Arrêt commercial

Audience publique du dix-neuf janvier deux mille onze.

Numéro 34790 du rôle.

Composition :

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

E n t r e :

AAA, *ouvrier, demeurant à D-UUU,*

appelant *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 17 mars 2009,*

comparant par Maître Philippe Fitzpatrick ONIMUS, avocat à Luxembourg ;

e t :

la société anonyme de droit luxembourgeois BBB S.A., *anciennement BBB1 S.A., établie et ayant son siège social à L-…. VVV, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du susdit exploit THILL,*

comparant par Maître Philippe DUPONT, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 21 juin 2006 AAA a fait comparaître la société anonyme BBB1, devenue ensuite la société BBB, devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour s'entendre condamner à lui payer la somme de 207.000.- euros avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande jusqu'à solde et majoration du taux de l'intérêt à raison de trois points à l'expiration du troisième mois suivant la signification du jugement à intervenir.

AAA a exposé à l'appui de cette demande qu'en 1997 il a hérité d'un terrain et que l'argent résultant de la vente de ce terrain lui a permis d'envisager l'acquisition d'un bien immobilier; qu'ayant fait la connaissance de CCC, employé de la BBB1, celui-ci lui rendit visite à Coblence et lui suggéra d'investir son argent non pas directement dans le bien immobilier, mais dans des actions et de payer les frais relatifs aux biens immeubles à acquérir avec les bénéfices tirés de ces investissements; qu'en décembre 1998 un "Vermögensberatungsvertrag" fut signé avec la BBB1 et qu'en novembre 1998 et en mai 2000 AAA transféra les sommes de 275.000.- , respectivement 300.000.- DM à la banque; que le 2 janvier 1999 la banque soumit à AAA une proposition pour une stratégie d'investissement.

AAA a affirmé qu'en réalité la banque a géré discrétionnairement son portefeuille et s'est lancée dans des opérations hautement spéculatives, ne lui fournissant que des informations parcellaires, essentiellement par voie téléphonique, lui indiquant que ses investissements se portaient bien et que ce n'est qu'en décembre 2002 que CCC lui a annoncé qu'il avait perdu près de 400.000.- DM sur ses investissements.

AAA a reproché à la banque BBB, en tant que "Vermögensberater", de ne pas l'avoir averti du caractère risqué des investissements suggérés et effectués, de ne pas lui avoir proposé de procéder à des investissements moins spéculatifs et de ne pas l'avoir dissuadé de liquider son portefeuille à un moment où les marchés étaient au plus bas. Il lui a reproché d'avoir, en tant que gestionnaire discrétionnaire, mené une politique d'investissements spéculatifs, contrairement à la stratégie présentée au client et d'avoir mené des opérations incohérentes et injustifiables du point de vue financier. Il lui a d'autre part fait grief de ne pas l'avoir renseigné régulièrement et en temps utile des pertes qu'il était en train de subir et d'avoir procédé à des opérations qui n'avaient pour seul motif que d'augmenter les frais imputables au client.

La société BBB s'est opposée à la demande en soutenant que les parties n'étaient pas liées par une convention de gestion discrétionnaire, mais par une convention de gestion assistée qui

prévoyait que les investissements ne seraient effectués que sur ordre du client et que celui-ci a géré lui-même ses actifs, que AAA a présenté à CCC un modèle d'investissement très concret qui lui avait été recommandé par un de ses amis, un avocat à XXX, et qui consistait à investir les fonds de AAA dans un portefeuille et à financer l'acquisition d'un bien immobilier moyennant un emprunt hypothécaire en Allemagne et un crédit à accorder par la banque dans une monnaie étrangère offrant un taux d'intérêt attractif. Selon la banque, CCC a à plusieurs reprises attiré l'attention de AAA sur les risques liés au modèle envisagé, que ce dernier n'a cependant pas voulu en démordre et que l'intervention de la banque s'est ainsi limitée à élaborer une stratégie d'investissement adaptée au modèle choisi par le client et à lui donner des conseils ponctuels sur des opérations sur titres à effectuer, cette obligation de conseil n'étant que de moyens.

