Arrêt commercial

Audience publique du onze mars deux mille neuf.

Numéro 33158 du rôle.

Composition :

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

E n t r e :

la société anonyme SOC.1.) S.A., *établie et ayant son siège social à L-**(…)**, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B **(…)**, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 22 octobre 2007,*

comparant par Maître André LUTGEN, avocat à Luxembourg ;

e t :

la société anonyme BQUE.1.) S.A., *établie et ayant son siège social à L-**(…)**, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B **(…)**, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du prédit exploit ENGEL,*

comparant par Maître Janine BIVER, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Faits

Le 15 janvier 1999, **BQUE.1.)** S.A. a consenti à la société anonyme **SOC.1.)** S.A. un prêt de 95.000.000 € pour une durée de cinq ans.

Ce prêt était destiné au « *financing of the acquisition of A-Shares in **SOC.3.)*** ».

Le même jour, un « *Pledge Agreement and Assignment* », soumis au droit suisse, fut signé entre parties afin de garantir le remboursement du prêt.

Les actions **SOC.3.)** furent déposées dans un compte de **SOC.1.)** S.A., ouvert auprès de **BQUE.2.)** S.A..

Le cours des actions **SOC.3.)** ayant chute par la suite, **BQUE.1.)** S.A. a demandé des garanties supplémentaires conformément à la clause « *Additional Securities* » du contrat de prêt, disant que : « *If at any time the Loan together with the accrued interest should exceed (a) 33 per cent, or after 31 March 1999 (b) 53 per cent of the Market Value of the Pledged Shares the Borrower shall, if so requested by the bank, provide within 5 Luxembourg Business Days such additional security to the Bank* (… …) ».

Aucun accord quant à la garantie supplémentaire à fournir par **SOC.1.)** S.A. n'ayant pu être trouvé entre parties, **BQUE.1.)** S.A. a, par courrier du 20 novembre 2002, donné instruction à **BQUE.2.)** S.A. *to transfer*, sur des comptes plus amplement spécifiés dans ledit courrier, *any Assets (other than shares in Dovaine Limited) from the pledged account no 237.892 held by **SOC.1.)** S.A. with **BQUE.2.)** S.A.*.

Le 20 novembre 2002, **SOC.1.)** S.A. a été informée de ce que 14.460.000 actions **SOC.3.)** ont été débitées de son compte.

Le compte de **SOC.1.)** S.A. présentait le 9 janvier 2003 un solde débiteur de 3.403.390,83 € – non couvert par le gage – que **BQUE.1.)** S.A. a réclamé à **SOC.1.)** S.A. par lettres datées des 28 et 30 juillet 2003.

Le 14 septembre 2003, **SOC.1.)** S.A. a demandé à **BQUE.1.)** S.A. *details of the amount of EUR 3.403.390,83.*

Le 27 octobre 2003, **BQUE.1.)** S.A. a répondu dans les termes suivants :

« (… …) ***BQUE.1.)*** *S.A. had realized the pledge in respect of the 14.460.000* ***SOC.3.)*** *shares represented by* ***X.)*** *on 21 November, 2002 by way of "Selbsteintritt". The realization of the pledge occurred because* ***BQUE.1.)*** *S.A. did not receive any payment from* ***SOC.1.)*** *S.A. following our letter to* ***SOC.1.)*** *dated 14 November 2002 whereby we had informed* ***SOC.1.)*** *S.A. about the planned realization of the pledge by private sale. The purchase price for the "Selbsteintritt" was EUR 6,10 per share which corresponds to the last quotation for* ***SOC.3.)*** *shares on the Luxembourg Stock Exchange on 22 November 2002. As already pointed out in our meeting on 22 November 2002, any sale of the shares through the Stock Exchange would certainly have caused a sharp drop in the share price and would have resulted in much lower sale proceeds. Since the subsequent discussions between* ***A.)*** *(acting on behalf of* ***SOC.1.)*** *S.A.) and* ***BQUE.1.)*** *regarding a possible new transaction which were initiated in our meeting of 22 November 2002 did not come to a satisfactory conclusion and have since then been aborted* ***BQUE.1.)*** *S.A. is not any longer willing to grant further leniency with respect to the payment of the still outstanding loan balance* ».

Assignation et jugement

Par exploit d'huissier du 13 juillet 2005, la société anonyme **SOC.1.)** S.A. a fait donner assignation à la société anonyme **BQUE.1.)** S.A. à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour :

- principalement, *remettre les parties en l'état du 22 novembre 2002, date à laquelle ont été mises en œuvre l'approbation litigieuse et l'incorporation du gage des actions* ***SOC.3.)*** *dans le patrimoine de la banque*, partant ordonner la restitution de 14.460.000 actions **SOC.3.)** GLOBAL à **SOC.1.)** S.A. ;

