Arrêt commercial

Audience publique du vingt-sept octobre deux mille dix.

Numéro 34564 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Carlo HEYARD, premier conseiller;
Annette GANTREL, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

AAA, *médecin orthopédiste, demeurant à D-….. UUU,*

appelant *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Josiane GLODEN d'Esch-sur-Alzette du 19 février 2009,*

comparant par Maître Véronique DE MEESTER, avocat à Luxembourg ;

e t :

la société anonyme BBB S.A., *établie et ayant son siège social à L-…. VVV, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du susdit exploit GLODEN,*

comparant par Maître Alex SCHMITT, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 31 janvier 2007 AAA a fait comparaître la société anonyme BBB devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour s'entendre condamner à lui payer la somme de 3.671.542.- euros, outre les intérêts légaux et conventionnels, du chef du manquement à ses obligations contractuelles d'information et de conseil dans le cadre de l'acquisition par le demandeur de titres obligataires argentins.

AAA a exposé à l'appui de sa demande que depuis 1994 il est client de la CCC s.a., devenue entretemps la société BBB, que depuis son entrée en relation avec cette banque il était toujours conseillé par DDD, employé de l'assignée, que ce conseiller connaissait le profil conservateur du demandeur qui investissait principalement dans des instruments très sûrs comme des bons de trésor ou des obligations de première qualité, que le 23 février 1997 le demandeur a requis l'avis de son conseiller sur des titres obligataires émis par l'Etat argentin, que DDD lui a dit qu'il était très sûr quant à la récupération du principal et qu'un très bon rendement en termes d'intérêts était garanti, en précisant "qu'aucun pays ne pouvait se permettre de ne pas payer ses dettes".

Selon AAA, en raison de ces propos rassurants il a acquis vers la fin de l'année 1997 pour un montant de 1.073.712.- euros des titres obligataires argentins (Wertpapierkennummer WKN 135 375) venant à échéance en 2005 et offrant un coupon de 8,5%, tout en ignorant que ces titres étaient classés "BB-" par l'agence EEE, ce qui signifie un titre hautement spéculatif, mais la banque n'a pas attiré son attention sur cette circonstance, ni sur le fait que le prospectus, qui ne lui avait pas été remis, mentionnait que ces titres étaient destinés à des investisseurs spéculatifs, prêts à assumer un risque, qu'en janvier 2001 il a encore, au vu des propos rassurants de la banque, acheté des titres argentins (WKN 450 900) venant à échéance en 2007 avec un coupon annuel de 10,25% pour un montant de 1.300.000.- euros tout en ignorant le rating "BB-" leur attribué par EEE et sans avoir reçu communication du prospectus d'émission.

Le demandeur a soutenu qu'il ignorait tout de la situation en Argentine, qu'il était cependant notoire dans les milieux bancaires que cette situation était critique, que la situation s'est dégradée au cours de l'année 2001, les ratings des titres litigieux étant rétrogradés à "CC", puis à "D", sans entraîner de réaction de la part de la banque, que Monsieur DDD a même dissuadé le demandeur de vendre ses titres lorsque le cours avait baissé de 30%, affirmant que l'Etat argentin allait payer ses dettes, mais que par une loi du 12 décembre 2001 la République argentine, décrétant l'état d'urgence, a cessé ses paiements.

AAA a reproché à la banque de ne pas l'avoir informé du fait que les titres étaient hautement spéculatifs, de ne pas avoir pris en considération son profil d'investisseur, de ne pas lui avoir remis les prospectus d'émission, ni communiqué les ratings et de ne pas avoir attiré son attention sur la chute inexorable du cours des titres, violant ainsi son obligation accessoire d'information et de conseil lié au contrat de mandat existant entre parties, les négligences de la banque étant à l'origine de la perte du capital investi dans les titres.

La société BBB a conclu au rejet de la demande. Elle a relevé qu'il n'existe entre parties aucun contrat de gestion discrétionnaire ou de conseil en investissement, mais que l'intervention de la banque s'est limitée à l'exécution des instructions reçues du demandeur, que le portefeuille initial du client a toujours servi de garantie (gage) à la FFF qui a accordé un prêt à AAA, que dès 1995 le demandeur a investi dans des produits plus risqués avec des fonds supplémentaires versés en compte, en achetant des obligations dans des devises dont le cours fluctuait beaucoup, que ces titres n'étaient pas gagés en faveur de la FFF qui n'acceptait pas ces produits trop risqués comme garantie, ce que le demandeur savait.

