

- Arrêt commercial -

Audience publique du six décembre deux mille sept.

Numéro 29800 du rôle.

Composition:

Irène FOLSCHEID, président de chambre,
Monique BETZ, premier conseiller,
Astrid MAAS, conseiller,
Natascha RAFFAELLI, greffière assumée.

Entre :

X.), sans profession, résidant (...), I-(...) (Italie),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg, en date du 23 novembre 2004,

comparant par Maître Jean HOSS, avocat à la Cour à Luxembourg,

et :

SAN PAOLO BANK S.A., établie et ayant son siège social à L- 1930 Luxembourg, 12, avenue de la Liberté, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit ENGEL,

comparant par Maître Alex SCHMITT, avocat à la Cour à Luxembourg,

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 5 avril 2001, **X.)** a fait donner assignation à la S.A. SAN PAOLO BANK à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour s'entendre condamner à lui payer la somme de 5.639.658 €, du chef du préjudice matériel subi par suite de l'inexécution des ses obligations contractuelles par la banque, ainsi que la somme de 20.000 € pour le préjudice moral subi.

Par jugement rendu le 1^{er} juillet 2004, **X.)** a été déboutée de sa demande.

De ce jugement, **X.)** a relevé appel par exploit d'huissier du 23 novembre 2004.

L'intimée soulève la nullité de l'acte d'appel, au motif que l'adresse indiquée par l'appelante est inexacte. A l'appui de son moyen, l'intimée affirme que le jugement n'a pas pu être signifié à l'adresse indiquée en première instance, (la même qu'en instance d'appel) au motif que le destinataire est inconnu à l'adresse indiquée.

L'appelante s'oppose à ce moyen en versant un certificat de résidence de la commune d'Asti qui indique l'adresse figurant tant dans les actes de première instance que dans l'acte d'appel.

Si lors de la signification, il y a eu une erreur de la part des autorités italiennes, ce fait n'est pas imputable à l'appelante et ne permet pas de mettre en doute le certificat versé en cause.

Par ailleurs, même dans l'hypothèse d'une adresse erronée, l'intimée n'a pas pu se méprendre sur l'identité de l'appelante, de sorte qu'elle n'a pas subi de préjudice. Il s'en suit que le moyen de nullité doit être rejeté.

Quant au fond, il résulte des éléments du dossier que **X.)** a ouvert en date du 5 juillet 1991 un compte auprès de la SAN PAOLO BANK à Luxembourg et confié à la Banque un mandat de gestion discrétionnaire en lui demandant d'effectuer pour son compte les opérations suivantes :

- achats et ventes d'actions et d'obligations,
- souscriptions et rachats de parts de SICAV et de F.C.P.,
- opérations de change au compte et à terme,
- placements de fonds en compte à terme.

La partie **X.)** a également, à la même date, demandé à la banque de retenir au siège de son établissement, toute correspondance relative au compte qu'elle venait d'ouvrir.

Le compte a été géré selon les principes ci-dessus indiqués.

Suite à la visite d'un représentant de la banque en Italie auprès de **X.)**, celle-ci a donné ordre à la banque, à partir du 9 juin 1998 de conclure des « contrats futures » basés sur l'indice FIB de la bourse de Milan. **X.)** a continué à spéculer sur ces contrats passant entre le 9 juin 1998 et le 15 février 2000 plus de 150 ordres d'achat et de vente, relatifs à 832 « contrats futures ».

Le 9 février 2000, la banque informa X.) qu'elle était entrain de subir des pertes importantes liées aux opérations futures, que sa couverture n'était pas suffisante et qu'elle devait partant clôturer une partie des positions ouvertes.

Les contrats subsistants furent clôturés sur instruction de l'époux de X.), le 11 et 15 février 2000.

La Banque procéda le 17 février 2000 à la vente des titres détenus sur le compte titres pour couvrir les pertes subies lors des opérations litigieuses.

X.) prétend avoir perdu la somme de 5.639.658.- € dans les opérations futures qui sont seules critiquées par elle, les autres investissements ne faisant l'objet d'aucun reproche.

X.) soutient principalement qu'en raison du fait que les opérations spéculatives n'ont fait l'objet d'aucun aménagement contractuel, il conviendrait de considérer que les parties étaient liées par un contrat de gestion discrétionnaire dont les opérations spéculatives étaient l'accessoire.

Elle entend voir engager la responsabilité de la banque en tant que gestionnaire discrétionnaire de son patrimoine.

