- Arrêt civil -

Audience publique du quatre février deux mille seize

Numéro 40600 du rôle

Composition:

Eliane EICHER, président de chambre,
Agnès ZAGO, conseiller,
Danielle SCHWEITZER, conseiller,
Josiane STEMPER, greffier.

E n t r e :

X.), pianiste-concertiste, demeurant à F-(...),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Patrick MULLER, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg, du 29 octobre 2013,

comparant par Maître Pierre REUTER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

la société anonyme **BQUE.1.)**, établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du prédit exploit,

comparant par la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, inscrite au barreau de Luxembourg, représentée aux fins des présentes par Maître Philippe DUPONT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

X.) expose avoir ouvert, en novembre 2007, un compte auprès de la Banque **BQUE.1.)** dans le but de faire des placements à hauteur de 500.000.- EUR environ dans divers produits financiers ; elle ajoute que lors de l'entrée en relation, la Banque a défini une approche patrimoniale globale et a retenu un profil d'investisseur « Low Risk » à l'égard de sa cliente.

Le 13 décembre 2007, **X.)** a signé un contrat « **BQUE.1.)** premium » avec la Banque afin d'être secondée par un conseiller personnel pour « *l'assister dans ses décisions en matière de placement* » et pour lui conseiller les produits correspondant « *au profil de risque et à l'horizon temporel de placement* » qui lui correspondait.

Dans un mail du 5 décembre 2007, la Banque lui a présenté deux Sicav alternatives, à savoir les fonds **FONDS.1.)** et **FONDS.2.)**. Tout en concédant que ces produits ne correspondaient pas au profil d'investisseur de la cliente, la Banque mit en avant les bonnes performances et les risques maîtrisés de ces deux fonds et lui proposa de signer une décharge par rapport à son profil d'investisseur. Se fiant aux recommandations de la Banque, **X.)** a donné, le 19 décembre 2007, instruction à la Banque d'acheter les produits **BQUE.1.)** **FONDS.1.)** et **FONDS.2.)**, chaque fois à hauteur du montant de 250.000.- EUR et signé une décharge.

Face aux pertes en valeurs constatées dans le fonds **FONDS.1.)**, **X.)** a donné, en août 2008, instruction à la Banque de vendre ce produit et a demandé, parallèlement à cette instruction, des informations sur le produit **FONDS.2.)**. La Banque lui a assuré que ce produit était sûr et qu'il n'y avait pas d'inquiétude à avoir.

Le 14 octobre 2008, **X.)** a néanmoins demandé le rachat intégral des produits **FONDS.2.)** ; toutefois, les longs délais de sortie, dont elle n'a eu connaissance qu'en août 2008, au moment de la vente des titres **BQUE.1.)** **FONDS.1.)**, ont empêché le remboursement sollicité avant l'éclatement du scandale **A.)** ; or le fonds **FONDS.2.)** avait investi ses actifs auprès de **SOC.1.)**.

Par exploit d'huissier de justice du 20 janvier 2010, **X.)** a fait donner assignation à la société anonyme **BQUE.1.)** Banque Internationale à Luxembourg (ci-après la Banque) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile aux fins de prononcer, à titre principal, la nullité du contrat de souscription de **X.)** auprès du fonds **FONDS.2.)** et d'entendre condamner la Banque à lui payer le montant de 250.000.- EUR avec les intérêts légaux à partir du décaissement des fonds, sinon à partir de la demande en justice, sinon à partir de la date du prononcé du jugement, sinon à partir de la signification du jugement à intervenir jusqu'à solde et, à titre subsidiaire, de l'entendre condamner à lui restituer la somme de 250.000.- EUR avec les intérêts légaux à partir du décaissement des fonds, sinon à partir de la

demande en justice, sinon à partir de la date du prononcé du jugement, sinon à partir de la signification du jugement à intervenir jusqu'à solde et les sommes perçues au titre de commissions pour le contrat **BQUE.1.) Premium** relatives à l'investissement dans le fonds **FONDS.2.)**.

Par jugement du 29 novembre 2012, le tribunal a dit la demande en annulation de l'ordre de souscription irrecevable, mais dit la demande recevable pour le surplus et fondée à hauteur du montant de 75.000.- EUR et a condamné la Banque à payer à **X.)** le montant de 75.000.- EUR, augmenté des intérêts légaux, ainsi qu'une indemnité de procédure de 2.000.- EUR.

Pour décider ainsi, les premiers juges ont retenu que l'ordre de souscription liait **X.)** directement au fonds **FONDS.2.)** et que la Banque était étrangère au contrat ainsi conclu : l'annulation de ce contrat pour vice de consentement, et plus précisément pour dol induit par la Banque ou pour erreur, ne pouvait, partant, être poursuivie contre la Banque.

