

10. TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DE VERVIERS 29 MAI 2006

DROIT FINANCIER

Institutions financières et intermédiaires financiers – Convention – Erreur matérielle de l’intermédiaire – Obligation de moyens – Devoir d’information

Le gestionnaire de fortune qui, dans un contrat écrit, commet une erreur matérielle dans la détermination du type de gestion souhaitée par le client n’engage pas sa responsabilité, lorsqu’il apparaît qu’en réalité l’intermédiaire a géré les avoirs déposés, conformément aux objectifs exprimés par le client.

Le gestionnaire de fortune est tenu à une obligation de moyens. Sa responsabilité doit s’apprécier en fonction d’un résultat global et non opération par opération. Les intermédiaires doivent servir au mieux les intérêts de leurs clients.

Si un client critique la qualité de la gestion de son patrimoine, il doit le faire dès qu’il reçoit les bilans réguliers lui permettant d’apprécier la situation et l’évolution de son patrimoine. Si le client est néophyte, il lui appartient alors d’interpeller soit le gestionnaire lui-même ou toute autre personne susceptible de lui donner des renseignements.

FINANCIEEL RECHT

Vermogensbeheer en beleggingsadviseurs – Overeenkomst – Materiële vergissing van de tussenpersoon – Middelenverbintenis – Informatieverstrekkings

De vermogensbeheerder die in een geschreven contract, bij de omschrijving van het type van beheer dat de cliënt wilde, een materiële vergissing begaat, is niet aansprakelijk wanneer in werkelijkheid blijkt dat de tussenpersoon de tegoe-den heeft beheerd overeenkomstig de objectieven uitgedrukt door de cliënt.

De vermogensbeheerder is slechts gehouden tot een middelen verbintenis. Zijn aansprakelijkheid moet beoordeeld worden in functie van het totale resultaat en niet in functie van verrichting per verrichting. De tussenpersonen behartigen naar best vermogen de belangen van hun cliënten.

Indien een cliënt kritiek heeft op het beheer van zijn vermogen, moet hij dit doen op het ogenblik dat hij de balans ontvangt die hem toelaat de situatie en de evolutie van zijn vermogen na te gaan. Als de cliënt onkundig is, zal hij het nodige moeten doen om hetzij de vermogensbeheerder te ondervragen, hetzij elk andere persoon die in staat is om hem de inlichtingen te geven.

B. Engels/SA ING

Siég.: J. Baiverlin (juge unique)

Pl.: Mes F. Gathoye et L. Defraiteur

(...)

Les faits et l’objet de la demande

Suite au décès accidentel de son mari, Madame Engels a perçu un capital de 11.500.000 FB ou 285.077 EUR.

Elle était sans profession, se retrouva seule avec deux enfants mineurs et prit conseil auprès de Monsieur Jean Dome, expert comptable.

Celui-ci prit à son tour contact avec ING pour avoir une proposition de placement.

La demanderesse a signé avec ING une convention de gestion de fortune en date du 7 février 1992.

Par cette convention, elle confie à la défenderesse mandat de gérer les éléments de son patrimoine.

L’article 2 qui concerne les objectifs du client et le type de gestion désirée lui donne le choix entre 3 possibilités:

- I. rendement immédiat maximum principalement au moyen d’obligations et d’actions de rendement;
- II. rendement associé à la valorisation du capital; répartition équilibrée entre actions et obligations;
- III. valorisation maximum du capital principalement au moyen d’actions et d’obligations offrant des possibilités potentielles de plus-value;
- IV. autres (à préciser).

Dans le cas de Madame Engels, c’est la possibilité II qui a été cochée.

C’est Monsieur Manella, le gestionnaire de fortune au sein d’ING, qui a rempli la convention.

Le 28 mars 2000, Madame Engels a mis fin à la convention de gestion de fortune.

Le 6 octobre 2000, accompagnée de son nouveau conseiller financier, elle fait part au directeur financier d’ING Liège, de

son étonnement à l'égard des faibles performances de son portefeuille entre 1992 et 1999.

Elle pose une réclamation auprès d'ING faisant valoir que le montant du dommage réclamé s'élève à 2.035.339 FB.

ING conteste avoir commis la moindre faute dans la gestion du portefeuille.

Le 13 décembre 2001, Madame Engels introduit une plainte auprès de l'ombudsman du secteur bancaire qui n'a pas eu de suite.

Par citation du 24 mars 2003, Madame Engels assigne ING en réparation du préjudice subi estimé à 100.000 EUR, à titre provisionnel.

