

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le formalisme de la convention de gestion de portefeuille en question(s)

Jacquemin, Hervé

Published in:

Revue Générale de Droit Civil Belge = Tijdschrift voor Belgisch Burgerlijk Recht

Publication date:

2010

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Jacquemin, H 2010, 'Le formalisme de la convention de gestion de portefeuille en question(s)', *Revue Générale de Droit Civil Belge = Tijdschrift voor Belgisch Burgerlijk Recht*, numéro 7, pp. 360-368.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

L'appel incident d'ABN

ABN fait valoir à titre principal que la clôture des positions en options des appelants à la date du 13 mai 2003 a engendré un coût total de 777.820 EUR et qu'à présent la valeur globale du portefeuille de M. T. est négative à concurrence d'un montant de 272.157,76 EUR, tandis que la valeur globale du portefeuille de Mme L. est négative à concurrence d'un montant de 281.474,25 EUR.

La banque postule la condamnation de M. T. au paiement de la somme de 272.157,76 EUR et la condamnation de Mme L. à la somme de 281.474,25 EUR, correspondant à la valeur négative globale de leurs portefeuilles respectifs.

C'est à raison que le premier juge a estimé que la demande de la banque tendant à entendre condamner les appelants à lui verser la valeur négative globale de leurs portefeuilles respectifs, fondée sur l'exécution d'une convention déclarée nulle, doit être rejetée.

ABN fait valoir subsidiairement, en cas d'annulation du contrat venu entre parties, qu'après compensation des montants dus à titre de restitution, les appelants demeurent redevables d'une somme de 152.708,21 EUR. Elle sollicite la condamnation des appelants au remboursement de cette somme.

C'est, compte tenu de ce qui a été dit ci-dessus, à raison que le premier juge a décidé que par suite de l'annulation de la convention avenue entre parties, M. T. et Mme L. restent respectivement redevables envers ABN, après compensation, de 72.551,11 EUR d'une part (345.233,99 EUR – 272.682,88 EUR = 72.551,11 EUR) et de 80.156,39 EUR d'autre part (427.207,32 EUR – 347.050,93 EUR = 80.156,39 EUR) et qu'il a déclaré la demande reconventionnelle originaire d'ABN fondée en cette mesure.

Les intérêts moratoires réclamés par les appelants

[...]

V. Conclusion

Pour ces motifs, la cour,

Déclare l'appel des appelants, leur demande nouvelle ainsi que l'appel incident d'ABN recevables;

Déclare la demande nouvelle des appelants, l'appel ainsi que l'appel incident fondés dans la mesure ci-après:

Réforme le jugement dont appel en ce qu'il a:

- ordonné la restitution des prestations réciproques et, après compensation, condamné en conséquence M. T. à payer à ABN la somme de 72.551,11 EUR et Mme L. à payer à ABN la somme de 80.156,39 EUR;

Statuant à nouveau quant à ce:

- ordonne la restitution des prestations réciproques et, après compensation, condamne en conséquence M. T. à payer à ABN la somme de 72.551,11 EUR en principal, majorée des intérêts moratoires au taux légal à partir de la date du présent arrêt et Mme L. à payer à ABN la somme de 80.156,39 EUR en principal, majorée des intérêts moratoires au taux légal à partir de la date du présent arrêt;

Statuant sur la demande de restitution à M. T. et Mme L. du prix de vente de la maison située à Monceau-sur-Sambre:

- déclare cette demande recevable et fondée et condamne ABN à payer:
 - à M. T. la somme de 66.546,32 EUR en principal, majorée des intérêts moratoires au taux légal depuis le 4 juin 2003;
 - à Mme L. la somme de 66.156,25 EUR en principal, majorée des intérêts moratoires au taux légal depuis le 4 juin 2003;

Ordonne la compensation entre les créances en principal et intérêts à concurrence de la somme la plus faible;

Compense les dépens d'appel entre parties;

(...)

Du **16 mars 2009** – Cour d'appel de Bruxelles – 9^{ème} chambre
RG: **2006/AR/466**

Siég.: **Herregodts (conseiller unique)**

Plaid.: **Mes Glansdorff, Hardy et Peeters**

Le formalisme de la convention de gestion de portefeuille en question(s)

Hervé JACQUEMIN

Maître de conférences aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix, chargé de cours invité à l'U.C.L. (Académie Louvain)

1 Heureux au jeu, malheureux en bourse... Cet aphorisme pourrait résumer les faits à l'origine de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Bruxelles le 16 mars 2009.

Après avoir gagné près de 700.000 EUR à la Loterie Nationale en 1999, M. T. et Mme L. déposent la majeure partie de la somme sur des comptes ouverts à leurs noms respectifs auprès d'ABN Amro et concluent un "contrat d'option" avec cette dernière. Diverses opérations sont ensuite effectuées dans ce cadre; ils bénéficient par ailleurs de rentes mensuelles de 1.239,47 EUR et procèdent à d'importants retraits. À l'automne 2001, une facilité de crédit leur est accordée par la banque, pour l'acquisition d'une maison à Montigny-le-Tilleul (moyennant un gage sur les titres et une hypothèque).

En 2001 et 2002, les valeurs boursières sur lesquelles portaient les options subissent de fortes dépréciations, ce qui a logiquement pour effet de détériorer la situation des comptes dépôts titres de M. T. et Mme L. En 2003, les dépréciations se poursuivent et, lorsque ceux-ci vendent une maison leur ap-

partenant à Monceau-sur-Sambre, le prix est rétrocédé à ABN Amro. Durant le mois de mars de la même année, la banque décide de clôturer les positions en options des investisseurs, avec un coût total de 777.820 EUR. Les parties tentent de s'accorder mais échouent. L'affaire est alors portée en justice.

Par un jugement du 31 janvier 2006, le tribunal de commerce de Bruxelles a prononcé la nullité de la convention de gestion de fortune et, pour rétablir le *statu quo ante*, a ordonné la restitution des prestations réciproques. Monsieur T. est ainsi condamné à payer 72.551,11 EUR à ABN Amro et madame L. 80.156,39 EUR (les valeurs de leurs portefeuilles respectifs étaient en effet négatives).

Ceux-ci interjettent appel de la décision, qui est partiellement réformée par l'arrêt commenté. L'annulation de la convention de gestion de fortune est confirmée, de même que les montants dont M. T. et Mme L. sont redevables à ce titre (à majorer des intérêts moratoires à partir de la date de l'arrêt). ABN Amro est toutefois condamnée à leur restituer le prix de vente de la maison de Monceau-sur-Sambre (soit 66.546,32 EUR à M. T. et 66.156,25 à Mme L., à majorer des intérêts moratoires depuis juin 2003).

2 Établir l'existence d'une convention de gestion de fortune... pour l'annuler. L'analyse réalisée par la cour d'appel de Bruxelles pour rendre sa décision peut se décomposer en deux phases successives.

Elle a *d'abord* établi que la relation contractuelle qui liait les parties constituait une convention de gestion de fortune (ce qui était contesté par la banque), soumise à diverses dispositions légales ou réglementaires, en particulier des exigences de forme (établissement d'un écrit revêtu de mentions informatives).

Elle a *ensuite* constaté que ces règles avaient été méconvenues en l'espèce et a sanctionné leur violation en annulant la convention, conformément à la théorie générale des contrats.

A chaque étape de son raisonnement, la cour a été appelée à trancher diverses questions intéressantes posées par les règles de forme et elle y a répondu dans le contexte particulier de la gestion de fortune. Elle a ainsi apprécié l'incidence du formalisme contractuel au moment de qualifier la relation contractuelle nouée entre les parties (I) et a jugé de quelle manière l'inobservation des règles de forme prescrites par la loi devait être sanctionnée civilement (II).

