

A

05/12/2001

- Arrêt commercial -

Audience publique du cinq décembre deux mille un.

Numéro 24957 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, premier conseiller ;
Monique BETZ, premier conseiller ;
Charles NEU, conseiller ;
Pascale BIRDEN, greffier.

Entre:

1. F.) , retraité, demeurant à B- (...)
, et son épouse
2. M.) , sans état, demeurant à la même adresse,

appelants aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Frank SCHAAL d'Esch-sur-Alzette en date du 21 août 2000,

comparant par Maître Marc KERGER, avocat à la Cour à Luxembourg,

et:

la société anonyme (BQUE1.) **S.A.**, établie et
ayant son siège social à L- (...)
représentée par son conseil d'administration actuellement en
fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit SCHAAL,

comparant par Maître Philippe DUPONT, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

En janvier 1993, F.) et son épouse M.)
détenteurs auprès de la BQUE1) s.a., d'un
portefeuille d'obligations en devises et de parts de Sicav, ont acquis
auprès de cette banque des obligations " SCC1.)
" (ci-après : SCC1.)) pour un montant
de 1.050.000.- francs.

Le 15 août 1994 SCC1.) a été mise sous administration
judiciaire par décision du tribunal d'Ontario et les époux F.) -
M.) n'ont perçu aucun dividende dans le cadre de la
liquidation judiciaire de SCC1.)

Par exploit d'huissier du 3 avril 1998 les époux F.) -M.)
ont fait comparaître la société anonyme BQUE1) s.a.
devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en
matière commerciale, pour voir prononcer la nullité pour dol ou erreur
du contrat intervenu entre parties ayant pour objet les obligations
SCC1.) , respectivement voir retenir la responsabilité
contractuelle de l'assignée et s'entendre condamner à payer aux
requérants la somme de 1.050.000.- francs, augmentée de la prime
d'émission, et la taxe éventuelle sur les opérations de bourse, avec
les intérêts légaux à partir du 6 janvier 1993, sinon à partir d'une
mise en demeure, sinon à partir de la demande en justice, déduction
éventuelle des intérêts échus avant la faillite. Les demandeurs ont
d'autre part conclu à l'allocation d'une indemnité de procédure de
80.000.- francs. En cours d'instance les demandeurs ont encore
invoqué la violation par la banque de son obligation d'information
précontractuelle.

A l'appui de leur demande en annulation du contrat les époux
F.) -M.) ont fait plaider qu'à aucun moment la BQUE1.)
ne leur a indiqué le rating exact, ainsi que le
caractère subordonné des obligations en question, que le rating des
obligations était seulement de A et non point de AAA ou AA qui sont
ceux d'obligations constitutives d'un crédit de haute qualité, laquelle
faisait partant défaut aux obligations émises par SCC1.)
Ils ont fait valoir qu'ils ont souhaité effectuer un placement en bon
père de famille et que, s'ils avaient su que les obligations
SCC1.) ne présentaient pas les caractéristiques d'un
placement sûr et surtout que ces obligations étaient des obligations
subordonnées, c'est-à-dire dont les détenteurs passent après les
autres créanciers, ils n'en auraient pas fait l'acquisition.

Les demandeurs en ont conclu que leur banque a délibérément omis
de leur donner les indications nécessaires avant l'acquisition des
obligations en question et que cette réticence dolosive était de nature
à les tromper, sinon que leur ignorance sur la nature exacte des

obligations acquises et les risques inhérents à ces obligations fonde leur erreur excusable sur une qualité substantielle de l'objet du contrat.

