

Attendu que dès lors de la perte de la mise de départ d'Y. D.M. trouve sa cause principale dans sa propre négligence fautive et qu'il n'est pas établi que sans la faute de Sinn le dommage d'Y. D.M. ne se serait pas concrètement réalisé de la même manière, son préjudice n'est pas réparable;

Attendu qu'en ce qui concerne la demande originaire, l'appel n'est pas fondé.

4) Quant à la demande reconventionnelle de Sinn

Attendu qu'à bon droit le premier juge a déclaré cette demande recevable;

Que l'arrêté royal du 15 octobre 1934 sur la base duquel Y. D.M. développe dans sa requête d'appel un moyen d'irrecevabilité, a en effet été abrogé par la loi du 4 décembre 1990;

Que la convention-type d'ouverture de compte remise à Y. D.M. ne faisait état de cet arrêté royal que par référence à la législation applicable au moment de sa rédaction (elle était d'ailleurs déjà dépassée sur ce point au moment de sa signature);

Que l'économie générale du contrat et des relations entre les parties ne permet pas de lui conférer la qualité de clause contractuelle d'application constante quelles que soient les modifications légales ultérieures;

Attendu qu'en continuant, dans le contexte exposé ci-avant sous le point 1) (c.-à-d. sans avoir préalablement adressé de mise en garde à Y. D.M.), à comptabiliser les commissions de courtage qui lui revenaient systématiquement à l'issue de

chaque passation d'ordre, les intérêts débiteurs du compte, les frais de timbre et les pertes générées par les différences de cours du titre Acec-Union minière, Sinn n'a par ailleurs pas veillé à prendre avec loyauté, les mesures raisonnables qui lui auraient permis de modérer ou de limiter son préjudice;

Que dès lors que sa faute est établie et qu'elle entre en relation causale directe avec le solde débiteur du compte d'Y. D.M., la demande reconventionnelle de Sinn n'est pas fondée;

Que c'est par conséquent à tort que le premier juge a fait droit à la demande reconventionnelle de Sinn;

Attendu que sur ce point l'appel est fondé;

Par ces motifs,

La cour,

statuant contradictoirement,

(...)

Dit l'appel principal recevable et en partie fondé;

Réforme le jugement attaqué en tant qu'il a fait droit à la demande reconventionnelle de Sinn;

Déclare la demande reconventionnelle de Sinn non fondée et l'en déboute;

(...)

Observations

1. Dans cette affaire, un client avait effectué lui-même plusieurs opérations d'achat et de report auprès d'une société de bourse. Aucune convention de gestion de fortune et de conseil en placements n'avait été conclue entre les parties.

Le report est un contrat par lequel une des parties (le reporté) vend à l'autre (le reporteur) des titres au comptant et lui rachète à terme pour un prix plus élevé le même nombre de titres¹¹². Il s'inscrit dans le cadre d'une spéculation¹¹³ faite par le reporté qui, ayant parfois acheté à découvert des instruments financiers à terme, désire maintenir sa position sur ces valeurs jusqu'au prochain terme, dans l'espoir de voir le cours monter et réaliser une plus-value, sans, par ailleurs, devoir disposer de l'entièreté des fonds pour en payer le prix.

Le contrat de report peut avoir, dans ses résultats, la même

utilité pratique que le prêt¹¹⁴. Juridiquement, il ne s'identifie pas avec lui, le report ne constitue pas un prêt sur gage¹¹⁵.

D'une part, le reporté donne au reporteur la pleine propriété des titres: ayant acheté au comptant, il en est devenu propriétaire, il peut donc les vendre¹¹⁶. Néanmoins, le report de banque est parfois utilisé en vue de désigner un prêt sur titres pour éluder les formalités de la constitution du gage¹¹⁷ ou les règles d'inopposabilité à la masse en période suspecte¹¹⁸.

Le créancier gagiste n'a pas les mêmes droits, puisqu'il n'acquiert pas la propriété de l'objet reçu en gage. Il ne peut donc s'approprier le gage. La faillite ne suspend pas les droits du créancier, le gage étant une sûreté spéciale. Le créancier doit respecter les formalités légales de réalisation forcée du gage, qui depuis la loi du 15 décembre 2004 rela-

¹¹². J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruylant, 1988, p. 203.

¹¹³. M. SPILLEBOUDET-DETERCK, "La technique du report en banque", *Rev. banque* 1979, p. 729.

