Arrêt commercial

Audience publique du vingt et un mars deux mille douze.

Numéro 35045 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Annette GANTREL, première conseillère;
Eliane ZIMMER, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

A, *ingénieur industriel, demeurant à U,*

appelant *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 6 juillet 2009,*

comparant par Maître Alain GROSS, avocat à Luxembourg ;

e t :

la société anonyme B S.A., anciennement B1 S.A., plus anciennement B2 S.A., *établie et ayant son siège social à V, 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 ENGEL,*

comparant par Maître Jean WELTER, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Reprochant à la société anonyme B1, anciennement B2, et actuellement B, ci-après la banque, d'avoir commis des fautes dans l'exécution d'opérations à terme, A a, par exploit de l'huissier de justice Frank Schaal du 20 février 2007, fait donner assignation à la banque à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour l'y entendre condamner au paiement du montant de 2.601.212,70 US dollars, à convertir en euros au jour des faits litigieux, les intérêts en sus.

Pour prospérer dans sa demande, A a fait exposer, en substance :

- qu'il a été en relation contractuelle avec la partie défenderesse *pour des opérations de change à terme consistant dans l'achat d'une devise contre livraison d'une autre à une échéance convenue* ;

- qu'il a clôturé dans la période du 6 janvier 1998 au 3 septembre 1998 quarante-deux opérations de change à terme pour un montant total de 703.500.000 US dollars, opérations pour lesquelles la Banque aurait prélevé une *commission de marge calculable par points se situant entre 10 et 100 points supplémentaires de rémunération ajoutés à sa commission de change facturée* ;

- que cette commission supplémentaire ne serait pas due ;

- que, dès lors, la banque aurait encaissé – sans base légale – un montant de 520.370,37 US dollars, à titre de commissions supplémentaires, montant à déterminer au besoin par voie d'expertise ;

- qu'il aurait en date du 23 juillet 1998 fait procéder à la vente de 16.000.000 US dollars contre l'achat de Yens japonais à l'échéance du 10 août 1998 ; que *l'achat le 23 juillet 1998 se* serait fait *à un taux de change de 141,51, taux s'étant fixé à 146,65 à l'échéance du lundi 10 août 1998, entraînant ainsi une perte de 5,14 Yens par US dollar, ou à la clôture du compte opérée par la banque en 2001 de 687.338,07 US dollars en principal plus intérêts ;* que *le taux de change invoqué le jeudi 6.08.1998, c'est-à-dire, en principe 2 jours ouvrables avant l'échéance, par la banque pour l'échéance du 10.08.1998, soit 146,65 n'a jamais été atteint, le taux réel le plus haut n'étant probablement que celui de 145,05* ;

- que des incohérences identiques pour d'autres opérations se seraient par la suite révélées ;

- qu'il serait contesté que les cours appliqués aux opérations de change aient correspondu aux taux effectivement traités sur le marché.

La responsabilité de la banque a été recherchée, principalement, sur base des articles 1134 et 1142 du Code civil, subsidiairement, sur base des articles 1382 et suivants du même code.

Par jugement du 7 mai 2009, le tribunal a débouté A de ses demandes, l'a condamné à payer à la banque une indemnité de procédure de 2.000 € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et l'a condamné aux frais et dépens de l'instance.

De ce jugement, qui lui a été signifié le 2 juin 2009, A a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 20 février 2007.

A conclut, par réformation du jugement entrepris, à la condamnation de la banque au paiement du montant de 2.618.337,43 € ou toute autre somme même supérieure à arbitrer par la Cour ou à dire d'expert, avec les intérêts légaux à partir du jour des faits litigieux sinon à partir de la demande en justice, jusqu'à solde, le montant en US dollars étant à convertir en euros le jour des faits litigieux.

Subsidiairement, A conclut à voir condamner la banque, sous peine d'une astreinte journalière de 1.000 €, à soumettre à la Cour l'ensemble des contrats de vente et d'achat de devises US dollars et Yens, plus amplement repris au dispositif de l'acte d'appel.

L'appelant demande à la Cour d'ordonner, au besoin, une expertise aux fins 1) *de déterminer si la banque a effectué les opérations litigieuses pour compte et à charge de l'appelant aux dates des différents contrats litigieux et aux taux traités et renseignés par le marché des devises aux dates en question par rapport aux règles régissant le marché de devises que l'appelant a conclu avec l'intimée* 2) *sinon de déterminer à chaque fois le taux auquel la banque aurait en professionnel avisé dû traiter les différentes opérations pour compte de son client* 3) *de déterminer s'il y a eu à charge du client des taux de change de devises conformes ou non par rapport aux règles régissant le marché et les contrats conclus entre parties 4) de déterminer le préjudice accru à l'appelant*.

