Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Arrêt N°5/25 XII-COM

Audience publique du trente-et-un octobre deux mille vingt-cinq

Numéro CAL-2024-00283 du rôle

Composition:

Yola SCHMIT, président de chambre;
Yannick DIDLINGER, premier conseiller;
Anne MOROCUTTI, conseiller;
Sam SCHUH, greffier assumé.

E n t r e :

1) PERSONNE1.), demeurant à B-ADRESSE1.),

2) PERSONNE2.), demeurant à B-ADRESSE1.),

3) PERSONNE3.), demeurant à F-ADRESSE2.),

4) PERSONNE4.), demeurant à B-ADRESSE3.),

5) PERSONNE5.), demeurant à B-ADRESSE4.),

6) PERSONNE6.), demeurant à B-ADRESSE5.),

appelants aux termes d'un acte de l'huissier de justice Nadine dite Nanou TAPELLA d'Esch-sur-Alzette du 8 mars 2024,

comparaissant par Maître Annie ELFASSI, avocat à la Cour, assistée de Maître Valérie KOPERA, avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg,

e t :

la société anonyme **SOCIETE1.)**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE6.), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.), représentée par son conseil d'administration,

intimée aux fins du susdit acte TAPELLA,

comparaissant par Maître Nicolas THIELTGEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

L A C O U R D ' A P P E L

Statuant sur une demande principale introduite par assignation du 8 juillet 2021 par PERSONNE1.), son épouse PERSONNE2.), née PERSONNE2.), et leurs quatre enfants, PERSONNE3.), PERSONNE4.), PERSONNE5.) et PERSONNE6.) (ci-après les consorts GROUPE1.)), dirigée contre la société anonyme SOCIETE1.) (ci-après la société SOCIETE1.)) et tendant, notamment, à voir condamner celle-ci à leur payer la somme totale de 2.132.969,28 euros ou toute autre somme à déterminer à dires d'expert, outre les intérêts, à titre d'indemnisation du préjudice qu'ils soutiennent avoir subi du fait de la mauvaise gestion de leurs portefeuilles, et sur une demande reconventionnelle de la société SOCIETE1.) tendant, notamment, à la condamnation des consorts GROUPE1.) au paiement d'une indemnité de 25.000 euros pour procédure abusive et vexatoire, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a, par jugement du 19 janvier 2024,

- reçu les demandes principale et reconventionnelle en la forme,
- rejeté le moyen de nullité soulevé par la défenderesse,
- dit la demande principale non fondée,
- dit la demande reconventionnelle non fondée,
- dit non fondées les demandes basées sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,
- condamné les consorts GROUPE1.) à tous les frais et dépens de l'instance.

De ce jugement, dont il n'est pas établi qu'il leur ait été signifié, les consorts GROUPE1.) ont relevé appel par acte d'huissier de justice du 8 mars 2024.

Les appelants demandent, par réformation, à la Cour de déclarer fondée leur demande en réparation du préjudice subi, d'un montant total de 2.132.969,28 euros, ventilé ainsi :

- 849.671,08 euros pour PERSONNE1.),
- 478.055,37 euros pour PERSONNE2.),
- 469.528,82 euros pour PERSONNE1.) et PERSONNE2.), conjointement,
- 108.462,79 euros pour PERSONNE3.),
- 105.986,82 euros pour PERSONNE5.),
- 63.562,89 euros pour PERSONNE4.), et
- 57.701,51 euros pour PERSONNE6.),

ou tout autre somme à déterminer aux dires d'expert, principalement, sur base des articles 1142 et suivants du Code civil, sinon, subsidiairement, sur base des articles 1382 et 1383 du même code, avec les intérêts légaux à partir du 17 février 2021, sinon à partir de l'assignation du 8 juillet 2021.

Ils concluent encore à se voir réserver le droit d'ajuster, de préciser, de compléter ou d'augmenter le quantum de leur dommage, ainsi que celui de demander la nomination d'un expert aux fins de vérifier (i) comment ont évolué les portefeuilles des autres clients de l'intimée ayant choisi une stratégie similaire sur la période 2012-2020 et dont les portefeuilles n'étaient pas gérés par le même gestionnaire que les leurs, (ii) quelle était la méthode de gestion desdits portefeuilles des autres clients et (iii) quel était le rendement de ceux-ci.

Les consorts GROUPE1.) demandent encore la condamnation de la société SOCIETE1.) aux frais et dépens de l'instance, ainsi qu'à leur payer, à chacun, 2.500 euros à titre d'indemnité de procédure.

La société SOCIETE1.) conclut à la nullité, sinon à l'irrecevabilité de l'acte d'appel, qui mentionne une double constitution d'avocat.

Si l'appel était déclaré recevable, elle demande à la Cour, par réformation du jugement déféré, de déclarer l'assignation du 8 juillet 2021 nulle, sinon irrecevable, au motif qu'il serait de principe que plusieurs demandeurs ne peuvent introduire, dans un même exploit, des demandes distinctes, basées sur des causes qui sont étrangères les unes des autres.

Au fond, l'intimée interjette appel incident et demande, par réformation du jugement entrepris, la condamnation des appelants à lui payer le montant de 25.000 euros à titre d'indemnité pour procédure abusive et vexatoire, ainsi qu'une indemnité de procédure de 5.000 euros. Elle conclut à la confirmation du jugement déféré pour le surplus.

