Arrêt commercial

Audience publique du vingt mai deux mille neuf.

Numéro 32393 du rôle.

Composition :

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

E n t r e :

C.), *née le (…), sans état connu, demeurant à D-(…), (…),*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg du 4 avril 2007,*

comparant par Maître Jean-Paul NOESEN, avocat à Luxembourg ;

e t :

la société anonyme BQUE1.) S.A., *anciennement* ***BQUE1'.)*** *S.A., établie et ayant son siège social à L-(…), (…), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B (…)birgit , représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du prédit exploit SCHAAL,*

comparant par Maître André MARC, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Le 18 novembre 1999 Dr **A.)** et son épouse **B.)** ouvrent au nom de leur fille mineure **C.)** un compte auprès de la société anonyme **BQUE1.)** à Luxembourg.

Ils signent les conditions générales, une convention de poste restante, un accord concernant la transmission d'ordres verbaux et par téléfax, une convention cadre pour l'exécution d'opérations à terme ainsi qu'un document d'information sur les risques de pertes liés aux opérations à terme.

Entre novembre 1999 et juin 2000 ils transfèrent sur ce compte la somme totale de 112.000.- DM, soit 57.264,59 euros. Au moment de la clôture du compte en mars 2001 **C.)** ne récupère qu'une somme de 46.214,52 DM, soit 23.639,11 euros.

Par exploit d'huissier du 17 février 2004 **C.)** a fait comparaître la société anonyme **BQUE1.)** devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour s'entendre condamner à lui payer la somme de 33.635,58 euros représentant la différence entre la somme versée sur son compte et celle récupérée par elle.

Elle a exposé à l'appui de cette demande que ses parents avaient chargé la société **BQUE1.)** de gérer discrétionnairement son portefeuille avec la réserve toutefois que deux conditions devaient être respectées: le capital devait être préservé et l'investissement devait rapporter un taux d'intérêt égal ou supérieur à celui qui pourrait être obtenu pour un dépôt à terme. Elle a reproché à la société **BQUE1.)** de ne pas avoir respecté les objectifs assignés et de s'être lancée dans des opérations spéculatives qui auraient entraîné la perte d'une partie du capital. En ordre subsidiaire elle lui a reproché une violation de son obligation d'information et de conseil.

Par jugement rendu le 16 novembre 2006 le tribunal a débouté **C.)** de sa demande.

De ce jugement, qui lui a été signifié le 9 février 2007, **C.)** a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 4 avril 2007.

Dans le jugement entrepris les juges de première instance ont constaté que les parties ont conclu une convention cadre pour l'exécution d'opérations à terme, qu'elles ont encore convenu que les ordres pouvaient être transmis oralement ou par voie de fax, qu'en réalité cependant ni **C.)**, ni ses parents n'ont jamais pris aucune initiative dans la gestion du portefeuille et il est admis par les deux parties que la défenderesse a géré le portefeuille de **C.)**, de sorte qu'il y

a lieu de retenir que les parties étaient liées par un contrat de gestion de portefeuille.

Ils ont dit qu'il y a en l'espèce eu ratification des opérations effectuées dans la gestion du portefeuille de sorte que **C.)** ne peut plus reprocher à la Banque d'avoir effectué des investissements risqués et aléatoires, que cette ratification des extraits de compte ne prive cependant pas **C.)** de la possibilité de contester l'opportunité des opérations effectuées.

Au vu du document intitulé "Wichtige Informationen über Verlustrisiken bei Börsentermingeschäften" signé par les parents de **C.)**, les premiers juges ont dit que la Banque a prouvé avoir attiré l'attention de sa clients sur l'existence des risques liés à ce genre d'opérations. Concernant le reproche de **C.)** que la Banque aurait omis de vendre les titres au bon moment et d'attirer l'attention de la cliente sur les pertes significatives, ils ont dit que la demanderesse ne prouve cependant pas de faute concrète commise par la Banque qui serait en relation avec le préjudice allégué.