3 Cadre normatif. Avant d'analyser ces deux questions, une précision s'impose, pour identifier le cadre normatif applicable à la gestion de fortune. Celui-ci a en effet subi d'importantes modifications depuis les faits à l'origine du litige. Logiquement, la cour se fonde sur les textes en vigueur à ce moment, autrement dit la loi du 6 avril 1995 relative au statut des entreprises d'investissement et à leur

contrôle, aux intermédiaires et conseillers en placement¹, d'une part, à l'arrêté royal du 5 août 1991 relatif à la gestion de fortune et au conseil en placement (ci-après, AR du 5 août 1991), d'autre part.

À la suite de directives ou règlement européens², des amendements substantiels ont été apportés à la loi du 6 avril 1995, qui est désormais "relative au statut et au contrôle des entreprises d'investissement" (suivant son nouvel intitulé); quant à l'arrêté royal, il a été abrogé et remplacé par un arrêté royal du 3 juin 2007 portant les règles et modalités visant à transposer la directive concernant les marchés d'instrument financiers (ci-après, AR du 3 juin 2007). La loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers³ peut également être mentionnée (ci-après, loi du 2 août 2002).

Sur le plan terminologique, on doit noter que, dans leur mouture actuelle, les textes abandonnent l'expression 'gestion de fortune' pour régir la convention de "gestion de portefeuille" conclue avec des clients de détail. Des réalités similaires sont toutefois visées⁴; quant aux règles – de forme – à respecter dans chacune des hypothèses, elles se recouvrent également, quel que soit le texte envisagé (l'AR du 5 août 1991 ou celui du 3 juin 2007) et, de manière identique, sont dépourvues de sanction civile expressément prévue par celui-ci. L'analyse de l'arrêt peut par conséquent être transposée au cadre normatif actuellement en vigueur.

1. Incidence du formalisme pour établir l'existence d'une convention de gestion de portefeuille

4 Éléments constitutifs de la gestion de fortune qui font l'objet de discussions. Dans le litige soumis à la cour d'appel de Bruxelles, les clients estiment avoir conclu une convention de gestion de fortune avec la banque; en conséquence, le cadre normatif applicable à celle-ci devait être observé – *quod non* en l'espèce. La banque conteste la qualification donnée à la relation qui la liait aux clients, et les

1. Suivant l'intitulé applicable à l'époque.
2. Directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil, *JO L.* 145 du 30 avril 2004 (ci-après "directive MiFID"); directive 2006/73/CE de la Commission du 10 août 2006 portant mesures d'exécution de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les exigences organisationnelles et les conditions d'exercice applicables aux entreprises d'investissement et la définition de certains termes aux fins de ladite directive, *JO L.* 241 du 2 septembre 2006 (ci-après, "directive d'exécution"); règlement (CE) n° 1287/2006 de la Commission du 10 août 2006 portant mesures d'exécution de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les obligations des entreprises d'investissement en matière d'enregistrement, le compte rendu des transactions, la transparence du marché, l'admission des instruments financiers à la négociation et la définition de termes aux fins de ladite directive, *JO L.* 241 du 2 septembre 2006.
3. *MB* 4 septembre 2002.
4. La gestion de portefeuille est définie à l'art. 46, 8°, de la loi du 6 avril 1995 (dans sa version actuellement en vigueur) comme "la gestion discrétionnaire et individualisée de portefeuilles incluant un ou plusieurs instruments financiers, dans le cadre d'un mandat donné par le client". On note que la gestion de fortune, à laquelle il est fait référence dans l'arrêt, est définie de manière similaire dans une version antérieure de la loi du 6 avril 1995 (art. 46, 1°, al. 3).

effets qui en résultent: elle soutient au contraire s'être bornée à exécuter des ordres ponctuels donnés par les clients sur instructions verbales.

Pour distinguer la convention de gestion de fortune d'institutions voisines, la cour analyse plusieurs éléments. Outre la rémunération dont la banque aurait bénéficié pour la prestation de ses services, elle se penche sur la manière dont les parties ont exécuté leurs engagements en vue d'établir si celle-ci est révélatrice d'une activité de gestion de fortune. Dans les deux hypothèses, elle a été amenée à prendre position en matière de formalisme contractuel, pour étudier ses caractéristiques et ses effets (*infra* nos 5-6).

5 Incidence de l'absence d'*instrumentum* valable sur la qualification du contrat. En l'espèce, et contrairement à ce qu'exige l'article 8 de l'AR du 5 août 1991 en matière de gestion de fortune, un écrit revêtu de diverses mentions n'a pas été établi par la banque avant de commencer à prester ses services⁵. Un *instrumentum* a certes été signé mais il est intitulé 'contrat d'option' et la cour relève l'ambiguïté du texte qu'il contient.

Considérant que la rémunération "est indice très important de l'existence d'un contrat de gestion de fortune"⁶, la cour se demande si, nonobstant la lettre de cet écrit, qui prévoit seulement le paiement de 'commissions', et l'absence d'*instrumentum* en bonne et due forme (conforme à l'art. 8 de l'AR du 5 août 1991), la banque a pu percevoir des rémunérations (étant entendu que les commissions ne peuvent être assimilées aux rémunérations au sens de l'art. 8 de l'AR du 5 août 1991).

Elle répond à la question par l'affirmative. Cette position est heureuse. Il faut en effet rappeler que l'investisseur est considéré comme étant en position de faiblesse par rapport à son cocontractant⁷. En l'occurrence, suivant les règles et la terminologie actuellement en vigueur, le législateur suppose en

effet que les clients de détail⁸ des entreprises réglementées⁹ souffrent d'un manque de connaissance sur des éléments de fait ou de droit de la convention de gestion de portefeuille^{10,11}. Pour lutter contre cette asymétrie informationnelle, et permettre au client de donner un consentement informé, tout en garantissant qu'il dispose de divers renseignements utiles en cours d'exécution du contrat, diverses obligations d'information¹², assorties de formalités précises¹³, sont imposées à l'entreprise réglementée. Ces exigences figurent au nombre des moyens mobilisés par le législateur, au niveau européen ou national, pour protéger le cocontractant supposé en position d'infériorité¹⁴, dans le domaine financier en général, de la gestion de portefeuille en particulier.

Or, il eût été pour le moins paradoxal que le non-respect des formes imposées par le législateur ou le Roi ait précisément pour effet de priver le cocontractant en position de faiblesse de la protection prévue en empêchant de qualifier correctement le contrat. Comme l'énonce la cour, "en décider autrement permettrait à un gérant de fortune, à qui incombe la responsabilité de l'obligation de résultat d'établir une convention écrite en bonne et due forme [...], d'échapper aux dispositions de la loi du 6 avril 1995 en omettant de fixer dans celui-ci une rémunération en bonne et due forme en contrepartie de ses services de gérant de fortune ou encore, en ne prévoyant qu'une commission qui ne peut, vu les dispositions de l'article 15 de l'arrêté royal, être considéré comme une rémunération dans le sens de l'article 8, § 1^{er}, 8^o de ce même arrêté".

