

- Arrêt commercial -

Audience publique du six décembre deux mille sept.

Numéro 31615 du rôle.

Composition:

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

Entre :

X.), retraité, demeurant à NL-(...), (...),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Tom NILLES
d'Esch-sur Alzette en date du 3 juillet 2006,

comparant par Maître Romain ADAM, avocat à la Cour à Luxembourg,

et :

la société anonyme FORTIS BANQUE LUXEMBOURG, établie et ayant
son siège social à L-2951 Luxembourg, 50, avenue J.F. Kennedy,
représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit NILLES,

comparant par Maître Michel MOLITOR, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 11 mars 2004 **X.)** a fait comparaître la Banque Générale du Luxembourg, actuellement Fortis Banque Luxembourg devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour s'entendre condamner à lui payer la somme de 106.372,87 euros avec les intérêts légaux à partir du 26 juillet 2000, sinon à partir de la demande en justice jusqu'à solde.

Par jugement rendu le 23 février 2006 sa demande a été déclarée non fondée.

De ce jugement non signifié **X.)** a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 3 juillet 2006.

Les faits qui sont à la base du litige sont les suivants:

Le 23 février 1999 les consorts **X.)** signent avec la Banque Générale du Luxembourg un contrat de gestion de fortune portant l'instruction suivante: "Anlage in Aktien maximal 30%. Anweisungen des Kunden bei seinem Besuch in der Anlagepolitik berücksichtigen."

Le 16 mai 2000 les consorts **X.)** signent un nouveau contrat de gestion de fortune avec la banque. Ce contrat spécifie que le profil risque est le suivant:

Portfoliostruktur: ± 50% Aktien
Akzeptiertes Risiko: ausgeglichen
Anlageziel: neutral.

Il est ajouté la mention manuscrite suivante: "50% des Depots sollten schrittweise in ein Aktienfonds angelegt werden."

En juillet 2000 la banque vend successivement des actions ING et Novartis détenues dans le portefeuille des consorts **X.)**, ainsi que des obligations DSL libellées en GBP.

Le 24 juillet 2000 la banque réinvestit une somme de 248.250.- euros dans un fonds mixte dénommé General Management Neutral.

Le 15 juillet 2002 **X.)** adresse une télécopie à la Banque dans laquelle il lui reproche d'avoir violé les termes du contrat signé le 16 mai 2000.

Les reproches adressés par **X.)** à Fortis Banque sont les suivants:

- au lieu d'utiliser les liquidités disponibles, la banque a liquidé une partie des valeurs existantes dans le seul but de les réinvestir dans un fonds mixte de la banque,
- au lieu de procéder progressivement ("schrittweise"), la banque a effectué un achat unique pour un montant avoisinant les 40% de son portefeuille, atteignant de ce fait en une seule fois le seuil maximal d'investissement en actions,
- au lieu d'investir dans un fonds d'actions, la banque a investi dans un fonds mixte et a acheté non seulement des actions, mais également des obligations et instruments du marché monétaire.

Les premiers juges ont dit que le terme "Depot" figurant dans la clause manuscrite "50% des Depots sollten schrittweise in einen Aktienfonds angelegt werden" désigne, tant en langue allemande que française, l'ensemble des avoirs déposés en banque, que ce soit sous forme de valeurs mobilières, titres financiers ou espèces et non pas, tel que le soutient X.), les seuls fonds liquides. Ils en ont déduit que ni le premier, ni le deuxième reproche formulé à l'égard de la banque n'est fondé.

L'appelant reproche aux premiers juges d'avoir retenu que le terme "Depot" désigne l'intégralité de son portefeuille et pas seulement les liquidités disponibles. Il fait valoir qu'il a donné clairement l'instruction d'"investir" ("anlegen") et non de "réallouer" ou de "transformer" son portefeuille existant, sans quoi il aurait utilisé le terme "umschichten", qu'en présence du terme utilisé en l'espèce, le terme "Depot" ne pouvait se rapporter qu'aux liquidités existant sur le compte de l'appelant, étant donné que le terme "anlegen" suppose nécessairement l'acquisition par des liquidités et non la réallocation d'avoirs non liquides.

Fortis Banque conclut à la confirmation du jugement en ce qu'il a retenu que le terme "Depot" vise l'ensemble des avoirs détenus en compte sans qu'il y ait de distinction à opérer en fonction des liquidités, des actions ou des obligations. Elle fait valoir que si X.) avait uniquement voulu se référer aux liquidités, il aurait dû remplacer le terme "Depot" par celui de "liquidités" ("Barguthaben"). Selon la banque, les développements de l'appelant au sujet du terme "anlegen" sont dépourvus de pertinence dès lors que des avoirs non liquides peuvent parfaitement être investis en parts de fonds d'investissement après avoir été réalisés.