Selon l'intimée, AAA, qui a signé une convention de poste restante, a été régulièrement tenu informé de l'évolution de son portefeuille et a accusé réception de l'ensemble des extraits de compte et relevés de portefeuille. La banque a enfin fait valoir que toute discussion sur de prétendues fautes commises par elle est dénuée de pertinence dans la mesure où le client a ratifié expressément, sinon tacitement toutes les opérations effectuées sur son compte.

Par jugement rendu le 23 octobre 2008 le tribunal a débouté AAA de sa demande.

Par exploit d'huissier du 17 mars 2009 AAA a régulièrement relevé appel de ce jugement.

La société intimée a informé la Cour que suite à une restructuration au niveau luxembourgeois, la société BBB S.A.-YYY a apporté une partie de son patrimoine professionnel consistant dans sa branche d'activité avec toutes ses activités exercées à travers sa succursale luxembourgeoise à la société BBB S.A., que ce transfert a pris effet vis-à-vis des tiers le jour de la publication au Mémorial C de l'assemblée générale des actionnaires de BBB S.A. approuvant ledit transfert, soit le 30 avril 2009, que BBB S.A. est donc devenue partie au litige.

La Cour en prend acte et il est tenu compte dans le présent arrêt du changement intervenu.

Pour fonder leur décision les juges de première instance ont relevé qu'au moment de l'entrée en relation AAA a signé un document intitulé "Déclaration concernant le traitement de la correspondance" prévoyant que les relevés de compte, reçus et relevés de dépôt sont conservés auprès de la banque, qu'il a encore signé un document intitulé "Convention relative aux instructions données par téléphone, télex, télécopie ou moyens similaires" prévoyant que les écritures de la banque prouvent à elles-seules que les opérations faites ont été exécutées conformément aux ordres oraux du client, et un document

intitulé "Vermögensberatungsvertrag" aux termes duquel: "Alle Kontotransaktionen erfolgen auf ausdrückliche Anweisung des Kunden, der die endgültige und alleinige Entscheidung bezüglich der Anlage trifft".

Ils se sont basés sur l'attestation testimoniale de CCC, versée par la société BBB, pour retenir que AAA a proposé le modèle d'investissement à la banque, qu'il a été averti des risques encourus et qu'il a été prêt à les assumer, constatant que AAA n'appuie son affirmation que CCC lui aurait suggéré ce modèle d'investissement d'aucun élément de preuve. Ils ont dit que dans la mesure où les relevés de compte sont clairs et font apparaître les changements de composition, que AAA ne les a toutefois jamais contestés, il est mal venu pour affirmer, en contradiction avec ses propres pièces, que la banque aurait géré discrétionnairement son portefeuille, respectivement qu'elle aurait procédé à des ordres de bourse sans son accord exprès et qu'il appartiendrait à la banque de prouver que les ordres auraient été donnés par lui.

Ils ont ajouté que la proposition d'investissement établie par la banque le 12 janvier 1999 pour une durée d'investissement de 5 ans et à risque moyen ne saurait être qualifiée d'excessivement spéculative et que, dans la mesure où le portefeuille de AAA servait de garantie pour les lignes de crédit accordées par la banque et qu'en 2003 la valeur du portefeuille se rapprochait de plus en plus de cette ligne de crédit, on ne peut reprocher à la banque de ne pas avoir dissuadé AAA de liquider son portefeuille en 2003.

Ils en ont déduit qu'aucune faute de la banque BBB en sa qualité de "Vermögensberater" n'est établie en l'espèce.

AAA, qui reprend en instance d'appel les reproches adressés à la société BBB, maintient son affirmation que la banque a en fait géré discrétionnairement son portefeuille. Il conteste avoir donné des ordres à la banque et soutient qu'il appartient à celle-ci de produire la preuve de ces ordres, ce d'autant plus que l'article 4 de la convention relative aux instructions données par téléphone, télex, télécopie ou moyens similaires prévoit que la banque est autorisée à enregistrer les conversations téléphoniques. Il conclut à voir déclarer abusive, sur base de l'article 2 de la loi modifiée du 25 août 1983 sur la protection des consommateurs, considérant comme telles les clauses imposant au consommateur la charge de la preuve incombant normalement au fournisseur, la clause de la même convention prévoyant que les écritures de la banque prouvent à elles-seules que les opérations faites ont été exécutées conformément aux ordres oraux du client.

