Arrêt commercial

Audience publique du vingt-quatre juin deux mille neuf.

Numéro 30651 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 des Iles Vierges Britanniques SOC.1.) LTD**, établie et ayant son siège social à **(...)**, British Virgin Islands, représentée par son Board of Directors actuellement en fonctions,*

***appelante** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre KREMMER de Luxembourg du 28 septembre 2005,*

comparant par Maître Bernard FELTEN, avocat à Luxembourg ;

e t :

***la société anonyme BQUE.1.) S.A.**, 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 gérant actuellement en fonctions,*

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

comparant par Maître Henri WAGNER, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Faits et procédure

Le 14 avril 1998, **A.)** a ouvert auprès de la société anonyme **BQUE.1.)** S.A. un compte numéro **COMPTE.1.)**, dénommé « **MA.)** ».

Il a – entre autres – :

- signé le 10 avril 1998 un « Account opening forme no 8196 » ainsi qu'un « Hold mail Agreement » ;
- conclu le 15 octobre 1998 un « Options Agreement », disant en son article 4 que « *the Client is fully aware of the risks attached to the purchase and sale of options. In this respect, the client declares to have been fully informed by the Bank to his satisfaction. Special reference is given here to the official document of the EOE, when dealing on the EOE* »;
- autorisé la Banque d'exécuter les instructions données par téléphone, par télex ou par téléfax ;
- signé le 4 mars 1999 un « Bevestiging ontvangst van de Algemene Voorwaarden », documentant que **A.)** a pris connaissance des Conditions Générales de la banque, les a acceptées *expressément et sans aucune restriction* et que son attention a été expressément attirée sur les conditions numéros 1, 5, 6, 7, 8, 13, 16, 17, 18, 22, 24, 25, 26, 28, 29, 31, 34, 35, 37, 38, 39, 40, 41, 42, et 43.

Le 13 octobre 1999, **B.)** épouse **A.)**, a demandé l'ouverture auprès de la société anonyme **BQUE.1.)** S.A. d'un compte numéro **COMPTE.2.)**, dénommé « **ME.)** ».

Un « Options Agreement » fut conclu par **B.)** le 22 juin 1999.

Le 26 août 1999, **B.)** donna procuration à son époux **A.)** de gérer également le compte « **ME.)** ».

Les 29 juin et 22 décembre 1999, **A.)** et **B.)** conclurent des « **Z.)** Credit Facility Agreement », ce *for the purpose of good quality shares and/or bonds and executing option contracts.*

La société des Îles Britanniques **SOC.1.)** LTD, ci-après **SOC.1.)**, s'est, par la suite, vu céder les créances, droits et actions relatifs au compte numéro **COMPTE.1.)**, dénommé « **MA.)** », et au compte numéro **COMPTE.2.)**, dénommé « **ME.)** ».

SOC.1.) – reprochant à la société anonyme **BQUE.1.)** S.A., ci-après **BQUE.1.)**, d'avoir incité, par l'intermédiaire de son employé en gestion de fortune de nom **X.)**, son client **A.)** d'investir dans de nouvelles

technologies, investissements qui auraient provoqué une chute considérable du portefeuille du client – a, par exploit de l'huissier de justice Pierre Kremmer du 4 septembre 2003, assigné **BQUE.1.)** devant le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière civile, pour l'y entendre condamner au paiement des montants plus amplement spécifiés dans l'assignation en justice, ce en réparation du dommage lui accru suite aux manquements par **BQUE.1.)** à ses obligations contractuelles, sinon délictuelles.

Dans l'acte introductif d'instance, **SOC.1.)** a – en substance – fait exposer :

- qu'*il résulte de la gestion des avoirs du client, d'une manière générale et plus particulièrement du portefeuille, que la banque a mené une gestion discrétionnaire de fait* ;
- que *le type de gestion pratiqué par la banque est offert en preuve par voie d'expertise;*
- que *le portefeuille, initialement « de bon père de famille », devient en quelques jours, au dernier trimestre 1998 un portefeuille spéculatif et dangereux* ;
- qu'*un simple examen du type d'opérations réalisées, Put, Call, Crédit **Z.)**, « stratégie de vente découvert », appliquées à des titres technologiques très risqués, montre que seul un professionnel connaissant ce type de placement, peut disposer des outils pour les réaliser ;*
- que **A.)** n'a jamais donné les ordres de placement actuellement critiqués ;
- qu'*en procédant à l'acquisition et à la vente des titres litigieux pour le compte de **A.)** sans son accord exprès, le banquier s'est comporté comme s'il avait eu un mandat de gestion discrétionnaire.*

La demanderesse **SOC.1.)** a plus particulièrement reproché à **BQUE.1.)** :

- l'exercice d'une gestion discrétionnaire sinon d'une gestion discrétionnaire de fait sans avoir préalablement dressé un écrit entre parties ;
- un manquement à son obligation d'information du client au moment de l'entrée en relation contractuelle et à son obligation d'information du client en cas de perte significative du portefeuille et, d'une manière générale, de l'évolution de celui-ci ;
- un manquement à son obligation de diligence et à son obligation de rendre compte de la gestion ;
- un manquement à son obligation de loyauté dans la mesure où **BQUE.1.)** *a fait tourner le portefeuille* avec pour conséquence *une augmentation du nombre des commissions.*

Par exploit de l'huissier de justice Pierre Kremmer du 20 octobre 2003, **SOC.1.)** a fait donner assignation à **BQUE.1.)** à comparaître devant le même tribunal pour l'y entendre condamner au paiement des

montants plus amplement repris dans l'acte d'assignation, reprochant à la banque, outre le nombre impressionnant d'opérations de spéculation en janvier 2000, *le fait que la gestion a continué à partir du 30 novembre 2000* – date à laquelle **B.)** a retiré à son époux **A.)** la procuration sur le compte numéro **COMPTE.2.)**, dénommé « **ME.)** », – *sans que personne, cliente ou ex mandataire (**A.**)) ait donné un quelconque ordre d'achat ou de vente.*

En rapport avec le compte « **ME.)** », la demanderesse a reproché à **BQUE.1.)** :

- d'avoir réalisé, ce en l'absence de tout écrit, *en particulier à partir de novembre 2000 une gestion discrétionnaire de fait, puisqu'après cette date les opérations financières continuent, bien qu'il n'y ait eu aucun contact téléphonique, ni aucun rendez-vous organisé entre la cliente et son gestionnaire* ;
- d'avoir manqué à son obligation d'information du client à la conclusion du contrat et en cours d'exécution du contrat ;
- d'avoir manqué à son obligation de diligence et de loyauté ainsi qu'à son obligation de rendre compte.

