

Arrêt N° 15/17 IV-COM

Audience publique du vingt-cinq janvier deux mille dix-sept

Numéro 22170 du rôle

Composition :

Roger LINDEN, président de chambre;
Elisabeth WEYRICH, conseillère ;
Mylène REGENWETTER, conseillère;
Marcel SCHWARTZ, adjoint du greffier en chef.

E n t r e

A, employé privé, demeurant à,

appellant aux termes d'un acte de l'huissier de justice Jean-Lou Thill de Luxembourg du 8 mai 1998,

comparant par Maître Jean Brücher, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

e t

la société anonyme B (LUXEMBOURG), anciennement B (LUXEMBOURG), établie et ayant son siège social à, 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 termes du prédit acte Thill,

comparant par la société anonyme Arendt & Medernach, représentée par Maître Glenn Meyer, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL

Par acte d'huissier de justice du 21 août 1997, A a formé opposition contre un jugement du 4 juillet 1997 rendu par défaut à son encontre par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, qui l'avait condamné à payer à la société anonyme B (LUXEMBOURG) (la B) les montants de BEF 907.695, CAD 11,11 et DM 540.067,32 du chef de soldes de comptes bancaires débiteurs avec les intérêts au taux légal à courir à partir du 5 mars 1991.

Par jugement contradictoire du 3 avril 1998, le tribunal a rejeté l'opposition et dit que le jugement du 4 juillet 1997 sortirait ses pleins et entiers effets.

Par acte d'huissier de justice du 8 mai 1998, A a régulièrement relevé appel du jugement du 3 avril 1998 qui lui a été signifié le 6 mai 1998.

Il a conclu, par réformation du jugement, à se voir décharger des condamnations prononcées. Aux termes de ses conclusions récapitulatives du 17 juin 2016, A conclut à

-voir constater que le compte numéroté 6229 - 202648 ouvert au nom de l'appelant auprès de la B était un compte en francs luxembourgeois ;

-voir constater que les extraits de compte ont été protestés en temps opportun,

-dire qu'il appartient à la partie intimée de rapporter la preuve du fait qui justifie l'exécution des opérations litigieuses sur le compte numéroté 6229 - 202648 ouvert à son nom auprès de la B, et donc, in fine, sa créance, ainsi que la preuve du fait légitime qui la libère de son obligation de restitution, et de constater qu'elle reste en défaut de rapporter une telle preuve,

-sinon, conformément à l'article 288 NCPC, enjoindre à la partie intimée de produire les ordres de transfert établissant les instructions prétendument données afin d'effectuer les opérations ayant causé la situation débitrice du compte numéroté 6229 - 202648,

-dire inopposables à l'appelant les conditions générales de la B, sinon le document intitulé « Conditions générales régissant les rapports d'B Luxembourg et de ses clients, en l'absence de toute convention spécifique et écrite », sinon l'article 2, alinéa 8 de ce dernier document,

-en tout état de cause, constater les irrégularités entachant les extraits de compte relatifs au compte numéroté 6229 - 202648,

-constater les manquements de la B à ses obligations contractuelles d'information, de conseil et/ou de mise garde, sinon à ses obligations délictuelles issues des articles 1382 et 1383 du Code civil, en rapport avec la signature des contrats « Hold mail » et « ordres téléphoniques »,

-en cas de confirmation de la condamnation de l'appelant, en déduire que ces manquements de la B ont causé un préjudice au client à hauteur du montant de 907.695.- BEF, du montant de 11,11.- CAD et du montant de 540.067,32.- DM, et condamner l'intimée à lui payer les prédicts montants avec les intérêts légaux à courir à partir du 5 mars 1991, sinon à partir de la demande en justice,

-sinon, conformément aux dispositions du titre XIX du Livre IV du NCPC, nommer une personne chargée de procéder à des constatations et/ou un consultant et/ou un expert, avec pour mission de concilier les parties si faire se peut, sinon dans un rapport écrit, motivé et détaillé, de :

1. examiner les extraits relatifs au compte numéroté 6229 - 202648 ouvert au nom de Monsieur A auprès de l'établissement de crédit B Luxembourg,

