Arrêt commercial

Audience publique du vingt-trois novembre deux mille cinq.

Numéro 28976 du rôle.

Composition :

Andrée WANTZ, présidente de chambre;
Carlo HEYARD, premier conseiller;
Annette GANTREL, conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

X.), *sans état connu, demeurant à L-(…),*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch-sur-Alzette du 29 avril 2004,*

comparant par Maître Karine SCHMITT, avocat à Luxembourg ;

e t :

1) la BQUE.1.), *société coopérative, établie et ayant son siège social à L-(…), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous* ***BQUE.1.)****, société coopérative, et sous le numéro B …, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

2) la BQUE.2a.), *société coopérative, établie et ayant son siège social à L-(…), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B …, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

intimées *aux fins du prédit exploit STEFFEN,*

sub 1) et 2) comparant par Maître Pierre THIELEN, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Devant les premiers juges **X.)** a exposé avoir été de longue date cliente de la **BQUE.1.)** où elle avait régulièrement sollicité les conseils de son banquier pour placer ses économies en bon père de famille sous la forme de compte à terme, compte d'épargne et bons de caisse ou tous autres investissements à revenu fixe.

Celui-ci, contrairement à ses habitudes lui avait fait signer en date du 20 janvier 2000 un « mandat de gestion discrétionnaire par fonds d'investissement ».

Que ce mandat prévoyait en son article 1ier que la **BQUE.1.)** se réserve la faculté de « sous-déléguer son mandat de gestion de fortune discrétionnaire à la **BQUE.2b.)** s.c..

En exécution de ce mandat la **BQUE.1.)**, sinon la **BQUE.2b.)**, lui a constitué un portefeuille de valeurs mobilières.

Durant la période du 20 janvier 2000 à fin février 2003 la valorisation de ces titres est passée de 74.368,06 EUR à 23.992,70 EUR.

Par acte d'huissier du 17 avril 2003 **X.)** a assigné tant la **BQUE.1.)** que la **BQUE.2a.)** s.c. pour

-en ordre principal

entendre prononcer la nullité du contrat de gestion de fortune discrétionnaire du 20 janvier 2000 pour stipulation d'une condition purement potestative sinon pour cause du caractère lésionnaire du mandat sinon pour erreur sur les qualités substantielles,

entendre condamner les parties assignées solidairement, sinon in solidum, sinon chacune pour le tout à lui restituer la somme de 74.368,06 EUR majorée de l'ensemble des frais qu'elle a dû acquitter en exécution du contrat de gestion, le tout augmenté des intérêts légaux depuis le jour de la mise en demeure sinon de l'assignation en justice, jusqu'à solde.

entendre condamner les parties assignées à lui payer sur le fondement des articles 1382 et 1383 du code civil une somme de 6.943,74 EUR, correspondant au revenu moyen des sommes placées évalué au 28 février 2003 ;

-en ordre subsidiaire

entendre condamner les parties assignées solidairement sinon in solidum sinon chacune pour le tout à lui payer sur le fondement des

articles 1147 et 1993 du code civil sinon les articles 1382 et 1383 du code civil, notamment pour violation des obligations d'information et de renseignement pré-contractuelles, sinon pour violation des obligations d'information et de renseignement contractuelles, à titre de dommages et intérêts la somme de 50.375,36 EUR augmentée des frais et rémunérations perçus en exécution du contrat de gestion le tout avec les intérêts légaux depuis le jour de la mise en demeure du 15 novembre 2002 sinon à partir de la demande en justice.

Par un jugement contradictoire du 4 février 2004, le tribunal a débouté la demanderesse de sa demande et l'a condamnée au paiement des frais et dépens de l'instance.

Pour décider ainsi le tribunal a retenu

- que l'article 3 al.5 du contrat ne constitue pas une clause purement potestative ou exonératoire de responsabilité mais une clause limitative de responsabilité restreignant la responsabilité de la banque au cas de la faute lourde et du dol et que la validité de telles clauses est largement admise en doctrine et en jurisprudence,

- que la demande en nullité du mandat pour être lésionnaire au sens de l'article 1118 du code civil est irrecevable pour cause de prescription,

- que la demanderesse reste en défaut de prouver qu'elle avait contracté sous l'emprise de l'erreur, l'affirmation qu'elle avait l'intention de faire un placement en bon père de famille étant contredite par les termes du contrat,

- que la demanderesse n'a pas prouvé un manquement dans le chef de la banque à son obligation pré-contractuelle d'information et de renseignement,

- que les informations communiquées par la banque ont permis à la demanderesse de suivre l'évolution de son portefeuille et la baisse de ce dernier et qu'elle aurait dû, si elle avait voulu éviter tout risque, mettre fin au contrat de gestion et réaliser ces titres à un moment où la baisse de valeur était minime,

- qu'elle n'a ni établi ni même allégué de faute lourde de la banque dans la gestion de son mandat.

