

Arrêt commercial

Audience publique du vingt-sept janvier deux mille seize

Numéro 39458 du rôle.

Composition :

Roger LINDEN, président de chambre;
Marianne HARLES, conseillère ;
Elisabeth WEYRICH, conseillère;
Eric VILVENS, greffier assumé.

E n t r e :

la société de droit des Iles Vierges Britanniques SOC.1, établie et ayant son siège social à (...), (...) aux Iles Vierges Britanniques, immatriculée au Registre des Sociétés des Iles Vierges Britanniques (<<Registrar of Companies of the British Virgin Islands>>) sous le numéro (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions <<Board of Directors>>, sinon représentée pas ses administrateurs <<Directors>> actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Luc Konsbrück en remplacement de l'huissier de justice Geoffrey Gallé de Luxembourg du 24 décembre 2012,

comparant par Maître Paulo Lopes Da Silva, avocat à la Cour; demeurant à Luxembourg,

e t :

1) Maître Yvette Hamilius, avocat à la Cour, demeurant à L-2229 Luxembourg, 2, rue du Nord, prise en sa qualité de liquidateur de la société anonyme **SOC.2**, en liquidation judiciaire, ayant eu son siège social à L-(...), (...), actuellement établie à L-(...), (...), immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),

intimée aux fins du prédit exploit Konsbrück,

comparant par elle-même,

2) la société anonyme SOC.2, en liquidation judiciaire, ayant eu son siège social à L-(...), (...), actuellement établie à L-(...), (...), immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son liquidateur, Maître Yvette Hamilius,

intimée aux fins du prédit exploit Konsbrück,

comparant par Maître Yvette Hamilius, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Suite au rejet de ses déclarations de créance enregistrées sous les numéros 1853 et 1855, formulées dans le cadre de la procédure de dissolution et de liquidation de la société anonyme **SOC.2** (ci-après « la société **SOC.2** »), la société de droit des Iles Vierges Britanniques **SOC.1** a, par exploit d'huissier de justice du 11 février 2011, fait donner assignation à Maître Yvette HAMILIUS, prise en sa qualité de liquidateur de la société **SOC.2**, et à la société **SOC.2** à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour :

- se voir donner acte qu'elle conteste le rejet de ses déclarations de créance,
- voir constater la caducité, sinon la nullité, sinon la résiliation du quatrième contrat dérivé du 27 août 2008 avant son entrée en vigueur,
- demander l'admission au passif de la liquidation de sa créance de dommages et intérêts pour fautes et manquements de la banque à hauteur d'ISK 299.648.427,00 évalués à 1.302.819 euros, sinon subsidiairement de sa créance de dommages et intérêts pour les mêmes motifs pour un montant provisoirement estimé à 4.338.864,49 euros correspondant à la différence entre le solde créditeur des comptes de **SOC.1** avant le dénouement du contrat dérivé du 13 octobre 2010 et le solde débiteur de 3.036.045,24 euros réclamé par la société **SOC.2**,

- sinon en tout état de cause voir accorder l'admission au passif de la liquidation de sa créance évaluée à 1.302.819 euros, sinon à un montant provisoirement estimé à 4.338.864,49 euros ou toute autre somme même supérieure à évaluer ex aequo et bono par le tribunal ou à déterminer à dire d'experts.

- se voir donner acte que ses demandes en dommages et intérêts sont principalement basées sur les règles de la responsabilité contractuelle de la société **SOC.2**, notamment sur les articles 1134 et suivants, 1147 et suivants et 1927 et suivants du Code civil, sinon subsidiairement sur les règles de la responsabilité délictuelle de la banque, notamment les articles 1382 et 1383 du Code civil.

A l'appui de son recours, la société **SOC.1** a exposé avoir ouvert deux comptes auprès de la société **SOC.2** sous les numéros 3000230 et 3060606. La gestion des actifs déposés sur le compte n° 3060606 aurait été confiée à la société **SOC.2** sous forme de gestion de portefeuille, tandis que le compte n° 3000230 aurait fonctionné par exécution et transmission d'ordres du client suivant le principe dit « execution only ».