Enfin, la société SOCIETE1.) demande à la Cour d'ordonner l'exécution provisoire de l'arrêt à intervenir et de condamner les consorts GROUPE1.) solidairement, sinon *in solidum*, à lui payer une indemnité de procédure de 5.000 euros pour l'instance d'appel, ainsi qu'aux frais et dépens de l'instance d'appel.

- La recevabilité de l'appel

Position des parties

La société SOCIETE1.) fait valoir que l'acte d'appel serait à déclarer nul, sinon irrecevable « *en ce que la constitution y formulée par les parties appelantes constitue une double constitution d'avocat à la Cour* », ce qui contreviendrait aux principes posés à l'article 585 du Nouveau Code de procédure civile, qui exige notamment que l'acte d'appel contienne, à peine de nullité, « *la constitution de l'avocat de l'appelant* » au singulier. La violation de ce principe, dit de l'unicité de l'avocat, constituerait un vice de fond, sanctionné par la nullité de l'acte de procédure pour méconnaissance d'une formalité procédurale substantielle, et entraînerait l'irrecevabilité de l'appel.

Les appelants contestent l'argumentaire adverse, qui serait basé sur une lecture erronée des jurisprudences citées, en soulignant que l'acte d'appel contient une seule constitution d'avocat et une seule élection de domicile, le fait qu'il contienne également la mention que l'avocat constitué est « *assistée* » par un autre avocat ne saurait emporter constitution d'avocat dans le chef de cette dernière. Le moyen de nullité soulevé serait partant à rejeter.

Appréciation de la Cour

Aux termes de l'article 585 du Nouveau Code de procédure civile, l'acte d'appel doit contenir, outre les mentions prescrites aux articles 153 et 154 du même code, « *la constitution de l'avocat de l'appelant* », ce à peine de nullité.

Ledit article visant la constitution d'avocat au singulier, la doctrine et la jurisprudence en ont déduit la règle qu'une partie n'est admise à se faire représenter que par une seule personne habilitée par la loi, cette règle ayant pour but de garantir une bonne administration de la justice.

Si l'absence de constitution d'avocat dans un litige où la représentation est obligatoire entraîne la nullité de l'acte introductif d'instance pour irrégularité au fond, il y a lieu de considérer la pluralité d'avocats constitués pour une même personne comme un vice de forme, qui relève de l'article 264 du Nouveau Code de procédure civile, étant donné que la règle posée par l'article 585 du même code est respecté, même si l'exigence jurisprudentielle d'unicité de l'avocat ne l'est pas (Cour d'appel, 27 janvier 2016, n°42739 ; Cour d'appel, 16 novembre 2016, numéro 42053).

En l'occurrence, l'acte d'appel contient, après l'indication des appelants, la mention suivante :

« *élisant domicile en l'Etude de Maître Annie ELFASSI, Avocat à la Cour, qui est constituée et occupera pour les parties appelantes, assistée de Maître Valérie KOPERA, Avocat à la Cour, toutes deux demeurant professionnellement au 10-12 Boulevard Roosevelt, L-2450 Luxembourg et exerçant professionnellement près de l'Etude Baker & McKenzie Luxembourg* ».

La formulation employée, suivant laquelle Maître Annie ELFASSI « *est constituée et occupera* » pour les appelants, est sans ambiguïté en ce qui concerne l'avocat constitué, l'ajout, aux termes duquel Maître Annie ELFASSI est « *assistée de Maître Valérie KOPERA* », n'étant pas de nature à engendrer une quelconque confusion à cet égard.

Le moyen de nullité, sinon d'irrecevabilité de l'acte d'appel soulevé n'est partant pas fondé.

L'appel principal est partant recevable, de même que l'appel incident.

- La recevabilité de l'assignation

Position des parties

La société SOCIETE1.) réitère le moyen de nullité sinon d'irrecevabilité de l'assignation du 8 juillet 2021 qu'elle avait soulevé en première instance et qui avait été rejeté par le tribunal. Elle donne a considérer que « *sauf le cas d'indivisibilité, de connexité ou de titre commun, plusieurs demandeurs ne peuvent pas, sous peine de nullité de l'exploit et partant d'irrecevabilité de la demande, introduire dans un même exploit des demandes distinctes, basées sur des causes étrangères les unes aux autres* » et elle conteste que les demandes des appelants seraient connexes et reposeraient sur une cause commune, en soulignant que chaque appelant avait souscrit un mandat de gestion discrétionnaire distinct et agit partant en vertu d'un titre différent.

L'intimée donne encore à considérer que l'introduction de demandes sans lien entre elles dans un seul acte « *n'engendre pas uniquement des conséquences sur la forme de l'acte introductif d'instance, mais bien sur le fond de l'affaire* » et que ce serait donc à tort que les juges de première instance ont considéré qu'il s'agissait d'une nullité de forme, qui était

couverte si elle n'était pas soulevée avant toute défense au fond. Elle considère, au contraire, que ce type de nullité « *intéresse incontestablement l'ordre public et le bon fonctionnement de la justice* », qu'il n'est donc pas soumis à l'article 264 du Nouveau Code de procédure civile et doit être soulevé, même d'office, par le juge saisi.