Par acte d'huissier du 29 avril 2004 **X.)** a régulièrement relevé appel de ce jugement.

<u>En ordre principal :</u>

L'appelante critique le tribunal pour avoir écarté ses moyens de nullité du mandat de gestion de fortune du 20 janvier 2000.

En premier lieu elle fait valoir que si l'article 1135-1 du code civil admet la validité de principe des clauses limitatives de responsabilité sous réserve d'une acceptation spéciale, il ne permet pas pour autant de stipuler une clause rédigée de manière tellement générale qu'elle porte atteinte à une des obligations essentielles du contrat.

En stipulant dans le mandat de gestion que la banque n'est pas responsable des erreurs d'appréciation ou de jugement dans le cadre de l'exécution de son obligation, la banque aurait vidé le contrat de son contenu.

Elle soutient que le banquier a notamment en charge de faire tous les actes d'administration et de disposition relatifs aux titres, sommes ou valeurs concernés pour gérer les avoirs du mandant dans le cadre des directives de placement convenues avec lui.

La clause incriminée dit que « **BQUE.1.)** n'est pas responsable de ses erreurs d'appréciation ou de jugement et/ou des pertes d'opportunité qui entraînent ou aurait pu entraîner une variation, même sensible, des avoirs du mandant » et que « **BQUE.1.)** n'a qu'une obligation de moyen et ne répond que de sa faute lourde et de son dol ».

Elle constitue, comme le tribunal l'a relevé à juste titre, une clause limitative de responsabilité et non une clause exonératoire de responsabilité. Elle s'inscrit notamment dans le cadre de l'exécution de l'obligation de moyen qui pèse sur la banque, obligation qui consiste à gérer au mieux le patrimoine de son client.

C'est à bon droit que le tribunal a écarté le moyen de nullité pour défaut de cause.

L'appelante reprend en deuxième lieu son moyen de nullité du contrat de gestion pour erreur sur la substance même de la chose qui est l'objet du contrat.

Elle affirme avoir eu l'intention d'investir ses économies en bon père de famille et qu'en signant sur les conseils de son banquier un mandat de gestion avec instruction de placement à rendement maximum, elle aurait commis une erreur sur l'objet même du contrat. Si elle avait su ce à quoi elle allait s'engager en signant ce mandat, elle ne l'aurait pas signé.

Elle fait valoir que l'erreur commise par elle devrait être appréciée in concreto, c.à.d. en fonction de son âge, de son expérience, et de sa compétence.

Agée de 73 ans au moment de la conclusion du contrat elle dit n'avoir eu ni expérience ni compétence dans les placements conseillés.

La circonstance de son âge ne saurait pas être retenue pour prouver la prétendue erreur sur l'objet du contrat. Il n'a jamais été soutenu que le discernement de l'appelante aurait été altéré par l'âge.

Son inexpérience et incompétence ne peuvent pas non plus être invoquées pour affirmer que le consentement de l'appelante était vicié.

L'envergure du contrat que l'appelante a signé avec option « croissance maximum » n'a pas pu lui échapper alors que dans le contrat même qu'elle a signé, « elle confirme expressément réaliser que ses instructions de placement amènent la banque à investir dans des valeurs spéculatives, ce qui accroît les risques de pertes ».

Actuellement elle fait plaider que la notion de « rendement maximum » ne devait pas forcément comprendre l'acquisition d'actions et que cette notion de « rendement maximum » devait varier selon le profil investisseur du client.

A noter qu'elle a signé un contrat de gestion discrétionnaire par fonds d'investissement dans l'exécution duquel le banquier décide seul du choix de l'investissement pour atteindre l'objectif voulu par le client, quitte à engager sa responsabilité en cas de faute grave.

