-Arrêt civil-

Audience publique du vingt-sept novembre deux mille huit.

Numéro 31364 du rôle

Composition:

Georges SANTER, président de chambre,
Irène FOLSCHEID, premier conseiller,
Monique BETZ, premier conseiller,
Sandra MANGEN, greffier assumé.

Entre:

la société anonyme A, société anonyme holding, établie et ayant son siège social à (..), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Carlos CALVO d'Esch-sur-Alzette en date du 16 mai 2006,

comparant par Maître Véronique WAUTHIER, avocat à la Cour à Luxembourg,

et:

la société anonyme B (anciennement C), établie et ayant son siège social à (..), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit CALVO,

comparant par Maître Philippe DUPONT, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 15 novembre 2002 la société anonyme A a fait donner assignation à la société anonyme B à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, pour s'entendre condamner à lui payer « un montant correspondant au différentiel entre le capital de départ (714.033,18 euros) revalorisé à la date de l'assignation soit 4 % l'an, augmenté des intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde et la valeur résiduelle du portefeuille à la date du dédommagement » du chef du préjudice subi par suite des prétendues fautes de gestion commises par la banque ».

Par jugement rendu le 13 janvier 2005, le tribunal a ordonné une enquête sur base de l'article 403 du nouveau code de procédure civile.

Par jugement du 24 février 2006, le tribunal a déclaré irrecevable l'offre de preuve formulée par la société A et sa demande a été déclarée non fondée.

De ce jugement, la société A a relevé appel par exploit d'huissier du 16 mai 2006.

Il résulte des pièces du dossier qu'en date du 21 juin 1989, D, en sa qualité d'actionnaire et bénéficiaire économique la société A a signé un contrat de domiciliation avec la banque E. Le 7 août 1989 la société A a signé une demande d'ouverture pour le compte n°7013.

La société a encore signé un contrat de gestion discrétionnaire pour le compte 5196 qui n'est pas daté. En mars 2000, un nouveau compte fut ouvert sous le n°39875, pour lequel il n'est versé ni document d'ouverture, ni contrat de gestion.

A reproche à la banque d'avoir fait des investissements inconsidérés par le biais du compte 39875, pour lequel elle ne disposait pas d'un mandat discrétionnaire. La banque réfute ce reproche et soutient qu'elle a été chargée par A d'une gestion agressive en actions technologiques des avoirs de la société sur le compte 39875. Elle fait valoir que ladite gestion a été ratifiée par la société A qui n'a pas protesté à la réception des extraits compte.

Le jugement du 24 février 2006 se base sur la déposition du témoin T1 pour retenir que D, le bénéficiaire économique de la société A, a pris l'initiative d'investir une partie de son capital dans les nouvelles technologies pour obtenir un rendement plus élevé.

Le tribunal a encore dit que « vu la qualité d'investisseur professionnel de la société A, la banque ne devait pas attirer expressément son attention sur les risques encourus par l'investissement dans les valeurs de la nouvelle technologie. »

Les premiers juges ont rejeté l'offre de preuve par témoins formulée par A, au motif que celle-ci a renoncé à la contre-enquête, et qu'il n'y a pas lieu à ordonner une nouvelle enquête, si une partie ne fait pas de diligence pour rapporter la contre - preuve dans le cadre d'une contre-enquête.

L'appelante, la société A, reproche aux premiers juges de ne pas avoir fait droit à sa demande. Elle expose que le compte n°39875 était composé de valeurs évaluées à 714.033,18 euros au 1^{er} juin 2000 sans préjudice de la date exacte.

Elle reproche à la banque d'avoir investi dans le secteur de la nouvelle économie sans mandat de gestion. Elle fait encore grief d'avoir fait tourner le portefeuille de manière excessive et sans justification économique, ce qui aurait occasionné des frais de courtage importants. Elle affirme que son portefeuille, qui était de 714.033,18 euros au 1^{er} juin 2000, a chuté à 71.907,33 euros au 19 février 2002.

L'appelante reproche aux premiers juges de s'être basés sur le témoignage de T1 pour retenir que les instructions d'investissement étaient données par le bénéficiaire économique de A. Elle fait encore grief au tribunal de l'avoir qualifiée d'investisseur professionnel. L'appelante conclut encore à voir admettre son offre de preuve par témoins qui a été rejetée par les premiers juges.