La société BBB a affirmé que de manière répétée AAA lui a adressé des demandes d'information et des instructions bien précises concernant des titres choisis par lui en utilisant un langage technique boursier parfait, que la banque lui a fourni toutes les informations demandées - dont les ratings qui n'étaient pourtant pas déterminants pour le client – sur les titres litigieux, lesquels ne faisaient pas partie des investissements proposés par elle.

La défenderesse a relevé que AAA a dès 1996 mis en place un schéma d'optimisation fiscale assez sophistiqué en se faisant accorder des prêts à court terme vers la fin de chaque année, garantis par la partie de son portefeuille investi en papiers sûrs, que moyennant ces prêts il achetait des obligations de première qualité venant à échéance l'année suivante, déduisant à titre de produits de capitaux négatifs les intérêts découlant des prêts pour neutraliser les produits provenant des titres composant le portefeuille et remboursant les prêts l'année suivante lorsque les obligations venaient à échéance, que cette opération fiscale nécessitait des prêts toujours plus importants, variant entre 10 et 46 millions de DEM, que fin 1999 et fin 2000 AAA a dû revendre des obligations argentines afin de racheter des obligations de première qualité dans la mesure où la banque n'acceptait pas les titres argentins comme garantie, mais qu'il a ensuite, après l'opération fiscale, racheté les papiers à risque argentins.

La société BBB a fait valoir que lors de l'acquisition des titres par AAA la situation de l'Argentine n'était pas particulièrement préoccupante et la suspension des paiements n'était pas prévisible, qu'au courant des années 1999 à début 2001 les analystes économiques étaient assez positifs quant à l'évolution de l'économie

argentine et même en avril 2001 les experts financiers n'étaient pas unanimes sur l'évolution des cours des obligations argentines.

La banque a conclu qu'aucune faute ne peut être retenue à sa charge, qu'elle a fourni à son client, investisseur expérimenté, toutes les informations nécessaires.

Par jugement rendu le 4 décembre 2008 le tribunal a débouté AAA de sa demande.

Pour fonder cette décision le tribunal a retenu que AAA est lié avec la société BBB par un contrat de compte-dépôt prévoyant la tenue d'un compte-dépôt et l'exécution par la banque des opérations de compte et de bourse demandées par le client, qu'il n'existe aucune convention de gestion-conseil entre parties. Il a dit que même dans le cadre d'un simple contrat de compte-courant/dépôt avec mandat d'effectuer des opérations de bourse sur ordre spécifique, la banque est débitrice d'une obligation d'information et de conseil qui est une obligation de moyens et qui varie en fonction de l'expérience bancaire et boursière du client, du type d'opération envisagée et de l'obligation du client de s'informer, l'obligation de conseil se limitant toutefois dans le cadre de la relation visée (simple contrat de compte-courant avec mandat d'effectuer des opérations boursières) à une simple mise en garde, le banquier n'ayant, dans ce type de relation contractuelle, pas la charge de diriger les investissements du client.

Le tribunal a constaté sur base des pièces du dossier que le portefeuille de AAA était dans un premier temps composé d'obligations de l'Etat et de la Poste allemands, qu'à partir de 1995 AAA s'est renseigné sur différentes obligations émises en couronnes danoises et en rand sud-africain qu'il a acquises, pour s'intéresser ensuite, entre autres, à des obligations sud-américaines, achetant des obligations brésiliennes et argentines, ainsi que des obligations sud-africaines et à partir de 1999 des actions plus ou moins spéculatives, qu'il a adressé un certain nombre de télécopies à la banque demandant dans un langage boursier concis les cours, et parfois les ratings ou encore une "Meinung" de diverses obligations allemandes, argentines, brésiliennes et danoises, et mentionnant chaque fois les données de références précises, que la banque lui a répondu en lui fournissant les informations demandées. Le tribunal a relevé dans ce contexte qu'il n'est pas dans les usages bancaires de remettre à chaque client qui acquiert des obligations sur le marché secondaire les prospectus d'émission des obligations concernées, sauf si le client en fait la demande spécifique, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

