

Audience publique du dix-neuf décembre deux mille treize

Numéro 38235 du rôle

Composition:

Eliane EICHER, président de chambre,
Danielle SCHWEITZER, conseiller,
Nathalie JUNG, conseiller,
Lex BRAUN, greffier.

E n t r e

1) A.),

2) B.),

3) C.),

appelants aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Roland FUNK de Luxembourg du 24 janvier 2012,

comparant par Maître André HARPES, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t

la **BANQUE ET CAISSE D'EPARGNE DE L'ETAT, LUXEMBOURG**, établissement public autonome, établie et ayant son siège social à L-1930 Luxembourg, 1, Place de Metz, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B30775, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit FUNK,

comparant par Maître Patrick KINSCH, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par acte d'huissier du 16 octobre 2009, A.), B.) et C.) – ci-après les consorts A.), B.) ET C.) – ont fait donner assignation à l'établissement public BANQUE ET CAISSE D'EPARGNE DE L'ETAT – ci-après BCEE – à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour l'entendre condamner au paiement de la somme de 418.487,44 € outre les intérêts, ainsi qu'au paiement d'une indemnité de procédure de 2.500 €.

Les demandeurs ont exposé :

que suite aux promesses tenues par un rapporteur rémunéré de la BCEE, François PEUSCH, ils ont été accueillis dans les locaux de la BCEE par le conseiller « private banking » Alain KIRT, qui leur a vivement recommandé l'investissement dans les produits boursiers signés BCEE et l'utilisation d'un levier à facteur trois moyennant un emprunt Lombard auprès de la BCEE ; qu'ils avaient conscience d'être novices dans la course boursière, ce qui constituait le motif de leur besoin d'assistance ayant débouché sur le contrat de gestion-conseil avec mandat donné à la BCEE de gérer les avoirs sous l'aval du client ;

qu'en utilisant tant des fonds propres des consorts A.), B.) ET C.) que des fonds empruntés, la BCEE a entrepris des souscriptions de titres de la SICAV LUXCASH EURO-A-CAP et de la SICAV LUX-EURO-STOCKS 1 CAP, les 8 septembre 2000, 25 septembre 2000 et 16 octobre 2000 ;

que depuis le 16 octobre 2000 jusqu'au 20 mars 2001 et au 27 juin 2001, dates respectives des deux dénonciations successives du crédit Lombard, la BCEE aurait ignoré ses obligations de conseil et d'initiative dans la gestion de leur portefeuille ;

qu'ils ont dénoncé le contrat de gestion le 1^{er} août 2001 ;

que suite aux baisses boursières du premier semestre 2001, à défaut de réaction boursière de la BCEE, ils ont assumé une perte de 418.487,44 €, partant la perte de leurs fonds familiaux initiaux.

Ils ont fait valoir que le dommage leur accru trouve sa cause exclusive dans les faits fautifs de la BCEE. Ils lui reprochent de les avoir animés à la technique à très haut risque du levier moyennant la signature d'un crédit Lombard, d'avoir omis de prendre une initiative de gestion ou de réaction dans le portefeuille A.), B.) ET C.) face à l'évolution boursière, de ne pas avoir suffi à son obligation d'information et à son obligation de conseil.

La demande est basée sur la responsabilité contractuelle, notamment les articles 1134 et suivants du code civil, subsidiairement sur l'article 1384, alinéa 3 du code civil et plus subsidiairement sur les articles 1382 et 1383 du code civil.

Par jugement du 13 juillet 2011, le tribunal a dit la demande non fondée.

De cette décision, qui n'a pas fait l'objet d'une signification, les consorts A.), B.) ET C.) ont régulièrement relevé appel par acte d'huissier du 24 janvier 2012. Ils demandent de la réformer et de faire droit à leurs revendications.

