Arrêt commercial

Audience publique du deux février deux mille onze.

Numéro 34350 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, *sans état connu, demeurant à D-….. UUU,*

appelant *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Yves TAPELLA d'Esch-sur-Alzette du 17 mars 2008,*

comparant par Maître Tania HOFFMANN, avocat à Luxembourg ;

e t :

la société anonyme BBB 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 TAPELLA,*

comparant par Maître Guy LOESCH, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Faits et procédure

Par exploit d'huissier du 19 novembre 2004 AAA a fait donner assignation à la société anonyme BBB S.A., à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour l'y entendre condamner, sur base de la responsabilité contractuelle sinon délictuelle, au paiement des montants de 310.048 € et de 460.000 €, ce avec les intérêts légaux à partir du 24 janvier 2002, jour de la dernière exécution fautive de la banque, sinon à partir du jour de l'assignation en justice, jusqu'à solde.

A l'appui de sa demande AAA a exposé, en substance, ce qui suit :

- qu'il a ouvert en 1993 auprès de BBB S.A. un compte de dépôt qui a été crédité, de 1993 à 1995, du montant total de 654.453,61 €, montant qui devrait garantir sa future retraite ;

- qu'il avait également souscrit à des investissements en obligations ;

- que l'ensemble de son capital aurait été investi, de 1993 à 1998, dans des obligations « *DDD* » et des emprunts à taux fixe sécurisés par des garanties étatiques ;

- que la stratégie d'investissement aurait été clairement définie, le risque maximal de perte ayant été fixé à 20 % ;

- que la politique conservatrice des investissements aurait été respectée jusqu'en 1998, date à laquelle le total de ses avoirs se serait élevé à 817.681,93 € ;

- qu'en février 1998, le dénommé DDD, qui avait repris la gestion de ses avoirs, lui aurait conseillé de changer sa stratégie d'investissement suivie jusqu'à cette date et d'investir dorénavant en actions ;

- qu'il aurait, sur insistance de DDD, fini par accepter d'investir en actions en se fiant aux conseils prodigués par son gestionnaire DDD ;

- que début 2000, un capital de plus en plus élevé aurait été investi en actions revendues ensuite à perte ;

- qu'en raison de ces investissements, il n'aurait pas pu profiter des revenus qu'il aurait pu retirer des obligations « *DDD* » ;

- que le 15 janvier 2001, il aurait demandé au gestionnaire DDD des explications quant aux importantes pertes encourues ;

- que DDD aurait répondu qu'il *n'y avait pas de problème* et qu'il *allait faire les opérations de rectification nécessaires* ;

- qu'il n'aurait jamais reçu communication des relevés de compte lui permettant de vérifier et de suivre l'évolution de ses avoirs.

AAA a reproché à BBB de l'avoir mal conseillé et d'avoir réalisé, en l'absence d'un quelconque contrat de gestion discrétionnaire, des investissements sans avoir reçu l'ordre de ce faire.

Il a ajouté que les énormes pertes par lui subies seraient, à elles seules, de nature à démontrer que BBB l'aurait mal conseillé dans les choix à prendre dans les investissements ; que BBB aurait agi au mépris total de son obligation de conseil et de diligence ; qu'elle aurait, de surcroît, violé son obligation de rendre compte notamment en omettant de lui adresser régulièrement des avis d'opéré ; que toute mise en garde de la part de BBB en rapport avec les investissements réalisés aurait fait défaut.

Subsidiairement, AAA a demandé au tribunal de nommer un homme de l'art avec la mission suivante :

- *estimer la valeur des investissements effectués par la banque de 2000 à 2002 et en déterminer le bien-fondé par rapport à la situation économique au moment des investissements ;*
- *estimer le préjudice subi par AAA à la suite de ces investissements ;*
- *estimer les frais de banque engendrés par ces opérations ;*
- *estimer les pertes de profit occasionnés par le non-paiement des investissements dans les emprunts taux fixes ainsi que dans les « DDD » ;*
- *dresser les comptes entre parties.*

AAA a en outre sollicité l'octroi d'une indemnité de procédure de 2.500 € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Par jugement du 23 novembre 2007 le tribunal, statuant contradictoirement en vertu de l'article 75 du Nouveau Code de procédure civile, a débouté AAA de sa demande en indemnisation en précisant que celle-ci ne se trouve appuyée par aucune pièce par lui versée au dossier.

