Arrêt commercial

Audience publique du vingt-deux avril deux mille neuf.

Numéro 32760 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Carlo HEYARD, premier conseiller;
Annette GANTREL, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

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

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 15 juin 2007,*

comparant par Maître Philippe DUPONT, avocat à Luxembourg ;

e t :

AAA, *retraité, demeurant à YYY,*

intimé *aux fins du prédit exploit THILL,*

comparant par Maître Didier SCHÖNBERGER, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 15 décembre 2003 AAA a fait comparaître la société anonyme BBB devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, pour s'entendre condamner à lui payer la somme de 164.775,61 euros.

AAA a exposé à l'appui de cette demande qu'au début de l'année 2000 il a ouvert auprès de la société BBB un compte bancaire numéro 138614-OJ lequel au 29 mars 2000 était composé de valeurs évaluées à 192.870,63 euros; que le requérant fut informé le 15 novembre 2002 que ses avoirs sur le compte ne s'élevaient plus qu'à 28.095,02 euros; qu'en effet, nonobstant le fait qu'elle ne disposait d'aucun mandat de gestion discrétionnaire ou autre du portefeuille, la société BBB avait pris l'initiative de faire des investissements inconsidérés pour compte du requérant, témoignant d'erreurs grossières de gestion et ayant conduit à une perte financière de 164.775,61 euros.

Par jugement rendu le 16 novembre 2006 le tribunal, siégeant en matière commerciale, a dit la demande fondée et a condamné la société BBB à payer à AAA la somme de 164.775.- euros avec les intérêts légaux à partir d'une mise en demeure du 3 décembre 2002.

Par exploit d'huissier du 15 juin 2007 la société anonyme BBB a régulièrement relevé appel de ce jugement, qui lui avait été signifié le 8 mai 2007.

Devant les premiers juges la société BBB a soutenu que AAA lui avait donné mandat de gérer ses avoirs suivant une politique d'investissement orientée principalement vers les actions technologiques et elle a versé pour preuve une attestation testimoniale rédigée par CCC, gestionnaire du compte litigieux.

Les premiers juges ont relevé que le contrat de gestion discrétionnaire peut se former oralement entre parties, mais qu'il appartient à celui qui se prévaut de l'existence du contrat de le prouver. Ils ont dit que la banque, qui a la charge de la preuve, ne peut se prévaloir à l'encontre de AAA, personne civile, du témoignage du gestionnaire CCC qu'en présence au moins d'un commencement de preuve par écrit, inexistant en l'espèce, de sorte qu'elle est en défaut d'établir le mandat de gestion discrétionnaire allégué.

L'appelante reproche aux premiers juges d'avoir dit qu'elle n'aurait pas rapporté la preuve du mandat de gestion lui confié par le client, en rejetant le témoignage de CCC au motif que la banque n'aurait rapporté aucun commencement de preuve par écrit.

Elle leur reproche d'autre part de ne pas avoir accueilli son argumentation selon laquelle le client avait de toute façon ratifié les

opérations effectuées par la banque sur son compte et était partant forclos à venir les contester.

Il y a lieu d'examiner d'abord le second moyen, dont l'éventuel bien-fondé rendrait superflu l'examen du premier.

On s'accorde à reconnaître que la ratification du mandant valide non seulement les actes accomplis par le mandataire au-delà des limites de son mandat, mais aussi ceux que ce dernier a accomplis sans mandat ou en vertu d'un mandat nul. En effet, le mandataire qui excède les limites de son mandat n'a pas plus de pouvoir que celui qui agit sans mandat ou en vertu d'un mandat nul; dans les deux cas, celui qui a agi n'a que la qualité d'un gérant d'affaires et tous les actes d'un gérant d'affaires peuvent être ratifiés par le géré, voire "le mandant" (JCL Civil, art. 1991 à 2002, fasc. 20, n° 40; C.A. 16.1.2002, Ruhnke c/ Bankgesellschaft Berlin International, n° 25522 du rôle).

La société BBB se prévaut en premier lieu d'une ratification expresse en soutenant que AAA a expressément accepté la gestion et les opérations effectuées sur son compte dès lors qu'il a régulièrement téléphoné au gestionnaire de son compte après avoir reçu par fax des relevés estimatifs de portefeuille sans émettre la moindre contestation au sujet de ces documents.

Elle fait plaider que l'article 1341 du code civil ne s'oppose pas à une prise en considération des indications fournies dans l'attestation testimoniale de CCC, dans la mesure où il s'agit d'établir de simples faits.

La ratification est un acte juridique unilatéral. Elle n'est soumise en principe à aucune condition de forme et peut être expresse ou tacite. Celui qui se prévaut d'une ratification expresse à l'encontre d'une personne civile, doit toutefois faire la preuve de cette ratification selon les règles des articles 1341 et suivants du code civil.

De toute façon, une ratification expresse ne résulte pas d'une absence de contestation à la réception des relevés de compte, invoquée par l'appelante et attestée par CCC. C'est là plutôt le domaine de la ratification tacite.

