

COMM.

IK

COUR DE CASSATION

Audience publique du 22 février 2017

Cassation partielle

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 240 FS-D

Pourvoi n° D 15-18.371

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par la société CA Indosuez Wealth France, anciennement dénommée CA Indosuez Private Banking, dont le siège est [Adresse 1],

contre l'arrêt rendu le 10 février 2015 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 5-7), dans le litige l'opposant :

1°/ à M. [B] [Z], veuf de [J] [Z], domicilié [Adresse 2], pris tant en son nom personnel qu'en qualité d'héritier de [J] [Z],

2°/ à [J] [Z], décédée, ayant été domiciliée [Adresse 2],

3°/ à Mme [A] [Z], domiciliée [Adresse 3],

4°/ à M. [F] [Z], domicilié [Adresse 4],

5°/ à M. [E] [Z], domicilié [Adresse 5],

tous les trois pris tant en leur nom personnel qu'en qualité d'héritiers de [J] [Z], décédée,
défendeurs à la cassation ;

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 3 janvier 2017, où étaient présents : Mme Mouillard, président, Mme Robert-Nicoud, conseiller référendaire rapporteur, M. Rémy, conseiller doyen, M. Guérin, Mmes Vallansan, Graff-Daudret, Vaissette, Béval, conseillers, Mmes Schmidt, Jollec, Barbot, conseillers référendaires, Mme Arnoux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Robert-Nicoud, conseiller référendaire, les observations de la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat de la société CA Indosuez Wealth France, de la SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat de MM. [B], [F] et [E] [Z] et de Mme [A] [Z], l'avis de Mme Henry, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Sur le premier moyen, pris en sa troisième branche, qui est recevable comme né de la décision attaquée :

Vu l'article 1147 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 ;

Attendu que pour condamner la banque à payer diverses sommes à chacun des consorts [Z], l'arrêt retient que la banque a commis une faute en leur délivrant une information erronée sur l'exposition au risque du fonds Alpha et leur doit réparation de leur préjudice, qui s'analyse en une perte de chance qui sera évaluée compte tenu, d'une part, de la différence entre les sommes investies par chacun d'entre eux dans le fonds litigieux et celles auxquelles les parts ont été revendues, d'autre part, de ce que les supports délaissés par les consorts [Z] pour le fonds litigieux étaient eux aussi des fonds communs de placement sans garantie de gains et, enfin, du contexte de crise dans lequel les performances négatives du fonds ont été réalisées ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans constater que ces contrats avaient été rachetés au jour où elle statuait et que les pertes alléguées avaient été effectivement réalisées, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il rejette les demandes d'indemnisation au titre du préjudice moral formées par les consorts [Z], l'arrêt rendu le 10 février 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur les autres points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Condamne MM. [B], [F] et [E] [Z] et Mme [A] [Z] aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-deux février deux mille dix-sept.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat aux Conseils, pour la société CA Indosuez Wealth France, anciennement dénommée CA Indosuez Private Banking

PREMIER MOYEN DE CASSATION :

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir condamné la société CA Indosuez Private Banking à payer à Mme [J] [Z], M. [B] [Z], Mme [A] [Z], M. [F] [Z] et M. [E] [Z] respectivement les sommes principales de 10 408 €, 500 922 €, 152 496 €, 367 462 €, 138 031 €, avec intérêts au taux légal à compter de la date d'assignation ;

