

Arrêt commercial

Audience publique du quatre mars deux mille quinze

Numéro 39613 du rôle.

Composition :

Roger LINDEN, président de chambre;  
Marianne HARLES, conseillère ;  
Elisabeth WEYRICH, conseillère;  
Patrick KELLER, greffier.

**Entre :**

**A**, (...), demeurant à (...),

**appelant** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant  
Véronique REYTER en remplacement de l'huissier de justice Jean-  
Claude STEFFEN d'Esch-sur-Alzette du 8 février 2013,

comparant par Maître Joram MOYAL, avocat à la Cour, demeurant à  
Luxembourg ;

**et :**

**B**, établie et ayant son siège social à (...), 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 REYTER,

comparant par Maître André MARC, avocat à la Cour, demeurant  
à Luxembourg.

## LA COUR D'APPEL :

En date du 10 mars 2004, A a conclu un contrat de gestion de portefeuille avec B.

Par exploit d'huissier de justice du 17 mars 2010, A a fait donner assignation à B à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, pour l'entendre condamner à lui payer le montant de 142.156,09 euros avec les intérêts à 9,5% l'an à partir du 8 juillet 2008, date d'une première réclamation, sinon à partir du 25 novembre 2008, date d'une mise en demeure, sinon à partir du jour de la demande en justice, jusqu'à solde. Il a requis l'octroi d'une indemnité de procédure de 5.000 euros et l'exécution provisoire sans caution du jugement à intervenir.

Suite au moyen soulevé par l'assignée quant au transfert de sa clientèle privée en 2005 à C, A a fait donner assignation, par exploit d'huissier de justice du 17 février 2011, à C à comparaître devant ce même tribunal, mais siégeant en matière commerciale, pour entendre condamner la défenderesse à lui payer le montant de 164.039,09 euros avec les intérêts à 9,5% l'an à partir des mêmes dates que celles reprises ci-dessus, jusqu'à solde. Il a sollicité une indemnité de procédure de 5.500 euros et l'exécution provisoire sans caution du jugement à intervenir.

A l'appui de ses demandes, le requérant a exposé :

- que le contrat du 10 mars 2004 n'a pas été exécuté suivant les règles de l'art,
- qu'il a subi une perte à hauteur de la somme qu'il a réclamée dans l'assignation,
- que la banque a investi son argent dans des devises hautement spéculatives, comme la couronne islandaise et le rand sud-africain, ce qui constituait une négligence grave,
- que la banque a en outre investi son argent dans des obligations à long terme, couvertes par des opérations de change,
- que cependant un investissement dans des obligations était exclu par les stipulations contractuelles, sauf autorisation expresse du client,
- qu'il n'était pas d'accord avec des investissements à haut risque.

C a contesté avoir commis une faute dans la gestion des avoirs du demandeur. Elle a soutenu avoir été autorisée à investir dans des titres à intérêt fixe, des obligations convertibles et des actions de jouissance. L'achat des obligations aurait été effectué dans le respect des termes du contrat de gestion. Elle a affirmé que le banquier ne garantit pas les plus-values recherchées et qu'en l'occurrence, la gestion prise dans son ensemble a permis de réaliser un bénéfice s'élevant à 303.321,25 euros. Elle a contesté en outre les montants réclamés par le demandeur.

Par jugement du 14 décembre 2012, le tribunal d'arrondissement a déclaré statuer en matière commerciale et joindre les deux affaires. Il a retenu que la cession du contrat entre B et C avait été notifiée au demandeur et acceptée par ce dernier de sorte que la demande était à déclarer non fondée en ce qu'elle était dirigée contre B. Après avoir analysé les moyens soulevés par le demandeur et C, le jugement a rejeté la demande dirigée contre cette dernière.

A l'appui de leur décision, les juges ont retenu que le demandeur n'a pas établi que la banque a investi dans des produits différents de ceux qu'elle était autorisée à acheter en vertu des stipulations du contrat du 10 mars 2004. Ils ont ajouté que la gestion de la banque a été globalement positive et qu'elle a généré un profit. Dans ces conditions, le demandeur ne pourrait se prévaloir de ce que quelques opérations se sont soldées par une perte pour rechercher la responsabilité de la banque.