Les consorts GROUPE1.) concluent à la confirmation du jugement entrepris sur ce point, en soutenant qu'une action introduite par plusieurs demandeurs agissant sans titre commun est recevable lorsque leurs demandes sont connexes, ce qui serait le cas en l'espèce, étant donné que le cadre contractuel, le profil de risque choisi, l'objectif poursuivi, la stratégie convenue sont exactement les mêmes pour chaque appelant, que la gestion de leurs portefeuilles respectifs a été assurée par le même gestionnaire, qui était leur interlocuteur unique, que la société SOCIETE1.) les a « *toujours considéré et traité (…) comme une seule unité économique voire comme un client unique* », ce qui ressortirait d'ailleurs des conclusions de la société SOCIETE1.), et que les manquements reprochés à l'intimée sont identiques en tous points. Ils concluent partant à l'existence d'un risque de contrariété de jugements si leurs demandes n'étaient pas toisées dans un seul jugement.

A titre subsidiaire, les appelants font plaider, pour le cas où la Cour estimerait que leurs demandes ne seraient pas connexes, qu'il y aurait lieu de confirmer la motivation des juges de première instance, qui ont écarté ce moyen de nullité sur le fondement de l'article 264, alinéa 2, du Nouveau Code de procédure civile, étant donné que l'intimée ne l'avait pas soulevé avant toute défense au fond.

Appréciation

L'article 10 du Nouveau Code de procédure civile, auquel se réfère le tribunal, vise uniquement la détermination de la valeur du litige en cas de pluralité de demandes ou de demandeurs dans l'optique de la compétence *ratione valoris*, cette compétence étant fonction de la somme totale réclamée s'il existe un titre commun sous-jacent aux différentes demandes, c'est-à-dire une même cause, et, à défaut de titre commun, des montants réclamés individuellement.

Cet article ne fait pas obstacle à l'introduction de plusieurs demandes par plusieurs demandeurs à l'encontre d'un même défendeur, même en l'absence de titre commun.

La faculté de renvoi, de jonction et de disjonction d'instances du juge – pouvoir qu'il exerce de manière discrétionnaire – constitue un correctif lui permettant, notamment, d'éviter que des demandes connexes, qui présentent entre elles un lien tel que la solution de l'une pourrait influer sur la solution de l'autre ou qu'il existe un risque de contrariété ou d'inconciliabilité de décisions si elles étaient toisées séparément, le soient dans un même jugement.

En l'occurrence, eu égard aux prétentions individuelles des appelants, qui excèdent tous le montant de 15.000 euros, la question de la compétence *ratione valoris* de la juridiction saisie ne se pose pas.

La Cour constate ensuite que le cadre contractuel qui lie la société SOCIETE1.) à chacun des appelants est le même, que les reproches formulés par les appelants à l'encontre de l'intimée le sont également et que la société SOCIETE1.) répond, pour l'essentiel, à ces reproches de manière globale, sans individualiser les appelants.

Il y a dès lors lieu de considérer qu'il existe entre les demandes respectives des appelants un lien tel, que si elles étaient jugées séparément, il pourrait en résulter une contrariété de jugements et qu'il est dès lors dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice de les juger ensemble.

Le jugement entrepris est partant à confirmer en ce qu'il a rejeté le moyen de nullité, sinon d'irrecevabilité soulevé par la société SOCIETE1.), quoique pour d'autres motifs.

- L'appel principal en rapport avec la demande basée sur la responsabilité contractuelle

Position des parties

Les appelants exposent qu'ils ont, chacun, conclu, le 8 avril 2012, un contrat de gestion discrétionnaire avec la société SOCIETE1.), précisant que PERSONNE6.) a conclu un second contrat de gestion discrétionnaire avec la société SOCIETE1.) le 5 décembre 2019 (ci-après, ensemble, les Contrats).

Aux termes des Contrats, ils auraient tous choisi une stratégie de placement « *Portefeuille de Croissance – risque modéré* » et convenu que leurs portefeuilles respectifs seraient soumis à une « *gestion passive* », en ce sens que le gestionnaire suivrait « *un indice ou marché de référence défini préalablement* », en l'occurrence « *des fonds tels que ceux offerts par les société SOCIETE2.) ou SOCIETE3.) (SOCIETE3.))* ». Ils précisent encore qu'ils ont, chacun, indiqué dans leur demande d'entrée en relation d'affaires avec la société SOCIETE1.), que leur but était d'obtenir un « *rendement de marché* ». La partie en actions de leurs portefeuilles aurait ainsi dû atteindre « *une part significative du portefeuille* », sans dépasser le seuil de 60% de ceux-ci.

Ils expliquent que le gestionnaire en charge de leurs portefeuilles leur aurait été imposé par la société SOCIETE1.), que la « *nature exacte de la relation* » entre la société SOCIETE1.) et ce dernier resterait « *aujourd'hui encore mystérieuse* » et que ce gestionnaire aurait travaillé « *de manière indépendante et autonome, avec ses propres modèles et référentiels* », sans que la société SOCIETE1.) n'exerce de surveillance.

Ils reprochent à la société SOCIETE1.) de ne pas avoir respecté les paramètres de gestion convenus, en ce que ledit gestionnaire aurait pratiqué une gestion active en utilisant le ratio CAPE (*Cyclically adjusted price-to-eamings ratio*), également appelé ratio « *Shiller* ». Le ratio CAPE ferait partie des modèles de « *market timing* » visant à « *prédire la direction du marché afin d'acheter et vendre au bon moment* » et leurs avoirs auraient donc été gérés « *en fonction des opportunités de marché* », ce qui ne correspondrait pas à une gestion passive, sans leur consentement. Ils contestent les allégations adverses qu'ils auraient été informés de l'utilisation du ration CAPE et l'auraient acceptée. N'ayant aucune connaissance des marchés

financiers, ils n'auraient pas su ce qu'était le ratio CAPE et ils n'auraient d'ailleurs, s'agissant d'une gestion discrétionnaire, pas eu à s'immiscer dans celle-ci.