Le fait que l'appelante avait, avant la conclusion de ce contrat, toujours investi ses économies dans des placement à revenus fixes, n'est pas concluant non plus pour apprécier si elle a versé dans une erreur sur l'objet du contrat signé en date du 20 janvier 2000. Tout un chacun qui dispose d'une certaine fortune peut à tout moment changer pour l'une ou l'autre raison de politique d'investissement.

C'est à bon droit que le tribunal a écarté le moyen de nullité pour cause d'erreur.

En instance d'appel l'appelante soulève un nouveau moyen de nullité du contrat de gestion discrétionnaire à savoir le dol constitutif d'un vice de consentement ou l'erreur provoquée.

Les parties sont contraires en fait sur genèse du contrat.

Si l'appelante affirme dans l'assignation que la banque lui aurait fait signer, contrairement à ses habitudes, un mandat de gestion discrétionnaire par fonds d'investissement, la banque quant à elle affirme que l'appelante est venue à la banque dans le but d'investir une partie de son patrimoine et elle aurait opté, après un entretien avec son banquier sur les différentes possibilités d'investissement, pour un investissement à rendement maximal.

L'appelante fait valoir que le caractère déterminant de l'erreur commise par la partie trompée devrait s'apprécier in concreto par une recherche de l'influence effectivement exercée sur la victime.

Elle affirme que les agissements du professionnel vis à vis d'un non-professionnel pouvant donner lieu à la qualification de dol, peuvent être constitués par une simple réticence dans le chef du professionnel qui traite avec un non-professionnel.

En ne fournissant pas à sa cliente l'ensemble des informations dont elle disposait et notamment en n'attirant pas son attention sur les risques encourus par le type de placement conseillé, la banque aurait été à l'origine d'un dol intolérable.

Il échet de rappeler que l'appelante a, dans le contrat même, confirmé se rendre compte que la politique d'investissement pour laquelle elle a optée comporte de risque de pertes.

Elle reste en défaut de prouver qu'elle avait été amenée par des manœuvres déloyales à signer ce contrat. Elle ne prouve pas non plus que la banque avait, comme elle l'affirme, disposé de tous renseignements qui auraient permis d'anticiper l'évolution des cours. Eu égard à la fluctuation constante des marchés financiers il est difficile d'anticiper l'évolution des cours.

Le moyen de nullité du contrat pour cause de dol n'est donc pas fondé non plus.

Dans un ordre subsidiaire :

L'appelante critique le tribunal pour ne pas avoir retenu la responsabilité de la banque sur base du non-respect de son obligation de renseignement et de conseil.

Le constat de perte à lui seul ne suffit pas pour faire admettre une faute de gestion dans le chef de la banque

Si la partie appelante ne conteste pas que dans le cadre d'un mandat de gestion de portefeuille la banque n'a qu'une obligation de moyen qui se définit comme une obligation générale de prudence et de diligence, son débiteur s'étant engagé non pas à parvenir au résultat en vue duquel les parties ont contracté mais à essayer par une conduite prudente et diligente d'y parvenir, elle soutient cependant que dans le cadre de l'exécution de ce contrat certaines obligations, comme celle d'informer le client immédiatement des pertes, sont des obligations de résultat

Elle se base dans ses conclusions du 25 octobre 2004 sur les articles 5.9 et 5.10 de la circulaire 2000/15 du CSSF pour dire que la

banque n'avait pas respecté son obligation d'information. Elle aurait dû l'alerter tout de suite des pertes significatives de son portefeuille. La banque aurait la charge de prouver qu'elle s'est conformée aux prescription de ladite circulaire.

La banque verse en cause les relevés mensuels qu'elle a fait parvenir à l'appelante renseignant celle-ci d'une façon exhaustive de l'évolution de son portefeuille. L'appelante reconnaît qu'elle a reçu ces informations par la banque. Ces relevés particulièrement éloquents renseignent sur

- la description et la dénomination des titres acquis,
- le nombre de titres acquis,
- la valeur de chaque titre au moment de l'acquisition,
- la valeur de l'ensemble des titres au moment de l'acquisition,
- la valeur du titre à la date du relevé,
- la valeur de l'ensemble des titres à la date du relevé.

La banque a ainsi respecté l'obligation d'information en cours de l'exécution du contrat. Elle n'est pas obligée, comme l'entend l'appelante, de prendre spécialement contact avec le client. Cette obligation est prévue dans la circulaire citée dans le cadre d'un contrat poste restante.