- subsidiairement, condamner **BQUE.1.)** S.A. – ce pour inexécution de ses obligations contractuelles sinon délictuelles sinon quasi-délictuelles – à payer à **SOC.1.)** S.A. des dommages et intérêts de 101.794.000 €, sinon toute autre somme à déterminer ex aequo et bono ou par voie d'expertise, représentant la différence entre la valeur des actions au jour de la conclusion du contrat de gage et le 20 novembre 2002, date choisie par la banque pour évaluer la valeur du portefeuille qu'elle s'est approprié :

- plus subsidiairement, condamner **BQUE.1.)** S.A. à appliquer le cours du 22 novembre 2002, soit 6,85 € par titre, et en conséquence, condamner **BQUE.1.)** S.A. à payer à **SOC.1.)** S.A. le montant de 10.845.000 € du chef de *mise en compte fautive du cours applicable*, sinon à titre de dommages et intérêts ;

- en tout état de cause, condamner **BQUE.1.)** S.A. à payer à **SOC.1.)** S.A. les intérêts légaux à partir du 22 novembre 2002, date de l'appropriation litigieuse, sinon à compter du 14 janvier 2004, date de l'envoi d'un courrier recommandé de protestation, sinon à compter de l'assignation introductive d'instance, jusqu'à solde ;

- en tout état de cause, condamner **BQUE.1.)** S.A. au paiement d'une indemnité de procédure de 10.000 € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

BQUE.1.) S.A. a conclu reconventionnellement à la condamnation de **SOC.1.)** S.A. au paiement du montant de 3.403.390,83 € avec les intérêts légaux à partir du 20 novembre 2002, date de la réalisation du gage, sinon à partir du 28 juillet 2003, date d'une mise en demeure, sinon à partir du 7 février 2006, date de la présentation de la demande reconventionnelle, jusqu'à solde.

Par jugement du 25 avril 2007, le tribunal a reçu les demande principale et reconventionnelle en la forme, a dit non fondée la demande principale, a dit fondée la demande reconventionnelle, a condamné la société anonyme **SOC.1.)** S.A. à payer à **BQUE.1.)** S.A. le montant de 3.403.390,83 € avec les intérêts légaux à partir du 7 février 2006, jusqu'à solde, a débouté les parties de leurs demandes respectives en obtention d'une indemnité de procédure et a condamné la société anonyme **SOC.1.)** S.A. aux frais et dépens de l'instance.

Pour décider ainsi, le tribunal a – en substance – :

1) quant à la demande principale

- constaté que *la banque s'est appropriée les titres après avoir à plusieurs reprises mis en demeure la société **SOC.1.)** S.A. de fournir de nouvelles garanties* ;

- relevé que *neuf mois se sont écoulés entre la première mise en demeure et la date à laquelle finalement les titres ont été vendus* ;

- relevé que *la banque a acquis les titres à la valeur du cours du jour de l'appropriation et qu'elle n'a pas procédé à une vente publique des titres, ce qui au vu de la grande quantité de titres sur laquelle portait le gage aurait entraîné une baisse inévitable de la valeur de ceux-ci* ;

- dit – face à l'argumentation de **SOC.1.)** S.A. que **BQUE.1.)** S.A. n'a *ni défini ni suivi des règles strictes en ce qui concerne le déclenchement et la mise en œuvre du « Selbsteintritt »* – que *le créancier*, au cas où les injonctions faites au débiteur de fournir des garanties supplémentaires restent infructueuses, *est libre de procéder à la réalisation du gage* et qu'*il n'existe aucune obligation*, dans le chef du

créancier, *d'informer le débiteur à l'avance du jour où la réalisation aura effectivement lieu* ;

- constaté que par courrier du 14 novembre 2002, **SOC.1.)** S.A. a été avisée de la *réalisation imminente* du gage par **BQUE.1.)** S.A.;

- dit que **SOC.1.)** S.A. reste en défaut de prouver que **BQUE.1.)** S.A. a commis un abus de droit en fixant l'appropriation des titres à une date où le cours était le plus bas ;

- dit que **SOC.1.)** S.A. fait en vain plaider que **BQUE.1.)** S.A aurait influencé le cours des actions dans le sens d'une remontée significative ;

- dit que **SOC.1.)** S.A. aurait *dû apprécier au moment de la conclusion du prêt*, et *le risque qu'elle encourait en fournissant en gage un paquet important de titres provenant du même émetteur*, et *l'éventualité que pour éviter une chute des cours en cas de réalisation massive des cours la banque serait amenée à s'approprier les titres* ;

- retenu que **SOC.1.)** S.A. ne saurait actuellement reprocher à **BQUE.1.)** S.A. *de ne pas l'avoir dissuadée de signer ce gage*.

2) quant à la demande reconventionnelle

- relevé que le montant de 3.403.390,83 € n'a pas été autrement contesté par **SOC.1.)** S.A ;

- dit que le courrier du 28 juillet 2003 ne saurait être considéré comme constituant une mise en demeure ;

- en conséquence, condamné **SOC.1.)** S.A. à payer à **BQUE.1.)** S.A. le montant de 3.403.390,83 € avec les intérêts légaux à partir du jour de la présentation de la demande reconventionnelle, jusqu'à solde.