5. Des exigences similaires sont requises à l'art. 20 de l'AR du 3 juin 2007.
6. Sur la question de la rémunération, voy. l'analyse détaillée de M.-D. WEINBERGER, *Gestion de portefeuille et conseil en investissement. Aspects contractuels et de responsabilités avant et après MiFID*, Waterloo, Kluwer, 2008, pp. 47 et s., nos 59 et s. Voy. aussi Comm. Bruxelles, 2 avril 1999, *RDC* 2000, p. 743, note J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX; Comm. Bruxelles, 21 septembre 1992, *RDC* 1992, p. 1007 ("considérer, comme le voudraient les défenseurs, que la rémunération visée dans ces dispositions légales serait exclusivement celle qui serait payée par le client, reviendrait à priver la loi de tout effet, puisqu'il suffirait aux professionnels de la gestion de fortune et du conseil en placement, pour échapper à l'application de la loi, de présenter leurs services au public comme étant gratuits, alors que prestés à titre professionnel, ils ne le sont pas").
7. De manière générale, sur la faiblesse d'une partie au rapport contractuel et les origines de cette infériorité, voy. F. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude de conflits de loi)*, Bruxelles, Bruylant, 1995; M. FONTAINE, "La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (Rapport de synthèse)", J. GHESTIN et M. FONTAINE (sous la dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, pp. 616 et s.; Ch. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Louvain-la-Neuve, Bruylant, 2003; H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 51 et s., nos 21 et s. S'agissant spécialement de la faiblesse du client dans le cadre d'une convention de gestion de fortune, voy., outre l'arrêt commenté de la cour d'appel de Bruxelles du 16 mars 2009, F. LONGFILS, "Conseil en placement: notion et sanction" (note sous Bruxelles, 12 octobre 2001), *DCCR* 2003/60, pp. 58-59, n^o 60.

8. Au sens de l'art. 46, 13^o de la loi du 6 avril 1995. On note d'ailleurs que la distinction entre les clients de détail et les clients professionnels, avec les conséquences qui en résultent au niveau des règles prescrites, est révélatrice du manque de connaissance du premier, qui tient à la faiblesse dont il est supposé souffrir, par opposition au second. Le rapport au Roi précédant l'AR du 3 juin 2007 indique ainsi que "les clients professionnels, sauf rares exceptions, doivent [...] pouvoir identifier eux-mêmes l'information dont ils ont besoin pour prendre leur décision en connaissance de cause, et demander à l'entreprise réglementée de la leur fournir" (commentaire des art. 8 à 14).
9. Au sens de l'art. 4, 5^o de l'AR du 3 juin 2007.
10. Pour établir ce type de faiblesse, on peut se fonder sur les techniques législatives utilisées par le législateur pour la contrer (essentiellement le renforcement des obligations d'information et la multiplication des règles de forme – voy. *infra* les réf. citées aux notes 12 et 13) ou sur les travaux préparatoires des textes concernés. À cet égard, voy. le rapport au Roi, précédant l'AR du 3 juin 2007 (commentaire des art. 8-14: "les entreprises réglementées doivent fournir à leurs clients (potentiels) des informations appropriées sur la nature des instruments financiers et sur les risques qui sont associés aux investissements dans ces instruments, de telle sorte que les clients puissent prendre chaque décision d'investissement en connaissance de cause") ou les considérants nos 19 et s. de la directive d'exécution.
11. On estime également que la faiblesse peut tenir à la position des parties dans le contrat, dès lors que l'une d'elles serait particulièrement vulnérable et l'autre en état de vulnérabilité (à ce propos, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 70 et s., nos 33 et s.). Cependant, en matière de gestion de portefeuille, il nous paraît plus rare que cette hypothèse soit rencontrée (elle se comprend par contre fort bien dans le cas d'un crédit à la consommation ou d'un contrat de travail).
12. Voy. les art. 8 et s. de l'AR du 3 juin 2007 (et, en particulier, l'art. 20, § 2) ou l'art. 27, § 4 de la loi du 2 août 2002. Voy. aussi l'art. 19 de la directive MiFID ou les art. 27 et s. de la directive d'exécution.
13. Voy. les art. 5 ou 20, § 1^{er} de l'AR du 3 juin 2007. Voy. aussi l'art. 3 de la directive d'exécution.
14. Parmi les autres mesures auxquelles le législateur recourt pour protéger les investisseurs, on peut mentionner les exigences auxquelles sont soumises les entreprises réglementées pour exercer leur activité (voy. en ce qui concerne l'agrément, les art. 47 et s. de la loi du 6 avril 1995).

6 **La preuve des ordres de bourse est en principe soumise au prescrit de l'article 1341 du Code civil.** Après la rémunération, la cour d'appel de Bruxelles analyse l'exécution que les parties ont donnée au 'contrat d'option' pour apprécier si elle ressortit à l'activité de gestion de fortune. À cet égard, la banque prétend qu'elle aurait agi sur instructions verbales de ses clients (et donc pas de manière discrétionnaire). S'agissant de prouver contre une personne dans le chef de laquelle l'acte est de nature civile¹⁵, le prescrit de l'article 1341 du Code civil doit en principe être observé. Les ordres de bourses sont en effet des actes juridiques et leur valeur est, en l'occurrence, supérieure à 375 EUR. Ni les présomptions, ni les témoignages ne sont recevables. Aussi, sous réserve de l'aveu ou du serment, et en l'absence de commencement de preuve par écrit (art. 1347 C.civ.) ou d'impossibilité de prouver par écrit (art. 1348 C.civ.), un acte authentique ou sous seing privé était requis. Il convient d'ajouter que l'article 1341 du Code civil n'étant ni impératif, ni d'ordre public, les parties sont autorisées à y déroger conventionnellement¹⁶.

En l'espèce, la banque ne dispose pas de preuve littérale et ne peut invoquer utilement les moyens de défense autorisés par la loi. Elle discute uniquement de l'existence d'un commencement de preuve par écrit mais considère que les conditions de l'article 1347 du Code civil ne sont pas réunies¹⁷. La charge de prouver les ordres de bourse incombait à la banque (art. 1315 C.civ. et 870 C.jud.). Aussi doit-elle assumer le risque de preuve avec les conséquences qui en résultent sur l'issue du litige.

Cela dit, il convient de noter qu'au-delà de cet argument, la cour relève qu'ABN Amro a effectivement géré les avoirs de ses clients dans la mesure où elle a posé des actes de disposition (achat et vente de titres) et d'administration (perception de dividendes). Aussi refuse-t-elle de considérer qu'il s'agissait d'opérations isolées. L'existence d'une convention de gestion de fortune est ainsi établie.

II. Sanction de la méconnaissance des formes de la gestion de fortune

7 **Formalités auxquelles sont soumises les conventions de gestion de fortune (ou de portefeuille).** Pour lutter contre la faiblesse dont souffre le client, et qui réside principalement dans un manque de connaissance sur des éléments de fait ou de droit du rapport contractuel, "les entreprises réglementées ne peuvent commencer à prester des services de gestion de portefeuille à un client de détail avant d'avoir conclu avec celui-ci une *convention écrite* énonçant les droits et obligations fondamentaux de l'entreprise réglementée et du client ainsi que les autres conditions auxquelles l'entreprise réglementée fournit des services au client"¹⁸ (art. 20, § 1^{er} de l'AR du 3 juin 2007). Diverses mentions doivent figurer sur cet écrit. Elles portent notamment sur les stratégies d'investissement qui ont été retenues, sur la manière dont la performance du portefeuille en gestion est calculée, sur la rémunération ou sur les modalités pour mettre fin au contrat (art. 20, § 2 et 3 de l'AR du 3 juin 2007).

Dans l'espèce soumise à la cour d'appel de Bruxelles, ces exigences ont été méconnues.

8 **Comment sanctionner civilement la méconnaissance des formes?** En l'absence de sanction civile¹⁹ expressément prévue par les textes légaux ou réglementaires applicables à la gestion de fortune, il convient de se fonder sur la théorie générale des contrats, comme l'a fait la cour d'appel de Bruxelles (*infra* nos 9 et s.).

