Arrêt commercial

Audience publique du six avril deux mille onze.

Numéro 35176 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Annette GANTREL, première conseillère;
Eliane ZIMMER, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

AAA, *commerçant, demeurant à UUU,*

appelant *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLE d'Esch-sur-Alzette du 7 août 2009,*

comparant par Maître Eyal GRUMBERG, avocat à Luxembourg ;

e t :

la société anonyme BBB S.A., *ayant précédemment porté les raisons sociales « BBB1 S.A. » et « BBB2 S.A. », établie et ayant son siège social à VVV, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du susdit exploit GALLE,*

comparant par Maître Philippe DUPONT, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 3 mars 2009 AAA a fait assigner la société anonyme BBB2 (ci-après BBB) pour s'entendre condamner au paiement de la somme de 88.291 € outre les intérêts légaux, à titre de réparation du préjudice par lui subi en raison de la violation par la banque de ses obligations d'information et de conseil, respectivement des règles de conduite prévues par la loi sur le secteur financier, ainsi que la somme de 2.500 € à titre d'indemnité de procédure.

AAA a exposé à l'appui de sa demande qu'il a été contacté en mars 2008 par son conseiller habituel de la banque CCC, qu'il détenait à cette époque quelque 100.000 € d'économies et des actions « FFF », que le conseiller a incité le requérant à réaliser des investissements en bourse, recommandant l'achat de la Sicav EEE, ainsi que des actions BBB1 et DDD, qu'il souhaitait conserver 75.000 € afin d'investir dans un projet immobilier, mais que le représentant de la banque a insisté sur un investissement boursier, malgré le fait que le requérant n'a que des connaissances très basiques en matière d'investissement boursier ; qu'il a acheté ainsi en date du 6 mars 2008 2700 actions BBB1 au prix unitaire de 14,68 €, qu'en date du 3 avril 2008 il a encore acquis 800 actions BBB1 au prix unitaire de 16,24 €, de même que 1.500 actions DDD et 20 titres de la Sicav EEE. Suite à la crise financière, les titres acquis ont été largement dévalués, et face à la perte affichée par les titres BBB1, il a racheté 4.500 au prix unitaire de 5,49 € dans l'espoir de réaliser une plus-value sur ces titres, mais que cette opération s'est soldée par une perte supplémentaire de 16.562 € dans la mesure où il a revendu ces titres à 1.93 €.

Il recherche la responsabilité de la banque sur base des articles 1134 et suivants du Code civil et de la loi modifiée du 5 avril 1993 sur le secteur financier.

Dans son jugement rendu le 2 juillet 2009, le tribunal a dit la demande de AAA non fondée et a rejeté les demandes en allocation d'une indemnité de procédure.

Pour statuer ainsi, le tribunal

- a dit non fondé le moyen de la banque tiré du fait que le demandeur invoque comme base légale de sa demande l'article 37-3 de la loi modifiée du 5 avril 1993 sur le secteur financier, alors que l'action réside dans le fait dommageable et non dans le texte légal invoqué
- se prévalant du fait que le client, après s'être entretenu avec son interlocuteur bancaire et avoir donné l'ordre d'acquérir 2.700 actions BBB1 et 20 parts de la Sicav EEE, a fait les opérations ultérieures de sa propre initiative, a dit que la banque a agi dans sa qualité de mandataire, et non pas dans le cadre d'une convention de gestion discrétionnaire, respectivement de gestion-conseil
- a dit que la banque, dans le cadre du dépôt avec mandat d'effectuer des ordres de bourse sur ordre spécifique, était tenue d'une obligation de renseignement et de conseil qui s'analyse en une obligation de mise en garde et de moyens
- a dit que l'obligation de conseil en l'espèce était accrue du fait que le client a demandé lors du premier entretien l'avis du banquier
- a constaté, au vu de l'attestation testimoniale CCC, que la banque ne donne pas d'avis sur l'achat d'actions en général, que l'interlocuteur bancaire n'a formulé aucune recommandation quant à l'acquisition des actions BBB1 et DDD et a insisté

que le client garde la majorité en liquidités et a retenu en conséquence que la banque n'a pas violé son obligation de conseil dans le cadre de l'exécution des opérations boursières

- a rejeté l'offre de preuve par témoins présentée par AAA
- a dit que dans le cadre du contrat de dépôt, découplée de toute mission de conseil en investissement, la banque na pas d'obligation de conseil et de renseignement envers le client déposant
- a dit que la banque a satisfait à son obligation d'information
- a écarté le moyen tiré de la violation de la loi précitée du 5 avril 1993 dans la mesure où les règles de conduite du secteur financier ne constituent pas per se de base légale permettant aux clients d'invoquer une violation de ces règles dans le cadre de l'action en responsabilité.