De ce jugement, qui lui a été signifié par exploit d'huissier du 23 janvier 2008, AAA a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 17 mars 2008.

AAA conclut – par réformation du jugement entrepris – aux mêmes fins que l'acte introductif d'instance. Il réclame en outre une indemnité de procédure de 3.000 € au titre des frais par lui exposés en instance d'appel.

L'intimée BBB se rapporte à la sagesse de la Cour quant à la recevabilité de l'appel, notamment au regard de sa motivation.

Elle relève appel incident, reprochant aux juges de première instance de n'avoir pas pris compte de son moyen d'irrecevabilité de la demande, alors que AAA, en ne protestant pas contre les différents avis d'opérés, aurait ratifié les opérations par elle effectuées et serait partant forclos à agir contre la banque.

Subsidiairement, BBB elle conclut à l'absence d'une quelconque faute dans son chef et conclut à la confirmation des juges de première instance en ce qu'ils ont débouté AAA de sa demande en indemnisation et de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure.

BBB relève encore appel incident, critiquant les juges de première instance en ce qu'ils ne lui ont pas alloué d'indemnité de procédure pour la première instance.

Elle réclame une indemnité de procédure de 5.000 € pour la première instance et une indemnité de procédure de 3.000 € pour l'instance d'appel.

Discussion

I) Quant à la recevabilité de l'appel

BBB reproche à AAA la rédaction lacunaire de son acte d'appel.

Elle fait en outre grief à AAA de n'avoir pas ventilé les différents postes du dommage prétendument lui accru, ce d'autant plus qu'il a réclamé aux termes de l'exploit d'assignation une indemnisation d'un montant de 770.048 €, montant qui a été réduit, sans autre précision, à 710.048 € aux termes de son acte d'appel.

La Cour se doit de constater que les circonstances de fait formant la base de la demande ressortent à suffisance de l'acte d'appel.

La rédaction de l'acte d'appel ne pèche pas par manque de clarté, AAA ayant clairement précisé *pourquoi* la décision par lui attaquée aurait été prise à tort.

Que AAA ait prétendu dans son acte d'appel à une indemnisation de seulement 710.048 € ne porte pas à conséquence, pareille indication procède d'une simple erreur matérielle.

En motivant son acte d'appel comme il l'a fait, AAA s'est conformé aux prescriptions des articles 585 et 154 du Nouveau Code de procédure civile.

Le moyen de BBB, tiré de l'irrecevabilité de l'appel pour défaut de motivation respectivement motivation insuffisante, est partant à rejeter.

II) Quant au fond

Il résulte des pièces du dossier que AAA a ouvert auprès de BBB le 11 février 1993 un compte de dépôt portant le no 127926 ; que AAA, en apposant sa signature sur le contrat d'ouverture de compte, a reconnu avoir reçu un exemplaire tant des « Conditions générales » que des « Conditions particulières » ; que le 11 février 1993, AAA a signé une convention « hold mail », réitérée le 10 février 1997 ; que les 8 juin 1993 et 1er octobre 1994, AAA a marqué son accord avec les « *Basisinformationen über Börsentermingeschäfte* » et « *Wichtige Informationen über die Verlustrisiken bei Börsentermingeschäften* » ; que le 10 mars 1995 un crédit LOMBARD fut consenti à AAA ; que les 24 avril 1997 et 1ier avril 1998 l'attention de AAA fut une nouvelle fois attirée sur les risques liés aux investissements dans des titres spéculatifs ; que nonobstant la convention « poste restante », plusieurs relevés de comptes furent envoyés à AAA ; que le 1ier février 2002, AAA a demandé à BBB de lui envoyer les derniers relevés de compte en précisant « *dass in der Zukunft keine Post mehr gelagert werden soll* » ; que le 15 janvier 2001, AAA – constatant que les investissements n'ont pas rapporté les bénéfices escomptés – a manifesté à son gestionnaire DDD son mécontentement en rapport avec la gestion de ses avoirs.

a) quant au moyen tiré de la ratification des avis d'opérés

BBB fait plaider que AAA, n'ayant pas réclamé dans le délai lui imparti contre les divers relevés de compte lui adressés en poste restante, serait actuellement forclos à agir contre elle en réparation du préjudice prétendument lui accru suite aux agissements fautifs de la banque.