9 **Panorama des sanctions tirées de la théorie générale des contrats.** Les sanctions susceptibles d'être prononcées conformément à la théorie générale des obligations sont nombreuses et variées. Pour les présenter, il peut être fait référence aux objectifs poursuivis par les règles de

15. La cour juge que "contrairement à ce que fait valoir ABN, les règles de la preuve en matière civile sont applicables quant aux faits et allégations dont la charge de la preuve lui incombe, les appelants n'ayant pas la qualité de commerçant". On peut à cet égard regretter que la cour semble préférer le critère de la qualité des parties à celui de la nature de l'acte qu'elles accomplissent (en faveur de ce dernier critère, voy. O. CAPRASSE et A. BENOÎT-MOURY, "Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve", *Droit de la preuve*, Liège, Formation permanente CUP, 1997, p. 118; D. MOUGENOT, *La preuve*, 3^{ème} éd., tiré à part du *Rép.not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 124, n° 58; P. WÉRY, D. GOBERT et L. KERZMANN, "La preuve", *Guide juridique de l'entreprise*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 33, n° 440).
16. En doctrine, de manière générale et avec les réf. citées, voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, pp. 747-748, n° 737; J. LIMPENS et R. KRUTHOF, "Examen de jurisprudence. Les obligations (1960-1963)", *RCJB* 1964, p. 543, n° 148; P. VAN OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence. Les obligations (1974 à 1982)", *RCJB* 1988, p. 156, n° 238; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, pp. 148 et s., n°s 303 et s.; O. CAPRASSE et A. BENOÎT-MOURY, "Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve", *Droit de la preuve*, Liège, Formation permanente CUP, 1997, pp. 115 et s.; D. MOUGENOT, *La preuve*, 3^{ème} éd., tiré à part du *Rép.not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 68-69, n° 10 et p. 118, n° 50; P. WÉRY, D. GOBERT et L. KERZMANN, "La preuve", *Guide juridique de l'entreprise*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 21, n° 210.
17. La cour décide que "le commencement de preuve par écrit, au sens de l'article 1347 du Code civil, doit émaner de celui auquel on l'oppose. Des bordereaux de confirmation d'ordres et de transaction, des extraits de compte ou des états de compte établis par la banque ne peuvent dès lors être opposés aux appelants en tant que commencement de preuve par présomption au motif que ces bordereaux constitueraient un commencement de preuve par écrit au sens de l'article 1347 du Code civil". Comp. Gand, 18 février 2004, *RABG* 2005, p. 297, note D. BLOMMAERT: la cour juge que le contrat de vente à terme de titres peut être conclu par téléphone et que l'existence d'un ordre de bourse peut être prouvée au moyen d'un commencement de preuve par écrit et de présomptions. Elle ajoute que la preuve d'un ordre peut être apportée par l'envoi, par la banque, d'un bordereau de confirmation démontrant l'opération et qui n'a pas été contesté immédiatement par le client.

18. Nous soulignons. Voy. aussi l'art. 27, § 7, al. 2 de la loi du 2 août 2002: "L'entreprise réglementée qui fournit un service d'investissement autre qu'un conseil en investissement à un nouveau client de détail, conclut par écrit avec ce client une convention de base, sur papier ou un autre support durable, énonçant les droits et obligations fondamentaux de l'entreprise et du client."
19. On note que des mesures administratives peuvent également être prises à l'encontre des entreprises d'investissement, actives par exemple dans la gestion de portefeuille, et qui n'auraient pas observé diverses règles établies par la loi du 6 avril 1995 ou des arrêtés pris pour son exécution. Après avoir laissé un délai à l'entreprise pour y remédier, la Commission bancaire, financière et des assurances (ci-après CBFA) peut notamment désigner un commissaire spécial, enjoindre le remplacement des administrateurs ou gérants voire révoquer l'agrément en tout ou en partie (art. 104, § 1^{er} de la loi du 6 avril 1995). Une certaine publicité peut également être donnée au non-respect, par une entreprise d'investissement, des règles auxquelles elle est soumise et de l'absence de réaction suite aux injonctions de la CBFA (art. 108 de la loi du 6 avril 1995).

forme – et que nous qualifions d’intermédiaires – qui permettent de comprendre dans quelle mesure, compte tenu de leurs fonctions (extérioriser une information, garantir sa lisibilité, sa pérennité ou son intégrité, etc.), les exigences de forme contribuent à protéger la partie faible²⁰.

Lorsque les formes visent à *protéger le consentement de la partie faible*, de sorte qu’il soit informé et réfléchi, leur méconnaissance peut être sanctionnée par l’annulation de la convention, pour vice du consentement (dol ou erreur) ou par application de la nullité prétorienne. La responsabilité civile aquilienne de la banque pourrait également être engagée s’il est démontré qu’elle a commis une faute au stade précontractuel, en lien de causalité avec le dommage²¹ (art. 1382-1383 C.civ.).

Si les exigences de forme ont pour but *d’informer la partie faible sur des éléments de fait ou de droit utiles en cours d’exécution du contrat*, d’autres mesures, spécifiques à l’inexécution des obligations contractuelles, peuvent être envisagées²². Outre l’exception d’inexécution, le créancier pourrait s’adresser au juge pour demander la condamnation du débiteur à s’exécuter en nature ou pour engager la responsabilité contractuelle de ce dernier²³.

En l’espèce, la cour d’appel de Bruxelles annule le contrat, par application de la nullité prétorienne²⁴. Sur le principe, si nous pouvons souscrire au choix de cette mesure pour sanctionner la violation des formalités visant à protéger le consentement de la partie faible (*infra* n° 10), les conditions posées par la cour pour sa mise en œuvre nous paraissent discutables (*infra* nos 11-12).

Elle examine également la responsabilité civile de la banque, au moment d’analyser les effets de la responsabilité²⁵ (de manière à déterminer les restitutions réciproques²⁶). Nous y reviendrons par la suite, pour discuter de l’existence d’un dommage et d’un lien de causalité (voy. *infra* n° 12). Quant à la faute, elle peut être établie sans grande difficulté: si, dans l’exécution du contrat

de gestion de fortune, les obligations de l’intermédiaire sont généralement considérées comme étant de moyen²⁷, l’obligation de rédiger un écrit, revêtu de diverses mentions, comme le prescrit le texte réglementaire, est quant à elle de résultat²⁸.

10 La nullité prétorienne comme sanction de l’inobservation des formes de protection de la partie faible. Dans l’arrêt annoté, la cour d’appel de Bruxelles décide que “la sanction du défaut d’écrit conforme à la loi n’est pas prévue par le texte légal mais dans la mesure où cette formalité vise à protéger les clients, la partie faible au contrat, ce défaut de validité formelle doit être sanctionné par la nullité relative par application de la théorie générale des nullités”. Sur ce point, la décision doit être approuvée.

Conformément à la théorie générale des contrats, la nullité peut être prononcée alors même qu’aucune disposition légale ne le prévoit expressément. Les nullités peuvent être textuelles ou virtuelles²⁹. D’un point de vue terminologique, il nous semble plus adéquat d’abandonner l’adjectif ‘virtuel’, au profit de l’expression ‘nullité prétorienne’.

L’adage ‘pas de nullité sans texte’ n’a pas cours en droit civil; aussi, même en l’absence de texte de loi stipulant que l’inobservation de la règle est sanctionnée de nullité, le juge peut la prononcer “s’il apparaît, eu égard à la gravité de l’infraction, que le but et le caractère de la règle violée ou la nature des choses requièrent, en raison, le recours à cette sanction”³⁰. Un élément limite cependant le recours à la nullité prétorienne: comme l’affirment fort justement Cl. Renard et E. Vieujean, “on se gardera de l’admettre, lorsqu’elle paraît mal adaptée au milieu de fait où elle aurait à opérer. Mieux vaut alors tolérer l’efficacité de l’acte comme un moindre mal, sauf à user d’une autre sanction pour réprimer l’atteinte qu’il porte au droit”³¹.

