

- Arrêt commercial -

Audience publique du huit novembre deux mille douze

Numéro 37050 du rôle

Composition:

Carlo HEYARD, président de chambre,
Eliane EICHER, président de chambre,
Marianne PUTZ, premier conseiller,
Lex BRAUN, greffier.

E n t r e

A, employé privé, demeurant à L-..., ...,

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Gilles HOFFMANN, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg, du 4 février 2011,

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

e t

la société anonyme **B'' S.A.**, établie et ayant son siège social à L-..., ..., inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit HOFFMANN,

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

L A C O U R D ' A P P E L :

Par exploit d'huissier de justice du 15 février 2010, A a fait donner assignation à la société anonyme B''' S.A. (anciennement la société anonyme B' S.A., appelée par la suite B'' S.A., puis B''' S.A. et aujourd'hui B'''' S.A.), ci-après la BANQUE, pour s'entendre condamner à lui payer la somme de 143.214,56 € avec les intérêts légaux.

A a exposé à l'appui de sa demande que malgré le fait qu'elle ne disposait d'aucun mandat de gestion discrétionnaire, la BANQUE aurait pris l'initiative de faire des investissements boursiers pour son compte, ayant conduit à une perte financière de 143.214,56 €.

Les faits se trouvant à la base de sa demande se présentent comme suit :

A détenait à partir de 1984, ensemble avec son épouse, auprès de la BANQUE un compte d'épargne et un compte courant.

En juillet 2008, il a transféré ses comptes de l'agence Kirchberg vers l'agence à Esch-sur-Alzette, gérée par un ancien ami, C.

Le 29 juillet 2008, A a émis, moyennant appel téléphonique donné à C, un ordre d'achat de titres F pour un montant de 50.000 € au prix d'acquisition inférieur ou égal à 8,50 €, ordre restant valable pendant un mois.

L'ordre donné à C le 29 juillet 2008 n'a pas été exécuté, puisque le titre n'avait pendant toute cette période pas atteint la valeur de 8,50 €.

Le 15 septembre 2008, C a procédé, pour le compte de A, au cours de 8,70 € à l'achat de titres F pour une contre-valeur de 51.475,73 €.

Le 16 septembre 2008, C a acquis au cours de 6,93 € 7.000 titres F supplémentaires pour 48.912,11 € pour le compte de A.

Le 29 septembre 2008, C a encore acquis 8.500 titres F pour le compte de A et ce au cours de 5,0093 €.

La cotation du titre F a été suspendue le 3 octobre 2008 et le cours de F s'est effondré le 14 octobre 2008.

Le 16 octobre 2008, A adressa un courrier de réclamation au service clientèle.

Face au refus de la BANQUE de reconstituer les avoirs initialement déposés sur ses comptes, alors que A rend la BANQUE responsable d'une perte de quelque 90% de son investissement, A a assigné la BANQUE en justice.

A a reproché à la BANQUE d'avoir agi sans mandat de sa part et d'avoir failli au devoir d'information et de conseil, de loyauté et de non-ingérence, et il a demandé à être remis dans la situation dans laquelle il se trouvait à la date du 14 septembre 2008, partant que la somme de 143.214,56 € soit redéposée par la banque sur les comptes débités.

Par jugement rendu le 28 octobre 2010, les juges de première instance ont décidé qu'il résulte de l'ensemble des éléments de preuve, notamment de l'attestation testimoniale établie par C et du courrier de A du 16 octobre 2008, que A avait bien donné les ordres en question et ils ont débouté A de sa demande en responsabilité.

Par acte d'huissier de justice du 4 février 2011, A a régulièrement relevé appel du jugement du 28 octobre 2010 lui signifié le 28 décembre 2010.

Il demande de réformer le jugement entrepris et d'adjudger sa demande.

L'intimée conclut à la confirmation de la décision de première instance.

Quant à l'existence d'un mandat donné à la BANQUE

A fait valoir que le banquier qui exécute l'ordre en bourse de son client agit en tant que mandataire, qu'à l'exception du premier ordre de bourse donné le 29 juillet 2008, il n'y a jamais eu de sa part ni de mandat écrit, ni de mandat oral relatif à l'acquisition de titres F.