Concernant la responsabilité de la Banque dans la gestion-conseil du patrimoine de **X.)**, le tribunal a estimé que la Banque a manqué à son obligation d'information et a, de ce fait, conduit à la perte d'une chance dans le chef de **X.)** qui a été privée de la possibilité d'exercer un arbitrage éclairé quant au placement de ses fonds. Le préjudice ainsi subi par la demanderesse a été évalué ex aequo et bono à 30% du montant réclamé par **X.)**.

X.) a régulièrement relevé appel de ce jugement par exploit d'huissier de justice du 29 octobre 2013 pour, par réformation,

- constater le manquement par la Banque à son obligation d'information et de conseil à son égard,

- constater un conflit d'intérêts de la Banque entre les intérêts de **X.)** et le fonds proposé, recommandé et vendu à l'appelante et dire, par conséquent, que la Banque n'a pas agi dans l'intérêt de sa cliente ;

- constater un vice du consentement dans le chef de **X.)** lors de la conclusion du contrat de souscription dans le fonds **FONDS.2.)** et prononcer la nullité de ce contrat,

- partant, condamner la Banque à lui restituer la somme de 250.000.- EUR augmentée des intérêts légaux ainsi que les sommes perçues au titre de commissions en rapport avec le contrat **BQUE.1.) Premium** relatives à l'investissement dans le fonds **FONDS.2.)**.

A l'appui de son appel, **X.)** fait valoir, en ordre principal, que dans le cadre de l'ordre de souscription des parts du fonds **FONDS.2.)** du 27 décembre 2007, les premiers juges auraient, à juste titre, retenu que la Banque a agi comme commissionnaire à son égard, mais ils n'auraient pas pris en compte tous les effets d'un tel contrat.

Ils auraient, notamment, omis de considérer que le commissionnaire, agissant comme intermédiaire, serait personnellement engagé. Ainsi, il y aurait lieu d'examiner le litige, né d'un tel contexte, comme s'il y avait deux contrats totalement indépendants : un contrat conclu entre le donneur d'ordre, **X.)** et le commissionnaire, la Banque, et un contrat liant le commissionnaire au tiers-contractant, en l'occurrence, le fonds **FONDS.2.)**. Or, en l'espèce, **X.)** n'aurait signé aucun contrat avec le fonds d'investissement en question, de sorte qu'il ne lui serait pas possible d'agir à son encontre en annulation d'un contrat pour vice du consentement ; une telle action ne pourrait être dirigée que contre la Banque elle-même, de sorte qu'elle devrait être déclarée recevable.

A supposer que la Banque soit à considérer comme tiers au contrat prétendument conclu entre **X.)** et le fonds d'investissement, la demande en nullité serait néanmoins à accueillir, en vertu d'une jurisprudence qui retient que lorsque les manœuvres dolosives émanent d'un tiers, elles constituent une cause de nullité de la convention lorsque le cocontractant de la partie dont le consentement a été vicié a été le complice de ce tiers ou lorsque le tiers a agi comme le représentant du cocontractant.

L'appelante continue en expliquant que le dol, sinon l'erreur dont elle a été victime, résidait dans le fait que le fonds **FONDS.2.)** n'était pas adapté à son profil d'investisseur puisqu'il lui faisait courir des risques qui n'étaient ni recherchés, ni connus d'elle, mais qui ont été sciemment minimisés pour induire son consentement. Dans ce contexte, elle renvoie au prospectus **FONDS.2.)** (qui ne lui a pas été communiqué à l'époque de la souscription, mais seulement dans le cadre du litige), pour faire valoir que ce produit présentait « un risque intrinsèque très élevé » (*a higher degree of risk*), puisqu'il ne poursuivait pas une politique d'investissement propre, mais servait uniquement à alimenter deux autres fonds, gérés par **A.)**. De plus, le fonds litigieux, constitué dans un centre offshore (Iles Vierges britanniques), était considéré comme un fonds « non réglementé », à défaut d'être soumis au contrôle d'une autorité de surveillance prudentielle au Luxembourg, d'où un risque accru pour les clients ayant investi dans un tel fonds. Ces éléments ne correspondaient pas, selon **X.)**, à ses attentes puisqu'elle n'aurait cessé, tout au long de la relation contractuelle entre parties, de rappeler sa volonté de ne s'exposer qu'à un risque modéré.