¹¹⁴. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, Bruylant, 1975, p. 119.

¹¹⁵. J. VAN RYN et J. HEENEN, *o.c.*, p. 206.

¹¹⁶. L. FRÉDÉRICQ, *Traité de droit commercial*, t. II, Gand, Fecheyr, p. 353.

¹¹⁷. J. VAN RYN et J. HEENEN, *o.c.*, p. 205.

¹¹⁸. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Kluwer, 1998, p. 476.

tive aux sûretés financières sont toutefois réduites à *“leur plus simple expression”*.

D'autre part, le reporté n'a pas réellement l'intention d'emprunter, car il poursuit avec une autre contrepartie, la même opération initiale, c'est-à-dire, un achat à terme suivi d'une revente dans l'objectif de réaliser une plus-value¹¹⁹. Pour qu'il y ait contrat de prêt, il faut que la volonté d'emprunter existe chez celui qui reçoit les fonds¹²⁰. Or, le reporté n'a pas toujours cette intention¹²¹. Par le report, il peut ne chercher qu'à poursuivre, pendant un nouveau délai, la réalisation d'une seule et même opération, l'achat de titres. Tel est le cas, si l'acheteur à terme n'a pas les fonds nécessaires pour liquider la première opération.

En raison de la parenté entre les deux conventions, dans la pratique, on distingue le contrat de report du contrat de prêt, sans égard à l'appellation utilisée par les parties, par application des principes généraux d'interprétation des contrats, en fonction de l'intention réelle des parties et, plus particulièrement, celle du bailleur de titres¹²². Le juge apprécie souverainement¹²³, dans chaque cas d'espèce, l'étendue effective du droit qu'acquiert le reporteur sur les titres pendant la durée du report¹²⁴.

2. La décision commentée est intéressante, en ce qu'elle précise les devoirs d'information et de mise en garde¹²⁵ de l'intermédiaire financier à l'égard d'un client profane ou néophyte¹²⁶ et l'obligation de s'informer du client.

En matière d'opérations sur instruments financiers, le devoir d'information du teneur de compte est fondé à la fois sur les

principes d'exécution de bonne foi et de comportement prudent et raisonnable, comme le rappelle la cour d'appel de Bruxelles, mais aussi sur l'article 30 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques de commerce ou sur l'article 38 de la loi du 6 avril 1995, qui dispose que l'intermédiaire doit établir un bordereau après chaque opération sur instruments financiers, en principe le jour ouvrable suivant, celui de l'exécution de la transaction.

L'article 26, 3^o¹²⁷ de la loi du 2 août 2002 précise que *“les intermédiaires doivent fournir à leurs clients les informations nécessaires, de manière claire et accessible, compte tenu de leurs connaissances, expériences et objectifs (a) pour que ces clients soient en mesure d'évaluer la nature et le coût des services d'investissement qui leur sont proposés”*.

Le devoir du professionnel n'implique pas de transmettre une information exhaustive au client quant à ses droits et obligations. Un tel examen incombe au premier chef à l'investisseur qui agit en son nom et sous sa responsabilité. Le banquier n'a pas le devoir d'éclairer le client sur le titre en cause¹²⁸ ou sur l'évolution des valeurs achetées et ne garantit pas le succès des opérations spéculatives de son client¹²⁹.

Mais le professionnel a le devoir d'informer le client néophyte des risques encourus dans les opérations spéculatives particulièrement lorsque celles-ci s'avèrent déficitaires¹³⁰. Il doit aussi mettre en garde l'investisseur et attirer son attention sur les dangers qui se présentent à lui, par exemple en sollicitant de sa part une couverture adéquate¹³¹.

¹¹⁹. M. REGOUT, “Le report à la bourse des valeurs”, in *Les sûretés issues de la pratique*, t. I., ULB, Feduci, 1983, pp. A et s.

¹²⁰. Y. MERCHIERS, M. VAN DERMEERSCH, S. MICHAUX, I. DURANT, S. HEREMANS et B. DE CONNINCK, *Contrats spéciaux. Chronique de jurisprudence*, 1996-2000, Larcier, 2002, p. 99.

¹²¹. L. FRÉDÉRICQ, *o.c.*, p. 354.

¹²². P. VAN OMMESLAGHE, “Examen de jurisprudence, Obligations”, *R.C.J.B.* 1986, p. 168.