Discussion

Attendu qu'ING conteste avoir commis la moindre faute dans la gestion de fortune de Madame Engels, considérant qu'elle a géré celle-ci en professionnel avisé.

Attendu qu'elle fait valoir qu'une erreur matérielle a été commise lors de la convention de gestion de fortune quant à la fixation de la répartition des avoirs en gestion.

Qu'ainsi, c'est la case I qui devait être cochée et non pas la case II, à savoir un "risque financier moyen".

Attendu que la défenderesse invoque à l'appui de son argumentation, qu'après le décès de son mari, elle s'est retrouvée sans emploi avec deux enfants à élever et un capital qui devait lui permettre de subvenir à ses besoins financiers.

Qu'au vu de cette situation délicate, il est certain que Madame Engels ne pouvait se permettre de jouer en bourse et d'hypothéquer son avenir ainsi que celui de ses enfants.

Que c'est sur base de ces considérations et secondée dans ses démarches par Monsieur Jean Dome qu'une proposition a été formulée par ING le 22 novembre 1991 et transmise à Monsieur Dome.

Qu'il ressort de cette proposition que le risque est minimum puisqu'elle est ainsi rédigée: "*Nous vous proposons, selon les objectifs définis lors de notre entretien du 8 novembre, d'investir plus ou moins 10% du portefeuille en actions et 90% en obligations et liquidités.*"

La structure du portefeuille dégage un intérêt net annuel de 729.000 FB réparti sur 8 échéances (soit 60.750 FB sur base mensuelle)."

Attendu que cette attitude paraît conforme à la gestion d'un patrimoine par un bon père de famille dans la mesure où une personne dans la situation de Madame Engels ne pouvait se permettre de prendre un risque quant à une partie importante de son capital.

Attendu qu'il ressort des documents déposés, que la banque a fait valoir auprès de l'ombudsman saisi après rupture de la convention que Monsieur Dome avait déclaré avoir à l'épo-

que des faits: "*rencontré différentes banques pour obtenir des propositions de placement rencontrant des objectifs précis*".

Qu'à cet égard, Monsieur Dome est formel: "*le mode de placement à envisager devait avoir un caractère essentiellement défensif, assurant une rente à votre cliente et préservant le capital (enfants)*".

Qu'il a également déclaré que: "*différentes propositions de répartition ont été présentées, et que c'est volontairement que votre cliente a écarté les propositions présentant un risque plus particulier et a opté pour une répartition 'très' défensive*".

Attendu que la banque peut dès lors être suivie lorsqu'elle fait valoir que c'est une erreur matérielle qui a ponctué le contrat, alors qu'il était bien admis entre parties que c'était un type de rendement prudent qui devait être envisagé soit le rendement numéro I.

Attendu par ailleurs que c'est en vain que Madame Engels tente de minimiser la portée du courrier du 29 novembre 1991 en faisant valoir que Monsieur Dome avait uniquement pour mission limitée de prendre contact avec les différents organismes bancaires.

Attendu en effet qu'il a tout lieu de penser que ce n'est pas à lui qu'ING aurait envoyé son courrier du 29 novembre 1991, mais directement à Madame Engels si celui-ci avait un rôle aussi minime qu'elle tend à le faire croire.

Que de même, Madame Engels soutient que ce serait le gestionnaire de fortune d'ING qui l'aurait convaincue d'effectuer un placement à part égale lors de la signature du contrat alors qu'elle reconnaît que son but était d'avoir le meilleur rendement au moindre risque, ce qui en soi est contradictoire et ne cadre pas avec la stratégie de placement invoquée.

Attendu ensuite que Madame Engels énonce toute une série de dispositions qui auraient été violées par ING et notamment violation des règles d'ordre public stipulées à l'article 36 de la loi du 4 décembre 1990, violation des dispositions de l'arrêté royal du 5 août 1991 sur la gestion de fortune et le conseil en placement et plus spécialement les articles 8 et 79 § 1^{er} et violation de l'article 36 de la loi du 6 avril 1995.

Attendu que toutes ces dispositions veillent à assurer que les intermédiaires servent au mieux les intérêts de leurs clients en se conformant au code de conduite et aux règles applicables à l'exercice de leurs activités financières, de même que la nécessité d'une convention écrite de gestion de fortune qui doit indiquer toute une série de mentions (art. 8 de l'arrêté royal du 5 août 1991).

Attendu tout d'abord que les règles de forme en ce qu'elles prévoient la nécessité d'un contrat écrit ont été respectées et qu'il y a lieu de se référer aux considérations reprises plus haut pour considérer que l'écrit a fait l'objet d'une erreur matérielle quant à la stratégie de placement.

