A r r ê t c i v i l

Audience publique du mercredi, vingt-six avril deux mille six.

Numéro 23 821 du rôle.

Composition :

Marie-Paule ENGEL, présidente de chambre ;
Edmée CONZEMIUS, premier conseiller ;
Camille HOFFMANN, conseiller ;
Patrick KELLER, greffier.

E n t r e :

A), homme d'affaires, demeurant au LIBAN, **(…)**, **(…)**, **(…)**, **(…)**,

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre KREMMER de Luxembourg en date du 08 avril 1999,

comparant par Maître Charles OSSOLA, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

la société anonyme BQUE1) (LUXEMBOURG) S.A., établie et ayant son siège social à **(…)**, immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B **(…)**,

intimée aux fins du prédit exploit KREMMER,

comparant par Maître Paul MOUSEL, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

L A C O U R D ' A P P E L :

Revu l'arrêt rendu le 9 juin 2004 nommant expert monsieur Michel BIREL, service trésorerie et arbitrage, p. a. **BQUE2)**, **(…)**, L-**(…)**, avec la mission de :
« examiner les études prévisionnelles publiées par les analystes internationaux les plus importants sur l'évolution des cours de change USD/DEM à partir de janvier 1995 et auxquelles la **BQUE3)** (Luxembourg) avait ou devait avoir accès, dire si, et à partir de quelle date, un consensus plus ou moins large s'était formé parmi ces analystes quant à cette évolution des cours de change, et dire si eu égard à ces prévisions les règles de prudence avaient manifestement exigé la fermeture immédiate des positions de **A)** ou du moins leur fermeture à un délai plus court, eu égard aussi aux pertes d'ores et déjà accumulées et compte tenu du fait que le client ne fournissait pas de garanties supplémentaires ;
au cas où les parties pouvaient raisonnablement espérer un retournement de la situation en faveur des positions de **A)** jusqu'à la date de liquidation des différentes positions,
vérifier si ces liquidations étaient intervenues dans un contexte de baisse ou de hausse du USD par rapport au DEM et dire si les liquidations des positions étaient, aux dates où elles étaient effectuées, étaient manifestement contraires aux intérêts de **A)** eu égard aux prévisions établies par les analystes internationaux les plus importants au sujet de l'évolution des cours de change USD/DEM;
au cas où l'une de ces hypothèses était donnée :
évaluer le préjudice subi par **A)** suite à une éventuelle faute de la **BQUE3)** (Luxembourg), respectivement la chance qu'il avait perdue de réaliser un gain ou d'éviter une perte » ;
Revu l'arrêt du 14 juillet 2004 nommant expert monsieur Guy SEYLER, demeurant à Heisdorf, 25, rue Jean de Beck, en remplacement de monsieur Michel BIREL ;

Vu le rapport d'expertise déposé le 17 juin 2005.

A) demande la condamnation de la **BQUE3)** (Luxembourg) à lui payer la somme de 3.000.000 $ avec les intérêts légaux à partir du dépôt jusqu'à solde sinon à partir de l'exploit introductif d'instance. Il demande en outre que la demande de la **BQUE3)** (Luxembourg) en paiement du solde débiteur de 1.140.961,21 DM et de 70,12 CAD soit déclarée non fondée.
Subsidiairement, l'appelant demande la condamnation de la **BQUE3)** (Luxembourg) à lui payer le montant correspondant à la marge de couverture qu'elle aurait dû appliquer pour garantir les opérations de change à terme.
L'appelant soutient qu'il est établi par le rapport d'expertise que l'intimée a, par ses interventions fautives dans les positions de change, provoqué successivement des pertes de 602.200 DEM et de 275.000 DEM.
L'appelant réclame en outre une indemnisation pour le gain manqué entre la période du 19 avril et le 18 septembre 1995 et demande un supplément d'expertise pour évaluer ce préjudice.
Il demande une indemnité de procédure de 250.000 €.

BQUE3) (Luxembourg) demande la confirmation du jugement du 14 janvier 1999 ainsi qu'une indemnité de procédure de 15.000 €. En ordre subsidiaire, elle demande la compensation judiciaire entre les créances respectives des parties, au cas où l'appelant pourrait prétendre à une indemnisation.