2. énumérer et décrire les diverses opérations de change à terme ressortant de ces extraits de compte,

3. déterminer si ces extraits de compte et/ou ces opérations de change à terme présentent des anomalies et/ou des irrégularités telles qu'exposées au point 2.2.4. des présentes conclusions de Me Brücher, notamment quant aux taux de change appliqués et aux dates de comptabilisation,

4. déterminer si les opérations de change à terme ressortant des extraits de compte relatifs au compte numéroté 6229 - 202648 faisaient l'objet d'un dépôt de couverture (margin deposit) conforme aux usages de la place bancaire de Luxembourg ainsi qu'aux usages bancaires internationaux applicables en la matière et, dans l'hypothèse où cela n'aurait pas été le cas, déterminer quel aurait dû être un tel dépôt de couverture au regard de usages de la place bancaire de Luxembourg ainsi que des usages bancaires internationaux applicables en la matière.

-sinon donner acte à la partie de Me Brücher qu'elle formule l'offre de preuve par l'audition de deux témoins de la teneur suivante:

« durant l'année 1989, Monsieur A a effectué des opérations de gestion discrétionnaire pour le compte de la dame C.

Pour ce faire 2 comptes avaient été ouverts dès 1988 auprès de l'B (Luxembourg) S.A., à savoir le compte C et le compte D.

Le compte C, dont les titulaires étaient la dame C et le sieur André De Medina, était destiné à effectuer des opérations sur devises et disposait en tant que tel d'un dépôt de couverture de \$ 500.000. -.

Le compte D, dont le titulaire était Monsieur A, était uniquement destiné à percevoir les commissions revenant à celui-ci en tant que gestionnaire et calculées sur les résultats obtenus lors de la gestion du compte C.

Le compte D n'était pas destiné à effectuer des opérations sur devises et n'a d'ailleurs jamais été utilisé à cette fin alors qu'il ne s'y prêtait pas techniquement.

Le compte C a été clôturé par son titulaire au cours de la période septembre-novembre 1989 alors qu'une importante opération en £ (achat) contre DEM (vente) pour un montant de £ 2.000.000.- était en cours sur ce compte déterminé ».

-partant voir réformer le jugement dont appel et déclarer la demande originaire tendant à la condamnation de l'appelant aux montants de 907.695.- BEF, 11,11.- CAD et 540.067,32.- DEM avec les intérêts tels que de droit non fondée,

à titre subsidiaire :

constater que la partie intimée n'a pas fait preuve de la diligence et de la prudence qu'on était en droit d'attendre d'elle et que la partie de Me Brücher a subi un dommage en relation causale avec cette absence de diligence et de prudence,

partant, la condamner à payer à la partie de Me Brücher le montant de 907.695.- BEF, le montant de 11,11.- CAD et le montant de 540.067,32.- DM, avec les intérêts légaux à partir du 5 mars 1991, sinon à partir des demandes,

à titre subsidiaire, condamner la partie intimée à payer à la partie de Me Brücher un montant équivalent au dépôt de couverture dont aurait dû bénéficier la partie intimée au regard des engagements pris par la partie de Me Brücher,

pour autant que de besoin, conformément aux dispositions du titre XIX du Livre IV du NCPC, nommer une personne chargée de procéder à des constatations et/ou un consultant et/ou un expert,

avec pour mission de concilier les parties si faire se peut, sinon dans un rapport écrit, motivé et détaillé