Ils reprochent encore à la société SOCIETE1.) le fait que leurs portefeuilles respectifs étaient gérés de manière incohérente, alors que la stratégie d'investissement choisie était la même pour l'ensemble de ceux-ci, que la proportion de liquidités des différents portefeuilles dépassait la normale, ce qui signifie que ceux-ci n'étaient, en tout ou partie, pas du tout gérés et que « *[l]e poids moyen en actions de l'ensemble des portefeuilles sur la période 2012 à 2020 ne représente que 21,26%, en moyenne, ce qui est bien inférieur au maximum de 60% prévu dans la stratégie d'investissement choisi[e] et à la moyenne de 42% indiquée par [leur gestionnaire initial] dans ses rapports (…), ou à l'objectif 50/50 d'une stratégie modérée classique* ». Estimant que la société SOCIETE1.) aurait dû, à travers de ses procédures internes de contrôle du respect des paramètres de gestion définis avec les appelants, se rendre compte de ces anomalies, ils soutiennent que l'intimée a manqué au devoir de surveillance qui lui incombait, en tant que gestionnaire prudent et diligent.

Ils poursuivent que ce ne fut que suite au décès du gestionnaire en charge de leurs portefeuilles qu'ils auraient découvert les « *anomalies dans la gestion* » commises par ce dernier, ainsi que le fait qu'ils « *n'ont pas bénéficié de la même gestion de leurs portefeuilles que les autres clients* » de la société SOCIETE1.), que « *[m]ême la procédure de reporting sur les comptes était différente* » de celle des autres clients et que lors de leur entrée en relation d'affaires avec la société SOCIETE1.), il ne se seraient pas vu offrir les mêmes options concernant les stratégies d'investissement. La comparaison entre les performances de leurs portefeuilles et ceux des autres clients de la société SOCIETE1.) laisserait « *apparaître une différence de rendement de - 5,67 par an* » sur la période de 2012 à 2020.

Par suite du décès de leur gestionnaire initial, l'administrateur-délégué de la société SOCIETE1.) se serait personnellement chargé de la gestion de leurs portefeuilles, mais il aurait également pratiqué une gestion active, contrairement à la convention entre parties.

Leur préjudice serait dû au fait que la société SOCIETE1.) « *a laissé leurs portefeuilles aux mains [du gestionnaire initial] sans s'assurer qu'ils soient gérés suivant les standards de SOCIETE1.) qui étaient appliqués aux autres clients de SOCIETE1.)* ». Il serait certain et facilement chiffrable, en ce qu'il correspond à la somme (x) de « *la différence entre les rendements résultant de la gestion aléatoire et fantaisiste* » de leurs portefeuilles et de ceux « *réalisés par la gestion « classique » que SOCIETE1.) a appliqué sur les portefeuilles de la majorité de ses clients* » et (y) des « *frais de gestions versés depuis l'entrée en relation d'affaires avec SOCIETE1.), fixés contractuellement dans l'annexe au mandat de gestion* ».

La société SOCIETE1.) explique qu'elle est « *une société de droit luxembourgeois dont l'objet social consiste principalement en la gestion discrétionnaire et individualisée de portefeuilles incluant un ou plusieurs instruments financiers, dans le cadre d'un mandat donné par le client, et ce au sens de l'article 24-3 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier* », qu'elle a conclu les Contrats avec les appelants en cette qualité et que, préalablement à la conclusion des Contrats, elle a établi « *un profil*

de risque » des appelants, conformément aux exigences de la loi du 30 mai 2018 relative aux marchés d'instruments financiers, et elle a expliqué « *la méthodologie de gestion* » qu'elle utilise.

Elle poursuit que les appelants ont tous « *opté pour une stratégie de placement à risque modéré aux termes de laquelle seul un poids maximum d'investissement en actions (par rapport à la totalité des investissements de chaque portefeuille) était prévu (et non un montant minimum)* », que conformément aux Contrats, elle « *pouvait de façon discrétionnaire, en fonction de l'évolution des marchés et des opportunités d'investissements, faire évoluer la part des investissements en actions dans les portefeuilles concernés entre 0% et 60%* » et qu'elle n'avait aucune obligation contractuelle de conserver une moyenne de 45% d'actions dans les portefeuilles, contrairement à ce que soutiennent les appelants. Elle précise que si elle proposait, au moment de la conclusion des Contrats, d'autres stratégies d'investissement, prévoyant notamment un poids fixe minimum en actions, celles-ci étaient réservés aux clients institutionnels ou avertis. Elle ne pouvait donc pas proposer aux appelants de telles stratégies, qui étaient inadaptées à leur profil d'investisseur « *novice* », sous peine de violer ses obligations professionnelles sous la législation applicable.

Ajoutant qu'il n'appartient pas aux appelants de critiquer leur classement en tant qu'investisseurs « *novices* », étant donné qu'il s'agit d'une appréciation discrétionnaire soumise à des contraintes légales et règlementaires strictes, la société SOCIETE1.) souligne que les appelants ont tous « *librement consenti à la formule d'investissement qui leur a été proposée* », qu'elle n'était tenue à leur égard que d'une obligation de moyens, qu'elle a « *toujours agi conformément aux souhaits des [consorts GROUPE1.)] et dans le strict respect des termes des Contrats et de ses obligations légales et réglementaires* », que les appelants n'ont « *à aucun moment de la relation contractuelle, remis en cause la gestion de leur portefeuille opérée par [la société SOCIETE1.)], ni formulé aucune réclamation à cet égard* », ni indiqué qu'ils souhaitaient modifier les termes de leurs Contrats.