¹²³. Cass. 5 juin 1986, *Pas.* 1986, I, p. 1221; Cass. 11 septembre 1986, *Pas.* 1987, I, p. 40; Cass. 9 novembre 1990, *R.W.* 1991-92, p. 535 et note E. DIRIX.

¹²⁴. H. DE PAGE, *o.c.*, t. V, p. 119.

¹²⁵. La décision fait allusion – à tort, selon nous – au devoir de conseil de l'intermédiaire. Or, le banquier ou l'entreprise d'investissement n'a ni en droit, ni en vertu de sa déontologie, de devoir général de conseil envers son client (cons. not. J.-P. BUYLE et D. GOFFAUX, “Les devoirs du banquier à l'égard de l'entreprise”, in *La banque dans la vie de l'entreprise*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 2005, p. 16, n° 7 et réf. notes 34 et s). En l'espèce, les parties n'avaient en outre pas conclu de convention de conseil en placements. Le client investisseur passait des ordres seul, sous sa responsabilité. Tout au plus, peut-on rattacher la mise en garde au devoir de conseil, dans la mesure où pour pouvoir mettre quelqu'un en garde, il faut examiner la situation dans laquelle se trouve le client et l'analyser afin de découvrir le danger. Il s'agit là d'une prestation de nature intellectuelle qui requiert une appréciation subjective qui dépasse la simple transmission d'une information dont le contenu est déterminé de manière objective.

¹²⁶. Ce devoir d'information cesse d'être applicable lorsque le client est averti (J.-P. BUYLE et A. WILLEMS, “La responsabilité professionnelle des banquiers dans l'établissement et l'utilisation de documents”, *Rev. dr. U.L.B.* 1992, p. 145; J.-J. DAIGRE, “L'information de l'investisseur sur les marchés spéculatifs”, *Dr. banc. fin.* 2002, p. 352; H. DE VAUPLANE (obs. sous Cass. comm. fr. 7 avril 1998), *Banque & Droit* 1998, n° 60, p. 37; H. DE VAUPLANE, “Responsabilité de l'intermédiaire financier – swaps, manquement à l'obligation d'information et de conseil (non)” (obs. sous Comm. Paris 20 septembre 2000), *Banque & Droit* 2000, p. 37). Il en est de même du devoir de mise en garde (Cass. comm. fr. 8 juillet 2003, *D.S.*, *Cah. dr. aff.* 2003, n° 30, *Jur.*, p. 2095 et obs. V. AVENA-ROBARDOT; Cass. comm. fr. 9 mai 2001, *Dr. banc. fin.* juillet-août 2001, p. 240).

¹²⁷. Cet article n'est pas encore entré en vigueur. Pour un commentaire, cons. not. B. FERON, “Les règles de conduite applicables aux intermédiaires financiers”, *Dr. banc. fin.* 2003/II-III, pp. 85 et s.

¹²⁸. Paris 4 janvier 2000, *Dr. banc. fin.* mai-juin 2000, n° 3, p. 182.

¹²⁹. Gand 10 février 1999, *R.D.C.* 2000, p. 739 et obs. J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX.

¹³⁰. Cons. not. Cass. comm. fr. 5 novembre 1991, *Banque & Droit* 1992, p. 106, Liège 16 janvier 1997, *R.D.C.* 1999, p. 22 et obs. J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX.

¹³¹. La couverture est destinée non seulement à protéger le professionnel d'éventuelles défaillances de son client mais encore à mettre en garde ce dernier (Cass. comm. fr. 10 décembre 1996, *Bull. Joly Bourse* 1997, p. 205, § 22, note H. DE VAUPLANE; Bruxelles 21 mars 2002, *R.D.C.* 2004, p. 193 et obs. J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX; J.-P. BUYLE et O. CREPLET, “Les conditions générales de banque, les opérations sur instruments financiers”, in *Les conditions générales bancaires, Cahier de l'AEDBF -Belgium*, n° 17, Bruylant, 2005, p. 372).

Comme le sous-entend aussi la décision commentée, le client ne peut pas se borner à invoquer sa propre ignorance, encore faut-il que celle-ci soit légitime ou excusable. Si le client ne comprend pas par exemple les opérations de report auxquelles il procède ou s'il ne maîtrise pas l'influence de ces opérations sur le solde général de son compte, il a le devoir de s'informer auprès de son contractant. En ne s'enquérant pas de l'évolution de ses finances et des opérations qu'il effectue, le client fait preuve d'un désintérêt pour celles-ci et d'une négligence fautive, précise à juste titre la cour d'appel de Bruxelles. Le client ne peut se retrancher derrière une attitude purement passive et attendre que le banquier lui fournisse toutes les informations qui seraient en mesure de l'intéresser. Il doit demander des précisions sur les obligations qu'il assume et si nécessaire approfondir les éléments portés à sa connaissance.