Dans son acte d'appel **C.)** reproche aux premiers juges d'avoir retenu qu'il y a eu ratification des opérations réalisées par la Banque, soutenant que la ratification des opérations ne peut avoir lieu qu'à la condition que les extraits de compte soient effectivement mis à la disposition du client au siège de la banque dans un temps rapproché, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

Par conclusions subséquentes et tirant argument d'une disposition contenue dans la convention cadre pour l'exécution d'opérations à terme, libellée comme suit: "*Die Bank ist nicht verpflichtet, dem Kunden Mitteilungen über den jeweiligen Stand und die Entwicklung von Kursen, Indizes und Preisen zu machen. Deren Beobachtung obliegt dem Kunden",* l'appelante commence par discuter la nature des relations entre parties.

Elle fait plaider que cette disposition n'a pas de sens dans une convention de gestion discrétionnaire, mais seulement dans un contrat de dépôt où le client gère lui-même ses avoirs en donnant des ordres à la banque. Elle soutient qu'en présence d'un client non commerçant, ce qui est son cas, seuls les documents contractuels comptent et toute convention verbale conclue par ailleurs est inopérante, de même que de prétendues ratifications tacites d'opérations intervenues. Dans le dispositif de ses conclusions, elle continue à conclure en ordre principal à l'existence d'un contrat de gestion de fortune avec la particularité que la Banque avait garanti à son client la survie du capital et un rendement au moins identique au rendement monétaire, qu'elle lui avait encore garanti qu'il n'avait pas à s'occuper de la gestion du portefeuille, ni à la surveiller, en ordre subsidiaire elle conclut à l'existence d'un contrat de dépôt et demande à voir constater que la Banque ne peut invoquer une seule instruction du client pour les achats auxquels elle a procédé.

L'appelante offre en preuve l'étendue des obligations contractuelles de la Banque par l'audition de son gestionnaire **M.)** et de ses parents, dont elle verse par ailleurs des attestations testimoniales.

La société **BQUE1.)** conclut à la confirmation du jugement. Elle fait valoir qu'il y a en l'espèce ratification des opérations effectuées, qu'il n'a d'ailleurs jamais été contesté et qu'il n'est pas contestable que l'appelante a confié un mandat de gestion à la Banque. Concernant ses prétendues obligations contractuelles, l'intimée renvoie aux documents signés par les parents de **C.)** au moment de l'ouverture du compte et soutient que les éventuelles promesses faites par le gestionnaire **M.)** ne sauraient engager la Banque. Elle s'oppose à la prise en considération des attestations des parents de **C.)** qui à l'époque des faits étaient les représentants légaux de l'appelante et doivent donc être considérés comme parties en cause.

Il y a lieu d'examiner en premier lieu la contestation par **C.)** d'une ratification tacite des opérations effectuées par la Banque sur le compte ouvert par les époux **A.)** / **B.)**.

Dans l'article 15 des conditions générales de la Banque, signées par les époux **A.)** / **B.)** il est dit que des réclamations contre les extraits de compte doivent être formulées endéans le délai d'un mois à partir de la réception et "*Die Unterlassung rechtzeitiger Einwendungen gilt als Genehmigung".*

Cette disposition ne constitue pas une clause limitative de responsabilité dans la mesure où elle a seulement pour effet de reconnaître l'existence d'une opération antérieure, de prouver l'acceptation des conditions de fonctionnement du compte ou de prouver le mandat donné à la banque, mais ne prive pas le client d'une action ultérieure en responsabilité. L'article 15 dit d'ailleurs in fine: *"Gesetzliche Ansprüche des Kunden bei begründeten Einwendungen nach Fristablauf bleiben jedoch unberührt."*

Dans la convention de poste restante il est dit que les envois sont considérés comme reçus par le destinataire le troisième jour à partir de la mise à la disposition. "*Als Tag der Bereitstellung gilt, ohne dass die Bank die tatsächliche Bereitstellung zu beweisen hat, das auf der betreffenden Sendung vermerkte Datum …".*

La Cour se rallie à ce sujet à l'intimée pour dire que si le client signe une convention de poste restante il doit se rendre à la banque pour prendre connaissance des extraits de compte et autres documents mis à sa disposition et que le fait que ces extraits de compte et autres documents soient conservés auprès de la banque dans une base de données informatique ou qu'ils soient imprimés au jour le jour pour être classés dans une enveloppe ou rangés dans une case n'est pas déterminant à cet égard.