En ordre subsidiaire, X.) entend sinon voir engager la responsabilité du banquier gestionnaire à qui elle reproche d'avoir laissé les rapports contractuels existants entre parties glisser d'une gestion discrétionnaire de bon père de famille à une gestion directe par la cliente sans avoir prévenu cette dernière des risques inhérents à ce genre d'opérations et sans avoir pris des précautions à cet effet,

La banque affirme que le contrat de gestion discrétionnaire ne concernait qu'une partie des avoirs de X.), qu'il a été exécuté dans les termes prévus et à la satisfaction de la cliente jusqu'en février 2000 et que des gains ont été réalisés. Elle conteste que ce contrat incluait les opérations futures et rejette partant toute responsabilité découlant du contrat de gestion discrétionnaire.

Selon la banque, les parties étaient liées, à partir du mois de juin 1998, par deux contrats de gestion qui coexistaient dans le temps et dont le second contrat était un contrat de gestion simple en vertu duquel la cliente gérait elle-même son compte en passant elle-même les ordres et en reléguant le banquier au rôle du simple exécutant passif des ordres prodigués.

Les premiers juges ont dit que les parties étaient liées par deux contrats différents : un contrat de gestion discrétionnaire et un contrat de gestion simple qui fonctionnait en parallèle.

Ils ont retenu que la banque n'a pas failli à son obligation de conseil et d'information, étant donné que X.) était une cliente avertie qui devait connaître les risques des opérations de « contrats futures ».

Les <premiers juges ont également écarté le reproche de X.) consistant à dire que la banque aurait dû la dissuader d'investir dans les « contrats futures ».

L'appelante **X.**) reproche d'abord aux premiers juges d'avoir retenu la coexistence de deux contrats qui auraient fonctionné en parallèle.

Elle affirme que le 5 juillet 1991, elle a ouvert un compte auprès de l'intimée et elle a donné à la banque mandat de gestion discrétionnaire sur ce compte et ce jusqu'à révocation expresse formulée par écrit par l'une ou l'autre partie.

Elle conteste avoir conclu un autre contrat avec la banque et elle souligne que toutes les opérations ont été effectuées par le même compte.

Dans le cadre des pouvoirs qu'il a reçus et en prenant en considération les objectifs de gestion retenus, le gestionnaire possède toute latitude d'action et ce pouvoir l'autorise à ne pas répondre aux instructions de son client qui s'immiscerait dans la gestion déléguée du portefeuille. (Droit des marchés financiers, Hubert de Vauplane, Jean-Pierre Borne, n° 952 p.806).

Le fait que le client conserve le pouvoir de donner certains ordres lui-même n'est pas incompatible avec le mandat de gestion. L'immixtion du client dans la gestion opérée par le gestionnaire ne constitue pas un contre-pouvoir de nature à entraîner une requalification du mandat de gestion.

Une ingérence systématique du client dans le déroulement des opérations menées par le mandataire peut conduire à requalifier les relations entre cocontractants de gestion assistée de porte-feuille, plutôt que de gestion sous mandat. (Jurisclasseur : Banque et Bourse, fasc. 2210, n° 44).

Même si le contrat ne prévoit pas que le client peut donner des ordres, il a la possibilité, en cours d'exécution de mandat, de donner des indications au gestionnaire qui doit conserver un pouvoir d'appréciation ou de discussion quant aux suites à donner à cette intervention. (Même référence précitée)

En l'espèce, le contrat de gestion discrétionnaire a fonctionné de 1991 jusqu'à juin 1998 sans intervention de l'appelante.

En juin 1998, elle a donné des ordres à la banque pour investir dans des « contrats futures ».

Il résulte des développements qui précèdent que la banque aurait pu refuser les ordres de l'appelante, sans engager sa responsabilité de ce fait. Elle a cependant accepté de les exécuter dans le cadre du contrat conclu en 1991, étant donné qu'elle n'a pas jugé nécessaire d'établir un nouveau contrat contenant une politique d'investissement différente, sinon un deuxième contrat pour la gestion des « contrats futures » suivant les ordres de **X.**)

L'affirmation de la banque que l'appelante était seule à l'origine des investissements dans les « contrats futures » est sans pertinence, étant donné que l'appelante ne conteste pas avoir donné les ordres litigieux, peu importe, si ce fait vient de sa propre initiative ou sur suggestion d'un tiers. Il s'en suit que les offres de preuve par transcriptions de conversations téléphoniques et par témoins sur le contenu de ces conversations sont à rejeter.

Le seul fait d'accepter des ordres du client dans le cadre d'une gestion discrétionnaire ne constitue pas une faute dans le chef de la banque.