20. Sur cette présentation et, de manière générale, sur les sanctions tirées de la théorie générale des contrats, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 445 et s., n° 326 et s.

21. En complément à la nullité prétorienne ou pour vice de consentement, ou indépendamment de celle-ci.

22. Dans la mesure où la plupart des exigences de forme visent également à garantir un consentement informé et réfléchi, les mesures présentées précédemment pourraient être mises en œuvre.

23. Sur le plan théorique, la résolution – judiciaire ou extrajudiciaire – du contrat pourrait également être envisagée; à l’analyse, il faut toutefois reconnaître que les manquements aux exigences de forme visant à informer la partie faible sur des éléments de fait ou de droit utiles en cours d’exécution du contrat devraient rarement être jugés suffisamment graves pour justifier une dissolution du lien contractuel.

24. Aussi ne répond-elle pas à l’argument des clients de la banque, qui reprochaient un dol à cette dernière. On note qu’une réticence dolosive avait été admise pour défaut d’information, dans une affaire pour laquelle l’AR du 5 août 1991 n’était pas encore applicable (Bruxelles, 29 février 1996, *RRD* 2000, note C. GOUX).

25. De manière générale, sur la responsabilité du gérant de fortune, voy. J.-F. ROMAIN, “La responsabilité des gestionnaires de fortunes et des conseillers en placement: synthèse des principes applicables” (note sous Comm. Bruxelles, 9 janvier 1991), *RDC* 1993, pp. 604 et s.; D. ROGER et M. SALMON, “Réflexions relatives à la responsabilité contractuelle des gérants de fortune et des conseillers en placement”, *JT* 1998, pp. 393 et s.; S. DEJONGHE, note sous Comm. Gand, 28 novembre 2000, *Dr.banc.fin.* 2001, pp. 190 et s.

26. Les clients demandaient en effet que les retraits qu’ils avaient effectués ne soient pas pris en compte pour calculer les restitutions réciproques.

27. Sent. arb. Bruxelles, 29 mars 1996, *RDC* 1996, p. 1078, note J.-P. BUYLE et X. THUNIS; Gand, 18 février 2004, *RABG* 2005, p. 297, note D. BLOMMAERT; Gand, 5 mai 2004, *NjW* 2005, p. 413, note R.S.; Comm. Bruxelles, 30 septembre 2004, *Dr.banc.fin.* 2005, p. 61; Bruxelles, 19 février 2008, *RABG* 2009, p. 1070, note S. DUERINCKX; Bruxelles, 19 février 2008, *RDC* 2010, p. 148, note R. HARDY; Comm. Bruxelles, 11 avril 2008, *RDC* 2010, p. 160, note M.-D. WEINBERGER. Voy. aussi D. ROGER et M. SALMON, “Réflexions relatives à la responsabilité contractuelle des gérants de fortune et des conseillers en placement”, *JT* 1998, pp. 396 et s., nos 20 et s.

28. En ce sens, voy., outre la décision annotée, Comm. Bruxelles, 23 septembre 2004, *RDC* 2006, p. 125, note J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX. En doctrine, voy. D. ROGER et M. SALMON, “Réflexions relatives à la responsabilité contractuelle des gérants de fortune et des conseillers en placement”, *JT* 1998, p. 396, n° 16.

29. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. I, 3^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 143, n° 96 et p. 145, n° 97; Cl. RENARD et E. VIEUJEAN, “Nullité, inexistence et annulabilité en droit civil belge”, *Ann.dr.Lg.* 1962, pp. 267-268; V. BASTIAEN et G. THOREAU, “Les nullités en droit civil”, E. VIEUJEAN (sous la dir. de), *Les nullités en droit belge. Sanctions du vice et conséquences*, Liège, Éd. du Jeune Barreau, 1991, p. 37.

30. Cl. RENARD et E. VIEUJEAN, “Nullité, inexistence et annulabilité en droit civil belge”, *Ann.dr.Lg.* 1962, p. 268; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. I, 3^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, T. 1^{er}, p. 143, n° 96 (“pour apprécier s’il y a nullité et quelle en est l’intensité, le juge devra rechercher l’importance de la règle légale, ou la nature même des choses. Il se guidera d’après le bon sens autant que d’après la structure technique des règles”). Voy. aussi P. WÉRY, “La nullité des contrats d’organisation de voyages et d’intermédiaire de voyages pour méconnaissance des formalités légales” (note sous Cass., 26 mai 2006), *RGDC* 2007, pp. 480-481, nos 4-5.

31. Cl. RENARD et E. VIEUJEAN, “Nullité, inexistence et annulabilité en droit civil belge”, *Ann.dr.Lg.* 1962, p. 268.

On retrouve ainsi les deux principes de base sur lesquels repose la théorie des nullités et qui conditionnent son régime³²: les objectifs poursuivis par la règle violée, d'une part, le milieu dans lequel opère la sanction³³, d'autre part. De manière générale, on estime aussi que la nullité prétorienne peut être prononcée lorsqu'une disposition impérative est violée ou en cas de méconnaissance d'une formalité substantielle³⁴.

En matière de formalisme, il est admis que la nullité prétorienne s'applique à la méconnaissance des exigences auxquelles sont soumis les contrats solennels du Code civil³⁵ (contrat de mariage ou hypothèque conventionnelle³⁶) ou à celles prescrites par certaines législations de protection de la partie faible (exigence d'un bon de commande conformément à l'art. 79 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur³⁷ ou formalités de la loi sur le contrat de voyage³⁸).

En matière de gestion de fortune, cette mesure est également admise, en doctrine³⁹ et en jurisprudence⁴⁰, lorsque les exigences de l'article 8 de l'AR du 5 août 1991 ont été vio-

lées. Précisons également qu'en égard aux objectifs poursuivis, la nullité est relative⁴¹. En principe, l'acte juridique sanctionné de nullité ne peut produire aucun effet pour l'avenir⁴². On empêche également que les effets qui se sont produits par le passé puissent subsister en disant que la nullité opère *ex tunc*, de manière rétroactive. La situation est relativement simple si l'acte juridique n'a reçu aucune exécution. Dans le cas contraire – exécution totale ou partielle –, il convient de procéder à des restitutions pour rétablir le *statu quo ante*. Les choses reçues doivent être restituées en nature ou, si cela s'avère impossible, par équivalent.

II La sanction est-elle automatique? Au moment de définir les conditions de mise en œuvre de la nullité prétorienne, il importe d'établir si la sanction est automatique, par le seul constat que des formes ont été méconnues, ou s'il échet de démontrer qu'*in concreto*, leur violation a porté atteinte aux intérêts de la partie faible.

Dans l'arrêt annoté, la cour d'appel de Bruxelles semble préférer la première branche de l'alternative. Elle juge en effet que "cette nullité s'impose du fait même de la violation de dispositions impératives de l'article 8 de l'arrêté royal du 5 août 1991, sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'un dommage"⁴³. En matière de gestion de fortune, on trouve une analyse similaire dans un jugement rendu le 23 septembre 2004 par le tribunal de première instance de Bruxelles⁴⁴.