La demanderesse a fait plaider que la banque en *investissant uniquement dans la technologie et les produits dérivés à haut risque,* en *cachant intentionnellement les pertes gigantesques* et en *liquidant des actions pour honorer des actions venant à échéance* a commis des faits *justifiant la qualification de fautes lourdes.*

Par jugement du 13 juillet 2005, le tribunal – après avoir ordonné la jonction des deux affaires – a dit les demandes non fondées, en a débouté **SOC.1.)**, a débouté les parties de leurs demandes respectives en obtention d'une indemnité de procédure et a condamné **SOC.1.)** aux frais et dépens de l'instance.

Pour décider ainsi, le tribunal – face aux contestations de **BQUE.1.)** quant à l'existence d'un contrat de gestion discrétionnaire entre parties et face à son argumentation, consistant à dire qu'elle s'est strictement limitée à l'exécution des instructions données par les clients – a, en substance :

- dit que les contrats en rapport avec les comptes « **MA.)** » et « **ME.)** » s'analysent en de *mandats de gestion simple* ;

- constaté que les opérations litigieuses ont été effectuées en exécution des instructions reçues par le client ;

- dit que *l'existence même de contacts quasi quotidiens entre le sieur **A.**) et la banque contredit l'existence d'un mandat de gestion discrétionnaire au profit de la banque, puisque dans cette hypothèse la banque gère seule le portefeuille, sans solliciter l'accord du client pour chaque type d'opérations* ;

- relevé, en rapport avec le compte « **ME.)** », que *la banque ne saurait valablement soutenir que **B.)** épouse **A.)**, n'aurait donné aucun ordre*, étant donné qu'elle *a en date du 26 août 1999 donné procuration à son époux **A.)** pour la représenter dans ses relations avec la banque **BQUE.1.)** et en particulier pour disposer de tous les avoirs, y compris les valeurs mobilières déposées sur ce compte* ;

- dit que *les relations entre parties s'inscrivent dans le contexte d'un mandat de gestion simple et la responsabilité de la banque ne peut partant être engagée que pour un manquement à son obligation d'information ou de conseil* ;

- écarté le rapport BEZZINA au motif que l'expert part de la fausse prémisse que les parties en cause sont liées par un contrat de gestion discrétionnaire ;

- constaté que tant **A.)** que **B.)** – qui ont conclu, tous deux, un contrat dénommé « Options Agreement » – ont déclaré avoir pris connaissance des « Conditions Générales » de **BQUE.1.)** et les avoir acceptées ;

- dit qu'*aucun manquement à l'obligation d'information sur les risques liés au type d'investissement* choisi par les clients *ne peut être reproché à la banque* ;

- décidé – quant à l'obligation d'informer et de rendre compte pendant l'exécution du contrat – que **BQUE.1.)** a, à juste titre, fait plaider *qu'il y a ratification des instructions données, les clients n'ayant émis aucune protestation endéans le délai d'un mois à compter de la réception des relevés de compte litigieux* ;

- dit que *la première réclamation intervenue en avril 2001 est tardive au regard notamment des conditions générales* ;

- dit que **SOC.1.)** reste en défaut d'établir un manquement dans le chef de **BQUE.1.)** à son obligation d'information et de conseil ;

- dit – sur le vu des conclusions de l'expert LAPLUME – que le grief reproché à la banque, tiré *d'une multiplication abusive des commissions à percevoir par la banque*, laisse d'être établi.

Par exploit d'huissier du 28 septembre 2005, **SOC.1.)** a déclaré relever appel du jugement du 13 juillet 2005 qui ne lui a pas été signifié.

L'appel, interjeté dans les formes et délai de la loi, et par ailleurs non contesté à cet égard, est à déclarer recevable.

Dans l'affaire « **MA.)** », **SOC.1.)** conclut à l'allocation des montants plus amplement spécifiés dans l'acte d'appel, sinon de toute autre

somme à déterminer par expertise, représentant la *perte sur le portefeuille* du 31 août 2000 au 2 avril 2001, le remboursement des intérêts débiteurs sur la période allant d'octobre 1998 à avril 2001, le remboursement des commissions injustement prélevées et le préjudice moral subi.

Dans l'affaire « **ME.)** », **SOC.1.)** conclut – pour les mêmes chefs – à l'allocation des montants plus amplement spécifiés dans l'acte d'appel, sinon de toute autre somme à déterminer par voie d'expertise.

Dans l'affaire « **MA.)** », **SOC.1.)** s'est en outre *réservé la possibilité de demander le paiement de la somme de 1.228.922,02 €, correspondant au montant transféré par SWIFT, et dont il n'a pas été possible à ce jour de retrouver la trace, ce montant avec les intérêts à partir de la date du virement.*

SOC.1.) sollicite l'octroi d'une indemnité de procédure de 10.000 € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

BQUE.1.) conclut à la confirmation du jugement entrepris et réclame une indemnité de procédure de 25.000 €.

Discussion

I) Préliminaires

A relever d'emblée qu'il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de **BQUE.1.)**, tendant à la suppression – ce en conformité de l'article 1263 du Nouveau Code de procédure civile – de certains passages figurant dans les conclusions de **SOC.1.)**, passages plus amplement spécifiés dans le dispositif des conclusions de **BQUE.1.)** du 30 juin 2006.

