

aux fluctuations que les obligations, cette caractéristique ne suffit pas à définir les objectifs d'un investisseur qui souhaite un portefeuille exclusivement composé d'actions;

Que les discussions actuelles entre les parties illustrent cette insuffisance;

Qu'il existe en effet plusieurs catégories d'actions, correspondant à plusieurs catégories de risques; qu'il appartient au gestionnaire de fortune d'ajuster la composition du portefeuille, entre ces différentes catégories d'actions, compte tenu des objectifs de l'investisseur, non définis en l'espèce dans le texte de la convention;

Que les dispositions de l'article 8 de l'arrêté royal du 5 août 1991 sont impératives et qu'il y a lieu de considérer, conformément à la doctrine majoritaire, que leur violation a pour conséquence la nullité de la convention;

Que cette nullité s'impose du fait même de la violation de dispositions à caractère impératif, sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'un dommage;

Qu'il y a dès lors lieu de déclarer nulle la convention de gestion de fortune conclue entre les parties pour violation des formes prévues par la loi;

4. Attendu que, conformément au droit commun, cette nullité opère avec effet rétroactif: la convention est censée n'avoir jamais été conclue et ses effets doivent être annulés, ce qui implique des restitutions réciproques;

Attendu qu'en matière de contrats à prestations successives, on enseigne généralement que la nullité s'opère sans effet rétroactif; que, plus exactement, il est admis, dans ces cas, une sorte de compensation entre les prestations accomplies d'une part – dont la restitution est impossible – et la rémunération versée d'autre part (M. VON KUEGELGEN, "Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités", in *Les obligations contractuelles*, Éd. du Jeune Barreau, Bruxelles, 2000, pp. 613 et s.);

Attendu qu'en matière de contrat de gestion de fortune, il convient de distinguer, parmi les sommes "remises" par l'investisseur au gestionnaire:

– les avoirs confiés, qui, certes, sont sujets à des fluctuations en raison de l'objet de la convention, mais qui restent la pro-

priété de l'investisseur tout au long de l'exécution du contrat;

– les commissions, qui sont prélevées périodiquement par le gestionnaire et qui forment sa rémunération;

Que, s'agissant d'un contrat impliquant des prestations successives accomplies par le gestionnaire, on pourrait admettre que les prestations du gestionnaire de fortune – non susceptibles de restitution – se compensent avec sa rémunération, à savoir les commissions de gestion perçues;

Que celles-ci pourraient dès lors être considérées comme non sujettes à répétition en cas de nullité du contrat;

Que, dans cette seule limite, il y aura lieu de déroger à la rétroactivité;

Que, pour ce motif, les commissions de gestion perçues par la défenderesse doivent être considérées comme définitivement acquises et la demande provisionnelle formée par le demandeur à cet égard sera déclarée non fondée;

Qu'en ce qui concerne les avoirs qui ont été confiés, aucun motif de droit ne justifie leur non-rétrocession intégrale: les aléas qui les ont affectés font partie des effets de la convention qui a été conclue, effets qui doivent être annulés;

(...)

Par ces motifs,

Le tribunal,

(...)

Déclare la demande recevable et fondée dans la mesure ci-après;

Prononce la nullité de la convention de gestion de fortune signée le 14 mars 2000;

En conséquence, condamne la SA ING Belgique à payer à Monsieur A. D. 1.115.520,86 euros sous déduction de 739.125,90 euros versés le 13 juillet 2001, soit 376.394,96 euros, à majorer des intérêts moratoires au taux légal depuis le 21 juin 2002;

(...)

Observations

1. Ce jugement, contre lequel un appel a été interjeté, ainsi que le précédent (décision n° 9), abordent la question de l'obligation pour les parties de conclure une convention écrite de gestion de fortune prévoyant expressément les objectifs du client en matière de gestion.

2. L'article 8 § 1 alinéa 1^{er} de l'arrêté royal du 5 août 1991 relatif à la gestion de fortune et au conseil en place-

ments prévoit que les sociétés de gestion de fortune ne peuvent commencer à prêter des services de gestion de fortune à un client avant d'avoir conclu avec celui-ci une convention écrite prévoyant notamment une dizaine de mentions décrites, tels que les objectifs du client en matière de gestion, conformément à l'article 19 du même arrêté royal.

Cet article 19 dispose qu'avant de conclure une telle convention, les sociétés de gestion de fortune doivent demander à

leurs clients les informations utiles sur leur expérience en matière d'investissement et leurs objectifs en ce qui concerne les services demandés.

Il s'agit en réalité d'une application du devoir de vigilance du banquier, dont découlent les obligations de se renseigner, de vérifier et d'investiguer¹⁴⁶.

Dans son jugement du 23 septembre 2004, le tribunal de première instance de Bruxelles estime que la sélection dans un contrat de gestion de l'option portefeuille "*actions*" ne suffit pas à définir les objectifs d'un investisseur qui souhaite un portefeuille exclusivement composé d'actions.

Ce constat est étonnant alors qu'en l'espèce, le contrat litigieux prévoyait, sous l'intitulé exprès "*objectifs de gestion du client*", que le client pouvait choisir entre quatre types de gestion:

- rendement maximum, axé principalement sur des placements en obligations et actions de rendement;
- rendement associé à la valorisation du capital, principalement par une répartition équilibrée en actions et obligations;
- valorisation du capital, principalement au moyen d'actions et d'obligations offrant des possibilités potentielles de plus-value;
- autres (à préciser).