Que l'on ne voit pas en quoi la convention violerait la réglementation précitée.

Attendu qu'ensuite, Madame Engels fait valoir que, quand bien même c'est la stratégie de placement la plus prudente qui devait être retenue, la banque a failli à son devoir de conseil en, au cours de la période de 8 ans durant laquelle la convention a sorti ses effets, ne revoyant pas sa stratégie et n'adoptant pas d'autres produits qui seraient venus sur le marché dans le courant de cette période.

Qu'elle accuse la banque d'inertie pour avoir laissé pendant 8 ans sortir les effets des mêmes produits sans remettre en cause leur efficacité.

Attendu que cependant, toujours dans la perspective d'une gestion prudente, la demanderesse ne démontre pas la faute qu'aurait commise la banque dans sa gestion.

Attendu que la défenderesse rappelle que le capital placé chez ING en 1992 était de 11.500.000 FB.

Qu'au 31 décembre 1999, la valeur du portefeuille était de 12.672.798 FB, et qu'entre ces deux dates, Madame Engels avait effectué des retraits pour 6.336.553 FB.

Qu'ainsi pour une stratégie défensive, il s'agissait d'un très bon résultat.

Que la banque invoque avec raison que d'une part, Madame Engels ne précise pas quels sont les nouveaux produits qui ne lui auraient pas été proposés et qui auraient permis de mieux coller à la réalité qui était la sienne et d'autre part, qu'il est facile de donner une analyse *a posteriori* de la situation en fonction des données qui étaient évidemment inconnues du gestionnaire au moment où il devait prendre des décisions sans mettre en cause le patrimoine de son client.

Qu'enfin, alors que Madame Engels critique la gestion de son patrimoine pendant 8 ans, force est de constater que, pendant cette période, elle ne s'est pas manifestée et n'a jamais critiqué l'attitude de la banque sur la gestion de son patrimoine.

Qu'elle recevait des bilans complets trois fois par an de sorte qu'elle était à même d'apprécier la situation et l'évolution de son patrimoine.

Qu'invoquant son ignorance dans la gestion financière, il lui appartenait alors d'interpeller soit le gestionnaire lui-même

ou toute autre personne susceptible de lui donner des renseignements, ce qu'elle ne prétend pas avoir fait.

Attendu que sur une période de 8 ans, elle n'a jamais remis en cause la qualité de la gestion de la part d'ING, alors qu'ainsi que le fait valoir celle-ci, une période de deux ans est suffisante pour avoir déjà un bon aperçu de la façon dont est géré un capital.

Que lorsqu'elle a résilié le contrat de gestion, elle n'a fait valoir aucun élément critique, et ce n'est que 6 mois après qu'elle a communiqué ses doléances.

Qu'ainsi la demanderesse n'établit pas de quelles carences précises elle a fait l'objet d'autant que la banque était investie d'une obligation de moyen et non de résultat.

Attendu que c'est la demanderesse elle-même qui insiste sur ce que la responsabilité du gestionnaire de fortune doit s'apprécier en fonction d'un résultat global et non opération par opération.

Qu'il a été considéré plus haut que le résultat qu'avait pu obtenir la banque après la gestion était particulièrement satisfaisant.

Qu'encore une fois, il n'est pas possible d'invoquer après coup des cours ou des opérations qui se sont avérées fructueuses, alors qu'au moment où il s'agissait de décider de les appliquer, le succès n'était pas garanti.

Attendu que la demanderesse n'invoque pas de façon précise ce qu'aurait dû faire le gestionnaire de fortune pour accroître son patrimoine sans pour autant manquer à son obligation de prudence, de sorte qu'il y a lieu de considérer qu'en l'espèce, la défenderesse n'a pas failli à son obligation d'information et de conseil à l'égard de sa cliente.

Attendu que compte tenu de ces considérations, l'examen des arguments subséquents (relatifs au dommage) s'avère inutile.

Que l'action sera déclarée non fondée.

Par ces motifs:

Le tribunal,

(...)

Déclare l'action recevable mais non fondée.

(...)

Observations

1. En l'espèce, un gestionnaire de fortune reconnaissait avoir commis une erreur matérielle dans le contrat écrit conclu avec son client, en retenant un type de rendement moins prudent que ne l'avait souhaité son client. Toutefois, dans l'exécution de la convention de gestion de fortune, l'intermédiaire avait géré les avoirs déposés, conformément aux

objectifs exprimés originellement par le client. L'erreur matérielle n'affectait pas la substance de la convention. Or, l'on sait que l'erreur n'est admise comme cause d'annulation que si elle porte sur la substance du contrat (art. 1110 du Code civil).