La société BBB, qui conclut à la confirmation du jugement, conteste avoir géré discrétionnairement le portefeuille de l'appelant, renvoyant au contrat conclu entre parties. Elle affirme ne pas avoir fait usage du droit d'enregistrer les conversations téléphoniques et soutient que la

preuve d'une gestion discrétionnaire incombe à l'appelant. Elle renvoie par ailleurs aux ratifications expresses des opérations effectuées opérées par AAA en signant une décharge sous différents relevés de situation du portefeuille.

La discussion de la question de la nature exacte des relations entre parties, gestion assistée, telle que renseignée dans le "Vermögensberatungsvertrag", ou gestion discrétionnaire qui, selon AAA, aurait en fait été menée par la banque nonobstant le contrat conclu, n'est en somme pas pertinente, étant donné que les reproches majeurs adressés à l'intimée dans les deux modes de gestion se rejoignent. En effet dans le cadre de la gestion assistée l'appelant reproche à la banque de ne pas l'avoir averti du caractère risqué des investissements suggérés et effectués et de ne pas lui avoir proposé de procéder à des investissements moins spéculatifs, dans le cadre de la gestion discrétionnaire il lui reproche d'avoir elle-même procédé à ces investissements spéculatifs, contrairement à la stratégie d'investissement présentée au client.

Il résulte des pièces versées que AAA a, à plusieurs reprises et pour la première fois en date du 4 août 1999, accusé réception de l'ensemble de ses extraits de compte en apposant sa signature sous la clause suivante:

"Der/Die Untereichnete/n bestätigt/en alle Unterlagen, (inkl. Kontoauszüge) sowie die entsprechenden Informationen und Erklärungen erhalten zu haben, um die von der Gotthard Bank abgewickelten Geschäfte, welche aus dem vorliegenden Vermögensstand hervorgehen, beurteilen zu können.
Er/Sie erteilt/en daher der Bank vollumfänglich Entlastung bis zum Datum dieses Vermögensstandes" (accusé de réception du 4 août 1999).

Des accusés de réception similaires sont encore signés les 20 octobre 1999, 17 août 2000, 8 août 2002 et 5 mars 2003 et couvrent ainsi toute la période pendant laquelle les parties étaient en relation.

Au vu du libellé de la clause ci-dessus, l'argumentation de AAA que la décharge signée par lui ne saurait valoir ratification expresse des opérations menées, étant donné "qu'aucun relevé de compte détaillant les opérations d'achat et de vente n'est annexé aux états de portefeuille" est à rejeter, l'appelant ayant confirmé avoir reçu tous les documents et les informations nécessaires lui permettant de porter un jugement sur les opérations effectuées.

En présence de cette ratification le client a dans le cadre d'une gestion assistée reconnu que les opérations effectuées par la banque sont conformes aux instructions données, dans le cadre d'une gestion discrétionnaire il a agréé ces opérations, même divergeant par rapport à une stratégie d'investissement antérieurement arrêtée.

AAA ne peut donc plus se prévaloir contre la banque de ce qu'au fil des temps la composition de son portefeuille divergeait de celle prévue dans la proposition pour une stratégie d'investissement lui soumise par la banque en janvier 1999, ni lui reprocher d'avoir procédé à des investissements dans le seul but d'augmenter les frais imputables au client.

Si la ratification du client, qu'elle soit expresse ou tacite, porte reconnaissance des opérations effectuées sur le compte, acceptation des conditions de fonctionnement du compte et validation d'un éventuel dépassement de mandat, elle n'empêche cependant pas le client de rechercher la responsabilité de la banque pour une faute commise dans la gestion du compte. Dans une convention de gestion assistée le client garde le droit de reprocher à la banque de ne pas s'être convenablement acquittée de son devoir de conseil.

AAA reproche dans ce contexte à la banque de ne pas l'avoir averti du caractère risqué des investissements suggérés en lui conseillant de procéder à des investissements moins spéculatifs, respectivement de revoir à la baisse la part des actions dans son portefeuille ou de réorienter ses investissements en fonction de l'évolution du marché.