Par exploit d'huissier de justice du 8 février 2013, A a régulièrement interjeté appel contre ce jugement qui n'a pas été signifié.

Il a précisé diriger cet appel uniquement contre B, les deux sociétés C et B ayant fusionné le 7 août 2012.

A l'appui de son recours, A a soutenu que la banque a investi dans des produits autres que ceux prévus au contrat conclu entre parties et qu'elle n'a pas respecté son profil d'investisseur. La banque aurait investi dans des produits hautement spéculatifs, manquant à ses obligations de loyauté et de diligence. Elle aurait encore manqué à son obligation d'information sur les risques encourus dans le cadre des investissements qu'elle a réalisés pour lui. Il a conclu que, par réformation du jugement de première instance, la somme réclamée dans l'assignation lui soit allouée, de même que le manque à gagner ou la perte d'une chance.

B (ci-après « la banque B ») a invoqué l'irrecevabilité partielle de l'appel pour autant qu'il vise à indemniser l'appelant de la perte d'une chance et du manque à gagner, l'appelant n'ayant pas invoqué l'indemnisation de ce préjudice en première instance. Quant au fond, la banque a contesté tous les manquements aux obligations

contractuelles qui lui ont été reprochés par l'appelant. Elle a contesté tout dommage dans le chef de ce dernier ainsi que les montants réclamés.

#### **Quant au moyen d'irrecevabilité :**

L'appelant s'est rapporté à prudence de justice quant à ce moyen.

Suivant l'article 592 du NCPC, il ne sera formé, en cause d'appel, aucune nouvelle demande, à moins qu'il ne s'agisse de compensation, ou que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action principale.

Il est admis que ne constitue pas une demande nouvelle au sens de cette disposition, une demande qui est virtuellement comprise dans la demande originaire dont elle n'est que la suite ou la conséquence (Cassation 10 juillet 1997, P. 30, p. 242).

En première instance, l'appelant a réclamé le paiement de dommages et intérêts correspondant aux sommes perdues par la faute de la banque. En instance d'appel, il a réclamé en sus de ces sommes, l'indemnisation de la perte d'une chance ou du manque à gagner. D'après le libellé de la mission d'expertise qu'il a demandée à voir instituer, la demande telle que formulée en appel englobe le gain que l'appelant estime qu'il aurait pu réaliser si la banque avait mené une autre politique d'investissement que celle qu'elle a menée. Cette demande va au-delà de ce que l'appelant avait demandé en première instance, à savoir l'indemnisation de la perte qu'il avait subie. Cette nouvelle demande ne saurait être considérée comme ayant été virtuellement comprise dans la demande formulée en première instance. Elle ne tend pas non plus à la compensation, ni n'est invoquée au titre de défense. Constituant partant une demande nouvelle, elle est à déclarer irrecevable.

#### **Quant au fond :**

Il est constant en cause que les parties étaient liées par un contrat intitulé « Trading-depot » signé le 10 mars 2004, dont il n'est pas contesté qu'il constitue un contrat de gestion de portefeuille confié à la banque.

Quant aux règles de conduite s'imposant à la banque dans l'exécution de ce contrat, l'appelant a invoqué les dispositions de la loi modifiée du 5 avril 1993 sur le secteur financier. Il y a lieu de préciser que l'appelant n'a pas invoqué l'applicabilité directe de ce texte, se bornant à l'invoquer comme ligne de conduite dans l'appréciation du comportement de l'intimée.

Quant à la teneur des dispositions de la loi du 5 avril 1993 à laquelle il y a lieu de se référer, la Cour constate que le contrat a été conclu en 2004, partant avant l'entrée en vigueur de la loi du 13 juillet 2007 relative aux marchés d'instruments financiers, ainsi que du règlement du même jour relatif aux exigences organisationnelles et aux règles de conduite dans le secteur financier. Par application des dispositions de l'article 2 du Code civil, ces textes ne sauraient s'appliquer au contrat conclu entre parties et dont l'exécution fait l'objet du litige soumis à la Cour. En effet « *Les effets des contrats en cours au jour du changement de législation demeurent déterminés par la loi en vigueur au moment où ils ont été formés ; une loi nouvelle ne peut ni les modifier, ni les accroître, ni les diminuer.* » (P. Roubier, *Le droit transitoire, Conflits des lois dans le temps*, éd. 2008, n° 75).