Même si les termes utilisés par **SOC.1.)** paraissent déplacés, ils ne revêtent cependant pas une gravité pouvant valoir cause de suppression au sens de l'article 1263 du Nouveau Code de procédure civile.

a) quant à la violation par les juges de première instance de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme

L'appelante **SOC.1.)** – qui à l'appui de ses prétentions se prévaut, entre autres éléments, de l'attestation testimoniale établie par le dénommé **X.)** – soutient que c'est à tort que *le tribunal a pris sa décision sans tenir compte des preuves présentées et sans même motiver sa décision, puisque les attestations ne sont même pas*

mentionnées dans le jugement ; que *le tribunal a ignoré des pièces par elle versées ayant force probante et a retenu celles versées par la partie défenderesse sans même motiver sans choix ;* que *le tribunal n'a pas fait preuve d'impartialité ni d'indépendance, ce qui rend le procès inéquitable au sens de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*.

Cette argumentation est à rejeter, l'impartialité et l'indépendance des juges de première instance ne prêtant à aucune discussion.

La Cour se doit de constater que le tribunal a toisé le présent litige en appréciant souverainement – au regard des règles de droit qu'il a jugées applicables – les éléments lui soumis par les parties litigantes qui avaient, chacune, la possibilité de présenter la cause dans des conditions qui ne les plaçaient pas dans une situation de désavantage l'une par rapport à l'autre.

Que les juges de première instance aient considéré, pour la solution du litige leur déféré, plus pertinentes les pièces versées aux débats par **BQUE.1.)**, ne saurait leur être reproché.

b) <u>quant à la jonction</u>

SOC.1.) fait plaider que les juges de première instance ont à tort joint les affaires introduites par exploits d'huissier des 4 septembre et 20 octobre 2003, alors que les deux affaires auraient trait à deux contrats distincts conclus par des personnes physiques distinctes et que les fautes reprochées à **BQUE.1.)** différeraient d'un contrat à l'autre.

SOC.1.) souligne qu'il n'y a pas de lien suffisant entre les deux affaires pour qu'il puisse y avoir jonction, alors que

- dans l'affaire « **MA.)** », il est reproché à **BQUE.1.)** *une gestion discrétionnaire sans en respecter les règles et un abandon total du client et de son compte après le départ de Monsieur **X.)** en novembre 2000*

et

- dans l'affaire « **ME.)** », il est reproché à **BQUE.1.)** *une violation des règles de conduite de base de tout établissement bancaire à savoir de l'article 37 de la loi du 15 avril 1993 sur le secteur bancaire et de la circulaire CSSF 2000/15 puisque la banque n'avait jamais rencontré la cliente et par conséquent n'avait pas respecté les termes de la loi sur l'obligation d'information.*

La Cour ne saurait partager ce raisonnement.

La décision de jonction est subordonnée à l'existence entre les litiges d'un lien de connexité tel qu'il est dans l'intérêt d'une bonne

administration de la justice d'en connaître ensemble, c'est-à-dire de les joindre, les instruire et les juger ensemble.

La connexité suppose que des demandes soient formées dans des affaires différentes, la différence peut tenir aux parties, à l'objet et au fondement des demandes. Il suffit que les deux litiges se trouvent dans un lien de dépendance, de corrélation ou de subordination et que la solution donnée à l'un est de nature à influencer la solution à donner à l'autre.

Joindre les affaires pour raison de connexité signifie qu'elles se trouvent simultanément soumises à l'examen du juge et que celui-ci peut puiser indistinctement dans chacune des contestations les motifs de son jugement sans enfreindre les règles de la preuve.

En l'occurrence, la Cour se doit de constater que les pièces versées par les parties sont de nature à influer tantôt sur l'une tantôt sur l'autre des deux affaires qui se trouvent intimement liées.

Réaliser une unité de débats qui rend communs à l'une et l'autre partie des éléments de chacun des deux litiges s'impose donc de toute évidence.

Il y a dès lors lieu à confirmation des juges de première instance en ce qu'ils ont prononcé la jonction des affaires introduites par actes d'huissier des 4 septembre et 20 octobre 2003.

II) Quant au fond

A) Position du problème

Dans son acte d'appel, **SOC.1.)** souligne qu'il *était reproché à la banque non un type de gestion particulier mais* 1) *un abandon total et injustifié du portefeuille à partir du moment où le marché boursier s'est retourné, suivi du départ du gestionnaire **X.)** et* 2) *une absence de réaction pour sauver les avoirs par des prises de positions adaptées telles que conseillées par **X.)**, ce qui aurait limité les dégâts.*

SOC.1.) soutient que le tribunal *est donc passé à tort de la question essentielle du dossier, à savoir l'abandon de la gestion après le départ de Monsieur **X.)** alors que le marché était au plus mal et que le portefeuille nécessitait une attention particulière.*

L'appelante explique que *les questions relatives à la gestion menée ont été exposées pour illustrer les fautes de la banque et de démontrer le manque de professionnalisme dans le respect des règles protectrices du client émises par la CSSF, mais en aucun cas la responsabilité de la*

banque n'est mise en cause pour absence de performance du portefeuille dans la gestion.

Il y a lieu de déduire de cette *non absence de performance des portefeuilles* que les transactions d'investissement avaient été opérées par la banque – ce du moins jusqu'en automne 2000 – à l'entière satisfaction du client **A.)**.

Ceci est d'ailleurs confirmé par les termes mêmes d'une lettre que **A.)** et **B.)** avaient adressée à **BQUE.1.)** le 23 mai 2001, disant – entre autres – que « (… …) *les dossiers* (à lire : les comptes « **MA.)** » et « **ME.)** ») *ont été traités par votre banque d'une manière active et bien suivie jusqu'au moment où vers le mois de septembre 2000 un problème grave* (… …) *a surgi entre **BQUE.1.)** et notre interlocuteur **X.)** qui a abouti par le départ subit de **X.)** vers la fin d'octobre 2000* (… …) ».