Cette position ne nous paraît pas justifiée. À nos yeux, elle méconnaît en effet les principes de base qui sous-tendent l'application de la nullité prétorienne, en particulier la ré-

32. Voy. aussi V. BASTIAEN et G. THOREAU, "Les nullités en droit civil", E. VIEUJEAN (sous la dir. de), *Les nullités en droit belge. Sanctions du vice et conséquences*, Liège, Éd. du Jeune Barreau, 1991, pp. 76-79; R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques: essai d'une théorie nouvelle*, Paris, Arthur Rousseau, 1909, p. 531; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1965 (réimpression de l'édition de 1937), pp. 166-167.
33. En indiquant qu'il faut se référer au milieu dans lequel la sanction intervient, on insiste sur le fait qu'il faut mettre en balance les intérêts en présence et déterminer s'il faut privilégier la protection d'un cocontractant, celle des tiers, voire de la société en général (C. RENARD et E. VIEUJEAN, "Nullité, inexistance et annulabilité en droit civil belge", *Ann.dr.Lg.* 1962, pp. 265-266).
34. C. RENARD et E. VIEUJEAN, "Nullité, inexistance et annulabilité en droit civil belge", *Ann.dr.Lg.* 1962, p. 268 (ces auteurs parlent uniquement de la méconnaissance d'une formalité substantielle); M. VON KUEGELGEN, "Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités", P.-A. FORIERS (sous la dir. de), *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 2000, pp. 577-578, n° 10.
35. Voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 450-451, n° 332 et les réf. citées.
36. S'agissant de la donation, la nullité est expressément prévue à l'art. 931 C.civ.
37. Sous l'empire d'une législation précédente, voy. Civ. Liège, 16 janvier 1974, *JL* 1973-74, p. 291.
38. Cass., 26 mai 2006, *DCCR* 2007, p. 196, note P. WÉRY, *JLMB* 2007, p. 339, *Pas.* 2006, liv. 5-6, p. 1216, *RGDC* 2007, p. 476, note P. WÉRY; Anvers, 21 février 2007, *DCCR* 2008, p. 49, note H. DE CONINCK. Voy. aussi Anvers, 23 novembre 2004, *DCCR* 2005, p. 41, note F. VAN BELLINGHEN.
39. D. ROGER et M. SALMON, "Réflexions relatives à la responsabilité contractuelle des gérants de fortune et des conseillers en placement", *JT* 1998, p. 396, n° 16; F. LONGFILS, "Conseil en placement: notion et sanction" (note sous Bruxelles, 12 octobre 2001), *DCCR* 2003/60, pp. 58-59, n° 60; P. WÉRY, "La gestion de fortune au regard du droit commun du mandat", *Bankcontracten*, Bruges, la Charte, 2004, p. 329, n° 7; M.-D. WEINBERGER, *Gestion de portefeuille et conseil en investissement. Aspects contractuels et de responsabilités avant et après MiFID*, Waterloo, Kluwer, 2008, pp. 92 et s., n°s 133 et 134; Id., "Réflexions sur la notion d'objectifs de gestion" (note sous Comm. Bruxelles, 11 avril 2008), *RDC* 2010, p. 165. Voy. cependant J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX, note sous Comm. Bruxelles, 23 septembre 2004, *RDC* 2006, p. 130, qui estiment qu'"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 spécification 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".
40. Comm. Bruxelles, 23 septembre 2004, *RDC* 2006, p. 125, note J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX; Bruxelles, 12 octobre 2001, *DCCR* 2003/60, p. 49, note F. LONGFILS.

41. F. LONGFILS, "Conseil en placement: notion et sanction" (note sous Bruxelles, 12 octobre 2001), *DCCR* 2003/60, pp. 58-59, n° 60; P. WÉRY, "La gestion de fortune au regard du droit commun du mandat", *Bankcontracten*, Bruges, la Charte, 2004, p. 329, n° 7; M.-D. WEINBERGER, *Gestion de portefeuille et conseil en investissement. Aspects contractuels et de responsabilités avant et après MiFID*, Waterloo, Kluwer, 2008, pp. 92-93, n°s 133-134.
42. Sur les effets de la nullité lorsque les formalités de l'art. 8 de l'AR du 5 août 1991 ont été méconnues, voy. D. ROGER et M. SALMON, "Réflexions relatives à la responsabilité contractuelle des gérants de fortune et des conseillers en placement", *JT* 1998, p. 396, n° 16; F. LONGFILS, "Conseil en placement: notion et sanction" (note sous Bruxelles, 12 octobre 2001), *DCCR* 2003/60, pp. 58-59, n° 60; M.-D. WEINBERGER, *Gestion de portefeuille et conseil en investissement. Aspects contractuels et de responsabilités avant et après MiFID*, Waterloo, Kluwer, 2008, pp. 94 et s., n°s 136-137. De manière générale, sur les effets de la nullité, voy. E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1965 (réimpression de l'édition de 1937), pp. 161 et s.; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. I, 3^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, T. 1^{er}, p. 149, n° 99; C. RENARD et E. VIEUJEAN, "Nullité, inexistance et annulabilité en droit civil belge", *Ann.dr.Lg.* 1962, pp. 285 et s.; V. BASTIAEN et G. THOREAU, "Les nullités en droit civil", E. VIEUJEAN (sous la dir. de), *Les nullités en droit belge. Sanctions du vice et conséquences*, Liège, Éd. du Jeune Barreau, 1991, pp. 100 et s.; M. VON KUEGELGEN, "Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités", P.-A. FORIERS (sous la dir. de), *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 2000, pp. 610 et s.; I. CLAEYS, "Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging", *Sancties en nietigheid*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 323 et s.; T. STAROSSELETS, "Effets de la nullité", *La nullité des contrats*, Formation permanente CUP, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 236 et s.
43. Nous soulignons.
44. Comm. Bruxelles, 23 septembre 2004, *RDC* 2006, p. 125, note J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX. On notera qu'appel a été interjeté de cette décision.

férence aux objectifs poursuivis par la règle violée (*supra* n° 10). Aussi peut-on regretter que la cour d'appel de Bruxelles n'ait pas suivi l'analyse défendue par la Cour de cassation dans son arrêt du 26 mai 2006^{45,51}. Celle-ci avait en effet décidé "les formalités prévues [les articles 9 et 23 de la loi sur le contrat de voyage] tendent à protéger les intérêts du voyageur. Leur non-respect peut entraîner une nullité relative que le juge apprécie selon la gravité de l'atteinte portée à ces intérêts". La cour interdit ainsi toute application automatique de la nullité prétorienne⁴⁷. Le juge du fond ne doit prononcer la sanction que si, dans le cas d'espèce, il est établi que les conséquences résultant de la méconnaissance des formes sont telles que le consentement de la partie faible n'a pas été donné en pleine connaissance de cause. Pour vérifier si les objectifs poursuivis par le législateur ont été méconnus et peuvent conduire à l'annulation du contrat, une appréciation *in concreto* s'impose⁴⁸.

Cette position doit être approuvée⁴⁹. En raisonnant de la sorte, on souligne en effet que la forme est au service du fond. Le formalisme contribue au respect des règles de fond nécessaires à la protection de la partie faible. Plus précisément, ces règles de fond visent en l'occurrence à garantir un consentement informé et réfléchi de l'une des parties, pour rééquilibrer la relation contractuelle, en combattant la faiblesse dont elle souffre. Le lien entre les règles de forme et les règles de fond est établi dans la mesure où la violation des formes doit s'apprécier à la lumière de celles-ci.

La partie faible ne peut se borner à invoquer la violation d'une disposition légale pour obtenir l'annulation du contrat:

elle doit également démontrer l'atteinte portée à ses intérêts⁵⁰. En exigeant du juge qu'il vérifie, *in concreto*, si les objectifs poursuivis ont été atteints, on prévient également les risques d'instrumentalisation de la sanction⁵¹: le contrat ne pourra en effet pas être annulé si la partie faible se plaint de l'absence d'une formalité mineure, dans le seul but de rompre abusivement le lien contractuel. Tel est malheureusement l'écueil rencontré lorsqu'en matière de crédit à la consommation par exemple, la sanction civile – nullité ou conversion – est expressément prévue par le texte normatif⁵².