Le client avait choisi expressément l'option "*autres*", en ajoutant la mention manuscrite "*actions*", dans l'espace laissé libre sous cette case. Les parties avaient donc bien défini contractuellement les objectifs du client en matière de gestion, contrairement à ce que dit le jugement commenté. Opter pour une gestion axée autour d'une forte valorisation du capital, comprenant exclusivement des instruments financiers en actions suffit à définir les objectifs du client, au même titre que le choix de l'une des trois autres options (non retenues en l'espèce) eût été suffisant pour déterminer un autre objectif de gestion.

Rien dans la réglementation n'indique que par "*objectifs*", il faudrait nécessairement entendre un horizon de placement ou un rendement recherché, comme l'a considéré le juge bruxellois.

L'obligation du gestionnaire étant de moyen (*cf. supra* note observation sous décision n° 9), ceci serait incompatible avec l'obligation de définir, dans la convention, un objectif en termes de résultat à atteindre.

Dans la décision n° 9, le tribunal de commerce de Bruxelles a indiqué à bon droit qu'en sélectionnant l'option portefeuille "*actions*", les parties avaient clairement défini

l'orientation de base de la gestion souhaitée et partant les objectifs poursuivis.

Dans une décision plus récente rendue en matière de conseil en placements, une autre chambre du même tribunal s'est prononcée dans le même sens: "*en sélectionnant l'option portefeuille 'action', le client a ainsi clairement défini l'orientation de base de la gestion souhaitée et partant les objectifs poursuivis*"¹⁴⁷.

3. On peut d'ailleurs se poser la question de la légalité de l'arrêté royal du 5 août 1991, appliqué en l'espèce.

En effet, l'arrêté royal du 5 août 1991 a été pris sur base de l'article 170 de la loi du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers.

Cette disposition n'a pas confié au Roi le soin de définir des mentions obligatoires à inscrire dans les conventions de gestion de fortune.

Le texte de l'habilitation lui-même¹⁴⁸ ne fait aucune allusion à la convention de gestion de fortune mais uniquement à l'information des épargnants. Le législateur entendait privilégier la protection de l'épargnant, en imposant des devoirs d'information et d'investigation au gestionnaire de fortune.

Ni la loi, ni les travaux préparatoires de cette loi ne portent la trace d'une quelconque volonté du législateur d'autoriser le Roi à régler directement le contenu de la convention de gestion de fortune. Tout au plus, est-il question implicitement, dans le texte de la loi (art. 167) du principe d'une convention écrite. Par cette disposition, le législateur s'est borné à investir la CBFA de la mission d'opérer un contrôle marginal sur le contenu des conventions, dans le cadre de la demande d'agrément de la société de gestion de fortune.

Force est dès lors de constater que la loi ne pouvait régir le contenu de la convention de gestion de fortune et que l'arrêté royal ayant excédé le cadre de l'habilitation légale dont il procède est illégal.

4. Une autre question posée par le jugement commenté est relative à la sanction de l'obligation litigieuse, le tribunal de première instance estimant que dans ce cas, la convention doit être annulée rétroactivement.

Ceci ne nous convainc pas.

En effet, l'article 8 de l'arrêté royal du 5 août 1991 institue une obligation de ne pas faire à charge des gestionnaires de fortune (en l'occurrence ne pas prêter des services de gestion de fortune) tant qu'une convention écrite répondant au prescrit de la réglementation n'est pas signée avec le client.

¹⁴⁶ J.-P. BUYLE et D. GOFFAUX, "Les devoirs du banquier à l'égard de l'entreprise", in *La banque et la vie de l'entreprise*, Éd. du Jeune Barreau, 2005, p. 29, n° 13.

¹⁴⁷ Comm. Bruxelles (9^e ch.) 17 octobre 2005, *D./Fortis Banque, inédit*, R.G./2858/2004.

¹⁴⁸ Contrairement à la loi du 6 avril 1995 dont l'art. 79 § 3 contient une habilitation au Roi l'autorisant expressément à déterminer les règles relatives à la gestion de fortune.

La violation d'une telle obligation ne peut dès lors recevoir pour seule sanction, en l'absence d'autre indication dans le texte légal selon laquelle il s'agirait d'une condition touchant à la validité de la convention, que la mise en œuvre de la responsabilité extra contractuelle du gestionnaire de fortune.

Il n'existe par ailleurs aucun principe général selon lequel l'omission, dans une convention, d'une mention stipulée à titre obligatoire entraînerait, indépendamment de toute spé-

cification expresse du législateur à cet effet, la nullité de la convention, même si l'on admet que ces mentions ont pour objet d'éclairer le consentement du client. Il convient donc de s'en référer au droit commun de la responsabilité, en examinant notamment le lien causal avec le dommage subi.

En France, une certaine jurisprudence reconnaît que la formalité de l'écrit est exigée *ad probationem*¹⁴⁹. Au Luxembourg, la loi n'exige pas la signature d'un écrit¹⁵⁰.

¹⁴⁹. M. GERMAIN, "La responsabilité en matière de gestion individuelle sous mandat", *Banque & Droit* 2000, n° 70, p. 14.

¹⁵⁰. A. SCHMITT et E. OMS, *La responsabilité du banquier en droit bancaire privé luxembourgeois*, Larcier, n° 374 (à paraître).