L'appelante souligne, par ailleurs, l'intérêt qu'avait la Banque d'investir dans les produits **FONDS.2.)** puisqu'elle était dépositaire des avoirs du fonds **FONDS.2.)** : plus le patrimoine du fonds augmentait, plus le montant des *custody fees* perçus par la Banque augmentait. Il s'y ajoute que la Banque et le **SOC.2.)** auraient prêté un montant de 100 millions USD (dont 70 millions par la Banque) au fonds **FONDS.2.)** et que ce prêt était garanti par gage sur les dépôts du fonds en question ; qu'ainsi, le risque de la Banque était couvert par les liquidités versées par les clients, tels **X.)**.

En ordre subsidiaire, pour le cas où l'annulation du contrat passé avec la Banque ne devait pas être retenue, **X.)** conclut à la confirmation du jugement du 29 novembre 2012, en ce qu'il a retenu l'existence d'une faute

contractuelle dans le chef de la Banque pour non-respect de son obligation d'information, sinon de mise en garde, puisque les conseils prodigués n'étaient pas adaptés aux objectifs et profil d'investisseur de la cliente et que l'ordre de rachat des actions a tardé au lieu d'être donné avant le gel des comptes.

Le jugement est, par contre, attaqué sur l'évaluation du préjudice subi : **X.)** déplore la perte intégrale des fonds qu'elle avait investis dans les produits du fonds **FONDS.2.)** (250.000.- EUR), elle demande, partant, le remboursement intégral des sommes perdues au lieu de la seule indemnisation de la perte d'une chance, puisque son dommage serait constitué par les pertes réellement subies. En ordre tout à fait subsidiaire, **X.)** insiste sur son profil d'investisseur *low risk*, sur sa qualité de profane en la matière et sur l'existence d'un contrat de conseil conclu avec la Banque pour amener l'évaluation de la perte de chance à 90% des sommes investies.

En tout état de cause, **X.)** demande le remboursement des commissions prélevées par la Banque au titre de gestion de son portefeuille puisque la commission de fautes lourdes lors de ladite gestion enlèverait toute légitimité aux prélèvements effectués. Le prélèvement de commissions à partir du 11 décembre 2008 serait d'autant plus injustifié que la valeur du portefeuille était inexistante.

La Banque Internationale à Luxembourg soulève in limine litis l'irrecevabilité totale, sinon partielle de la demande de **X.)**. La demande en annulation de l'achat des parts **FONDS.2.)** pour cause d'erreur ou de dol serait irrecevable, sinon non fondée, puisque la Banque ne serait pas partie venderesse des parts **FONDS.2.)**. Elle insiste, tout d'abord sur le fait que la relation contractuelle entre la Banque et **X.)** par rapport à la souscription des parts **FONDS.2.)** serait régie par les règles du mandat, puisque contrairement à ce qui est soutenu par l'appelante, le commissionnaire, qui ne fait qu'agir pour le compte du commettant, ne devient pas propriétaire des parts qu'il achète, étant donné que celles-ci passeraient directement dans le patrimoine du commettant investisseur. Ainsi, la Banque ne serait, en tant que mandataire, que le simple intermédiaire entre le fonds et l'investisseur et non le cocontractant auquel la nullité du contrat de vente des parts du fonds pourrait être opposée sur base d'un vice du consentement. Le privilège du commissionnaire prévu à l'article 92 du code de commerce ne ferait d'ailleurs pas de sens si le commissionnaire devenait propriétaire des titres achetés pour compte du commettant.

La Banque estime que **X.)** ne rapporterait pas la preuve des éléments constitutifs d'un dol, sinon d'une erreur. Ainsi, elle assure n'avoir jamais caché à la cliente la véritable nature du fonds **FONDS.2.)** et renvoie à la décharge que **X.)** a acceptée de signer le 19 décembre 2007. Les demandes en nullité seraient, par conséquent, à déclarer irrecevables, sinon non fondées. Elle demande la confirmation du jugement entrepris hormis en ce qu'il retient sa responsabilité contractuelle partielle pour la condamner à indemniser **X.)** de la perte d'une chance qu'elle aurait subie suite à une faute de la Banque, condamnation contre laquelle elle interjette appel incident.

Dans le cadre de son appel incident, la Banque réfute toute faute dans son chef. Elle relate, dans ses conclusions du 30 janvier 2014, les différentes étapes de l'information dispensée à **X.)** et renvoie aux pièces qu'elle verse afin de documenter ses dires.