La société SOCIETE1.) précise également qu'il n'existerait aucune obligation contractuelle à sa charge de ne pas dépasser le seuil de 20% de liquidités dans les portefeuilles des appelants et que ces derniers « *ont procédé, tout au long de la relation contractuelle, à des retraits de nature à faire évoluer les sommes disponibles pour investissement* ».

L'intimée conteste qu'elle aurait pratiqué une gestion active des portefeuilles des consorts GROUPE1.), que ce soit avant ou après le décès du gestionnaire, soulignant que les appelants n'apportent aucune preuve en ce sens, et elle explique avoir pratiqué « *une gestion dite « passive » basée sur des fonds d'investissements passifs, tels que ceux offerts par les sociétés SOCIETE2.) ou SOCIETE3.)* », ce dont les appelants avaient été informés lors de la conclusion des Contrats. Dans le contexte d'une gestion passive, le gestionnaire choisit de manière discrétionnaire la méthodologie et les moyens utilisés pour « *reproduire le plus fidèlement possible (et non de dépasser) les performances d'un indicé précis* », sans être tenu de demander l'accord des clients en ce qui concerne les méthodologies et moyens qu'il utilise « *pour évaluer l'évolution du marché et l'opportunité d'investir (notamment le ratio de Schiller et CAPE)* ». L'utilisation du ratio CAPE, dont PERSONNE1.) était informé au regard du courriel que lui a adressé le gestionnaire le 9 octobre 2017, étant « *indépendant de la gestion*

opérée par le gestionnaire » et ne déterminant « *en rien si la gestion opérée est active ou passive* », elle ne saurait constituer une faute dans le chef de la société SOCIETE1.).

La société SOCIETE1.) conclut ensuite à voir écarter les développements des consorts GROUPE1.) au sujet du défaut de surveillance du gestionnaire en charge de la gestion de leurs portefeuilles, qui, tel que correctement retenu par le tribunal, ne sont d'aucune pertinence pour la solution du litige. A titre subsidiaire, elle explique que ledit gestionnaire était l'un de ses salariés, qu'il « *disposait de compétences remarquables et reconnues de tous dans le domaine économique* », qu'il « *ne prenait toutefois aucune décision discrétionnaire sans obtenir l'accord préalable des dirigeants de [la société SOCIETE1.)], et ce dans le strict respect des dispositions contractuelles* », qu'il n'a jamais signé aucun ordre de bourse, ni procédé à aucune transaction sans requérir, au préalable, la signature conjointe de deux administrateurs de la société SOCIETE1.) et que pendant huit ans à compter de la conclusion des Contrats, les appelants n'ont « *jamais formulé la moindre critique à l'égard de sa gestion jusqu'à son décès en octobre 2020* ».

Dans ce contexte, l'intimée demande à voir écarter des débats les pièces adverses n°36 et n°39, qui prétendument retraceraient l'historique de ses relations avec le gestionnaire en charges des portefeuilles des consorts GROUPE1.), l'une de ces pièces n'étant pas datée et l'autre n'étant pas pertinente.

Elle ajoute qu'il ressortirait d'ailleurs de la pièce n°39, qui est un courriel adressé par le gestionnaire à PERSONNE6.), que l'ensemble des obligations d'information quant à la gestion des portefeuilles étaient respectées.

La société SOCIETE1.) poursuit que sa direction « *passait en revue trimestriellement l'intégralité des portefeuilles dont elle avait la gestion, afin de s'assurer que la gestion opérée par ses employés* », y compris par le gestionnaire en charge de la gestion des portefeuilles des appelants, « *correspondait aux termes des Contrats et à la stratégie choisie par les clients* ». Elle soutient également avoir « *pleinement rempli l'ensemble de ses obligations d'information à l'égard des [appelants], tant au stade précontractuel qu'au cours de l'exécution des Contrats* », en ce que les appelants « *recevaient régulièrement des analyses de marché détaillées ainsi que des rapports de performance et de distribution de leur compte* » par courrier envoyé par la poste. Elle estime que les appelants seraient d'ailleurs en aveu d'avoir reçu ces informations, étant donné que par courriel du 9 octobre 2017, elle les a informés qu'elle souhaitait leur envoyer ces informations par courriel, ce que PERSONNE1.) a refusé par retour de courriel du 10 octobre 2017.

En ce qui concerne le préjudice allégué par les consorts GROUPE1.), la société SOCIETE1.) estime que ce serait à bon droit que les juges de première instance ont retenu qu'il laissait d'être établi. Elle ajoute que les consorts GROUPE1.) n'ont jamais été traité différemment de ses autres clients, qu'ils n'ont « *pas perdu d'argent du fait de la gestion opérée par [la société SOCIETE1.)] durant toutes ces années* » et qu'il n'est pas pertinent de comparer le rendement de leurs portefeuilles avec ceux d'autres clients

de la société SOCIETE1.), qui ont opté pour des stratégies d'investissement différentes.