La société BBB conteste ces reproches. Elle rappelle que l'obligation de conseil du banquier n'est que de moyen en raison de l'aléa inhérent à tout investissement boursier, qu'il appartient partant à l'appelant de rapporter la preuve par rapport à chaque conseil lui donné par la banque qu'un banquier normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances n'aurait pas fourni ce conseil au vu des informations existant sur le marché. Elle se prévaut d'autre part de l'article 3 de la convention de conseil aux termes duquel le banquier n'est tenu qu'en cas de faute lourde.

Selon la société BBB, la diminution de la valeur du portefeuille dès 2000 est due non seulement à la dégradation générale des marchés financiers, mais encore au fait que la construction du bien immobilier s'est avérée plus onéreuse qu'initialement prévue, de sorte que AAA a commencé à faire face à des problèmes de liquidités et a ainsi été amené à liquider à plusieurs reprises, à des moments inopportuns, un certain nombre de titres en dépôt.

Les parties restent en désaccord sur la question de savoir qui a proposé le modèle d'investissement consistant à investir les fonds de AAA dans un portefeuille et de financer l'acquisition d'un bien immobilier moyennant un emprunt hypothécaire en Allemagne et un crédit à accorder par la banque dans une monnaie étrangère offrant un taux d'intérêt attractif.

L'appelant reproche aux premiers juges de s'être référés uniquement à l'attestation testimoniale de CCC pour retenir que c'est lui qui a

proposé le modèle d'investissement à la banque et qu'il a été averti des risques inhérents à ce modèle. Il continue toutefois à se limiter à ces simples contestations sans les appuyer d'aucun élément de preuve, nonobstant le fait qu'il affirme que son épouse était présente lorsque CCC lui recommandait le modèle d'investissement et que l'avocat, qui d'après le témoin CCC avait suggéré le modèle à AAA, est nommément désigné dans l'attestation testimoniale. La Cour s'en tient donc aux conclusions des premiers juges.

Dans la proposition d'investissement soumise par la banque à AAA, le risque est qualifié de moyen et à côté de 15% de liquidités, le portefeuille est à composer à raison de 25% d'obligations et à raison de 65% d'actions, dont 25% d'actions de sociétés regroupées dans HHH et le reste d'actions de sociétés opérant dans différents domaines, soit III, JJJ, KKK, LLL, MMM. La Cour constate avec les premiers juges que cette proposition ne peut être qualifiée d'excessivement spéculative.

Les investissements opérés, tels que renseignés sur les relevés de 1999 reflètent plus ou moins exactement la composition suggérée dans la proposition d'investissement, pour en différer légèrement sur le relevé d'août 2000.

AAA verse parmi ses pièces un relevé de son portefeuille du 12 janvier 2001 et soutient qu'à la date de ce relevé près de 70% des investissements portaient sur des actions et que l'essentiel de ces actions portait sur des nouvelles technologies, telles que KKK, LLL.

A l'examen de ce relevé la Cour constate qu'il renseigne des actions NNN, OOO, PPP, JJJ, QQQ, RRR, SSS, qu'on ne peut ranger dans la catégorie des nouvelles technologies et qui constituent près de la moitié des actions figurant sur le relevé.

A l'appui de son reproche d'une exécution fautive par la banque de son obligation de conseil AAA se borne à soutenir que les actions ayant composé son portefeuille sont dans leur grande majorité des actions hautement spéculatives. Il ne formule cependant à l'appui de ce reproche aucune offre de preuve et la Cour ne peut se contenter de la seule affirmation de l'appelant, étant à relever que la chute des valeurs des actions à partir de 2000 s'explique d'abord par la dégradation générale des marchés financiers à cette époque et ne peut valoir preuve d'un caractère spéculatif ou risqué des actions.

En l'absence de preuve d'un caractère risqué des investissements opérés, l'appelant ne peut reprocher à la banque de ne pas l'avoir averti d'un tel caractère risqué, respectivement de ne pas lui avoir conseillé des investissements moins spéculatifs.