12 In concreto, le non-respect des formes a-t-il porté atteinte aux intérêts des clients? À la lecture de l'arrêt, on peut se demander si le non-respect des formes a effectivement porté atteinte aux intérêts du client.

Après avoir décidé d'annuler la convention de gestion de fortune, la cour d'appel de Bruxelles examine les conséquences de la mesure. Plus précisément, elle vérifie si l'absence de convention écrite revêtue des mentions obligatoires constitue une faute aquilienne au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil (*culpa in contrahendo*). La question se posait en effet de savoir quelle devait être l'étendue du remboursement de la banque et si les retraits effectués par les clients devaient être déduits des montants à rembourser. Ces derniers prétendaient notamment qu'ils n'auraient pas fait "ces retraits et prélèvements s'ils avaient été informés dès le début des risques inhérents au mécanisme des options et aux actions

45. Cass., 26 mai 2006, *DCCR* 2007, p. 196, note P. WÉRY, *JLMB* 2007, p. 339, *Pas.* 2006, liv. 5-6, p. 1216, *RGDC* 2007, p. 476, note P. WÉRY; Anvers, 21 février 2007, *DCCR* 2008, p. 49, note H. DE CONINCK. Voy. aussi Anvers, 23 novembre 2004, *DCCR* 2005, p. 41, note F. VAN BELLINGHEN.

46. Dans cette affaire, les formes prescrites par les art. 9 et 23 de la loi sur le contrat de voyage avaient été méconnues. Cela dit, rien ne s'oppose à ce que l'on donne à l'arrêt une portée générale, en appliquant la sanction préconisée – et son régime – à la violation de formes de protection de la partie faible prescrites par d'autres dispositions (P. WÉRY, "La nullité des contrats d'organisation de voyages et d'intermédiaire de voyages pour méconnaissance des formalités légales" (note sous Cass., 26 mai 2006), *RGDC* 2007, p. 481, n° 5). *Ibid.*, p. 481, n° 5 (l'auteur parle de nullité facultative).

47. Le juge ne doit pas apprécier la méconnaissance des objectifs *in abstracto*, pour considérer que, de manière générale, en matière de contrat de voyage, le voyageur normalement prudent et diligent est en position de faiblesse: en l'absence des formes visant à rééquilibrer la relation contractuelle, on présumerait que le voyageur n'a pas été protégé et que l'objectif n'a pas été atteint. Tel semblait être le raisonnement de la cour d'appel et la Cour de cassation a censuré cette décision. Elle a en effet noté qu'"en considérant que les articles 9 et 23 de la loi [...] 'imposent, pour la formation du contrat, un formalisme renforcé', qu'ils 'ont pour finalité d'assurer la protection du consentement du consommateur' et que 'leur non-respect est sanctionné par la nullité du contrat', l'arrêt ne justifie pas légalement sa décision que le contrat est nul et que les défendeurs ont droit au remboursement de leur acompte. Dans cette mesure, le moyen est fondé".

49. À ce propos, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 451 et s., n° 333.

50. Sa tâche est cependant facilitée dans la mesure où, pour l'application des dispositions légales, l'infériorité du client est présumée. Les techniques de protection auxquelles le législateur recourt (renforcement des obligations d'information, multiplication des règles de forme, caractère impératif des dispositions légales, etc.) permet en effet de soutenir que le législateur considère le client de détail en position de faiblesse, sans qu'il soit requis de démontrer, pour l'application du cadre normatif, que tel est effectivement le cas. Aussi suffit-il au client de montrer qu'à l'instar du client considéré *in abstracto* par la loi, en l'absence d'écrit revêtu de diverses mentions informatives, il n'a pas été en mesure de consentir en pleine connaissance de cause (voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 475-476, n° 350).

51. *Ibid.*, pp. 505 et s., n°s 376 et s.

52. En faveur d'un caractère irrémédiable de la sanction, sans égard au fait que les objectifs de la norme violée ont pu être atteints, voy., en matière de crédit à la consommation, Cass., 7 décembre 2006, *JLMB* 2007, p. 132, *JJP* 2007, p. 410, note F. DE PATOUL; J.P. Torhout, 16 mars 1999, *RW* 1999-2000, p. 373; J.P. Saint-Nicolas, 1^{er} décembre 1999, *DCCR* 2000, p. 182, note J. VAN LYSEBETTENS; Civ. Bruges, 21 janvier 2000, *RGDC* 2000, p. 378; J.P. Courtrai, 28 février et 11 avril 2001, *Ann.Crédit* 2001, p. 86, note F. DE PATOUL; J.P. Bruges, 19 novembre 2001, *AJT* 2001-02, p. 924, note R. STEENNOT, conf. par Civ. Bruges, 28 mars 2003, *JJP* 2003, p. 379; J.P. Saint-Nicolas, 4 décembre 2001, *Ann.Crédit* 2001, p. 161; Civ. Termonde, 28 février 2002, *Ann.Crédit* 2002, p. 55; J.P. Saint-Nicolas, 28 mars 2001, *Ann.Crédit* 2001, p. 124; J.P. Izegem, 19 mai 2004, *JJP* 2006, p. 44, note F. DE PATOUL; J.P. Saint-Nicolas, 4 août 2004, *JJP* 2006, p. 32; J.P. Izegem, 23 mars 2005, *NjW* 2005, p. 711, note R.S. (dans cette ordonnance, le juge se prononce pour une interprétation stricte des exigences formelles mais admet que des violations minimales ne soient pas punies). Voy. toutefois Civ. Gand, 12 avril 2002, *NjW* 2002, p. 284. Dans d'autres domaines que la crédit à la consommation, voy. Cass., 17 novembre 2008, *JTT* 2009, p. 83, *JJP* 2009, p. 292 ou C. const., arrêt n° 109/2008 du 31 juillet 2008, *RGDC* 2009, p. 183, note C. DE BUSSCHERE.

boursières, ce qui n'a, selon eux, pas été le cas⁵³. Or, les mentions qui doivent figurer sur l'*instrumentum* constatant la convention de gestion de fortune portent notamment sur les objectifs du client ou le risque financier admis⁵⁴.

La cour juge toutefois que "ce ne sont pas les retraits et les prélèvements effectués par les appelants qui ont causé le prétendu dommage subi par eux (appauvrissement de capital), mais bien l'usage qu'ils ont – tout à fait librement et en dehors de toute intervention de la banque – décidé d'en faire (donations, dépenses d'agrément, voyages, achats de biens périssables). Il y a donc interruption du lien causal entre la faute retenue dans le chef de la banque, à savoir le fait d'avoir agi comme gérant de fortune en dehors de tout contrat de gestion de fortune en bonne et due forme, et le dommage que les appelants prétendent avoir subi".

Par identité de motifs, à partir du moment où, selon la cour, même si les formes avaient été observées, le dommage se serait produit tel qu'il s'est produit en l'espèce, on peut légitimement se demander si, *in concreto*, le non-respect des formes a porté atteinte aux intérêts des clients et aurait pu justifier que le contrat soit annulé.

Rien n'est moins sûr, ... à moins de considérer que la cour d'appel de Bruxelles s'est montrée trop sévère en considérant qu'il n'existait pas de lien de causalité entre la faute de la banque et le dommage subi par les clients. Si l'on ne peut affirmer que ce lien de causalité est établi avec certitude, on pourrait en effet admettre qu'en l'absence de contrat de gestion de fortune en bonne et due forme, les clients *ont perdu une chance* d'éviter le préjudice⁵⁵.

