Arrêt civil

Audience publique du vingt-deux janvier deux mille quatorze

Numéro 39407 du rôle

Composition :

Jean-Claude WIWINIUS, président de chambre,
Christiane RECKINGER, premier conseiller,
Nathalie JUNG, conseiller,
Pascale BIRDEN, greffier.

E n t r e :

1) A),

2) B),

appelants aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Roland FUNK de Luxembourg du 26 novembre 2012,

comparant par Maître Jean-Paul NOESEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

la société anonyme C),

intimée aux fins du prédit exploit FUNK,

comparant par Maître Romain ADAM, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

L A C O U R D ' A P P E L :

Par exploit d'huissier du 27 juillet 2009, A) a fait donner assignation à la société anonyme C)à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Diekirch aux fins de l'entendre condamner à lui payer les montants de 22.245 euros et 12.645 dollars US à titre de dommages-intérêts du chef des pertes essuyées par son portefeuille titres. Par exploit d'huissier du 15 janvier 2010, B) a fait donner assignation à la société anonyme C)à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Diekirch aux fins de l'entendre condamner à lui payer les montants de 2.900 euros et 5.105 dollars US du chef des mêmes causes.

Par jugement contradictoire du 25 septembre 2012, le tribunal d'arrondissement de Diekirch a déclaré les demandes de A) et Lutgardia PORTES non fondées.

A) et B) ont régulièrement relevé appel de ce jugement par exploit d'huissier du 26 novembre 2012.

Les appelants exposent qu'ils étaient titulaires de comptes chiffrés ouverts auprès de la défenderesse avec laquelle ils avaient conclu chacun, en date du 5 avril 2005, une convention de gestion discrétionnaire, assortie d'une clause dite « stoploss », selon laquelle le gestionnaire s'engageait à vendre toute valeur mobilière qui avait perdu un certain pourcentage de sa valeur d'achat. Les appelants reprochent à la défenderesse d'avoir toléré, entre janvier et juin 2006, des pertes de valeur trop importantes en modifiant de manière unilatérale et sans en informer le client les marges « stop loss ». La société C)aurait ainsi commis une faute professionnelle, faute par ailleurs sanctionnée par un blâme de la part de la Commission de Surveillance du Secteur Financier (ci-après « la CSSF »).

Les appelants demandent, par réformation du jugement entrepris, à voir dire que le maintien du taux de « stop loss » constitue, dans le chef de l'établissement financier, une obligation de résultat et à voir condamner la partie intimée aux montants réclamés.

Concernant leur préjudice, les appelants font valoir que l'évaluation des pertes de leurs portefeuilles, telle qu'elle a été faite par la partie intimée dans un document de travail, vaut aveu extrajudiciaire dans le chef de cette dernière. A titre subsidiaire, ils demandent à voir nommer un expert avec la mission de déterminer quelles « stop loss limits » auraient dû être appliquées par la partie intimée et quelles limites l'ont réellement été et de déterminer quelles pertes ont été engendrées par la modification unilatérale, par la partie intimée, des limites en question.

La société C)s'oppose à la demande. Elle conteste avoir modifié les « stop loss limits ». Elle se serait contentée de tenir compte de la situation du marché financier de chaque valeur investie, marché particulièrement volatile à l'époque litigieuse, et du coût généré par l'application de cette technique. Par ailleurs les contrats de gestion conclus avec les appelants auraient été discrétionnaires et aucun paramétrage contractuel des reventes à perte n'aurait été convenu. Les paramètres d'application de la technique des « stop loss limits » seraient dès lors restés à la libre appréciation de la société d'investissement qui les aurait fixés au mieux des intérêts de ses clients et en considération des risques et

des coûts de l'application de cette technique. Aucune obligation d'informer au préalable les clients de tout changement dans les paramètres d'application des « stop loss limits » n'aurait incombé à la société C). Les clients n'auraient d'ailleurs jamais donné d'instructions quant au niveau de perte d'une valeur acceptable pour eux.

La partie intimée fait encore valoir qu'il résulterait du contrat qu'elle serait tenue d'une obligation de moyens et qu'elle n'engagerait sa responsabilité qu'en cas de faute lourde ou dol, faute qui ne serait pas établie à son encontre.

La partie intimée relève appel incident et estime que c'est à tort que les premiers juges auraient retenu que la clause des « stop loss limits » s'appliquerait à toutes les opérations effectuées dans le cadre des portefeuilles des appelants. En effet suivant l'annexe 3 du contrat de gestion, la « stop loss limit » serait uniquement applicable dans le contexte de l'achat d'actions, elle serait partant exclue en cas de pertes liées aux risques de change ou aux investissements en obligations.

La société C) conteste encore tout préjudice dans le chef des appelants consécutif à une mauvaise application des « stop loss limits ». Les appelants ne fourniraient pas d'évaluation officielle de leur portefeuille et réclameraient la totalité des pertes essuyées sans démontrer la part due à la technique des « stop loss limits ». La perte subie par leurs portefeuilles ne serait d'ailleurs pas exorbitante, leurs portefeuilles comprendraient des produits dérivés et des devises, de sorte qu'ils auraient accepté les risques inhérents à l'investissement dans ces produits.

A) et B) demandent encore à voir enjoindre à la partie intimée et à la CSSF de verser, sous peine d'astreinte, l'avis motivé de la CSSF adressé à la société C), tel que mentionné dans le courrier du 29 janvier 2008 adressé par la CSSF à la partie intimée, ainsi que tout l'échange de correspondance entre ces parties.