Que les portefeuilles en rapport avec les comptes « **MA.)** » et « **ME.)** » aient d'abord été gérés *en bon père de famille* pour ensuite s'orienter vers des investissements technologiques ou des produits dérivés à risque, importe dès lors peu, **SOC.1.)** étant actuellement d'accord pour dire que jusqu'en novembre 2000, moment du départ du gestionnaire **X.)**, **BQUE.1.)** n'a pas manqué de *performance dans la gestion des portefeuilles.*

A relever dans ce contexte que l'expert Nico LAPLUME a noté dans son rapport du 14 décembre 2004, contradictoirement débattu, que *la valeur du portefeuille-titres a fortement augmenté à partir de fin 1998 pour atteindre un pic au 3ème trimestre 2000*, circonstance qui explique que *l'abandon des portefeuilles* n'est actuellement reproché à **BQUE.1.)** qu'à partir de novembre 2000.

Dans les circonstances données, il s'agit de savoir si **BQUE.1.)** a satisfait à ses obligations contractuelles à partir de novembre 2000 et, d'une manière générale, si **BQUE.1.)** a agi dans le respect des dispositions de la loi de 1993 sur le secteur financier.

Une réponse à ces questions exige d'abord une analyse juridique des rapports entre parties.

B) <u>Nature juridique des rapports entre parties</u>

Il ne ressort pas des éléments du dossier que les parties aient été liées par un contrat de gestion discrétionnaire.

Les innombrables conversations téléphoniques entre **BQUE.1.)** et **A.)** – qui agissait en son propre nom pour le compte « **MA.)** » et en tant que mandataire de **B.)** pour le compte « **ME.)** » jusqu'au 30 novembre

2000, date du retrait de la procuration – témoignent à suffisance que depuis l'entrée en relations d'affaires avec la banque jusqu'au départ du gestionnaire de fortune **X.)** en novembre 2000, **A.)** avait déployé une grande énergie en rapport avec la gestion des deux portefeuilles en suivant de très près toute opération réalisée.

A.), en admettant dans la lettre de réclamation du 18 avril 2001 qu'il était en contact régulier avec le gestionnaire **X.)** et en reprochant à **BQUE.1.)** que *certains ordres n'ont pas été exécutés*, reconnaît qu'il n'avait pas joué le rôle d'un simple observateur mais qu'il donnait les ordres qu'il jugeait opportuns. Par ailleurs, dans son courrier du 27 juillet 2001 à l'adresse de la CSSF, **BQUE.1.)** a confirmé que « (… …) ***MA.)*** *account was directly managed by the client. The Bank acted in accordance with the Client's instructions (at no charge) under a « gestion simple* » *regime* (… …) » et, concernant le compte « **ME.)** », que « *the situation* (… …) *is the same as that for the **MA.)** account* ».

Au regard de la teneur du courrier du 18 avril 2001, **SOC.1.)** est actuellement malvenue de nier que les clients **A.)** et **B.)** avaient eux-mêmes assuré la gestion de leur portefeuille.

Par ailleurs, l'expert Nico LAPLUME a précisé dans son rapport du 7 décembre 2004 qu'il y a *une forte corrélation entre les opérations réalisées* en rapport avec le compte « **MA.)** » *et les inscriptions dans le log*, système informatique mis en place par la banque pour permettre de retracer les contacts entre la banque et le client. L'expert en a déduit que *la banque a effectué les opérations en exécution d'un ordre du client*.

Quant au compte « **ME.)** », l'expert Nico LAPLUME a constaté dans son rapport du 21 décembre 2004 l'existence – et ce *pour un nombre significatif d'opérations effectuées sur des titres à résultat élevé* – d'*un lien direct entre les inscriptions du log et les opérations*. L'expert en a également déduit que *la banque a effectué les opérations en exécution d'un ordre du client*.

La manière de gérer les comptes « **MA.)** » et « **ME.)** » a donc été en contradiction flagrante avec l'esprit même d'une gestion discrétionnaire de la banque qui comporte à la charge du banquier l'obligation de prendre en lieu et place du client et dans son intérêt toute mesure susceptible d'influer sur la valeur des titres en question sans que le client ne s'y immisce.

Force est dès lors de conclure que les parties litigantes étaient liées par un contrat de gestion simple tant pour le compte « **MA.)** » que pour le compte « **ME.)** ».

Qu'une gestion discrétionnaire des comptes « **MA.)** » et « **ME.)** » se soit substituée à la gestion simple initialement prévue par les clients n'est pas prouvé. La Cour ne tiendra pas compte de l'attestation

testimoniale du gestionnaire de fortune **X.)**, car les faits y énoncés sont d'ores et déjà contredits par les pièces probantes du dossier, et plus particulièrement par les termes mêmes de la lettre de réclamation de **A.)** et **B.)** adressée à **BQUE.1.)** le 18 avril 2001.

C) Responsabilité de **BQUE.1.)**

1) en rapport avec l'ouverture du compte « **ME.)** »

SOC.1.) reproche à **BQUE.1.)** d'être entrée en relations d'affaires avec **B.)** sans l'avoir rencontrée personnellement ; que tous les formulaires des contrats conclus auraient été remis à **A.)** qui les aurait transmis pour signature à son épouse **B.)** pour ensuite les retourner à **BQUE.1.)** une fois signés ; que **A.)** – après que la procuration pour le compte « **ME.)** » lui avait été retirée le 30 novembre 2000 – aurait reçu procuration de retour pour le même compte en date du 3 avril 2001, ce qui témoignerait à suffisance que **B.)** n'aurait jamais été en contact personnel avec **BQUE.1.)** et qu'elle n'aurait jamais été personnellement informée des risques en rapport avec les opérations réalisées ; que, dans ces conditions, **BQUE.1.)** n'aurait pas pu se renseigner sur le profil réel de **B.)** et la conseiller utilement au regard des opérations envisagées.

Cette argumentation tombe à faux.

A rappeler que **B.)** a donné procuration à son mari **A.)** le 26 août 1999 pour s'occuper du portefeuille en rapport avec le compte « **ME.)** ».