“Il y a erreur sur la substance lorsque l’erreur tombe sur tout élément qui a déterminé principalement la partie à contracter, de telle sorte que sans cet élément, le contrat n’aurait pas été conclu”¹⁷⁰. L’erreur en l’espèce ne portait que sur une mention du contrat qui n’avait pas été bien cochée. Cette erreur n’affectait pas le contrat, dans la mesure où la convention avait été exécutée conformément à la volonté des parties. Cette erreur était indifférente.

2. Sur le plan de la responsabilité contractuelle du gestionnaire de fortune, le tribunal verviétois rappelle à bon droit les principes applicables.

Les obligations du gestionnaire sont des obligations de moyens¹⁷¹, lorsque celui-ci apprécie l’opportunité de réaliser un placement pour ses clients, et ce sauf convention contraire expresse. Le simple fait que le portefeuille d’un client ait subi une moins-value même significative n’est pas constitutif de faute¹⁷². Le fait que les plus-values réalisées sont très inférieures à l’évolution d’un indice boursier n’est pas fautif¹⁷³.

Le tribunal rappelle que la responsabilité du gestionnaire doit s’apprécier en fonction d’un résultat global et non opération par opération, ce qui est exact.

Il faut, en effet, distinguer, les griefs relatifs à une ou plusieurs opérations déterminées (par exemple ceux qui seraient contraires aux conditions prévues dans la convention originale) d’un reproche concernant l’ensemble de la gestion discrétionnaire. Seule une appréciation globale, dans le moyen ou le long terme, doit être effectuée par le tribunal, en tenant compte de l’évolution globale des indices, des performances et des returns des placements, en procédant à des comparaisons appropriées et en tenant compte des crises importantes sur les marchés financiers.

La nature même du contrat de gestion discrétionnaire limite l’appréciation du tribunal à un contrôle marginal. Pour considérer une faute comme établie, il ne suffit donc pas d’identifier une faute commise dans une opération spécifique ou de montrer que la performance globale a été inférieure à celle réalisée pour tel ou tel autre gérant de fortune, mais bien de prouver que le gérant de fortune s’est comporté d’une manière manifestement contraire ou différente par rapport à ce qu’aurait fait tout autre gérant, placé à la même époque dans les mêmes circonstances.

Nous avons déjà relevé que la responsabilité d’un gestion-

naire de fortune doit être appréciée avec une extrême circonspection, vu le caractère hautement aléatoire du système financier¹⁷⁴. Une certaine marge d’erreur doit être concédée aux gestionnaires de fortune, auxquels n’importe quelle mauvaise évaluation des risques ne peut être reprochée. Le risque économique des investissements choisis par le gérant pèse en principe sur le client.

3. En l’espèce commentée, le client reprochait aussi à l’intermédiaire un certain immobilisme.

Souvent les investisseurs reprochent au gestionnaire d’avoir fait preuve d’inertie dans la gestion de leurs avoirs, sans passer aucune opération, alors que les bourses s’effondraient ou en réagissant tardivement lors d’un changement des tendances du marché.

Les tribunaux ont une approche assez pragmatique et réaliste de cette situation.

Ainsi, lorsque les parties ont convenu d’un horizon de placement à long terme, par exemple, en choisissant un portefeuille composé essentiellement d’actions, le tribunal, qui n’a qu’un pouvoir d’appréciation marginale, ne considère pas qu’est fautif le fait de ne pas acter tout de suite les pertes enregistrées par certains titres, en réalisant ceux-ci sans avoir de réelles chances de récupérer ces pertes dans d’autres investissements, vu le contexte négatif général¹⁷⁵.

“Replacé dans un horizon de placement de 10 ans au minimum, la décision de patienter et de ne pas vendre ne peut être considérée comme fautive. En effet, la vente réalise la perte alors que dans une perspective à long terme, les marchés financiers peuvent se redresser et les moins-values peuvent se résorber.”¹⁷⁶

Si le client devait établir dans le chef du gestionnaire une faute consistant à avoir été trop passif, encore doit-il établir qu’une gestion plus active du portefeuille aurait permis d’éviter certaines pertes plutôt que de les accroître¹⁷⁷ ou offrir nécessairement, aux yeux de tout professionnel, davantage de garanties de meilleurs résultats¹⁷⁸.