Ils reprochent au tribunal d'avoir qualifié chacun d'eux d'investisseur averti, d'avoir qualifié François PEUSCH de consultant indépendant au service des consorts A.), B.) ET C.) alors qu'il était un rapporteur d'affaires au service de la BCEE, de ne pas avoir qualifié de faute contractuelle dans le chef du banquier le fait par celui-ci d'avoir gardé le silence absolu et continu pendant six mois en violation de l'obligation de gérer un portefeuille titres, d'avoir réfuté l'existence d'un dommage dans leur chef.

Ils réitèrent les reproches formulés à l'égard de la BCEE en première instance.

Les appelants déclarent que la cause de leur préjudice n'est pas une perte en bourse devenue réelle par la vente des titres, mais le rachat forcé du portefeuille par des fonds propres venus en substitution du financement par crédit Lombard ; l'objet de la demande en justice n'est donc nullement un différentiel hypothétique en cotation en bourse d'un titre à la date de l'assignation, mais l'indemnisation d'un appauvrissement réel de 416.526,70 € subi dès le 24 juillet 2001.

Le fait de la BCEE d'avoir conseillé par son agent-rapporteur et par son service private banking d'investir moyennant un effet de levier a causé une augmentation du dommage de 79.000 € à 416.526,70 €. La BCEE devra en toute hypothèse rester responsable de cette augmentation de la perte.

Les appelants déclarent avoir capitulé suite à une deuxième sommation de la BCEE assortie de la menace d'une vente d'office des titres. La BCEE aurait refixé unilatéralement et en sa faveur le taux de couverture des garanties à fournir de 100% à 125% de son risque crédit. Le remboursement du crédit Lombard ne saurait donc être qualifié de libre décision issue de la volonté des consorts A.), B.) ET C.) .

La cause du remboursement du crédit Lombard aurait consisté dans l'acte illégitime du 27 mars 2001 de la BCEE d'imposer unilatéralement aux consorts A.), B.) ET C.) d'augmenter le taux de couverture du crédit Lombard de 100% à 125% de garanties avec comme alternative le remboursement du crédit Lombard avec menace de vente d'office du portefeuille titres.

L'article 4.2. du contrat d'ouverture du crédit Lombard (qui vaut clause de stop loss) serait à annuler.

La BCEE aurait engagé les consorts A.), B.) ET C.) avant même d'avoir constitué convenablement son dossier, ce en grave violation de ses propres procédures internes imposant à toute opération la double condition préalable de l'existence d'un dossier complet et d'un ordre signé par le client.

La BCEE resterait en défaut d'indiquer avec précision l'identité de la personne qui aurait prétendument mis en garde les consorts A.), B.) ET C.) . Elle n'aurait

pas prouvé avoir satisfait à son obligation d'information ; elle ne leur aurait pas exposé le risque de voir absorber le capital à quadruple vitesse en cas de baisse boursière, elle aurait passé sous silence la qualité d'agent-rapporteur de François PEUSCH.

