Arrêt commercial

Audience publique du onze janvier deux mille douze.

Numéro 35990 du rôle.

Composition :

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

E n t r e :

A, *ingénieur civil, demeurant à F-….. U,*

appelant *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg du 6 avril 2010,*

comparant par Maître Jean-Paul KILL, avocat à Luxembourg ;

e t :

la société anonyme B S.A., *venant aux droits de la société C S.A., établie et ayant son siège social à L-…. V, 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 KURDYBAN,*

comparant par Maître Philippe DUPONT, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 21 avril 2009, A a fait donner assignation à la société C à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour l'y entendre condamner aux fins plus amplement spécifiées au dispositif du prédit exploit.

A l'appui de sa demande A a fait exposer, en substance :

- que la banque aurait, de sa seule initiative, conseillé à A en décembre 2001 d'acheter des actions privilégiées D 7,125 % ;
- qu'il aurait acquiescé à l'achat de cet instrument financier en investissant la somme de 55.000 € ;
- que par courrier du 22 novembre 2002, la banque l'aurait, à nouveau de sa seule initiative, contacté en lui proposant d'acheter un instrument financier hybride émis par E ; que, dans le cadre de cette offre, la banque lui aurait garanti de percevoir tous les ans jusqu'à la vente du titre un revenu fixe de 7,5 % du montant investi ; que, réconforté par cette garantie, il aurait investi le montant de 70.000 € ;
- que dans un premier *diagnostic*, établi en 2003, il aurait mentionné sous la rubrique *profession* être en « *chômage* » ; qu'un deuxième *diagnostic*, établi en 2007, aurait indiqué comme objectif de placement « *préparer ma retraite* » ;
- qu'il aurait entretemps perdu l'entièreté de ses investissements.

Ayant plus particulièrement reproché à la banque C d'avoir failli à son obligation d'informer le client sur les risques particuliers attachés aux opérations spéculatives et à son obligation consistant à informer le client en cas de perte imminente de l'argent investi, A conclut à la condamnation de la banque C :

1) au paiement du montant de 70.000 € relatif à l'acquisition des instruments financiers E avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde, ainsi que les intérêts à 7,5 % l'an suspendus depuis « *environ deux à trois ans* », soit un minima de 10.500 € et les commissions sur 15 ans ;
2) au paiement du montant de 55.000 € relatif à l'acquisition des instruments financiers D, actuellement F, et à la poursuite des paiements des intérêts de 7,125 € durant 20 ans, avec dispense de payer des frais de garde et autres débours ;
3) au paiement d'une indemnité de procédure de 3.000 € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Par jugement du 10 février 2010, le tribunal a déclaré la demande recevable, l'a dit non fondée, a condamné A à payer à la banque C une indemnité de procédure de 1.000 € et a condamné A aux frais et dépens de l'instance.

De ce jugement, A a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 6 avril 2010.

A relever que suite à une fusion par absorption avec effet au 1er octobre 2010, B a absorbé C S.A. entraînant le transfert universel de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée.

A reproche aux juges de première instance d'avoir dit que les règles de conduite édictées par la loi modifiée du 5 avril 1993 sur le secteur financier, ensemble la circulaire 2000/15, ne constituent pas une base légale permettant aux particuliers d'agir en justice en invoquant une violation de ces dispositions par la banque, alors que – et l'appelant se réfère dans ce contexte à l'article de Maître Alex SCHMIT, publié dans le Recueil de doctrine « Droit bancaire et financier au Luxembourg », vol. 2, Larcier 2004, p. 484 – *les juridictions peuvent cependant tenir compte des règles de conduite applicables dans le secteur financier, lorsque, saisies d'une action contre le banquier, elles apprécient le comportement de ce dernier, par référence au standard du professionnel normalement prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances de temps et de lieu.*

A préciser d'emblée que la Cour saisie du présent litige fait, à l'instar des juges de première instance, sienne la motivation de la décision rendue par la Cour le 22 avril 2009 sous le numéro 32 760 du rôle (affaire C c/ M), disant que *les règles de conduite édictées par la loi du 5 avril 1993 et la circulaire 2000/15 de la CSSF 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 constituant pas une base légale permettant aux particuliers d'agir directement en justice en invoquant une violation de ces dispositions.*

A relever également que la loi du 13 juillet 2007 relative aux marchés financiers (MIFID) ne saurait trouver application en l'espèce, les opérations litigieuses ayant été effectuées en 2001-2002.

