

- Arrêt civil -

Audience publique du huit février deux mille sept.

Numéro 30454 du rôle.

Composition :

Georges SANTER, président de chambre,
Irène FOLSCHEID, premier conseiller,
Monique BETZ, premier conseiller,
Natascha RAFFAELLI, greffière assumée.

Entre :

X.), médecin dentiste, demeurant à F-(...), (...),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Geoffrey GALLE, en remplacement de l'huissier Pierre BIEL de Luxembourg, en date du 5 août 2005,

comparant par Maître Fernand ENTRINGER, avocat à la Cour, assisté de Maître Florence HOLZ, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

et :

la société anonyme KREDIETBANK Luxembourgeoise, établie et ayant son siège social à L-2955 Luxembourg, 43, bd Royal, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre du commerce et des sociétés de Luxembourg sous le n° B 6395, ayant absorbé par fusion la société anonyme BANQUE CONTINENTALE DU Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-2535 Luxembourg, 2, bd E. Servais,

intimée aux fins du prédit exploit GALLE,

comparant par Maître Albert RODESCH, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Par exploit d'huissier du 18 juillet 2002, **X.)** a fait donner assignation à la Banque Continentale du Luxembourg S.A. à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, pour s'entendre condamner à lui payer la somme de 150.000 euros du chef du préjudice subi par suite de la prétendue mauvaise gestion de ses avoirs auprès la banque.

Par jugement rendu le 18 mai 2004, le tribunal a ordonné à la Banque Continentale de Luxembourg S.A. de produire un certain nombre de documents.

La Kredietbank S.A. a repris l'instance le 10 mars 2005 par suite du transfert de l'ensemble des droits et obligations de la Banque Continentale de Luxembourg S.A. à son profit à compter du 1^{er} janvier 2005.

Par jugement rendu le 31 mai 2005, **X.)** a été débouté de sa demande.

De ce jugement, signifié le 12 juillet 2005, **X.)** a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 5 août 2005.

X.) expose qu'il est entré en relations contractuelles avec la Banque Continentale du Luxembourg S.A. le 29 avril 1998 et que depuis cette date, la banque a géré ses fonds de manière discrétionnaire. D'après lui des pertes et des manques à gagner considérables ont été réalisés et il verse à l'appui de ses doléances un rapport de l'expert-comptable Jacques LEIBOVITCH du 8 février 2001 ainsi qu'un rapport de l'expert WELSCHEN du 19 juin 2002.

X.) reproche à la banque de ne pas produire une copie de son dossier et en particulier l'historique des opérations réalisées sur le compte.

Il évalue son préjudice subi par suite des prétendues fautes de gestion de la banque à 150.000 euros.

La banque a contesté qu'il y avait un contrat de gestion discrétionnaire, étant donné que les conditions de capital à déposer requises n'étaient pas remplies.

Les premiers juges ont analysé les attestations versées de part et d'autre et ils sont venus à la conclusion que les relations entre parties sont à apprécier par rapport au mandat. Ils ont dit « que les écrits de **X.)** font ressortir qu'il n'est pas satisfait, de façon générale, des relations avec sa banque, mais qu'aucune faute précise n'est reprochée à la banque dans le cadre de son contrat de mandat. »

Les premiers juges ont retenu que **X.)** « reproche en fait à la banque des résultats économiques insuffisants dans le cadre de la gestion de son portefeuille, alors qu'il s'est, suivant l'attestation testimoniale, occupé personnellement et régulièrement de cette gestion ».

L'appelant reproche aux premiers juges de ne pas avoir admis l'existence d'une gestion discrétionnaire en se basant sur l'attestation du témoin **T1.)**. D'après

l'appelant les premiers juges n'ont pas tenu compte des éléments du dossier infirmant purement et simplement les déclarations du témoin T1.).

Il expose que la gestion de son portefeuille titres a été exécutée à partir du 29 avril 1998 jusqu'au 30 novembre 2000, mais qu'aucun ordre écrit ne figure au dossier. Il reproche à la banque de ne pas verser de transcription d'ordres téléphoniques ou de confirmation de tels ordres et ceci malgré le fait que plusieurs opérations d'achat et de vente étaient réalisées chaque semaine. Il affirme encore qu'aucune convention d'ordres téléphoniques n'a été conclue.