On pourrait ainsi remplacer le préjudice réellement subi par la *perte d'une chance que ce préjudice ne se réalise pas*. Suite à la méconnaissance des formes, les clients ont en effet perdu une chance d'adopter une attitude plus prudente dans leur politique de retraits, dès lors que, sans la faute, ils auraient pu prendre connaissance des risques liés aux produits qu'ils avaient acquis et, ainsi, mieux préserver leur patrimoine à moyen terme. On a pu considérer que cette conception (dite extensive) de la perte d'une chance avait été condamnée par la Cour de cassation, dans un arrêt du

1^{er} avril 2004⁵⁶. Il semble cependant que cette hypothèse soit désormais admise, conformément à un arrêt de la Cour de cassation du 5 juin 2008⁵⁷. Lorsque le dommage réside dans la perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risque, il va de soi que la réparation ne doit pas être équivalente à celle qui aurait pu être octroyée si le lien causal avait été certain (et si la chance d'éviter le dommage n'avait pas été perdue).

Dès lors qu'un lien de causalité peut être trouvé entre la faute de la banque et le dommage subi par les clients⁵⁸, rien n'aurait empêché la cour de décider qu'*in concreto*, la méconnaissance des formes a porté atteinte aux intérêts de ces derniers et devait être sanctionnée par la nullité prétorienne de la convention. De la sorte, les principes régissant la nullité prétorienne auraient été mieux ménagés.

Considérations finales

13 Des réponses aux questions posées par le formalisme du contrat de gestion de portefeuille. Le formalisme du contrat de gestion de portefeuille pose diverses questions relatives à son incidence sur le processus de qualification ou aux sanctions civiles susceptibles d'être prononcées lorsqu'il est méconnu. L'analyse de cet arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 16 mars 2009 nous permet de souligner que, pour y répondre, une *approche finalisée* des règles de forme s'impose⁵⁹. Aussi importe-t-il d'identifier précisément la faiblesse dont souffre l'une des parties et la manière dont les exigences de forme, compte tenu de leurs fonctions, permettent de lutter contre cette infériorité (principalement en garantissant un consentement informé et réfléchi). À divers égards, nous pouvons souscrire à l'analyse réalisée par la

53. Toujours selon les appelants, "ils n'auraient pas fait ces prélèvements et retraits si leur portefeuille n'avait pas enregistré des plus-values et s'ils avaient été informés complètement et loyalement de leur situation financière réelle et donc des engagements pris en leur nom (selon les appelants les relevés communiqués par ABN n'attiraient nullement leur attention sur l'importance des engagements financiers résultant des options acquises, ni sur les engagements – et donc les dettes potentielles – pris par eux".

54. Voy. l'art. 8, § 1^{er}, 2^o et 4^o de l'AR du 5 août 1991.

55. Sur l'application de la théorie de la perte d'une chance en matière de gestion de fortune, lorsque le gérant a manqué à ses obligations d'information ou a mal géré le portefeuille, voy. D. ROGER et M. SALMON, "Réflexions relatives à la responsabilité contractuelle des gérants de fortune et des conseillers en placement", *JT* 1998, p. 402, n^{os} 53 et s.; Mons, 7 octobre 2004, *Dr.banc.fin.* 2006, p. 94, et la note de S. DELAY, "Diversificatie: een gouden beleggingsregel", pp. 101 et s.

56. Cass. (ch. réun.), 1^{er} avril 2004, *Arr.Cass.* 2004, liv. 4, p. 549, *J.dr.jeun.* 2004 (somm.), liv. 239, p. 44, *JT* 2005, p. 357, note N. ESTIENNE, "L'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} avril 2004: une chance perdue pour les victimes de fautes médicales?", *JLMB* 2006, p. 1076, note A. PÜTZ et E. MONTERO, "La perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risque: un préjudice illusoire", *NjW* 2005, p. 628, S. LIERMAN, *Pas.* 2004, p. 527, *RW* 2004-05, p. 106, note I. BOONE, "Het 'verlies van een kans' bij onzeker causaal verband", *RGDC* 2005, p. 368, note C. EYBEN, "La théorie de la perte d'une chance défigurée ou revisitée?", *Bull.ass.* 2006, p. 235. Sur cet arrêt et l'interprétation qui peut en être donnée, voy., outre les commentaires précités, R. MARCHETTI, E. MONTERO et A. PÜTZ, "La naissance handicapée par suite d'une erreur de diagnostic: un préjudice réparable? La perte d'une chance de ne pas naître?" (note sous Civ. Bruxelles, 21 avril 2004), *RGDC* 2006, pp. 127-132, n^{os} 17-21; B. DUBUISSON, "La théorie de la perte d'une chance en question: le droit contre l'aléa", *JT* 2007, pp. 490-491.

57. Cass., 5 juin 2008, *JT* 2009, p. 28, note A. PÜTZ, *Bull.ass.* 2008, p. 418, note H. BOCKEN, *NjW* 2009, p. 31, *RW* 2008-09, p. 795, note S. LIERMAN. Sur cet arrêt, voy. aussi H. BOCKEN, "Verlies van een kans. Het cassatiearrest van 5 juni 2008. Vervolg en (voorlopig?) slot", *NjW* 2009, pp. 2-12.

58. Consistant en la perte d'une chance d'éviter le préjudice par une attitude de retrait plus prudente.

59. Il va de soi que ces considérations ne concernent pas les formalités probatoires requises par l'art. 1341 du Code civil pour prouver les ordres de bourse même si, en l'occurrence, elles doivent apporter un argument supplémentaire de nature à qualifier le rapport contractuel de gestion de fortune. En effet, les formes probatoires n'ont pas pour but de protéger l'une des parties, supposée en position de faiblesse. Elles visent uniquement à offrir à chacune des parties, considérées sur pied d'égalité, un moyen de preuve efficace, pour garantir la sécurité des relations contractuelles.

cour d'appel, dès lors qu'elle se fonde sur ce principe pour trancher le litige. Nous regrettons néanmoins que, pour appliquer la nullité prétorienne, la cour d'appel n'ait pas vérifié si, *in concreto*, les intérêts des investisseurs avaient effectivement été méconnus suite à la violation des formes.

14 Le formalisme du contrat de gestion de portefeuille en question. Sur le plan légistique, l'efficacité de la technique consistant à renforcer les obligations d'information et à multiplier les formes corrélatives mérite également d'être examinée⁶⁰. Si elle possède de nombreux avantages (en ce qu'elle permet de garantir un consentement informé et réfléchi, par exemple), elle n'est pas sans inconvénient (complexité, lourdeur, intérêt pratique parfois réduit, etc.). Il va de soi que la meilleure solution n'est pas la prescription de nombreuses obligations d'information assorties de formes diverses, ni leur abolition pure et simple. Compte tenu de leurs avantages et de leurs inconvénients, d'une part, de l'objectif final poursuivi par le législateur, d'autre part, une solution intermédiaire, équilibrée et proportionnée, entre ces deux options extrêmes doit être trouvée. *A priori*, s'agissant de la gestion de portefeuille, cet équilibre semble préservé. Encore faut-il, cependant, qu'au moment de sanctionner la méconnaissance des règles en vigueur, la jurisprudence applique rigoureusement les règles en matière de nullité prétorienne (en particulier pour vérifier si la méconnaissance des formes a porté atteinte aux intérêts de la partie faible).

60. À ce propos, voy. aussi M.-D. WEINBERGER, *Gestion de portefeuille et conseil en investissement. Aspects contractuels et de responsabilités avant et après MiFID*, Waterloo, Kluwer, 2008, pp. 7-8, n° 10.