Arrêt commercial

Audience publique du treize février deux mille huit.

Numéro 32019 du rôle.

Composition :

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

E n t r e :

X.), *fonctionnaire du Commissariat Général aux Relations Internationales de la Communauté Française en Belgique, demeurant à B-**(...)**,*

appelant *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 25 octobre 2006,*

comparant par Maître Laurence LELEU, avocat à Luxembourg ;

e t :

la société anonyme BNP PARIBAS LUXEMBOURG S.A., *établie et ayant son siège social à L-2093 Luxembourg, 10A, Boulevard Royal, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du prédit exploit THILL,*

comparant par Maître Philippe DUPONT, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Le 27 août 1999, **X.)** a ouvert un compte numéro 179134 auprès de la BNP Paribas Luxembourg sur lequel il a déposé un portefeuille d'avoirs qu'il prétend avoir hérité de son père, comprenant 31% d'obligations, 9,1% d'actions, 2,3 % d'or et 57% de liquidités, le tout estimé à 456.124 €.

X.) a ouvert un deuxième compte auprès de la même banque au courant du mois de mars 2000, portant le numéro 78185, comprenant un portefeuille d'actions estimées par **X.)** au montant de 173.525 €.

Déduction faite de quelques retraits, **X.)** évalue le capital confié à la BNP Paribas Luxembourg pour gestion au montant de 532.971 €.

En mai 2002, **X.)** – constatant l'effondrement de la valeur de ses portefeuilles – s'est adressé à la banque lui reprochant une mauvaise politique d'investissement.

Dans une lettre adressée à BNP Paribas Luxembourg le 10 juillet 2002, **X.)** a expliqué sa position comme suit :

« (…)

*…, Monsieur **A.)** m'orienta vers des valeurs TMT du Nasdaq dont j'ignorais tout en me faisant alors miroiter qu'il s'agissait de valeurs de croissance, bien plus profitables que des investissements classiques.*

*Monsieur **A.)** m'incita ainsi à vendre progressivement mes obligations et quasiment tout mon or pour investir exclusivement dans des actions cotées Nasdaq (…).*

De fait, dans un premier temps correspondant au dernier trimestre 1999 et le premier trimestre 2000, mon portefeuille a pu engranger une substantielle plus-value (…).

*Me rendant compte, au printemps 2000, de la chute du cours des actions que Monsieur **A.)** m'avait fait achetées, j'avais donné ordre à votre banque de vendre ces titres en avril 2000 pour sauver l'essentiel, ce qui fut fait. Monsieur **A.)** m'en fit le reproche car il s'agissait, selon lui, de bonnes valeurs qui devaient nécessairement remonter après une panique boursière prédite comme passagère. J'avais eu grand tort, selon lui, de céder à cette panique.*

J'ai ainsi suivi les conseils rassurants qui m'étaient prodigués en réinvestissant sur le Nasdaq : mal m'en a pris puisque j'ai actuellement

quasiment perdu tout le patrimoine constitué par mon héritage et mes économies.

*En conclusion, je reproche à Monsieur **A.)**, et, partant, à votre banque de m'avoir très mal conseillé en me faisant miser tous mes avoirs sur des valeurs aussi risquées que le Nasdaq et en m'incitant à revenir sur ce marché après mars 2000 par ses propos rassurants sur l'évolution des cours (…) ».*

Par exploit d'huissier du 24 mars 2004, **X.)** a fait donner assignation à la société anonyme BNP Paribas Luxembourg à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour l'y voir condamner – à titre de dommages et intérêts pour perte subie – au paiement du montant de 474.731,51 €, sinon à toute autre somme à dire d'experts, reprochant plus particulièrement à la banque *de ne pas l'avoir suffisamment informé sur les opérations boursières qu'il effectuait, de l'avoir exclusivement orienté vers des valeurs technologiques dont il ignorait tout, de ne pas s'être informée sur sa personne, de ne pas avoir adapté l'information donnée à ses connaissances ainsi que de ne pas l'avoir averti des risques encourus ou invité à modifier la structure de son portefeuille.*

Se référant aux dispositions de l'article 37 de la loi modifiée du 5 avril 1993 sur le secteur financier, **X.)** a fait grief à la banque d'avoir manqué à son obligation d'information et de conseil, d'avoir manqué à son obligation de s'informer sur son client, d'avoir méconnu son devoir de prudence et de ne l'avoir pas invité à conclure une convention de gestion de patrimoine quoique la banque eût *adopté une attitude laissant croire qu'elle assumait la gestion de son patrimoine.*

BNP Paribas Luxembourg a soulevé en premier lieu l'incompétence du tribunal pour connaître du litige lui déféré, tirant argument du caractère réglementaire et administratif de la loi modifiée du 5 avril 1993 sur le secteur financier qui ne conférerait aucun droit individuel à un particulier.