B.) était donc à l'égard de **BQUE.1.)** représentée par son mandataire **A.)**.

Dans ce cas – et les juges de première instance l'ont à juste titre relevé – la qualification d'investisseur averti se fait nécessairement en rapport avec le profil du mandataire (**A.)**) lorsque celui-ci passe des ordres au nom et pour le compte du mandant (**B.)**).

A relever également dans ce contexte que **B.)** en signant le contrat « Options agreement » le 22 juin 1999, mentionnant que « *The Client is fully aware of the risks attached to the purchase and sale of options. In this respect, the client declares to have been fully informed by the Bank to his satisfaction* », a admis avoir été avertie des risques inhérents aux opérations d'investissement envisagées.

Si **B.)**, en tant que personne avisée, avait eu des doutes quant à la portée de ses engagements, rien ne l'aurait empêchée – nonobstant la procuration donnée à son mari – de s'enquérir auprès de **BQUE.1.)** des réels risques engendrés par le type d'opérations par elle envisagé.

Comme en témoigne l'*Accusé de réception des « Conditions Générales »* du 15 novembre 2000, **B.)** – qui gérait elle-même le compte « **ME.)** » à partir du 30 novembre 2000 – était, à partir de cette date, personnellement avertie des aléas liés aux opérations réalisées en rapport avec son portefeuille.

SOC.1.) ne saurait dès lors sérieusement faire valoir que **B.)** n'a pas été ou a été mal informée des conséquences que peuvent entraîner les transactions d'investissement telles qu'opérées depuis des mois en rapport avec le compte « **ME.)** ».

2) <u>en rapport avec la gestion des comptes « **MA.)** » et « **ME.)** » après le départ du gestionnaire de fortune **X.)**</u>

Dans un contrat de gestion simple, il est admis que le client reste le maître de l'opportunité des opérations par lui réalisées dont il assume les risques.

L'obligation accessoire de la banque de prévenir et d'aviser le client n'englobe 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'étendue et le contenu de l'obligation accessoire d'information et de conseil à charge de la banque vis-à-vis de ses clients sont à définir en fonction du produit bancaire, du profil des clients et des circonstances particulières de l'espèce. Le client a, de son côté, l'obligation de s'informer et de se renseigner lui-même quant aux services par lui sollicités. L'information sera modulée en fonction de l'inexpérience du client.

En l'espèce, le comportement de **A.)** – qui se caractérise par les innombrables contacts avec la banque – témoigne de ce que **A.)** était suffisamment versé 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.

Les nombreux enregistrements téléphoniques versés au dossier montrent que **A.)** – de profession juriste – n'était pas un néophyte en matière financière, mais qu'il suivait de très près les marchés financiers.

A.) – qui a géré de manière dynamique le compte « **MA.)** » depuis son ouverture jusqu'au moment de sa liquidation et le compte « **ME.)** » depuis son ouverture jusqu'au 30 novembre 2000, date à laquelle la procuration sur ce compte lui fut retirée par **B.)** – donnait des ordres d'investissements précis à **BQUE.1.)** et en suivait soigneusement leur évolution.

Il n'a pas pu ignorer que les opérations par lui réalisées comportaient un grand risque de perte et qu'elles pouvaient à tout moment tourner à son préjudice.

Concernant le compte « **ME.)** », force est de constater que **B.)**, prétendument sans expérience en matière financière, a été – suivant enregistrements téléphoniques versés au dossier – en contact régulier avec la banque après le 30 novembre 2000 en donnant des ordres ponctuels très précis (cf : pièce 3 de la farde de pièces contenant 39 pièces de Maître Henry WAGNER). En signant le contrat « Options Agreement » le 22 juin 1999, contenant la clause que *the client wishes to trade in options and wishes to give instructions to the Bank for the execution of orders,* **B.)** ne pouvait ne pas être au courant des risques de pertes liés aux opérations d'investissement réalisées.

Tant **A.)** (pour toute la durée du compte « **MA.)** ») que **B.)** (pour le compte « **ME.)** » après le 30 novembre 2000) avaient le seul choix de leurs décisions.

L'offre de preuve par témoins formulée par **SOC.1.)** et tendant à prouver :

- *que dès l'origine de l'ouverture de comptes, **MA.)** en avril 1998 et **ME.)** en octobre 1998, M. **X.)** sinon M. **Y.)** prenaient tous les ordres de placements en produits dérivés et produits de technologie, et ne donnaient qu'une information très succincte au client pendant toute la période de gestion soit jusque fin août 2000 ;*

- *qu'ils agissaient sur initiative personnelle ;*

- *que les placements et la politique d'investissement étaient la même dans les divers portefeuilles gérés par Messieurs **X.)** /**Y.)** ;*

- *que le mot d'ordre en septembre-octobre 2000, sans préjudice quant à la date exacte, donné par Monsieur **Y.)** aux gestionnaires, était de ne pas liquider les portefeuilles même sur demande des clients*,

est à déclarer irrecevable, car les faits y libellés se trouvent d'ores et déjà contredits par les pièces produites aux débats.

A s'en tenir aux *Accusés de réception des « Conditions Générales »* des 4 mars 1999 et 15 novembre 2000, l'attention tant de **A.)** que de **B.)** a été expressément attirée – entre autres – sur les articles 38 et 39 des Conditions Générales, qui se lisent comme suit :

article 38 :

« (… …) *En général, dans le cadre de sa relation avec ses Clients, la Banque sera uniquement responsable des négligences graves, délibérées ou non* ».

article 39 :

« *Le Client accepte et reconnaît les risques réels de perte qu'il court en réalisant des transactions d'investissement (tels les changes à terme, les transactions sur produits dérivés ou les transactions de titres). Le Client accepte et reconnaît également que les informations et les conseils d'investissement généraux fournis par la Banque n'implique en aucun cas que ces risques passent alors du Client à la Banque. En conséquence le Client accepte et reconnaît qu'il est la seule personne à même de juger l'opportunité des conseils et informations qu'il a pu obtenir de la banque et donc qu'il a l'entière responsabilité de toute transaction qu'il conclut alors.*

La Banque ne peut être tenue responsable d'aucune perte qui pourrait résulter, directement ou indirectement, de tels informations ou conseils d'investissements ».