Par déduction des développements qui précèdent, les obligations de B doivent s'analyser par référence à la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier dans sa teneur d'avant la réforme de 2007.

Tel qu'il a été dit plus haut, l'appelant n'a pas invoqué l'applicabilité directe de ce texte, se bornant à l'invoquer comme ligne de conduite dans l'appréciation du comportement de l'intimée. Il a pareillement invoqué des circulaires CSSF à l'appui de son argumentation. Il y a aura lieu d'analyser le comportement de la banque par référence à l'ensemble de ces textes.

Les reproches formulés par l'appelant à l'encontre de l'intimée consistent, d'une part, à soutenir que la banque a acquis des produits autres que ceux convenus entre parties dans le contrat du 10 mars 2004 et, d'autre part, que B n'a pas respecté le profil d'investisseur de l'appelant. L'appelant a reconnu que la gestion de la banque a été globalement positive pour lui, mais il a critiqué quelques opérations, qui ont été déficitaires, pour dire que la banque n'a pas respecté ses obligations.

La banque n'a pas contesté qu'elle devait respecter les instructions qui lui avaient été données par l'appelant, ni qu'elle devait respecter le profil d'investisseur de celui-ci. La banque a répliqué aux reproches qui lui ont adressés par l'appelant que sa gestion des avoirs de l'appelant a été globalement positive et que l'appelant ne saurait se prévaloir de quelques opérations qui ont été déficitaires pour dire qu'elle a agi fautivement. Pour apprécier sa responsabilité, il faudrait prendre en compte toutes les opérations, qui se seraient soldées par un profit, et qu'il ne serait pas possible d'en dégager quelques-unes qui ont été déficitaires.

L'appelant a répondu qu'il est en droit de rechercher la responsabilité de la banque pour les opérations déficitaires, même si le bilan global de la gestion de la banque a été positif, s'il est établi

que la banque a acquis des titres qu'elle n'était pas en droit d'acquérir et qu'elle n'a pas respecté son profil d'investisseur.

#### Critiques de certaines opérations :

Il y a lieu de rappeler qu'en principe, dans le cadre d'un contrat de gestion de portefeuille, la faute commise par la banque doit être recherchée non pas par rapport à quelques opérations prises isolément, mais par rapport au résultat global des investissements qu'elle a réalisés sur les avoirs de son client.

Si donc, en principe, la faute commise par la banque dans la gestion du portefeuille de son client doit être recherchée par rapport au résultat global de la gestion, le client doit néanmoins être en droit de rechercher la responsabilité de la banque si, dans la gestion de ses avoirs, la banque a acquis des titres qu'elle n'était pas en droit d'acquérir et que ces opérations ont été déficitaires pour le client. En effet, en dépassant le mandat qui lui a été confié par le client d'acquérir des produits financiers d'un type déterminé, la banque a commis une faute qui, si elle a engendré des pertes, doit donner lieu à indemnisation du client.

Concrètement sur ce point, l'appelant a reproché à la banque d'avoir investi dans des titres libellés en couronnes islandaises et en rands sud-africains, ainsi que d'avoir couvert ces acquisitions par des opérations de change qui auraient dû être spécialement autorisées d'après les stipulations du contrat. Les obligations visées par l'appelant sont les obligations « D », « E » et « F ».

La banque a répliqué qu'elle n'a d'aucune façon contrevenu aux instructions qui lui ont été données par l'appelant dans le cadre du contrat conclu entre parties. Elle a affirmé que tous les produits qu'elle a acquis pour le compte de l'appelant rentraient dans la catégorie des opérations spécialement énumérées dans le contrat et qu'elle pouvait les acquérir sans l'autorisation préalable du client. Les titres critiqués par l'appelant rentreraient dans la catégorie d'obligations, certes libellées en monnaies étrangères. La banque a contesté avoir investi dans des devises et des obligations à long terme couvertes par des opérations de change.

Le contrat du 10 mars 2004 prévoit quant aux pouvoirs de la banque que:

« Sie sind befugt folgende Wertpapiere zu handeln : festverzinsliche Wertpapiere, Wandelanleihen und Genussscheine ».

