Jugement commercial XV No. 1482 / 12

Audience publique du mercredi, dix-neuf décembre deux mille douze.

Numéro 136 300 du rôle

Composition :

Karin GUILLAUME, Vice-Présidente ;
Marc WAGNER, Premier juge ;
Steve KOENIG, juge ;
Sandra MANGEN, greffière.

E n t r e :

1. Monsieur **A.)**, manager, et

2. Madame **B.)**, sans état connu,

demeurant tous les deux à IS-(…) (Islande), (…),

élisant domicile en l'étude de Maître Pierre THIELEN, avocat, demeurant à Luxembourg,

demandeurs, 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 11 février 2011,

comparant par Maître Daniel SCHON, avocat, demeurant à Luxembourg, en remplacement de Maître Pierre THIELEN, avocat susdit,

e t :

1. la société à responsabilité limitée **PILLAR SECURISATION s.à r.l.**, établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 35 A, Avenue J.F. Kennedy, représentée par son ou ses gérants actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 147.031,

2. la société anonyme **BANQUE HAVILLAND S.A.**, établie et ayant son siège social à L-855 Luxembourg, 35 A, Avenue J.F. Kennedy I, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 147.029,

défenderesses, aux fins du prédit exploit Gilles HOFFMANN,

comparant par Maître Olivier POELMANS, avocat, en remplacement de Maître Albert MORO, avocat, demeurant tous les deux à Luxembourg.

Le Tribunal :

Ouï les parties demanderesses par l'organe de leur mandataire Maître Daniel SCHON, avocat, en remplacement de Maître Pierre THIELEN, avocat constitué, demeurant tous les deux à Luxembourg.

Ouï les parties défenderesses par l'organe de leur mandataire Maître Olivier POELMANS, avocat, en remplacement de Maître Albert MORO, avocat constitué, demeurant tous les deux à Luxembourg.

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 26 septembre 2012.

Madame la Vice-Présidente Karin GUILLAUME entendue en son rapport à l'audience du 7 novembre 2012.

Par exploit de l'huissier de justice suppléant Gilles HOFFMANN du 11 février 2011, **A.)** et **B.)** ont donné assignation à comparaître devant le tribunal d'arrondissement siégeant en matière civile à PILLAR SECURISATION SARL et à la société anonyme BANQUE HAVILLAND S.A, en tant qu'entités ayant succédé à KAUPTHING BANK LUXEMBOURG S.A, pour les voir condamner solidairement sinon in solidum à lui payer le montant de 1.170.183,68 euros, majoré des intérêts légaux à dater d'une mise en demeure du 23 octobre 2008, ainsi qu'une indemnité de procédure de 10.000 euros sur base de sa responsabilité contractuelle.

A la base de leur demande, les requérants exposent avoir en date du 15 décembre 1999 ouvert un compte no (…) auprès de la KAUPTHING BANK LUXEMBOURG et avoir signé avec cette dernière un mandat de gestion discrétionnaire.

En date du 7 août 2001, les requérants ont signé un « Secured Credit Line Agreement » ligne de crédit dont l'objet était d'acheter des titres ou des devises.

Conformément à ce contrat, les requérants avaient la possibilité d'emprunter un montant maximum de 25.000 euros.

Par ailleurs, les requérants ont encore confié un mandat de gestion discrétionnaire de type agressif à la banque sur un compte no (…).

Ils reprochent à la banque d'avoir acquis en date du 14 janvier 2008 pour leur compte des obligations « KAUPTHING BANK HF » pour une valeur nominale de 1.500.000 euros pour 1.419.593,18 euros pour le portefeuille (…) portant le découvert de leur compte à 1.480.478,05 euros (avant la transaction, le découvert était de 60.884,87 euros).

Le 10 octobre 2008, les clients reçurent un margin call leur demandant d'injecter des liquidités pour 283.137 euros, alors que la valeur des obligations avait chuté pour ne plus valoir à ce moment que 283.137 euros.