Dans son acte d'appel, A reproche à la banque B trois fautes, caractérisées comme suit :

- *faute dans l'obligation de la banque de connaître son client*

A fait grief à la banque B de n'avoir pas analysé le profil exact de son client au moment de l'ouverture de son compte.

- *faute dans l'obligation de renseignement et de conseil*

A soutient que la banque, débitrice d'une obligation de conseil et de renseignement envers son client, aurait dû éclairer celui-ci, de manière loyale, sur les services bancaires et bousiers utilisés ainsi que sur les risques encourus.

A critique les juges de première instance de n'avoir pas analysé, en ce qui concerne l'achat des actions E, la valeur juridique de l'engagement pris par la banque B envers son client, engagement se lisant comme suit : « *Ce produit*

s'adresse à des investisseurs cherchant en priorité à percevoir et maintenir dans la durée une rémunération fixe. En effet le dividende annuel de cette action sera fixé à 7,5% ». A estime que, face à un tel engagement, *toutes les conditions pour un cautionnement telles que prévues par les articles 2011 et suivants du Code civil* seraient *remplies.* L'appelant ajoute que, de toute façon, la banque B serait tenue *d'une responsabilité par rapport aux informations par elle produites, circonscrite par les limites de ce que la banque pouvait connaître et dévoiler*.

- *faute consistant dans l'ingérence dans les opérations de compte*

A fait plaider que le fait par la banque de *racoler* les clients en leur suggérant *l'opportunité de prendre une décision particulière quant à la gestion de ses opérations* et en les *séduisant* par tel ou tel avantage particulier se serait immiscée dans la gestion du patrimoine du client.

- *faute d'informer le client de l'insolvabilité imminente des émetteurs*

A reproche à la banque B de n'avoir pas jugé utile de l'informer spontanément de l'insolvabilité de E, ce d'autant plus que la partie appelante se trouvait désormais liée à la banque par un contrat de gestion assistée. Concernant les actions D, A fait grief à la banque B de n'avoir donné aucune information, se *contentant de verser en cours des débats un communiqué de presse de F qui aurait prévu le redressement imminent de la banque D.*

A conclut, aux termes de ses dernières conclusions, aux mêmes fins que l'acte introductif d'instance et réclame une indemnité de procédure de 1.000 € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

La banque B conclut à la confirmation du jugement entrepris et à voir débouter A de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure. Elle réclame, à son tour, une indemnité de procédure de 3.000 € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

DISCUSSION

Les faits tels qu'ils ressortent des pièces versées au dossier se présentent comme suit :

A a ouvert dans les livres de la banque un compte n° 1596 en date du 7 avril 1994. A ce moment A a déclaré exercer la profession de directeur de division. Le même jour A a conclu avec la banque un contrat de gestion discrétionnaire, donnant par là mandat à la banque de gérer le portefeuille dans l'optique de l'objectif « *performance* », étant précisé que A avait le choix entre les objectifs *sécurité*, *équilibre, croissance, performance.*

Il n'est pas contesté en cause qu'en 2000, A souhaita gérer lui-même son portefeuille, la banque devant se limiter à l'exécution des ordres donnés par son client.

Par courrier du 5 décembre 2001, la banque en se prévalant d'un entretien téléphonique entre parties du 3 décembre 2001 a confirmé la souscription par A d'actions privilégiées D 7,125 %.

Le 26 novembre 2002, A a souscrit des actions privilégiées E 7,5 %.

C'est seulement en 2003 que A décida de se faire assister par la banque dans la gestion de son portefeuille.

Le 24 avril 2003 fut établi lors d'un premier *diagnostic* le *profil financier* de A en ce sens que le profil d'investissement correspondant le mieux à A fut celui du *risque moyen*, que l'objectif de placement fut la *valorisation du capital* du client, que les connaissances de A en matière boursière et financière furent *bonnes.*

Que le *profil personnel* de A renseignât qu'il était en *chômage*, ne change rien au fait que A était un investisseur intéressé par toutes sortes d'instruments financiers offerts par la banque. Ceci ressort plus particulièrement encore du *diagnostic* effectué en 2007 dans lequel A, prétendant exercer l'activité d'un *dirigeant de société*, indiquait comme *principales sources de revenu annuel* les *actions en bourse.* L'indication par A que l'objectif de son placement serait la *préparation de la retraite* ne signifie certainement pas – au regard de toutes les autres indictions figurant sur les *diagnostics* effectués – que l'appelant serait à considérer comme un profane en rapport avec les différents instruments lui proposés.

