Arrêt commercial

Audience publique du onze mars deux mille neuf.

Numéro 33287 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Carlo HEYARD, premier conseiller;
Pierre CALMES, conseiller;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

***1) AAA,** employé privé, demeurant à VVV,*

***2) BBB,** employée privée, demeurant à WWW,*

***3) CCC,** rentière, demeurant à XXX,*

***appelante** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 27 décembre 2007,*

comparant par Maître Marc PETIT, avocat à Luxembourg ;

e t :

***la société anonyme DDD,** établie et ayant son siège social à YYY, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

***intimée** aux fins du prédit exploit ENGEL,*

comparant par Maître Jean BRUCHER, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 8 mars 2006 AAA, BBB et CCC ont fait comparaître la société anonyme DDD, anciennement EEE, devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour s'entendre condamner à leur payer la somme de 432.240,78 euros à titre de dommage matériel, celle de 20.000.- euros pour chacun des demandeurs à titre de dommage moral, ainsi qu'une indemnité de procédure de 1.500.- euros.

Par jugement rendu le 14 novembre 2006 le tribunal a dit cette demande non fondée et en a débouté les demandeurs.

De ce jugement, qui leur a été signifié le 21 janvier 2008, les consorts AAA, BBB et CCC ont régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 27 décembre 2007.

Le 19 août 1997 AAA a ouvert auprès de la EEE le compte portant le numéro 312 602.

Le 16 juin 1999 il a signé une convention de découvert autorisé sur ledit compte à hauteur de 4.000.000.- francs, découvert garanti par une mise en gage des avoirs de AAA auprès de la banque. Le 1er juillet 1999 ce découvert a été porté à 8.000.000.- francs.

Le 19 juillet 2000 AAA a conclu avec la banque un contrat de gestion assistée.

Aux termes de l'article 4.1 de ce contrat:

"*Le Client demande le concours du Conseiller qui accepte pour l'assister dans l'administration et la gestion de son portefeuille-titres et espèces, dans ses décisions en matière de placements, et dans l'exécution et le suivi des ordres reçus.*

Le Client n'est pas tenu de suivre les avis et suggestions qui lui sont faits par le Conseiller. Il garde la libre disposition de son portefeuille et conserve le droit de prendre la décision de vendre ou acheter des titres ou des valeurs.

…"

D'après l'article 4.2:

"Les conseils émis dans le cadre de cette assistance correspondent à la stratégie et au cadre d'investissement que le Client a communiqué au Conseiller, et qui est annexé au présent contrat."

L'article 4.3 dispose:

"Le Conseiller procédera à un contrôle périodique du portefeuille, et formulera éventuellement des recommandations concernant les modifications qui, selon lui, devraient être apportées. … "

Dans le document intitulé "profil de risque objectifs d'investissement" annexé au contrat, AAA a coché la rubrique *"Risque Elevé → Croissance".* Sous l'intitulé "Remarques particulières" il a noté: *"Je vise une bonne répartition sectorielle et géographique afin de limiter les risques, malgré un intérêt marqué pour les actions, plutôt que pour les obligations".*

Soutenant que leur portefeuille-titres, qui affichait le 17 juillet 2000 une valeur de 17.436.549.- francs et était alors constitué de manière à être en conformité avec les perspectives d'investissement stipulées en annexe du contrat, a été mis à mal par les conseils prodigués par la société DDD, les consorts AAA, BBB et CCC lui ont reproché d'avoir violé son obligation de conseil et ont demandé sa condamnation à réparer le préjudice subi par eux du fait de la chute de la valeur des titres compris dans le portefeuille.

Devant les premiers juges les consorts AAA, BBB et CCC ont soutenu que leurs comptes, sur conseil de la banque, ont été regroupés et que tout prélèvement a nécessité leur accord unanime, règle qui n'a pas été respectée par la banque. Ils ont conclu à voir enjoindre à la banque de verser l'écrit constatant le regroupement des comptes et l'interdiction faite à chaque partie demanderesse de disposer seule des avoirs du compte. La société DDD a contesté ces affirmations des demandeurs et l'existence des écrits invoqués.

Constatant que tous les contrats versés portent uniquement le nom de AAA et ne sont signés que par lui seul, sans qu'aucune mention des autres parties demanderesses n'y figure, les premiers juges ont dit qu'il ne peut être ordonné de production de pièces sans que l'existence de ces dernières soit, sinon établie avec certitude, du moins vraisemblable, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Ils ont donc rejeté la demande de production de pièces et ont dit non fondé ce reproche des demandeurs.