A cela s'ajoute qu'en signant le « ***Z.)*** *Credit Facility Agreement* », tant **A.)** que **B.)** ont reconnu « (… …) *to have been fully informed by the bank of, to completely understand and to expressly accept all risks inherent to transactions made pursuant to this facility* ».

Enfin, l'article 4 du contrat « *Options Agreement* », conclu par **A.)** le 15 octobre 1998 et par **B.)** le 22 juin 1999, prévoit que « *the Client is fully aware of the risks attached to the purchase and sale of options. In this respect, the client declares to have been fully informed by the Bank to his satisfaction. Special reference is given here to the official document of the EOE, when dealing on the EOE* ».

SOC.1.) ne saurait dès lors raisonnablement prétendre que **A.)** et **B.)** avaient été dans l'ignorance des risques engendrés par les transactions par eux réalisées.

En aucun cas, **BQUE.1.)** ne saurait être critiquée pour ne pas avoir averti à temps ses clients de ce que le marché boursier allait péricliter en automne 2000.

D'une part, *la performance dans la gestion* avant cette date n'a jamais été contestée par **A.)**, *les investissements dans les titres de la nouvelle technologie ayant été considérés, à cette époque, comme constituant une refonte complète de l'économie mondiale* (cf : rapport d'expertise Nico LAPLUME).

D'autre part, *la cause principale de la perte de valeur du portefeuille s'explique par le retournement du marché boursier de la nouvelle économie fin 2000*, qui, *de par son comportement et sa brutalité, a pris*

à contre-pied de nombreux investisseurs, privés ou professionnels (cf : même référence).

Il est difficile de concevoir dans le chef de **BQUE.1.)** un quelconque *abandon des portefeuilles* à partir de novembre 2000, étant donné qu'au regard des éléments du dossier le choix des titres et le choix de la politique d'investissement ont été opérés par **A.)** (pendant toute la durée du contrat) et par **B.)** (après le 30 novembre 2000) en toute indépendance.

Les griefs tirés d'une *absence de réaction* de **BQUE.1.)** *pour sauver les avoirs par des prises de positions adaptées telles que conseillées par **X.)**, ce qui aurait limité les dégâts* et *d'un défaut d'exécution des obligations contractuelles à partir de septembre 2000 en dilapidant le compte qui a perdu toute sa valeur par l'inaction de la Banque* sont dès lors à rejeter purement et simplement.

Il n'est pas démontré non plus que le recours au crédit **Z.)**, *fréquemment utilisé par les investisseurs en période de hausse du marché pour leur permettre de profiter des opportunités d'investissement* (cf : rapport Nico LAPLUME) ait présentement constitué une opération non compatible avec les transactions d'investissement réalisées.

BQUE.1.) ne saurait donc se voir imputer ni un *abandon des portefeuilles* ni un *abus dont les clients* auraient *été victimes tout au long de l'exécution du contrat en violation de la confiance donnée et des règles de droit* (cf : conclusions de **SOC.1.)**, notifiées le 5 mai 2006).

Dans ce contexte, **SOC.1.)** a formulé – dans ses conclusions notifiées le 5 mai 2006 – une offre de preuve par témoins et par voie d'expertise, de la teneur suivante :

*1) que le client, lors de l'ouverture du compte **MA.)** en avril 1998, disposait d'un portefeuille de « bon père de famille », très défensif composé d'obligations garanties par les états émetteurs ;*

*que la cliente, à l'ouverture de son compte **ME.)** en octobre 1999, disposait d'un portefeuille d'obligations d'une valeur de 10 millions d'Euros, déposés par M. **X.)** pour le compte de Mme **B.)** ;*

*2) que le portefeuille a été transformé sur quelques semaines en un portefeuille très offensif composé de produits risqués pour le compte **MA.)** (vers octobre 1998 après le grand prix automobile) et du jour au lendemain pour le compte **ME.)** à l'ouverture de compte en avril 1999 ;*

que le changement de portefeuille de bon père de famille du jour au lendemain en portefeuille extrêmement offensif ainsi que la gestion

menée par la banque est une gestion discrétionnaire que seul un professionnel du milieu hautement spécialisé pouvait mener ;

que les opérations passées ne pouvaient l'être qu'avec des outils bancaires et imposaient un suivi permanent des opérations ;

que pour ce faire l'expert devra analyser conformément à la jurisprudence et à la doctrine :

- *la multiplicité des ordres passés ;*

- *la nature de ces ordres (le type d'opérations réalisées, le pourcentage de risques pris, le caractère normal ou exceptionnel de ces placements par rapport aux ordres normalement passés tant dans le cadre d'une gestion conseil que d'une gestion discrétionnaire ….) ;*

- *les frais de courtage pris par la banque et les bénéfices réalisés par la banque à travers ces diverses opérations ;*

- *les crédits donnés et dépassés sans aucune autorisation du client ;*

3) que la gestion menée est « spéculative et dangereuse » impliquant :

- *une connaissance approfondie de la volatilité dite classique et de la volatilité dite implicite des instruments financiers ;*

- *une maîtrise de calcul des options et de leurs risques impossible à réaliser hors d'une structure bancaire ;*

- *une maîtrise des mouvements de marché et de leurs intervenants impossible sans un suivi minute par minute de l'évolution des valeurs boursières ;*

- *une connaissance détaillée de la technique de la bourse et l'utilisation d'outils spécifiques auxquels il est inconcevable qu'un particulier puisse avoir recours ;*

- *un temps considérable quotidien (à définir) investi dans les opérations ;*

4) qu'il a faute de gestion répétée à savoir que :

- *le type de gestion menée engendrait un risque de perte quasi illimité ;*

- *le recours au crédit **Z.)** ne se justifiait pas ;*

- des avoirs étaient bloqués avec peu de rendement et malgré cela la banque avait recours à des crédits portant intérêts à des taux disproportionnés et supérieurs à ceux du marché ;