A conclut en outre à voir instituer une expertise aux fins *de déterminer les montants de la commission dite de marge que la banque a prélevée sur toutes les 42 opérations de change à terme portant sur la période du 6 janvier 1998 au 3 septembre 1998.*

Il demande encore une consultation auprès d'un expert judiciaire aux fins de déterminer si *« une opération de change au comptant est traitée avec date de valeur qui est la date du jour plus deux jours ouvrés étant entendu qu'un jour ouvré est un jour permettant le paiement des devises échangées dans les deux pays concernés par l'opération de change de sorte qu'une opération conclue par exemple un 27 août aura comme date de valeur le 29 août pour autant que ce jour soit ouvré dans les pays des devises incriminées* ».

A réclame une indemnité de procédure de 2.500 € sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile.

La banque conclut à la confirmation du jugement entrepris et sollicite l'octroi d'une indemnité de procédure de 5.000 € au titre des frais par elle exposés en instance d'appel.

DISCUSSION

En rapport avec les opérations de change à terme avec effet de levier effectuées par A, ayant consisté pour la banque de vendre à la partie demanderesse originaire et actuelle partie appelante une devise contre l'achat d'une autre devise à une échéance et un taux convenus et de conclure à cette même échéance l'opération inverse au taux du moment, A a reproché à la banque 1) d'avoir *prélevé à l'occasion de 42 opérations de change à terme, clôturées entre le 6 janvier et le 3 septembre 1998, une commission de marge variable d'une opération à l'autre, se situant entre 10 et 100 points supplémentaires, rajoutée à la commission de change normale* et 2) d'avoir – pour un certain nombre d'opérations – *effectué l'opération de change inverse en appliquant le taux de change de ces dates d'échéance, alors qu'elle aurait dû effectuer ces opérations au moins deux jours plus tôt en tenant compte de la règle des deux jours ouvrables de valeur et qu'elle aurait ainsi dû appliquer les taux de change de ces dates antérieures, ce qui aurait entraîné des gains plus élevés, respectivement des pertes moins élevées pour A*.

A réclame dès lors en réparation des pertes subis et des manques à gagner suite aux agissements fautifs de la banque la somme principale de 2.601.212,70 US dollars, comprenant le montant de 520.370,37 US dollars à titre de commissions supplémentaires prétendument prélevées par la banque sans base légale.

En première instance, la banque a soulevé la forclusion de A à agir arguant de son silence pendant des années quant aux opérations litigieuses. La banque a ensuite fait remarquer que A serait à considérer, vu le nombre élevé d'opérations très spéculatives par lui effectuées, comme étant un *client professionnel de la finance* ; que l'ensemble des opérations actuellement critiquées aurait été effectué aux dates et échéances convenues d'avance ; qu'aucun lien n'existerait entre le présent litige et le litige ayant opposé en 2005 l'actuel appelant à la banque du fait de la non-exécution par cette dernière d'une opération de change convenue pour un cours déterminé.

1) <u>quant à la commission supplémentaire retenue par la banque</u>

Le tribunal – après avoir rejeté le moyen tiré de la forclusion à agir dans le chef de A, moyen plus maintenu en instance d'appel – a dit qu'il *ne ressort d'aucun élément du dossier que la Banque n'a pas exécuté un ordre, ni qu'elle a majoré les taux convenus entre parties et documentés par les confirmations d'ordre et les relevés de compte d'une quelconque commission de change ou de marge qui n'aurait pas été convenue entre parties ;* que *les taux auxquels les opérations litigieuses ont été exécutées se trouvent à chaque fois dans la fourchette des taux de change indiqués par les pièces de A pour les dates*

d'exécution respectives et qu'il n'y a aucun indice quant à une majoration illicite de sorte qu'il n'y a pas lieu de faire droit à l'expertise requise par le demandeur.

A critique les juges de première instance d'avoir ainsi statué, faisant plaider, tout en maintenant son argumentation que les ordres de change n'ont pas été exécutés suivant le taux de change convenu, que la banque aurait, dans le cadre d'un premier litige opposant les mêmes parties et ayant abouti à un Arrêt de la Cour d'appel du 30 novembre 2005, formellement reconnu qu'elle *chargeait le client lors de chaque transaction d'une commission se situant entre 10* et *100 points* (cf : courrier B du 20 juillet 1999) ; que les pièces versées au dossier démontreraient que la banque a prélevé une commission totalement injustifiée ; que, plus particulièrement, le courrier du 7 avril 1999 de la Banque contiendrait son *aveu explicite d'une commission prélevée à charge de A sur l'opération du 16 juillet 1998 portant sur les 16 millions USD, commission 12 points, et représentant un coût de 14.008,74 €.*