Les clients, affirmant n'avoir eu connaissance des agissements de la banque qu'au début du mois d'octobre 2008, ont fait protester par leurs avocats en date du 23 octobre 2008 et demandé l'annulation de l'opération litigieuse.

Ils sont d'avis que la banque a manqué à son devoir de loyauté en rachetant les obligations de sa maison mère en difficulté, privilégiant ainsi les intérêts de celle-ci sur ceux du client, de même qu'à son obligation d'information et de conseil engageant de ce fait sa responsabilité.

La banque ne conteste pas avoir acquis en date du 14 janvier 2008 les obligations KAUTHING BANK en débitant le sous compte en euros du compte (…) (soit le compte géré de façon non agressive).

Ces titres ont perdu sur les seules journées des 14 et 15 octobre 2008 80% de leur valeur.

Elle oppose en premier lieu l'irrecevabilité de la demande, en se prévalant de l'article 25.2 de ses nouvelles conditions générales en vigueur depuis le 1er septembre 2009 qui dispose que le client ne peut assigner la banque en responsabilité plus de deux ans après les faits qui sont à l'origine de son action.

En ordre subsidiaire quant au fond, elle conteste tout manquement à son devoir de loyauté et tout conflit d'intérêt, faisant valoir que les gestionnaires de la banque n'étaient pas informés en janvier 2008 que les banques islandaises rencontraient des difficultés, les obligations KAUTHING étant en outre bien cotées par les agence de rating.

Elle est d'avis que l'investissement des avoirs en obligations s'inscrit dans le cadre du mandat de gestion discrétionnaire et a été ratifié par les demandeurs et se prévaut dans ce contexte de l'article 10 de ses conditions générales.

Elle conteste encore tout lien entre une éventuelle faute de sa part et le préjudice subi par les requérants, faisant valoir que celui-ci n'est dû qu'à la crise financière qui s'est abattue sur l'Islande.

Les demandeurs estiment que les nouvelles conditions générales ne sauraient s'appliquer que pour le futur et contestent que l'action soit prescrite.

Quant au fond, ils détaillent les fautes graves reprochées à la banque : conflit d'intérêt, dépassement de crédit non autorisé. Ils concluent sur base des articles 283 et 288 du Nouveau code de procédure civile a voir produire tout document interne de la banque énonçant la politique de la banque en matière de gestion de conflits d'intérêt et de risque et formulent une offre de preuve par témoins pour établir l'existence de ces règles.

Ces griefs sont une nouvelle fois contestés par la banque, qui conclut en outre au rejet des demandes de communication de pièces et de l'offre de preuve par témoins pour n'être pas pertinentes.

1) Quant au moyen tiré de la prescription de la demande :

La banque s'empare de l'article 25.2 de ses nouvelles conditions générales applicables depuis le 1er septembre 2009 lequel dispose : « *The Client agrees not to commence any claim against the bank after the expiry of two years from the date of the action or omission that would otherwise have led to such claim.* » pour en déduire que l'action serait prescrite, faisant remonter le point de départ de la prescription au jour de l'acquisition des titres litigieux soit au 14 janvier 2008.

Les demandeurs contestent avoir accepté la modification des conditions générales.

Ils font valoir que la banque essaierait de modifier ex-post une condition contractuelle, sans accord du client pour lui enlever l'exercice d'un droit déjà né.

Cette pratique relèverait d'une déloyauté manifeste dans le chef de la banque.

Il est admis que l'ordre public ne s'oppose pas aux clauses qui restreignent le délai de prescription extinctive de droit commun tant du moins qu'elles ne privent pas en fait le créancier de toute possibilité d'agir utilement (Cour de Cassation du 17 décembre 2009 Pas.35 2/2011, p 123).

Toutefois, aux termes de l'article 1135-1 du Code civil, les conditions générales d'un contrat préétablies par l'une des parties ne s'imposent à l'autre que si celle-ci a été en mesure de les connaître lors de la signature du contrat et si elle doit, selon les circonstances, être considérée comme les ayant acceptées.

