Jugement commercial XV No 600/07

Audience publique du mercredi, neuf mai deux mille sept

Numéro 100 682 du rôle

Composition:

Karin GUILLAUME, Vice-Présidente,
Marc WAGNER, juge,
Robert WORRE, juge,
Fabienne GAUL, greffière.

E n t r e :

le sieur **A.)**, agent immobilier, demeurant à B-(…), (…),

partie demanderesse aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg, en date du 20 février 2006 ;

comparant par Maître François MOYSE, avocat, demeurant à Luxembourg.

e t :

la société anonyme **UNION BANCAIRE PRIVEE (LUXEMBOURG) S.A.**, établie et ayant son siège social à L-2449 Luxembourg, 18, boulevard Royal, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 94 71,

partie défenderesse aux fins du prédit exploit Frank SCHAAL,

comparant par Maître Myriam PIERRAT, avocate, en remplacement de Maître Yves PRUSSEN, avocat, les deux demeurant à Luxembourg.

L e T r i b u n a l :

Ouï la partie demanderesse par l'organe de son mandataire Maître François MOYSE, avocat constitué, demeurant à Luxembourg.

Ouï la partie défenderesse par l'organe de son mandataire Maître Myriam PIERRAT, avocate, en remplacement de Maître Yves PRUSSEN, avocat constitué, les deux demeurant à Luxembourg.

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 28 février 2007.

Monsieur le juge Marc WAGNER entendu en son rapport à l'audience du 21 mars 2007.

Par exploit de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg du 20 février 2006, **A.)** a fait donner assignation à la société anonyme UNION BANCAIRE PRIVÉE (LUXEMBOURG) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière civile, pour l'entendre condamner à lui payer les montants de 700.000.- USD et de 48.894,42.- EUR avec les intérêts légaux à partir de la date de la révocation du mandat de gestion discrétionnaire, sinon à partir de la date de la demande en reconstitution du portefeuille, sinon à partir du jour de la demande en justice, jusqu'à solde. Il sollicite encore la majoration du taux de l'intérêt légal, une indemnité de procédure de 5.000.- EUR, l'exécution provisoire du jugement à intervenir, ainsi que la condamnation de la partie défenderesse à tous les frais et dépens de l'instance.

Le requérant, qui avait conclu avec la banque défenderesse un contrat de gestion discrétionnaire, invoque à l'appui de sa demande une gestion fautive de son portefeuille de titres, un non-respect des stipulations contractuelles relatives à la répartition des fonds et une violation de ses obligations d'information et de conseil. Il reproche encore à la banque d'avoir effectué des opérations inutiles dans le seul but de porter des frais à sa charge. Il base son action principalement sur les règles de la responsabilité contractuelle et subsidiairement sur celles de la responsabilité délictuelle.

La banque défenderesse conclut au rejet des prétentions adverses comme étant non fondées. Elle est d'avis que le requérant aurait expressément accepté tous les relevés de compte et ainsi approuvé sa politique de gestion et les opérations pratiquées par elle. Elle conteste toute faute de sa part et invoque encore une clause d'exonération de responsabilité de sa part.

La demande, régulièrement introduite dans les forme et délai légaux, et non autrement contestée sous ce rapport, est à déclarer recevable.

A titre liminaire, il convient de préciser qu'il n'existe dans le Grand-Duché de Luxembourg aucun tribunal civil ou tribunal de commerce proprement dit. Conformément à l'article 20 du Nouveau Code de Procédure Civile, le tribunal d'arrondissement est, en matière civile et commerciale, juge de droit commun et

connaît de toutes les affaires pour lesquelles compétence n'est pas attribuée expressément à une autre juridiction, en raison de la nature ou du montant de la demande.

Il appartient au tribunal d'énoncer dans quelle matière il prononce, alors même que le demandeur n'aurait pas qualifié la nature de sa demande dans son assignation ou l'aurait qualifiée erronément.

Comme la demande d'**A.)** a trait à une contestation relative à un acte de commerce, le tribunal statuera en matière commerciale.

Il est constant en cause que les parties avaient conclu le 4 août 1997 un contrat de gestion discrétionnaire qui a été résilié par le demandeur en date du 5 juillet 2002.

La banque estime en premier lieu que le demandeur, en signant les différents relevés de compte aurait approuvé la répartition des avoirs et ratifié les opérations menées.

Dans le cas d'un contrat de gestion discrétionnaire, la signature par le client des différents 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.

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.

Un gestionnaire doit cependant rechercher, par une répartition équilibrée des placements, à préserver le capital lui confié.

Le client doit ainsi en principe rapporter la preuve d'un comportement fautif ou négligent, lequel n'est pas établi 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).

La banque invoque la clause exclusive de responsabilité insérée au contrat.