Estimant avoir rapporté la réalité de l'application d'une commission de marge à toute opération effectuée par la banque, A demande à la Cour de faire droit à sa demande en institution d'une expertise qui tendrait à *déterminer le quantum* de pareille commission *sur les opérations par lui initiées*. Dans ses conclusions notifiées le 7 juillet 2010, A précise que le but visé par l'expertise à ordonner serait *d'établir la marge commerciale indument mise en compte à l'appelant sur 42 opérations de change à terme pour un montant total de 702.500.000 US dollars, opérations effectuées entre le 6 janvier 1998 et le 3 septembre 1998 telles que reprises sur la pièce n° 24 de la farde versée contenant 35 pièces et sur lesquelles la banque a prélevé tant sur les opérations d'ouverture et évidemment de clôture en sens inverse une commission de marge calculable par points se situant entre 10 et 100 points supplémentaires de rémunération ajoutés à sa commission de change facturée à l'appelant.*

La banque soutient que A reste en défaut, et de prouver ses affirmations, et d'établir le préjudice qui serait résulté pour lui de l'application d'une quelconque commission de marge.

Il est vrai que A reste en défaut d'identifier plus amplement dans son acte introductif d'instance et dans son offre de preuve par expertise les 42 opérations de change à terme sur lesquelles auraient été prélevées des commissions, non justifiées, dites « *de marge* ». Il ressort cependant de l'avis de la CSSF du 9 octobre 2000, établi en rapport avec l'ordre de A du 27 août 1998, qu'*aucune trace* n'a été trouvée *dans le dossier* (soumis à la CSSF) *de l'accord marqué par Monsieur A à cette pratique, non plus d'ailleurs du fait que cette rémunération supplémentaire ait été simplement portée à sa connaissance.* Dans cet avis, la CSSF a précisé que *cette remarque vaut tant pour cette opération spécifique que pour l'ensemble des opérations à terme précédemment exécutées pour le compte de Monsieur A.*

Il y a dès lors lieu de conclure que l'accord de A a fait défaut quant au prélèvement d'une quelconque commission dite « *de marge* » en rapport avec les 42 opérations litigieuses se situant dans la période du 6 janvier 1998 au 3 septembre 1998.

A relever, dans ce contexte, que la banque a elle-même, dans une lettre datée du 20 juillet 1999, parlé *d'une marge tout à fait usuelle tant en ce qui concerne son principe que son importance, étant même en-dessous des moyennes observées sur le marché luxembourgeois*, et, dans ses conclusions antérieurement notifiées, admis que l'application d'une telle marge n'a jamais été discutée entre parties, alors que pareille application constitue *un usage en la matière* n'ayant en conséquence pas besoin d'être approuvée par le client.

A mentionner également l'arrêt de la Cour d'appel du 30 novembre 2005 qui, en rapport avec l'action en responsabilité contractuelle dirigée contre la banque par A en réparation du préjudice lui causé suite à la non-exécution par la banque de son ordre du 28 août 1998 de vendre 18.000.000 US dollars contre des Yens japonais, au prix 144, échéance 8 septembre 1998, a retenu qu'*aucune « commission » de marge calculable par points n'ayant été convenue entre parties – plus particulièrement celle de 10 points de marge dont se prévaut la banque – (cf. Arrêt du 11 février 2011), c'est à tort que les premiers juges retiennent que de la perte subie par le client, il y a lieu de déduire « la commission de 10 points que la banque aurait pu obtenir … … », devant être déduite du compte de A uniquement la commission de change conventionnelle entre parties*.

Même si cette décision, ayant trait à une transaction isolée, ne saurait être transposée, de manière générale, à la problématique des commissions supplémentaires actuellement déférée à la Cour, il n'en reste pas moins que s'y trouve énoncé – ensemble l'avis de la CSSF du 9 octobre 2000 – le principe de la nécessité de l'accord du client quant à l'application des commissions supplémentaires dites « *de marge* ».

L'offre de preuve formulée par A, tendant à voir charger un homme de l'art avec la mission *de déterminer les montants de la commission dite « de marge » que la banque a prélevée sur toutes les 42 opérations de change à terme portant sur la période du 6 janvier 1998 au 3 septembre 1998,* est partant à déclarer recevable pour être pertinente et concluante.

Il échet de recourir à cette mesure d'instruction avant tout autre progrès en cause.

2) quant aux taux appliqués lors des « *opérations de retour* »

Les opérations contestées par A sont plus particulièrement critiquées en rapport avec leurs dates d'exécution et de valeur retenues par la banque.

Pour deux opérations, à savoir celles des 20 février 1998 et 14 mai 1998, A ne joue plus sur ces deux dates.