AUX MOTIFS QUE, sur la commission d'une faute par la société Indosuez, il résulte des pièces du dossier que les consorts [Z] ont souscrit chacun et à des dates différentes, en 1994 pour M. [B] [Z], en 1997 pour Mme [A] [Z] ainsi que MM. [E] et [F] [Z] et en 2004 pour l'ensemble d'entre eux, puis en 2005 pour Mme [J] [Z], plusieurs investissements auprès de la société BPGI sous la forme de contrats d'assurance vie ; que ces contrats étaient conclus en unités de compte sur des supports composés de parts de différents fonds de placement ; que selon eux, la Banque a violé son devoir d'information et de conseil puisque, d'une part, elle a commis elle-même un contresens sur la nature du produit qu'elle propose, d'autre part, elle aurait dû attirer leur attention sur le fait que le fonds en question n'existait que depuis deux années pour avoir été créé à la fin de l'année 2003 ; que sur ce point ils ajoutent que la Banque aurait dû les informer du fait que le modèle de gestion qui leur a été présenté comme étant « ultra-sécuritaire » l'était en réalité de manière purement théorique car il n'avait jamais été confronté au sein de la Banque ou d'autres établissements financiers à la réalité d'une crise importante ; que la Banque soutient que les produits détenus par les consorts [Z] avant la souscription du fonds Alpha démontrent qu'ils avaient une expérience en matière d'investissement à risque, puisqu'ils portaient dans leur grande majorité sur des supports libellés en unités de comptes qui n'offrent pas de garantie en capital, ni de rémunération et que, dans ces circonstances, ils ne peuvent soutenir qu'ils n'avaient aucune appétence pour le risque ; qu'elle ajoute que leur expertise et leur intérêt pour le risque résultent aussi des termes de leurs échanges exprimant, à plusieurs reprises, un souhait de gestion « dynamique » ; qu'elle estime qu'en conséquence, ils ne peuvent lui reprocher un manquement à son devoir d'information ; qu'à ce sujet la Banque fait valoir que l'offre et la documentation remises aux consorts [Z] étaient suffisamment précises et les ont mis en mesure d'appréhender les risques inhérents à l'unité de compte Alpha ; qu'il résulte des documents intitulés « Proposition d'investissement » établis pour M. [E] [Z] que le fonds Alpha a été présenté aux consorts [Z] comme étant de « performance absolue », qualificatif qui concerne les investissements peu corrélés aux évolutions du marché et qui recherchent une performance en valeur absolue ; qu'il était, en outre, précisé que « (...) dans un contexte de taux d'intérêt faible, ce fonds permet de diversifier fortement la partie monétaire ou obligataire d'un portefeuille en investissant sur des stratégies non directionnelles. Les gérants cherchent régulièrement à améliorer la performance générée par rapport à l'enveloppe de risque qui leur est alloué et ont déjà montré des performances reconnues sur la gestion obligataire internationale » ; qu'il est par ailleurs exact que ce document dans la partie « Exposition au risque » est classé dans la catégorie « Sécurité », qui représente le premier des sept échelons de l'exposition au risque exprimant le degré le moins important de risque et précède l'exposition « prudente » ; que les consorts [Z] reprochent à la Banque d'avoir ainsi classé le produit et de le leur avoir présenté comme tel, alors que le fonds n'existait que depuis deux ans et que sa gestion qui était originale n'avait pas été confrontée à une grande crise ; qu'indépendamment du devoir de mise en garde à l'égard des opérations spéculatives réalisées sur les marchés à terme, qui n'est pas invoqué en l'espèce, le prestataire de services d'investissements est tenu d'un devoir d'information sur les caractéristiques des produits d'assurance qu'il propose et sur leur adéquation avec la situation personnelle et les attentes de ses clients ; que la décision des consorts [Z] d'arbitrer un désinvestissement de certains supports de leurs contrats d'assurance-vie pour le fonds Alpha présenté comme ayant une exposition au risque de la catégorie « Sécurité » démontre qu'ils souhaitaient, quels qu'aient été leurs choix d'investissements par le passé, souscrire à une unité de compte de type sécuritaire ; que s'il est précisé dans la proposition d'investissement de la société BGPI que « Le portefeuille est géré de façon dynamique par l'intermédiaire d'arbitrages sur le marché de taux internationaux (obligations internationales, obligations émergentes), devises et actions » et qu'y figure aussi un diagramme montrant qu'il avait connu des performances négatives entre juillet et septembre 2004, mars et mai 2005 puis juillet et septembre 2005, il n'en demeure pas moins qu'il était présenté comme étant d'exposition « sécuritaire », c'est à dire plus que « prudent », sa volatilité étant estimée à 0,7 %, alors que celle du CAC 40 était estimée à la même période à 10,2 % ; que cette présentation par la Banque était imprudente dans la mesure où le fonds n'existait que

