Arrêt commercial

Audience publique du vingt et un juillet deux mille neuf.

Numéro 33494 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 fondation de droit liechtensteinois FONDATION, *établie et ayant son siège social à FL-*(...), (...)*, représentée par son Stiftungsrat actuellement en fonction,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 6 mars 2008,*

comparant par Maître François TURK, 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* (...)*, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du prédit exploit THILL,*

comparant par Maître Guy LOESCH, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 18 mars 2005 la **FONDATION** a fait comparaître la société anonyme **BQUE1.)** (**BQUE1'.)**) devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour s'entendre condamner à lui payer à titre de dommages et intérêts la somme de 34.012.000.- SEK (couronnes suédoises), évaluées à la somme de 3.770.000.- euros, avec les intérêts légaux à partir d'une mise en demeure du 28 septembre 2004, sinon du jour de l'assignation jusqu'à solde, ainsi qu'une indemnité de procédure de 10.000.- euros. Par conclusions prises le 12 février 2007 la demanderesse a augmenté sa demande à la somme de 59.159.000.- SEK.

FONDATION a exposé à l'appui de sa demande qu'en 1997 elle a par l'intermédiaire de Madame **A.)** , membre de son Stiftungsrat, ouvert un compte auprès de la société **BQUE1'.)** , que l'employé de **BQUE1'.)** , **B.)** , bien connu de **A.)** car il s'occupait aussi du compte personnel des époux **A.)/M.)**, était en charge du client **FONDATION**; que **FONDATION** et **BQUE1'.)** n'avaient pas conclu de contrat de gestion mais que **BQUE1'.)** , par l'intermédiaire de **B.)** , conseillait activement **FONDATION** dans le cadre des investissements; que contrairement aux statuts d'**FONDATION** qui ne pouvaient qu'autoriser des conseils en investissements non spéculatifs **BQUE1'.)** conseillait à **FONDATION** d'investir en des valeurs technologiques non seulement auprès de sociétés bien connues et cotées en bourse, mais aussi auprès de sociétés nouvellement constituées dans le cadre d'IPO's et non cotées en bourse; que plusieurs des titres acquis sur conseil de **BQUE1'.)** ont par la suite perdu presque toute leur valeur.

Selon **FONDATION**, la société **BQUE1'.)** a commis plusieurs fautes ayant entrainé le préjudice subi du fait de la perte de valeur des titres, qu'elle a ainsi manqué d'établir un profil du client afin de ne conseiller que les investissements correspondant au profil (conservateur) du client, qu'elle n'a pas conseillé d'investir en de solides titres venant principalement du marché scandinave ayant une cotation officielle et en des valeurs non spéculatives eu égard au caractère conservateur de l'objet social d'**FONDATION**, qu'elle a enfin omis de conseiller la vente des titres hautement spéculatifs à un moment où ils n'avaient pas encore perdu toute leur valeur.

Par jugement rendu le 21 décembre 2007 le tribunal a dit la demande de **FONDATION** recevable, mais non fondée.

Par exploit d'huissier du 6 mars 2008 **FONDATION** a régulièrement relevé appel de ce jugement.

La société **BQUE1'.)** a interjeté appel incident contre le jugement, reprochant aux premiers juges de ne pas avoir accueilli son moyen de forclusion tiré de l'article 6.1 des conditions générales, aux termes duquel le client doit protester endéans un délai de trente jours contre les avis de compte lui adressés par la banque et que *"in the absence of any complaint*

within the above period of time, statements and settlements of account shall be considered accepted and approved".

C'est toutefois à juste titre que les premiers juges ont rejeté ce moyen au motif que ce ne sont pas les opérations en tant que telles qui sont critiquées, mais les conseils que la banque aurait dispensés en amont de l'acquisition des titres. En effet, le silence gardé par le client à la réception des extraits de compte ne le prive pas d'une action en responsabilité contre la banque pour fautes commises par elle dans le cadre de la gestion du portefeuille.

Les premiers juges sont encore à confirmer en ce qu'ils ont rejeté le moyen de forclusion tiré de l'article 1304 du code civil, qui limite à cinq ans l'exercice d'une action en nullité ou en rescision d'une convention, constatant que **FONDATION** n'exerce pas une action en nullité ou en rescision, mais une action en responsabilité.