De ce jugement, qui lui a été signifié le 21 septembre 2007, **SOC.1.)** S.A. a relevé appel par exploit d'huissier du 22 octobre 2007.

<u>Les moyens d'appel de **SOC.1.)** S.A.</u>

En premier lieu, **SOC.1.)** S.A. fait plaider :

- que les parties au contrat de gage auraient limitativement désigné les modes de réalisation du gage, à savoir « *either by private contract or by force of law* » ;

- que la réalisation du gage par « *Selbsteintritt* » ne saurait s'analyser en un « *private contract* », donc en une vente de gré à

gré qui présuppose une rencontre de volontés et partant une pluralité de parties ;

- qu'en l'occurrence, tant le moment que le prix d'achat des actions **SOC.3.)** auraient été unilatéralement décidés par **BQUE.1.)** S.A. ;

- que le « *Selbsteintritt* » ne rentrerait pas dans le champ contractuel des parties et que les juges de première instance auraient à tort décidé que **BQUE.1.)** S.A. était en droit de recourir à pareil mode de réalisation du gage.

En second lieu, à supposer que la réalisation du gage par la voie du « *Selbsteintritt* » corresponde à un « *private contract* », **SOC.1.)** S.A. reproche à **BQUE.1.)** S.A. d'avoir violé, en agissant comme elle l'a fait, son obligation d'agir loyalement et équitablement au mieux des intérêts de son client et de l'intégrité du marché.

SOC.1.) S.A. fait plus particulièrement exposer dans ce contexte :

- que **BQUE.1.)** S.A., revêtant elle-même la qualité d'actionnaire de **SOC.3.)** GLOBAL S.A., aurait dû se rendre compte du conflit existant entre, d'une part, son propre intérêt consistant à acquérir les actions **SOC.3.)** au prix le plus bas, et d'autre part, l'intérêt de **SOC.1.)** S.A., désireuse de voir réaliser les titres donnés en gage au cours le plus élevé ;

- que **BQUE.1.)** S.A. *aurait dû, soit s'abstenir tout court de conclure un contrat de gage portant sur le portefeuille de 14.460.000 titres **SOC.3.)**, soit introduire dans le contrat de gage des stipulations contractuelles garantissant la sauvegarde des intérêts du débiteur en cas de réalisation du gage.*

SOC.1.) S.A. reproche dès lors à **BQUE.1.)** S.A. :

- d'avoir manqué à son devoir de prévoyance, de diligence et de bonne foi au niveau de la préparation du contrat de gage, se basant plus particulièrement *sur les articles 2 et 3 du Code civil suisse, à la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières, aux principes jurisprudentiels dégagés à propos des obligations des banquiers en droit suisse ainsi qu'aux principes imposés par l'article 37 de la loi modifiée du 5 avril 1993 sur le secteur financier, explicités par la circulaire CSSF 2000/15* ;

- d'avoir failli à ses obligations contractuelles en ne procédant pas à la réalisation du gage dans des conditions de nature à sauvegarder les intérêts de son client, invoquant – dans ce contexte – *les articles 2 et 3 du Code civil suisse, toute autre disposition de droit suisse applicable, la jurisprudence ATF 119, II, page 344 et ss citée par*

Me BORY-VILLA ainsi que les principes dont le respect est imposé par la circulaire CSSF 2000/15.

Enfin, **SOC.1.)** S.A. fait remarquer :

- que **BQUE.1.)** S.A. a, dans son courrier du 27 octobre 2003, déclaré avoir appliqué à l'opération litigieuse *the last quotation for **SOC.3.)** shares on the Luxembourg Stock Exchange on 22 November 2002* ;

- que dans ce cas, l'appropriation litigieuse aurait dû s'effectuer au cours de 6,85 € par titre ;

- que **SOC.1.)** S.A. pourrait dès lors prétendre au remboursement de la *différence de (6,85 – 6,10) x 14.460.000 = 10.845.000 €*, sinon à l'allocation *de dommages et intérêts à concurrence du même montant pour inexécution dans le chef de la banque de son obligation de résultat d'appliquer à l'opération litigieuse le cours du jour correct du titre.*

Quant à la demande reconventionnelle de **BQUE.1.)** S.A., **SOC.1.)** S.A. demande acte de ce qu'elle conteste le montant réclamé et soutient qu'il appartient à la banque *de justifier le quantum du crédit utilisé et celui des intérêts courus.*

SOC.1.) S.A. conclut à voir :

*1) chiffrer la créance de la banque au 22 novembre 2002 au cas où il serait fait droit à la demande tendant à la restitution des 14.460.000 actions **SOC.3.)** ;*

*2) au cas où des dommages et intérêts seraient à allouer à **SOC.1.)** S.A. :*

a) confirmer le cours à prendre en considération au niveau de l'appropriation litigieuse ;
*b) chiffrer le montant des dommages et intérêts à allouer à **SOC.1.)** S.A. ;*
c) chiffrer le solde redû à la banque sur le montant du prêt consenti ;
d) opérer une compensation entre les montants sub b) et c) ;

*3) au cas où le cours de 6,85 € au lieu de 6,10 € serait pris en considération, recalculer le solde redû à la banque sur le montant du prêt consenti et opérer une compensation entre le montant de 10.845.000 € et le montant redû sur le prêt à allouer à **SOC.1.)** S.A..*

SOC.1.) S.A. réclame encore une indemnité de procédure de 10.000 € pour la première instance et une indemnité de procédure de 5.000 € au titre des frais par elle exposés lors de l'instance d'appel.