Il est encore précisé que « Insbesondere sind Sie auch befugt zum Abschluss von Devisentermingeschäften, allerdings ausschliesslich zur Absicherung von bestehenden Wertpapierpositionen ( Termingeschäftsfähigkeitserklärung erforderlich) ».

C'est à bon droit que la banque a pu soutenir qu'au vu de cette énumération, elle était en droit d'acheter des obligations, correspondant aux « festverzinsliche Wertpapiere » prévus au contrat. Il résulte des éléments du dossier que les titres « D », « E » et « F » constituaient des obligations, partant des titres que la banque était en droit d'acquérir.

L'appelant a reproché à la banque d'avoir acquis des obligations émises en couronnes islandaises et en rands sud-africains, partant dans des devises devant être qualifiées « d'exotiques ».

C'est encore à bon droit que la banque a fait répondre que dans la mesure où le contrat autorisait l'investissement dans des obligations, sans prévoir de restrictions, elle était en droit d'investir dans toutes sortes d'obligations, partant également dans des obligations en devises étrangères. Aucune restriction relative à la nature des obligations n'ayant été prévue au contrat, l'appelant ne saurait reprocher à la banque d'avoir investi dans une sorte d'obligations plutôt que dans une autre. L'appelant n'établit pas que la banque a procédé à des opérations de change à terme au sens des stipulations du contrat. Il n'a partant pas établi que la banque devait requérir son autorisation dans l'acquisition des titres. Les titres critiqués par l'appelant tombent dans la catégorie des obligations à l'acquisition desquelles la banque était autorisée. L'appelant ne saurait partant reprocher à la banque de ne pas avoir respecté les instructions qu'il lui avait données par le contrat du 10 mars 2004 en acquérant les titres « D », « E » et « F ».

L'appelant a reproché à la banque d'avoir acheté des devises étrangères bien qu'elle n'y fût pas autorisée par les stipulations du contrat. Il s'est basé sur les relevés qui lui ont été adressés par la banque pour soutenir qu'il en résulte que des dollars américains, des couronnes islandaises et des rands sud-africains figuraient parmi les avoirs acquis par la banque.

La banque a contesté avoir acheté ces devises, affirmant que ces fonds provenaient de versements effectués par l'appelant lui-même, ainsi que des revenus générés par les obligations émises dans ces monnaies.

La Cour estime qu'il n'est pas établi par l'appelant que la banque a acheté des devises pour son compte. Il faut tout d'abord relever que les avoirs déposés sur le compte de l'appelant auprès de l'intimée provenaient d'un virement en dollars américains opéré par l'appelant au début des relations contractuelles. La présence de dollars américains sur le compte de l'appelant n'a partant rien d'anormal. Concernant la présence de couronnes islandaises et de rands sud-africains, il y a lieu de croire la banque dans son affirmation que ces devises correspondent au produit généré par les obligations figurant

dans le portefeuille de l'appelant. Il faut relever que suivant les relevés versés au dossier, la part de ces devises dans l'ensemble des avoirs de l'appelant est minime, à savoir 1,35 % pour les couronnes islandaises et 1,15 % pour les rands sud-africains, ce qui conforte la thèse de la banque qu'il s'agit du produit des obligations libellées dans ces devises. Quant à l'argument de la banque que certains des montants en devises étrangères provenaient d'un dépôt opéré par l'appelant lui-même, il faut relever que le fait que par rapport à ces postes, il est indiqué que ces avoirs ont été l'objet d'un « Kontotransfer » ne signifie pas automatiquement, comme voudrait le faire croire l'appelant, que cet argent ne saurait provenir de l'appelant lui-même, celui-ci ayant tout aussi bien pu le transférer d'un autre compte que le déposer directement sur le compte en question. Il faut ajouter qu'en tout état de cause, le terme de « Kontotransfer » ne permet pas de conclure qu'il s'agit d'un achat de devises par la banque.

Il se déduit de ce qui précède que l'appelant n'a pas établi que la banque a procédé à des achats de devises, de sorte qu'aucune faute y relative ne saurait être reprochée à la banque.

L'appelant n'ayant pas établi que la banque n'a pas respecté les instructions relatives aux produits qu'elle était en droit d'acquérir, sa demande en condamnation de la banque de ce chef n'est pas fondée.