De ce jugement AAA a régulièrement relevé appel en date du 7 août 2009.

L'appelant critique les premiers juges pour ne pas avoir retenu dans le chef de la société BBB la violation de ses obligations de conseil et de renseignement ; il fait valoir que ces obligations se retrouvent renforcées par le fait qu'il est un profane en la matière boursière et qu'il existe une présomption que le client est un amateur. En ce qui concerne l'attestation testimoniale de CCC, employé de banque, il soutient aux termes de son acte d'appel qu'il faudrait l'accueillir avec la plus grande circonspection pour finalement conclure à l'écarter des débats, au motif que la prise en compte de ce témoignage serait contraire au principe de l'égalité des armes inscrit à l'article 6 § 1de la Convention européenne des droits de l'homme et il se réfère à cet égard à un arrêt de la Cour des droits de l'homme rendu dans une affaire XXX c/ PAYS BAS en date du 27 octobre 1993 ; en ordre subsidiaire, il demande l'audition de ce témoin. Il conclut partant à la réformation du jugement entrepris.

La partie intimée oppose l'irrecevabilité de la demande en tant que basée sur la loi modifiée du 5 avril 1993 sur le secteur financier pour constituer une demande nouvelle dans la mesure où la demande aurait été initialement basée uniquement sur les articles 1134 et suivants du Code civil ; elle oppose encore l'irrecevabilité pour être fondée sur une prétendue violation des règles de conduite du secteur financier. Quant au fond, elle résiste à la demande en déniant être tenue d'une obligation de conseil et de renseignement à l'égard du client qui ne serait d'ailleurs pas un profane en la matière ; en ordre subsidiaire, si la Cour devait retenir à sa charge une obligation de conseil et de renseignement, elle conteste toute faute en son chef, elle conteste l'existence d'un préjudice en relation causale avec la prétendue faute par elle commise, elle conteste plus spécialement l'existence d'une faute grave pour laquelle elle serait tenue en vertu des clauses des conditions générales (clause 57) à l'exclusion de toute autre faute, finalement elle invoque la ratification tacite des opérations par le client. En tout état de cause, quant à l'attestation testimoniale de CCC par elle versée, elle estime qu'il n'existe aucun empêchement à prendre en considération l'attestation testimoniale CCC et elle s'oppose à l'audition du témoin dans la mesure où une audition n'apporterait pas d'éléments différents de ceux dont il a déjà attesté. La société BBB conclut partant à la confirmation du jugement entrepris.

Quant aux faits de la cause, la Cour se réfère à l'exposé minutieux et correct fait par les premiers juges.

Quant aux moyens d'irrecevabilité de la demande

Il est constant en cause et ressort des motifs du jugement entrepris que AAA avait basé sa demande entre autres sur les dispositions de la loi modifiée du 5 avril 1993 sur le secteur financier ; il n'a pas renoncé en cours de procédure à invoquer cette base légale, de sorte que le moyen tiré de la nouveauté est à rejeter.

C'est d'ailleurs à juste titre, et par une motivation que la Cour adopte, que les premiers juges ont retenu que le moyen d'irrecevabilité, tiré du fait que AAA invoquait comme base légale de sa demande l'article 37-3 de la loi modifiée du 5 avril 1993 sur le secteur financier, n'était pas fondé dans la mesure « *que la cause réside dans le fait dommageable et non pas dans le texte légal sur lequel la demande est basée.* »