L'absence totale de conseil en gestion depuis septembre 2000 jusqu'au mois de mars 2001, voire jusqu'en juillet 2001 serait constitutive d'une inexécution fautive du contrat de gestion-conseil du 14 septembre 2000 dans le chef de la BCEE qui serait restée, en période de pleine tourmente boursière, en défaut de prendre la moindre initiative de restructuration de la composition du portefeuille constitué exclusivement de produits BCEE.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement de première instance. Elle fait plaider que les consorts A.), B.) ET C.) se sont présentés à la BCEE comme ayant des compétences en matière économique et financière ; qu'ils étaient accompagnés de François PEUSCH qui les avait initialement conseillés dans leur stratégie d'investissement ; que cette stratégie était déjà arrêtée lorsque les consorts A.), B.) ET C.) se sont rendus chez le conseiller de clientèle de la BCEE, Alain KIRT : apporter 10.000.000 LUF (environ 250.000 €) de fonds personnels, les investir dans des titres de la SICAV LUXCASH EURO-A-CAP de manière à ce qu'ils puissent servir de gage lors de l'octroi d'un crédit Lombard de trois fois la valeur des titres initialement mis en gage (30.000.000 LUF ou 750.000 €), et enfin investir les fonds empruntés dans des titres de la SICAV d'actions LUX-EURO-STOCKS 1 qui serviraient par ailleurs de gage additionnel dans le cadre du crédit Lombard ; que les consorts A.), B.) ET C.) insistaient à mettre en œuvre cette stratégie ; que cette stratégie n'était pas absurde, même si elle faisait naître certains risques ; que la BCEE a exécuté son obligation de conseil en informant les consorts A.), B.) ET C.) des risques de leur projet d'investissement ; que le 20 mars 2001, la valeur des dépôts-titres étant insuffisante pour couvrir la ligne de crédit Lombard, une mise en demeure formelle a été adressée aux consorts A.), B.) ET C.) , soit de faire un apport de garanties supplémentaires, soit de rembourser la somme de 79.000 € sur le crédit Lombard ; que les parties se mirent d'accord sur la solution suivante : il fut mis fin à la ligne de crédit Lombard, les consorts A.), B.) ET C.) versèrent des fonds additionnels et gardèrent les parts de la SICAV LUX-EURO-STOCKS 1 dans un simple dépôt-titres dans la BCEE, la BCEE consentit un geste commercial par voie de restitution de la somme de 600.000 LUF (environ 15.000 €) sur le taux d'intérêt du crédit Lombard ; que l'adoption de cette solution commerciale fut suivie de la résiliation par les consorts A.), B.) ET C.) du contrat de gestion-conseil avec la BCEE.

L'intimée fait valoir que les appelants ont gardé les titres LUX-EURO-STOCKS 1 dans leur portefeuille malgré une suggestion qui leur fut faite fin 2007 de les vendre à ce moment-là ; qu'il ne saurait lui être reproché, eu égard à la baisse des indices boursiers européens jusqu'en mars 2003, de ne pas avoir conseillé la vente des titres. Sa responsabilité ne saurait être engagée.

En ordre subsidiaire, l'intimée conteste la relation causale entre ses prétendues fautes commises lors de la gestion au cours du premier semestre 2001 et l'évolution de la valeur des avoirs postérieure à la notification par les

consorts A.), B.) ET C.) le 1^{er} août 2001 qu'ils s'occuperaient désormais eux-mêmes de la gestion de leurs avoirs.

Le dommage des consorts A.), B.) ET C.) n'aurait pas été « consolidé » le 24 juillet 2011. En particulier, et contrairement à ce qu'ils soutiennent, le remboursement (volontaire) de leur prêt par les consorts A.), B.) ET C.) ne constitue pas un élément de leur dommage, et l'évolution des cours des actions LUX-EURO-STOCKS 1, après ladite date, montre qu'à la fin de l'année 2008, le dommage avait complètement disparu. Ce sont les consorts A.), B.) ET C.) qui ont refusé, à la fin de l'année 2007, de vendre leurs actions et d'effacer ainsi leur dommage.

A titre subsidiaire, les appelants demandent de nommer un expert avec la mission de « calculer sur base des extraits de comptes et de la cotation en bourse la différence entre les mises et coûts payés par les consorts A.), B.) ET C.) et la valeur résiduelle de leur portefeuille sous l'empire du contrat de gestion-conseil de la BCEE durant la période allant du 31 août 2000 au 24 juillet 2001. »

La charge de la preuve de la faute de la BCEE en relation causale avec le préjudice invoqué incombe aux demandeurs.

Sur base des pièces versées au dossier, le tribunal a, à bon droit, retenu que les demandeurs devaient, eu égard à leur formation, être au courant des risques liés aux investissements boursiers et qu'ils devaient être conscients qu'un investissement en bourse peut entraîner des pertes, que leur stratégie d'investissement était définie avant la prise de contact avec la BCEE et qu'il est établi par l'attestation testimoniale d'Alain KIRT qu'ils étaient parfaitement en connaissance de cause des risques liés à cette stratégie. Alain KIRT a, dans une attestation testimoniale du 9 novembre 2010, écrit : « Ils ont été clairement informés des risques financiers et risques de pertes et ils affirmaient être conscients des risques et conséquences qu'un tel investissement boursier à effet de levier pourra engendrer. »

Le témoin KIRT a indiqué que les consorts A.), B.) ET C.) n'étaient aucunement intéressés par d'autres produits bancaires leur présentés.