Il a été exposé dans l'arrêt du 9 juin 2004 que **A)** et la **BQUE3)** (Luxembourg) étaient en relations d'affaires depuis 1988 et que **A)** se livrait à des opérations de spéculation sur les parités de change USD/DEM depuis 1991. Ces opérations furent couronnées de succès, mais à partir du mois de septembre 1994, les positions de change de **A)**, qui misait sur la hausse du dollar américain par rapport au mark allemand, se sont fortement dégradées suite à la baisse du dollar (taux de change USD/DEM = 1,7658 le 8 février 1994 et 1,593 le 15 septembre 1994). Suivant le rapport d'expertise Seyler, cette baisse n'avait en soi rien d'inquiétant et les analystes de la **BQUE3)** pouvaient raisonnablement prévoir, début décembre 1994, un taux de change de 1 USD = 1,65 DEM pour mi-1995. Les positions de change « long » (achat de USD à terme) défendues par **A)** étaient par conséquent conformes à l'évolution prévisible des taux de change au premier semestre 1995.
Eclata alors, fin 1994, une crise monétaire au Mexique qui provoqua la chute du peso. En raison de la forte implication américaine dans l'économie mexicaine, la crise du peso affecta négativement le taux du USD, qui au lieu d'entamer une hausse, continua à baisser. Le USD avait atteint son niveau le plus bas le 19 avril 1995 avec un cours de 1,3520 par rapport au mark.
Le 7 février 1995, alors que la crise mexicaine battait son plein, les parties, confrontées aux pertes considérables engendrées par le maintien des positions de change « long », avaient réaffirmé leur volonté de maintenir ces positions comme suit :
« Il a été convenu le scénario suivant.
Le scénario de la banque sur le dollar américain / mark est celui communément retenu par nos analystes des Études Économiques à Paris (1, 60-1,65) courant 1995.
La **BQUE3)** Luxembourg maintient la position actuelle dans la perspective d'atteindre cette parité, ce qui peut cependant prendre plus de temps que prévu. En cas de dégradation substantielle des cours par rapport au niveau actuel (1,50 environ), le client amènera un apport supplémentaire (voir lettre en annexe). La ligne de change terme sera fixée à maximum trois millions de dollars américains déjà engagés à ce jour. Une première stratégie a été mise en place: Au niveau 1,6250, 3.000.000.- dollars américains seront vendus, 3.000.000.- dollars américains seront vendus à découvert «short»), 3.000.000.- dollars américains seront gardés («long») en dollars américains.
À terme, l'objectif à atteindre est la récupération du capital initial de 3.000.000.- dollars américains. »

Quant à l'apport supplémentaire dont il est question dans le papier de stratégie du 7 février 1995, il est précisé dans une lettre du 26 octobre 1994 qui indique que : « *It is our due to inform you that we will be very pleased to raise our funds with you by One Million Dollar in the first semester of 1995, in case Dollar does oblige and go rational, if not we will raise, anyway, Half million Dollar on the second semester of 1995* ».