Le tribunal a d'autre part relevé que la société BBB a remis à AAA une liste des taux créditeurs des diverses options de dépôt, ainsi que des obligations recommandées par la banque qui n'intéressaient toutefois pas le client, qu'elle lui a d'autre part remis un relevé des titres argentins cotés et/ou disponibles en bourse, imprimé à partir d'un

système d'information boursière, tel le système Bloomberg, qu'elle lui a encore transmis le 23 février 1999 le rating d'une obligation argentine comparable aux obligations litigieuses, l'agence EEE attribuant un "BB" à cette obligation.

Il a dit qu'il résulte de l'attestation testimoniale de DDD, employé de la société BBB qui était en relation avec AAA que "über die jeweiligen Risiken wurde Herr AAA von der Bank aufgeklärt, insbesondere dass es keine Rückzahlungsgarantie gab".

Il s'est enfin référé au système d'optimisation fiscale mis en place par AAA et a relevé que pour financer les opérations que ce système comportait, il avait recours à des prêts qui devaient être garantis par des dépôts en liquide ou en titres et il devait à l'occasion (1999, 2000 et 2001) vendre certaines obligations (dont surtout des obligations argentines) que la banque n'acceptait pas à titre de garantie, les estimant trop risquées, que toutefois, après la réalisation de l'opération d'optimisation fiscale et après remboursement du prêt en question, AAA a réinvesti son argent de nouveau dans des titres plus risqués qui offraient un bien meilleur rendement que les titres de première qualité exigés à titre de garantie par la banque.

Le tribunal a déduit de l'ensemble de ces éléments que AAA n'était pas un néophyte en matière d'investissement, mais qu'il avait connaissance des risques encourus par des placements en actions et en obligations et notamment du principe boursier élémentaire qu'un rendement plus élevé dénote un risque plus élevé.

Relevant que l'obligation d'information qui est à charge de la banque est circonscrite par les limites de ce qu'elle pouvait connaître et ne joue en principe que quant elle a sciemment fourni des informations inexactes ou insuffisamment recherchées, le tribunal a dit que la preuve d'un tel comportement fautif n'est pas rapportée, qu'il ressort en effet des pièces et des plaidoiries que la banque a averti son client qu'il n'y avait pas de garantie de remboursement, même si en principe les Etats remboursent leurs dettes, et qu'entre 1997 et avril 2001 nombre d'articles de la presse financière ont vanté les mérites des obligations argentines en terme de rendement/risque.

Le tribunal a ajouté que l'obligation d'information qui est à charge du banquier dépositaire se limite aux faits susceptibles d'affecter les titres eux-mêmes, mais ne s'étend pas aux événements et faits susceptibles d'avoir une influence sur les cours boursiers, la qualité des titres, la vie des sociétés ou organismes émetteurs ou l'économie en général.

Par exploit d'huissier du 19 février 2009 AAA a régulièrement relevé appel de ce jugement, lui signifié le 27 février 2009.

A l'appui de son appel AAA maintient les affirmations, moyens et arguments déjà présentés en première instance et auxquels il a été

répondu dans le jugement entrepris par une motivation exhaustive à laquelle il est renvoyé et que la Cour fait sienne.

En ce qui concerne l'affirmation de la société BBB que la FFF n'acceptait pas les obligations litigieuses comme gage, ce que AAA savait, l'appelant fait plaider en instance d'appel que la société BBB n'indique pas en quoi la FFF aurait refusé les mises en gage de ces obligations et n'explique pas d'avantage le mécanisme selon lequel certains titres faisaient l'objet du gage, tandis que d'autres non, alors que tous les titres sont déposés sur un même compte. En admettant que cette argumentation soit à comprendre comme une contestation d'une connaissance dans le chef de l'appelant que certains titres n'étaient pas acceptés comme gage, parce trop risqués, cette contestation est à rejeter en présence des relevés des investissements opérés par AAA et que la banque lui a régulièrement fait parvenir. En effet, un relevé daté de novembre 1999 renseigne un total d'investissements en obligations, parmi lesquelles surtout des obligations argentines, brésiliennes et sud-africaines, de 3.626.627,54 DEM, suivi de l'indication "Total Beleihungswert … : 897.754,91". La même proportion se retrouve dans un relevé de février 2001. AAA devait donc être conscient du caractère spéculatif de ces obligations. Il ne s'est cependant pas défait des obligations litigieuses, sauf fin 1999 et fin 2000 dans le cadre de son schéma d'optimisation fiscale, pour en acquérir de nouvelles début 2000 et début 2001.