Enfin, la société SOCIETE1.) reproche aux consorts GROUPE1.) de tenter, dans le cadre de leurs développements, d'inverser la charge de la preuve pour combler leurs carences dans l'administration de celle-ci, alors que la charge de la preuve de la faute et du dommage allégué, de même que du lien causal les unissant, leur incombe au vœu de l'article 1315 du Code civil.

Appréciation de la Cour

L'action des consorts GROUPE1.) vise, principalement, à engager la responsabilité contractuelle de la société SOCIETE1.) afin d'obtenir la réparation du préjudice qu'ils soutiennent avoir subi en rapport avec la gestion de leurs portefeuilles, qu'ils lui avaient confiée.

Il convient de rappeler que, dans le cadre de la mise en œuvre de la responsabilité du gestionnaire de portefeuille, comme en l'espèce, tant les fautes reprochées à celui-ci, que le préjudice en résultant doivent être recherchés globalement, à l'échelle du portefeuille géré, au vu de la totalité des opérations menées et non par rapport à des opérations prises isolément. Ainsi, le juge ne pourra procéder à une appréciation individuelle d'un investissement spécifique, respectivement d'un type spécifique d'opérations, que lorsque l'adéquation de ceux-ci par rapport aux limites et aux interdictions d'investissement est critiquée.

En outre, la faute doit être appréciée au moment où les actes ont été accomplis et ne saurait être déterminée rétrospectivement en tenant compte d'événements survenus postérieurement (Georges Ravarani (2014) La Responsabilité Civile, 3e édition, Pasicrisie luxembourgeoise, n°478, n°597 et n°721 ; Philippe Bourin (2009) La Gestion de Portefeuille, Anthemis, p.195 et s., p. 219 et s. ; Cour d'appel, 18 juin 2003, N°26375 ; Cour d'appel, 22 avril 2009, N°32760 ; Cour d'appel, 4 mars 2015, N°39613).

Afin de prospérer dans leur action, les demandeurs doivent partant établir les fautes ou manquements qu'ils reprochent à la société SOCIETE1.). Ils doivent encore prouver qu'un dommage dans leur chef s'en est suivi et que ce dommage s'inscrit dans le champ contractuel entre parties. Enfin, il leur appartient d'apporter la preuve d'un lien causal, c'est-à-dire d'une relation de cause à effet entre la faute et le dommage.

Les reproches que formulent les consorts GROUPE1.) à l'encontre de la société SOCIETE1.) sont axés autour de trois thèmes : premièrement, le non-respect de la stratégie d'investissement qu'ils avaient choisie, à savoir une gestion passive avec comme marché de référence les fonds indiciels SOCIETE2.) et SOCIETE3.), et le défaut d'investissement d'une partie des portefeuilles, qui ont été laissé en liquidités ; deuxièmement, le traitement différent par rapport aux autres clients de la société SOCIETE1.), y compris en ce qui concerne les options concernant les stratégies d'investissement qu'ils se sont vues offrir lors de leur entrée en relation d'affaires ; et troisièmement, le fait que la société SOCIETE1.) a confié la gestion des portefeuilles à un gestionnaire, auquel elle aurait laissé « *toute liberté dans sa méthode gestion* » et qu'elle n'aurait pas surveillé pour garantir la conformité de la gestion « *aux standards de SOCIETE1.)* ».

En ce qui concerne le troisième axe de reproches, la Cour approuve le tribunal, qui a correctement retenu, par une motivation que la Cour fait sienne, qu'un défaut de surveillance de son salarié par la société SOCIETE1.) ne serait à analyser que pour autant que les consorts GROUPE1.) soutiendraient que ledit salarié aurait agi en dehors du cadre de ses fonctions, ce qu'ils n'allèguent pas. Il convient dès lors de retenir, à l'instar des juges de première instance, qu'il n'est pas pertinent d'analyser cet axe de reproches, qui ne saurait avoir d'incidence sur la solution du litige.

En ce qui concerne le traitement différent par rapport aux autres clients de la société SOCIETE1.), le tribunal a également retenu, à bon escient et pour des motifs que la Cour fait siens, que le caractère discrétionnaire de la gestion proposée par la société SOCIETE1.) implique nécessairement la possibilité pour cette dernière d'opérer des choix d'investissements différents même pour des clients ayant opté pour la même stratégie d'investissement. Si les consorts GROUPE1.) reprochent également, dans ce contexte, à la société SOCIETE1.) de ne pas leur avoir offert les mêmes options concernant les stratégies d'investissement, que celles qu'elle offrait à ses autres clients, ce reproche n'est étayé par aucune pièce probante et laisse partant d'être fondé.

Enfin, en ce qui concerne les reproches axés autour des fautes de gestion alléguées, il convient d'abord de tracer le cadre contractuel liant les parties, afin de déterminer les contours et limites de la stratégie d'investissement convenue et d'analyser si la société SOCIETE1.) s'y est conformée.

Le 8 avril 2012, les six appelants ont, chacun, complété et signé un formulaire intitulé « *Demande d'entrée en relation d'affaires* » avec la société SOCIETE1.), dans lequel ils ont fourni des informations concernant, notamment, leur expérience en matière d'investissement, ainsi que leurs objectifs, lesdits formulaires contenant effectivement, tels qu'ils le soutiennent, la mention manuscrite que l'objectif visé est le « *rendement du marché* ».