Elle conclut, partant, à l'absence d'un lien causal entre le préjudice subi par la cliente et une mauvaise information qu'elle aurait pu recevoir à la date de son investissement dans le fonds **FONDS.2.)** ; elle concède que le contraire eût été vrai si elle avait eu connaissance, à la date de la souscription, de la fraude **A.)**. Ceci ne serait, toutefois, pas le cas et ne serait, d'ailleurs, pas soutenu en cause.

La Banque conteste encore s'être trouvée en situation de conflit d'intérêt, mais seulement en « communauté d'intérêt » dans la mesure où le fonds **FONDS.2.)** prévoyait un effet levier 1 :1 ; chaque nouvel investissement de la part d'un client obligeait la Banque à prêter plus d'argent au fonds **FONDS.2.)**, de sorte que l'on pouvait considérer que les sorts de la Banque et des investisseurs étaient liés.

De plus, la qualité du conseil donné par la Banque serait à apprécier au moment où il a été donné, c'est-à-dire sur base des données et informations qui étaient disponibles à cette date et un manquement à ce niveau ne pourrait être sanctionné qu'à condition qu'il soit en relation de cause à effet avec le dommage.

En l'absence d'un tel dommage et d'un lien causal, le principe de la perte d'une chance serait inapplicable en l'espèce. En ordre plus subsidiaire, la Banque demande la réduction du pourcentage retenu pour évaluer la perte d'une chance.

X.) conclut au rejet de l'appel incident en demandant à la Cour de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a retenu la responsabilité contractuelle de la Banque.

Motifs de la décision

Le tribunal a rejeté le volet de la demande en nullité du contrat de souscription du 27 décembre 2007 au motif que la Banque a agi en qualité de commissionnaire : or, dans le contrat de commission, la propriété des titres acquis par la demanderesse, commettante de la Banque, passerait directement du patrimoine du tiers vendeur au patrimoine du commettant, sans transiter par le patrimoine de la banque commissionnaire (le tribunal cite à cet égard le Jurisclasseur commercial, fascicule 59 : Contrat de commission, no 89) ; que « dès lors que l'ordre de souscription lie directement la demanderesse au fonds **FONDS.2.)**, la banque n'est pas partie contractante à ce contrat », et qu'il s'ensuivrait que la demande en annulation, dirigée contre la Banque qui n'est pas partie au contrat qu'il s'agit d'annuler, n'est pas recevable.

Afin de voir sa demande en nullité du contrat de souscription pour vice du consentement aboutir à l'égard de la Banque, l'appelante fait valoir que les premiers juges n'auraient pas tenu compte des effets personnels du contrat de commission, à savoir l'engagement personnel du commissionnaire à l'égard du tiers-contractant, en l'espèce le Fonds d'investissement, et l'absence de toute relation directe entre le commettant et le tiers-contractant, ce qui exclurait toute action du commettant à l'encontre du tiers. De plus, la Banque étant l'auteur du dol qui entacherait la validité du consentement au contrat, l'action en nullité ne pourrait être dirigée que contre la Banque elle-même.

La Banque est d'avis que les motifs du jugement attaqué devraient être approuvés et repris par la Cour.

Pour les raisons ci-après indiquées, la Cour confirme la qualification, adoptée par le tribunal, des relations contractuelles entre X.) et la Banque, mais ne peut suivre la juridiction de première instance lorsque celle-ci estime que la Banque ne serait pas partie au contrat conclu par X.) en rapport avec l'acquisition des titres.

Dans le cadre du contrat de commission, le commissionnaire s'engage à accomplir des actes pour le compte d'un commettant, sans que le nom de ce dernier soit indiqué au cocontractant qui sait pourtant que le commissionnaire agit pour autrui.

L'ordre de souscription litigieux porte sur la souscription de parts dans le fonds **FONDS.2.)** à hauteur de 300.000.- EUR, « **BQUE.1.) for customer** » figurant comme *investor* et sous la rubrique *Type of investor*, la case *Financial Institution* a été cochée, alors qu'une case *Individual(s)* était également prévue. Le document est signé par Mesdames **B.)** et **C.)** pour **BQUE.1.) for customer account** sous la rubrique « *For investors other than individuals* », alors qu'une rubrique « *For individual investors* » était également prévue.

La confirmation de souscription établie par les administrateurs du fonds **FONDS.2.)** renseigne sub *Registered Account* « **BQUE.1.) for Customer account** ». Le nom de X.) ne figure sur aucun de ces documents.

La Banque a, par conséquent, agi en tant que commissionnaire à l'égard de X.), sa commettante. Il convient de confirmer, dans cette mesure, le jugement attaqué.

En revanche, les juges de première instance ont, pour le surplus, confondu les effets réels et les effets personnels de la conclusion, par un commissionnaire, d'une opération d'achat pour le compte de son commettant.