A fait encore valoir que les trois ordres d'achats litigieux n'ont jamais été ratifiés par lui.

Il n'est pas contesté qu'il n'existe aucun mandat écrit donné à la BANQUE pour les ordres de bourse des 15, 16 et 29 septembre 2008.

La BANQUE entend établir la réalité du mandat verbal qu'elle invoque, entre autres, par un courrier lui adressé par A le 16 octobre 2008, duquel elle déduit respectivement le mandat et la ratification du mandat.

Dans son courrier du 16 octobre 2008, A a exposé qu'en date du 16 septembre 2008 il a été informé par C que celui-ci avait acquis pour son compte des titres F à une valeur de 8,70 € alors qu'il n'avait pas donné son accord à la reconduction du mandat qui devait venir à échéance le 29 août 2008, ni à une acquisition de titres F à un prix plus élevé. A a encore ajouté que peu de temps après il a de nouveau contacté C pour lui dire de vendre ses positions F et que celui-ci n'a pas donné suite à son ordre.

A continue dans son susdit courrier comme suit : « *Quelques jours plus tard, l'action tombe sous la barre des EUR 7,00. Je reprends contact avec M. C pour lui demander les raisons de cette chute. Il minimise l'incident, me dit qu'il s'agit d'une variation temporaire du marché et que lui-même a encore acheté le même jour des titres « F » pour besoins propres à un cours de EUR 7,19. La seule chose intelligente à faire serait, selon M. C, de se renforcer en titres « F » pour faire baisser la moyenne d'acquisition. Une*

nouvelle position de titres, pour une contre-valeur de EUR 50.000 est donc acquise, sur recommandation de M. C, à EUR 6,93/titre ».

Et A de poursuivre en se référant au début du mois d'octobre : « (...) Une nouvelle position a dès lors été acquise, pour une contre-valeur de 44.000 euros, principalement pour faire baisser la moyenne ».

Pour ce qui est des dates, A s'est trompé dans ce courrier, les pièces par lui versées documentant que les deux achats de titres par lui visés ci-dessus ont été effectués le 16 septembre 2008 et le 29 septembre 2008.

Concernant l'ordre d'achat du 15 septembre 2008, il résulte de l'acte d'appel que A n'était pas opposé au principe même d'une reconduction de l'ordre de bourse qu'il avait donné le 29 juillet 2008, mais qu'il l'avait soumise à la condition de la communication préalable par C des conditions de ce nouveau mandat, ceci par téléphone ou sms, et par le retour d'un fax d'accord exprès de A à C, lequel devait préciser la durée de l'ordre, la somme à investir et le seuil de déclenchement d'achat de titres F.

On s'accorde à reconnaître que la ratification du mandant valide non seulement les actes accomplis par le mandataire au-delà des limites de son mandat, mais aussi ceux que ce dernier a accomplis sans mandat ou en vertu d'un mandat nul. Dans les deux cas, celui qui a agi n'a que la qualité d'un gérant d'affaires et tous les actes d'un gérant d'affaires peuvent être ratifiés par le géré (Cour 22.4.2009, rôle n° 32760).

Pour que la ratification soit valable, il faut que le mandant ait eu connaissance de l'acte conclu par le mandataire en dehors de ses pouvoirs, et la volonté certaine du mandant de fournir a posteriori son consentement passé par le mandataire.

A a eu, en date du 16 septembre 2008, connaissance de l'acquisition des titres F pour son compte par C le 15 septembre 2008. En affirmant avoir souscrit le 16 septembre 2008 une nouvelle position de titres, pour une contre-valeur de 50.000 €, soit une acquisition supplémentaire de titres F par rapport à celle de la veille, A a nécessairement approuvé l'acquisition du 15 septembre 2008 par C.

En déclarant qu'une nouvelle position de titres pour une valeur de 50.000 € « *est donc acquise sur recommandation de M. C* », A reconnaît avoir acquiescé à l'acquisition de titres supplémentaires, partant avoir donné mandat à C d'acquérir de nouveaux titres le 16 septembre 2008.

En écrivant qu'une nouvelle position pour une contre-valeur de 44.000 € a été acquise le 29 septembre 2008, il exprime encore une fois son accord avec l'acquisition précédente du 16 septembre 2008 et il exprime son accord avec l'acquisition du 29 septembre 2008.