S'inspirant de décisions rendues les 13 juillet 1994 et 28 juin 1995 dans une affaire B. c/ B. (…)bank (n° 47620 du rôle) où le client avait offert en preuve et établi que, s'étant présenté auprès de sa banque pour prendre inspection des extraits de compte, il ne s'est pas vu remettre ces extraits, l'appelante soutient qu'en l'espèce la situation n'est pas différente et elle formule l'offre de preuve suivante:

*"Contrairement au texte du Postabholrevers, les extraits relatifs aux opérations du client auprès de la **BQUE1.)** Bank n'étaient pas systématiquement imprimés et mis dans une case ou une enveloppe à destination du client et le client ne recevait pas de cette manière un état de fortune périodique.*

*A la **BQUE1.)** Bank ce n'est que sur demande insistante du client qu'un extrait du compte courant était imprimé.*

Dans les entretiens commerciaux de prospection les clients étaient d'ailleurs découragés de venir consulter leurs extraits."

Le premier point de cette offre de preuve est à rejeter pour être contraire aux faits, le texte de la convention de poste restante ne disant pas ce que soutient l'appelante.

Les deux autres points, abstraction faite de leur imprécision, ne sont pas pertinents pour résoudre la question de savoir si des extraits étaient ou non remis sur demande des époux **A.) / B.)**.

Dans ses conclusions du 7 avril 2008 l'appelante dit qu'à l'occasion de ses visites auprès de la Banque son père s'est fait remettre le 22 février 2000 un état de fortune, que lors de sa visite du 30 juin 2000 il ne s'est pas fait remettre d'état de fortune, ne le jugeant pas nécessaire**.** Une telle attitude est difficilement compréhensible. En effet, si on se rend au siège de sa banque pour faire un versement sur son compte, il paraît évident qu'on se renseigne à cette occasion sur l'état du compte. Il sera constaté ci-dessous qu'au mois de juin les cours avaient déjà commencé à chuter.

Selon l'appelante, son père s'est fait remettre un nouvel état de fortune le 27 décembre 2000, puis le 7 février 2001.

Il résulte de ces conclusions que lorsque **A.)** se présentait à la Banque les documents qu'il demandait lui étaient remis et que les documents étaient donc à sa disposition.

En n'émettant pas de réclamation dans le délai convenu les époux **A.) / B.)**, en tant que représentants légaux de leur fille **C.)**, ont ratifié les opérations y renseignées dans le sens ci-dessus indiqué. En admettant dès lors que la preuve qu'un mandat de gestion discrétionnaire a été confié à la banque ne résulte pas d'ores et déjà à suffisance de droit du

propre aveu de **C.)** consigné dans l'assignation introductive d'instance et l'acte d'appel, ainsi que des attestations testimoniales versées par l'appelante, ce mandat de gestion discrétionnaire se trouve établi par la ratification ultérieure des actes accomplis par le gestionnaire et ne peut plus être remis en cause.

L'appelante recherche la responsabilité de la Banque pour avoir dans l'exécution de ce mandat de gestion discrétionnaire contrevenu aux engagements pris par elle envers les époux **A.) / B.)** et qui auraient été de deux sortes:

- la Banque aurait garanti à son client la survie du capital et un rendement au moins identique au rendement monétaire,
- la banque aurait garanti au client qu'il n'avait non seulement pas à se préoccuper de la gestion du portefeuille, mais même pas à la surveiller.

Elle entend prouver ces engagements au moyen des attestations testimoniales du gestionnaire **M.)** et de ses parents. Elle conclut d'autre part à voir écarter les dispositions de la convention cadre pour l'exécution d'opérations à terme signée le 18 novembre 1999 pour n'être pas pertinentes dans le cadre d'un mandat de gestion discrétionnaire.