A l'appui de l'existence d'une ratification tacite la société BBB se prévaut de l'article 9), point f) de ses conditions générales signées par AAA au moment de l'ouverture du compte et aux termes duquel:

"Le Client est tenu de signaler à la Banque les erreurs qui peuvent être contenues dans les documents et extraits de compte qui lui sont délivrés par la Banque. A défaut de réclamation par écrit dans les 30 jours à dater de l'expédition des documents et extraits de compte, les indications qui y sont reprises sont, sauf erreur matérielle manifeste,

réputées exactes et le Client est censé avoir approuvé ces documents et extraits."

AAA a lors de l'ouverture de son compte demandé que son courrier soit tenu à sa disposition à la banque et l'article 9) dispose en son point e) que *"Le courrier retenu en dépôt à la Banque est considéré comme délivré à la date qu'il porte".*

Il résulte de ces dispositions que les parties ont expressément convenu qu'une absence de protestation dans les trente jours de l'expédition, respectivement délivrance des extraits de compte vaut ratification des opérations y renseignées que le client ne peut plus remettre en cause (Cour 9.12.1992, De Greef c/ Crédit Lyonnais, n° 12894 du rôle; 21.4.2005, BBB Luxembourg c/ Jürgen Kremer, nos 27532 et 27534 du rôle).

En présence de la disposition inscrite à l'article 9) point e) AAA soutient à tort que le délai de contestation de 30 jours ne commence à courir qu'à partir du jour où les extraits étaient retirés, ce qu'il n'aurait fait qu'en date du 22 avril 2003 en signant un reçu intitulé "RETRAIT DU COURRIER". Par ailleurs ce reçu qui, tel que le fait remarquer la société BBB, ne concerne pas le compte litigieux, porte une signature différente de celles figurant sur les documents d'entrée en relation signés par AAA.

AAA soutient dans ce contexte que la convention de poste restante ne doit pas pénaliser ceux qui choisissent cette formule en laissant peser sur eux une présomption lourde de conséquences alors qu'ils ne sont pas en mesure de prendre connaissance de courrier.

Cette argumentation ne peut être retenue, la convention de poste restante étant une facilité librement choisie par le client qui doit supporter les conséquences résultant d'une négligence de sa part concernant l'inspection régulière des relevés de compte.

Dans son attestation testimoniale CCC déclare par ailleurs qu'entre février 2000 et juin 2001 AAA lui a téléphoné une demi-douzaine de fois et qu'à la demande du client le témoin lui a envoyé par fax une situation de son portefeuille après l'avoir renseigné par téléphone sur le détail des investissements réalisés. Cette attestation répond aux exigences de l'article 402 du nouveau code de procédure civile, lequel ne requiert pas une précision des postes occupés par le témoin auprès de la société BBB aux fins de savoir s'il a un intérêt personnel direct dans l'affaire. Les déclarations ci-dessus reproduites portent sur de simples faits dont la preuve n'est pas soumise aux exigences de l'article 1341 du code civil.

La Cour en déduit que AAA, qui de toute façon avait l'obligation de se renseigner lui-même en prenant réception des extraits de compte

retenus à sa demande à la banque, a en fait été renseigné sur les opérations effectuées sur son compte.

En n'émettant pas de protestation dans les délais prévus AAA a approuvé les investissements réalisés par la société BBB et ne peut plus se prévaloir d'une absence de mandat conféré à la banque.

L'approbation tacite ne prive toutefois pas le client de la possibilité de rechercher la responsabilité de la banque pour fautes commises dans la gestion du portefeuille.

La société BBB se prévaut dans ce contexte de l'article 11 de ses conditions générales, spécialement accepté par AAA, aux termes duquel "*la Banque ne répond dans ses relations avec le client que de sa faute lourde".*

En présence de la ratification retenue ci-dessus il y a lieu de rejeter l'argumentation de AAA selon laquelle le non-respect des instructions du client par la transformation d'un compte de dépôt en compte de gestion discrétionnaire avec les conséquences financières désastreuses subies en l'espèce constitue une faute lourde, étant à ajouter que le seul résultat négatif de la gestion d'un compte n'est pas en soi constitutif d'une faute.

AAA se prévaut ensuite à l'encontre de la société BBB d'une violation des règles de conduite énumérées à l'article 37 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier, soutenant que celle-ci est source de droits subjectifs pour les particuliers.

Les règles de conduite édictées par la loi du 5 avril 1993 et la circulaire 2000/15 de la CSSF, également invoquée par AAA, sont conçues dans l'intérêt général, traduisant sur un plan strictement disciplinaire les normes déontologiques à observer par les professionnels du secteur financier, et ne constituent pas une base légale permettant aux particuliers d'agir directement en justice en invoquant une violation de ces dispositions (Lux. 13.7.2005, J.B. c/ U.B.P., n° 88183 du rôle; Anne Morel et Elisabeth Omes, L'obligation d'information et de conseil du banquier, Droit bancaire et financier au Luxembourg, Recueil de doctrine, vol. 2, Larcier 2004, p. 484).