depuis deux ans et qu'elle ne disposait pas d'un recul suffisant pour assurer comme elle a fait que son exposition au risque était particulièrement faible ; que, de plus, la fiche descriptive du fonds Alpha, dans sa présentation de l'orientation de gestion indiquait que « Afin d'atteindre l'objectif de performance, le portefeuille est géré de façon dynamique par l'intermédiaire d'arbitrages sur les marchés de taux internationaux (obligations internationales, obligations émergentes), devises et actions. La performance sera davantage liée aux anticipations de la gestion sur le comportement des marchés de taux, devises et actions les uns par rapport aux autres qu'aux anticipations sur leur évolution absolue », ce que la Banque a présenté dans sa proposition comme une gestion déconnectée des marchés, appréciation qu'elle a ensuite rectifiée dans sa lettre du 15 juillet 2008 pour préciser, à l'inverse, que les performances de ce fonds dépendaient de l'évolution des marchés financiers, ce qui démontre à tout le moins une insuffisance d'analyse à l'égard de la gestion du fonds qu'elle présentait alors comme ayant une exposition au risque sécuritaire ; que la société BGPI a en présentant le fonds Alpha comme elle a fait, alors que la durée de son existence était insuffisante pour permettre une telle assurance et que son évolution à court terme a montré que sa gestion employait, selon ses propres termes, « (...) Des stratégies dont les performances dépend[ai]ent de l'évolution des marchés financiers » induit les investisseurs en erreur et a manqué à son devoir d'information ; que dans ces circonstances et compte tenu des attentes qu'ils avaient exprimé par le choix du fonds Alpha tel qu'il leur avait été présenté, il est sans portée que les consorts [Z] aient, ou n'aient pas, antérieurement démontré d'aversion au risque des investissements pratiqués sur les marchés financiers ou qu'ils aient été des investisseurs avertis à même de déceler que le fonds puisse comporter des risques en dépit de la qualification « sécuritaire » avancée par la Banque dans son offre ; que celle-ci ne saurait leur faire reproche de n'avoir pas été davantage circonspects à l'égard des qualificatifs qu'elle-même avait donnés ; que, en revanche, contrairement à ce que soutiennent les consorts [Z], le fait pour la Banque d'avoir en juillet 2008 alerté ses clients porteurs de parts du fonds Alpha sur l'évolution croissante de sa volatilité et de ses résultats négatifs, puis de les avoir invités à se retirer de ce fonds, dans un contexte de crise sévère et de résultats à la baisse particulièrement inquiétants, ne saurait constituer une faute de sa part, même si celui-ci a connu ensuite une hausse qu'elle n'avait pas anticipée ; qu'à cet égard, les consorts [Z] n'invoquent aucun élément qui aurait été, ou aurait dû, être connu de la Banque et dont la méconnaissance démontrerait une négligence ou une faute de sa part ; que, de plus, aucune des pièces produites ne démontre qu'elle les aurait conduits à vendre dans l'urgence et sans qu'ils aient pu y réfléchir ; qu'il résulte de ce qui précède que la société BGPI a commis une faute envers les consorts [Z] en leur délivrant une information erronée sur l'exposition au risque du fonds commun de placement Indosuez Alpha Long Terme et leur doit réparation du préjudice que leur a causé cette faute ; que le jugement qui a rejeté les demandes des consorts [Z] doit être réformé sur ce point ; que, sur le lien de causalité et le préjudice, les consorts [Z] soutiennent qu'ils ont, du fait de la faute ainsi commise, subi une perte en capital, d'une part, un manque de gain entre la souscription jusqu'au retrait du fonds en 2008, d'autre part, et enfin un préjudice moral ; que cependant le préjudice subi du fait d'un manquement au devoir d'information d'un intermédiaire d'investissements est celui d'une perte de chance de ne pas contracter et ne saurait être équivalent à la perte en capital et au manque de gain dont se prévalent les consorts [Z] ; que cette perte ne peut qu'être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée ; qu'elle ne peut non plus, contrairement à ce que soutient la société BGPI, être évaluée au regard d'une compensation qu'aurait procuré aux consorts [Z] les performances des investissements réalisés après qu'ils eurent revendu leurs parts du fonds Alpha ; que, par ailleurs, si le fonds avait « pour objectif d'atteindre l'EONIA capitalisé + 3 % » sur une durée d'investissement de trois ans, la perte de chance des consorts [Z] ne saurait être évaluée à la non-réalisation de cet objectif, dans la mesure où, d'une part, aucun document de présentation ne mentionne un engagement d'atteindre cet objectif, d'autre part, où aucun élément du dossier ne permet de considérer que cet objectif aurait pu être atteint, ni qu'il aurait été atteint par d'autres investissements durant la même période ; que compte tenu de la différence entre les sommes investies par chacun des consorts [Z] dans le fonds litigieux et celles auxquelles les parts ont été revendues et qui s'élèvent aux montants non contestés de 11 894 euros pour Mme [J] [Z] , 556 299 euros pour M. [B] [Z], 167 056,63 euros pour Mme [A] [Z], 414 043,67 euros pour M. [F] [Z], 134 932,89 euros pour M. [E] [Z], compte tenu encore de ce que les supports délaissés par les consorts [Z] pour le fonds litigieux étaient, eux aussi, des FCP sans garantie de gains, ainsi que du contexte de crise dans lequel les performances négatives du fonds ont été réalisées, la perte de chance sera fixée pour chacun d'eux aux sommes suivantes : Mme [J] [Z] : 10 408 euros, M. [B] [Z] : 500 922 euros, Mme [A] [Z] : 152 496 euros, M. [F] [Z] : 367 462 euros, M. [E] [Z] : 138 031 euros ; que la société BGPI sera condamnée au paiement de ces sommes, outre intérêts au taux légal à compter de la date d'assignation ;