Cette clause est, contrairement à l'argumentation du demandeur, valable eu égard à l'(ancien) alinéa 2 de l'article 1135-1 du Code Civil, entre-temps abrogé, mais encore en vigueur au moment de la signature du contrat de mandat, car insérée dans le corps même de celui-ci et non dans les conditions générales de la banque, de sorte qu'une acceptation spéciale n'était pas requise.

Si des clauses limitatives ou exclusives de responsabilité sont en principe valables, une partie ne saurait cependant se couvrir contre ses fautes dolosives ou lourdes.

Il s'ensuit qu'**A.)** peut engager la responsabilité de la banque s'il établit une faute lourde ou un dol imputable au banquier.

Il ressort du mandat de gestion que les parties avaient convenu de placer les fonds disponibles du client en les plaçant de la manière suivante :

-48% environ en obligations ordinaires,
-50% environ en actions,
- 2% environ en options.

Il y est également stipulé que *«ces proportions sont indicatives et non impératives, vous [la banque] êtes par conséquent autorisés à les modifier à votre gré selon la tendance du marché et les occasions qui se présenteront.»*

A.), qui critique la gestion effectuée depuis le 1er janvier 2000, reproche à la banque de n'avoir pas respecté cette clé de répartition des fonds.

La société anonyme UNION BANCAIRE PRIVÉE (LUXEMBOURG) fait valoir que celle-ci n'aurait été qu'indicative.

Si la clause reprise ci-dessus permet certes une certaine flexibilité dans la répartition des avoirs du client, la banque reste tenue cependant de s'inspirer de la clé de répartition convenue et elle n'est pas autorisée à en faire totalement abstraction. Décider le contraire reviendrait à priver la clause relative à la politique générale d'investissement arrêtée entre parties de tout sens.

La banque n'était dès lors pas autorisée, à défaut d'un accord de son client, de gérer les avoirs de façon spéculative en plaçant pendant certaines périodes presque la totalité des avoirs en des actions.

Il ressort du rapport d'expertise versé en cause, certes unilatéral, mais communiqué et librement discuté par les parties et qui peut partant être pris en considération, qu'à certaines dates plus de 90% des fonds étaient investis en actions, ce qui n'est d'ailleurs pas contesté par la défenderesse.

Le fait de ne pas respecter la répartition convenue et d'investir sans mandat exprès de façon spéculative et sans opérer une diversification des risques les avoirs à lui confiés constitue une faute lourde dans le chef du gestionnaire, le privant du bénéfice de la clause d'exclusion de responsabilité stipulée.

Il résulte encore de ce rapport que, moyennant l'octroi de prêts en devises ayant pour effet d'augmenter artificiellement les avoirs du client, le montant investi était supérieur à la valeur réelle du portefeuille, ce qui a eu un effet multiplicateur sur les résultats (négatifs) du portefeuille investi. Ainsi (cf. relevé de compte au 31 décembre 2000, pièce n°3 du demandeur) le compte accusait pendant plusieurs mois un débit, avec comme maximum un montant de 459.000.- USD.

La banque, qui ne prend pas position quant à ce reproche, ne fournit aucune pièce documentant un accord de son client quant à l'octroi de prêts et leur utilisation à des investissements complémentaires.

Un gestionnaire ne peut, en permettant un endettement du client, à l'insu de ce dernier, investir un montant supérieur à celui lui confié. Ce fait, qui a eu un effet de levier, constitue également une faute lourde.

A.) reproche encore à la banque une violation de ses obligations d'information et de conseil en ce qu'elle ne l'aurait pas informé des risques liés au changement de sa politique d'investissement.

Dans le cadre d'un mandat de gestion discrétionnaire, l'obligation d'information et de conseil du banquier est limitée à la phase précontractuelle et n'existe pas pendant l'exécution du contrat puisque, par définition, il est appelé à prendre seul les décisions de placement.

Un changement de la politique de gestion de la banque au cours de mandat ne peut ainsi pas être sanctionné sur base d'une violation de l'obligation d'information et de conseil.

Par ailleurs, il a été retenu ci-avant que le non-respect de la répartition convenue et un investissement spéculatif sans mandat exprès constitue une faute lourde de la part de la demanderesse.

Les reproches relatifs à un manque d'information et de conseil sont donc à écarter.

Il en est de même des autres reproches (fréquence élevée d'opérations, opérations inexplicables ou inutiles), car sur les quelques opérations citées, soit le demandeur reste en défaut de démontrer leur caractère fautif, soit elles ne sont pas fautives en soi (rendement faible).

Les fautes retenues à charge de la banque ont entraîné un préjudice pour le demandeur qui correspond à la différence entre la valeur du portefeuille du demandeur et celle d'un portefeuille composé de façon équilibrée d'actions et

d'obligations géré dans les mêmes circonstances de temps, de conjoncture et en bon père de famille sur lequel aucun effet de levier n'a joué.