En ce qui concerne les effets réels de la conclusion d'un contrat de commission valable, suivie de la conclusion par le commissionnaire d'un contrat d'achat valable, il est vrai que selon l'opinion doctrinale majoritaire, à laquelle se rattache également le passage du Jurisclasseur cité dans le

jugement de première instance, la propriété du bien acheté passe directement du patrimoine du tiers vendeur au patrimoine du commettant sans transiter par le patrimoine du commissionnaire. La Cour signale l'existence d'opinions doctrinales minoritaires, mais non dépourvues d'arguments, qui plaident pour l'admission d'une double mutation, la première résultant du contrat de vente, la seconde du contrat de commission, cette double mutation se réalisant dès l'individualisation de la marchandise et opérant avec effet immédiat (J.-P. Hordies et autres, *Traité pratique de droit commercial*, t. II, Kluwer, 2^e édition, no 1050 ; une opinion similaire est défendue par J. Van Ryn et J. Heenen, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruylant, 2^e édition, no 59). Il n'y a pas lieu d'approfondir cette question, parce que le transfert de propriété ne joue pas, dans la présente espèce, le rôle déterminant qu'il joue selon le tribunal.

En effet, sur le plan des effets personnels de la commission, il est admis qu'ils se traduisent par un engagement personnel du commissionnaire à l'égard du tiers contractant et l'absence de toute relation directe entre le commettant et le tiers-contractant (Jcl. op. cit., no 104). Il s'ensuit que le commettant n'a pas d'action contractuelle contre le tiers contractant, qui n'en possède pas contre lui (J.-P. Hordies et autres, op. cit., no 1050 ; Jcl. op. cit., no 105). Cette règle joue, que l'identité du commettant soit ou non connue du tiers contractant (Jcl., no 106). Par conséquent, **X.)** ne pourrait, quels que soient les vices dont son consentement pourrait être atteint, en aucun cas agir en annulation du contrat conclu par sa Banque avec le fonds **FONDS.2.)**. La commission se distingue à cet égard d'un contrat de mandat.

Par ailleurs, ce qui importe dans la présente espèce n'est pas le transfert de propriété en lui-même, mais le sort du contrat de commission, conclu entre le commettant et le commissionnaire. Si ce contrat est annulé pour erreur ou pour dol, le commissionnaire reste certes tenu du contrat conclu avec le tiers contractant (à moins que ce contrat soit lui-même atteint d'une cause de nullité), mais comme le contrat de commission aura été annulé, le commissionnaire sera dans ce cas devenu propriétaire du bien acquis et aucun transfert de propriété n'aura eu lieu vers le patrimoine du commettant.

L'action en annulation du contrat de commission entre **X.)** et la Banque est, par conséquent, recevable. Il y a lieu de réformer le jugement sur ce point.

L'action en nullité pour dol n'est pas fondée. En effet, aux termes de l'article 1116 du code civil, le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. La Banque fait valoir dans ses conclusions que l'insolvabilité du fonds **FONDS.2.)**, dans lequel **X.)** a investi suite aux conseils de la Banque, a pour cause exclusive le fait que le fonds **FONDS.2.)** a à son tour investi auprès de **SOC.1.)**, dont les agissements frauduleux étaient passés inaperçus de la part de tous, y compris de la SEC américaine. La banque n'aurait eu aucune raison d'en soupçonner l'existence, si bien que l'existence de manœuvres dolosives de la part de la Banque n'est pas établie.

La Cour fait droit à ce moyen de défense. En effet, d'un côté, il n'est pas établi que la Banque pouvait soupçonner le fonds **FONDS.2.)** d'investir ses avoirs auprès d'une société d'agents de change fonctionnant frauduleusement. D'un autre côté, et de surcroît, la Cour admet que la Banque pouvait croire qu'elle avait informé **X.)** des risques inhérents à un investissement dans le fonds **FONDS.2.)**, tels que ces risques étaient connus de la Banque. Certes, ainsi que la Cour le retiendra ci-après, les informations données par la Banque à **X.)** n'étaient pas suffisamment adaptées aux faibles connaissances en matière économique et financière de cette cliente, si bien qu'elles étaient insuffisantes pour préserver cette dernière d'une erreur sur le caractère risqué de ces investissements. Cependant, il n'existe pas de preuve de ce que le caractère insuffisant de ces informations était connu de la Banque. Il convient de rappeler en effet que le dol n'est pas caractérisé du seul fait qu'objectivement, les conseils donnés par un professionnel (la Banque) à son client non professionnel ont été insuffisants. Encore faut-il que le professionnel n'ait pas agi par négligence, mais dans la volonté consciente de tromper son cocontractant. La preuve d'un dol ainsi défini n'existe pas en l'espèce.