Il résulte des considérations qui précèdent que toutes les acquisitions réalisées par C l'étaient sur base d'un mandat donné par A.

Il devient dès lors superfétatoire d'examiner les moyens des parties relativement à la recevabilité - dans le contexte du mandat - de l'attestation testimoniale établie par C et aux conséquences attachées à la réception par le client des écritures de banque.

Il devient pareillement sans intérêt d'examiner le moyen de A suivant lequel les appels téléphoniques entre lui-même et C auraient dû être enregistrés.

Le jugement entrepris est par conséquent à confirmer en ce qu'il a retenu la réalité d'un mandat donné par A à la BANQUE.

Quant à la violation du principe de non-ingérence

A réitère en instance d'appel son moyen en vertu duquel il incomberait à tout banquier, ne disposant que d'un simple mandat de dépôt de fonds, de ne pas s'immiscer dans la gestion du patrimoine de son client.

Puisque A a mandaté la BANQUE d'acquérir des titres F, il ne peut être envisagé que pour l'exécution de ce mandat il y ait eu violation du principe de non-ingérence.

L'appel est donc également à rejeter sur ce point.

Quant à l'inobservation des règles prudentielles et d'organisation et des devoirs de vigilance en vigueur en matière financière et boursière

A se prévaut de diverses violations à la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier, modifiée, notamment par la loi du 13 juillet 2007 relative aux marchés d'instruments financiers (loi MIFID), et au règlement grand-ducal du 13 juillet 2007 relatif aux règles organisationnelles et aux règles de conduite dans le secteur financier.

Les règles de conduite édictées par la loi du 5 avril 1993 et la circulaire 2000/15 de la CSSF sont conçues dans l'intérêt général, traduisant sur un plan strictement disciplinaire les normes déontologiques à observer par les professionnels du secteur financier, et ne constituent pas une base légale permettant aux particuliers d'agir directement en justice en invoquant une violation de ces dispositions. (cf. Cour d'appel, 22 avril 2009, rôle n° 32760)

A ne peut partant pas invoquer les règles susvisées.

Quant à l'obligation d'information et de conseil

A, se disant néophyte et épargnant conservateur, reproche à la BANQUE d'avoir manqué à son obligation de conseil et d'information en ne l'informant pas que ses règles internes interdisent à ses gestionnaires de promouvoir l'achat de ses propres actions, en n'attirant pas son attention sur le fait qu'il aurait été judicieux de diversifier ses investissements en titres et de ne pas investir l'intégralité des fonds dans une seule valeur, en ne le mettant pas en garde contre les investissements en bourse en général, surtout s'il s'agit de grosses économies, et contre les investissements en titres à risques et en ne lui faisant pas comprendre l'inopportunité d'investir en titres alors qu'il n'a jamais investi et a uniquement épargné.

Pour dire qu'il n'y a pas eu de sa part manquement à son obligation d'information et de conseil, la BANQUE expose que les titres F acquis par A sont des produits non-complexes dont les risques généraux, largement médiatisés, sont connus de tous, de sorte que A ne peut pas prétendre qu'il n'était pas informé que le cours d'un titre peut monter et descendre.

Elle a encore exposé que A était parfaitement au courant des difficultés financières affectant le groupe F lors de la crise des subprimes en 2008 et que la baisse du cours des titres F a été en réalité à l'origine de la décision de A, spéculant sur une hausse ultérieure du cours, d'acquérir des titres F.

Elle explique que l'ordre d'achat du 29 juillet 2008 pour 50.000 € à un cours de 8,50 € a été fait alors que le cours avait déjà perdu plus de la moitié de sa valeur depuis le début de l'année 2008, et près de 42 % depuis le 2 juin 2008.

Elle explique en outre que l'ordre d'achat du 16 septembre 2008 portant sur 7.000 titres a été fait à un moment où le cours avait chuté de plus de 11 % depuis la veille et de plus de 18 % depuis le 29 juillet 2008.

L'étendue de l'obligation d'information et de conseil du banquier dans le cadre d'opérations de bourse varie selon le profil du client.

En présence d'un client qui sait ou qui doit savoir et qui agit dans un esprit de spéculation, l'obligation d'information et de conseil peut même disparaître.