Ceci est d'autant plus vrai que A a précisé, quant au type d'investissement recherché, qu'il recherche *des placements risqués* et qu'il *accepte des fluctuations pour obtenir de la performance.*

Le 28 novembre 2008, A charge la banque de le conseiller en matière de souscription, d'achats et de vente de valeurs mobilières et autres instruments financiers. Il ressort de l'annexe à la *Convention Conseil* que A était d'accord à ce que le *niveau de risque* est *élevé* et que la *stratégie conseillée* est *offensive.* Il a déclaré avoir une *expérience des marchés financiers de plusieurs années.*

Il ressort de tous ces éléments que A est à considérer comme un spéculateur averti. Il avait nécessairement connaissance des instruments d'investissement lui proposés et il est censé avoir accepté en toute connaissance de cause les risques y afférents. A s'en tenir aux diagnostics ci-avant mentionnés, A compte parmi les clients suffisamment versés dans le domaine des opérations d'investissement pour se rendre compte de leur portée réelle et des risques que comportent de telles opérations.

Que A et la banque B aient été en relations depuis de longue date, ne saurait être sérieusement contesté par l'appelant.

Ainsi, la Cour fait sienne l'argumentation de la banque B, consistant à dire que les *diagnostics* effectués en 2003 et 2007 ne constituent que la formalisation par écrit des informations en rapport avec le profil de A, de sorte que le reproche formulé à l'encontre de la banque, tiré de son défaut *de connaître son client*, tombe à faux.

Il appert des faits ci-avant exposés que les opérations litigieuses se situent lors de la période où A n'était lié à la banque B ni par un contrat de gestion discrétionnaire ni par une convention de gestion assistée. Les opérations actuellement critiquées se situent dans le cadre d'un contrat de dépôt de titres. L'obligation de prévenir, d'aviser ou d'informer le client est une obligation accessoire à ce contrat. Si cette obligation englobe celle de mettre en garde le client de façon générale, elle n'englobe cependant pas l'obligation d'information sur l'opportunité d'acquérir tel ou tel titre. Ainsi, dans le cadre du contrat de dépôt, le client gère personnellement son portefeuille en passant lui-même les ordres afférents ou en donnant des instructions à cet effet au professionnel. Tous les conseils prodigués par la banque n'ont d'autre but que d'éclairer le client sur l'opération à effectuer, le choix de la décision finale incombant toujours au client.

C'est toujours le client qui gère et assume les risques de la gestion.

Encore faut-il préciser que l'information par la banque est fonction des compétences du client et de l'inexpérience de celui-ci.

Or, comme relevé ci-avant, les objectifs visés par A ne sont certainement pas ceux qu'aurait adoptés un néophyte en matière financière. Au contraire, tout au long de ses relations avec la banque B, A a manifesté un goût certain pour les opérations à risque. Dans ces circonstances, A – qui connaissait le fonctionnement du marché financier et les risques y liés – est mal placé pour reprocher à la banque un manque d'information que ce soit en rapport avec la souscription des titres D ou E.

Dans le cas des titres privilégiés E, A avait été clairement informé sur la nature du titre, son fonctionnement et sa rentabilité dans la lettre lui adressée par la banque B en date du 22 mai 2002.

Il n'est pas sans intérêt de relever que A ne s'est plaint du résultat obtenu par la souscription des actions litigieuses qu'en 2007 et 2009. Si l'investissement dans ces titres s'est avéré judicieux en 2002-2003 compte tenu de la conjoncture de l'époque, ce n'est qu'au moment où le marché a périclité suite à la crise des *sub-primes* que A a manifesté son mécontentement à propos des instruments financiers litigieux qui lui avaient pourtant apporté des gains pendant des années.

Que l'investissement boursier ait tourné au préjudice du client ne saurait être reproché à la banque, étant précisé qu'un tel investissement est de par sa nature sujet à fluctuations. En raison de l'incertitude inhérente à l'évolution du

marché boursier, un bon conseil ou une bonne information donnée aujourd'hui peuvent en effet s'avérer des mauvais demain.