L'appel incident n'est partant pas fondé.

A l'appui de son appel **FONDATION** reproche aux premiers juges d'avoir écarté le témoignage de Madame **A.)** au motif qu'elle ne pourrait être témoin dans sa propre cause, confondant ainsi Madame **A.)** et **FONDATION** qui sont cependant des personnalités juridique distinctes.

D'après l'article 399 du nouveau code de procédure civile "lorsque la preuve testimoniale est admissible, le juge peut recevoir des tiers les déclarations de nature à l'éclairer sur les points litigieux …".

FONDATION est représentée dans le présent litige par son Stiftungsrat, dont **A.)** est un des membres. **A.)** , en tant que représentante en justice d'une des parties en litige est de ce fait partie en cause et n'a donc pas la qualité de tiers exigée par l'article 399 du nouveau code de procédure civile pour pouvoir déposer comme témoin (Cass. 30.6.2005, n° 2193 et 2205 du registre). C'est dès lors à juste titre que son témoignage a été écarté.

Pour le cas où le témoignage de **A.)** serait écarté, l'appelante conclut à voir écarter également le témoignage de **B.)** , employé de **BQUE1'.)** , qui la conseillait dans la gestion de son portefeuille. Elle se prévaut du principe de l'égalité des armes consacré par la Cour des Droits de l'Homme.

Dans l'arrêt D. B. c/ Pays-Bas du 27 octobre 1993 la Cour des Droits de l'Homme a retenu que dans les litiges opposant des intérêts privés, "l'égalité des armes" implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause – y compris ses preuves – dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire.

En l'espèce les relations entre **FONDATION** et la société **BQUE1'.)** ont eu lieu à travers deux personnes, **A.)** , administrateur de **FONDATION**, et **B.)** , employé de **BQUE1'.)** . Seules ces deux personnes sont donc à même de déposer sur ce qui a été conseillé et décidé dans le cadre de ces relations. En admettant le témoignage de **B.)** , tout en écartant celui de Madame **A.)** , au motif qu'en sa qualité de représentante de **FONDATION** elle s'identifie à cette partie, la Cour placerait **FONDATION** dans une situation de net désavantage par rapport à la société **BQUE1'.)** et elle ne tiendra donc pas compte du témoignage de **B.)** . Elle constate par ailleurs que les juges de première instance n'ont pas non plus basé leur décision sur le témoignage de **B.)** .

L'appelante reproche d'autre part aux premiers juges d'avoir qualifié le lien juridique liant les parties de contrat de dépôt-titres assorti d'une convention tacite de gestion simple en omettant de prendre en considération le troisième type contractuel pratiqué par la banque et qui liait en l'espèce les parties, à savoir l'"Active advisory mandate" ou, comme l'intimée l'indique elle-même sur ses extraits bancaires, la "Rådgivande förvaltning". Selon l'appelante, dans le cadre de l'"Active advisory mandate" les parties établissent au début de leurs relations un profil du client et une stratégie individuelle d'investissement et la banque doit vérifier régulièrement si le portefeuille du client est toujours compatible avec la stratégie convenue et proposer le cas échéant des modifications, ce que l'intimée est restée en défaut de faire.

La société **BQUE1'.)** conteste ces affirmations. Elle fait valoir que l'assignation de l'appelante est muette au sujet de l'"Active advisory mandate", qu'il n'existe d'ailleurs pas de convention de ce type au Luxembourg, que le seul document versé par l'appelante est une page du site international de la maison-mère de la Banque qui porte simplement sur la "Vermögensberatung", ce qui est toute autre chose. Concernant l'expression "Rådgivande förvaltning" figurant sur quelques extraits de compte de l'appelante, la société **BQUE1'.)** fait valoir que celle-ci est imprimée par défaut sur des extraits de compte ne faisant pas l'objet d'une gestion discrétionnaire, sans que pour autant en naisse un troisième type de contrat.

La Cour constate que dans son exploit introductif d'instance **FONDATION** déclare que les parties n'avaient pas conclu de contrat de gestion. Ce n'est qu'en cours de première instance, et la Cour admet que c'est suite à la découverte de la mention "Rådgivande förvaltning" figurant sur quelques extraits de compte, que l'appelante a soutenu que les parties étaient liées par ce type de contrat de gestion.