Il ne peut en effet être question pour une partie débitrice d'une obligation qui trouverait sa source dans le contrat, de restreindre l'étendue de cette obligation par le biais de conditions générales par voie d'une déclaration unilatérale de volonté.

La clause restreignant le délai d'action du client à deux ans n'ayant pas figuré dans les conditions générales en vigueur lors de la signature du contrat par les requérants, elle ne saurait leur être opposable sans acceptation de leur part.

Une telle acceptation ne peut en aucun cas être déduite du silence gardé suite à l'envoi du courrier de la banque du 27 juillet 2009 en hold mail, les informant en termes généraux sur la modification des conditions générales suite à la reprise des engagements de KAUPTHING par la banque HAVILLAND.

Une attitude loyale de la banque dans ce contexte aurait commandé que l'attention des requérants soit attirée sur cette abréviation de la prescription par un courrier adressé à leurs avocats (auteurs du courrier de réclamation envoyé à la banque en octobre 2008) lesquels n'auraient pas manqué d'exprimer le refus des clients d'accepter cette restriction de leurs droits ou à défaut, d'introduire immédiatement la présente action.

Le moyen tiré de la prescription de la demande sur base des nouvelles conditions générales est partant à rejeter.

La banque s'empare encore de l'article 10 des conditions générales, pour en déduire la ratification des investissements effectués par la banque en raison du

silence gardé à la réception des extraits de compte, l'opération d'acquisition des titres KAUPTHING actuellement critiquée par les requérants n'ayant pas été contestée dans les 30 jours de la réception de l'extrait de compte.

Il est constant en cause que les requérants ont signé avec la banque un mandat de gestion discrétionnaire.

Or, il est de jurisprudence constante en matière de mandat de gestion discrétionnaire que le silence gardé par le client à la réception des relevés de compte n'a pour effet que d'établir 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.

L'effet du silence gardé à la réception des extraits est donc cantonné à une fonction probatoire et non de validation.

En effet, lorsque le client confère à un professionnel la gestion discrétionnaire de son portefeuille, il lui en abandonne en quelque sorte le sort. Il le laisse agir « à sa discrétion » l'autorisant ainsi à effectuer, certes dans le cadre d'une stratégie prédéterminée d'un commun accord, toutes les opérations que le gestionnaire jugera opportunes afin d'atteindre les objectifs lui assignés.

Dès lors que le client a donné mandat à un professionnel, il n'est pas tenu d'assurer la surveillance de l'évolution de son compte, sauf lorsqu'il reçoit des mises en garde (cf. Chronique de jurisprudence belge et luxembourgeoise par Olivier POELMANS, Gazette du Palais n 27 juin 2005).

Déduire d'un silence prolongé du client après réception des avis d'opéré un consentement des opérations réalisées par le gestionnaire irait à l'encontre du but et de l'objet d'un contrat de gestion discrétionnaire.

En effet, le client conclut un contrat de gestion précisément pour être déchargé de la gestion de son portefeuille et profiter de l'expérience et du savoir-faire de quelqu'un plus compétent que lui.

Dans ce contexte il n'a pas le devoir de constamment surveiller son mandataire, en analysant les opérations effectuées par rapport à la stratégie d'investissement convenue, ce qui impliquerait des connaissances en la matière et un suivi quotidien des marchés, ce à quoi précisément le contrat de gestion entend pallier (cf. dans le même sens Jurisclasseur Banque et Bourse fasc 2210 no 88).

Les deux jurisprudences citées par la banque pour établir que la ratification par le silence gardé exercerait une fonction de validation en matière de gestion discrétionnaire visent en réalité l'hypothèse de l'absence de mandat donné à la banque.

Dans ces cas, la jurisprudence déduit l'existence d'un mandat par le silence gardé à la réception des extraits retraçant les opérations contestées.

Elles ne peuvent dès lors utilement être invoquées en l'espèce.

Il suit de l'ensemble de ces développements que les requérants sont recevables à critiquer la gestion de la banque.