La société C) s'oppose à la demande en production de pièces. Elle fait valoir que la CSSF, saisie sur base de l'article 58 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier, n'aurait qu'une mission de conciliation en la matière et que son avis n'aurait pas force contraignante et ne saurait engager la responsabilité de la partie intimée. Elle conteste que la CSSF aurait retenu une faute de gestion dans son chef et qu'elle lui aurait infligé un blâme et recommandé d'arrêter ses activités de gestionnaire de fortune. La teneur de l'avis de la CSSF ne lierait d'ailleurs pas le juge. La demande en production forcée de la lettre de la CSSF contenant le prétendu blâme serait à déclarer irrecevable, un tel courrier n'existant pas. Il en serait de même de la demande en production forcée d'un échange de courrier qui serait dépourvue de pertinence et contraire au principe de la confidentialité de la correspondance dans le cadre d'une médiation tel qu'inscrit aux articles 1251-6 et 1251-7 du code civil.

Appréciation de la Cour

A) et B) se prévalent d'une faute professionnelle de la société C) en sa qualité de gestionnaire de fortune en ce qu'elle aurait, de manière unilatérale et sans les informer au préalable, modifié les paramètres des limites « stop loss » et occasionné ainsi des pertes considérables de l'ensemble des valeurs contenues dans leurs portefeuilles titres.

Il est admis que le gestionnaire de portefeuille est tenu 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 gestionnaire 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 est prouvé qu'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 (cf. Georges Ravarani, La responsabilité civile des personnes privées et publiques, éd. Pasicrisie 2006, n° 537).

Il appartient au client mandataire de rapporter la preuve que le gestionnaire ne s'est pas comporté comme un professionnel avisé et qu'il a commis des fautes lourdes dans ses décisions d'acquisition et de vente de titres.

Il résulte des pièces que les consorts A) & B)S ont saisi la CSSF sur base de l'article 58 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier. La CSSF a estimé dans une lettre du 29 janvier 2008 adressée à A), « que la réclamation de l'appelant était partiellement fondée, en ce sens que le professionnel concerné a opéré des changements en ce qui concerne le recours à la technique de stop-loss, sans l'en avoir préalablement informé. » La CSSF informe les appelants qu'elle a fait parvenir un avis motivé en ce sens à la société intimée.

Les appelants demandent à la Cour d'enjoindre à l'intimée de produire ledit avis, estimant que l'appréciation d'un professionnel du secteur financier, telle la CSSF, constitue un élément utile pour le juge appelé à statuer sur la responsabilité d'un prestataire de services financiers.

La partie intimée s'oppose à la communication de l'avis en question.

Aux termes de l'article 288 du nouveau code de procédure civile, les demandes de production des éléments de preuve détenus par les parties sont faites, et leur production a lieu, conformément aux dispositions des articles 284 et 285 du même code.

L'article 284 du nouveau code de procédure civile dispose que si, dans le cours d'une instance, une partie entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut demander au juge saisi de l'affaire d'ordonner la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce.

Aux termes de l'article 285 du nouveau code de procédure civile, le juge ordonne la production s'il estime la demande fondée, ce qui signifie que la production doit présenter un intérêt pour la solution du litige : la production doit être utile, sinon indispensable (*Juris-Classeur Procédure civile, « Production forcée de pièces », fasc. 623, n° 32*).

Aux termes de l'article 3 du règlement CSSF no. 13-02 relatif à la résolution extrajudiciaire des réclamations, la procédure de traitement des demandes de résolution extrajudiciaires des réclamations introduites auprès de la CSSF n'est pas une procédure de médiation au sens de la loi du 24 février 2012 portant introduction de la médiation en matière civile et commerciale.

Les moyens tirés des articles 1251-6 et 1251-7 du code civil et ayant trait à la confidentialité des documents et communications faites dans le cadre d'une médiation sont partant à rejeter, la CSSF n'étant pas chargée en l'espèce d'une médiation au sens de la susdite loi.

Quant à l'article 7 du règlement prémentionné, aux termes duquel les parties à la procédure devant la CSSF s'engagent à tenir confidentielles les communications et pièces échangées au cours de la procédure, il s'applique dans les rapports entre les parties à la procédure et les tiers et ne saurait jouer entre les parties elles-mêmes entre lesquelles, en cas de litige, le principe du contradictoire veut que toutes les pièces invoquées soient échangées.

L'instruction de la CSSF étant un élément de preuve utile à la solution du litige et ne heurtant aucun principe de confidentialité, il convient, avant tout autre progrès en cause, de faire droit à la demande de A) et de B) et d'ordonner à la société C)de communiquer, sous peine d'astreinte, l'avis de la CSSF.

Les appelants demandent encore à voir ordonner à l'intimée de verser l'échange de correspondance entre elle-même et la CSSF. Cette demande est à rejeter, à défaut de précisions permettant d'identifier les pièces dont la communication est demandée.

PAR CES MOTIFS

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

reçoit l'appel en la forme,

avant tout autre progrès en cause,

ordonne à la société anonyme C)de produire l'avis motivé qui lui a été adressé par la CSSF suite à la réclamation introduite par A) et B), avis mentionné par la CSSF dans sa lettre du 29 janvier 2008 à A), et ce dans les huit jours de la signification du présent arrêt, sous peine d'une astreinte de 150 euros par jour de retard;

limite l'astreinte au montant de 10.000 euros ;

rejette la demande en production de l'échange de correspondance entre la société anonyme C)et la CSSF ;

réserve les frais et les demandes en octroi d'une indemnité de procédure ;

renvoie l'affaire devant le juge de la mise en état.