Pour fonder leur action en responsabilité de la banque pour violation de son obligation de conseil, les époux F.) -M.) ont soutenu que, n'étant pas des investisseurs professionnels, ils ont été amenés à souscrire les obligations litigieuses plus par la confiance que leur a inspirée leur banque que par une connaissance exacte de la société émettrice, qu'il aurait dès lors appartenu à la banque de s'abstenir de leur conseiller l'achat de ces obligations, sinon du moins de les informer complètement et exactement sur les risques encourus, ce que la banque a cependant à dessein omis de faire, étant donné qu'en tant que participant à l'émission des obligations litigieuses elle devait payer le montant de sa souscription avec ses fonds propres si elle ne pouvait assurer le placement des titres auprès d'autres souscripteurs.

Par jugement rendu le 16 juin 2000, le tribunal a dit la demande non fondée sur les bases invoquées en ordre principal et irrecevable sur la base délictuelle.

Par exploit d'huissier du 21 août 2000 les époux F.) -M.) ont régulièrement relevé appel de ce jugement, signifié le même 21 août 2000.

Les appelants reprochent aux juges de première instance de ne pas avoir admis qu'ils cherchaient avant tout un placement en bon père de famille et d'avoir retenu qu'ils se sont laissés guider dans leur choix par le rendement plus élevé des obligations (SOCI.) alors cependant que ce choix leur a été conseillé par la (BQUE1.) qui avait un intérêt financier manifeste à l'opération, de sorte que le contrat aurait dû être annulé pour dol ou erreur sur une qualité substantielle.

Les époux F.) -M.) font valoir en second lieu que c'est à tort que les premiers juges, tout en affirmant l'existence d'une obligation de conseil dans le chef du banquier, n'ont pas constaté en l'espèce une violation de cette obligation de conseil, faute par la banque d'insister formellement et expressément sur les risques que présentait l'obligation litigieuse.

L'intimée, tout en contestant que les obligations (SOCI.) soient constitutives d'un placement aussi risquant que veulent le faire croire les appelants, et en soutenant qu'il résulte du portefeuille-titres des époux F.) -M.) que ceux-ci ne cherchaient pas avant tout un placement en bon père de famille, relève que c'est à bon droit que les premiers juges n'ont retenu, ni le dol, ce à défaut de preuve d'une intention dolosive dans le chef de la banque, ni l'erreur, les appelants n'ayant pas non plus établi que le rating de l'obligation

acquise par eux, ainsi que son caractère subordonné aient été pour eux des éléments les déterminant à contracter.

En ce qui concerne l'obligation de conseil à charge de la banque, l'intimée fait plaider que, les appelants ayant eux-mêmes contacté la banque afin d'obtenir une liste de titres dans lesquels ils pouvaient investir, aucune obligation de conseil n'existe à charge de la banque, et au cas contraire celle-ci n'est qu'une obligation de moyens et il incombe aux époux F.) -M.) de prouver l'inexécution contractuelle reprochée à la banque. L'intimée invoque, d'autre part, la faute de la victime, qui a un devoir de se renseigner. Elle conteste enfin le préjudice invoqué dans ce contexte, soutenant que les époux F.) -M.) font valoir que du fait du caractère subordonné des obligations, ils n'ont touché aucun dividende au lieu d'être indemnisés comme chaque créancier chirographaire, qu'il leur appartient donc d'établir le dividende qu'ils auraient perçu en qualité de créanciers chirographaires.

La Cour retient avec les premiers juges que les relations juridiques entre parties s'analysent en un contrat de dépôt sur lequel se greffent des ordres d'achat et de vente donnés par les clients, pour l'exécution desquels le banquier agit en qualité de mandataire lequel est tenu par une obligation accessoire de renseignement et de conseil.

Les appelants ne sauraient toutefois se baser sur cette obligation accessoire de renseignement et de conseil pesant sur la banque pour en conclure que le contrat est en réalité à qualifier de contrat de gestion de fortune, ceci en raison de la totale confiance que les époux F.) -M.) affirment avoir eu en leur banque.