Dans une attestation testimoniale du 27 novembre 2012, il a précisé que lors de la première entrevue, il a clairement informé et mis en garde les clients A.), B.) ET C.) de tous les risques financiers et des risques de pertes que leur stratégie choisie et recommandée par leur conseiller financier François PEUSCH pourrait engendrer, voire leur faire subir des pertes de capital en cas d'investissement boursier à effet de levier et il a répété que les consorts A.), B.) ET C.) étaient parfaitement en connaissance de cause des risques liés à leur stratégie sollicitée et appliquée.

La faute reprochée à la BCEE d'avoir manqué à son obligation d'information et de conseil au moment de la conclusion du contrat laisse d'être établie et le fait que la BCEE n'aurait pas informé les appelants de ce que François PEUSCH était rapporteur d'affaires de la BCEE s'avère être sans incidence eu égard

aux informations reçues de la BCEE par les consorts A.), B.) ET C.) quant à la stratégie d'investissement envisagée.

Ainsi que le fait relever l'intimée, les consorts A.), B.) ET C.) n'établissent pas en quoi la signature tardive de documents par eux invoquée leur aurait causé un préjudice.

Quant au reproche fait à la BCEE d'une négligence, voire d'une omission continue de son obligation de conseil pendant l'exécution du contrat de gestion-conseil, les appelants ne contestent pas avoir reçu mensuellement une évaluation de la valeur de leur portefeuille et, ainsi que le fait valoir l'intimée, ni le conseil de vendre les titres, ni le conseil de remplacer ces titres par un autre investissement en actions n'auraient, eu égard à la baisse des indices boursiers, été indiqués.

Dans l'acte d'appel, les consorts A.), B.) ET C.) déclarent avoir été contraints en date du 1^{er} août 2001 de racheter le prêt Lombard en assumant à ce moment-là une perte en valeur boursière de 351.101 € et des frais financiers de 67.384,63 € ; que le dommage leur accru au moment de la résiliation du contrat de gestion-conseil est réel et chiffrable par la comparaison de leur mise initiale à laquelle il faudra ajouter la somme payée à titre de remboursement du prêt dénoncé et les frais financiers facturés par la BCEE.

Dans un corps de conclusions notifié le 8 juin 2012, ils expliquent le préjudice invoqué comme suit :

« Mise initiale :	395.000,00 €
Commission dossier crédit :	2.962,50 €
Intérêts au 31/12/2000 :	18.913,64 €
Intérêts au 31/03/2001 :	20.438,31 €
Intérêts au 30/06/2001 :	20.962,19 €
Rachat forcé du crédit Lombard au 24/07/2001 :	1.166.814,42 €

Mise totale :	1.621.965,01 €

Valeur du portefeuille au 27/06/2001 :	1.205.438,31 €
Perte subie et payée au 27/07/2001 :	416.526,70 €

Cette perte de 416.526,70 €, réalisée sous l'empire du contrat de gestion-conseil, est bien réelle, puisque apurée par les consorts KOPPES moyennant des fonds propres A.), B.) ET C.) payés à la BCEE en date du 24 juillet 2001. La Cour d'appel constatera donc la réalité de l'appauvrissement dans le chef des consorts A.), B.) ET C.) qui, jusqu'au 24 juillet 2001, ont dû décaisser sous l'empire du contrat de gestion-conseil BCEE la somme globale de 1.621.965,01 € pour se retrouver avec un portefeuille ne valant que 1.205.438,31 €.

Le remboursement du crédit du 24 juillet 2001 ne constitue rien d'autre qu'un rachat forcé du dépôt titre financé par le crédit BCEE avec la réalisation d'une perte sèche de 416.526,70 € causée par l'effet levier du crédit Lombard. »

Les appelants font valoir que la cause de leur préjudice né le 24 juillet 2001 est le rachat forcé du portefeuille par des fonds propres venus en substitution du financement par crédit Lombard BCEE.