Comme la baisse de la monnaie américaine s'est poursuivie, la **BQUE3)** a réclamé des garanties supplémentaires.
Ainsi, le 11 avril 1995, elle propose à son client de mettre en place une couverture de la position USD/DEM. La **BQUE3)** note en outre que **A)** avait indiqué ne pas disposer actuellement de fonds disponibles pour apporter une couverture à sa position débitrice et qu'il n'est pas en mesure de fournir une garantie, notamment une garantie bancaire ; qu'au cas où le client n'acceptait pas les propositions définies par la **BQUE3)**, celle-ci accepterait « *de ne pas couper la position à ce jour, mais de fixer un ordre stop-loss à un niveau de USD/DEM de 1,33* ».
La **BQUE3)** réagit ensuite le 20 avril 1995 en réclamant l'octroi d'une deuxième hypothèque sur l'appartement du client sis **(…)**, **(…)** à **(…)**, dans le délai le plus court. En contrepartie, la **BQUE3)** affirme qu'elle n'entend pas contraindre **A)** à liquider les positions « *ce qui serait la politique à appliquer vis-à-vis d'un client ordinaire* » (cf. lettre du 21 avril 1995 se référant à un entretien du 20 avril 1995).
Or tout en assurant l'appelant de maintenir ses positions de change, la **BQUE3)** avait la veille, le 18 avril 1995, liquidé de sa propre initiative une position « long » de USD contre DEM, qui avait comme échéance initiale le 23 octobre 1995, par la vente de 3.000.000 USD contre DEM au cours de 1,3520. Il y a en outre lieu de constater que la **BQUE3)** s'était réservé d'appliquer un stop-loss au cas où le cours de change USD/DEM atteindrait un taux de 1,330 ; que cependant ce taux plancher n'était pas atteint le 18 avril 1995.
Suivant l'expert, cette initiative intempestive avait entraîné une perte de 602.200 DEM ainsi qu'un manque à gagner de 90.300 DEM à la date du 23 octobre 1995.
La **BQUE3)**, tablant encore sur une poursuite de la baisse du dollar, avait le 19 avril 1995, toujours sans l'accord de **A)**, ouvert une position de change « short » en vendant à terme (échéance le 23 octobre 1995) 2.000.000 USD contre des DEM au cours de 1 USD = 1,3458 DEM. La **BQUE3)** avait clôturé cette position le 18 septembre 1995 en achetant 2.000.000 USD contre DEM au cours de 1,4833. L'opération s'est par conséquent soldée par une perte de 275.000 DEM.

Le préjudice subi par **A)** par les fautes de la **BQUE3)** (Luxembourg) tel qu'évalué par l'expert s'établit à 967.500 DEM.
Comme l'expert a procédé à l'évaluation du gain manqué, la demande tendant à faire établir un supplément d'expertise à ces fins est irrecevable comme étant superfétatoire.

Même si en règle générale la banque, confrontée à des pertes substantielles de son client s'adonnant à des opérations des spéculations sur les parités de change des devises, est en droit de liquider des positions qui semblent intenables afin de se prémunir contre une augmentation incontrôlée du découvert, il y a cependant lieu de constater qu'en l'espèce la **BQUE3)** avait à d'itératives reprises assuré à son client de maintenir ses positions nonobstant la baisse continue du dollar et les pertes d'ores et déjà accumulées par le client en soulignant que cette façon de faire de la banque ne serait pas applicable vis-à-vis d'un client ordinaire ; que la **BQUE3)**

avait, le 11 avril 1995, fixé un stop-loss à une parité USD/DEM de 1,33 tout en notant que **A)** n'était « *à ce jour, pas en mesure de nous fournir une garantie, notamment une garantie bancaire* ». Lorsque la **BQUE3)** avait procédé, quelques jours plus tard, à la liquidation de la position de change « long » par la vente de 3.000.000 USD, elle ne pouvait justifier cette initiative par une violation de ses engagements par **A)**. L'attitude de la banque apparaît comme contradictoire et incohérente.
Dans ces circonstances, la décision de fermer la susdite position était prise aux risques et périls de la **BQUE3)**. Eu égard aux assurances réitérées de la banque de maintenir les positions de son client sous la réserve de l'application du stop-loss édicté, la décision en cause est fautive et engage sa responsabilité (cf. Vauplane et Bornet, Droit des marchés financiers, Litec, n° 932, p. 796).