La Cour ne peut non plus suivre les appelants en leur argumentation que même en retenant la qualification de contrat de dépôt, les informations à donner en l'espèce étaient purement techniques, de sorte qu'il s'agit d'une obligation de résultat. Abstraction faite de la question de savoir en quoi une obligation d'information ou de conseil peut être une obligation de résultat, cet argument des appelants repose sur une interprétation incorrecte de l'arrêt cité à son appui (Cass. 1^e civ. 22.3.1977, B.C. I, n° 143) où il est question, non pas d'une information, mais d'une opération de nature purement technique dont la mauvaise exécution engageait en l'espèce la responsabilité de la banque.

Les époux F.) -M.), qui soutiennent que l'élément décisif du choix des placements effectués par eux était la stabilité et la sécurité des placements, qu'ils recherchaient exclusivement des placements en bon père de famille, reprochent à la banque de ne pas leur avoir indiqué le rating de l'obligation émise par SCC1), respectivement, en instance d'appel, de leur avoir indiqué un faux rating en omettant de leur dire que ce rating avait en

automne 1992 été dégradé à deux reprises pour tomber de AA+ à AA, puis à A+, et de ne pas les avoir informés du caractère subordonné de l'obligation, ou du moins de la signification du terme "subordonné". Ils prétendent que s'ils avaient été en possession des informations correctes à ces sujets, ils n'auraient pas acquis les obligations litigieuses.

La Banque verse parmi ses pièces des *Security display* des cinq obligations qu'elle soutient avoir proposées à ses clients en janvier 1993 et les appelants ne contestent pas qu'ils leur ont été soumis. Sur ces documents ne figure pas de rating relatif à l'obligation de SCC1), mais pour toutes les obligations, y compris SCC1), figurent le caractère subordonné, respectivement non subordonné de l'obligation. Dans un tableau comparatif des obligations figure dans la rubrique SCC1.) le rating AA. Selon la Banque, ce rating était celui de l'établissement émetteur de l'obligation, non celui de l'obligation qui n'a été coté que plus tard A+.

En parlant de la dégradation progressive du rating de l'obligation, les appelants semblent confondre celui-ci avec le rating de l'établissement émetteur. Il est vrai que le rating de SCC1.) a été dégradé en septembre 1992 de AA+ à AA par SCC2), il ne résulte cependant d'aucune pièce du dossier que le rating de l'obligation par elle émise n'aurait pas toujours été le même, à savoir A+.

Si l'on se réfère d'ailleurs aux descriptions fournies par SCC2.) des ratings par elle attribués, on apprend que l'établissement se voyant attribuer le rating AAA dispose d' "EXTREMELY STRONG financial security characteristics", le rating AA correspond à "VERY STRONG financial security characteristics, differing only slightly from those rated higher". Compte tenu de ces descriptions, la dégradation de AA+ à AA subie par SCC1.) en septembre 1992 ne peut être considérée comme un événement alarmant.

Concernant les descriptions des ratings des obligations, le rating AAA est attribué si "the obligor's capacity to meet its financial commitment on the obligation is EXTREMELY STRONG", le rating AA est attribué si cette capacité est "VERY STRONG", tandis que l'obligation correspondant au rating A "is somewhat more susceptible to the adverse effects of changes in circumstances and economic conditions than obligations in higher rated categories. However, the obligor's capacity to meet its financial commitment on the obligation is still STRONG". En dessous de ces catégories il y a encore les catégories BBB, BB, B, CCC, CC et C, les cinq dernières étant considérées comme ayant des caractéristiques spéculatives plus ou moins développées.

La Cour retient avec les premiers juges que les affirmations des appelants concernant leur recherche de placements en bon père de

famille se trouve sérieusement ébranlée par la composition de leur portefeuille à l'époque des acquisitions litigieuses. En effet ce portefeuille se compose d'obligations de sept devises différentes, dont, à part trois exceptions, les taux d'intérêts varient entre 8 et plus de 12 %. La Cour constate par ailleurs que, suivant les annotations effectuées par la Banque et non contestées par les appelants, sept sur les vingt différentes obligations composant le portefeuille ont le rating A et deux le rating BBB, ce qui cadre mal avec l'affirmation des époux F.) -M.) que, s'ils avaient connu le rating A+ attribué à l'obligation de (SCC1.) , ils ne l'auraient pas acquise.

