de se renseigner auprès de la banque en cas de désaccord de sa part, ce qu'elle n'a pas fait.

Il résulte de l'ensemble des développements qu'une faute (lourde) dans le chef de la banque laisse d'être établie.

Si l'expertise HOLM conclut que le portefeuille aurait été investi de façon beaucoup trop spéculative, il y a lieu de remarquer qu'elle part du principe que la requérante avait accepté un niveau de risque moyen, ce qui est contredit par les développements exposés ci-dessus.

Les conclusions de l'expert ne sont partant ni pertinentes ni concluantes.

La requérante sollicite pour autant que de besoin la nomination d'un autre expert avec la mission suivante :

> *« 1. dire si les informations et indications que contiennent les relevés bancaires relatives aux transactions qu'ils sont censés renseigner mettent ou non tout profane en mesure de les appréhender,*

2. dire si l'assignée avait l'obligation d'informer rapidement la requérante de l'existence de pertes et, dans l'affirmative, dire si l'information donnée l'a été avec suffisamment de précision et de rapidité,

3. dire si les commissions encaissées par la banque ont été raisonnables et si le client a été suffisamment informé de l'encaissement de telles commissions,

4. déterminer la proportion entre les investissements dans les valeurs et/ou produits internes à la banque ou au groupe NORDEA par rapport à l'ensemble des investissements et dire si une telle proportion était justifiée et appropriée,

5. dire si l'assignée a correctement géré un certain nombre de fonds internes à la banque ou au groupe et ayant fait partie des avoirs placés dans le portefeuille de la société ***SOC.1.)****,*

6. dire si et dans quelle mesure l'assignée a respecté le profil d'investissement pour lequel avait opté la requérante,

7. dire si les valeurs et produits détenus en dépôt et/ou portefeuille par la société ***SOC.1.)*** *INC. revêtent un caractère spéculatif et, dans l'affirmative, déterminer le pourcentage de ces valeurs spéculatives dans le portefeuille de la requérante,*

8. dire si les transactions opérées par la banque étaient en accord et/ou compatibles avec la politique d'investissement et le profil de risque définis par la société ***SOC.1.)*** *INC.,*

9. dire si et dans quelle mesure l'assignée a violé la répartition et/ou pondération entre les différentes valeurs ou éléments d'actifs devant, d'après les accords entre parties, composer le portefeuille de la requérante. »

Cette offre de preuve est à écarter pour être d'ores et déjà contredite par les éléments du dossier.

La banque, pour sa part, a offert de prouver par témoins la teneur des relations entre la banque et le sieur **A.)** ; cette offre de preuve est à rejeter pour être superfétatoire.

La requérante ayant été déboutée de ses prétentions, il ne saurait être faire droit à sa demande en allocation d'une indemnité de procédure.

La banque n'ayant pas établi en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge l'entièreté des frais non compris dans les dépens, il y a lieu de la débouter également de sa demande en indemnité de procédure.

P a r c e s m o t i f s :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, quinzième chambre, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile, statuant contradictoirement, après avoir entendu Madame la Vice-Présidente Karin GUILLAUME en son rapport oral,

reçoit la demande en la forme ;

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

dit non fondées les demandes respectives des parties en allocation d'une indemnité de procédure, partant en **déboute**;

condamne la société de droit panaméen **SOC.1.)** Inc aux frais et dépens de l'instance.