En acceptant de tels ordres, elle est cependant tenue d'informer le client sur les risques et les aléas des opérations envisagées, surtout si lesdits investissements divergent des critères fixés dans le contrat de gestion discrétionnaire.

En l'espèce le contrat conclu le 5 juillet 1991 envisage des investissements « traditionnels » et ne prévoit pas des opérations de « contrats futures » qui comportent des risques accrus.

L'appelante reproche à l'intimée d'avoir manqué à son obligation d'information et de conseil en ne la mettant pas en garde au moment où elle a décidé d'investir dans les « contrats futures ».

La banque conteste ce grief et elle se réfère à un « accord cadre » qui d'après elle établit qu'elle a rempli ses obligations. Ce document ne porte pas de date et n'indique pas les qualités du client, sauf que certaines mentions de l'article 5 sont contresignées par X.). Il résulte de cette pièce que X.) a autorisé la banque à investir dans des actions pour 25 %, ainsi qu'à conclure des contrats à prime sur valeurs mobilières et sur devises. Il y est indiqué que la banque n'est pas autorisée à conclure des contrats uniformes à terme sur instruments financiers liés à des valeurs mobilières, taux d'intérêts et valeurs, ou autres types d'opérations et assimilables. Pour ce dernier type d'investissements, il y a une clause de mise en garde pour les risques encourus, dont X.) n'avait cependant pas besoin de prendre acte, étant donné qu'elle n'a pas autorisé ce genre d'opérations.

Ce document correspond à la politique d'investissement convenu en 1991 et la banque ne saurait s'en prévaloir pour soutenir qu'elle a informé X.) des risques encourus par les investissements dans les « contrats futures » qui ont débuté en juin 1998.

La banque se réfère ensuite à l'assignation introductive d'instance où X.) fait exposer « que lors d'un entretien téléphonique en juin 1998 avec M. A.), l'employé de la banque en charge de son portefeuille, elle reçut les explications sur les « contrats futures ». Cette affirmation, de même que l'attestation de M. A.) ne prouve cependant pas que X.) a été avertie des aléas et des risques de ce type d'investissement.

Il se dégage de ces développements que X.) n'a pas été informée par la banque sur les risques que comportent les investissements qu'elle avait l'intention de faire dès juin 1998.

La banque a, à l'égard de ses clients désireux d'effectuer des opérations en bourse, un devoir d'information et de conseil sur les risques encourus dans les opérations de marchés à terme, hors le cas où le client en a connaissance. Cette obligation d'information et de conseil s'impose à la banque quelle que soit la nature des relations qu'elle entretient avec son client. (Cass.com. 5 novembre 1991, R.T.D. Com. 1992 436).

L'obligation matérielle de fournir les conseils est de résultat, tandis que la pertinence des conseils n'est que de moyens à cause de l'aléa inhérent à tout conseil.

Les premiers juges ont retenu que X.) était à considérer comme « un investisseur averti » pour dire « qu'à supposer que la banque n'ait pas spécifiquement mis X.) en garde contre les risques encourus dans les opérations futures, aucune faute de nature à engager sa responsabilité ne lui saurait être reprochée, dès lors que sa cliente était avertie ».

L'appelante conteste les constatations des premiers juges qui l'ont qualifié « de femme d'affaires dirigeant une entreprise de plus de 150 personnes, ayant à sa disposition des conseillers financiers et des outils informatiques « online » sophistiqués. »

Elle concède qu'elle a hérité de son père une entreprise industrielle dans laquelle elle ne joue cependant aucun rôle actif. Il n'est pas contesté que cette entreprise n'a pas une activité dans le secteur financier.

La notion d'investisseur averti se fonde sur le critère de la compétence appréciée au regard de la nature des opérations réalisées et la connaissance des instruments et marchés financiers. (Droit des marchés financiers préc. n°337 p.304).

Même à supposer que l'appelante occupe des fonctions dirigeantes au sein de l'entreprise familiale, ce fait ne suffit pas pour faire présumer dans son chef une connaissance et une compétence approfondies des instruments et des marchés financiers et notamment des « contrats futures ».

La banque entend déduire la qualité d'investisseur averti du fait que l'appelante a passé entre le mois de juin 1998 et février 2000 plus de 150 ordres d'achat et de vente portant sur 832 « contrats futures ».

Pour apprécier la qualité d'investisseur averti, il faut se placer avant les opérations litigieuses, puisque c'est à ce moment que l'obligation de conseil doit opérer. L'arrêt de la Cour du 26 octobre 1994 (n° du rôle 12892), que l'intimée cite à l'appui de sa thèse, est étranger à l'espèce, étant donné qu'il concerne la qualification des opérations de bourse en tant qu'actes de commerce et les modes de preuve applicables.