Il est un fait que parmi les cinq différentes obligations soumises aux époux F.) -M.) celles de (SCC1.) avaient le taux d'intérêt le plus élevé, soit 8,375 %. Selon les appelants, ils n'ont acquis ces titres que parce que l'employé de la (BGUE1.) qui les conseillait les leur a présentés comme une affaire de béton, la Banque verse une attestation de cet employé, déclarant qu'il a exprimé aux époux F.) -M.) sa préférence pour deux autres titres à rendement moins élevé mais dont il connaissait mieux l'établissement émetteur. Même en considérant cette attestation de l'employé de l'intimée avec la circonspection qui s'impose, il demeure que les appelants n'ont pas établi que leur choix ait été le fruit des conseils leur donnés par la Banque en vue d'un placement en bon père de famille, que le taux d'intérêt des obligations (SCC1.) confirme plutôt les enseignements tirés du portefeuille des appelants, à savoir que c'est surtout le rendement des placements qui les intéressait.

Dans le cadre de leur demande en annulation de l'acquisition litigieuse pour cause de dol les appelants reprochent aux premiers juges de ne pas avoir retenu la réticence dolosive dans le chef de la Banque qui avait pourtant un intérêt manifeste dans cette opération, devant payer avec ses fonds propres le montant de sa souscription à défaut d'assurer le placement auprès d'autres souscripteurs.

Le dol doit être prouvé par celui qui l'invoque. Il ne se déduit pas du plus ou moins grand intérêt que peut avoir une opération pour l'un ou l'autre contractant. Le fait que la (BGUE1.) a participé au syndicat d'émission des obligations (SCC1.) à raison de 10 millions de francs ne peut donc à lui seul fonder la demande en nullité pour cause de dol.

D'autre part, pour être constitutif de réticence dolosive, le silence doit être intentionnel, son auteur doit avoir agi dans le but de tromper son cocontractant. Il doit, d'autre part, provoquer dans le chef de ce dernier une erreur déterminante en l'absence de laquelle il n'aurait pas contracté. Cette deuxième condition vaut également pour l'erreur simple, invoquée en second lieu par les appelants à l'appui de leur moyen de nullité.

Concernant le rating de l'obligation, la banque soutient qu'au moment de l'acquisition litigieuse le rating de l'obligation (SCC1.) ne lui était pas encore connu et les appelants n'ont pas contredit cette affirmation. Or, un silence gardé sur un élément qu'on ne connaît pas ne peut être intentionnel. Il résulte par ailleurs des observations faites ci-dessus au sujet de la composition du portefeuille des appelants que ceux-ci ne peuvent légitimement soutenir que la connaissance du rating A+ attribué aux obligations litigieuses les aurait empêchés de les acquérir.

Les appelants reprochent d'autre part à la Banque de ne pas les avoir informés du caractère subordonné de l'obligation, respectivement de ne leur avoir fourni aucune explication sur la signification du terme "subordonné". Dans les *Security display* des cinq obligations proposées aux époux F.) -M.) en janvier 1993 est mentionné pour chaque obligation, sous la rubrique "Security information" le caractère subordonné, respectivement non subordonné. On ne peut donc dire que cet élément n'a pas été porté à la connaissance des époux F.) -M.). Si les appelants avaient, comme ils le prétendent, attaché une importance primordiale à la sûreté et la stabilité de leur placement, ils n'auraient certainement pas manqué de demander les explications nécessaires sur la signification de ce terme, si elle ne leur était pas connue.