2) Quant au bien-fondé de la demande :

Les requérants reprochent à la banque d'avoir acquis le 14 janvier 2008 pour compte du client des Obligations « Kaupthing Bank Hf » d'une valeur nominale de 1.500.000 euros pour un montant de 1.419.593,18 euros.

Ils estiment que la banque a utilisé le mandat discrétionnaire qui lui a été accordé, basé sur la confiance du client, pour acquérir des obligations dans une envergure totalement exagérée par rapport à la ligne de crédit consentie au client, au mépris du profil d'investissement retenu pour le compte (…) et sans aucun rapport avec les transactions habituellement passées sur ce compte dans l'unique souci de procurer à la maison mère des liquidités que celle-ci ne pouvait plus se procurer sur le marché interbancaire, agissant ainsi en totale violation de son obligation de loyauté.

La banque fait valoir que dans le cadre du mandat de gestion elle ne serait tenue que d'une obligation de moyens et conteste toute faute dans son chef.

Elle conteste notamment tout conflit d'intérêt, faisant valoir qu'il ne serait pas établi que les banques islandaises auraient déjà connu des problèmes de financement dès janvier 2008, les rating attribués par Moodys et Fitch aux obligations KAUPTHING auraient été respectivement de « AA3 » et « A ».

Elle aurait par ailleurs acquis des parts d'OPC géré par la banque, le Kaupthing fund ou des actions Kauthing dans les années 2003 et 2004, sans que cette attitude ne soit jamais remise en cause par les demandeurs.

Elle se prévaut encore du fait que la gestion de ce compte devait être conservatrice pour en déduire que la stratégie d'investissement de la banque prévoyait donc la possibilité d'investir jusqu'à 90 % en obligations (!!!), de sorte que l'opération critiquée rentrerait dans la stratégie du compte.

Elle conteste encore le grief tiré du manque de diversification des investissements, en soulignant que le relevé de portefeuille au 31décembre 2007 fait au contraire apparaître des placements diversifiés en actions, obligations et cash.

Enfin, elle conteste avoir prêté de l'argent aux clients pour faire l'acquisition desdites obligations.

Sur ce dernier point, il ressort cependant des conclusions de la banque, qu'elle a début janvier 2008 investi une partie des avoirs en compte, à savoir 161.211.655 ISK, dans l'achat d'actions du FL Group hf et placé le reste à terme à savoir la somme de de 150.000.000 ISK (soit la contrevaleur de 1.564.320 euros) laquelle a été recréditée sur le compte (…) à l'issue du placement à terme le 4 février 2008, « couvrant ainsi l'investissement fait » (cf. les conclusions des défendeurs).

Ceci revient à admettre qu'il n'y avait pas de fonds disponibles lorsque s'est présentée l'« opportunité » d'acquérir les titres KAUPTHING, de sorte que la

banque a avancé les fonds nécessaires à l'acquisition des titres KAUPTHING du 14 janvier au 7 février 2008 (cf. les extraits bancaires versés en cause).

Par ailleurs, si le relevé de portefeuille au 31 décembre 2007 fait effectivement apparaître que le montant total des avoirs en compte c'est-à-dire 3.717.524,10 euros a été placé de façon diversifiée (14,1 % en actions, 0,1% en fonds d'investissement, 16,9 % en obligations et 69 % en cash), il y a lieu de constater que ce relevé est antérieur à l'opération contestée et qu'un tel relevé n'est pas versé par la banque pour l'année 2008.

Ce relevé aurait fait apparaître que plus de 40 % du portefeuille était désormais investi dans des obligations d'un seul émetteur, sans même prendre en compte autres titres KAUTHING déjà présents dans le portefeuille pour avoir été antérieurement acquis !

Le grief tiré d'un défaut de diversification du portefeuille suite à cette opération est dès lors établi.

Le fait que cette décision d'investissement soit intervenue à un moment où les banques éprouvaient déjà des difficultés à se financer suite à la crise des « subprimes en été 2007 » rend d'autant plus critiquable ce défaut de diversification aboutissant à une concentration des risques préjudiciable au client. La circonstance que l'émetteur des obligations soit la maison mère de la banque ne rend que plus suspecte la décision de la banque et soulève légitimement des soupçons sur la loyauté de celle-ci envers son client.