En ordre subsidiaire, elle conclut à la nomination d'un expert fin d'établir les fautes reprochées à la banque.

L'intimée conclut à la confirmation de la décision entreprise.

Dans le jugement du 13 janvier 2005 les premiers juges ont retenu que « comme la banque ne conteste pas qu'elle a investi dans des titres à haut risque et comme elle affirme avoir été mandatée en ce sens, il lui appartient de prouver ses affirmations ». En se basant sur l'article 403 du nouveau code de procédure civile, les premiers juges ont décidé d'entendre le témoin T1.

Lors de l'enquête, le témoin T1, qui était administrateur de la société A, a déclaré que D (le bénéficiaire économique de A) l'a informé à un certain moment de transférer une partie des avoirs, qui se trouvaient sur le compte qui était destiné à la gestion discrétionnaire, sur un autre compte pour les investir dans le secteur des nouvelles technologies. Le témoin a ajouté « déjà au préalable D m'a fait part de ce que sa gestion discrétionnaire ne rapportait pas suffisamment. »

Le témoin indique encore qu'ultérieurement D a apporté de nouveaux fonds pour les investir également dans la nouvelle technologie.

Le témoin déclare n'avoir jamais été le gestionnaire des comptes de A, de sorte qu'il n'a pas pu fournir de précision quant à la gestion du compte litigieux.

L'appelante, la société A, met en doute ce témoignage en soutenant que le témoin n'a fait part que de son intime conviction. Ce moyen doit être rejeté, étant donné que les faits précités constituent des déclarations du témoin faites sur base des contacts qu'il a eu avec le bénéficiaire économique de A et sur la politique d'investissement dont celui-ci lui a fait part.

Il est constant en cause que la société A n'a pas fait procéder à une contre-enquête susceptible de mettre en doute la déposition du témoin T1.

C'est à juste titre, et pour les motifs que la Cour adopte, que les premiers juges ont refusé d'admettre l'offre de preuve, formulée par le mandataire de A après la clôture de l'enquête pour autant qu'elle avait pour objet de prouver l'étendue du mandat. Ce volet de l'offre de preuve, réitéré en instance d'appel, doit être rejeté pour les mêmes motifs.

La Cour fait siens les développements des premiers juges qui ont déduit du témoignage de T1 que le bénéficiaire économique de la société A a pris l'initiative d'investir une partie de son capital dans les nouvelles technologies pour obtenir un rendement plus élevé.

Ces opérations ont été effectuées par le biais du compte n°39875 à partir de mars 2000 et au mois de mai 2000 A a augmenté les disponibilités dudit compte d'une somme supplémentaire de 371.840 euros, ce qui fait présumer que la société ne désapprouvait pas les opérations pratiquées par la banque.

Lesdites opérations sont par ailleurs renseignées sur les extraits de compte de la société, contre lesquels il n'y a pas eu de protestation dans les délais prévus aux conditions générales.

L'appelante se prévaut d'une circulaire CSSF 2000/15 qui prévoit qu'en cas de gestion de portefeuille, le contrat entre parties mentionnera au moins les objectifs de la gestion, les catégories de valeurs et instruments que le portefeuille peut comporter, les modalités d'information du client sur la gestion de son portefeuille, la durée, les modalités de reconduction et de résiliation du contrat, ainsi que le mode de rémunération du professionnel. Elle fait grief à la banque de ne pas s'être conformée à ces recommandations. C'est à juste titre que l'intimée s'oppose à ce moyen en soulignant que ladite directive n'a été adoptée que le 2 août 2000 et qu'elle ne peut être applicable à un contrat conclu antérieurement au mois de mars 2000. Le moyen n'est partant pas fondé.

L'appelante soutient encore qu'elle n'a pas reçu d'informations concernant tant les investissements réalisés que les pertes subies. Ce moyen doit être rejeté, étant donné qu'il résulte des pièces du dossier que les extraits de compte relatant le détail des opérations ont été établis au nom de la société. En domiciliant la société auprès de la banque et en acceptant que les employés de la banque en soient les administrateurs, le bénéficiaire économique a fait un choix déterminé pour gérer ses avoirs pour lequel il ne peut pas faire de grief à la banque. Il n'est pas affirmé que les extraits émis par la banque n'étaient pas accessibles au représentant de la société, de sorte qu'il aurait pu venir les consulter et constater l'évolution des avoirs sur le compte litigieux.