Il résulte d'ailleurs d'une pièce intitulée "Maturity of the outstanding LUF issues", qu'en 1992 58% des émissions étaient subordonnées contre 42% de non subordonnées, que ce n'est qu'à partir de 1993 que les proportions se sont inversées. Sur les cinq obligations soumises en janvier 1993 au époux F.) -M.), trois étaient des obligations subordonnées.

A l'époque des acquisitions litigieuses le caractère subordonné des obligations en LUF n'était donc pas une caractéristique extraordinaire au point de devoir amener la banque à y attirer spécialement l'attention du client désireux d'acquérir pareilles obligations, voire à le dissuader de pareille acquisition.

D'après *Bloomberg Financial Definition*, le terme subordonné signifie "a security with a lower priority than other securities when dividends are paid or assets are distributed in liquidation or bankruptcy", l'obligation subordonnée étant de ce fait qualifiée de "high-risk debenture". C'est donc surtout en cas de faillite de l'établissement émetteur de l'obligation que le caractère subordonné peut présenter un désavantage pour le détenteur. Or, la Cour admet avec l'intimée qu'au moment de l'acquisition de titres, ce n'est pas l'éventualité d'une faillite de l'établissement émetteur qui guide à priori le choix de l'acquéreur, une telle éventualité existant toujours et devrait donc le dissuader de toute acquisition étant donné que normalement même les simples créanciers chirographaires ne rentrent pas dans leur dû

et les appelants n'ont pas établi qu'en l'espèce tel a été le cas. Il résulte d'autre part des explications données ci-dessus au sujet des différents ratings qu'au moment de l'émission des obligations litigieuses, (SCC1) présentait les caractéristiques de forte sécurité financière, de sorte qu'il n'y avait pas de raison particulière de redouter dans son cas précis la survenance d'une faillite.

Il n'est partant pas établi que le caractère subordonné des obligations acquises, désignation dont ils n'ont même pas demandé la signification exacte, ait été pour les époux F.) -M.) un élément qui, s'ils en avaient pu apprécier les conséquences éventuelles, les aurait empêchés de contracter.

Les appelants font enfin valoir qu'il est incontestable que les euro-obligations en question n'avaient pas un caractère de placement en bon père de famille, fait reconnu expressément devant le tribunal de commerce de Bruxelles par les différentes banques ayant participé au syndicat d'émission.

Or, les appelants sont en défaut de prouver qu'ils recherchaient exclusivement des placements en bon père de famille, et surtout que les obligations composant leur portefeuille au moment de l'acquisition litigieuse étaient, nonobstant les apparences, toutes constitutives de placements en bon père de famille. Le caractère déterminant d'un éventuel silence gardé sur ce point par leur cocontractant n'est partant pas établi.

Les éléments constitutifs du dol et de l'erreur n'étant pas donnés en l'espèce, le jugement est à confirmer en ce qu'il a dit la demande en nullité non fondée.

Les époux F.) -M.), qui dans leur acte d'appel ont reproché aux premiers juges de ne pas avoir retenu la responsabilité contractuelle de la banque pour manquement à son obligation de conseil, ont par conclusions du 27 décembre 2000, repris leur moyen d'une responsabilité délictuelle de la banque résultant de la violation de son devoir d'information précontractuelle.

L'intimée, soutenant que ce fondement légal n'est pas visé par l'acte d'appel et qu'il constitue dès lors une demande nouvelle qui viole le contrat judiciaire, conclut à son rejet.

Les appelants, de leur côté, font valoir que le moyen de la responsabilité précontractuelle a été tranché par les premiers juges, qu'il ne constitue dès lors pas une demande nouvelle, que par ailleurs la saisine du juge d'appel se détermine d'après l'acte d'appel combiné avec les conclusions d'appel, lesquels forment un tout indivisible.