Le même jour, ils ont, chacun, signé un Contrat avec la société SOCIETE1.), dont l'objet est formulé en ces termes :

« *1.1. Le Client donne mandat discrétionnaire au Gérant de Fortune [la société SOCIETE1.)] de gérer au mieux des intérêts du Client mais à ses risques, les avoirs déposés actuellement sur le Compte ainsi que tous les avoirs qui accroitront à ce Compte soit par les avoirs actuels, soit par de nouveaux dépôts.*

1.2. Le Gérant de Fortune et le Client ont convenu une stratégie d'investissement conformément aux critères déterminés à l'annexe, au point 4, faisant partie intégrante de la présente convention.

Les différentes stratégies d'investissement décrites à l'annexe, au point 4 ne visent cependant que des objectifs sans qu'il n'existe de garantie que ces objectifs soient atteints. Le Client est conscient qu'indépendamment de la stratégie choisie, des pertes sont possibles, notamment en raison de l'évolution défavorable des marchés.

Le Client est conscient qu'un changement de la stratégie d'investissement en cours de contrat peut avoir des effets négatifs sur les objectifs à long terme poursuivis par le Gérant de Fortune.

1.3 Le Client confirme que cette stratégie est en harmonie avec sa situation financière, son expérience en matière d'investissement et ses objectifs et qu'il comprend les risques inhérents aux investissements. (…) »

A l'annexe au Contrat, intitulée « *Annexe au Mandat de gestion discrétionnaire* », il est stipulé, au point 4, que la stratégie choisie par chacun des appelants est la suivante :

« *B Portefeuille de Croissance – risque modéré*

Les objectifs sont une croissance du patrimoine à moyen et long terme, la disponibilité de revenus d'intérêts et de dividendes et la réalisation de bénéfices en capital. Le portefeuille est investi sur les marchés obligataires, monétaires et des actions. La partie actions représentera au maximum 60 % du portefeuille.

Les variations de cours sont déterminées par l'évolution des marchés susmentionnés ».

Il y est également précisé, à la dernière page, qui porte la signature des parties en cause, sous l'intitulé « *Observations / Restrictions* » :

« - le Gérant de Fortune pratiquera une gestion passive basée sur des fonds tels que ceux offerts par les sociétés SOCIETE2.) ou SOCIETE3.) (SOCIETE3.))

- Les investissements se feront exclusivement dans des produits de capitalisation. »

La dernière mention dans cette rubrique, à savoir « *Les liquidités qu'ils devraient y avoir seront déposées sur des comptes non rémunérés* », a été biffée.

En premier lieu, en ce qui concerne, le défaut d'investissement d'une partie des portefeuilles, qui ont été laissé à l'état de liquidités, la Cour relève, à l'instar du tribunal, qu'aucune stipulation contractuelle n'interdisait la présence de liquidités dans les portefeuilles des consorts GROUPE1.), le seul fait que la mention précitée, figurant à la rubrique « *Observations / Restrictions* » de l'annexe aux Contrats, qui se rapporte aux liquidités, ait été biffée ne permettant pas de retenir le contraire. Cet axe de reproches n'est partant pas de nature à engager la responsabilité de la société SOCIETE1.), tel que l'a retenu à bon droit le tribunal, par une motivation que la Cour fait sienne.

En second lieu, la Cour constate que les appelants avaient, aux termes des stipulations contractuelles précitées, certes convenu un seuil maximal en ce qui concerne la proportion d'actions que leurs portefeuilles respectifs pouvaient contenir, à savoir 60%, mais qu'aucune proportion minimale n'avait été contractuellement prévue. La Cour approuve dès lors le tribunal, pour avoir retenu, par une motivation qu'elle adopte, que le seul constat du pourcentage d'actions dans les différents portefeuilles tout au long de leur

existence n'est pas révélateur d'une inexécution fautive de ses obligations contractuelles par la société SOCIETE1.).

En troisième lieu, la Cour retient, qu'au regard des stipulations contractuelles ci-avant, il est établi que chaque appelant a, tel qu'ils le soutiennent, opté pour une gestion passive, en ce sens que les investissements à effectuer par la société SOCIETE1.) devaient s'orienter aux fonds indiciels proposés par la sociétés américaines SOCIETE2.) et SOCIETE3.) (SOCIETE3.)).
Un fonds indiciel est un fonds d'investissement qui vise à reproduire le rendement d'un indice boursier, tel le CAC 40 ou le S&P 500, ou d'un marché obligataire, en investissant dans l'ensemble des titres composant l'indice et dans les mêmes proportions ou dans une partie de ceux-ci seulement, respectivement en optant pour une réplication dite synthétique, au moyen d'instruments dérivés.

SOCIETE2.) et SOCIETE3.) proposent, toutes deux, une multitude de fonds, y compris des fonds indiciels, divers et variés, et la stipulation contractuelle précitée vise des fonds « *tels que ceux offerts par les sociétés SOCIETE2.) ou SOCIETE3.) (SOCIETE3.))* », soit également des fonds offerts par d'autres sociétés, qui sont similaires à ceux proposés par SOCIETE2.) et SOCIETE3.).

Dans ces conditions, la stipulation précitée de l'annexe du Contrat, qui vise la « *gestion passive basée sur des fonds tels que ceux offerts par les sociétés SOCIETE2.) ou SOCIETE3.) (SOCIETE3.))* », n'est, en elle-même, pas suffisamment précise pour permettre à la Cour de savoir quelle devait être la composition des portefeuilles des appelants, notamment en ce qui concerne la proportion d'actions qu'ils devaient contenir.