L'arrêt rappelle aussi un principe bien établi en droit financier en matière d'ordre verbal: la réception sans contestation des bordereaux constatant les opérations initiées par le client équivaut à un consentement de sa part sur la réalisation des opérations qu'ils constatent¹³².

3. Une fois établi le manquement à l'obligation d'information ou de mise en garde dans le chef de l'intermédiaire, encore faut-il que le client établisse un dommage en lien causal avec cette faute.

Lorsque l'intermédiaire a manqué à son obligation, celui-ci a seulement privé son client d'une chance d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé, perte qui constitue un préjudice distinct

de celui qui résulte des opérations qu'il a effectivement réalisées ou fait réaliser.

Il s'agit de la perte d'une chance, bien connue du droit de la responsabilité. Si un donneur d'ordre non avisé a spéculé sans avoir été préalablement informé des risques encourus, il peut reprocher à son intermédiaire de l'avoir privé d'une chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé, mais il n'est pas évident pour autant que, préalablement informé ou mis en garde de ces risques, il se serait abstenu d'effectuer ou de reporter les opérations qui ont provoqué le débit de son compte¹³³.

Le client doit donc démontrer que s'il avait été mieux informé, il n'aurait pas conclu ou reporté l'opération litigieuse. Cette preuve n'est pas évidente à rapporter, et il ne peut être présumé que la carence de l'intermédiaire a exercé une influence déterminante sur la décision du client. La cour d'appel indique fort judicieusement qu'en l'espèce, même si le client avait été dûment averti des risques qu'il encourait en poursuivant son opération spéculative, il n'est nullement évident qu'il ait modifié sa stratégie de placement de fonds. *"Il est, en effet – poursuit-elle – fréquent dans le domaine des opérations boursières d'attendre qu'une situation s'améliore pour mettre un terme à un placement et procéder à une réorientation d'investissement, ceci dans l'espoir, régulièrement réalisé, de réduire et même de récupérer les pertes accumulées."*

Le dommage ne doit donc pas nécessairement correspondre au débit du compte du donneur d'ordre¹³⁴, et il revient à l'investisseur d'établir cette preuve.

¹³². Cons. not. Gand 6 décembre 1903, *J.T.* 1904, p. 490; Comm. Bruxelles 17 juin 1927, *J.C.B.* 1928, p. 212; Liège 13 février 1942, *Pas.* 1942, p. 77; Comm. Bruxelles 27 avril 1992 et Civ. Anvers, 29 avril 1992, *R.D.C.* 1993, 1059 et obs. J.-P. BUYLE et X. THUNIS; Comm. Louvain 26 octobre 1993, *R.D.C.* 1994, p. 1137 et obs. J.-P. BUYLE et X. THUNIS; Anvers 11 avril 1994, *R.D.C.* 1995, p. 1063 et obs. J.-P. BUYLE et X. THUNIS; Liège 16 janvier 1997, *R.D.C.* 1999, p. 22 et obs. J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX; Cass. comm. fr. 24 février 1998, *Banque & Droit* mars-avril 1998, p. 30; Comm. Mons 22 février 2001, *R.D.C.* 2003, p. 63 et obs. J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX; Trib. arrondissement Luxembourg 9 novembre 2004, *Dr. banc. fin.* 2005/IV, p. 271; A. BRUYNEEL et E. VAN DEN HAUTE, "Chronique de droit bancaire privé. Les opérations de banque (2002-2003)", *Dr. banc. fin.* 2005/IV, p. 233, n° 21.

¹³³. H. DE VAUPLANE, "Une société de bourse a l'obligation d'exécuter les ordres donnés par le client averti ou non et ne peut être tenue pour responsable des positions prises", *Bull. Joly* 1997, p. 209.

¹³⁴. Sur le lien de causalité et la preuve requise de l'influence déterminante du manquement constaté sur les investissements litigieux, cons. Comm. Bruxelles 27 avril 1995 et 3 mai 1996, *R.D.C.* 1996, p. 1107 et obs. J.-P. BUYLE et X. THUNIS.