L'appelante reproche aux premiers juges de l'avoir qualifié d'investisseur averti dispensant ainsi la banque d'attirer expressément son attention sur les risques encourus par l'investissement dans les valeurs de la nouvelle technologie.

L'obligation d'information du client sur les risques encourus sur le marché boursier ne subsiste que pour autant que le client n'en a pas connaissance lui-même.

En l'espèce, il résulte des développements qui précèdent, que c'est le client qui a demandé à la banque d'investir dans le secteur des nouvelles technologies.

Etant donné que la société A a comme objet social « toutes les opérations se rapportant directement ou indirectement à la prise de participations sous quelque forme que ce soit, à l'administration, à la gestion, au contrôle et à la mise en valeur de participations dans toutes sociétés, établies en Europe ou même hors d'Europe et

qu'elle pourra notamment employer ses fonds à la création, à la gestion, à la mise en valeur et à la liquidation d'un portefeuille se composant de tous titres et brevets de toute origine, etc », elle doit être considérée comme un investisseur averti étant donné que son activité a pour but la valorisation du patrimoine par une politique d'investissement. C'est à tort que l'appelante soutient qu'il ne s'agit que d'un instrument de nature fiscale, puisqu'elle peut accomplir les actes prévus dans son objet social. Il est vrai qu'une telle société n'est pas un investisseur professionnel, étant donné qu'elle ne peut exercer une activité commerciale au risque de perdre son statut fiscal. Elle sert d'instrument pour l'investisseur qui veut mener sa politique d'investissement au moyen d'une telle société, ce qui implique que tant la société que le bénéficiaire économique sont à considérer comme des investisseurs avertis, de sorte que banque ne devait pas attirer expressément l'attention sur les risques encourus par l'investissement dans les valeurs de la nouvelle technologie.

L'appelante reproche ensuite à la banque d'avoir commis des fautes de gestion. Elle invoque à l'appui de sa thèse un audit réalisé par la société F.

La banque conteste toute faute de gestion. Elle invoque en outre une jurisprudence luxembourgeoise constante qui considère que le silence du client à la réception des extraits de compte équivaut à une ratification tacite des opérations y mentionnées, de sorte que le client est forcé à venir les mettre en cause ultérieurement.

Le fait par le client de recevoir les extraits et relevés de compte sans émettre des protestations dans le délai fixé aux conditions générales vaut acquiescement des écritures et des opérations effectuées. (Cour d'Appel 9 février 1994 Pas 29,315 ; Cour d'Appel 9 décembre 1992, n°12894, Cour d'Appel 21 avril 2005, n°27532+27534)

Le client qui ne conteste pas les opérations réalisées par la banque, dès qu'il en est informé, est présumé avoir ratifié les engagements passés et en raison du caractère aléatoire de la gestion de portefeuille, il ne pourra ultérieurement contester la validité ou le bienfondé de l'action du gestionnaire, qui se révélerait préjudiciable. (Cour d'Appel 26 mai 1993, n°13189)

Si l'approbation tacite ne saurait confirmer une opération dont l'irrégularité est prouvée, tel n'est cependant pas le cas en l'espèce, étant donné que les reproches de l'appelante concernent le fait que la banque a investi dans des valeurs dont le cours boursier a chuté par la suite, ce qui ne constitue pas un acte illégal comme le soutient vainement la partie appelante.

Il se dégage de ces développements que l'appelante a ratifié les opérations effectuées sur le compte litigieux, de sorte qu'elle est forcée à les mettre en cause. Il s'en suit que tous les développements concernant la prétendue mauvaise gestion de la banque ne doivent pas être analysés. Il en est de même des offres de preuve par témoins et par expertise qui tendent à établir des fautes dans le chef de la banque.

Le jugement entrepris doit être confirmé dans toute sa forme et teneur.

Les deux parties concluent à l'allocation d'une indemnité de procédure. Cette demande de l'appelante n'est pas fondée, eu égard à l'issue du litige. Celle de l'intimée doit

également être rejetée, vu qu'elle n'a pas établi en quoi il serait inéquitable de laisser lesdits frais à sa charge.

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 l'appel ;

rejette les offres de preuve par témoin et par expertise formulées par l'appelante,

dit l'appel non fondé,

confirme la décision entreprise,

dit non fondées les demandes basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

condamne l'appelante à tous les frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître Philippe DUPONT sur ses affirmations de droit.