« déterminer le dépôt de couverture dont auraient dû faire l'objet les opérations de change à terme ressortant des extraits de compte relatifs au compte numéroté 6229 - 202648 ouvert au nom de Monsieur A auprès de l'établissement de crédit B (Luxembourg) S.A. au regard de usages de la place bancaire de Luxembourg ainsi que des usages bancaires internationaux applicables en la matière »

en tout état de cause, ordonner la compensation entre les créances réciproques,

constater que la B a manqué à son obligation de modérer son dommage,

dire que ce manquement a causé un préjudice à la partie de Me Brücher consistant dans les intérêts échus sur les sommes dues depuis le 27 septembre 1989, respectivement le 8 janvier 1990,

en conséquence, décharger la partie de Me Brücher de toute condamnation à des intérêts, conventionnels ou légaux, sur les sommes dues à la partie intimée,

condamner la partie intimée à réparer les dommages matériel et moral que la partie de Me Brücher a subi et qu'elle subit encore du fait des actions intentées par la partie intimée et qu'elle évalue, ex aequo et bono, et sous toutes réserves, dont notamment celle de l'augmenter, à 250.000 € ou toute autre somme, même supérieure, à arbitrer par la Cour, avec les intérêts légaux à partir du 5 mars 1991, sinon à partir de la demande en justice.

La B conclut à voir « déclarer l'acte d'appel nul, sinon irrecevable », subsidiairement non fondé et à se voir allouer une indemnité de procédure de 25.000 €.

Le moyen d'irrecevabilité de l'appel, sinon de la nullité de l'acte d'appel inséré en un bout de phrase au dispositif des conclusions récapitulatives et aucunement invoqué, ni à plus forte raison développé dans le corps desdites conclusions est à rejeter, la Cour n'ayant ce faisant pas été mise en mesure d'en cerner le fondement et la portée.

Pour dire non fondée l'opposition formée par A, le tribunal a rejeté les moyens du client de la B qui contestait avoir donné instruction de faire des opérations en devises et effectué des prélèvements du dit compte qui ont conduit aux soldes débiteurs du compte ouvert par l'opposant sous le pseudonyme D, aux motifs qu'il était censé avoir ratifié les opérations relevées sur

lesdits extraits de compte, faute de les avoir contestées dans le délai conventionnel de quinze jours. Il en a conclu que A était forclos à contester les instructions et opérations figurant sur les extraits. Il a encore rejeté le moyen de l'opposant qui critiquait le tribunal d'avoir fait courir les intérêts au taux légal sur les montants réduits à partir du 5 mars 1991.

Discussion

Les moyens opposés à la demande en première instance sont restés les mêmes, sauf que l'appelant en a rajouté en instance d'appel. Il a également formé une demande reconventionnelle en responsabilité contre la B.

La demande de la B dirigée contre A

Le tribunal a retenu qu'il résultait du formulaire d'entrée en relations que le client avait, lors de l'ouverture de compte, reçu un exemplaire des conditions générales et déclaré en avoir pris connaissance et y adhérer. Il a encore précisé que le client avait opté comme adresse pour la correspondance « hold mail ». Selon l'article 2 alinéa 8 desdites conditions générales, toute réclamation relative aux extraits ou arrêtés de compte devait être présentée à la B endéans les quinze jours suivant la mise à disposition des extraits au client faute de quoi ces extraits étaient présumés exacts et approuvés. Le tribunal a dit cette clause valable et en a conclu que le silence du client gardé à la réception des extraits de compte valait approbation tacite des écritures et des conditions appliquées et présomption de ratification des engagements passés.

L'appelant soutient qu'il appartient à la B, en application de l'article 1315 du Code civil, de rapporter « la preuve du fait qui justifie l'exécution des opérations litigieuses sur le compte numéroté 6229 - 202648 ouvert au nom de Monsieur A et donc, in fine, sa créance, ainsi que la preuve du fait légitime qui la libère de son obligation de restitution » (des fonds qui y étaient déposés).

La B fait valoir que lors de l'ouverture du compte, le client l'a expressément autorisée à accepter et à exécuter ses instructions données par téléphone ou tout autre mode de communication sans attendre une confirmation écrite de la part du client et que cette autorisation n'a, par la suite, pas été révoquée par l'appelant. Elle soutient partant être dans l'impossibilité de produire les ordres qui auraient tous été donnés de manière orale.

1. L'appelant conclut à se voir déclarer inopposables les conditions générales pour ne pas les avoir signées, donc acceptées. Il fait valoir que l'agencement du document « entrée en relations d'affaires » n'attirerait pas l'attention du client sur le fait

qu'il a pris connaissance desdites conditions générales et les a acceptées.