En l’espèce, le client accusait la banque d’inertie pour avoir laissé pendant 8 ans sortir les effets des mêmes produits sans remettre en cause leur efficacité. Le tribunal rejette le grief, à défaut pour le client de démontrer la faute commise dans la gestion, dans la mesure où la gestion avait dégagé d’importantes plus-values.

¹⁷⁰. Cass. 27 octobre 1995, *Pas.*, I, p. 950.

¹⁷¹. Cons. not. Comm. Bruxelles 2 février 1995, *R.D.C.* 1996, p. 1072; Gent 5 mai 2004, *NjW* 6 avril 2005, p. 413; Comm. Bruxelles 2 septembre 2004, *R.D.C.* 2006, p. 119; Comm. Bruxelles 30 septembre 2004, *Dr. banc. & fin.* 2005/1, p. 61.

¹⁷². Cons. not. Comm. Bruxelles 2 février 1995, *R.D.C.* 1996, p. 1072; Comm. Bruxelles 2 septembre 2004, *R.D.C.* 2006, p. 119.

¹⁷³. Paris 24 septembre 2002, *Rev. dr. banc. & fin.* mai/juin 2003, p. 158.

¹⁷⁴. Cf. nos observations *R.D.C.* 2006, p. 123.

¹⁷⁵. Comm. Bruxelles 2 septembre 2004, *R.D.C.* 2006, p. 119.

¹⁷⁶. Civ. Bruxelles (74^e ch.) 3 février 2006, *Fosseprez/Fortis Banque*, inédit.

¹⁷⁷. Comm. Bruxelles (10^e ch.) 18 mars 2004, *Croë/ING Belgique*, inédit.

¹⁷⁸. Comm. Bruxelles 2 septembre 2004, *R.D.C.* 2006, p. 119.

Il n'est pas inutile de relever que dorénavant, la réglementation MiFID impose à la banque de revoir régulièrement sa politique de best execution¹⁷⁹. L'intermédiaire doit informer son client des changements éventuels ou de l'absence de changement éventuel avec des explications à l'appui. Le devoir de surveillance est renforcé.

4. En ce qui concerne le devoir d'information du gestionnaire, on sait que celui-ci implique non seulement la communication des extraits de compte et les bordereaux d'exécution concernant les opérations exécutées mais également l'envoi au client d'évaluations détaillées de son portefeuille.

Les qualités et les aptitudes du client (profane ou averti) déterminent parfois la mesure du devoir d'information et le degré de circonspection dont doit faire preuve le banquier¹⁸⁰. Un tribunal peut par exemple être sensible au fait que les investisseurs sont des intellectuels ayant bénéficié d'un bon degré de scolarité et qui n'étaient pas sans connaître les risques liés aux placements bancaires¹⁸¹.

En l'espèce, il n'est pas contestable que l'intermédiaire avait rempli ce devoir. Le client "*recevait des bilans complets*

trois fois par an de sorte qu'il était à même d'apprécier la situation et l'évolution de son patrimoine".

De son côté, le client est lui-même tenu de s'informer sur la portée des obligations qu'il contracte et sur les opérations qu'il effectue en nom et pour son compte le gestionnaire de fortune, lorsqu'il lui rend périodiquement des comptes.

Il appartient au client de s'informer, de prendre connaissance des documents mis à sa disposition ou lui envoyés, de vérifier les informations y mentionnées, de contester s'il y a lieu les opérations accomplies ou d'émettre des réserves.

Si, comme l'indique la décision commentée, le client invoque son ignorance dans la gestion financière "*il lui appartient alors d'interpeller soit le gestionnaire lui-même ou toute autre personne susceptible de lui donner des renseignements*".

Le client qui ne se déclare pas d'accord avec la façon dont le portefeuille est géré, doit immédiatement en aviser le gestionnaire et, le cas échéant, mettre fin au mandat¹⁸².

Jean-Pierre BUYLE et Martine DELIERNEUX

¹⁷⁹. Art. 23 de l'arrêté royal du 27 avril 2007 qui assure la transposition en droit belge de la directive MiFID et art. 21 de la directive 2004/39/CE du 21 avril 2004 sur les marchés d'instruments financiers.

¹⁸⁰. Cons. en matière de conseil en placements, Comm. Nivelles 26 septembre 1996, *R.D.C.* 1997, p. 785; Comm. Bruxelles 31 mai 1996, *J.L.M.B.* 1996, p. 1598.

¹⁸¹. Gent 4 avril 2005, *R.G.D.C.* 2005, p. 535.

¹⁸². Comm. Gand 28 novembre 2000, *Dr. banc. & fin.* 2001/3, p. 188.