Les conclusions de la société **BQUE1.)** tendant à voir écarter les attestations testimoniales des époux **A.) / B.)** sont à rejeter, **C.)**, devenue majeure, n'étant plus représentée par ses parents qui ne sont dès lors pas parties en cause.

En ce qui concerne la deuxième garantie laquelle, d'après l'appelante, aurait été donnée par la Banque, il y a lieu de relever qu'il est de l'essence de la gestion de portefeuille confiée à la banque que le client n'a pas à se préoccuper de cette gestion. **C.)** invoque ensuite une garantie donnée au client qu'il n'aurait pas à surveiller la gestion et la Cour se demande si elle n'entend pas par ce moyen détourné se délier de l'obligation mise à charge du client par l'article 15 des conditions générales et relative à la réclamation dans les délais convenus.

Quoi qu'il en soit, une telle garantie donnée par la Banque ne résulte pas des attestations testimoniales.

C.) conclut d'autre part à voir écarter la convention cadre pour l'exécution d'opérations à terme. Elle admet toutefois que ses parents étaient au courant de ce que **M.)** allait effectuer des opérations à terme et que c'est la raison pour laquelle il leur a demandé de signer les documents en relation avec ces opérations.

De toute façon la ratification intervenue en l'espèce couvre la nature des opérations effectuées par le gestionnaire. Dans ce contexte les premiers juges ont relevé que le 1er mars 2000 un extrait de compte a été faxé à **C.)**, renseignant l'état de fortune au 29 février 2000 et qu'il

appert de cet état de fortune qu'en présence de versements de 92.000.- DEM effectués par les époux **A.) / B.)** jusqu'à cette date le patrimoine global est chiffré à une somme dépassant les 109.000.- DEM. En présence d'une telle augmentation, qui est de quelque 20% en un peu plus de trois mois, la Cour rejoint les premiers juges pour dire qu'elle est le reflet d'une gestion agressive et que cette réalité n'a pu échapper à **C.)**, respectivement à ses parents qui, après la réception de cet état de fortune, ont encore effectué le 30 juin 2000 un versement de 20.000.- DEM sur le compte.

En ce qui concerne la prétendue garantie d'une préservation du capital et d'un rendement minimum, elle n'est pas attestée par **M.)** qui dit: *"Ich sicherte den Eheleuten **A.) / B.)** zu, dass die von den Eheleutent **A.) / B.)** gemachten Angaben bei meiner Auswahl der Anlagemöglichkeiten berücksichtigt würden und dass sie keine Bendenken zu haben brauchten, dass ihr Geld bei stetiger Beobachtung der Anlageentwicklung sich vermindern würde."* Cette déclaration ne renferme pas un engagement pris par **M.)** au sens de la garantie voulue par l'appelante.

Il est vrai que d'après **A.)**: *"Herr Mader erwiderte darauf, wenn wir Geld bei der **BQUE1.)** anlegen und er sich perönlich darum kümmert, sei sichergestellt, dass jeder Substanzverlust ausgeschlossen ist und darüber hinaus noch ein Zins herauskomme, der deutlich höher sei als der auf unserem Festkonto bei der **BQUE2.)**. Dies könne er verbindlich zusagen".*

Une telle "verbindliche Zusage" ne résulte pas de l'attestation testimoniale de **B.)** qui s'exprime comme suit: *"Dies könnte er uns ganz sicher zusagen".*

Il résulte des attestations testimoniales des époux **A.) / B.)** qu'à l'issue de l'entretien avec **M.)** ils ont signé les documents d'entrée en relation y compris le document intitulé "Wichtige Informationen über Verlustrisiken bei Börsentermingeschäften" dans lequel il est dit en première page, sous l'intitulé *Unkalkulierbare Verluste: "Bei Verbindlichkeiten aus Börsentermingeschäften kann Ihr Verlustrisiko unbestimmbar sein und auch über die von Ihnen geleisteten Sicherheiten hinaus Ihr sonstiges Vermögen erfassen."*

La société **BQUE1.)** a donc rendue attentive les époux **A.) / B.)** sur les risques inhérents aux opérations à terme et en présence de cette mise en garde l'appelante ne peut se prévaloir à son encontre de la garantie alléguée.