En ce qui concerne son reproche que la banque ne lui a jamais suggéré de revoir à la baisse la part des actions dans son portefeuille, respectivement de ne pas avoir réorienté ses investissements en

fonction de l'évolution du marché, l'appelant reste encore en défaut d'offrir en preuve qu'au vu de la situation des marchés financiers ainsi que du modèle d'investissement choisi par AAA de tels conseils, respectivement réorientations étaient réalisables et qu'un banquier normalement prudent et diligent n'aurait pas manqué d'y procéder.

Les mêmes considérations valent dans le cadre d'une gestion discrétionnaire. En effet le banquier gestionnaire n'est également tenu que d'une obligation de moyens, il doit placer les fonds comme le ferait un bon professionnel de la même catégorie placé dans les mêmes circonstances de temps et de lieu et agissant selon les usages bancaires et boursiers de la place. Il n'est pas établi, dans l'hypothèse de l'existence entre parties d'un contrat de gestion discrétionnaire, que le comportement de l'intimée ait en l'espèce dévié par rapport à ce modèle.

A l'appui de son reproche que la banque ne l'a pas régulièrement informé de l'évolution de son portefeuille l'appelant fait valoir qu'entre août 2000 et août 2002 aucun relevé de portefeuille ne lui a été soumis, ni contresigné par lui alors que pendant cette période son portefeuille a subi des pertes importantes.

Dans son attestation testimoniale CCC déclare que pendant toute la période des relations contractuelles AAA a été régulièrement informé par téléphone sur l'évolution de son portefeuille et que ce dernier ainsi que son épouse ont eux aussi souvent contacté la banque par téléphone pour se renseigner sur la situation actuelle. L'appelant admet lui-même qu'au courant de l'année 2002 CCC lui a annoncé à plusieurs reprises que les cours chutaient fortement et que la valeur de son portefeuille gagé se rapprochait du seuil de couverture limite.

L'appelant reconnait par ailleurs que tout au long des relations entre parties des rencontres ont été organisées entre lui et CCC, soutenant toutefois que "ces rencontres se soldaient souvent sans aucune explication concrète quant à l'état des investissements et consistaient le plus souvent dans des discussions amicales concernant l'avancement des travaux de la maison autour d'une tasse de café". La Cour ne peut admettre qu'un gestionnaire de compte organise une entrevue avec son client pour ne discuter que de l'état d'avancement des travaux de sa maison et que celui-ci ne songe même pas à demander des renseignements sur l'état de ses investissements.

AAA a de toute façon en date du 8 août 2002 donné décharge à la banque pour les opérations effectuées pendant cette période. L'affirmation de l'appelant que la correspondance relative à son compte et surtout les extraits relatifs à la période d'août 2000 à août 2002 ne lui ont été remis que contre signature de la décharge lui soumise par la banque avant lesdits extraits, non appuyée du moindre élément probant, est à rejeter.

L'appelant invoque d'autre part dans ce contexte la circulaire CSSF 2000/15 qui dispose dans son article 5.10 qu'en cas de convention de poste restante celle-ci doit prévoir la possibilité d'une prise de contact en cas de perte significative.

La société BBB soutient à ce sujet que d'après la doctrine et la jurisprudence luxembourgeoises les dispositions de cette circulaire sont conçues dans l'intérêt général et ne constituent pas une base légale permettant aux particuliers d'agir directement en justice en invoquant une violation de ces dispositions.

L'appelant ne peut de toute façon se prévaloir de la disposition invoquée relativement à une convention de poste restante conclue antérieurement à l'émission de la circulaire.

AAA ne maintient plus son reproche adressé à l'intimée en rapport avec la liquidation de son portefeuille, reproche que les premiers juges ont d'ailleurs à juste titre rejeté comme non fondé.

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

AAA, qui succombe dans son appel, 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.

La demande de la société BBB est par contre à dire fondée à concurrence de la somme de 1.500.- euros, étant inéquitable de laisser à sa charge l'intégralité des frais non compris dans les dépens exposés par elle en instance d'appel.

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 l'appelant à payer à la société anonyme BBB une indemnité de procédure de 1.500.- euros;

dit non fondée la demande de l'appelant en allocation d'une indemnité de procédure et le condamne aux frais et dépens de l'instance d'appel, dont distraction au profit de Maître Philippe Dupont, sur ses affirmations de droit.