Le tribunal, après avoir relevé que A n'a pas contesté les opérations à terme « *à aller* » (à lire : « *ouverture de la position* »), a – face aux contestations de A

quant au taux appliqué lors des opérations « *de retour* » (à lire :« *clôture de la position* »), respectivement face à l'affirmation de l'appelant que la banque aurait dû tenir compte de *la règle des deux jours ouvrables de valeur et effectuer ces opérations deux jours plutôt* – retenu, en substance :

- que A *n'explique pas pour quel motif une opération destinée à solder une position de change à terme conclue et exécutée le jour d'échéance de la première opération se verrait appliquer le taux traité sur le marché deux jours avant cette échéance ;*

- que *les taux appliqués par la banque au titre des différentes opérations de change critiquées se trouvent compris dans la fourchette des taux réalisés sur le marché aux dates en question.*

A fait grief aux juges de première instance d'avoir ainsi décidé, faisant plaider, en s'appuyant sur le *Code of Conduct* de l'Association Cambiste Internationale et en se référant à l'avis de l'expert M, que *le cours du change de base, pour conclure une opération de change à terme, est le cours du change dit « spot », soit le cours de change du marché au comptant, c'est-à-dire avec une date de valeur +2 jours ouvrés (J+2), ces jours n'étant évidemment pas jours fériés* ; que *les opérations de change à terme sont toujours clôturés et « soldés » par une opération en sens inverse qui d'après les usages bancaires incontestables sont conclues deux jours avant l'échéance.*

La banque soutient qu'elle a *exécuté les opérations aux échéances, au cours de change convenu* ; qu'*elle a crédité ou débité les comptes de l'appelant des montants avec une date valeur de deux jours en principe* ; que *cela signifie que les écritures ont été faites à une date postérieure de deux jours en principe au dénouement de l'opération, lequel dénouement est intervenu à la date d'échéance* ; que *la date de valeur a pour effet de faire courir les intérêts débiteurs ou créditeurs* (cf : conclusions de B, notifiées le 24 décembre 2009, page 4).

Selon A, la date d'échéance de l'opération correspond à la date de valeur, le dénouement de l'opération devant se faire deux jours au préalable.

La Cour, n'ayant pas d'ores et déjà en sa possession tous les éléments permettant de départager les parties quant à cette question de dates, estime qu'il y a lieu de recourir avant tout autre progrès en cause à l'avis d'un homme de l'art avec la mission plus amplement spécifiée au dispositif du présent arrêt. Il y a lieu d'englober dans cette mission la vérification de la bonne exécution des opérations du 20 février 1998 et 14 mai 1998.

En l'état actuel des choses, il y lieu de réserver les demandes respectives des parties en obtention d'une indemnité de procédure.

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 l'appel ;

avant tout autre progrès en cause, nomme expert Monsieur N, avec la mission de concilier les parties si faire se peut, sinon dans un rapport écrit et motivé :

1) *de déterminer les montants de la commission dite « de marge » que la banque a prélevée sur toutes les 42 opérations de change à terme portant sur la période du 6 janvier 1998 au 3 septembre 1998* ;

2) *de vérifier si les opérations de change à terme plus amplement spécifiées dans l'acte introductif d'instance ont été traitées aux dates telles que prévues par les usages régissant le marché des devises, et plus particulièrement de déterminer si une opération « position de clôture » est traitée en considération de la date d'échéance = date de valeur, le dénouement de l'opération se faisant deux jours au préalable, ou si l'opération « position de clôture » est traitée en considération de la date d'échéance = date de dénouement convenue entre parties, la date de valeur se situant deux jours après l'échéance* ;

3) de vérifier si les opérations des 20 février 1998 et 14 mai 1998 ont été correctement exécutées ;

4) de déterminer le préjudice qui en est résulté pour A.

ordonne à A de consigner au plus tard le 30 avril 2012 la somme de 3.000 € à titre de provision à valoir sur la rémunération de l'expert N à la Caisse de Consignations ou à un établissement de crédit à convenir avec l'autre partie au litige et d'en justifier au greffe de la Cour, sous peine de poursuite de l'instance selon les dispositions de l'article 468 du N.C.P.C. ;

dit que si les honoraires de l'expert devaient dépasser le montant des provisions versées, l'expert devra en avertir le magistrat de la mise en état et ne continuer les opérations qu'après consignation d'une provision supplémentaire ;

dit que l'expert devra déposer son rapport au greffe de la Cour le 30 juin 2012 au plus tard;

charge Madame la première conseillère Annette GANTREL du contrôle de cette mesure d'instruction;

réserve les demandes respectives des parties en obtention d'une indemnité de procédure ;

réserve les frais.