Dès lors, compte tenu (i) de la diversité de fonds indiciels proposés par SOCIETE2.) et SOCIETE3.), ainsi que par d'autres opérateurs financiers, (ii) des différentes méthodes qui peuvent être utilisées pour répliquer un indice, tel que brièvement exposé ci-avant, et (iii) du fait que même dans le cadre d'une gestion passive, le gestionnaire doit effectuer des investissements pour composer le portefeuille et le rééquilibrer en fonction de l'évolution de l'indice choisi ou de la méthode de réplication choisie, la preuve du non-respect par la société SOCIETE1.) de la restriction de la gestion passive, telle que formulée dans la stipulation précitée, implique que la Cour puisse déterminer, d'abord, sur quels fonds indiciels, respectivement sur quel type de fonds indiciels (boursiers ou obligataires), les parties avaient convenu de baser la gestion de leurs portefeuilles.

Or, les consorts GROUPE1.), auxquels incombe la charge de prouver les faits nécessaires au succès de leur prétention, au vœu de l'article 58 du Nouveau Code de procédure civile, ne fournissent aucun élément probant de nature à permettre à la Cour de cerner quelle aurait dû être la composition de leurs portefeuilles respectifs et en quoi celle-ci n'était pas conforme à ce qu'ils avaient contractuellement convenu avec la société SOCIETE1.).

Il convient encore de préciser que, s'il est constant en cause que la société SOCIETE1.) a utilisé le ratio CAPE dans le cadre de la gestion des portefeuilles des consorts GROUPE1.), cet élément ne suffit pas pour démontrer que la gestion pratiquée par la société SOCIETE1.) ne correspondait pas à la convention des parties et n'est donc pas de nature à énerver l'analyse ci-avant.

Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, l'appel principal des consorts GROUPE1.), qui tend à voir engager la responsabilité de la société SOCIETE1.) sur base contractuelle, n'est pas fondé et le jugement déféré est à confirmer en ce qu'il a rejeté leur demande sur cette base, sans qu'il n'y ait lieu d'analyser autrement les développements supplémentaires des parties relatifs à l'appel principal concernant l'instauration d'une mesure d'expertise pour chiffrer le dommage.

Enfin, les pièces dont la société SOCIETE1.) a sollicité le rejet étant sans incidence sur la solution du litige, il n'y a pas lieu d'analyser sa demande tendant à leur rejet.

- L'appel principal en rapport avec la demande basée sur la responsabilité délictuelle

Position des parties

Les appelants invoquent, à titre subsidiaire, le fondement de la responsabilité délictuelle.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement dont appel sur ce point, faute pour les appelants de rapporter la preuve d'une faute délictuelle dans son chef, d'un dommage causé de ce fait et d'un lien causal entre la faute et le dommage allégués.

Appréciation de la Cour

Les juges de première instance sont dès lors à approuver pour avoir correctement retenu qu'au vu du lien contractuel entre les parties et compte tenu du principe du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, les consorts GROUPE1.) ne sauraient être admis à se prévaloir de la base délictuelle en l'occurrence.

- L'appel incident

Position des parties

L'intimée interjette appel incident afin de voir, par réformation du jugement entrepris, déclarer fondée sa demande tendant à la condamnation des appelants à lui payer le montant de 25.000 euros à titre d'indemnité pour procédure abusive et vexatoire.

Elle donne à considérer que les consorts GROUPE1.) ont agi à son encontre avec une légèreté blâmable, sans aucune preuve de la faute de gestion qu'ils lui reprochent, ni d'ailleurs du dommage qu'ils allèguent avoir subi, et alors même qu'ils n'avaient jamais formulé de réclamation en rapport avec la gestion de leurs portefeuilles tout au long de la relation contractuelle entre parties.

Les appelants concluent à la confirmation du jugement sur ce point.

Appréciation

La Cour approuve les juges de première instance, qui, après avoir rappelé que l'exercice de l'action en justice ne dégénère en faute qu'à condition de constituer un acte de malice ou de mauvaise foi ou au moins une erreur grossière équipollente au dol, ont retenu à bon escient que la société SOCIETE1.) n'établit pas que les consorts GROUPE1.) aient agi avec une légèreté blâmable, tel qu'elle le soutient.

L'appel incident n'est partant pas fondé et le jugement dont appel est à confirmer sur ce point.

- Les demandes accessoires

Les juges de première instance sont à confirmer en ce qu'ils ont rejeté les demandes respectives des parties sur le fondement de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et pour avoir mis les frais et dépens de cette instance à charge des consorts GROUPE1.).

Eu égard à l'issue du litige en appel, les frais et dépens de cette instance sont à mettre à charge des appelants et ils sont à débouter de leur demande fondée sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

L'intimée restant en défaut d'établir l'iniquité requise par cette disposition, sa demande sur ce fondement pour l'instance d'appel est également à rejeter.

Le présent arrêt n'étant pas susceptible d'un recours suspensif d'exécution, la demande de la société SOCIETE1.) tendant à l'exécution provisoire est sans objet.

P A R C E S M O T I F S

La Cour d'appel, douzième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

dit les appels principal et incident recevables,

les dit non fondés,

confirme le jugement déféré dans la mesure où il est entrepris,

dit non fondées les demandes respectives des parties sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

dit sans objet la demande de la société anonyme SOCIETE1.) tendant à l'exécution provisoire du présent arrêt,

condamne les parties appelantes aux frais et dépens de l'instance d'appel, avec distraction au profit de Maître Nicolas THIELTGEN, qui affirme en avoir fait l'avance.