Il déduit de ces faits que ou bien la gestion était discrétionnaire ou bien la banque a violé ses obligations contractuelles.

La société anonyme Kredietbank relève appel incident et reproche aux premiers juges de ne pas avoir statué sur son moyen d'irrecevabilité de la demande soulevée en première instance.

A l'appui de son moyen, elle invoque l'article I, 11 des conditions générales, ainsi que l'article IV.4.3 concernant les ordres de bourse et elle fait valoir que la réclamation de l'appelant du 23 juillet 2001 à l'encontre des opérations réalisées du 30 septembre 1998 au 19 avril 2001 est tardive, de sorte qu'il est forclos à agir en application des délais imposés par les conditions générales.

L'article I.11 des conditions générales vise les erreurs contenues dans les documents et extraits de compte, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, où le client reproche à la banque une mauvaise gestion de ses avoirs.

L'article IV.4.3 a trait aux contestations du client quant aux opérations figurant sur les avis d'exécution. Cette disposition est également inapplicable, étant donné que X.) ne reproche pas à la banque une exécution incorrecte de ces ordres, mais une mauvaise gestion discrétionnaire.

Il s'en suit que le moyen d'irrecevabilité n'est pas fondé et que X.) n'était pas forclos pour assigner la banque.

A titre subsidiaire, l'intimée fait valoir que l'absence de protestation contre les relevés de compte vaut approbation tacite des opérations y renseignées.

Dans l'hypothèse où la banque est titulaire d'un mandat de gestion, le silence gardé par le client à la réception des extraits n'a pour effet que d'établir l'existence des opérations effectuées par la banque et ne prive en aucun cas le client de la possibilité d'en contester l'opportunité en exerçant une action en responsabilité contre la banque. (C.A. 19.6.1961 W. c/ B.I.L. n° 11490 du rôle).

En égard au fait que X.) soutient qu'il y a eu gestion discrétionnaire, il peut engager une action contre la banque de ce chef, même en l'absence de protestation en temps utile contre les relevés de compte.

Ce moyen doit pourtant être rejeté.

Tous les développements qui concernent la non - conformité des conditions générales de la banque à la loi du 25 août 1983 sur la protection des consommateurs, n'ont pas besoin d'être analysés, en égard aux développements qui précèdent.

Les parties sont en désaccord sur la nature juridique de leurs relations. **X.)** soutient qu'il a conclu un contrat de gestion discrétionnaire, tandis que la banque conteste ce fait, étant donné que **X.)** ne remplissait pas les conditions de capital requises pour un tel contrat.

C'est à juste titre que les premiers juges ont dit qu'il appartient à **X.)** de prouver que les relations contractuelles entre parties auraient fonctionné sous le régime d'un contrat de gestion discrétionnaire.

L'appelant conclut à voir ordonner une expertise pour examiner les opérations effectuées par la banque et il entend établir ainsi la gestion discrétionnaire.

Etant donné que les juridictions sont seules compétentes pour résoudre le problème de la qualification juridique des relations entre parties, une expertise technique sur les opérations effectuées n'est pas susceptible de trancher cette question et est partant inopérante comme mode de preuve.

L'appelant expose encore que la banque a perçu des commissions et frais de gestion très importants et il entend en déduire la preuve d'une gestion discrétionnaire.

La banque conteste avoir prélevé des frais de gestion et elle affirme que les frais prélevés sont des commissions perçues pour les ordres donnés par le client.

Il ne résulte pas des documents d'ouverture de compte versés en cause que **X.)** a confié à la banque la gestion discrétionnaire de ses avoirs, qui fait normalement l'objet d'un contrat rédigé par écrit.

La Cour renvoie aux développements des premiers juges concernant tant les attestations **T1.)**, **T2.)** et LEIBOVITCH, que les rapports unilatéraux LEIBOVITCH et WELSCHEN et elle se rallie aux conclusions des premiers juges qu'elle adopte pour retenir que **X.)** n'a pas rapporté la preuve d'un contrat de gestion discrétionnaire.

L'appelant invoque encore un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 19 mai 1998 (R .T. com. 1948, p. 893) pour soutenir qu'il peut y avoir un mandat de gestion tacite en l'absence d'un écrit. L'arrêt en question traite du mandat confié à une société de bourse par l'intervention d'un intermédiaire et cette jurisprudence est inapplicable en l'espèce, où il existe des relations directes entre la banque et le client.