Les appelants font grief aux premiers juges de ne pas avoir condamné la société DDD à verser la convention signée entre parties par laquelle la banque s'est engagée à ne disposer des avoirs regroupés des clients que sur leur ordre conjoint. Ils soutiennent que, contrairement à ce qu'ont retenu les premiers juges, il existe en l'espèce trois éléments qui rendent vraisemblable l'existence des

documents invoqués, à savoir les trois demandeurs, respectivement appelants qui affirment avoir vu, lu et signé de tels documents.

Les affirmations des parties au litige au sujet de leurs affirmations ne sont pas de nature à les rendre vraisemblables. Le jugement est à confirmer sur ce point.

Les appelants reprochent d'autre part aux premiers juges d'avoir relevé que AAA a expressément opté pour une stratégie d'investissement à risque élevé, sans tenir compte de ce que dans le *Profil de risque* annexé à la convention de gestion assistée il est également marqué: *"Je vise une bonne répartition sectorielle et géographique afin de limiter les risques".*

Ils soutiennent que la banque ne les a pas rendus attentifs sur le fait que les investissements s'effectuaient dans un seul secteur, celui dit des "nouvelles technologies" et qu'elle a donc commis une faute lourde en ne conseillant pas ses clients dans le sens convenu entre parties.

Dans ce contexte ils font grief aux premiers juges d'avoir dit que l'obligation de conseil pesant en l'espèce sur le banquier est une obligation de moyens et que le client doit donc rapporter la preuve d'un comportement fautif ou négligent. Ils font valoir que l'obligation de renseignement et de conseil est une obligation de résultat, que la Cour de Cassation française décide en effet que *"celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information soit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation"* (Cass. 1e civ. 25.2.1997, BC 1997,I,n°75; JCP. 1997,I,4025; Cass. 1e civ. 15.5.2002, JCP. 2002,I,184).

La société DDD fait plaider que d'après une jurisprudence constante l'obligation de conseil du banquier est une obligation de moyens, que c'est donc à juste titre que les premiers juges ont décidé que le client doit rapporter la preuve d'un comportement fautif ou négligent dans le chef du banquier. L'intimée soutient qu'en l'espèce ce n'est pas l'obligation matérielle de fournir des conseils qui est critiquée par les appelants, mais la pertinence des conseils donnés, que les décisions invoquées par les appelants ne sont donc pas pertinentes, portant sur l'obligation matérielle qui pèse sur les professionnels d'informer leurs clients et non pas sur la qualité des conseils prodigués.

Les appelants ne critiquent pas seulement la pertinence des conseils donnés, ils reprochent à la banque d'avoir failli à son obligation contractuelle de conseiller son client dans le sens convenu entre parties.

Il ressort des dispositions contractuelles citées ci-dessus que les conseils de la banque devaient correspondre à la stratégie d'investissement déterminée dans le profil de risque annexé au contrat et que la banque devait procéder à un contrôle périodique du

portefeuille et formuler d'éventuelles recommandations sur des modifications à apporter.

Il ne s'agit donc pas en l'espèce d'une obligation accessoire de renseignement ou de conseil, mais d'une obligation de conseil spécifique et précise à laquelle le banquier s'est contractuellement engagé envers son client.

Conformément à l'article 1315 du code civil, si celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

En l'espèce la preuve de l'obligation de conseil à charge de la banque résulte des stipulations contractuelles. Il appartient donc à l'intimée d'établir qu'elle s'est exécutée en fournissant les conseils conformes aux objectifs fixés et en formulant le cas échéant des recommandations sur les modifications à apporter au portefeuille pour le remettre en conformité avec ces objectifs.

La société DDD, qui admet que les investissements de AAA se sont faits majoritairement dans le secteur des nouvelles technologies, est en défaut de rapporter la preuve qu'elle a conseillé son client dans le sens d'une meilleure diversification sectorielle et elle a donc engagé sa responsabilité contractuelle à l'égard de son client.

C'est à tort que la société DDD se prévaut dans ce contexte de la clause limitative de responsabilité stipulée à l'article 5 de la convention et aux termes de laquelle:
"Le Conseiller, pour autant qu'il ait agi en bon père de famille, ne sera cependant pas tenu pour responsable d'une éventuelle diminution de la valeur du portefeuille, ni des fluctuations de celui-ci, ni de son rendement, ni d'une erreur d'appréciation dans le choix d'un placement, ni de l'exercice ou non-exercice du droit de souscription si le Client ne lui en a pas donné instruction, ni pour les erreurs matérielles ou les interprétations erronées résultant des avis donnés par lui en toute bonne foi. Il ne pourra être tenu responsable que de la faute lourde équipollente au dol."

En effet le manquement reproché en l'espèce à la banque ne rentre pas dans les prévisions de cette disposition.