Dans un corps de conclusions notifié le 31 décembre 2012, ils répètent qu'ils « accusent non pas des "pertes provisoirement essuyées, en dents de scie", alors que le dommage accru à leur patrimoine est bien réel pour avoir été consommé par un décaissement matériel desservant remboursement forcé du crédit Lombard en date du 24 juillet 2001. »

Le décaissement aurait consolidé définitivement le dommage dès le 24 juillet 2001.

Il résulte des pièces versées que par un courrier du 20 mars 2001, la BCEE a informé les consorts A.), B.) ET C.) de ce que la valeur des dépôts-titres nantis est devenue insuffisante pour couvrir la ligne de crédit Lombard et elle leur a demandé de remédier à la situation pour le 23 mars 2001 au plus tard, soit par un apport de nouvelles garanties supplémentaires pour le crédit, soit par le remboursement du crédit.

Par la suite, la BCEE communique des évaluations de portefeuille aux consorts A.), B.) ET C.) .

Le 27 juin 2001, la BCEE écrit aux consorts A.), B.) ET C.) :

« Nous venons de constater que la valeur de vos dépôts-titres numéros 03-32439 et 03-32452 est devenue insuffisante pour couvrir votre ligne Crédit Lombard de EUR 1.185.000 (actuellement utilisée à hauteur de EUR 1.205.438,31). En effet, lesdits dépôts-titres ne valent actuellement plus que EUR 1.408.320. Ils ne couvrent donc le crédit qu'à hauteur de 116,8%.

Il en résulte que les critères de couverture, dont référence est faite dans l'article 4.1. des Conditions Générales Régissant les Crédits Lombard, ne sont plus respectés. En effet, une condition essentielle est que le crédit soit à tout moment couvert par des dépôts représentant au moins 125% du montant du crédit.

Par conséquent, nous sommes obligés de demander par la présente, soit de faire un apport de garanties supplémentaires acceptables pour la BCEE pour un montant minimal de EUR 100.000, soit de rembourser une somme de EUR 79.000 sur votre Crédit Lombard sous rubrique. A défaut d'apport supplémentaire respectivement de remboursement jusqu'au 3 juillet 2001 au plus tard, la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat, Luxembourg fera usage de son droit de réalisation des Actifs Nantis conformément à l'article 4.2. et 4.3. des Conditions Générales Régissant les Crédits Lombard.

Par ailleurs nous tenons à vous informer d'ores et déjà qu'au cas où la valeur desdits dépôts-titres tombe en dessous de 110% du crédit, le dépôt sera vendu d'office par nos soins en vue du remboursement du crédit. »

Le 29 juin 2001, B.) répond :

« Nous avons convenu que nous n'allons pas réagir de suite, mais attendre l'évolution du marché. Toutefois, au moment où la barre de couverture des 110% sera atteinte, les responsables de la BCEE se mettront en contact avec

nous, afin de prévoir un éventuel apport complémentaire. Monsieur Germain DONDELINGER va mettre Monsieur Alain KIRT, qui s'occupe de notre dossier, au courant de la situation actuelle, qui lui toutefois nous tiendra au courant des évolutions futures, afin de nous conseiller au mieux. »

Le 6 juillet 2001, la BCEE demande aux consorts A.), B.) ET C.) de la contacter dans les meilleurs délais « en vue de la régularisation du dépassement de votre ligne de crédit lombard qui est actuellement en dépassement de EUR 41.400, respectivement en vue de la restitution de la couverture de votre ligne de crédit lombard. (cf. notre courrier du 27 juin dernier) »

L'échange de courriers entre les parties n'établit pas que le remboursement du crédit Lombard dans son intégralité ait été imposé par la BCEE aux consorts A.), B.) ET C.) .