La B renvoie à bon droit au document d'ouverture de compte (farde I, pièce 1) qui tient en une seule page, signé par le client, document qui, sous les cases réservées aux qualités du client, ne comprend que deux alinéas dont l'avant-dernier est rédigé en caractères normaux, identiques à ceux du reste du document et parfaitement lisibles, dans lequel le client reconnaît avoir reçu un exemplaire des conditions générales et déclare en avoir connaissance, les avoir lues et adhérer sans réserve aucune à toutes les clauses.

La déclaration signée par le client-signataire atteste de la réception, de la lecture et de l'adhésion de celui-ci auxdites conditions générales.

2. La B verse un exemplaire des conditions générales (farde I, pièce 6) et soutient qu'il s'agit de celles en vigueur le 14 décembre 1988, date de la signature des documents d'ouverture de compte. L'appelant conteste que l'exemplaire versé, mais non daté, soit celui qui aurait été en vigueur que ce soit au 14 décembre 1988, soit durant la période de janvier 1989 à janvier 1990 pendant laquelle les opérations litigieuses ont été effectuées.

L'intimée se réfère à l'attestation testimoniale (farde IV, pièce 2) de l'employé de B E du 12 septembre 2012, employé auprès d'elle depuis 1982 (farde VI, pièce unique) qui y déclare que « les conditions générales produites devant la Cour sont bien celles qui étaient en vigueur au moment de l'ouverture de compte de Monsieur A ».

Si, ainsi que le fait remarquer l'appelant à bon droit, il est tout surprenant que la B ne soit pas en état de produire un exemplaire daté des conditions générales, ni ne soit en mesure de retracer l'historique desdites conditions générales, il n'en reste pas moins vrai que le contenu desdites conditions générales est un fait juridique qui, quoiqu'il ait des effets juridiques sur la question litigieuse à toiser, peut être établi par tous moyens légaux, donc également par témoins.

Le témoignage de E, régulier en la forme, est pris en considération par la Cour. Le simple fait que l'attestant se trouve/trouvait dans un lien de subordination juridique par rapport à la B qui est/était son employeur ne le rend en effet pas incapable de témoigner.

Contrairement à ce que soutient l'appelant, le fait pour l'attestant de se référer aux conditions générales « produites devant la Cour » signifie qu'il a dû se voir soumettre un document

identique à celui produit actuellement devant la juridiction d'appel. Ce document doit également avoir été produit devant le tribunal qui en a déjà fait mention dans le jugement attaqué du 23 avril 1998, les parties n'ayant en tous les cas pas affirmé le contraire.

Il en découle partant que le document contenant les conditions générales qui n'est pas daté est en tous les cas antérieur au 23 avril 1998, date du jugement de 1998, étant encore rappelé que les documents d'ouverture du compte remontent au 14 décembre 1988.

Il ressort par ailleurs de l'assignation introductive d'instance du 5 mars 1996 lancée à la requête de la B que la demanderesse y indiquait comme adresse de son siège social Luxembourg, 4, rue Jean Monnet. Cependant, tant les documents d'ouverture de compte que les conditions générales indiquent comme siège social de la B le, de sorte que la Cour en déduit que les conditions générales datent d'avant le transfert du siège social qui a donc eu lieu avant le 5 mars 1996. La date exacte du transfert du siège social ne ressort pas des pièces versées.

Rien au dossier ne permet partant de mettre en doute les déclarations du témoin E et aucun indice ne permet de retenir que les conditions générales « produites devant la Cour » ne soient pas celles ayant été en vigueur au moment de l'ouverture du compte. Il n'est par ailleurs pas soutenu que la B se soit dotée d'autres conditions générales avant fin janvier 1990, date à partir de laquelle plus aucune opération litigieuse n'a été renseignée sur le compte.

La Cour en conclut qu'il y a lieu de tenir compte desdites conditions générales pour avoir été en vigueur non seulement au moment de l'entrée en relations d'affaires entre parties, mais encore au moment des opérations litigieuses.