La situation se présente autrement en ce qui concerne la demande en annulation pour erreur sur la substance. A cet égard, en effet, seule compte la situation subjective de la partie qui se dit victime de l'erreur. Il n'est pas exigé en revanche que son cocontractant ait sciemment cherché à l'induire en erreur.

Les faits pertinents en vue de l'appréciation de l'erreur qui aurait vicié le consentement de **X.)** sont les suivants :

X.) est pianiste-concertiste. Elle détenait, selon l'analyse patrimoniale préparée par la Banque en novembre 2007, un patrimoine composé d'une part indivise d'une villa héritée de sa mère évaluée à 2 millions d'euros, de la somme de 546.000.- EUR provenant de la succession maternelle, ainsi que d'une somme de 53.000.- EUR « détenue en France ». Son patrimoine devait lui servir à la couverture de son train de vie personnel, ainsi qu'à des fins de « transmission de patrimoine ». Selon le même document, la cliente **X.)** devrait, en vue d'optimiser l'atteinte de ses objectifs, « investir en profil défensif (rendement espéré de 4,00% avec une volatilité de 3,00%) afin de disposer des liquidités nécessaires pour assouvir le train de vie sur la totalité de la période (30 ans) et pour accumuler un capital à transmettre aux enfants ».

Selon son profil d'investisseur, établi par la Banque le 16 novembre 2007, **X.)** est un investisseur de type « low risk », essentiellement orientée sur l'aversion au risque avec acceptation d'un rendement moins élevé de ses investissements. Il est significatif que dans son profil d'investisseur, **X.)** a répondu comme suit à la question de savoir si elle était familière de l'investissement en « produits de gestion alternative (exemple : hedge funds, ...) » : « je ne connais pas ».

En décembre 2007, **D.)** de la Banque écrit à **X.)** et à **E.)** (le partenaire de **X.)**) pour leur rendre compte des « possibilités de placement pour les 500.000

EUR ». Il envisage trois possibilités : investir dans une SICAV monétaire, dont il signale toutefois qu'elle « a souffert des tensions sur les marchés monétaires à cause de la crise du crédit cet été » ; investir dans une SICAV obligataire classique, à propos de laquelle il écrit que sa performance « pour cette année est de 1,10% pour les mêmes raisons » ; enfin, investir dans une SICAV alternative, à propos de laquelle il signale que « cette SICAV a une très bonne performance (9,6%) depuis le début de l'année mais a un horizon d'investissement de 3 ans et un risque supérieur à votre profil d'investissement ».

Il conclut que « pour le délai relativement court que nous avons avant d'entrer dans une formule 'Obligataire Dynamique' je préconise le bon vieux dépôt à terme : Le taux 1 mois (4,1225%) n'est pas très différent du taux 3 mois (4,1425%) moins la marge de la salle de 0,25% cela nous ferait 3.8725% (- précompte européen). Les avantages sont le risque nul et la grande souplesse en cas d'arrivée des fonds de la maison ».

Par conséquent, à ce moment, la Banque respectait les limitations qui se dégageaient du profil d'investisseur de **X.**), en lui conseillant un placement obligataire - tout en lui suggérant qu'un rendement supérieur pouvait être atteint moyennant un placement en produits de gestion alternative.

E.) répond pour le compte de **X.)** par un courriel qui démontre à la fois le souci de prudence de **X.)** et, en fait, une méconnaissance des risques réels d'un placement en produits alternatifs, qui est envisagé, au moyen d'une analogie aventureuse, parallèlement avec un placement sur l'or. Après avoir exposé son souci principalement fiscal (« précompte Européen » auquel « s'ajoute l'intégration des intérêts dans la déclaration annuelle de revenus ... il ne restera quasiment plus rien à l'arrivée. Juste de quoi couvrir l'inflation »), **E.)** écrit dans son courriel du 11 décembre 2007 : « Nous évoquions lors de notre rendez-vous à Luxembourg le choix de produits ne supportant pas de précompte Européen pour éviter de cumuler les impôts. De mémoire, il s'agit de produits autres que les produits d'épargne, la prise de risque peut-elle être raisonnable dans ce cas ? Ne peut-on spéculer en partie sur l'or qui sert de valeur refuge depuis quelques temps (hausse du pétrole, Dollar faible) ? La vente de la maison du Midi peut prendre plus de temps qu'espéré. Aussi faudrait-il peut-être ne pas attendre cette échéance ? ».