L'appelante soutient qu'en vertu de son obligation de conseil la banque aurait dû, lorsqu'elle avait constaté les pertes financières considérables de son portefeuille, lui recommander de modifier les conditions d'investissements pour ainsi limiter les pertes.

Ce raisonnement ne tient pas. Dans le contrat de gestion discrétionnaire par fonds d'investissement les parties ont défini pour une période de cinq ans une politique d'investissement sur le marché financier qui est aléatoire. Il était difficile voir impossible pour la banque de conseiller à son client de changer de politique d'investissement à un moment où le marché était en crise et où les titres du client avaient perdu de valeur. Une règle de prudence recommande de ne pas vendre dans la précipitation en cas de baisse mais de faire preuve de patience. La banque n'a donc pas contrevenu à son obligation de conseil en attendant un redressement du marché. Ce qui s'est d'ailleurs fait d'après les dernières conclusions de la banque.

L'appelante reproche enfin à la banque d'avoir manqué à son obligation de rendre compte de la gestion conformément à l'article 1993 du code civil. Ce reproche n'est pas fondé. La Cour se reporte aux relevés mensuels des titres au portefeuille avec la notice explicite de leur valorisation.

L'appelante fait encore valoir que l'obligation de renseignement et de conseil ne s'impose pas seulement aux parties en cours de l'exécution de leur contrat. Elle pèserait également sur les professionnels dans la phase pré-contractuelle.

Elle reprend l'argument déjà développé en première instance que le contractant, qui a violé l'obligation pré-contractuelle d'information et de conseil lui incombant, engage sa responsabilité délictuelle.

En particulier elle reproche au premiers juges de s'être basés sur le formulaire intitulé « Angaben zum Kunden » pour dire que la banque n'avait pas manqué à son obligation d'information. Il aurait incombé à la banque, comme à tout professionnel, non seulement de demander des renseignements sur le client mais de lui fournir tous les éléments nécessaires afin d'éclairer son choix utilement.

L'établissement du formulaire sur le profil de l'investisseur présuppose un entretien entre parties sur le genre d'investissement désiré et les possibilités financières du client en vue de réaliser la politique d'investissement choisie.

Les termes mêmes du contrat que l'appelante a signé à la suite de cet entretien contredisent l'affirmation de l'appelante qu'elle n'aurait pas reçu des informations sur la nature et les risques de son option d'investissement.

Elle reste également en défaut de prouver que la banque lui aurait refusé un délai de réflexion avant de signer le contrat. Rien en tout cas ne l'aurait empêchée de s'aménager elle-même un tel délai de réflexion. A noter qu'un mois après signature du contrat elle a déposé un nouveau million de francs luxembourgeois pour être géré de la même façon, ce qui contredit son affirmation sur le délai de réflexion insuffisant.

Dans ses conclusions notifiées le 25 octobre 2004 l'appelante fait état de la circulaire 2000/15 du CSSF pour justifier ses conclusions sur l'insuffisance de l'information pré-contractuelle.

Cette circulaire, qui est d'ailleurs postérieure à la préparation respectivement à la conclusion du présent contrat, si elle a l'avantage de formuler avec une certaine précision les règles de conduites pour la banque dans la phase pré-contractuelle, ne reprend cependant que les exigences toujours admises en pratique bancaire relatif à l'obligation d'information pré-contractuelle.

La confirmation par l'appelante dans le contrat-même de sa connaissance des risques du choix d'investissement contredit son affirmation actuelle que la banque ne l'aurait pas correctement renseigné sur les possibles conséquences de son option d'investissement.

La responsabilité de la banque ne saurait donc pas non plus être retenu sur la base délictuelle dans la phase pré-contractuelle.

Le jugement est à confirmer dans toutes ses dispositions.

Comme l'appelante succombe à son appel, sa demande à se voir allouer une indemnité de procédure n'est pas fondée.

La demande des parties intimées sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile est également à écarter alors qu'elles n'ont pas établi pourquoi il serait inéquitable pour elles de supporter des frais non inclus dans la condamnation aux frais et dépens.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, sur rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit l'appel ;

dit qu'il n'est pas fondé ;

confirme le jugement entrepris ;

déboute tant la partie appelante que les parties intimées de leur demande basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;

condamne la partie appelant **X.)** aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de maître Pierre THIELEN, avocat constitué qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.