Quant au fond, BNP Paribas Luxembourg a fait plaider que les parties étaient liées par un contrat de dépôt. Elle a contesté avoir commis dans le cadre de ce contrat une faute quelconque en relation causale avec le préjudice allégué. Elle a soutenu qu'elle aurait légitimement pu considérer **X.)** – au regard des éléments du dossier – comme un spéculateur averti.

Plus subsidiairement, la banque a fait valoir que sa responsabilité ne saurait être engagée qu'en cas de faute lourde qui laisserait cependant d'être rapportée par le demandeur **X.)**.

Par jugement du 23 février 2006, le tribunal a reçu la demande en la forme, s'est déclaré compétent pour en connaître, a dit la demande non fondée, a rejeté les demandes respectives des parties en obtention

d'une indemnité de procédure et a condamné **X.)** aux frais et dépens de l'instance.

De ce jugement, **X.)** a régulièrement relevé appel par exploit de l'huissier de justice Jean-Lou Thill du 25 octobre 2006.

X.) conclut – par réformation du jugement entrepris – à voir condamner BNP Paribas Luxembourg à lui payer le montant de 310.284,93 €, ou toute autre somme même supérieure à arbitrer par le tribunal ou à dire d'experts, augmenté des intérêts légaux à partir du 31 mars 2002, sinon à partir de l'acte introductif d'instance, jusqu'à solde, et à voir condamner BNP Paribas Luxembourg au paiement d'une indemnité de procédure de 3.500 € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

BNP Paribas Luxembourg relève appel incident, critiquant les juges de première instance en ce qu'ils se sont déclarés compétents pour connaître *d'une demande formulée sur base uniquement de l'article 37 de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier telle que modifiée et de la circulaire CSSF 2000/15 relative aux règles de conduite pour justifier une action en responsabilité à l'encontre de la banque.*

Subsidiairement et quant au fond, BNP Paribas Luxembourg conclut à la confirmation du jugement du 23 février 2006.

BNP Paribas Luxembourg conclut à voir débouter **X.)** de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure.

La banque réclame, à son tour, une indemnité de procédure de 2.500 € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

I) Quant à la compétence du tribunal

Pour se déclarer compétent pour connaître du litige lui déféré, le tribunal a dit qu'il *est saisi d'une demande introduite par **X.)** à l'encontre de son banquier à qui il reproche non pas d'avoir violé les dispositions de la loi du secteur financier, mais d'avoir violé les obligations découlant du contrat liant les parties, violations pour l'appréciation desquelles, il demande au tribunal de se référer aux règles de conduite prévalant dans le secteur financier afin d'apprécier le comportement du banquier par référence au standard du professionnel normalement prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances de temps et de lieu.*

BNP Paribas Luxembourg fait grief aux juges de première instance d'avoir ainsi décidé, faisant plaider que *les règles de conduite de l'article 37 de la loi modifiée de 1993 sur le secteur financier touchent exclusivement à l'intérêt général et ne peuvent constituer une base*

légale permettant aux clients d'une banque d'agir en responsabilité contre cette banque pour violation de l'une de ces règles.

X.) a, dans son acte introductif d'instance du 24 mars 2004, recherché *la responsabilité contractuelle de BNP Paribas Luxembourg sur base, principalement des articles 1984 et suivants du Code civil, subsidiairement des articles 1915 et suivants du Code civil, plus subsidiairement des articles 1142 et suivants du Code civil, et, à titre plus subsidiaire encore et pour autant que le tribunal ne retienne pas la responsabilité contractuelle de BNP Paribas Luxembourg, sur base des articles 1382 et suivants du Code civil.*

Il appartient à **X.)** de prouver que la banque a commis une faute en adoptant une ligne de conduite qui a été contraire aux critères économiques et financiers du moment.

Rien n'empêche les tribunaux – dans le cadre d'une action en responsabilité pour faute contre le professionnel – d'apprécier l'existence de cette faute en s'inspirant, indépendamment des stipulations contractuelles entre parties, des règles de conduite imposées à la banque par l'article 37 de la loi modifiée de 1993 sur le secteur financier, fixant les grandes lignes du comportement que les professionnels doivent respecter dans les rapports avec leurs clients, plus amplement précisées par la circulaire 2000/15 du 2 août 2000.