Appel incident de **BQUE.1.)** S.A.

BQUE.1.) S.A. relève appel incident, critiquant les juges de première instance 1) en ce qu'ils n'ont alloué les intérêts légaux sur le montant de 3.403.390,83 € qu'à partir de la date de la présentation de la demande reconventionnelle après avoir dit que les précédents courriers ne seraient pas à assimiler à une mise en demeure et 2) en ce qu'ils n'ont pas fait droit à la demande en allocation d'une indemnité de procédure de 10.000 € pour la première instance.

BQUE.1.) S.A. conclut à voir réformer le jugement du 25 avril 2007 sous ces rapports.

DISCUSSION

APPEL PRINCIPAL

I) Quant à la réalisation du gage par voie de « *Selbsteintritt* »

BQUE.1.) S.A. fait plaider qu'en reconnaissant dans l'assignation en référé du 18 octobre 2002 la validité de la réalisation du gage sous la loi suisse, **SOC.1.)** S.A. serait actuellement malvenue d'en critiquer la régularité en s'appuyant sur l'avis juridique émis par Maître Laurence BORY-VILLA, avocate suisse.

BQUE.1.) S.A. conclut à la réformation du jugement entrepris *en ce qu'il s'est prononcé sur toutes les prétentions adverses, alors qu'il n'était pas nécessaire d'y statuer compte tenu de l'appréciation correcte des faits par les premiers juges retenant que* ***SOC.1.)*** *S.A. n'a jamais conclu à la nullité du gage litigieux.*

BQUE.1.) S.A. demande à la Cour – *pour le cas où la Cour serait d'avis que la motivation des premiers juges serait insuffisante – de combler cette omission en instance d'appel en écartant tous les développements de* ***SOC.1.)*** *S.A. relatifs à la prétendue irrégularité de la réalisation du gage pour cause de tardiveté.*

Pour autant que la Cour devait retenir que **SOC.1.)** S.A. n'est pas déchue de son droit de contester la validité de la réalisation du gage sous la loi suisse, ***BQUE.1.)*** *S.A. demande la confirmation du jugement par adoption des mêmes motifs.*

Il ressort de l'ordonnance des référés du 26 novembre 2002 que **SOC.1.)** S.A. a *critiqué l'application au contrat de gage de la loi suisse*

en soutenant que cette loi plus libérale permettrait à la Banque de commettre une voie de fait au sens de la loi luxembourgeoise.

Indépendamment de la question quant à la pertinence de cette *critique,* il demeure que les considérations développées devant le juge des référés ne sauraient lier les parties litigantes lors de leurs plaidoiries devant la juridiction statuant sur le fond du litige.

SOC.1.) S.A. est en droit de maintenir et de développer in extenso devant la Cour, appelée à connaître du fond de l'affaire, ses observations en rapport avec la réalisation du gage telle que définie par les parties en cause.

Ensuite, **BQUE.1.)** S.A. estime *irrecevable pour être nouvelle en instance d'appel l'argumentation de* ***SOC.1.)*** *S.A.*, consistant à dire que *la réalisation par voie de « Selbsteintritt » s'analyserait en un contrat de gré à gré (private contract) et partant ne rentrerait pas dans les prévisions contractuelles des parties*.

La banque ajoute qu'en *plaidant sans réserves en première instance la prétendue irrégularité de la mise en œuvre du mode de réalisation par la voie du « Selbsteintritt » contractuellement réservé à la* ***BQUE.1.)***, ***SOC.1.)*** *S.A. aurait forcément acquiescé au fait que cette procédure rentre bel et bien dans les prévisions contractuelles des parties.*

Comme l'a correctement relevé **SOC.1.)** S.A., l'argument suivant lequel le « *Selbsteintritt* » ne rentre pas dans le champ contractuel des parties pour ne pas constituer un « *private contract* », constitue un simple moyen, recevable en instance d'appel, fût-il nouveau.

Ce moyen n'est cependant pas fondé.

L'article 9 du « *Pledge agreement and assignment* » est de la teneur suivante :

« *In the event that the Debtor is in arrears with the fulfilment of the Claims, the bank is automatically entitled to realize the Assets forthwith at its discretion, either by private contract or by force of law. Such realization will be carried out regardless of the formalities contained in the Swiss Federal Act concerning Debt Collection and Bankruptcy or of the provisions prevailing at the place of realization abroad. If there is more than one Claim, the Bank shall, at its discretion, decide to which Claim the Assets or the proceeds of realization are to be allocated* ».