Les « *Bedingungen für die Verwahrungen von Sendungen durch die Bank* » se lisent, entre autres, comme suit:

« (… …) *Die Sendungen sollen dem Konto-/Depotinhaber mit allen gesetzlichen und vertraglich vereinbarten Folgen am dritten Tag nach*

der Bereitstellung zur Abholung als zugegangen gelten. Als Tag der Bereitstellung gilt, (… …), *jeweils das auf der betreffenden Sendung vermerkte Datum und in Ermangelung eines solchen Vermerks das Datum der in der Sendung enthaltenen Mitteilung.* (… …). *Die Schäden(einschliesslich der Zunahme von solchen) und Nachteile, die im Zusammenhang mit diesem Auftrag dem Konto-/Depotinhaber und/oder der Bank etwa entstehen sollten, gehen zu Lasten des Konto-/Depotinhabers. Die Bank haftet nur für grobe Fahrlässigkeiten* ».

L'article 7 (2) des « Conditions générales », intitulé « *Frist für Einwendungen : Genehmigung durch Schweigen* » est de la teneur suivante : « *Einwendungen wegen Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit eines Rechnungsabschlusses hat der Kunde spätestens innerhalb eines Monats nach dessen Zugang zu erheben; macht er seine Einwendungen schriftlich geltend, genügt die Absendung innerhalb der Monatsfrist. Das Unterlassen rechtzeitiger Einwendungen gilt als Genehmigung*. (… …) ».

L'article 9 der « *Sonderbedingungen für Börsentermingeschäfte* », prévoit que « *Einwendungen gegen die Ausführungsanzeigen/Abrechnungen müssen unverzüglich nach Zugang telegrafisch, fernschriftlich oder in den Geschäftsräumen der Bank erhoben werden. Andernfalls gelten die Anzeigen und Abrechnungen als genehmigt. Die Bank wird bei den Anzeigen und Abrechnungen auf diese Folge der Unterlassung rechtzeitiger Einwendungen besonders hinweisen. Einwendungen wegen nicht Ausführung eines Kundenauftrages sind unverzüglich telegrafisch, fernschriftlich oder in den Geschäftsräumen der Bank nach dem Zeitpunkt zu erheben, an dem die Ausführungsanzeige oder die Abrechnung dem Kunden im gewöhnlichen Postlauf hätte zugehen müssen* ».

Outre le fait que BBB a adressé à AAA les avis d'opérés en poste restante, elle a fait suite à plusieurs demandes d'envoi de relevés de compte, notamment en date du 25 octobre 1999, du 24 novembre 2000, du 8 janvier 2001, du 22 janvier 2001, du 8 juin 2001, du 11 juin 2001, du 13 juin 2001 et du 1er février 2002.

Le reproche de AAA tiré d'une violation par BBB de son obligation de rendre compte est dès lors à rejeter pour être dénué de tout fondement.

La première réclamation écrite de AAA date du 15 janvier 2001, adressée à son gestionnaire DDD.

Que AAA ait également émis des protestations par voie téléphonique en date des 23 novembre, 30 novembre et 22 décembre 2000 à l'encontre de la politique d'investissement poursuivie par son gestionnaire DDD, reste, à défaut d'éléments de preuve circonstanciés, à l'état d'une simple affirmation, ce d'autant plus que AAA admet, dans une lettre adressée à BBB le 14 août 2002 par l'intermédiaire de la

Rechtsanwaltskanzlei EEE, que « *lange Zeit keine Kenntnis von den durch ihren Mitarbeiter* (DDD) *tatsächlich vorgenommenen Transaktionen hatte* »*,* étant précisé que « *die Auszüge über die vorgenommenen Transaktionen in einem Schiessfach der Bank deponiert wurden* ».

Si le témoin FFF, épouse de AAA, a déclaré dans son attestation testimoniale du 15 décembre 2003 qu'elle a entendu que son époux « *am 2.10.2000 und am 23.11.2000 am Telefon sehr verärgert war* », que des actions avaient été achetées « *und mit hohen Verlusten wieder verkauft wurden* », il n'en demeure pas moins que cette déclaration reste muette quant à la question de savoir quelles transactions auraient été mal exécutées ou non-exécutées, de sorte qu'elle ne saurait – de par son caractère lapidaire et nullement circonstanciée – porter à une quelconque conséquence juridique.