Au début de l'année 2008, par l'intermédiaire de son bénéficiaire économique, **A.**, habilité à la représenter dans ses relations avec la banque, elle aurait demandé à se voir proposer un investissement générant une rentabilité plus élevée. Elle se serait vue proposer un montage basé sur des produits dérivés en vertu duquel la société **SOC.2** lui vendait à un prix convenu d'avance des obligations **BQUE.1** « **OBLIGATION.** » à un terme de trois mois. Le 30 janvier 2008, **A.** aurait signé au nom de la société un document intitulé « General Terms for Market Transactions » et sur base de cette convention, la société **SOC.1** aurait conclu successivement plusieurs contrats à terme avec la banque portant sur les titres « **OBLIGATION.** ». Avant même l'échéance du terme du premier contrat, un nouveau contrat à terme aurait été conclu, ce qui aurait permis de renouveler en permanence l'achat des titres jusqu'à la date d'échéance des obligations **BQUE.1** fixée au 25 mai 2010. En tout, quatre contrats à terme auraient été conclus. Le dernier, daté du 27 août 2008, aurait prévu une date de prise d'effet au 25 novembre 2008 et une date d'échéance fixée au 25 novembre 2008.

Avant l'arrivée du terme du quatrième contrat, à la date du 9 octobre 2008, l'Autorité de surveillance financière islandaise aurait pris le contrôle de la banque islandaise **BQUE.1** et aurait mis en œuvre des mesures d'assainissement. Les titres **BQUE.1** auraient été déclarés inéligibles pour servir de garantie au refinancement auprès de la **BQUE.2**. Par un courrier du 13 octobre 2008, la société

SOC.2 aurait clôturé le quatrième contrat avec effet immédiat et la valeur nette consolidée des deux portefeuilles de la société **SOC.1** aurait fait apparaître une dette de 3.017.236,44 euros au 31 décembre 2009 de la société **SOC.1** à l'encontre de la banque.

La société **SOC.1** a encore exposé qu'au cours de l'année 2008, la société **SOC.2** lui a réclamé, à titre de garantie, le dépôt d'un montant de 700.000 euros et, à ces fins, lui a consenti un prêt de la même valeur en juillet 2008. Ce prêt aurait été garanti par un contrat de gage du même jour portant sur l'intégralité de ses actifs.

Après la mise en liquidation judiciaire de la société **SOC.2** en date du 12 décembre 2008, le liquidateur aurait informé la société **SOC.1** dans un courrier du 9 octobre 2009 que le gage avait été réalisé et que la banque s'est approprié l'ensemble du portefeuille titres de la société **SOC.1**.

En droit, la société **SOC.1** a reproché à la société **SOC.2** de ne pas avoir pu valablement résilier le quatrième contrat en date du 13 octobre 2008, alors que ce contrat, conclu en date du 28 août 2008 avec prise d'effet au 25 novembre 2008, n'était pas en vigueur à la date de la résiliation. Elle a encore invoqué la caducité du quatrième contrat par suite de la perte de la chose. De plus, la société **SOC.1** a reproché à la société **SOC.2** d'avoir manqué à ses obligations légales et réglementaires en matière de prévention de conflits d'intérêts et de ne pas avoir respecté les règles prudentielles en lui proposant le marché à terme sur les obligations **BQUE.1** « **OBLIGATION.** ». Les pertes qu'elle a subies du fait de cet investissement trouveraient leur source dans les manquements de la société **SOC.2** à ses obligations telles que définies par la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier. Elle a partant conclu au bien-fondé de sa demande en admission de sa créance au passif de la liquidation de la société **SOC.2**.

La société **SOC.2** a soulevé l'irrecevabilité de la demande relative au dénouement fautif, respectivement à la nullité et la caducité du quatrième contrat conclu entre parties, au motif que cette demande n'a pas été formulée dans les déclarations de créance, de sorte à constituer une demande nouvelle irrecevable en cours de procédure. Pour le surplus, la société **SOC.2** a contesté les griefs formulés à son encontre et elle a formulé une demande reconventionnelle en paiement du montant de 3.256.436,35 euros correspondant au solde redu par la société **SOC.1** après l'exécution du gage.