Le moyen tiré par BNP Paribas Luxembourg de l'incompétence du tribunal pour connaître du présent litige est dénué de tout fondement.

Les juges de première instance sont à confirmer purement et simplement quant à ce point.

II) <u>Quant au fond</u>

a) <u>le jugement</u>

Pour décider comme ils l'ont fait, les juges de première instance ont retenu, en substance :

- que les parties étaient liées par un contrat de dépôt sur lequel s'est greffé un contrat de mandat ponctuel ;

- que l'obligation d'information et de conseil s'impose au banquier quel que soit le contrat qui le lie à son client ;

- que l'obligation matérielle de fournir les conseils est de résultat, tandis que la pertinence des conseils n'est que de moyens à cause de l'aléa qui est inhérent à tout conseil ;

- que la teneur des renseignements est déterminée par la qualité de professionnel ou non du client, par le type de marché sur lequel l'opération est traitée, par le type d'opération ou le type de titres ;

- qu'il ressort des pièces versées au dossier que, d'une part, la banque a fourni à **X.)** les informations relatives au titre qu'il envisageait d'acheter tout en l'avertissant des risques inhérents à ce type d'achat, et d'autre part, que **X.)** était bien conscient des risques encourus ;

- que, quant au contenu de l'obligation d'information et à la qualité des conseils fournis, **X.)** reste en défaut de prouver que la banque a eu un comportement déloyal à son égard, respectivement qu'elle a fourni des informations inexactes à propos des titres qu'il achetait ;

- que les décisions d'investissement ont été prises par **X.)** lui-même ;

- que le reproche tiré d'un manquement au devoir de prudence de la banque est à déclarer non fondé, étant donné que **X.)** reconnaît vouloir donner à son portefeuille une orientation plus dynamique et qu'il reste en défaut de prouver qu'il a été incité de manière malhonnête ou déloyale par la banque à investir dans des valeurs technologiques ;

- qu'il ne ressort d'aucun élément du dossier que la banque laissait croire qu'elle assumait la gestion du portefeuille ;

- que le contraire était vrai : **X.)** entendait se lancer seul dans des opérations boursières et dans la gestion de son portefeuille.

b) <u>moyens d'appel et répliques de la défense</u>

A l'appui de son appel, **X.)** fait – entre autres – valoir :

- qu'à l'origine, son portefeuille aurait présenté une structure équilibrée, mais que le dénommé **A.)**, employé de BNP Paribas Luxembourg, spécialiste dans les valeurs de la nouvelle technologie, lui aurait conseillé une gestion exclusivement axée sur des valeurs plus volatiles ;

- que profane en la matière, il aurait suivi les conseils de la banque sans en apprécier la qualité ;

- qu'au 30 septembre 2001, le solde total des deux comptes numéros 179134 et 78185 se serait élevé à seulement 23.152,52 €.

Si **X.)**, dans un courrier adressé à la banque le 22 octobre 2002, admet que *« (…) animé du souci bien légitime de rentabiliser le capital familial remis à votre banque, j'ai pu prendre l'option de m'orienter vers une gestion de mes avoirs plus dynamiques que conservateurs et qu'une telle orientation peut présenter un risque supérieur à celui d'un placement en trésorerie ou en obligations émises par des débiteurs de première qualité (…) »*, il insiste néanmoins sur le fait que la gestion dynamique de ses avoirs s'est réalisée jusqu'à la fin de l'été 2001 exclusivement sur base des conseils lui prodigués par la banque et qu'il n'a cessé de s'interroger sur la question de savoir si les titres pour lesquels il a émis des ordres d'achats constituaient bien des valeurs que le monde des finances aurait recommandé d'acheter.