- que le portefeuille « tournait » pour utiliser l'expression normalement consacrée, c'est-à-dire que plusieurs opérations étaient réalisées de suite sans utilité, avec pour seule conséquence de générer des commissions en faveur de la banque ;

- que la banque prélevait des commissions anormalement importantes, totalement hors normes et en toute illogique appliquant des taux différents pour des opérations identiques ;

- une absence de répartition des risques ;

- un nombre anormalement élevé d'achats-ventes sur un même titre ;

- des chutes inexplicables des portefeuilles ;

5) que la banque n'a pas analysé l'évolution du marché et n'a pas réagi « face à la baisse persistante du marché » en particulier à partir de août 2000 ;

6) que la banque n'avait pas les outils informatiques nécessaires à ce type d'opérations ;

7) que les documents transmis par la banque ne prouvent pas que les ordres étaient donnés par le client bien au contraire ;

*et plus spécifiquement pour le portefeuille « **MA.)** »*

8) que l'évolution du portefeuille sur toute la période de gestion et en particulier début octobre 1998 au moment où la banque en quelques jours transforme le portefeuille de bon père de famille en portefeuille à risque est illogique et prouve l'absence de professionnalisme ;

9) que cette gestion est particulièrement dramatique à partir d'août 2000 (lorsque les valeurs chutent) alors que la banque n'entreprend rien pour « limiter les dégâts » et continue dans une politique hautement spéculative, le tout sans l'accord du client, sans aucune logique technique ;

*10) que les consignes de placements données par M. **X.)** mi-novembre n'ont pas été suivies et que la perte qui en a résulté se chiffre à 750.000 € ;*

11) qu'à la clôture du portefeuille en mai 2001, celui-ci perd 11,6 % entre le 2 et 14 mai 2001, sans explication autre que des

prélèvements de commissions prélevés par la banque, le tout en tenant compte du fait que le titulaire était un privé et non un institutionnel ;

12) que les pertes se chiffrent comme suit :

(… …) ;

*et plus spécifiquement pour le compte « **ME.)** »*

13) que les documents transmis par la banque ne prouvent pas que les ordres étaient donnés par la cliente ni par son mandant, bien au contraire, et qu'il n'y avait aucun contact avec la cliente même après le retrait du mandat du client ;

*14) que les consignes de placements données par M. **X.)** mi-novembre n'ont pas été suivies et que la perte qui en a résulté se chiffre à 750.000 € ;*

15) qu'à la clôture du portefeuille en mai 2001, celui-ci perd plus de 10% entre le 2 et 14 mai 2001, sans explication autre que des prélèvements de commissions prélevés par la banque, le tout en tenant compte du fait que le titulaire était un privé et non un institutionnel ;

16) que les pertes se chiffrent comme suit :

(… …) ».

Cette offre de preuve est à déclarer irrecevable pour n'être ni concluante ni pertinente, bon nombre de faits y libellés se trouvant d'ores et déjà acquis en cause ou contredits par les pièces du dossier. Par ailleurs, il n'appartient ni aux témoins ni aux experts de se prononcer sur des questions mêlés de fait et de droit et de porter, concrètement, un jugement sur le comportement éventuellement répréhensible de la banque.

Il n'y a pas non plus lieu de faire droit à la demande de **SOC.1.)**, tendant à *contraindre la banque de verser le rapport interne existant dans la banque et émis suite à une réunion entre M. **X.)** et M. **C.)** de **BQUE.1.)** suisse, lors de laquelle les différents problèmes de gestion, d'organisation et de règlementation ont été soulevés*, ce rapport – sans aucun lien direct avec la présente affaire – étant sans utilité pour la solution de ce litige. Par voie de conséquence, il n'y a pas non plus lieu de procéder à l'audition de M. **C.)**.

A cela s'ajoute qu'en vertu d'une convention « hold mail », conclue en considération exclusive de leurs convenances personnelles, **A.)** et **B.)** avaient l'obligation de se présenter régulièrement auprès de **BQUE.1.)** pour suivre l'évolution de leur portefeuille en prenant connaissance des extraits y afférents.

Il ressort des pièces du dossier que **A.)** a déclaré pour le compte « **MA.)** » les 26 septembre 2000, 7 novembre 2000, 4 janvier 2001 et 15 mars 2001 et pour le compte « **ME.)** » les 7 novembre 2000 et 15 mars 2001 « *acknowledging receipt of the statements, confirmations, and any other provided correspondence held during this period* » ; de même, a-t-il reconnu que « *the General Conditions apply to the acceptance of these documents* ».

A.) et **B.)**, maîtres de la politique d'investissement par eux choisie, n'ont donc jamais pu se méprendre sur l'évolution de leurs portefeuilles et les pertes engendrées pendant le 4ème trimestre 2000.

Or, la première réclamation écrite en rapport avec l'évolution des deux portefeuilles, adressée à **BQUE.1.)** par **A.)** et **B.)**, date du 18 avril 2001. Les clients y reprochent à la banque *en sus du manque manifeste de suivi des dossiers qui avaient chuté depuis le 31 octobre 2000,* le fait que *certains ordres n'ont pas été exécutés entraînant ainsi des pertes conséquentes.*

D'après l'article 11 des « Conditions Générales » – *reçues et examinées* suivant *Accusé de réception des « Conditions Générales »* des 4 mars 1999 et 15 novembre 2000 – , *en absence d'une objection écrite dans le délai d'un (1) mois à partir de l'expédition des documents ou extraits de compte, ou, le cas échéant, à partir de la date où les documents et extraits de compte sont conservés dans le dossier du courrier à garder en suspens* (… …), *l'information contenue dans ceux-ci sera, à l'exception d'une erreur matérielle manifeste, considérée comme correcte et le client sera censé avoir approuvé lesdits documents et extraits* (… …).