Par un jugement contradictoire du 28 novembre 2012, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale,

a rejeté le moyen d'irrecevabilité de la société **SOC.2**. Quant au fond, il a rejeté la demande de la société **SOC.1** en admission de sa créance au passif de la liquidation de la société **SOC.2**. Le tribunal a dit recevable et fondée la demande reconventionnelle formulée par le liquidateur de la société **SOC.2** de sorte à condamner la société **SOC.1** à lui payer le montant de 3.256.436,35 euros avec les intérêts conventionnels à partir du 1^{er} avril 2011 jusqu'à solde. Le jugement a débouté le liquidateur de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure.

Par exploit d'huissier du 24 décembre 2012, la société **SOC.1** a relevé appel de ce jugement. Elle a réitéré ses moyens développés en première instance et elle a reproché aux juges de première instance de ne pas y avoir fait droit.

La société **SOC.2** a conclu à la confirmation du premier jugement.

Par un arrêt du 18 février 2015, la Cour d'appel a rejeté le moyen de l'appelante quant à l'absence d'effet du quatrième contrat.

Quant à l'argument de l'appelante relatif à la perte de la chose, la Cour a rejeté le moyen de la société **SOC.2** que les dispositions des articles 1234 et 1302 du Code civil ne s'appliquaient pas aux faits de l'espèce pour ne pas être relatifs à des corps certains.

La Cour a retenu ensuite que dans le cadre d'un contrat à terme, en présence d'un droit réel sous-jacent, il est admis que le droit réel sous-jacent est autonome par rapport au contrat à terme. Ceci impliquerait qu'en principe, la disparition du produit sous-jacent est sans conséquence sur les engagements des parties au dérivé qui restent tenues comme si le bien existait toujours. Dans les cas de marché de gré à gré, tel celui conclu en l'espèce, la doctrine estimerait qu'il appartient aux parties de prévoir des modalités d'ajustement qui doivent trouver à s'appliquer dans un tel cas. Néanmoins dans certaines circonstances, si les parties n'ont rien prévu et que la cotation du sous-jacent est suspendue, il serait admis que les juges peuvent substituer une nouvelle référence à la référence défaillante. Dans le même ordre d'idées, il aurait été décidé que viole les articles 1134 et 1302 du Code civil une juridiction qui ordonne l'exécution forcée d'une cession d'actions alors que les titres, restés en possession des vendeurs, ont fait l'objet d'une annulation, suite à une modification du capital, puis d'une nouvelle émission pour un nombre inférieur, et que les conventions ne pouvaient plus être exécutées.

La Cour a constaté qu'en l'espèce, l'Autorité de surveillance financière islandaise a pris le contrôle de la société **BQUE.1** et que cette autorité a mis en place des mesures d'assainissement. Le titre **BQUE.1**, constituant le sous-jacent des contrats à terme, a été déclaré inéligible à servir de garantie pour le refinancement auprès de la **BQUE.2**. La Cour a relevé que les parties n'ont pas précisé les conséquences concrètes sur le titre **BQUE.1** résultant de l'intervention de l'Autorité de surveillance financière islandaise, à part son inéligibilité comme garantie pour le refinancement auprès de la **BQUE.2**. Elle a partant demandé aux parties :

- d'explicitier la situation de fait concrète et précise ayant résulté pour les titres « **OBLIGATION.** » des mesures prises par l'Autorité de surveillance financière islandaise et d'analyser les conséquences en droit en résultant au regard des principes énoncés dans la motivation de l'arrêt, en intégrant l'analyse de la clause vi) du quatrième contrat dans leurs développements sur les points soulevés antérieurement,

- de préciser si le marché à terme devait se solder par le simple règlement de la différence par la partie tenue à paiement ou si une transmission effective des titres sous quelque forme que ce soit devait intervenir.

Le point vi) du contrat à terme prévoyait que « *if the securities for some reason become non-eligible as collateral for the refinancing operation system of the **BQUE.2**, the Contract shall be closed for immediate maturity* ».

Les parties ont conclu sur les questions qui leur avaient été soumises.