Le même 11 décembre 2007, **D.)** répond qu'effectivement, « les taux actuels sont très bas et mangés par le précompte et les autres prélèvements ». Ensuite, il suggère une 'solution', tout en soulignant qu'elle est incompatible avec le profil de risque de la cliente. « Le souci, c'est la directive européenne MiFid qui m'interdit de déroger à votre profil de risque LOW que vous avez signé. Sinon, je vous aurais placé en **FONDS.1.)** et en **FONDS.2.)** (ci-joints) qui sont deux fonds avec de très bonnes performances (sans précompte CEE) et avec des risques maîtrisés (Le délai de sortie est de +/- 36 jours ce qui peut être un handicap aussi). Néanmoins, si c'est votre désir, vous pouvez déroger à votre profil en acceptant, temporairement, ce type de fonds et en signant une décharge adaptée (jointe) ».

Cette référence à des « risques maîtrisés » a inévitablement rassuré **X.**), alors cependant que dans le prospectus relatif au fonds **FONDS.2.)**, que **X.)** ne connaissait pas à ce moment, le caractère risqué de l'investissement est mis en évidence.

Après cette description, manifestement trop sommaire et trop peu individualisée au vu des faibles connaissances en termes d'investissements de **E.)** et de **X.)**, du produit alternatif proposé par la Banque, celle-ci fit signer à **X.)** une décharge intitulée « Hedge Funds – Fonds Alternatifs - information importante - décharge ». Cette décharge énumère, dans un langage technique parfaitement compréhensible pour les personnes initiées en économie et en finance, mais ésotérique à l'égard de simples épargnants n'ayant aucune expérience en ces matières, les risques inhérents à un placement en produits alternatifs : « Les produits dérivés très utilisés dans la gestion alternative, en particulier les options, ont un effet de levier très important à savoir le fait d'accentuer fortement les variations à la hausse comme à la baisse des marchés financiers et donc des risques inhérents à ces marchés » ou encore « le gestionnaire est confronté à de nombreuses contreparties ayant des statuts différents (courtiers, banques, ...) et provenant de pays de contrôle très divers. Il convient donc pour le gestionnaire d'être très vigilant sur les choix opérés en terme de garantie et de qualité ».

X.) signa cette décharge le 19 décembre 2007, sur quoi la Banque investit ses liquidités en produits **FONDS.1.)** et **FONDS.2.)**.

La question posée à la Cour par la demande en annulation pour erreur de **X.)** est celle de savoir si **X.)** était informée de la nature réelle des produits qu'elle acquérait et donc des risques inhérents, ou alors si elle n'a consenti à cette souscription, qui lui fut proposée par son banquier, que suite à une erreur sur la substance des produits acquis. La Cour en est venue à la conclusion qu'elle se trouve confrontée à un cas d'erreur sur la substance.

Il résulte, en effet, des éléments ci-dessus analysés que **X.)** n'a jamais agi en ayant conscience de consentir à des produits vraiment risqués. Cela aurait été en contradiction manifeste par rapport à son profil d'investissement, par rapport à la finalité de son investissement et par rapport à sa volonté de limiter les risques. La Banque ne peut pas se retrancher derrière la signature par **X.)** d'un formulaire de décharge préétabli par la Banque et rédigé dans un langage certes techniquement correct et compréhensible pour des personnes disposant de connaissances dans le domaine économique et financier, mais inapproprié à l'égard d'une pianiste concertiste et à l'égard de son partenaire qui, au vu de la correspondance entre lui et la Banque, ne disposait pas de davantage de connaissances.

Il existe, en vertu d'une jurisprudence établie, une obligation d'information sur les risques ou de mise en garde à la charge du banquier. L'obligation figure également désormais en tant que règle de conduite professionnelle à l'article 37-3, paragraphe 3, de la loi du 5 avril 1993, issu de la transposition de la directive 2004/39/CE (G. Ravarani et I. Riassetto, in La responsabilité des personnes privées et publiques, 3^e éd., no 579). Ce n'est pas en faisant

signer par ses clients une décharge du type de celle utilisée en l'espèce qu'une banque suffit à son obligation d'information à l'égard d'un client si peu averti que l'est **X.**). Cette dernière a signé la décharge sans que la Banque lui en ait expliqué, en des termes individualisés et adaptés à son faible niveau de connaissances économiques et financières, les risques inhérents à un investissement en produits de gestion alternatifs. L'utilisation de la décharge apparaît, dans ces circonstances, comme un instrument de « compliance » plutôt que comme une véritable information concrète de la cliente **X.**) sur le risque encouru.