En cas de non-paiement de la dette par le débiteur, la réalisation du gage par voie de « *Selbsteintritt* » ne se différencie pas – de par sa nature – de la réalisation du gage par « *private contract* », tant que l'objet du gage a une valeur objectivement déterminable.

Tel a été le cas en l'espèce, l'appropriation des titres par la banque s'étant réalisée au regard de la cotation officielle des titres en bourse le jour de l'appropriation.

Comme le soulignent les avocats Guy VERMEIL et Jacques BUSSET du cabinet d'avocats LENZ & STAEHELIN dans leur avis juridique du 24 octobre 2005 :

« (… …) *En matière bancaire, la clause du contrat de gage qui autorise le créancier à se porter lui-même acquéreur n'a pas besoin d'être formulée de manière expresse et il suffit que le contrat prévoie la possibilité d'une réalisation privée* (… …) ».

Selon le Tribunal fédéral suisse « (… …) *La faculté pour la banque de se porter elle-même acquéreuse des actions est implicitement comprise dans la réalisation de gré à gré ; que le terme « realize » s'applique à tout acte permettant au créancier de s'approprier la valeur du gage, y compris le fait de se porter lui-même acquéreur* (… …) ».

La doctrine suisse admet – elle aussi – que la *faculté d'acquérir l'objet du gage par voie de « Selbsteintritt » n'a pas besoin d'être expressément prévue lorsque les avoirs grevés sont cotés en bourse ou lorsqu'il existe d'une autre manière un « prix du marché » pour de tels biens* (cf : avis de l'étude LENZ & STAEHELIN du 24 octobre 2005, page 4 et 5).

C'est dès lors en vain que **SOC.1.)** S.A. reproche à **BQUE.1.)** S.A. *de n'avoir pas introduit dans le contrat de gage des stipulations contractuelles garantissant la sauvegarde des intérêts du débiteur en cas de réalisation du gage*, alors que le fait d'avoir prévu la réalisation de la vente de gré à gré implique selon les usages bancaires la possibilité que le créancier gagiste se porte lui-même acquéreur des valeurs mobilières nanties, circonstance que **SOC.1.)** S.A., non profane en la matière, n'était certainement pas sans savoir.

A relever, dans ce contexte, que l'avis juridique – moins explicite – de Maître Laurence BORY-VILLA, versé au dossier par **SOC.1.)** S.A., n'ébranle en rien l'avis motivé et détaillé du cabinet LENZ & STAEHELIN.

II) <u>Quant aux prétendus manquements dans le chef de **BQUE.1.)** S.A.</u>

Présentement, la question qui se pose est de savoir si le « *Selbsteintritt* », réalisé par **BQUE.1.)** S.A. en novembre 2002, s'est fait dans le respect des droits de **SOC.1.)** S.A. dont les titres avaient été nantis.

SOC.1.) S.A. soutient que les juges de première instance auraient à tort retenu que ses intérêts avaient été *convenablement protégés*, faisant plus particulièrement plaider :

- que *les mises en demeure du débiteur de constituer des garanties supplémentaires ne suffisent pas – à elles seules – pour déclencher la procédure de réalisation du gage* ;

- que la banque aurait dû se conformer à la clause « *Events of Early Repayment* » du contrat de prêt qui prévoit que « *If* (… …) *the Borrower fails to comply with its obligations set out under Additional Security* (… …) *then the Bank may take either or both of the following actions: 1) by notice to the Guarantor and the Borrower declare the Loan immediately due and payable whereupon the same shall become so payable together with interest accrued thereon and all other amounts payable hereunder 2) by notice to the Guarantor and the Borrower declare that the available Loan Amount shall be cancelled, whereupon the same shall be cancelled and all amounts payable hereunder shall become due and available*» »;

- que seul le manquement du débiteur de se conformer à ces injonctions aurait été de nature à justifier la réalisation du gage;

- qu'au regard du nombre important des mises en demeure adressées à **SOC.1.)** S.A., le caractère impératif y attaché aurait été considérablement atténué ;

- que, par ailleurs, **BQUE.1.)** S.A. n'aurait désigné aucune de ces injonctions comme constituant l'ultime ;

- que – de surcroît – la banque aurait omis d'annoncer la date de la réalisation du gage.

Selon **SOC.1.)** S.A., le comportement arbitraire de la banque aurait pu être mis en échec par l'introduction dans le contrat de gage de stipulations précises en rapport avec la mise en œuvre de la procédure de la réalisation du gage ; qu'en omettant de prévoir de telles stipulations, **BQUE.1.)** S.A. aurait *manqué à son obligation de sauvegarder les intérêts du client et d'agir à son égard avec compétence et diligence.*

La Cour ne saurait se rallier à cette argumentation.

BQUE.1.) S.A., en insérant dans le « *Pledge Agreement and Assignment* » la clause que « *In the event that the Debtor is in arrears with the fulfilment of the Claims, the bank is automatically entitled to realize the Assets forthwith at its discretion, either by private contract or by force of law* (… ...) », a clairement informé son débiteur de ce qu'elle est autorisée à réaliser le gage, sans délai, en cas de non-observation par le débiteur des obligations à sa charge.