Reste toutefois le problème de la relation causale entre la faute de la banque et le préjudice dont se plaint AAA et qui consiste, selon lui, dans la perte de la presque totalité de la valeur de son portefeuille.

L'obligation de conseil reste une obligation de moyens en ce qui concerne les conséquences résultant de son éventuelle violation et tout comme la seule constatation de la défaillance du résultat escompté ne fait pas présumer l'inexécution fautive du débiteur de l'obligation de

conseil, l'inexécution constatée ne fait pas présumer une relation causale entre cette inexécution et la défaillance du résultat (cf. Georges Ravarani, La responsabilité civile des personnes privées et publiques, 2e éd. n° 458).

Aux termes de la convention conclue entre parties AAA n'était pas tenu de suivre les avis donnés et les suggestions faites par la banque et la décision d'acheter ou de vendre restait auprès de lui.

Il résulte d'autre part des pièces versées par la société DDD que AAA, qui avait signé une convention "hold mail", a reçu communication du courrier domicilié auprès de la banque lors de ses visites des 9 mars 2001, 9 août 2001 et 19 octobre 2001. Il était donc à même de se rendre compte de la composition de son portefeuille et de son évolution vers un investissement plus prononcé dans le secteur des nouvelles technologies et aurait pu, nonobstant une éventuelle absence de mise en garde ou de recommandation, adapter ses décisions d'investissement à l'objectif visé.

Dans ces circonstances il n'est pas établi qu'une exécution par la banque de ses obligations contractuelles aurait amené AAA à modifier sa politique d'investissement en rétablissant une meilleure répartition sectorielle, ni partant que la diminution de la valeur de son portefeuille, qui est due par ailleurs à une chute générale des marchés boursiers, aurait pu être enrayée dans une quelconque mesure. La preuve d'une relation causale entre la faute de la banque et le préjudice alléguée fait donc défaut.

Les appelants se prévalent encore d'un courrier adressé le 28 août 2001 par la banque à AAA, l'informant que son découvert s'élève à plus de 7 millions BEF, que les avoirs en garantie sont valorisés à un peu moins de 12 millions BEF et que dans l'éventualité où la garantie deviendrait inférieure ou égale à 10 millions BEF elle demandera une sûreté complémentaire. Ils soutiennent que ce courrier est la preuve que la banque n'a pas agi avec diligence quand elle a constaté des problèmes au niveau du portefeuille. Ils n'indiquent cependant pas quelles mesures la banque aurait pu et dû prendre de sorte que la Cour ne peut examiner la pertinence de ce reproche.

Les appelants maintiennent leur affirmation que la banque n'a pas respecté les termes du contrat de crédit d'après lequel elle avait droit à un taux d'intérêt constitué par la moyenne trimestrielle EONIA majorée d'une marge bancaire de 0,25%, qu'elle a en effet prélevé un taux d'intérêt supérieur à cette moyenne, ce qu'elle a d'ailleurs reconnu par courrier du 17 octobre 2001, qu'elle a d'autre part prélevé des frais non prévus dans la convention.

Le courrier du 17 octobre 2001 n'est pas davantage versé en instance d'appel qu'il ne l'était devant les premiers juges et le grief invoqué reste non offert en preuve. Par ailleurs, ainsi que l'ont déjà

constaté les premiers juges, aucune conséquence juridique n'est déduite de ce reproche, de sorte que c'est à bon droit qu'il a été rejeté par eux.

Les appelants reprochent enfin aux premiers juges de ne pas avoir retenu que la banque a commis une faute en ne respectant pas les règles prudentielles élémentaires selon lesquelles un crédit accordé au client ne doit pas être supérieur à 50% des avoirs du client.

Les premiers juges ont relevé à ce sujet que les consorts AAA, BBB et CCC restent en défaut de démontrer l'existence de la règle prudentielle invoquée, que par ailleurs le montant emprunté était au moment de la conclusion du prêt inférieur aux 50% des avoirs du client. Ils sont à confirmer pour les motifs énoncés par eux.

Il s'en suit que l'appel n'est pas fondé.

Les appelants, qui succombent dans leur appel et sont à condamner aux frais et dépens de l'instance d'appel, ne peuvent prétendre à une indemnité de procédure et leur demande basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile est à dire non fondée.

La demande de la société DDD est également à rejeter, la condition d'iniquité n'étant pas remplie en l'espèce.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel en la forme;

le dit non fondé et confirme le jugement entrepris;

dit non fondées les demandes basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile;

condamne les appelants aux frais et dépens de l'instance d'appel, dont distraction au profit de Maître Jean Brucher, sur ses affirmations de droit.