Quant à la recevabilité du témoignage de CCC

La partie BBB a versé à l'appui de sa défense une attestation testimoniale de CCC, employé de la société BBB et interlocuteur bancaire de AAA. Dans cette attestation CCC relate qu'en date du 5 mars 2008 il a eu une entrevue avec le client AAA ayant porté sur les alternatives de placement par rapport au compte à terme. Il aurait proposé au client un investissement à capital garanti sur une durée de 3 ans (EEE). Comme AAA lui a demandé son avis sur l'action BBB1, CCC lui aurait dit que la banque ne donnait jamais de recommandations pour l'achat d'actions en général et qu'il lui était formellement interdit de donner des recommandations quelconques sur l'action BBB1. Il aurait insisté vis-à-vis du client sur le fait que AAA devait garder la majorité de ses avoirs en cash à court terme. Le 6 mars 2008 AAA l'aurait informé par écrit de son choix (d'acheter des actions BBB1 et des Sicav EEE), et après avoir reçu les instructions écrites de ce dernier, CCC a exécuté ces ordres. En date du 3 avril 2008 le client aurait encore donné de sa propre initiative des ordres à la banque pour vendre le portefeuille GGG et acheter des actions BBB1 et DDD, ordres qui ont été exécutés.

En s'emparant des déclarations de CCC, le tribunal de première instance a retenu que AAA n'a reçu aucune recommandation quant aux titres BBB1 et DDD et qu'il a déterminé seul sa stratégie d'investissement en émettant des ordres d'achat, que la banque n'a partant pas commis de faute en ce qui concerne son obligation de conseil.

AAA, n'ayant lui-même pas produit d'attestation testimoniale, soutient qu'il y aurait eu violation du principe de l'égalité des armes inscrit à l'article 6 par.1er de la Convention européenne des droits de l'homme, se référant plus spécialement à un arrêt de la Cour des droits de l'homme rendu le 27 octobre 1993 dans une affaire XXX c/ PAYS-BAS, en raison du fait que le tribunal a accepté le témoignage de l'employé de la banque.

S'il est exact que selon la jurisprudence de la Cour « *l'égalité des armes implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa défense - y compris ses preuves - dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »,* il n'y a pas en l'espèce violation du principe de l'égalité des armes dans la mesure où le demandeur a pu présenter sa défense et a été mis sur un pied d'égalité avec la banque ; ce n'est pas parce qu'il ne présente pas de témoins pour soutenir son argumentation qu'il y aurait rupture du principe d'égalité des armes et que le témoin de la partie adverse devrait être écarté parce qu'il est le représentant de la banque (voir également Cour d'appel 23 février 2005, no 26952 du rôle)

La Cour tient encore à relever que l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt précité du 27 octobre 1993 diffère essentiellement de la présente cause dans la mesure où dans l'affaire XXX précitée les deux parties disposaient chacune d'un témoin et que le témoin d'une des parties a été écarté par le juge national au motif qu'il s'identifiait à la partie.

Il s'en suit qu'il n'y a pas en l'espèce violation de l'article 6 § 1er de la Convention des droits de l'homme et qu'il n'existe aucun empêchement légal à considérer l'attestation testimoniale de CCC.

La Cour rejette par ailleurs la demande subsidiaire de AAA tendant à l'audition de ce témoin comme étant dépourvue d'utilité ; en effet CCC a attesté de façon précise sur les relations ayant existé entre parties et les ordres donnés par le client. Par ailleurs l'offre de preuve de l'appelant tendant à établir par l'audition du seul témoin CCC sa version des faits et notamment le fait qu'il aurait été incité par la banque à investir dans les actions DDD et BBB1 est à déclarer irrecevable, les faits offerts en preuve étant d'ores et déjà contredits par l'attestation CCC.

Quant à l'obligation de conseil, de renseignement et d'information de la banque

Il est constant en cause que les parties n'avaient pas conclu de contrat de gestion discrétionnaire ou de contrat de gestion conseil, de sorte que les premiers juges ont pu dire que les obligations à charge de la banque et l'éventuelle faute par elle commise étaient à apprécier dans le cadre du contrat de mandat, respectivement dans le cadre du contrat de dépôt.

Il ressort de l'attestation testimoniale CCC que le client déterminait seul sa stratégie d'investissement et donnait seul les ordres boursiers à son banquier.

En présence d'un simple dépôt, dans lequel le banquier s'abstient de donner tout conseil à son client, le banquier n'a en général qu'une obligation de diligence dans la garde des titres (Richard ROUTIER, éd 2008, obligations et responsabilité du banquier, no 353.21, p. 494). Il est tenu toutefois d'informer son client sur les opérations complexes, comportant des risques particuliers, ce qui n'était pas le cas en l'espèce s'agissant de simples ordres d'achat d'actions.