Selon l'avis du cabinet LENZ & STAEHELIN « (… …) *le moyen d'information approprié consistera dans la fixation d'un délai à l'échéance duquel, si le remboursement ou la régularisation exigés par le créancier ne sont pas intervenus, le créancier se réserve le droit de mettre à exécution sa menace de réaliser le gage.* (… …). *Si le débiteur ne met pas à profit le délai qui lui est imparti, le créancier gagiste est en droit de procéder sans autre formalité à la réalisation des avoirs nantis, sans avoir en outre l'obligation de préciser la date à laquelle cette réalisation doit avoir lieu. Par ailleurs, ni la jurisprudence* (suisse) *ni la doctrine* (suisse) *n'exigent que le créancier fasse usage de son droit de réaliser ses gages* (… …) *dans un délai déterminé après avoir satisfait à son devoir d'information, le moment de la réalisation étant laissé à son appréciation* (… …) ».

Il appert des pièces soumises à la Cour que **BQUE.1.)** S.A., en se référant à la clause « *Additional Securities* », a demandé le 19 février 2002 à **SOC.1.)** S.A. de fournir *such additional security* endéans *5 Luxembourg business Days, i.e. until 26.02.2002, close of business Luxembourg Time.*

BQUE.1.) S.A., qui n'a pas jugé satisfactoires les garanties supplémentaires proposées par **SOC.1.)** S.A., a, après de nombreux courriers échangés de part et d'autre, adressé le 10 octobre 2002 à **SOC.1.)** S.A., tout en se référant aux stipulations contractuelles entre parties, une mise en demeure de la teneur suivante :

« (… …) *Since our first request dated February 19, 2002 and following further requests for Additional Securities dated February 20, 2002, March 05, 2002 and May 29, 2002 we have not been provided with the requested Additional Securities.*

Therefore, in application of section "Events of Early Repayment" (c) and notwithstanding the obligation of the Borrower to repay pursuant to section "Mandatory Prepayment", we hereby declare the Loan together with the accrued interest as immediately due and payable.

As a consequence, we request payment of the total amount of …… plus the accrued interest of … ….

(… …).

In case we do not receive the amount due and payable without deductions in our above-mentioned account at the latest October 18, 2002, we will realize without further delay our pledge on the Pledged shares or other pledged items in accordance with the Pledge Agreement by private sale (Freihändige Verwertung) regardless of the formalities of the Swiss Federal Act concerning Debt Collection and Bankruptcy (Schweizer Schuldbetreibungs – und Konkursrecht) (including the purchase of the Pledged Shares

***by us (Selbsteintritt)) and to offset the proceeds from such private sale against our payment claims under the Agreement* ».**

SOC.1.) S.A. ne saurait donc raisonnablement soutenir ne pas avoir été informée des mesures envisagées par **BQUE.1.)** S.A. en cas de non respect de ses obligations contractuelles.

Si par courrier du 22 octobre 2002, **BQUE.1.)** S.A. se déclara « (… …) *(i) prepared to postpone for the time being the realization of the pledge and (ii), in principle, prepared to enter into an agreement with* ***SOC.1.)*** *S.A. providing that our acceleration notice dated October 10, 2002 would be deemed to have no effect, subject to the following conditions being complied with* : (… …) **»,** il n'en reste pas moins que le même courier du 22 octobre 2002 « *is not to be considered as containing a waiver of our notice of October 10, 2002 or of our right to realize the pledge and in the case the above conditions are not fulfilled by close of business October 25, 2002 we will realize without further delay our pledge on the Pledged Shares* (… …) **».**

De même, par courrier du 24 octobre 2002, **SOC.1.)** S.A. a été avertie – suite à ses propositions du 17 octobre 2002 – de ce que **BQUE.1.)** S.A. « (… …) *reserve all our rights. In particular, if an agreement cannot be found on the above basis we would be forced to realize our pledge without further delay and to take all other legal steps against borrower and other obligors* **».**

Les parties en cause n'ayant – nonobstant les nombreuses négociations – pas prospéré dans leur tentative de trouver un accord quant aux garanties additionnelles à fournir par **SOC.1.)** S.A., **BQUE.1.)** S.A. a, par lettre du 14 novembre 2002, déclaré à **SOC.1.)** S.A. « (… …) *that we will now realize without further delay our pledge on the Pledged Shares* (… ….) ».

SOC.1.) S.A. connaissait donc parfaitement les intentions de **BQUE.1.)** S.A. au cas où elle n'honorerait pas ses engagements financiers.

Aucun arbitraire ne saurait être reproché à **BQUE.1.)** S.A. dans ses démarches.

Par ailleurs, **SOC.1.)** S.A. avait elle-même admis, dans son courrier du 16 octobre 2002, qu'il faut trouver « *a solution* » et que « *the situation has continued for too long without any serious remedy* ».