X.) réitère les reproches d'ores et déjà formulés en première instance à l'encontre de la banque, à savoir, un manquement à son obligation d'information, la méconnaissance de son devoir de prudence et le fait *d'avoir régulièrement conseillé **X.)** sans formaliser préalablement avec lui une convention écrite de gestion de patrimoine ou de conseil en placement.*

L'intimée BNP Paribas Luxembourg réplique que **X.)**, désireux d'investir en valeurs technologiques à rendements plus spectaculaires, aurait été informé par le dénommé **A.)** des risques liés à de telles valeurs ; que, nonobstant les mises en garde, **X.)** se serait *littéralement débarrassé des valeurs traditionnelles contenues dans le portefeuille hérité de son père pour investir dans des valeurs qu'il appelait lui-même « plus volatiles », telles que notamment SWAN, ORACLE, AUDIOFINA, CISCO, NEWPORT, LERNOUT & HAUSPIE, YAHOO* (…) ; que *le rythme très soutenu des ventes et achats de ces titres aurait été exclusivement dicté par **X.)** et démontrerait l'engagement personnel du client dans la direction de son portefeuille ;* que la politique d'investissement *« buy and hold »*, suggéré par le dénommé **A.)**, n'aurait pas été suivie par le client ; que le portefeuille de **X.)** avait encaissé une perte considérable lors du second trimestre 2001 en raison de l'évolution défavorable du marché boursier en général et des valeurs technologiques en particulier ; que **X.)** aurait ignoré les conseils du dénommé **A.)** ; que **X.)** aurait été d'avis qu'en achetant des titres tels que ROYAL DUTCH et NOKIA, il n'aurait aucune chance de *rattraper les pertes*.

c) <u>discussion</u>

Il est constant en cause que les parties étaient liées par un contrat de dépôt de titres.

L'obligation de prévenir, d'aviser ou l'obligation d'informer le client est une obligation accessoire au contrat de dépôt. Elle n'englobe cependant pas une obligation d'information sur l'opportunité d'acquérir

ou de conserver certains titres. Il est seulement exigé du professionnel de mettre son client en garde de façon générale.

L'intensité de cette obligation est fonction des compétences du client.

Dans le cadre du contrat de dépôt, le client gère personnellement son portefeuille en passant lui-même les ordres afférents ou en donnant des instructions à cet effet au professionnel. Si le client bénéficie de conseils qui lui sont prodigués par le professionnel, ces conseils visent simplement à éclairer le client, le choix de la décision finale incombant à celui-ci.

C'est le client qui gère et assume les risques de la gestion.

En l'occurrence, les nombreuses conversations téléphoniques entre BNP Paribas Luxembourg et **X.)** témoignent à suffisance de l'énergie que le demandeur originaire et actuel appelant a investie dans la gestion de son patrimoine en suivant de très près les variations de ses portefeuilles et en ne se privant pas de donner les ordres d'achats et de ventes qu'il jugeait utiles.

Un tel comportement (220 entretiens dans la période d'août 1999 à novembre 2000 et 163 entretiens entre le 28 novembre 2000 et le 27 novembre 2001) ne correspond certainement pas à celui qu'aurait adopté un néophyte en matière financière.

Au contraire, tout porte à croire que **X.)** compte parmi les clients suffisamment versés dans le domaine des opérations financières pour se douter des risques que comportait toute opération spéculative, englobant des paris à la hausse ou à la baisse des valeurs, le tout dans l'espoir de faire fructifier rapidement ses capitaux.

Que BNP Paribas Luxembourg ait mis en garde **X.)** en rapport avec la politique d'investissement adoptée, ne saurait être sérieusement contesté.

C'est en vain que **X.)** conclut à voir écarter le témoignage de **A.)** au motif que *cela revient à admettre qu'une partie puisse se délivrer à elle-même une preuve, de surcroît, postérieure à la naissance du litige et, à rendre, par voie de conséquence, le présent procès inéquitable.*

A relever que les nouvelles dispositions sur les mesures d'instruction tendent à la simplification et à la libéralisation des modes de preuve et ont élargi le plus possible les moyens susceptibles de conduire à la manifestation de la vérité en ayant aboli de façon significative la possibilité de reprocher les témoins.

Les juridictions peuvent dès lors recevoir de toute personne tierce au litige, non frappée d'une incapacité de témoigner, les déclarations de nature à les éclairer sur les faits.

Il ressort de l'attestation testimoniale du 3 août 2004, établie par ailleurs en conformité des articles 400 et suivants du Nouveau Code de procédure civile, que le témoin **A.)** avait mis en garde **X.)** *des valeurs dont le cours avait déjà été projeté à la bourse par des « road shows », organisés par des intermédiaires financiers, et articles dans les publications à large diffusion, ainsi que de certaines sociétés de télécommunications qui, moins innovantes que les jeunes sociétés, disposaient de facilités de financement pour la dette qu'elles étaient tentées d'utiliser pour procéder à des investissements ou des acquisitions qui n'allaient pas forcément préserver les intérêts de leurs actionnaires.*