L'expert a comparé la performance du portefeuille du demandeur avec 272 fonds mixtes internationaux équilibrés (position obligataire à hauteur de 50% et 50% d'actions hors effet de levier).

Il retient que le résultat de la gestion (-72,19%) est très largement en dessous de la performance réalisée par les fonds étudiés qui ont en moyenne totalisé une perte de 20,44%.

Le préjudice du demandeur peut partant être évalué à [944.142,80.- USD (total de la valeur du portefeuille au 31 décembre 1999) x (100 – 20,44 =) 79,56 % (performance moyenne)] = 751.160,01.- USD, à diminuer du total de la valeur du portefeuille au 31 décembre 2002) – 250.733,56.- USD, soit 500.426,45.- USD.

Le préjudice moral est à évaluer au montant de 2.000.- euros.

La banque est encore à condamner au remboursement des intérêts débiteurs (8.894,42.- euros) mis en compte, poste non autrement contesté.

Les intérêts sur ces sommes, à l'exception de celle allouée à titre de dommage moral, courent à partir de la demande en reconstitution du portefeuille valant mise en demeure (11 avril 2005).

Au vu des développements qui précèdent **A.)** est à débouter de sa demande en remboursement des commissions encaissées dès lors que le caractère fautif des opérations critiquées n'est pas établi.

Conformément à l'article 15 de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard, il y a lieu d'ordonner la majoration du taux de l'intérêt légal de trois points à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la signification du présent jugement.

A.) sollicite encore une indemnité de procédure de 5.000.- EUR. Cette demande est fondée en son principe, alors qu'il serait inéquitable de laisser l'entièreté des frais non compris dans les dépens à sa charge, celui-ci s'étant vu contraint d'engager des frais dans le seul but de faire valoir ses droits légitimes en justice. Au vu des éléments de la cause, eu égard à la nature et au résultat du litige, cette indemnité est à évaluer à 1.000.- EUR.

Le demandeur conclut finalement encore à l'exécution provisoire du jugement à intervenir.

Les jugements rendus en matière commerciale sont exécutoires par provision de plein droit, le tribunal n'ayant pas besoin de l'ordonner, mais moyennant caution. L'exécution provisoire n'a donc besoin d'être ordonnée que lorsqu'elle doit avoir lieu

sans caution ou justification de solvabilité suffisante dans les cas autorisés par l'article 567 du Nouveau Code de Procédure Civile, à savoir, lorsqu'il y a titre non attaqué ou condamnation précédente dont il n'y a pas appel.

Comme l'exécution provisoire du présent jugement sans caution n'est pas sollicitée en l'espèce, le tribunal n'a pas à statuer sur ce point.

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 le juge de la mise en état en son rapport oral,

d é c l a r e la demande recevable,

la **d i t** partiellement fondée,

partant,

c o n d a m n e la société anonyme UNION BANCAIRE PRIVÉE (LUXEMBOURG) à payer à **A.)** la somme de 500.426,45.- USD (cinq cent mille quatre cent vingt-six virgule quarante-cinq) dollars des Etats-Unis, à convertir en euros au cours du jour du prononcé du présent jugement, avec les intérêts légaux à partir du 11 avril 2005 jusqu'à solde,

c o n d a m n e encore la société anonyme UNION BANCAIRE PRIVÉE (LUXEMBOURG) à payer à **A.)** la somme de 8.894,42.- (huit mille huit cent quatre-vingt-quatorze virgule quarante-deux) euros avec les intérêts légaux à partir du 11 avril 2005 jusqu'à solde,

c o n d a m n e la société anonyme UNION BANCAIRE PRIVÉE (LUXEMBOURG) à payer à **A.)** à titre de dommage moral la somme de 2.000.- (deux mille) euros avec les intérêts légaux à partir du 20 février 2006 (date de la demande en justice) jusqu'à solde,

o r d o n n e sur ces sommes la majoration du taux de l'intérêt légal de trois points à l'expiration d'un délai de trois mois à partir de la signification du présent jugement,

d i t fondée la demande de **A.)** en obtention d'une indemnité de procédure jusqu'à concurrence du montant de 1.000.- EUR,

partant, **c o n d a m n e** la société anonyme UNION BANCAIRE PRIVÉE (LUXEMBOURG) à payer à **A.)** à titre d'indemnité de procédure la somme de 1.000.- (mille) EUR,

c o n d a m n e la société anonyme UNION BANCAIRE PRIVÉE (LUXEMBOURG) à tous les frais et dépens de l'instance, à l'exception des frais supplémentaires occasionnés par le choix de la procédure civile qui doivent rester à charge du demandeur, avec distraction au profit de Maître François MOYSE, qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.