Quant à la perte de la chose :

La société **SOC.2** a soutenu que suite aux mesures prises par l'Autorité de surveillance financière islandaise, les titres « **OBLIGATION.** » n'ont pas été annulés, ni n'ont autrement disparu, mais que le seul effet des mesures prises par cette autorité et par la déclaration d'inéligibilité a consisté dans l'effondrement de leur valeur.

La société **SOC.1** a affirmé que suite à l'intervention de l'Autorité de surveillance financière islandaise, la cotation en bourse des titres « **OBLIGATION.** » a été suspendue et que cette suspension n'a jamais été levée. Elle en a déduit que les titres en cause ne pouvaient plus être négociés, donc ne pouvaient plus être cédés par la société **SOC.2**. Les titres ayant été hors du commerce, l'obligation

de livraison de la société **SOC.2** aurait été éteinte, entraînant la caducité du contrat.

La preuve de la perte de la chose incombe à la société **SOC.1** qui s'en est prévalu pour conclure à la caducité du contrat. Cette partie doit partant établir que l'exécution du marché à terme n'était plus possible.

L'argumentation de la société **SOC.1** que la réalisation du marché n'était plus possible repose sur de simples affirmations de cette partie, non étayées par des éléments tangibles. Cette partie n'établit pas que le fait que les titres en cause n'étaient plus éligibles à servir de moyen de refinancement auprès de la **BQUE.2** signifiait qu'ils n'avaient plus d'existence. Cette partie n'établit pas son allégation que le cours des titres a été suspendu, se bornant à l'affirmer. Elle n'établit pas que les circonstances de la cause exigent l'application d'une nouvelle référence au sens de la doctrine exposée dans l'arrêt du 18 février 2015 et reprise plus haut. Jusqu'à preuve du contraire, il faut admettre que tel qu'allégué par la société **SOC.2**, les titres existaient toujours et étaient susceptibles d'être cédés.

La société **SOC.1** n'a partant pas établi la réalité de son affirmation qu'il y a eu perte de la chose vendue au sens des articles 1234 et 1302 du code civil. Son moyen y relatif doit être rejeté.

Il s'en déduit que la demande en nullité, sinon en caducité du contrat à terme formulée par la société **SOC.1** est à rejeter.

La société **SOC.1** s'est encore prévalu de manquements par la société **SOC.2** à ses obligations contractuelles pour conclure au bien-fondé de sa demande en paiement de dommages et intérêts.

Quant au conflit d'intérêts :

Il est constant en cause qu'en date du 30 janvier 2008, la société **SOC.1** a conclu un contrat - cadre avec la société **SOC.2** et que ce contrat - cadre a été suivi par la signature de quatre contrats à terme par lesquels la société **SOC.2** a vendu à la société **SOC.1**, à un prix convenu d'avance, des obligations **BQUE.1** « **OBLIGATION.** » à un terme de trois mois.

La société **SOC.1** a soutenu que la société **SOC.2** était son conseiller dans la construction du montage financier dans lequel elle a investi. D'un autre côté, la banque aurait été son cocontractant, la banque spéculant à la baisse du sous-jacent et la société **SOC.1**

spéculant à sa hausse. En sa qualité de conseiller de la société **SOC.1**, la banque aurait agi comme fournisseur d'un service d'investissement. La banque se serait partant indubitablement trouvée dans une situation de conflit d'intérêts. Or la banque n'aurait pas pris les mesures prévues à l'article 37-2 de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier, telle que modifiée, consistant notamment à informer clairement son client sur « la nature générale et la source de ce conflit d'intérêts ». A fortiori cette information ne lui aurait pas été donnée sur un support durable et de manière suffisamment détaillée eu égard à la nature du client, lui permettant de prendre une décision en connaissance de cause.

La société **SOC.2** a contesté l'existence d'un conflit d'intérêts. Elle a contesté avoir conseillé la société **SOC.1** lors de la mise en place de l'investissement en cause. Au contraire, ce serait le bénéficiaire économique de la société, le dénommé **A.**, qui aurait demandé à investir dans des produits dérivés. Elle a affirmé avoir agi pour compte propre dans ladite opération et elle a contesté avoir fourni un quelconque service d'investissement à la société **SOC.1**.