Il s'en suit que AAA doit être considéré comme ayant ratifié – de par son absence de protestation dans le délai lui imparti – toutes les opérations réalisées par la banque dans la période allant de l'ouverture du compte dépôt jusqu'au 15 décembre 2000, la première protestation utile n'étant en effet intervenue que le 15 janvier 2001.

Dans sa lettre de réclamation écrite du 15 janvier 2001 AAA, se rapportant aux avis d'opérés afférents à la période du 6 décembre 1999 au 5 janvier 2001, déclare avoir constaté « *unerwartete Verluste durch Kauf und Wiederverkauf der Aktien* ». Il fixe la perte découlant « *aus Kontoauszüge in oben genanntem Zeitraum* » à 243.921,80 €. Il fait référence à certaines transactions d'actions dont il prétend n'avoir pas connu « *weder Stückzahl, noch Kauf und Verkaufsdatum* ».

AAA fait, dans sa lettre de protestation du 15 janvier 2001, un amalgame entre les transactions tombant sous le coup de la ratification en raison de son silence gardé pendant des années et celles qui ne peuvent pas être considérées comme étant ratifiées par ce silence. Parmi ces dernières transactions comptent les ventes d'actions effectuées le 21 décembre 2000 et le 4 janvier 2001.

AAA critique ces ventes pour avoir engendré une perte. Mis à part le reproche – certes plausible – tiré d'une perte d'argent, AAA reste cependant en défaut de préciser, de manière circonstanciée, en quoi consistent exactement les critiques qu'il a adressées à BBB.

Que AAA ait librement accepté le changement de stratégie en rapport avec son portefeuille, ne saurait plus être mis en doute. Si AAA a été incité par le gestionnaire DDD à investir en actions, il n'est pas moins vrai que l'actuel appelant a librement adhéré à cette politique d'investissement, après mûre réflexion, comme en témoigne, entre autres éléments, la déposition de FFF du 15 décembre 2003.

Il ressort de cette déclaration ce qui suit : « (… …) *Mein Mann sagte, in den letzten 6 Jahren, hatte die BBB im Jahre nur ca. 2.500 DM an meinem Konto verdient und das ist für so ein Vermögen über 1.500.000 DM in Form von Wertpapier, wie ich auf Depot habe, für Bank zu wenig. Aber durch seine Empfehlung* (à lire: DDD), *wenn wir in die Aktien umsteigen, die Bank verdient ausser 2.500 DM Grundgebühr, kassieren nochmals Bankgebühren und sonstige Kosten durch Aktiengeschäfte. Je nach dem Umsatz in so hoher Kapital verdient ca 20.000 DM und im Jahr noch zusätzlich von meinem Depot. Ich sagte zu meinem Mann, ich hoffe, dass Herr DDD nicht an zweite Variation denkt, um durch Umsatz mit deinem Kapital mehr Profit zu machen. Mein Mann sagte, ich lasse mir noch etwas Zeit und warte noch mit seinen Vorschlägen.* (… …) ».

En acceptant finalement d'investir dans des actions, AAA a, au regard de ce qui précède, opté en toute connaissance de cause pour une politique d'investissement plus dynamique de sorte qu'il ne saurait actuellement, après avoir gardé le silence pendant plus de deux ans, revenir sur les transactions réalisées par la banque.

Tout reproche de AAA, tiré de la non-exécution d'un ordre ou de l'exécution de certaines opérations sans instruction préalable de sa part, est partant à écarter.

b) <u>quant aux fautes reprochées à BBB</u>

Il est de principe que le silence gardé par le client à la réception des avis d'opérés, valant ratification des opérations d'investissement réalisées par la banque, ne prive pas le client d'agir en responsabilité contre la banque pour violation de son obligation de conseil en rapport avec la gestion par elle réalisée.

En l'occurrence, les parties en cause s'accordent à dire qu'aucun contrat de gestion discrétionnaire n'a été conclu entre elles.

AAA était lié à BBB par un contrat de dépôt sur lequel s'est greffée une gestion simple.

La banque, comme tout autre professionnel, doit mettre le client en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service.