C'est à juste titre que les premiers juges ont retenu qu'en l'espèce la banque, en tant que dépositaire découplée de toute mission de conseil en investissement, n'était pas tenue à conseiller et informer le client déposant en ce qui concerne les faits susceptibles d'avoir une influence sur les cours bousiers ; elle n'était partant pas tenue d'avertir AAA de la baisse du cours des titres.

Ils ont encore à bon droit tenu compte du caractère averti du client en retenant concrètement que « *AAA était titulaire d'actions FFF et GGG et il a suivi avant et pendant les opérations les cours des titres BBB1 et DDD, de sorte qu'il avait parfaitement connaissance, surtout en tant que commerçant, de la nature des titres acquis ».* AAA n'est pas présumé être un profane en la matière et, si une telle présomption devait exister, elle est en l'espèce renversée par les faits ci-avant exposés.

Toutefois, dans le cadre du contrat de dépôt avec mandat d'accomplir des ordres bousiers sur ordre spécifique et en prenant en considération le fait que AAA a expressément sollicité le conseil de la banque sur des placements en actions au cours de l'entrevue avec CCC en date du 5 mars 2008, la Cour constate avec les premiers juges que la banque était tenue d'une obligation de renseignement et de mise en garde.

Le devoir de mise en garde, qui est une déclinaison de l'obligation de conseil, suppose que le banquier attire l'attention du client sur les dangers potentiels d'une opération donnée. Le devoir de mise en garde vise à prévenir non pas tous les risques, et encore moins ceux qui ne sont qu'hypothétiques (Richard ROUTIER, précité, no 361.21, p. 514). Il s'agit d'un conseil négatif de ne pas faire, accompagné de l'explication des dangers ou inconvénients encourus si le conseil n'est pas suivi.(Cour 23 février 2005, précité).

En l'espèce la responsabilité de la partie BBB, qui a fourni concrètement certains conseils et renseignements au client, tel que cela résulte de l'attestation de CCC, est à apprécier par rapport aux informations et conseils donnés. La banque, en ayant insisté à ce que le client garde la majorité de ses avoirs en liquidités, ce qu'il n'a pas fait, et en s'étant abstenue de donner des recommandations quant à l'acquisition des actions DDD et BBB1 - elle n'a partant pas incité le client à acquérir ces actions - n'a pas manqué à ses obligations de renseignement et de mise en garde. Elle n'était d'ailleurs pas tenue, contrairement aux allégations de AAA, dans le cadre des relations contractuelles spécifiques, de donner des conseils précis sur l'acquisition des actions litigieuses.

En ce qui concerne l'application de l'article 37-3 de la loi modifiée du 5 avril 1993 sur le secteur financier, c'est à bon droit et par une motivation que la Cour adopte, que les premiers juges ont écarté le moyen tiré de la violation de l'article 37-3 précité.

La Cour constate dès lors avec les premiers juges que la demande de AAA n'est pas fondée, aucune faute n'étant établie dans le chef de la société BBB.

Il suit des développements qui précèdent que l'appel est à déclarer non fondé.

Les parties réclament une indemnité de procédure pour les deux instances. Les premiers juges avaient rejeté les demandes des parties pour la première instance.

La partie qui succombe et est à condamner aux frais et dépens de l'instance ne peut prétendre à l'obtention d'une indemnité de procédure. La demande de AAA en paiement d'une indemnité de procédure est dès lors à rejeter.

La demande de la partie BBB est par contre fondée, étant inéquitable de laisser à sa charge l'intégralité des frais non compris dans les dépens qu'elle a dû exposer en instance d'appel et en première instance. Il y a lieu de lui allouer la somme de 1.500 € pour l'instance d'appel et, par réformation du jugement entrepris, la somme de 1.500 € pour la première instance, justifiées au titre d'une participation aux honoraires d'avocat.

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, sauf à allouer à la partie BBB une indemnité de procédure de 1.500 € pour la première instance,

condamne AAA à payer à la société anonyme BBB la somme de 1.500 € à titre d'indemnité de procédure pour la première instance et la somme de 1.500 € à titre d'indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

rejette la demande de AAA en paiement d'une indemnité de procédure,

condamne AAA aux frais et dépens des deux instances avec distraction au profit de Maître Philippe Dupont, sur ses affirmations de droit.