A.) a précisé à **X.)** *qu'un moyen d'éviter certains risques, mais certainement pas tous, consistait à retenir les sociétés qui avaient une position dominante dans, voire étaient propriétaires d'une technologie innovante, offrant ainsi un avantage compétitif par rapport à leurs pairs, et/ou qui, à défaut de faire des bénéfices, présentaient déjà un historique en termes de progression des ventes.*

Le témoin a fait part à **X.)** de *son sentiment que les sociétés biotechnologiques présentaient en général un risque élevé de par le faible taux de réussite des médicaments et/ou autres solutions qu'elles développaient.*

Le témoin qui apercevait chez **X.)** *un empressement de faire des opérations coûte que coûte* lui a suggéré qu'il *valait mieux conserver un titre tant que ses perspectives industrielles étaient favorables et correctement valorisées.*

Le témoin est formel pour dire qu'*en accord avec la préférence que je lui avais exprimée quant à une stratégie plutôt de conservatoire que d'allers et retours, je n'ai pas manqué de porter à l'attention de M. **X.)** des situations de dégradation des données fondamentales des titres qu'il détenait en portefeuille ».*

A.) conclut comme suit : *En ce qui concerne le risque pris par mon client par rapport à sa situation patrimoniale, je considère que si les actions technologiques, qui étaient minoritaires par rapport à l'ensemble des actions achetées lors de nos premiers entretiens, sont rapidement devenues prédominantes, ceci est dû aux seules décisions de M. **X.)**, prises en connaissance de cause, tantôt parce que M. **X.)** considérait selon ses propres mots que des achats supplémentaires ne constituaient pas un trop grand risque par rapport à ses gains du moment, soit parce qu'il décidait, ayant subi de grosses pertes, de jouer le tout pour le tout.*

Il va sans dire que c'est en raison de l'incertitude inhérente à l'évolution du marché boursier que le bon conseil donné aujourd'hui peut s'avérer un mauvais demain.

La responsabilité du banquier ne saurait dès lors être retenue pour la simple raison que l'opération conseillée ou déconseillée a tourné au préjudice du client. Pareille opération comporte toujours un risque de perte que le client ne doit normalement pas ignorer.

A cela s'ajoute que l'efficacité du conseil échappe à celui qui le donne, pour passer à celui qui prend librement la décision de le suivre ou non. Un débiteur ne saurait engager à garantir un résultat que la volonté du créancier est libre d'écarter (R. SAVATIER : les contrats de conseil professionnel en droit privé ; Dalloz 1972, Chronique 137).

Que la politique d'investissement adoptée en l'occurrence se soit par la suite révélée peu judicieuse, est à rechercher, et dans les agissements de **X.)** – qui est resté le maître de ses affaires et avait le seul choix de ses décisions –, et dans les aléas inhérents au développement du marché boursier.

Il suit de l'ensemble des considérations qui précèdent qu'on ne saurait reprocher à la banque un quelconque comportement déloyal envers **X.)** de nature à engager sa responsabilité.

Le reproche de **X.)**, tiré du fait que BNP Paribas Luxembourg a accepté de le conseiller régulièrement sans avoir conclu avec lui une convention écrite de gestion de patrimoine ou de conseil en placement tombe également à faux, alors qu'il ne ressort d'aucun élément du dossier que **X.)** ait manifesté à un moment donné le désir de soumettre ses portefeuilles à la gestion discrétionnaire de la banque, lui ôtant en principe toute possibilité d'immixtion dans la gestion. Le contraire est vrai. **X.)** a activement participé à la gestion de son patrimoine et s'est toujours réservé le contrôle de cette gestion en adoptant une stratégie qu'il pensait être la mieux appropriée.

La demande de **X.)** est dès lors à déclarer non fondée.

Le jugement est à confirmer purement et simplement.

Vu l'issue du présent litige, il y a lieu de débouter **X.)** de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure.

Il y a également lieu de débouter BNP Paribas Luxembourg de sa demande tendant à l'octroi d'une telle indemnité, alors qu'il ne paraît pas inéquitable de laisser à charge de la partie intimée les sommes par elle exposées et non comprises dans les dépens.

PAR CES MOTIFS :

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

déclare les appels principal et incident recevables ;

les dit non fondés ;

confirme le jugement entrepris ;

déboute les parties de leurs demandes respectives en obtention d’une indemnité de procédure ;

condamne **X.)** aux frais et dépens de l’instance d’appel avec distraction au profit de Maître Philippe DUPONT qui la demande, affirmant avoir fait l’avance des frais et dépens.