La preuve d'un contrat de gestion discrétionnaire n'ayant pas été rapportée par l'appelant, il y a lieu de retenir que le contrat conclu entre parties est un mandat, tel qu'il résulte des documents d'ouverture de compte et des conditions générales, de sorte que la banque était obligée de suivre les instructions de son client.

X.) reproche à la banque d'avoir acheté et vendu un nombre considérable de titres sur le marché boursier et d'avoir procédé à des placements divers, sans produire une seule instruction écrite de sa part, ni justifier sur base d'un contrat convenu entre parties de l'existence d'instructions téléphoniques ou d'une confirmation écrite.

La banque renvoie à l'article 9 des conditions générales qui prévoit que la banque peut accepter à la demande du client d'exécuter des ordres par téléphone, télécopie ou tout autre moyen de communication autre qu'un document écrit original. Dans ce

cas les écritures de la banque prouvent à elles seules que les opérations effectuées ont été exécutées conformément aux ordres du client et lesdites opérations sont inscrites sur les extraits de compte adressés périodiquement au client.

Le témoin **T1.)** indique dans son attestation que Monsieur **X.)** téléphonait à la banque plusieurs fois par semaine pour se renseigner sur l'état de ses avoirs et pour obtenir des informations sur le marché boursier. Sur base de ces données **X.)** prenait les décisions d'investissement. Le témoin portait les instructions sur un bloc notes ou sur un bordereau d'opérations.

Il se dégage de cette déposition que **X.)** a usé de la faculté de donner des instructions téléphoniques, tel que prévu à l'article 9 précité. Il ne conteste pas que les opérations ordonnées par lui se sont retrouvées sur les extraits de compte qui n'ont pas été contestés par lui dans les délais prévus.

Il n'est pas stipulé que la banque doit établir des relevés des ordres téléphoniques ni solliciter une confirmation écrite, de sorte que ces reproches de **X.)** ne sont pas fondées et sa demande à voir communiquer ces pièces doit être rejetée.

Il affirme encore que la déposition du témoin **T1.)** doit être appréciée avec « la plus grande circonspection », sans fournir cependant des éléments précis susceptibles de mettre en doute l'attestation de ce témoin. Ce moyen doit partant être rejeté.

Quant à la demande de communication de certaines pièces, il y a lieu de la rejeter, étant donné que d'une part les pièces demandées n'existent pas et que les autres ont été communiquées.

Dans le cadre du contrat de mandat, il incombe à l'appelant d'établir que la banque n'a pas exécuté ses ordres ou les a mal exécutés.

Il n'y a pas lieu à analyser les différentes opérations invoquées, étant donné qu'elles ont été exécutées sur les ordres du client et qu'il ne soutient pas que ses ordres ont été mal exécutés.

La Cour fait sienne la constatation des premiers juges qui ont dit que **X.)** n'est pas satisfait, de façon générale, des relations avec sa banque, mais qu'aucune faute précise n'est établie dans le cadre du contrat de mandat.

X.) invoque encore l'article 37 de la loi du 5 avril 1993, relative au secteur financier, et soutient que la banque n'a pas respecté les obligations fixées par cette disposition. Face aux contestations de l'intimée sur ce point, l'appelant est cependant en défaut de prouver un manquement de la banque aux obligations prescrites à l'article 37 précité.

L'appelant n'ayant pas réussi à établir une faute de la banque dans l'exécution du contrat de mandat, sa demande en dommages – intérêts doit être rejetée.

Le jugement entrepris doit partant être confirmé.

Les deux parties concluent à l'allocation d'une indemnité de procédure.

La demande de l'appelant doit être rejetée au vu de l'issue du litige.

Celle de l'intimée n'est pas non plus fondée, vu qu'elle n'a pas établie d'inéquité.

Par ces motifs :

la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement et sur le rapport du magistrat de la mise en état;

reçoit les appels ;

rejette la demande de l'appelant à voir instaurer une expertise ainsi que celle tendant à ordonner la communication de certaines pièces ;

dit les appels non fondés ;

confirme la décision entreprise ;

dit non fondées les demandes basées sur l'article 240 du N.C.P.C ;

Condamne l'appelant à tous les frais et dépens de l'instance d'appel.