1°) ALORS QUE la proposition d'investissement faite par CA Indosuez à M. [E] [Z] en décembre 2005 indiquait une exposition de type « sécuritaire » pour le portefeuille dans sa globalité et non pour le seul fonds Indosuez Alpha Long

Terme ; qu'en affirmant, pour conclure à l'existence d'un manquement au devoir d'information de CA Indosuez envers les consorts [Z], que la banque avait présenté, dans sa proposition d'investissement, le fonds Indosuez Alpha Long Terme comme ayant une exposition au risque sécuritaire, la cour d'appel a dénaturé ladite proposition d'investissement violant ce faisant l'article 1134 du code civil ;

2°) ALORS QUE, EN TOUTE HYPOTHESE, l'assureur ou le courtier qui a communiqué au souscripteur d'une assurance vie libellée en unités de comptes les caractéristiques essentielles des divers supports financiers qui lui étaient proposés ainsi que les risques qui leur étaient associés a, par là même, satisfait à son obligation d'information et ne saurait voir sa responsabilité engagée ; que cette obligation est remplie même lorsque ces informations figurent dans un document annexe accompagnant la note d'information ou dans les conditions générales du contrat ; qu'il en est ainsi lorsque les conditions générales du contrat d'assurance ou les fiches techniques accompagnant la note d'information informent le souscripteur du contrat que la valeur de chaque unité de compte fluctue à la hausse comme à la baisse en raison de la bourse et qu'il supporte intégralement les risques financiers au titre du contrat ; qu'en affirmant, cependant, que CA Indosuez, agissant en tant que courtier, avait induit les investisseurs en erreur et manqué à son devoir d'information en présentant prétendument, dans sa proposition d'investissement, le fonds Indosuez Alpha Long Terme comme étant d'exposition « sécuritaire », sans rechercher, comme elle y était pourtant invitée (concl., p. 17 § 5 à 7, p. 18 § 1 à 11 et p. 19 § 1), si les consorts [Z], qui sont des investisseurs avertis, avaient été suffisamment informés des caractéristiques essentielles de ce fonds et des risques de fluctuations à la hausse comme à la baisse sans garantie du capital investi par d'autres documents tels les conditions générales du contrat et la notice descriptive dont ils avaient été destinataires, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du code civil ;