3. L'appelant fait valoir que l'article 2 alinéa 8 des conditions générales serait à qualifier de clause limitative de responsabilité qui lui serait inopposable par application de l'article 1135 - 1 du Code civil.

Cette disposition, issue de la loi du 15 mai 1987 et partant applicable à l'espèce, exige, sous peine d'inopposabilité, l'acceptation par écrit par celui auquel on l'oppose de toute clause limitative de responsabilité en faveur de celui qui a établi les conditions générales. Elle n'est pas applicable en l'espèce, étant donné que l'article 2 alinéa 8 n'est pas à qualifier de clause limitative de responsabilité, étant donné qu'il ne fait qu'aménager conventionnellement le régime de la preuve quant à l'acceptation présumée des opérations mentionnées sur les extraits de compte en cas de non-réclamation du titulaire du compte dans un délai

déterminé et n'a aucunement pour objet direct de voir limiter la responsabilité contractuelle de la B.

4. L'appelant conteste que la B ait émis pour chaque opération un extrait de compte, puis soutient qu'il n'avait pas pour obligation de réceptionner et examiner lesdits extraits « hold mail » auprès de l'intimée, étant donné que le compte D était destiné à recevoir les commissions rédues à l'appelant pour sa gestion de fonds placés sur un autre compte ouvert auprès de la même B au nom d'une de ses clientes, vu que ce compte avait été clôturé en 1989, de sorte que le compte D était inactif depuis la clôture dudit compte, et qu'il ne saurait partant lui être fait grief de ne pas avoir consulté les extraits émis et émis de protestation contre les mentions y figurant dans le délai conventionnel.

En ce qui concerne l'émission des extraits de compte, la Cour renvoie à la farde II de 121 pièces de la B qui contient les extraits de compte relatifs au compte D pour la période allant de 1988 à 1993, de sorte que les contestations de l'appelant sont vaines.

Eu égard à l'option « *hold mail* » choisie par le client, les extraits de compte ont été mis à sa disposition en les locaux de la B. Les affirmations de l'appelant quant à l'existence d'un autre compte ne sont pas établies, abstraction faite de leur pertinence pour la solution du litige. L'offre de preuve par témoins formulée par l'appelant en ce qu'elle tend à prouver l'ouverture de comptes au nom de titulaires autres que l'appelant n'est pas admissible au regard du secret bancaire. Elle ne saurait par ailleurs établir la finalité ayant été à la base de l'ouverture du compte D, finalité dont il n'est pas établi qu'elle ait été communiquée à la B.

Que le client choisisse de ne pas consulter les extraits de compte mis à sa disposition au sein de la B, pour quelque raison que ce soit, ne saurait mettre en échec les conséquences découlant de l'application de l'article 2 alinéa 8 des conditions générales.

Le moyen et l'offre de preuve par témoins sont donc à rejeter

5. L'appelant conclut à voir condamner la B à la production forcée des ordres de bourse qu'il conteste avoir donnés. Il justifie cette demande par l'obligation de la B de restituer au client les fonds qui se trouvaient sur le compte D, qui serait une obligation de résultat dont elle ne saurait s'exonérer que par un fait qui a produit l'extinction totale ou partielle de l'obligation, à savoir la production des instructions émanant du titulaire du compte .

Ainsi que déjà exposé ci-dessus, la B admet ne pas être en possession de tels ordres écrits, mais soutient que la preuve des

opérations résulte, selon elle, de la production des extraits de compte non protestés en temps utile par le titulaire du compte D.

Il convient de rappeler que l'approbation des extraits de compte par le titulaire du compte ne lui permet plus de remettre en cause le principe même du mandat conféré à la B, mais ne l'empêche cependant pas de rechercher la responsabilité contractuelle de la B, la recherche de cette responsabilité ne pouvant cependant plus être basée sur le défaut ou le dépassement des limites du mandat.

La demande en production forcée des pièces, dont la finalité tend précisément à établir, selon l'appelant, que la B n'était pas en possession d'un mandat pour effectuer les opérations est donc à rejeter.