Force est de constater qu'un délai de plus d'un mois s'est écoulé entre le 15 mars 2000, date à laquelle **A.)** a pris inspection des derniers relevés de compte en rapport avec l'évolution des deux portefeuilles, et le jour des protestations écrites adressées à **BQUE.1.)**.

L'absence de protestations dans le délai d'un mois contre les extraits de compte constatant les opérations réalisées par **BQUE.1.)** fait preuve de l'accord des clients avec la façon d'agir de la banque. Qu'un ordre ait été donné par la suite à **BQUE.1.)** de liquider les comptes – ordre qui n'aurait pas été exécuté conformément aux instructions des clients – laisse d'être rapporté.

Que **BQUE.1.)** ait, de manière déloyale, fait *tourner le portefeuille avec pour conséquence une augmentation du nombre des commissions*, laisse également d'être établi. Ceci d'autant plus que *les commissions mises en compte ont été inférieures au barème de la banque* (cf : conclusions de l'expert Nico LAPLUME du 6 avril 2005).

D) Concernant le montant de 1.228.922,02 € en rapport avec le compte « **MA.)** »

SOC.1.) fait plaider que *le cédant a mis en avant l'information que le compte **MA.)** a été crédité de 1.228.922,02 € par l'intermédiaire d'une banque hollandaise, à l'époque **SOC.2.)** NV, via un compte **BQUE.1.)*** (… …), mais que *des investigations n'ont pas permis de retrouver la trace de ce virement sur le compte **MA.)**, alors que la banque hollandaise nous confirme la réalité de ce virement.*

L'expert Nico LAPLUME a pu *vérifier que ce montant a été comptabilisé, comme entrée de fonds, en date du 11 octobre 1999 (date de valeur) au crédit du compte **COMPTE.1.)** de **MA.)** auprès de **BQUE.1.)**.*

L'expert a également pu vérifier que *cette opération est reprise de manière identique dans la version électronique de la comptabilité du compte **MA.)**.*

La Cour se réfère au *statement of account* du 31 décembre 1999, confirmant les dires de l'expert LAPLUME.

Les prétentions de **SOC.1.)** en rapport avec le montant de 1.228.922,02 € sont partant à rejeter.

L'offre de preuve par expertise de **SOC.1.)**, tendant à prouver que *le virement de 1.228.922 € fait par SWIFT reste introuvable dans les extraits de banque et que la banque reste en défaut de produire des écritures bancaires chronologiques permettant historiquement de retrouver et de prouver le crédit du montant en question par la production de l'extrait antérieur et de l'extrait postérieur* est dès lors à déclarer irrecevable pour défaut de pertinence.

E) Prétentions de **SOC.1.)**, formulées dans un ordre d'idées subsidiaires

Dans ses conclusions déposées au greffe de la Cour le 3 décembre 2007, **SOC.1.)** conclut – dans un ordre d'idées subsidiaires – à voir *condamner la banque à rembourser en Euro la contre-valeur des titres et dépôts liquides effectués pendant la durée de gestion des portefeuilles respectivement **MA.)** et **ME.)**, montant augmenté des intérêts légaux cumulés chaque année, soit respectivement 13 millions d'euros et 14 millions d'euros, en principal sous réserve d'évaluation par expert.*

BQUE.1.) soulève l'irrecevabilité de cette demande pour être nouvelle en instance d'appel.

Conformément à l'article 592 du Nouveau Code de procédure civile, *il ne sera formé, en cause d'appel, aucune nouvelle demande, à moins qu'il n s'agisse de compensation, ou que la demande nouvelle ne soit la défense de l'action principale.*

L'acte d'instance délimite l'étendue du litige en déterminant ses trois éléments constitutifs, à savoir : parties, objet et cause.

Toute demande qui diffère de la demande introductive d'instance par un de ses trois éléments est nouvelle.

Il n'y a pas lieu de tenir compte – en la matière – du droit français qui, depuis la réforme de 1935 (décret-loi du 30 octobre 1935), admet que les demandes nouvelles par leur cause sont recevables en appel.

Le régime luxembourgeois s'inspire de la législation française antérieurement à 1935.

Ainsi, les conclusions du demandeur qui, en instance d'appel, altèrent la cause même de l'action telle qu'elle avait été engagée, doivent être rejetées par application de l'article 592 du Nouveau Code de procédure civile. Le demandeur originaire ne saurait – en instance d'appel – substituer à l'action par lui engagée une demande qui diffère par sa cause.

Cette solution se justifie dans la mesure où la juridiction d'appel a à juger un litige déjà éclairci par les premiers juges. Les demandes nouvelles, recevables en appel, ne devront pas être telles qu'elles transforment la physionomie du débat.

Tel est cependant le cas pour la demande subsidiaire formulée par **SOC.1.)** pour la première fois en instance d'appel, alors que cette demande a trait non pas à la responsabilité de la banque découlant d'une mauvaise gestion des portefeuilles, mais à la restitution de sommes déposées par **A.)** et **B.)** en vertu d'un contrat de dépôt.

Cette demande étant nouvelle par sa cause doit partant être déclarée irrecevable.

F) <u>Indemnités de procédure</u>

Vu l'issue du litige, **SOC.1.)** est à débouter de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure.

La Cour dispose des éléments d'appréciation suffisants pour fixer à 2.500 € l'indemnité de procédure devant revenir à **BQUE.1.)**.

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 ;

déclare irrecevable la demande de la société des Îles Vierges Britanniques **SOC.1.)** LTD, tendant à voir *condamner la banque à rembourser en Euro la contre-valeur des titres et dépôts liquides effectués pendant la durée de gestion des portefeuilles* ;

dit l'appel non fondé ;

confirme le jugement entrepris ;

déboute la société des Îles Vierges Britanniques **SOC.1.)** LTD de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure ;

condamne la société des Îles Vierges Britanniques **SOC.1.)** LTD à payer à la société anonyme **BQUE.1.)** S.A. une indemnité de procédure de 2.500 € ;

condamne la société des Îles Vierges Britanniques **SOC.1.)** LTD aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Henri WAGNER qui la demande, affirmant avoir fait l'avance des frais et dépens.