L'attitude de la banque est dès lors constitutive d'une faute grave de nature à engager sa responsabilité.

Les requérants réclament à titre de préjudice un montant de 1.170.183,68 euros qui se décompose comme suit :

- Montants des obligations Kaupthing Bank 1.419.593,18 euros
- Estimation des intérêts débiteurs à raison du découvert 52.000 euros
- perte sur opération de change pour apurer le compte 34.403 euros
- valeur de revente des obligations Kaupthing - 335.812,50 euros

La jurisprudence retient en cas de dépassement de pouvoirs par la société de gestion, que l'inopposabilité des actes accomplis pour le compte du client se traduit par un engagement de la responsabilité du gestionnaire tenu de réparer le préjudice accru au client.

Les situations les plus fréquemment traitées par la jurisprudence concernent le cas de client ayant signé un mandat de gestion « prudent » ou « équilibré », alors que le gestionnaire a assuré une gestion dynamique. Il en est de même en l'absence de diversification du portefeuille au mépris de la clause prévoyant une répartition des risques.

Pour calculer le montant des pertes résultant d'une mauvaise gestion d'une société de gestion de portefeuille, il convient en principe de comparer les résultats obtenus par la société de gestion avec ceux qui auraient été obtenus si la gestion avait été

celle d'un mandataire normalement diligent et compétent, cette gestion devant être appréciée dans son ensemble.

Toutefois l'indemnisation peut exceptionnellement correspondre à la totalité des pertes enregistrées sur le compte du mandant.

Tel est le cas lorsque la faute du mandant est particulièrement grave (cf. Jurisclass. Banque et bourse volume 5 fasc.2210).

Dans une telle hypothèse celui-ci doit réparer l'ensemble du préjudice subi par le client du fait des opérations litigieuses et cela sans s'interroger sur la qualité de la gestion, même si partie de son préjudice est due à l'aléa boursier.

En l'espèce, il résulte des extraits de compte versés en cause que les requérants ont subi du fait de l'opération contestée un préjudice qui s'élève au montant investi soit 1.419.593,18 euros moins les coupons touchés en avril et juillet 2008 soit 31.150,63 euros moins la valeur de revente des titres soit 335.812,50 euros soit 1.052.629,87 euros.

La demande est dès lors à déclarer fondée pour ce montant.

Les montants additionnels réclamés du chef d'intérêts estimés et de perte de change n'ayant pas été autrement explicités et documentés, sont à rejeter.

Au vu de l'attitude des parties défenderesses ayant conduit au litige, il serait inéquitable de laisser à la charge des requérants l'entièreté des frais exposés non compris dans les dépens.

Il échet de leur allouer une indemnité de procédure de 2.000 euros.

A défaut pour les défenderesses d'avoir spécifié laquelle des deux sociétés issues de l'ancienne société KAUPTHING BANK avait repris les obligations liées au contrat conclu par KAUPTHING Banque avec les requérants, les deux défenderesses sont à condamner solidairement.

Les défenderesses sont quant à elles à débouter de leur demande en allocation d'une indemnité de procédure alors qu'il est de principe que la partie qui succombe au litige ne peut bénéficier de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS

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

reçoit la demande en la forme,

la **dit** fondée et justifiée jusqu'à concurrence du montant de 1.052.629,87 euros,

condamne solidairement les sociétés PILAR SECURISATION SARL et BANQUE HAVILLAND S.A. en tant qu'entités ayant succédé à KAUPTHING BANK

LUXEMBOURG à payer à **A.)** et **B.)** le montant de 1.052.629,87 euros avec les intérêts légaux à dater du 23 octobre 2008 jusqu'à solde,

condamne solidairement les sociétés PILAR SECURISATION SARL et BANQUE HAVILLAND S.A. à payer à **A.)** et **B.)** une indemnité de procédure de 2.000 euros,

les **condamne** aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Pierre THIELEN qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.