6. A soutient enfin que la présomption d'exactitude et d'acceptation des extraits bancaires ne saurait s'appliquer au vu des irrégularités manifestes contenues dans lesdits extraits de compte. L'appelant en conclut que si les extraits de compte devaient contenir des erreurs, ils devraient être écartés des débats (point 2.2.4.2.).

L'intimée conteste que les extraits de compte contiennent de telles erreurs matérielles. Elle soutient à bon droit que la charge de la preuve quant à l'existence de telles erreurs incombe à l'appelant.

Le défaut de protestation d'un client après réception d'un relevé de compte ne couvre pas les erreurs que ce relevé peut contenir. Même si la jurisprudence admet que le silence du client puisse valoir approbation des comptes, un redressement des comptes demeure possible en cas d'erreur, d'omission ou de présentation inexacte (JCL Droit-B-Bourse, version numérique 2016, fasc.150, numéro 111).

L'appelant fait ainsi état d'une « irrégularité manifeste » en ce que le compte D libellé en francs luxembourgeois n'aurait pas été destiné à s'y voir dérouler des opérations de change à terme impliquant nécessairement l'usage de devises étrangères (point 2.2.4.1.1.). Ainsi encore soutient-il qu'il serait « totalement improbable » au regard des usages bancaires que de telles opérations aient pu avoir été faites à partir dudit compte, en l'absence du moindre dépôt de garantie réclamé par la B à son client pour se couvrir en cas de déficit de couverture pour couvrir les pertes potentielles (point 2.2.4.1.2.). Il soutient que les extraits de compte litigieux renseignent des « irrégularités flagrantes » qu'une simple lecture de ceux-ci permettrait de déceler. Ainsi fait-il valoir qu'une opération de change aurait été effectuée avec date de valeur correspondant à un samedi, ce qui ne serait pas possible vu que les marchés financiers seraient fermés les fins de

semaine, que plusieurs opérations de change n'auraient généré ni gain, ni perte, ce qui serait tout à fait improbable, étant donné que les taux de change auraient donc dû rester identiques sur des périodes plus ou moins longues pouvant aller jusqu'à 14 jours, que le taux de change aurait été le même pour des opérations faites à trois dates différentes. Il renvoie à un rapport d'expertise unilatéral Davies qu'il a fait dresser reprenant toutes ces anomalies (point 2.2.4.1.3). Il soutient enfin que deux opérations de swap sur devises sur le compte en DEM des 27 septembre 1989 et 8 janvier 1990 auraient des *traces* de comptabilisation et des taux de change « tout à fait anormaux » au regard des taux en vigueur le jour de ces opérations (point 2.2.4.1.4.).

Contrairement à ce que soutient la B, il ne s'agit pas d'« erreurs matérielles » dont fait état l'appelant. Elle soutient que les opérations renseignées sur les extraits de compte ne sont pas irrégulières.

Par application des principes ci-dessus exposés, l'appelant ne saurait plus remettre en cause le principe même des opérations qui sont renseignées sur lesdits extraits de compte en ce que la B est supposée les avoir exécutées en exécution d'un mandat, en l'espèce, oral reçu de la part du titulaire du compte, sinon du mandataire auquel l'appelant avait donné procuration.

Il n'est dans ces conditions pas relevant de savoir si le compte bancaire libellé en francs luxembourgeois était destiné à s'y voir effectuer des opérations sur devises à terme, l'existence de celles-ci ne pouvant plus être remise en cause par l'appelant.

Quant aux écritures critiquées par l'appelant comme contenant des erreurs manifestes, il convient de se reporter au rapport Jeffrey Davies, expert-comptable, dressé à la requête de l'appelant (fardes de pièces VI, 4).

L'auteur du rapport analyse les opérations de change de devises DEM/GBP qui ont généré la perte la plus importante qui est à l'origine du solde débiteur actuellement litigieux et relève que l'écart des taux de change appliqués par la B était largement supérieur (et donc défavorable au client) à l'écart standard en vigueur au moment de la conclusion des opérations en 1989. N'étant pas en possession des taux de change pour les jours concernés, il ne saurait se prononcer sur le fait de savoir s'ils correspondaient à celui du marché. A d'autres endroits, il relève que le taux appliqué à certaines opérations à des dates différentes présuppose un accord préalable et spécifique entre la B et son client.