De toute façon, il ne suffit pas au client qui se prétend victime d'agissements fautifs de la part de sa banque d'énumérer les différentes règles de conduite à observer par le banquier gestionnaire et déduire leur inobservation du seul résultat négatif de la gestion, mais il doit établir une faute concrète commise par le banquier.

Concernant la violation de son obligation de conseil et d'information lui reprochée, la société BBB fait valoir à bon droit que dans la gestion discrétionnaire une telle obligation n'existe que lors de la conclusion du

mandat, les décisions d'investissement étant par la suite prises par l'intermédiaire financier et non par le client.

Dans son attestation testimoniale, qui peut être prise en considération sur ce point, CCC dit avoir rendu AAA attentif aux risques inhérents aux investissements dans les nouvelles technologies dans lesquelles il a par la suite été investi.

La Cour considère cette information comme suffisante au regard de la politique d'investissement poursuivie, l'argument de AAA que la mise en garde de la banque ne laissait pas présager une perte de plus de trois quart du capital investi n'étant pas pertinente.

C'est à tort que dans ce contexte AAA reproche à la banque de ne pas lui avoir soumis un dossier de propositions d'investissements comme elle l'a fait pour d'autres clients. En effet les documents versés par lui à l'appui de son affirmation datent de 2002 et la banque fait valoir qu'ils portent l'entête BBB qu'ils ont donc été établis après la fusion entre les sociétés MMM et NNN qui a été entérinée le 17 juillet 2000, c'est-à-dire à une date postérieure à l'ouverture du compte de AAA dans les livres de la banque.

Aucune faute, à fortiori faute lourde, ne peut donc être retenue à charge de la société BBB en relation avec son devoir d'information et de conseil.

Dans la gestion du portefeuille le banquier n'est tenu que d'une obligation de moyens, le but visé dans le contrat de gestion de portefeuille étant essentiellement aléatoire en raison des nombreux éléments et circonstances échappant au contrôle du gestionnaire. La responsabilité du banquier s'apprécie par rapport au comportement d'un professionnel avisé. Elle n'est engagée que si une faute est expressément établie à sa charge, c'est-à-dire s'il n'a pas agi comme l'aurait fait un bon professionnel de même catégorie intervenant dans les mêmes circonstances de temps et lieu et agissant selon les usages bancaires et boursiers de la place (Georges Ravarani, La responsabilité civile des personnes privées et publiques, éd. Pasicrisie 2006, n° 537). En présence de la clause limitative de responsabilité convenue en l'espèce ce n'est par ailleurs pas la plus légère déviation par rapport au comportement du professionnel avisé qui pourrait engager la responsabilité de la banque.

AAA, qui reconnaît que les marchés boursiers ont au courant de l'année 2000 connu une baisse généralisée, soutient que la société BBB aurait dû réagir aux mouvements du marché pour au besoin réorienter les placements. Faisant valoir que la gestion doit être appréciée globalement il estime qu'au vu de la perte subie par son portefeuille, la faute de gestion commise par la banque est évidente.

Cette argumentation ne peut être retenue. En effet si la gestion doit s'apprécier dans son ensemble il ne s'en suit pas que la moins-value globale subie par le portefeuille en raison de circonstances indépendantes de la volonté du banquier met ce dernier néanmoins en faute pour être le résultat présumé d'une absence de réaction appropriée à ces circonstances extérieures.

AAA est en défaut d'établir, respectivement d'offrir en preuve que dans la gestion de son portefeuille la société BBB ne s'est pas comportée comme un professionnel avisé, qu'elle a commis des fautes lourdes dans ses décisions d'acquisition, respectivement de vente de titres et que les pertes subies par le portefeuille ne sont pas dues à la seule chute des valeurs boursières mais aux fautes commises par la banque.

La demande en réparation d'un préjudice pour fautes commises par la société BBB dans la gestion du portefeuille doit donc être rejetée.

Il s'en suit que l'appel est fondé et que par réformation du jugement entrepris la demande de AAA est à dire non fondée.

Les deux parties concluent à l'allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

AAA qui succombe en appel et est à condamner aux frais et dépens de l'instance d'appel, ne peut prétendre à une indemnité de procédure et sa demande est à dire non fondée.

La demande de la société BBB est par contre fondée, étant inéquitable de laisser à sa charge l'intégralité des frais non compris dans les dépens qu'elle a dû exposer en instance d'appel. Il y a lieu de lui allouer la somme de 1.000.- euros réclamée, justifiée au titre d'une participation aux honoraires d'avocat.

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 fondé;

par réformation du jugement entrepris dit la demande de AAA non fondée et l'en déboute;

condamne AAA à payer à la société anonyme BBB une indemnité de procédure de 1.000.- euros pour l'instance d'appel;

déboute AAA de sa demande basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile et le condamne aux frais et dépens de l'instance d'appel, dont distraction au profit de Maître Philippe Dupont, sur ses affirmations de droit.