Dans l'appréciation du profil de A, la Cour prendra en considération l'attestation testimoniale émise par C le 23 mars 2010. C, se qualifiant de directeur d'agence, n'exerce en effet pas de fonctions au niveau des organes de représentation de la société intimée qui le feraient assimiler à celle-ci et qui excluraient qu'il puisse attester.

C a attesté qu'il a fait savoir à A qu'il ne pouvait lui donner ni conseil, ni recommandation au sujet des titres F, surtout qu'il s'agissait de titres de la maison-mère et que dans ce cas le client devait apprécier lui-même les risques spécifiques liés à un tel investissement.

C a également attesté qu'à partir du 16 septembre 2008, il a constaté que A se tenait très bien informé de l'actualité relative à F, qu'il avait ainsi toujours connaissance des dernières informations émises par les médias via l'internet et la presse écrite ainsi que les communiqués de presse émanant du management de la BANQUE.

Il a expliqué qu'après l'annonce, en date du 28 septembre 2008, des gouvernements belge, luxembourgeois et néerlandais d'investir 11,2 milliards d'euros dans le groupe F et après l'annonce du gouvernement luxembourgeois que son intervention est motivée par le désir de restaurer la confiance auprès des clients, de garantir les dépôts des épargnants et de sécuriser l'emploi, de nombreux clients ont fait l'acquisition de titres F, misant sur un revirement de la situation et une nouvelle augmentation des cours suite aux interventions étatiques.

Dans sa lettre du 16 octobre 2008, A a soutenu s'être inquiété le 16 septembre 2008 de l'opportunité de procéder maintenant au moindre investissement dans des titres bancaires au vu de la lame de fond déclenchée la veille par la faillite de la banque LEHMAN BROTHERS.

Dans cette même lettre, il a, sur base de données trouvées sur un site internet <http://finance.yahoo.com>, fait état de l'évolution du cours des titres F.

Il a également fait état dans cette même lettre qu'il a disposé d'informations que la société F allait pâtir indirectement de la crise des « *Sub Primes* ».

L'évolution du cours des titres F, telle que décrite par la BANQUE, n'est pas contestée par A.

Il résulte de l'attestation délivrée par C et de la propre lettre de A que ce dernier était une personne au courant de l'incidence de la grave crise financière de l'année 2008 sur le cours boursier des titres F.

Il en résulte également, notamment des faits que A a acquis des titres F le lendemain de la faillite de la banque LEHMAN BROTHERS et le lendemain des interventions gouvernementales, que A a spéculé, lors des trois acquisitions, sur une hausse ultérieure du cours des titres F achetés à bas prix.

Par conséquent, la remarque pré-imprimée figurant sur les formulaires d'ordre d'achat, relative à la connaissance des produits achetés, n'est à considérer que comme formule standard ne reflétant pas l'état de connaissance réel et concret de A.

Comme A a su ce qu'à propos de produits financiers simples il reproche à la BANQUE de ne pas lui avoir révélé et comme il était animé par une intention spéculative, il ne saurait - même à admettre qu'il ait eu auparavant un profil d'épargnant conservateur - reprocher à la BANQUE d'avoir manqué à son obligation d'information et de conseil.

Il ne saurait d'autant moins reprocher ce manquement à la BANQUE qu'il a été implicitement d'accord que la BANQUE ne le conseille pas à propos de l'acquisition de titres F.

La responsabilité de la BANQUE ne peut par conséquent pas être engagée du chef de manquement à l'obligation d'information et de conseil.

L'appel de A n'est partant pas fondé.

Quant aux demandes présentées sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile

A et la BANQUE concluent à l'octroi d'une indemnité de procédure de respectivement 4.000 € et 6.000 €.

Ces demandes sont à rejeter ; A, succombant dans ses revendications, ne saurait prétendre au bénéfice des dispositions de l'article 240 du nouveau code de procédure civile et la BANQUE reste en défaut de justifier de l'iniquité requise par l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS

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

reçoit l'appel,

le dit non fondé,

confirme le jugement du 28 octobre 2010,

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

en déboute,

condamne A aux frais et dépens de l'instance d'appel.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Eliane EICHER, président de chambre, en présence du greffier Lex BRAUN.