Les premiers juges sont à confirmer sur ce point pour les motifs par eux énoncés. L'utilisation du terme "anlegen" qui, ainsi que le fait valoir à bon droit l'intimée, peut également englober le fait de réinvestir des fonds déjà investis, ne peut conduire à interpréter la volonté des parties dans le sens que le terme "Depot", qui vise tous les avoirs en compte, ne devait en l'espèce se rapporter qu'aux seules liquidités.

Dans ce contexte X.) reproche encore à la banque d'avoir vendu à perte les obligations de la DSL Bank libellées en GBP qui portaient un taux d'intérêt fixe de 7% pour les réinvestir dans le fonds mixte, lui faisant perdre le revenu de 7% sur ces obligations.

Fortis Banque répond qu'en parlant d'une vente à perte X.) ne tient pas compte des fluctuations du taux de change entre la livre sterling et l'euro, que s'il est exact que le cours des obligations était en léger recul au moment de leur vente, cette baisse était largement compensée par l'évolution favorable du taux de change de la livre sterling par rapport à l'euro, de sorte que lors de la vente l'appelant a réalisé une plus-value de 2.581.- euros. L'intimée soutient d'autre part que l'affirmation de X.) qu'il aurait pu retenir un revenu de 7% par an si les obligations DSL avaient été gardées en portefeuille méconnaît une donnée fondamentale, à savoir l'évolutivité du cours de la livre sterling et du titre lui-même.

La Cour n'a pas à s'arrêter à cette discussion. Même en admettant qu'en gardant les obligations DSL dans le portefeuille au lieu de les vendre et d'investir dans le fonds General Management Fortis Banque aurait pu réduire les pertes engendrées par la suite, toujours est-il que l'obligation du banquier gestionnaire est une obligation de moyens et

qu'il n'est pas établi qu'au moment de procéder à ces transactions la banque aurait dû prévoir la baisse généralisée qu'ont subi les bourses à partir de la deuxième moitié de l'année 2000, ni d'ailleurs la relative stabilité de la livre sterling, de sorte qu'on ne peut lui reprocher une mauvaise analyse économique qui rendrait sa gestion objectivement fautive.

X.) reproche ensuite à Fortis Banque de ne pas avoir progressé progressivement ("schrittweise"), mais d'avoir effectué un achat unique pour un montant avoisinant les 40% de son portefeuille, atteignant de ce fait en une seule fois le seuil maximal d'investissement en actions.

Il résulte des pièces versées par l'intimée qu'avant les différentes transactions la composition du portefeuille de **X.)** était la suivante: liquidités: 40,48%, obligations: 32,28%, actions 27,24%. Après les transactions litigieuses la composition était la suivante: liquidités: 11,14%, obligations 25,03%, actions: 22,48%, fonds: 41,36%. Etant donné que le fonds était un fonds mixte, composé à raison de 50% d'actions, respectivement d'obligations, la part des obligations dans le portefeuille était en fait de 45,71% et la part des actions était de 43,16%, dont environ 20% dans un fonds.

L'affirmation de **X.)** que par l'investissement dans le fonds le seuil maximal d'investissement en actions aurait été atteint, n'est donc pas exacte.

L'appelant est d'accord pour admettre que le terme "schrittweise" n'est pas particulièrement précis. Il estime cependant qu'il ne permettait pas d'investir en une seule fois le montant très important de 248.250.- euros, soit 40% de l'intégralité de son portefeuille.

D'après la mention manuscrite figurant au contrat de gestion du 16 mai 2000, 50% du dépôt devaient être investis progressivement dans un fonds d'actions. Le 24 juillet 2000, soit deux mois après la signature du contrat, la Banque a investi 40% du dépôt de **X.)** dans le fonds mixte, donc 20% dans les actions compris dans ce fonds mixte, soit deux cinquièmes des 50% d'actions qui devaient être investis dans un fonds. En raison de l'imprécision du terme "schrittweise", on ne peut adresser de reproche précis à la banque concernant cette manière de procéder.

Concernant le troisième reproche, consistant en ce qu'au lieu d'investir dans un fonds d'actions, Fortis Banque a investi dans un fonds mixte, les premiers juges ont dit que s'il est de principe que le gestionnaire d'un portefeuille n'engage pas sa responsabilité en refusant de suivre les instructions du client concernant l'achat de valeurs déterminées, ce principe n'est valable qu'à la condition que le mandat ne comporte aucune disposition contraire, que le contrat prévoit cependant en l'espèce, en ses articles 3 et 4 que la banque, tout en gardant une certaine liberté pour gérer le portefeuille, tiendra compte des vœux et instructions du client, que le contrat comportait partant une disposition restreignant la liberté du gestionnaire et que la banque était tenue de suivre les instructions dont les termes précis ne lui permettaient pas de se dérober à l'ordre. Ils ont dit que conformément à l'article 4 de la convention de gestion de portefeuille, la responsabilité du gestionnaire ne peut être encourue qu'en cas de faute lourde, qu'en l'espèce la faute du banquier, consistant dans le fait d'avoir investi en un fonds mixte au lieu d'un fonds constitué uniquement d'actions, n'est pas à elle seule, et en raison du fait que par cet achat la structure du portefeuille telle qu'envisagée par les parties a été

respectée, un manquement à une obligation essentielle du contrat et n'est partant pas à qualifier de faute lourde.