Dans le même contexte la société BBB fait remarquer à bon droit que même après la suspension des paiements par l'Argentine, AAA a gardé les obligations brésiliennes dans son portefeuille et qu'il ne les a même pas vendues lorsque, dans le cadre du présent litige, il a obtenu un prospectus d'émission de ces obligations dans lequel il est dit: "*die Anleihe ist daher nur für spekulatif eingestellte Anleger geeignet, die bereit und in der Lage sind, besondere Risiken zu tragen".*

L'appelant maintient d'autre part son affirmation que les obligations argentines faisaient partie du programme d'investissement proposé par la banque, affirmation pourtant contredite par les pièces versées.

Les obligations argentines litigieuses ont été acquises par AAA en mars et novembre 1997 pour 500.000 DEM, respectivement 1.300.000 DEM, puis en janvier 2001 pour 1.300.000 euros.

Concernant les acquisitions faites en 1997 AAA soutient que suite à sa demande d'information au sujet des obligations argentines adressée en début de l'année à DDD, celui-ci lui a indiqué qu'il s'agissait d'un des titres obligataires étatiques les plus intéressants, étant donné qu'il était très sûr quant à la récupération du principal et garantissait par ailleurs un bon rendement en termes d'intérêts, information qui, d'après l'appelant, l'a déterminé à acquérir ces obligations.

Dans le journal allemand XXX paraît le 3 juin 1997 un article sous l'intitulé *Exoten-Anleihen bringen noch Renditen,* dans lequel il est dit: *"Es gibt auch eine Vielzahl von Schuldnern, die einen höheren Zins zahlen, aber nicht von der Zalungsunfähigkeit bedroht sind. Hier handelt es sich vor allem um Anleihen lateinamerikanischer Länder – Argentinien, Mexiko - …".*

Un article de presse paru en mars 1997 dans YYY sur la solvabilité des pays, l'Argentine, dont l'auteur vante les mérites de l'économie, marque des points.

Les informations données à l'époque par DDD rejoignent donc l'avis exprimé par les spécialistes en la matière.

En ce qui concerne l'acquisition faite en janvier 2001 AAA reproche à son conseiller de lui avoir indiqué que la situation en Argentine était inchangée, alors qu'il était notoire dans les milieux bancaires en janvier 2001 que la situation politique et économique en Argentine était critique et allait avoir des répercussions négatives sur les créanciers de ce pays.

Il verse à l'appui de son affirmation une attestation testimoniale de son beau-frère GGG, qui dit avoir écouté en janvier 2001, sur invitation de AAA, une conversation téléphonique que ce dernier avait avec DDD, et lors de laquelle, selon le témoin, DDD a confirmé que la situation en Argentine était inchangée et bonne et qu'il n'y avait définitivement aucun risque quant à la récupération du capital.

La société BBB conclut au rejet de cette attestation testimoniale, faisant valoir que ce moyen d'obtention de preuve n'est pas licite en Allemange, lieu ou la conversation aurait été écoutée, et citant une décision du *Bundesarbeitsgericht,* qui retient: *"das zivilrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht des Gesprächspartners eines Telefongesprächs ist verletzt, wenn der andere einen Dritten durch aktives Handeln zielgerichtet veranlasst, das Telefongespräch heimlich mitzuhören."*

En l'espèce l'écoute n'a pas été *zielgerichtet,* le témoin déclarant qu'il avait également envisagé l'acquisition d'obligations argentines et que AAA l'a invité à écouter la conversation téléphonique pour recevoir des informations supplémentaires sur ces obligations.

Par ailleurs, l'entretien mené par l'employé de la société BBB avec AAA avait un caractère commercial dans le chef de la banque et aucune atteinte à la protection de la vie privée ou des droits de la personne n'est donnée.