A cela s'ajoute que l'efficacité d'une information échappe à celui qui donne cette information pour passer à celui qui décide librement de donner suite à cette information. Un débiteur ne saurait en effet garantir le résultat d'une information que la volonté du créancier est libre de ne pas prendre en considération.

Le reproche de A, tiré d'un manque d'information ou d'un manque de conseil de la part de la banque, est partant à rejeter.

A ne saurait pas davantage reprocher à la banque B de n'avoir pas tenu son engagement pour les titres E *de percevoir un revenu fixe de 7,50 % du montant investi*, la banque ne s'étant en effet nullement engagée, par ce bout de phrase, à payer le dividende au lieu et place de la société émettrice E au cas où cette dernière ne serait pas en mesure de le faire.

Comme l'a correctement fait plaider la banque B, c'est l'émetteur qui garantit au porteur du titre la distribution d'un tel dividende si les conditions financières restent propices à une telle distribution. Si ces conditions changent, il n'appartient pas à la banque de supplier à la carence de la société émettrice.

C'est encore en vain que A entend engager la responsabilité de la banque B pour l'avoir incité à investir dans les instruments financiers litigieux notamment en l'approchant, sans y avoir été invitée, et en le *séduisant* par tel ou tel avantage particulier attaché au titre.

Comme relevé ci-avant, le client dont le profil s'apparente à celui d'un investisseur très versé dans les affaires boursières, par ailleurs lié à la banque ni par un contrat de gestion discrétionnaire ni par un contrat de gestion assistée au moment de l'achat des titres litigieux, ayant ainsi opéré en toute indépendance, était censé garder tout son esprit critique face aux instruments financiers lui proposés et ne saurait actuellement invoquer son comportement passif pour s'affranchir de son obligation qu'il avait de s'enquérir plus amplement auprès de la banque des instruments financiers qui lui avaient été recommandés de manière standardisée et impersonnelle. Aucun conseil personnalisé n'avait en effet été donné par la banque B à A en rapport avec les titres litigieux et, même si tel avait été le cas, l'appelant, vu son profil d'investisseur avéré, aurait été libre de l'écarter.

Enfin, A fait grief à la banque B d'avoir manqué à son obligation de l'informer de l'insolvabilité imminente d'E et de D (devenue F suite à la scission de D).

Au moment où la situation financière des sociétés émettrices allait en s'aggravant, A était lié à la banque B par un contrat de gestion assistée aux termes duquel (cf : article 5 : *Responsabilité - risques inhérents aux marchés boursiers*), la banque *ne pourra être tenue pour responsable ni d'une diminution (même temporaire) de valeur des avoirs dont elle assure la garde, ni des fluctuations dans le rendement* … …). Comme en témoignent les pièces du

dossier, A fut – entre autres – suivant courriers datés des 28 janvier, 21 février et 23 octobre 2008 informé de l'évolution négative desdites sociétés émettrices, des raisons qui ont entraîné une diminution de son investissement et des dispositions à prendre pour parer au pire.

Que ces informations n'aient pas été adressées *spontanément* à A, mais sur sa demande de renseignement du 28 novembre 2007 est sans conséquence juridique, A ayant lui-même admis dans son courrier avoir parfaitement connaissance de la baisse de valeur de ses titres E et D dont l'évolution a été rigoureusement suivie par lui.

Il suit de l'ensemble de ces considérations qu'aucune faute ne saurait être retenue à charge de la banque B, de sorte qu'il y a lieu de confirmer les juges de première instance en ce qu'ils ont débouté A de sa demande en indemnisation et de sa demande en paiement d'une indemnité de procédure.

Vu l'issue du litige, A ne saurait prétendre à l'octroi d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

La Cour dispose des éléments d'appréciation suffisants pour fixer à 3.000 € l'indemnité de procédure devant revenir à la banque B au titre de 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 de la mise en état,

reçoit l'appel ;

le dit non fondé ;

confirme le jugement entrepris ;

déboute A de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

condamne A à payer à la société anonyme B une indemnité de procédure de 3.000 € pour l'instance d'appel ;

condamne A aux frais et dépens de l'instance d'appel.