Les attestations testimoniales de M. **A.)** et M. **B.)** relatent le comportement de l'appelante après qu'elle s'est lancée dans les investissements de « contrats futures » de sorte qu'elle ne sont pas pertinentes pour établir la qualité d'investisseur avisé au début des opérations en juin 1998.

Par contre, il résulte de l'attestation de M.**C.)**, qui s'occupait des affaires de l'appelante jusqu'en 1994, que dans toutes les discussions qu'il a eues avec **X.)** « il a toujours été clair qu'elle avait une connaissance très limitée des instruments et des marchés financiers. »

Il s'en suit que la qualité d'investisseur averti n'a pas été établie dans le chef de l'appelante. La banque a partant commis une faute en omettant de l'informer des risques que comportait l'investissement dans les « contrats futures » et cette faute est de nature à engager sa responsabilité.

La banque conteste tout lien de causalité entre sa faute et le préjudice allégué par l'appelante. Elle affirme que les pertes subies par **X.)** trouvent leur origine dans la stratégie boursière qu'elle avait décidée d'appliquer et de ce fait elle doit supporter l'aléa et les pertes inhérentes à telles opérations.

Il résulte des développements qui précèdent que le défaut d'information de la banque est à l'origine des investissements ayant entraîné la perte invoquée comme préjudice par l'appelante.

La banque soutient que dès les premiers ordres du 9 et 18 juin 1998, **X.)** subit une perte de 7.643,56.-€. Au mois d'août 1998, elle connaît des gains de 31.994,50.-€ et le 17 septembre 1998, elle subit une perte importante de 72.794,60.-€. La banque indique qu'entre novembre 1998 et février 1999 **X.)** réussit à cumuler des gains de l'ordre de 289.215,86.-€. Le 19 mars 1999, elle subit une perte de 574.119,34.-€. Ces développements ne sont pas contredits par l'appelante.

Il en résulte que dès 1998, l'investissement dans les « contrats futures » a entraîné des pertes qui ont été très importantes au cours de l'année 1999. En consultant ses extraits bancaires, **X.)** a dû se rendre compte que les « contrats futures » constituaient des opérations à risque pouvant entraîner des pertes conséquentes et malgré ce fait, elle a

continué sa politique d'investissement jusqu'au mois de février 2000 où la banque l'a avertie que les pertes étaient telles que sa couverture n'était pas suffisante et qu'elle devait clôturer une partie des positions ouvertes. Ce comportement de **X.)** a contribué à l'augmentation de la perte et elle doit assumer sa part de responsabilité de ce fait. (Cour d'Appel Paris 24 février 1994 D 1994, p365).

Il s'en suit que le défaut d'information fautive de la banque d'une part et de l'absence de vigilance de **X.)** d'autre part ont concouru chacune pour moitié au dommage résultant pour **X.)** des pertes subies.

La banque conteste le montant allégué par **X.)**. Il y a par conséquent lieu de charger un expert pour calculer les pertes subies.

Par ces motifs :

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

rejette le moyen de nullité de l'acte d'appel ;

reçoit l'appel en la forme ;

rejette les offres de preuve de l'intimée ;

dit que l'intimée a engagé sa responsabilité à l'égard de l'appelante ;

dit que l'appelante a, par sa faute, contribué pour 50 % aux pertes subies par elle ;

nomme expert Monsieur Roger GREDEN, 4A, rue de l'Ouest, L-2273 Luxembourg, avec la mission de calculer les pertes subies par **X.)** dans les investissements de « contrats futures » entre juin 1998 et février 2000.

ordonne à la société anonyme SAN PAOLO BANK S.A. de consigner au plus tard le 14 janvier 2008 la somme de 2.000.-€ à titre de provision à valoir sur la rémunération de l'expert à la Caisse des Consignations et d'en justifier au greffe de la Cour sous peine de poursuite de l'instance selon les dispositions de l'article 468 du nouveau code de procédure civile ;

charge Madame le premier conseiller Monique BETZ du contrôle de cette mesure d'instruction ;

dit que si les honoraires de l'expert devaient dépasser le montant de la provision versée, il devra en avvertir ledit magistrat et ne continuer ses opérations qu'après consignation d'une provision supplémentaire ;

dit que l'expert devra déposer son rapport au greffe de la Cour le 18 avril 2008 au plus tard ;

réserve les frais.