Il convient de préciser que, concernant l'initiative de l'opération, la société **SOC.1** a écrit dans son acte d'appel qu' « En 2008, Monsieur **A.** a demandé à **SOC.2** de lui suggérer un investissement pouvant générer une rentabilité plus élevée. **SOC.2** a ainsi proposé à **SOC.1** un montage basé sur des produits dérivés ». Il en résulte que l'initiative de l'opération a été prise par le bénéficiaire économique de la société **SOC.1** qui avait pouvoir de l'engager. Les circonstances concrètes ayant conduit à la signature des contrats ne sont pas établies au vu des éléments soumis à la Cour. Il ne résulte pas des pièces versées au dossier quel était le rôle précis et concret joué par la société **SOC.2** au moment de la conclusion des contrats.

Quant au conflit d'intérêts, l'article 37-2 de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier, telle que modifiée notamment par la loi du 13 juillet 2007, prévoit que la banque doit prendre toutes les mesures pour éviter le conflit d'intérêts et lorsque ces mesures ne permettent pas « à assurer avec une certitude raisonnable, que le risque de porter atteinte aux intérêts des clients sera évité, la banque doit clairement informer le client de la nature générale et, le cas échéant, de la source de ces conflits d'intérêts avant d'agir pour leur compte ». L'article 24 du règlement du 13 juillet 2007 relatif aux exigences organisationnelles et aux règles de conduite dans le secteur financier, prévoit en son point 4) que l'information à fournir au client doit être donnée sur un support durable et « doit être suffisamment détaillée, eu égard à la nature du client, pour que le client puisse prendre une décision en connaissance de cause ... ».

En l'espèce, c'est à bon droit que les premiers juges ont relevé que du fait que la banque a agi pour compte propre dans les contrats à terme, le conflit d'intérêts était par nature inhérent à l'opération.

Quant à l'information que devait en donner la banque à son client, il résulte des textes repris ci-dessus qu'elle est tributaire de la « nature du client ».

C'est à bon droit que les premiers juges ont retenu que la société **SOC.1**, ensemble son bénéficiaire économique, étaient à considérer comme des investisseurs expérimentés. En effet, il n'a pas été contesté par l'appelante, tel qu'allégué par la société **SOC.2** que la société **SOC.1** avait pour objet social de réaliser des investissements financiers. Il résulte encore du dossier que son bénéficiaire économique, **A.**, qui avait procuration d'agir en son nom, avait été actif comme banquier dans le passé et qu'il disposait d'un actif financier appréciable. Par ailleurs c'est la société **SOC.1**, créée par le dénommé **A.** et son épouse, dont il n'est pas contesté qu'ils en étaient les seuls bénéficiaires économiques, qui a contacté la banque pour accéder à un rendement plus important sur une partie de ses avoirs. Au vu de l'ensemble de ces éléments, la société **SOC.1** ne saurait nier avoir disposé des connaissances suffisantes du marché de la finance et de ses produits pour comprendre la nature et la portée des opérations dans lesquelles elle s'est engagée. Elle ne pouvait ignorer la portée et la signification de ce que la banque s'était portée contrepartie dans les marchés à terme conclus avec elle. La société **SOC.1** ne pouvait ignorer que du moment que la banque intervenait comme contrepartie dans les marchés à terme, le conflit d'intérêts était donné. L'information que lui redevait la banque sur ce point doit partant être considérée comme lui ayant été fournie par le simple exposé des données du marché.

Il convient d'ajouter que la possibilité pour la société **SOC.2** d'agir pour compte propre avait été prévue dès la signature du contrat-cadre, puisque ce dernier prévoyait en son article 3.1 que la banque pouvait intervenir comme contrepartie et agir pour compte propre dans les opérations à conclure par la société **SOC.1**. S'y ajoute que le libellé des contrats à terme établit de façon non-équivoque que la banque intervenait comme vendeur.

Toutes ces informations ont été fournies à la société **SOC.1** sur un support écrit.