A) demande principalement la condamnation de la **BQUE3)** (Luxembourg) à lui payer le montant de 3.000.000 USD en exécution de l'arrangement du 7 février 1995.
La Cour a retenu dans son arrêt du 9 juin 2004 que les termes de l'accord du 7 février 1995 ne sauraient inférer dans le chef de la banque un engagement unilatéral de reconstituer le capital initial de 3.000.000 $ de **A)**. La banque s'est simplement engagée à donner son appui à la stratégie élaborée par son client et de maintenir ses positions de change sous certaines conditions dans le but de permettre au client de reconstituer son capital initial. L'engagement de la banque porte sur le maintien des positions de change, mais non sur la réalisation de l'objectif à atteindre, la reconstitution du capital. Sa responsabilité est par conséquent limitée au préjudice causé à son client par les initiatives prises unilatéralement, à savoir par la fermeture, le 18 avril 1995, d'une position « long » de USD contre DEM et l'ouverture d'une position de change « short » le lendemain.
Il n'est en outre pas démontré que l'engagement même de la banque de maintenir ouvertes les positions de change de **A)** conformément à la demande de celui-ci eût été fautif. La banque aurait certes pu, en réagissant promptement à la crise financière mexicaine, neutraliser les pertes de son client en ouvrant des positions en sens contraire pour la même échéance, cependant, compte tenu des analyses sur l'évolution des marchés de change dont elle disposait, la banque ne pouvait à l'époque prévoir ni l'ampleur ni la durée de la baisse du dollar.
La demande en responsabilité doit par conséquent être déclarée non fondée dans la mesure où elle se base, soit sur la non-réalisation de l'objectif fixée par l'arrangement du 7 février 1995, soit sur le soutien par la banque de la stratégie proposée par son client.

A) demande subsidiairement la condamnation de la **BQUE3)** (Luxembourg) à lui payer le montant correspondant à la marge de couverture qu'elle aurait dû appliquer pour garantir les opérations de change à terme.

Les parties avaient en effet prévu dans les contrats de gage signés le 23 janvier 1995 un taux de couverture des engagements du client de 115% au

moins pour les montants en devises gagés et de 150% pour les obligations et autres titres de créance et de 200% pour les actions.

Au cas où la banque constaterait que les valeurs gagées ne couvrent plus les engagements (immédiatement exigibles ou non) du client, et ce à hauteur du taux de couverture stipulé, elle est en droit de demander au client de lui transférer des montants suffisants pour reconstituer le taux de couverture. **A)** reproche à la **BQUE3)** (Luxembourg) de n'avoir pas appliqué les taux de couverture stipulés et d'avoir, par cette négligence, contribué à alourdir sa dette.

Ce moyen n'est pas fondé.
En effet, la couverture des engagements pris par le client est stipulée dans l'intérêt de la banque et non du client. Celui-ci ne peut donc engager la responsabilité de la banque au cas où elle renonce à appliquer le taux de couverture stipulé. Il y a lieu de relever que la banque avait à plusieurs reprises réclamé des garanties supplémentaires à **A)** et que celui-ci n'y avait pas donné suite en faisant valoir que suivant les arrangements trouvés entre parties, les fonds supplémentaires n'étaient pas encore exigibles ; que **A)** s'est toujours référé à la lettre du 26 octobre 1994 pour rappeler que son engagement de verser un million de USD supplémentaire était exécutable pendant toute la durée du premier semestre 1995 et non seulement pendant le premier trimestre 1995 comme l'avait soutenu à tort la **BQUE3)** pour justifier la liquidation de la position de change de son client.

La **BQUE3)** (Luxembourg) demande la condamnation de **A)** à lui payer le solde débiteur de 1.140.961,21 DEM et de 70,12 CAD.
L'appelant résiste à cette demande en soutenant qu' « aucune facilité de découvert n'a été accordée par la **BQUE3)** ni sollicitée par monsieur **A)** ».
Ce moyen de défense est dépourvu de tout fondement.
Suivant le contrat de gage conclu entre parties le 23 janvier 1995, **A)** avait affecté en gage à la **BQUE3)** le solde créditeur du compte n° **COMPTE1)** jusqu'à entier remboursement des dettes garanties, à savoir de l'avance à terme fixe à hauteur de DEM 526.500 et à hauteur de CHF 7.434.719 ainsi que de la ligne de change à terme à hauteur de USD 3.000.000. Conformément à ce contrat, les rapports de gestion versés en cause renseignent que **A)** possédait en dépôts à terme une certaine somme en devises, à savoir des USD (jusqu'au 10 avril 1995) et des CAD destinés à couvrir des avances à terme en DEM. Le montant de 1.140.961,21 DEM représente la différence entre les dépôts à terme en CAD et les avances à terme en DEM d'après les positions au 31 mars 1996 suivant le rapport de gestion du 29 avril 1996 (cf. farde II b de l'intimée).
Les rapports de gestions furent communiqués à l'appelant et les montants y figurant n'ont pas donné lieu à des contestations. Il y a par conséquent lieu de retenir une créance en faveur de la **BQUE3)** de 1.140.961,21 DEM et de 70,12 CAD.