Une audition des témoins attestateurs afin d'établir les promesses faites par **M.)** s'avère dès lors superflue.

L'appelante se prévaut d'autre part d'une brochure qui aurait été remise a ses parents lors de l'entrée en relation et soutient que les

promesses y faites ont valeur contractuelle, conformément à l'article 11 de la loi du 25 août 1983, tel qu'il était en vigueur à l'époque.

Elle n'établit cependant pas que la réalité aurait en l'espèce été différente de la description qui, selon elle, figure dans la brochure.

C.) reproche par ailleurs à l'intimée une violation des dispositions de l'article 37 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier, ainsi que de la circulaire CSSF 2000/15.

Les règles de conduite édictées par l'article 37 loi du 5 avril 1993, précisées par la circulaire 2000/15 de la CSSF, 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, 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).

L'appelante soutient que tant que son gestionnaire **M.)** s'occupait de son portefeuille, l'évolution était positive, qu'à partir de septembre ou octobre 2000 **M.)**, démissionnaire, a été remplacé par un autre gestionnaire qui a complètement négligé le portefeuille, tandis que les cours s'effondraient. Elle reproche à la Banque de ne pas avoir surveillé ses avoirs et négligé de vendre les titres dont les cours chutaient, respectivement qui présentaient un risque de perte pour les transformer en liquidités et de ne pas avoir pris l'initiative, nonobstant la convention de poste restante, d'informer le client sans délai des pertes subies pour lui donner le cas échéant l'occasion de révoquer le mandat et d'exiger la vente du portefeuille pour limiter les dégâts.

Il résulte des extraits (…) relatifs aux titres compris dans le portefeuille que les valeurs de ces titres ont entamé leur chute dès avril, mai 2000, que cette chute n'a par d'ailleurs pas été continue, mais a été interrompue à plusieurs reprises par des remontées.

La société **BQUE1.)** fait valoir dans ce contexte que la décision de vendre les titres dont les cours chutent ou de les garder dans le portefeuille relève de la stratégie d'investissement de la Banque, qu'une opération de transformation à court terme est spéculative et non dénuée de risques.

En présence de l'évolution des titres telle qu'elle ressort des extraits (…) on peut par ailleurs se demander à quel moment la prise de contact avec le client, dont l'appelante se prévaut de l'omission, aurait pu et dû avoir lieu, abstraction même faite de ce qu'il n'est même pas certain que les parents de **C.)** auraient dans ce cas vendu les titres au lieu d'attendre une éventuelle remontée de leurs valeurs.

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).

L'appelante reste en défaut d'établir ou d'offrir en preuve que la stratégie d'investissement suivie en l'espèce par la Banque ne correspond pas au comportement du professionnel avisé, compte tenu des circonstances de l'époque, et qu'elle a commis une faute dans la gestion lui confiée ayant été à l'origine de la perte alléguée.

L'appel n'est dès lors pas fondé et le jugement est à confirmer.

L'appelante étant à condamner aux frais et dépens de l'instance d'appel elle ne peut prétendre à une indemnité de procédure et sa demande basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile est à dire non fondée.

Il serait inéquitable de laisser à charge de la société intimée l'intégralité des frais non compris dans les dépens qu'elle a dû exposer en instance d'appel et sa demande en allocation d'une indemnité de procédure est à dire fondée à concurrence de la somme de 2.000.- euros, 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 non fondé et confirme le jugement entrepris;

condamne **C.)** à payer à la société anonyme **BQUE1.)** une indemnité de procédure de 2.000.- euros;

déboute **C.)** de sa demande basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile et la condamne aux frais et dépens de l'instance d'appel.