Au vu de ces éléments, la société **SOC.1** ne saurait nier avoir disposé de tous les renseignements et de toutes les informations lui permettant de prendre, en pleine connaissance de cause, sa décision de contracter avec la banque. Le moyen tiré du manque d'information concernant le conflit d'intérêts dans le chef de la société **SOC.2** ne saurait partant valoir.

Quant à l'obligation de conseil :

La société **SOC.2** a contesté avoir été chargée d'une quelconque façon par la société **SOC.1** de la conseiller lors de la conclusion des contrats.

Ceci est contesté par la société **SOC.1** qui a affirmé que la banque l'a assistée et l'a conseillée lors de la mise en place des investissements qu'elle a réalisés.

C'est à bon droit que les premiers juges ont retenu que face aux contestations de la société **SOC.2** d'avoir été chargée de conseiller la société **SOC.1** lors de la conclusion des opérations en cause, cette dernière est restée en défaut d'établir que la banque l'a conseillée lors de ces opérations. Les affirmations de la société **SOC.1** ne sont étayées par aucun élément tangible du dossier, de sorte qu'il y a lieu de les rejeter.

Il convient d'ajouter, pour être complet, que c'est à tort que la société **SOC.1** a cité la doctrine pour dire que le marché pour compte propre s'analyse en un service d'investissement pour en déduire que la banque avait une obligation de conseil à son égard (doctrine citée par la société **SOC.1** : T. Bonneau et F. Drummond : Droit des marchés financiers, n° 150). Elle a en effet sorti cette citation de son contexte, à savoir la discussion sur la nécessité pour le prestataire de service de disposer d'un agrément pour s'adonner à cette activité (cf sur la question : A. Gaudemet : Les dérivés, n° 448 et s.). Outre que cette discussion est étrangère au problème qui se pose dans le cadre de la présente procédure, cet auteur dénonce « le véritable forçage » de la notion de négociation pour compte propre qui doit être faite pour faire rentrer cette activité dans la catégorie des services d'investissements.

Par ailleurs, cet auteur écrit que le prestataire de services fournit un service d'investissement lorsqu'il intervient, lors de la conclusion de dérivés sur un marché de gré à gré, dans la détermination des conditions du marché. En l'espèce, il n'y a pas eu conclusion de dérivés sur un marché de gré à gré. Il n'est pas établi que la société

SOC.2 soit intervenue dans la détermination des conditions du marché.

La société **SOC.1** n'établit partant pas l'existence d'une obligation de conseil dans le chef de la société **SOC.2**, à fortiori elle n'établit pas la violation de cette obligation par la banque.

Pour être précis, il faut ajouter que la doctrine citée ci-dessus a été invoquée par la société **SOC.1** pour étayer l'obligation de la banque de l'informer de l'existence d'un conflit d'intérêts. Au vu des développements faits plus hauts quant à la connaissance qu'avait cette société de l'existence de ce conflit d'intérêts, les discussions sur base de la doctrine sont superfétatoires dans ce contexte.

Quant à l'obligation d'information :

La société **SOC.1** a reproché à la banque de ne pas l'avoir informée à suffisance de droit des risques inhérents aux marchés à terme.

La société **SOC.2** n'a pas contesté avoir été redevable d'une obligation d'information à l'égard de l'appelante, mais elle a affirmé y avoir satisfait. Elle s'est rapportée à l'expérience de l'appelant en la matière et au contenu des contrats conclus entre parties, à savoir les clauses y comprises relevant le risque lié aux opérations convenues entre parties.

Il est constant en cause que l'obligation d'information de la banque est tributaire de la connaissance de son client de l'opération à laquelle il souscrit.

Il convient de se reporter aux développements faits plus haut quant à l'expérience et aux connaissances qu'avaient la société **SOC.1** et son bénéficiaire économique des produits financiers. Il faut rappeler par ailleurs que suivant les propres affirmations de la société **SOC.1**, c'est elle-même qui a souhaité investir dans des produits plus rentables. Au vu de son expérience des marchés financiers, elle ne pouvait ignorer que l'augmentation du rendement allait de pair avec une augmentation du risque.