FONDATION fait plaider que le fait par la Banque de porter la mention "Rådgivande förvaltning" sur différents relevés de compte vaut preuve de l'existence d'un tel contrat de gestion entre parties.

La Cour ne peut se rallier à ce raisonnement. Il résulte des pièces versées que ce n'est qu'à partir de la fin de l'année 2000 que la mention

litigieuse apparaît sur certains extraits de compte d'**FONDATION**. L'appelante veut déduire de ces extraits de compte que ce contrat de gestion liait les parties dès 1997. Pour décrire les caractéristiques de la "Rådgivande förvaltning" elle se réfère à des descriptions de contrats de gestion figurant en 2008 sur les sites Internet d'autres banques sous les noms de "Active Advisory", ou "Wealth Managment Agreement". Elle ne verse cependant aucune pièce dont résulterait qu'en 1997 un contrat de gestion dénommé "Rådgivande förvaltning" avec les caractéristiques décrites aurait été pratiqué au Grand-Duché par la société intimée, ni à fortiori qu'un tel contrat aurait été à l'époque conclu entre parties, ce qui, dans le raisonnement de l'appelante, serait d'ailleurs démenti par les extraits de compte datant d'avant 2000. L'appelante ne peut déduire l'existence d'un tel contrat du seul fait de l'apparition à partir de 2000 de la mention litigieuse sur quelques extraits de compte. La gestion assistée est un service qu'une banque n'offre pas gratuitement, mais contre rémunération et l'appelante ne soutient même pas qu'un tel service lui aurait été facturé.

L'existence entre parties d'un contrat de gestion assistée dans le sens voulu par l'appelante n'est donc pas établie et les premiers juges sont à confirmer en ce qu'ils ont qualifié les relations entre parties de contrat de dépôt-titres assorti d'une convention tacite de gestion simple, dans laquelle le client gère lui-même son compte en passant ses ordres à la banque.

Les reproches de l'appelante portant sur les négligences de la Banque concernant les obligations lui incombant dans le cadre d'une gestion assistée ne sont donc pas fondés.

L'appelante ne peut non plus fonder une responsabilité de la société **BQUE1'.)** sur une violation des règles de conduite édictées par l'article 37 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier. En effet ces règles de conduite 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; Cour 22.4.2009, n° 32760 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).

Il est vrai que même dans la gestion simple la banque peut donner un conseil au client. Le conseil ponctuel n'est pas considéré comme une activité de gestion conseillée et une des caractéristiques du conseil ponctuel est son caractère gratuit (Comm. Brux. 2.4.1999, cité par Bruno Gérard dans DAOR 2006/80, p. 423 n° 24). La société **BQUE1'.)** soutient d'ailleurs elle-même qu'en automne 2000 **B.)** a conseillé à **A.)** de se défaire de certaines positions pour parer à d'éventuelles pertes financières. Elle conteste cependant l'affirmation de l'appelante que **B.)** lui aurait conseillé d'investir dans les titres **T1.)** , **T2.)** , **T3.)** et **T4.)** , qui ont

dans le cadre de la chute générale des marchés boursiers en 2000 perdu toute leur valeur, et un tel conseil n'est pas établi en cause.

L'appelante fait plaider que, contrairement à son mari **M.)** , décédé en mars 1977, et qui jusqu'à son décès gérait seul le patrimoine des époux, Madame **A.)** n'avait aucune connaissance en matière financière. Dans son attestation testimoniale **N.)** , employé de la banque **BQUE 1.)** à Zurich, auprès de laquelle **M.)** détenait un portefeuille-titres, déclare qu'après son décès ce portefeuille a été transféré à **FONDATION** et sa gestion assurée par **A.)** . Selon le témoin: "Frau **A.)** war in dieser Zeit für ihre Anlageentscheide von Beratung abhängig und hat mir gegenüber Vertrauen geschenkt …". Selon le témoin le portefeuille d'**FONDATION** auprès de **BQUE 1.)** a continué à être géré après le décès de **M.)** d'une manière conservatrice.