L'investissement dans des SICAV non réglementées et investissant en des produits de gestion alternative présentait par lui-même, et même abstraction faite de ce que la SICAV **FONDS.2.)** servait de fonds nourricier à **SOC.1.)**, des risques exceptionnels, manifestement exorbitants par rapport aux risques que **X.)** était disposée à assumer. Le consentement de cette dernière se trouve vicié par une erreur sur la substance des SICAV acquises, qui n'étaient pas un produit d'épargne du type envisagé par **X.)**.

La Banque fait encore valoir qu'en gardant le silence lors de la réception des extraits de compte, dont résultait la présence de parts du fonds **FONDS.2.)** dans son portefeuille, **X.)** aurait ratifié le contrat de souscription et ne serait plus recevable à en demander l'annulation. Ce moyen doit être rejeté. En effet, **X.)** n'a jamais soutenu ne pas avoir conclu de contrat de commission avec la Banque portant sur la souscription de ces parts ; dès lors, n'est pas en jeu la fonction probatoire que peut avoir le défaut de protestation du client, combiné avec une clause contractuelle qui lui prescrit d'examiner ses extraits de compte et de protester dans un délai déterminé. Quant à l'erreur sur le caractère risqué de son investissement, **X.)** ne l'a découverte qu'à la fin de l'année 2008 et a protesté immédiatement, si bien qu'il ne saurait être question de ratification implicite d'un contrat nul.

Dans ces circonstances, l'action en annulation pour erreur est à déclarer fondée. Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu de statuer sur la demande subsidiaire en responsabilité dirigée contre la Banque, laquelle avait été déclarée partiellement fondée par le tribunal. Pour la même raison, l'appel incident de la Banque, qui ne tend qu'à la réformation de la condamnation de la Banque à réparer les conséquences de la perte d'une chance par **X.)** n'est pas à accueillir.

La condamnation de la Banque à la restitution du montant de 250.000.- EUR investi par **X.)** dans le fonds **FONDS.2.)**, avec les intérêts légaux à partir de l'assignation du 20 janvier 2010 valant mise en demeure de restituer cette somme, est, par conséquent, à ordonner.

X.) demande encore la restitution des commissions de gestion perçues par la Banque, ceci aux motifs que la Banque aurait commis des fautes graves dans la gestion du portefeuille et encore qu'à compter du 11 décembre 2008, la valeur du portefeuille était nulle, si bien que la Banque ne justifierait pas quelles commissions seraient dues. **X.)** verse uniquement, en instance d'appel, les pièces relatives aux commissions trimestrielles payées pour

l'année 2009 et le premier semestre de 2010 (pièce no 24). Il en ressort que durant toute cette période, elle a réglé un total de (135,19 + 134,47 + 134,40 + 134,34 + 125 + 125 =) 788,40 EUR.

La demande en restitution a été rejetée par le tribunal au motif qu' « il est constant en cause que le contrat de gestion conseil est un contrat accessoire au contrat de base (compte portant la racine (...)). Indépendamment des fonds, respectivement des titres y déposés, le contrat de base a continué d'exister et de fonctionner jusqu'à sa résiliation. Les commissions sont partant dues et la demande en remboursement est à rejeter ».

X.) ne verse pas de pièce de nature à contredire les considérations du tribunal. Elle ne verse pas non plus les conditions tarifaires de la Banque dont il résulterait que le calcul des commissions se faisait sur une base proportionnelle à la valeur des avoirs détenus par la cliente plutôt que sur une base forfaitaire. Dès lors, ce volet de la demande est à rejeter.

Ayant succombé dans ses prétentions, la Banque est à débouter de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure pour la première instance et l'instance d'appel.

Il serait, par contre, inéquitable de laisser à la seule charge de **X.)** les frais non compris dans les dépens. Sa demande basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile est, partant, fondée à hauteur du montant de 3.000.- EUR.

PAR CES MOTIFS

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

dit l'appel principal et l'appel incident recevables ;

dit l'appel incident non fondé et l'appel principal partiellement fondé ;

réformant,

condamne la société anonyme **BQUE.1.)** à payer à **X.)** le montant de 250.000.- EUR avec les intérêts légaux à partir du 20 janvier 2010, date de l'assignation en justice, jusqu'à solde ;

rejette la demande en restitution des commissions ;

rejette les demandes de la société anonyme **BQUE.1.)** basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

condamne la société anonyme **BQUE.1.)** à payer à **X.)** une indemnité de procédure de 3.000.- EUR pour l'instance d'appel ;

la condamne, en outre, aux frais dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Pierre REUTER 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 Josiane STEMPER.