#### Respect du profil d'investisseur de l'appelant :

Concernant la conformité des achats de titres au profil d'investisseur de l'appelant, la banque peut valablement se prévaloir de son moyen consistant à dire que l'appelant ne saurait sortir quelques opérations qui ont engendré des pertes du résultat global de la gestion réalisée par la banque pour agir en responsabilité contre elle. En effet, concernant ce reproche, il faut appliquer le principe énoncé plus haut que l'appréciation du comportement de la banque doit se faire par rapport à la globalité des opérations qu'elle a ordonnées et au vu du résultat global dégagé par sa gestion.

A titre superfétatoire, il faut ajouter que suivant la pièce n° 8, dernière page, versée par la banque, l'appelant a coché la case correspondant à une stratégie d'investissement qualifiée de « risikobewusst », définie comme suit : « Höheren Ertragserwartungen stehen angemessenen Risiken gegenüber ». Cette case correspond à une case intermédiaire, située entre deux cases dont l'une est relative à une stratégie qualifiée de « konservativ » et l'autre à une stratégie qualifiée de « spekulativ ». L'appelant est donc malvenu d'affirmer actuellement qu'il voulait que soit menée une stratégie purement conservatrice, alors qu'il ne conteste pas avoir coché la case autorisant la banque à adopter une stratégie intermédiaire, impliquant l'acceptation d'un certain risque. Il

faut en déduire, qu'en achetant des obligations, partant des produits présentant une certaine sûreté, dans des devises autres que l'euro ou le dollar américain, la banque s'est conformée au profil de l'appelant.

Obligation d'information :

L'appelant a reproché à la banque d'avoir manqué à son obligation d'information en ne le prévenant pas des risques liés aux opérations hautement spéculatives qu'elle a réalisées en son nom.

Cet argument de l'appelant repose sur la prémisse, erronée au vu des développements qui précèdent, que la banque a investi dans des titres hautement spéculatifs à l'acquisition desquels elle n'était pas autorisée. Tel n'ayant pas été le cas, l'appelant ne saurait reprocher à la banque d'avoir failli à son obligation de l'informer des risques inhérents à des opérations hautement spéculatives. L'appelant ne saurait partant se référer à la circulaire CSSF n° 5.5 pour établir les manquements reprochés à la banque, cette circulaire ne s'appliquant qu'à des produits à risque élevé, respectivement de nature spéculative.

Diversification du portefeuille :

Finalement, l'appelant a reproché à la banque de ne pas avoir suffisamment diversifié le portefeuille.

Pour apprécier ce grief de l'appelant, il faut à nouveau considérer le résultat global de la gestion de la banque, par application du principe développé plus haut. Il n'est pas contesté que la gestion de la banque s'est soldée par un résultat globalement positif, de sorte que l'appelant ne saurait reprocher à la banque d'avoir mal géré ses avoirs. Il faut en déduire que le portefeuille acquis par la banque pour le compte de l'appelant était suffisamment diversifié pour permettre d'absorber les pertes subies par quelques titres par les gains réalisés par les autres. Cet argument de l'appelant ne saurait partant pas non plus valoir.

Par confirmation des premiers juges, la demande de l'appelant A doit être rejetée. Cette partie doit partant être déboutée de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure.

La banque ayant dû exposer des frais non compris dans les dépens dans le seul but de se défendre contre une demande dénuée de fondement, elle est en droit de se voir attribuer une indemnité de procédure dont la Cour évalue le montant, au vu des éléments du dossier, à 1.000 euros.

**PAR CES MOTIFS :**

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

dit irrecevable l'appel pour autant qu'il tend à l'octroi de dommages et intérêts pour perte d'une chance et gain manqué,

le dit recevable pour le surplus,

le dit non fondé,

**confirme** le jugement du 14 décembre 2011,

déboute A de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure,

condamne A à payer à B une indemnité de procédure de 1.000 euros et à supporter les frais et dépens de l'instance, avec distraction au profit de Maître André Marc, avocat constitué, qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

Monsieur le Président de chambre Roger LINDEN étant dans l'impossibilité de signer, la minute du présent arrêt est signée, conformément à l'article 82 de la loi du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, par le conseiller le plus ancien en rang ayant concouru audit arrêt.