Il y a lieu de procéder à la compensation judiciaire des créances réciproques des parties.

La demande de la **BQUE3)** tendant à l'augmentation du taux de l'intérêt légal de trois points en application de la loi du 22 février 1984 relative au taux de l'intérêt légal est irrecevable, cette loi ayant été abrogée par la loi du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard. La partie créancière ne peut se prévaloir en l'espèce, quant à la majoration du taux de l'intérêt légal, d'une situation juridique acquise, de sorte que la loi du 18 avril 2004 doit s'appliquer conformément au principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle qui modifie un statut légal, en l'espèce le régime légal des intérêts de retard (Roubier, Le droit transitoire, éd. Dalloz et Sirey 1960, p. 317, 423 et ss.).

La demande en paiement d'une indemnité formée par la partie intimée en application de l'article 240 du NCPC est à rejeter au motif qu'elle n'a pas établi en quoi il serait en l'espèce inéquitable de laisser les frais non compris dans les dépens à sa charge.
Il serait en revanche inéquitable de laisser à la charge de la partie appelante l'ensemble des sommes exposées par elle et non comprises dans les dépens.
Quant au montant à allouer, la Cour ne peut prendre en considération que les honoraires d'avocat pour évaluer l'indemnité à allouer étant donné que la partie appelante n'a ni allégué ni prouvé avoir eu à supporter d'autres frais que des honoraires d'avocat qui, eu égard au caractère confidentiel qui leur est attaché, n'ont pas à être documentés par des pièces justificatives.
Compte tenu de l'import de l'affaire, des difficultés qu'elle comporte et des soins qu'elle exige, l'indemnité est à évaluer au montant de 8000 €.

P a r c e s m o t i f s :

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

déclare l'appel recevable ;

le dit partiellement fondé ;

r é f o r m a n t :

évalue la créance indemnitaire de **A)** à l'encontre de la **BQUE3)** (Luxembourg) à 967.500 DEM ;

fixe la créance de la **BQUE3)** (Luxembourg) à 1.140.961,21 DEM et à 70,12 CAD ;

déclare irrecevable la demande de **A)** en institution d'une expertise pour évaluer le gain manqué ;

opère la compensation entre les créances réciproques des parties ;

condamne **A)** à payer à la **BQUE3)** (Luxembourg) les montants de 173.461,20 DEM, soit 88.689,30 €, et 70,12 CAD, à convertir en euros au cours du jour de l'arrêt, avec les intérêts légaux du 21 février 1996 jusqu'à solde ;

déclare irrecevable la demande de la **BQUE3)** (Luxembourg) tendant à l'augmentation du taux de l'intérêt légal de trois points en application de la loi du 22 février 1984 relative au taux de l'intérêt légal ;

condamne **BQUE3)** Luxembourg à payer à **A)** une indemnité de procédure de 8.000 € ;

dit non fondée la demande de la **BQUE3)** (Luxembourg) en obtention d'une indemnité de procédure et l'en déboute ;

fait masse des frais et dépens de la présente instance d'appel et de la première instance, à l'exception des frais d'expertise, et les impose pour 1/3 à charge de la **BQUE3)** (Luxembourg) et pour les 2/3 à charge de **A)** avec distraction au profit de Maîtres Paul MOUSEL et Charles OSSOLA, avocats qui la demandent affirmant en avoir fait l'avance ;

met les frais d'expertise à charge de la **BQUE3)** (Luxembourg).

La lecture du présent arrêt a été faite en la prédite audience publique par Marie-Paule ENGEL, présidente de chambre, en présence de Patrick KELLER, greffier.