Le moyen de l'intimée n'est pas fondé. En effet, l'ensemble du litige déterminé en première instance étant, sauf limitation de l'appel ou acquiescement partiel au jugement, dévolu à la juridiction du second degré, la portée des conclusions des parties peut jusqu'à l'achèvement de la procédure d'appel, être élargie à toutes les prétentions initiales (Cass. comm. 6.5.1991, B.C. 1991, n° 150).

C'est toutefois à bon droit que l'intimée relève que le manquement reproché à la banque ne peut être considéré comme une culpa in contrahendo en raison des relations contractuelles ayant existé entre parties dès avant l'acquisition litigieuse.

Le jugement est donc à confirmer en ce qu'il a dit la demande irrecevable sur sa base délictuelle.

Concernant la base de la responsabilité contractuelle, la BQUE1) fait plaider qu'elle n'était en l'espèce tenue d'aucune obligation de conseil, les appelants l'ayant contactée afin d'obtenir une liste de titres dans lesquels ils pouvaient investir et qu'elle pouvait dès lors se contenter d'une simple énumération d'investissements possibles. Ce moyen est à rejeter pour être contraire aux faits. Il résulte en effet de l'attestation de l'employé de l'intimée que les époux F.) -M.) se sont présentés à la banque pour discuter des investissements proposés, que son rôle n'était donc pas confiné à celui de simple expéditeur d'une liste.

Les développements faits ci-dessus relativement au dol et à l'erreur valent réponse au reproche d'une violation de l'obligation de conseil concernant le rating de l'obligation, son caractère subordonné et le fait qu'il ne s'agissait pas d'un placement en bon père de famille. Il en résulte en effet qu'en ce qui concerne ces informations il n'est pas établi à charge de la banque une défaillance qui serait en relation causale avec le préjudice étant résulté pour les appelants du fait de l'acquisition des obligations SOC1)

Les appelants font enfin plaider à l'appui de leur demande en dommages et intérêts que, même abstraction faite du rating et du caractère subordonné de l'obligation litigieuse, la banque a en tout cas violé son obligation de conseil en ne leur signalant pas utilement le risque réel qu'ils encouraient en effectuant ce placement qui était de nature à leur faire perdre tout leur argent, soutenant que ce fait incontestable était connu par la banque ou, tout au moins, aurait dû l'être.

S'il est actuellement incontestable que les époux F.) - M.) SOC1) ont perdu l'argent investi dans les obligations, ceux-ci restent cependant en défaut d'établir qu'au moment de l'acquisition des obligations la survenance de cette perte était évidente, ni surtout qu'elle était ou aurait dû être à la connaissance de la banque. Les appelants n'indiquent d'ailleurs pas

sur quel élément ayant préexisté à l'acquisition ils fondent le risque réel invoqué, de sorte que leur argumentation ne peut être accueillie.

Il s'en suit que le jugement est à confirmer.

Les appelants, qui succombent dans leur appel et sont à condamner aux frais et dépens de l'instance d'appel, ne peuvent de ce fait se prévaloir de l'article 240 du nouveau code de procédure civile et leur demande en allocation d'une indemnité de procédure est à dire non fondée.

Il serait par contre inéquitable de laisser à charge de la banque l'intégralité des frais non compris dans les dépens qu'elle a dû exposer pour assurer sa défense en instance d'appel. Sa demande en allocation d'une indemnité de procédure est partant à dire fondée à concurrence de la somme de 35.000.- franc, montant justifié au regard d'une participation aux frais d'avocat.

Par ces motifs :

la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement et sur le rapport du magistrat de la mise en état;

reçoit l'appel en la forme;

le dit non fondé et confirme le jugement entrepris;

condamne F.) et M.) à payer à la société
anonyme BOUE 1.) la somme de 35.000.- francs sur
base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile;

déboute les appelants de leur demande en allocation d'une indemnité de procédure et les condamne aux frais et dépens de l'instance d'appel, dont distraction au profit de Maître Philippe Dupont, sur ses affirmations de droit.