SOC.1.) fait encore vainement plaider que les juges de première instance auraient à tort retenu que *la procédure telle qu'elle a été suivie par la banque était de nature à sauvegarder les droits de* ***SOC.1.)*** *S.A.* et que *les deux parties ont eu le même intérêt, à savoir, une forte valeur des actions* ***SOC.3.)*** *données en gage lors de leur réalisation.*

Dans ce contexte, **SOC.1.)** S.A. fait remarquer que la banque aurait eu un intérêt certain à se voir attribuer la propriété des biens entrant dans son patrimoine au prix le plus bas possible en augmentant ainsi ses chances de réaliser une plus-value en cas de revente des titres; que, dans ces circonstances, la créance résiduelle à l'égard du débiteur aurait été d'autant plus grande que la valeur de la réalisation du gage aurait été faible.

SOC.1.) S.A. souligne qu'en n'indiquant pas la date de la réalisation du gage, **BQUE.1.)** S.A. *n'aurait pas agi de la manière la moins dommageable* pour son débiteur, ce d'autant plus que **BQUE.1.)** S.A., en sa qualité d'actionnaire de **SOC.3.)** GLOBAL, aurait fait, après la réalisation du gage, des déclarations de nature à influer sur le cours des actions dans le sens d'une remontée considérable ; que **BQUE.1.)** S.A. aurait ainsi abusé de sa position pour avoir orchestré – avec soin et dans son seul intérêt – l'appropriation des actions données en gage par **SOC.1.)** S.A..

Cette argumentation tombe à faux.

Il ressort des relevés soumis à la Cour que pendant la période du 19 février 2002 au 6 novembre 2002, le cours du titre **SOC.3.)** – quelques exceptions mises à part – a continuellement chuté, allant de 11,84 € à 5,03 par titre.

Si **BQUE.1.)** S.A. avait effectivement voulu léser les intérêts de **SOC.1.)** S.A., elle n'aurait certainement pas manqué de mettre à exécution sa menace de réaliser le gage dans les jours suivant l'envoi de sa mise en demeure du 10 octobre 2002, période dans laquelle le cours du titre oscillait entre 4,90 et 5 € par titre.

Or, **BQUE.1.)** S.A. n'a opté pour le « *Selbsteintritt* » qu'après de longues négociations avec **SOC.1.)** S.A., restées toutes infructueuses.

BQUE.1.) S.A., face à un débiteur qui ne mettait pas à profit les délais lui impartis pour remplir ses engagements contractuels, n'avait pas à indiquer de date concernant la réalisation du gage qui était laissée à sa libre appréciation (cf : avis du cabinet LENZ & STAEHELIN).

BQUE.1.) S.A. a procédé par « *Selbsteintritt* », et dans un délai raisonnable suivant son ultime sommation du 14 novembre 2002 par l'intermédiaire de la **BQUE.2.)** S.A. auprès de laquelle étaient déposés les titres litigieux, et à une date où le cours du titre **SOC.3.)** affichait une légère hausse par rapport à celui des jours précédents.

Que **BQUE.1.)** S.A. ait – par le biais de déclarations faites dans le journal « **JOURNAL.1.)** » en novembre 2002 par son Chief Executive Officer, le sieur **B.)**, – influencé le cours des actions **SOC.3.)** dans le sens d'une remontée, laisse d'être établi. Si le cours du titre a dénoté

une légère progression après le 20 novembre 2002, ce fait n'est certainement pas à attribuer aux déclarations, peu circonstanciées, du CEO de **BQUE.1.)** S.A..

Ceci est d'autant plus vrai dans la mesure où **BQUE.1.)** S.A. s'était elle-même défaite « (… …) *im September 2003 von dem Restbestand ihrer ursprünglichen **SOC.3.)**-Beteiligung zu einem Durchschnittskurs von 5,74 €* » (cf : lettre du 16 juillet 2004 adressée par **BQUE.1.)** S.A. à la CSSF), donc à un prix nettement inférieur à celui réalisé au 20 novembre 2002 au moment du « *Selbsteintritt* ».

Ainsi, **BQUE.1.)** S.A., en s'appropriant des titres par « *Selbsteintritt* », a repris à son compte non seulement les profits mais aussi les risques en rapport avec l'évolution du cours boursier des valeurs mobilières en question.

On ne saurait – dans les circonstances données – reprocher à **BQUE.1.)** S.A. d'avoir agi au mépris des intérêts de son débiteur notamment en réalisant les titres litigieux par « *Selbsteintritt* » à un moment particulièrement défavorable pour **SOC.1.)** S.A..

A cela s'ajoute – et les parties ne divergent pas sur ce point – que le fait de jeter sur le marché un paquet important d'actions cotées aurait été de nature à engendrer une baisse importante du cours des titres.