Le tribunal a retenu à juste titre que les appelants sont « d'avis que la perte aurait été rendue définitive par la demande de liquidation du crédit Lombard et son remboursement subséquent. Ils estiment ainsi que le fait qu'ils aient jusqu'à ce jour gardé leurs titres et l'évolution de ceux-ci au-delà du 1^{er} août 2001 seraient absolument étrangers à la constitution et la valeur de leur perte consolidée par le remboursement forcé du crédit Lombard.

Cette façon de voir n'est pas correcte.

La demande de la BCEE, faite en application des stipulations contractuelles en rapport avec l'octroi du crédit Lombard, de faire un apport supplémentaire de garanties n'a pas pu rendre le dommage définitif.

Les requérants, au lieu d'apporter des garanties supplémentaires en vue de couvrir la ligne de crédit, ont, pour des raisons qui leur sont personnelles, décidé de rembourser totalement le crédit par des fonds propres tout en gardant leurs titres.

Cette décision de rembourser intégralement le crédit octroyé n'est cependant de par elle-même pas constitutive d'une perte et en tout état de cause sans relation causale avec un préjudice résultant d'une dépréciation du portefeuille titres.

On ne saurait pas non plus faire abstraction dans l'appréciation d'un éventuel dommage ni de l'évolution du cours des titres postérieurement au contrat de gestion, ni des décisions ultérieures des requérants.

La décision de ne pas vendre les titres, malgré la suggestion leur faite en ce sens, à un moment où la valeur de ceux-ci avait de nouveau atteint leur valeur d'achat, a de toute façon rompu tout lien de causalité entre une éventuelle faute antérieure de la BCEE et un éventuel préjudice.

Le préjudice allégué, dans la mesure où les demandeurs n'ont à ce jour toujours pas vendu les titres en cause, reste d'ailleurs hypothétique, une remontée des cours ne peut être exclue, les parties ne renseignent d'ailleurs pas le tribunal sur la valeur actuelle des titres. »

La demande portant sur la garantie a été faite par la BCEE conformément à l'article 4.2. des conditions générales régissant l'octroi d'un crédit Lombard aux termes duquel :

« Lorsque la BCEE estime qu'une diminution de la valeur des avoirs déposés par le(s) crédit(s) s'est produite ou semble imminente, ou si la BCEE, pour toute autre raison, devrait juger la valeur des avoirs déposés comme étant devenue insuffisante pour couvrir le montant du crédit accordé respectivement le montant du crédit utilisé, le(s) crédit(s) s'engage(nt), sur première demande notifiée par lettre recommandée par la BCEE, soit à fournir une garantie supplémentaire sous forme que la BCEE estimera appropriée, soit à accepter une réduction du Crédit Lombard et à rembourser les montants éventuellement exigés dans un délai qui ne dépassera pas quatre jours francs. Si le(s) crédit(s) ne satisfait/satisfont pas à cette obligation endéans les délais fixés, la BCEE aura le droit de réaliser immédiatement tout ou partie des garanties accordées alors même que la créance ne serait pas encore exigible. »

Le reproche tiré de ce que la BCEE aurait unilatéralement revu les conditions de prêt n'est donc pas non plus fondé.

Compte tenu de ce que le crédit Lombard ne peut être dissocié de la valeur en bourse des titres dans lesquels les appelants ont investi et de l'évolution de cette valeur, de ce qu'une exigence de la part de la BCEE relative au remboursement forcé de l'intégralité du crédit Lombard n'est pas établie, et en considération de l'ensemble des développements qui précèdent, le jugement entrepris est à confirmer.

Les appelants concluent à l'octroi d'une indemnité de procédure de 5.000 €.

Eu égard à la décision à intervenir, cette demande est à rejeter, une partie qui succombe dans ses revendications ne pouvant pas prétendre au bénéfice des dispositions de 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 13 juillet 2011,

dit la demande de A.), de B.) et de C.) présentée sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile non fondée,

en déboute,

condamne A.) , B.) et C.) aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître Patrick KINSCH, avocat constitué qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

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.