Si le devoir d'information porte sur des faits objectivement vérifiables, le devoir de conseil vise davantage à éclairer le client sur l'opportunité des choix à exercer. L'obligation de conseil implique une appréciation critique destinée à orienter le client au mieux de ses intérêts. L'obligation d'information et de conseil à charge de la banque

s'apprécie par référence aux compétences de la personne qui doit être éclairée (cf : La responsabilité des conseils en gestion de patrimoine par Silvestre TANDEAU DE MARSAC).

Si AAA n'est, certes, pas à considérer comme un professionnel-spécialiste des marchés boursiers, il n'en demeure pas moins qu'il n'est pas non plus profane en la matière. Dans ce contexte il n'est pas sans intérêt de relever que le portefeuille de AAA, transféré en 1993 par la GGG S.A. vers le compte détenu par l'appelant auprès de BBB, contenait déjà des valeurs à caractère spéculatif. Aussi, AAA a-t-il, à plusieurs reprises, recouru au service « *Client Service Line* » permettant de passer des ordres de bourse téléphoniques sans passer par l'intermédiaire de son gestionnaire.

AAA compte ainsi parmi les clients suffisamment versés dans le domaine des opérations financières pour se douter des risques que comporte toute opération spéculative, englobant des paris à la hausse ou à la baisse des valeurs. Il n'était pas sans savoir – étant précisé qu'il a adhéré à la nouvelle stratégie d'investissement en toute connaissance de cause et après y avoir longuement réfléchi (cf : attestation testimoniale du 15 décembre 2003) – que celui qui donne à son portefeuille une orientation dynamique court toujours le risque de perte qu'il ne doit normalement pas ignorer, l'incertitude inhérente à l'évolution du marché boursier faisant que le bon conseil donné aujourd'hui peut s'avérer un mauvais demain.

La responsabilité du banquier ne saurait dès lors être retenue pour la simple raison que l'opération conseillée ou déconseillée a tourné au préjudice du client. Pareille opération comporte toujours un risque de perte que le client ne doit normalement pas ignorer, la banque ne garantissant aucunement la sécurité du placement.

A cela s'ajoute que l'efficacité du conseil échappe à celui qui le donne, pour passer à celui qui prend librement la décision de le suivre ou non. Un débiteur ne saurait s'engager à garantir un résultat que la volonté du créancier est libre d'écarter (R. SAVATIER : les contrats de conseil professionnel en droit privé ; Dalloz 1972, Chronique 137).

En l'occurrence, le fait que la politique d'investissement adoptée se soit par la suite révélée peu judicieuse – politique d'investissement qui a été librement décidée et poursuivie par AAA – est à rechercher dans les aléas inhérents au développement du marché boursier en 2000 où bon nombre de spéculateurs ont essuyé des pertes financières importantes en présence d'une chute généralisée des cours.

Il suit de l'ensemble des considérations qui précèdent qu'on ne saurait reprocher à la banque un quelconque comportement fautif envers AAA de nature à engager sa responsabilité.

L'appel de AAA est partant à déclarer non fondé.

c) indemnités de procédure

AAA, qui devra supporter l'entièreté des frais, n'a pas droit à une indemnité de procédure.

La Cour dispose des éléments d'appréciation suffisants pour fixer à 1.500 € l'indemnité de procédure devant revenir à BBB pour la première instance.

Il échet également, sur base de ces mêmes éléments d'appréciation, d'accorder à BBB une indemnité de procédure de 1.500 € au titre des frais par elle exposés en instance d'appel.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit les appels principal et incident ;

dit l'appel principal non fondé ;

dit l'appel incident fondé ;

dit la demande de la société anonyme BBB S.A. en obtention d'une indemnité de procédure pour la première instance fondée et justifiée jusqu'à concurrence du montant de 1.500 € ;

condamne AAA à payer à la société anonyme BBB S.A. une indemnité de procédure de 1.500 € pour la première instance ;

confirme le jugement entrepris pour le surplus ;

condamne AAA à payer à la société anonyme BBB S.A. une indemnité de procédure de 1.500 € pour l'instance d'appel ;

condamne AAA aux frais et dépens de l'instance d'appel et ordonne la distraction au profit de Maître Guy LOESCH qui la demande, affirmant avoir fait l'avance des frais et dépens.