Concernant la date de la réalisation du gage par « *Selbsteintritt* », **SOC.1.)** S.A. a, dans sa lettre adressée à **BQUE.1.)** S.A. le 14 janvier 2004, fait remarquer ce qui suit :

« (… …) *S'agissant à présent de la mise en œuvre par votre banque de la réalisation que celle-ci, ainsi que nous venons de le voir, aurait dû éviter, nous relevons tout d'abord que l'ordre de transférer les titres gagés du compte de notre mandante auprès de la **BQUE.2.)** S.A. sur divers comptes de la **BQUE.1.)** S.A. a été donné le 20 novembre 2002. Un avis de débit datant du 20 novembre 2002 renseigne que ledit ordre a été exécuté le même jour.*

*Il nous a paru intéressant d'examiner le moment choisi par votre banque pour procéder à la réalisation du gage par rapport à l'évolution du cours des titres **SOC.3.)** GLOBAL, d'une part, par rapport aux événements susceptibles d'avoir influencé ledit cours d'autre part.*

*Nous avons constaté tout d'abord que la date du 20 novembre 2002 se situe au début d'une évolution favorable du cours des titres **SOC.3.)** GLOBAL et que dans les jours ayant suivi cette date, ledit cours a même connu une hausse très remarquable, à savoir 21.11 : 6,20 € ; 22.11 : 6,85 € ; 23.11 : 7,50 € ;* (… …) ».

SOC.1.) S.A. reconnaît donc – ce au regard des pièces justificatives versées au dossier – que l'appropriation des titres litigieux par

BQUE.1.) S.A. s'est réalisée le 20 novembre 2002, date à laquelle le cours du titre s'élevait à 6,10 €.

SOC.1.) S.A. ne soumet à la Cour aucun argument solide qui serait de nature à contredire ses propres affirmations et les pièces du dossier qui documentent clairement que l'appropriation par « *Selbsteintritt* » s'est réalisée à la date du 20 novembre 2002.

A cela s'ajoute que le montant de 3.403.390,83 € réclamé reconventionnellement par **BQUE.1.)** S.A. correspond au *status of account per 21 novembre 2002* (cf : pièce numéro 21 de la farde de pièces de Maître André LUTGEN), ce qui laisse présupposer que le transfert des actions litigieuses a été effectué avant cette date.

Que **BQUE.1.)** S.A. ait indiqué, dans sa lettre du 27 octobre 2003, comme date d'appropriation des titres une date autre que celle du 20 novembre 2002 repose dès lors sur une simple erreur matérielle sans conséquence juridique aucune.

III) Quant à la demande reconventionnelle

Dans son jugement du 25 avril 2007, le tribunal a déclaré fondée la demande reconventionnelle pour le montant de 3.403.390,83 € en relevant que *le solde redû n'étant pas autrement contesté.*

La Cour se doit de constater que dans son acte d'appel du 22 octobre 2007, **SOC.1.)** S.A. ne conteste pas autrement le bien-fondé de la demande reconventionnelle mais conclut à voir opérer, le cas échéant, la compensation entre le montant devant lui être payé par **BQUE.1.)** S.A. et le montant redû sur le prêt consenti.

En l'absence de sérieuses contestations de la part de **SOC.1.)** S.A., il y a lieu d'allouer à **BQUE.1.)** S.A. le montant de 3.403.390,83 € avec les intérêts légaux, plus amplement spécifiés ci-après.

APPEL INCIDENT

Le montant de 3.403.390,83 € est à assortir des intérêts légaux non pas à partir de la date de la présentation de la demande reconventionnelle en première instance, mais à partir du courrier du 28 juillet 2003, valant mise en demeure de payer *the remaining loan balance of EUR 3.403.390,83 (plus accrued interest since 21 November 2002).*

Le jugement du 25 avril 2007 est partant à réformer sur ce point.

Il y a également lieu à réformation du jugement entrepris en ce qu'il n'a pas fait droit à la demande de **BQUE.1.)** S.A., tendant à l'octroi d'une indemnité de procédure pour la première instance.

La Cour dispose des éléments d'appréciation suffisants pour fixer cette indemnité de procédure au montant de 3.000 €.

Indemnités de procédure relatives à l'instance d'appel

SOC.1.) S.A., qui devra supporter l'entièreté des frais, n'a pas droit à une indemnité de procédure au titre des frais par elle exposés en instance d'appel.

La Cour a en sa possession les éléments nécessaires pour fixer à 3.000 € l'indemnité de procédure devant revenir à **BQUE.1.)** S.A. pour l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit les appels principal et incident ;

dit l'appel principal non fondé ;

dit fondé l'appel incident ;

réformant :

dit que les intérêts légaux courent sur le montant de 3.403.390,83 € à partir du 28 juillet 2003 ;

condamne **SOC.1.)** S.A. à payer à **BQUE.1.)** S.A. une indemnité de procédure de 3.000 € pour la première instance ;

dit non fondée la demande de **SOC.1.)** S.A. en obtention d'une indemnité de procédure au titre des frais exposés en instance d'appel ;

condamne **SOC.1.)** S.A. à payer à **BQUE.1.)** S.A. une indemnité de procédure de 3.000 € pour l'instance d'appel ;

condamne **SOC.1.)** S.A. aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Janine BIVER qui la demande, affirmant avoir fait l'avance des frais et dépens.