Il ressort de la déposition du témoin GGG que AAA a demandé des renseignements sur l'évolution de la situation en Argentine, il devait donc avoir une idée de cette situation. La société BBB fait d'autre part

valoir que lors des ventes opérées fin 1999 et fin 2000 dans le cadre de son schéma d'optimisation fiscale d'obligations argentines achetées en début d'année AAA avait déjà essuyé des pertes sur ces obligations. Il n'était donc pas, surtout à cette époque, si néophyte en la matière qu'il veut le faire croire.

La société BBB verse à ce sujet encore des articles parus dans la presse spécialisée, notamment un article paru le 8 novembre 2000 dans XXX, où il est dit: *"Volkswirt ZZZ von der MMM hält eine Zahlungsunfähigkeit Argentiniens derzeit aber für unwahrscheinlich".* Encore le 9 avril 2001 XXX publie un article sous l'intitulé *Tipp II: Argentinische Anleihe* où est dit: *"Die deutsche Prämie ist eine Art Risikozulage. Dennoch hält Invesco die Anleihen für solche Anleger für interessant, die sowohl Geduld als auch etwas Risikobereitschaft mitbringen. Die Chancen dass Argentinien seine Schulden pünktlich bedient, gelten als relativ gut."*

La déclaration du témoin GGG qu'DDD aurait affirmé qu'il n'y aurait définitivement aucun risque lié au remboursement du capital est en contradiction avec les déclarations du témoin DDD, d'après lequel AAA a été informé des risques inhérents aux placements dans des titres sud-américains, et notamment du fait qu'aucun remboursement était garanti.

Les autres informations que, d'après le témoin GGG, DDD a données à l'appelant, ne peuvent, au regard des publications citées ci-dessus, être considérées comme sciemment inexactes ou insuffisamment recherchées.

Le jugement du Landgericht ……. du 1er juillet 2003, versé dans ce contexte par l'appelant et qui a condamné une banque à dédommager son client pour les pertes subies par l'investissement dans des obligations argentines, n'est pas pertinent pour la solution du présent litige, les faits de l'espèce étant différents, la banque allemande ayant eu les obligations argentines dans son offre et ayant eu, ou dû avoir connaissance d'une mise en garde interne spécifique concernant la situation en Argentine, et dont n'est pas établi qu'DDD aurait dû avoir connaissance.

La demande de l'appelant tendant à voir ordonner à la société BBB de produire les enregistrements téléphoniques ou les écrits relatifs à la délivrance d'informations au client, concernant les obligations portant le numéro d'identification …….. et …….. est à rejeter. L'intimée déclare ne pas être en mesure de fournir des enregistrements téléphoniques, étant donné qu'à l'époque les conversations téléphoniques n'étaient pas enregistrées. Il résulte par ailleurs à suffisance de droit des éléments du dossier que les informations ciblées demandées par l'appelant lui ont été fournies par la banque.

AAA invoque enfin des décisions de la Cour de Cassation française, qui retiennent que c'est à celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information de rapporter la preuve qu'il a exécuté cette obligation, ce que la banque est en défaut de faire. Il n'indique cependant pas quelle serait cette obligation particulière d'information à laquelle l'intimée serait légalement ou contractuellement tenue et il n'y a pas en l'espèce une telle obligation à charge de la société BBB.

L'appel est à dire non fondé.

L'appelant, qui succombe dans son appel et est à condamner aux frais et dépens de l'instance d'appel, ne peut prétendre à une indemnité de procédure et sa demande basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile est à rejeter.

La demande de la société BBB est à accueillir, étant inéquitable de laisser à sa charge l'intégralité des frais non compris dans les dépens qu'elle a dû exposer en instance d'appel. Il y a lieu de lui allouer une indemnité de procédure de 2.000.- euros au titre d'une participation aux honoraires d'avocat.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième 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 l'appelant à payer à la société anonyme BBB une indemnité de procédure de 2.000.- euros;

déboute l'appelant de sa demande basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile et le condamne aux frais et dépens de l'instance d'appel, dont distraction au profit de Maître Alex Schmitt, sur ses affirmations de droit.