X.) fait grief aux premiers juges d'avoir statué ainsi, soutenant que la banque, en outrepassant les instructions du client, a commis une négligence grave engageant sa responsabilité.

Fortis Banque soutient que c'est à tort que sa manière de procéder a été qualifiée de faute par les premiers juges.

Elle fait valoir que la liberté de choix est de l'essence du mandat de gestion discrétionnaire et que la banque doit pouvoir conserver un pouvoir d'appréciation et de discussion quant aux instructions du client, que ce principe n'est pas mis en échec par l'article 3 du contrat de gestion, qui stipule: *"Der Auftrag zur Vermögensverwaltung durch die Bank erfolgt im Rahmen ihrer Anlagepolitik, so wie diese von Experten nach Analyse der Finanzmärkte und –produkte und Festlegung mehrerer Portfolio-Modelle bestimmt wird, wobei den spezifischen Wünschen und Belangen des Kunden Rechnung getragen wird."*

La banque souligne par ailleurs que la mention litigieuse relevait plus du souhait ou de la recommandation que de l'instruction *stricto sensu*, puisqu'elle était formulée au conditionnel ("50% des Depots sollten ...").

Selon Fortis Banque, il s'en suit qu'elle disposait incontestablement d'un pouvoir d'appréciation qui lui permettait d'interpréter et d'appliquer l'instruction de son client au mieux des intérêts de ce dernier, que sa décision d'investir dans un fonds mixte n'était nullement incompatible avec l'instruction de l'appelant et permettait au contraire de combiner idéalement cette directive avec les autres objectifs du contrat de gestion. Fortis Banque fait remarquer dans ce contexte qu'un fonds mixte constitue, pour partie du moins, un fonds d'actions et qu'étant donné que l'appelant n'avait pas précisé qu'il voulait un investissement dans un pur fonds d'actions, la banque a estimé qu'en investissant dans un fonds mixte, elle servirait au mieux les intérêts de son client.

La Cour ne peut se rallier aux premiers juges en ce qu'ils ont considéré comme fautif l'investissement dans un fonds mixte.

En effet, et même abstraction faite de la signification du conditionnel figurant dans la mention litigieuse, l'objectif visé par **X.)** en désirant investir dans un fonds d'actions, c'était de pouvoir bénéficier de la diversification, opérée sur base d'un choix judicieux, des actions composant un fonds. Mais, étant donné que son portefeuille comportait ab initio des obligations et que dans la logique du profil de risque assigné à la gestion et de la limitation à 50% de la part des actions, il était censé continuer à en comporter, l'investissement dans un fonds mixte n'était pas incompatible avec l'instruction de l'appelant, et par ailleurs conforme à la ligne de conduite inscrite à l'article 3 du contrat.

X.) fait remarquer dans ce contexte qu'un fonds mixte n'est pas équivalent à un fonds d'actions, étant donné que dans un fonds mixte, il n'est pas possible de céder séparément des obligations et des actions, de sorte qu'il n'est pas possible de réagir de manière ciblée en cas de baisse ou de hausse du marché financier.

L'appelant oublie cependant qu'il avait chargé la banque d'une gestion discrétionnaire de son portefeuille et qu'il avait donc laissé à cette dernière le soin de choisir le mode de réaction approprié aux fluctuations du marché financier, étant à ajouter qu'en cas d'effondrement général du marché boursier les remèdes sont plutôt limités.

Il s'en suit que la banque n'a pas commis de faute dans le choix qu'elle a fait.

Le jugement est à confirmer, encore que pour d'autres motifs.

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

X.), qui succombe dans son appel et est à condamner aux frais de l'instance d'appel, ne peut prétendre à une indemnité de procédure et sa demande est à dire non fondée.

Il serait inéquitable de laisser à Fortis Banque l'intégralité des frais non compris dans les dépens exposés par elle en instance d'appel. Il y a lieu de lui allouer la somme de 1.500.- euros au titre d'une participation aux frais d'avocat.

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,

reçoit l'appel en la forme;

le dit non fondé et confirme le jugement entrepris;

condamne **X.)** à payer à la société anonyme Fortis Banque Luxembourg une indemnité de procédure de 1.500.- euros ;

déboute **X.)** de sa demande basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile et le condamne aux frais et dépens de l'instance d'appel, dont distraction au profit de Maître Michel Molitor, sur ses affirmations de droit.