C'est à bon droit que la société **SOC.2** s'est prévaluée des nombreux renvois aux risques encourus contenus dans les contrats conclus entre parties pour dire qu'elle a satisfait à son obligation d'information. Les articles 9.2, 9.3 et 12 du contrat-cadre renferment des avertissements clairs et non-équivoques sur les risques liés aux opérations financières.

Ainsi l'article 9.2 dispose :

« The signature by the Customer of these terms constitutes a declaration to the effect that he is aware of the fact that the transactions he may engage in with the Bank's capital Markets Division may involve particular risk, that he is fully aware of such risks and accepts them. In this context, the Customer should therefore seek expert advice, if he feels this is needed, before carry on a Transaction governed by these terms. »

Et l'article 9.3 alinea 3 ajoute :

« The customer undertakes not to enter into a Transaction if he does not understand such a Transaction. If he is not familiar with or does not understand the risks associated to a Transaction, the Customer undertakes to request further information from the Bank and if necessary, any useful document, before entering into the relevant Transaction. »

De même l'article 12 confirme :

*« The customer warrants that he is able to assess the risk inherent to the transactions,
... He understands and is able to bear the risk of loss associated with the transactions...
- The bank has specifically drew his attention to the risks associated with the transactions and has requested information about his investment objectives and experience.... »*

C'est à bon droit que les premiers juges ont retenu que ces mises en garde fournies certes sous forme standardisée, sont exprimées de manière compréhensible et avec une telle insistance que le client devait réaliser les risques liés aux opérations envisagées.

Le document « confirmation of a forward contract » contient encore, pour chacun des quatre contrats à terme, une clause selon laquelle : *« the counterparty thereby also confirms to the bank that it has acquainted itself with the nature of forward contracts and availed itself of expert advice outside the Bank prior to signing this Contract »*.

Par ces clauses des contrats, la société **SOC.1** doit être considérée comme ayant été rendue attentive, avec insistance et à suffisance de droit, aux risques liés aux opérations financières dans lesquelles elle s'engageait. Forte de ces informations, il aurait

appartenu à la société **SOC.1**, si elle l'avait jugé nécessaire, de solliciter des informations supplémentaires auprès de la banque ou auprès d'un tiers. En effet, tel que l'ont relevé à juste titre les premiers juges, le client ne doit pas rester passif, il doit comme toute personne normalement avisée et prudente, veiller à ses propres intérêts, s'informer et poser les questions qui s'imposent s'il ne comprend pas les informations qu'il reçoit ou s'il considère qu'elles sont insuffisantes ou qu'elles ne sont pas claires. Si elle avait eu le moindre doute sur l'étendue du risque encouru, la société **SOC.1** aurait dû, comme l'y invitaient les clauses des contrats, requérir des informations supplémentaires.

Au vu des stipulations contractuelles, combinées à l'expérience de la société **SOC.1** et de son bénéficiaire économique **A.** du monde de la finance, la société **SOC.2** doit être considérée comme ayant suffi à son obligation d'information. La société **SOC.1** est partant restée en défaut d'établir une violation de ses obligations contractuelles dans le chef de la société **SOC.2**. Sa demande n'est partant pas fondée, par contre la demande reconventionnelle de la banque est fondée. Le premier jugement est à confirmer dans toute sa teneur.

Les parties ayant été liées par un contrat, la demande de la société **SOC.1** est irrecevable sur la base délictuelle invoquée à titre subsidiaire.

Indemnités de procédure :

Au vu du sort réservé à son appel, la société **SOC.1** est à débouter de sa demande en octroi d'une indemnité de procédure.

La société **SOC.2** n'établissant pas en quoi il est inéquitable de laisser à sa charge les frais non compris dans les dépens, elle est à débouter de sa demande en octroi d'une indemnité de procédure.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, le magistrat de la mise en état entendu en son rapport,

statuant en continuation de l'arrêt du 18 février 2015,

dit l'appel **non fondé**,

confirme le jugement du 28 novembre 2012,

dit irrecevable la demande pour autant qu'elle est fondée sur la base délictuelle,

déboute les parties de leur demande en allocation d'une indemnité de procédure,

condamne la société de droit des Iles Vierges britanniques **SOC.1** aux frais et dépens de l'instance, avec distraction au profit de Maître Yvette Hamilius qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.