3°) ALORS QU' un risque, fût-il certain, ne suffit pas à caractériser la perte certaine d'une chance et le préjudice en résultant est purement éventuel ; que le souscripteur d'un contrat d'assurance-vie composé d'unités de compte, qui prétend avoir subi des pertes à raison d'un manquement du professionnel à son obligation d'information, ne justifie pas d'un préjudice certain tant que son contrat d'assurance-vie n'a pas été racheté ; qu'en condamnant CA Indosuez à indemniser la perte de chance prétendument subie par les consorts [Z] de mieux arbitrer leur investissement dans le cadre de leurs contrats d'assurance-vie contenant des unités de compte, sans établir que ces contrats avaient été rachetés au jour où le juge a statué et que les pertes alléguées avaient été effectivement réalisées, la cour d'appel a indemnisé un préjudice éventuel et violé ce faisant l'article 1147 du code civil.

SECOND MOYEN DE CASSATION (Subsidaire) :

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir condamné la société CA Indosuez Private Banking à payer à M. [E] [Z] la somme principale de 138 031 €, avec intérêts au taux légal à compter de la date d'assignation ;

AUX MOTIFS QUE, [] le préjudice subi du fait d'un manquement au devoir d'information d'un intermédiaire d'investissements est celui d'une perte de chance de ne pas contracter et ne saurait être équivalent à la perte en capital et au manque de gain dont se prévalent les consorts [Z] ; que cette perte ne peut qu'être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée ; [] ; que compte tenu de la différence entre les sommes investies par chacun des consorts [Z] dans le fonds litigieux et celles auxquelles les parts ont été revendues et qui s'élèvent aux montants non contestés de 11 894 euros pour Mme [J] [Z] , 556 299 euros pour M. [B] [Z], 167 056,63 euros pour Mme [A] [Z], 414 043,67 euros pour M. [F] [Z], 134 932,89 euros pour M. [E] [Z], compte tenu encore de ce que les supports délaissés par les consorts [Z] pour le fonds litigieux étaient, eux aussi, des FCP sans garantie de gains, ainsi que du contexte de crise dans lequel les performances négatives du fonds ont été réalisées, la perte de chance sera fixée pour chacun d'eux aux sommes suivantes : Mme [J] [Z] : 10 408 euros, M. [B] [Z] : 500 922 euros, Mme [A] [Z] : 152 496 euros, M. [F] [Z] : 367 462 euros, M. [E] [Z] : 138 031 euros ; que la société BGPI sera condamnée au paiement de ces sommes, outre intérêts au taux légal à compter de la date d'assignation ;

ALORS QUE, en application du principe de réparation intégrale, les juges ne peuvent allouer des dommages-intérêts réparant plus que le dommage subi ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a jugé que « compte tenu de la différence entre les sommes investies par chacun des consorts [Z] dans le fonds litigieux et celles auxquelles les parts ont été revendues et qui s'élèvent aux montants non contestés de () 134 932,89 € pour M. [E] [Z] (), la perte de chance sera fixée pour chacun d'eux aux sommes suivantes : () M. [E] [Z] : 138 031 € » (arrêt, p. 6 § 4) ; qu'ainsi le préjudice prétendument subi par M.

[E] [Z] a été évalué à 134 932,89 € ; qu'en fixant cependant les dommages-intérêts dus à M. [E] [Z] à la somme de 138 031 €, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil, ensemble le principe de réparation intégrale.