Il est un fait qu'en 1997, après le décès de son époux, **A.)** en sa qualité d'administratrice d'**FONDATION**, fait ouvrier auprès de l'intimée un compte pour procéder à des investissements sans conclure un contrat de gestion assistée.

La société **BQUE1'.)** , renvoyant à un arrêt du 20 juin 2001 (n° rôle 23977, inédit) fait remarquer qu'en choisissant lui-même de gérer son portefeuille – le contrat de dépôt de titres, à faible coût, ne permettant pas au client de bénéficier des conseils des spécialistes – le client prend délibérément un risque dont il ne peut ultérieurement rejeter les conséquences sur le banquier. Elle estime d'autre part que le fait que son portefeuille auprès de **BQUE 1.)** était géré de manière conservatrice n'empêche pas qu'**FONDATION**, par l'intermédiaire de **A.)** , ait décidé de chercher pour son portefeuille auprès de **BQUE1'.)** des investissements plus lucratifs à travers une politique d'investissement plus agressive. L'intimée conteste par ailleurs que **A.)** n'ait rien connu aux affaires financières. Elle soutient que **A.)** regardait régulièrement les actualités financières à la télévision et s'informait quotidiennement sur les marchés financiers et les opportunités d'investissement dans le journal financier "Dagens Industri" ainsi qu'auprès de ses conseils financiers, connaissances ou amis et prenait ses décisions d'investissement sur base des informations ainsi recueillies.

Ainsi que l'ont relevé les premiers juges, l'obligation de renseignement et de conseil qui est à charge du banquier dans le contrat de gestion simple ne doit porter que sur les risques du jeu boursier en général et non point sur les risques particuliers à une opération déterminée, et il n'a pas l'obligation d'informer le déposant des événements susceptibles d'affecter la valeur des titres (Georges Ravarani, Responsabilité civile, 2e éd., nos 514, 524). Il est cependant admis que l'intermédiaire financier est tenu d'une obligation de mise en garde lorsqu'il reçoit une instruction inhabituelle ou disproportionnée par rapport aux avoirs détenus en compte de son client et qu'il se doit de réagir en présence d'un comportement irrationnel ou gravement téméraire de son client, une telle obligation étant, d'après Bruno Gérard (op. cit. n° 12.1) plutôt à rattacher au devoir général

de vigilance plutôt qu'au devoir particulier de conseil (voir encore les décisions citées par Georges Ravarani, op. cit. n° 514, en note 6).

Concernant les quatre titres litigieux, l'appelante soutient qu'ils faisaient partie du marché des nouvelles technologies, appartenaient à la catégorie des IPO et n'étaient pas cotés en bourse, qu'ils étaient difficilement vendables et ont rapidement perdu toute leur valeur.

La société **BQUE1'.)** fait plaider que les titres litigieux n'étaient pas les seuls faisant partie du marché des nouvelles technologies et des IPO qui ont été acquis par **FONDATION**, que l'appelante a pu vendre les autres titres avec profit et que ce ne sont que pour les seuls titres qui ne se sont pas remis de la chute généralisée subie en 2000 par les marchés boursiers qu'elle réclame actuellement réparation.

Il ne résulte pas des conclusions des parties ou des pièces versées, ni n'est offert en preuve qu'au moment de leur acquisition les titres litigieux étaient considérés comme un investissement hasardeux, voire téméraire qu'un banquier avisé aurait dû déconseiller à son client.

Concernant la conformité des investissements avec l'objet social de la fondation **FONDATION**, que l'appelante dit conservateur, il lui appartenait d'y veiller et la Cour rejoint les premiers juges pour dire qu'une éventuelle non-conformité ne peut être génératrice d'une responsabilité du banquier.

Il s'en suit que le jugement est à confirmer.

Les demandes basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile sont à dire non fondées, la condition d'iniquité n'étant pas remplie en l'espèce.

Par ces motifs,
et ceux des premiers juges:

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

reçoit les appels, principal et incident, en la forme;

les dit non fondés et confirme le jugement entrepris;

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

condamne **FONDATION** aux frais et dépens de l'instance d'appel, dont distraction au profit de Maître Guy Loesch, sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Madame Irène FOLSCHEID, présidente de chambre, en présence de Monsieur Marcel SCHWARTZ, greffier.