Le débat ne se situe donc pas au niveau d'une erreur, mais bien plus au niveau soit de l'application d'un taux de change exagéré, soit au niveau de l'existence d'un accord préalable.

L'appelant conteste l'existence d'un tel accord, la B fait quant à elle état d'une simple marge qu'elle s'est octroyée.

Ce n'est pas au niveau de la demande principale que cette question doit être toisée, étant donné que l'appelant ne saurait plus remettre en cause les opérations en tant que telles, ni les conditions auxquelles elles ont été passées.

L'insertion de la date de valeur d'une opération fixée à un samedi, soit à un jour non ouvrable, n'est pas autrement à examiner, étant donné que la date de valeur ne correspond pas nécessairement à la date de l'opération elle-même.

Le moyen de A qui conclut à voir écarter des débats les extraits de compte pour contenir des erreurs manifestes est donc à rejeter.

7. L'offre de preuve en institution d'une expertise avec la mission reprise page 3 de l'arrêt est à écarter au vu des développements faits ci-dessus sub 6. Elle est de toute façon superflue au vu du rapport Davies qui a déjà répondu aux questions libellées qui, en tant que telles, ne sont pas remises en cause par les parties.

8. L'appelant reproche enfin à la B de ne pas avoir tenté de minimiser le dommage qu'elle a subi en faisant valoir qu'elle ne l'a pas informé du solde débiteur, ni ne l'a mis en demeure de le régler, la première information reçue à ce sujet ayant été l'assignation à comparaître devant le juge des référés du 5 mars 1991.

A demande partant « à titre de préjudice qu'il a subi du chef de ce manquement » à ne pas devoir supporter de payer les intérêts échus sur les sommes dues depuis le 27 septembre 1989, sinon le 8 janvier 1990.

La Cour estime utile de réserver ce moyen de défense pour le toiser lors de l'arrêt définitif à intervenir.

Il découle de l'ensemble des considérations qui précèdent que la B dispose d'une créance contre A se chiffrant à BEF 907.695.- CAD 11,11.- et DM 540.067,32.- à convertir en euros, abstraction faite des intérêts à courir sur ces montants, ce volet étant réservé.

II. La demande reconventionnelle de A

L'appelant a formulé pour la première fois en instance d'appel une demande reconventionnelle en condamnation de la B pour violation de ses obligations contractuelles, qui, pour constituer une défense à l'action principale et pour tendre à la compensation, est, contrairement à ce que soutient l'intimée, recevable en application de l'article 592 NCPC.

La B soutient encore que cette demande serait prescrite. Elle se réfère à l'article 189 du Code de commerce qui dispose que « les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants et non-commerçants se prescrivent par dix ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions spéciales plus courtes ». L'appelant n'aurait introduit cette demande par voie de conclusions qu'en 2013 pour des faits qui se seraient produits en 1989, soit au-delà du délai décennal.

Etant donné cependant que les demandes reconventionnelles et les moyens de défense sont formés de la même manière à l'encontre des parties à l'instance et que l'appelant n'a pas formé cette demande à titre d'action, mais à titre de défense au fond à la demande de la B, la prescription est sans incidence, de sorte que le moyen est à écarter (Cassation frcse, chambre commerciale, 21.10.2014, no de pourvoi 13-21341).

1. A reproche à la B de l'avoir amené à signer tant une convention « hold mail » qu'un document « ordres téléphoniques », tout en se déchargeant de toute responsabilité en cas de fait dommageable pour le client. Ce faisant, la B, en l'ayant fait signer ces deux documents, ensemble les conditions générales qui contiennent une clause de ratification implicite des extraits, lui aurait ôté toute possibilité de prouver son droit de rapporter une preuve contraire à la simple présomption réfragable issue de la clause d'acceptation implicite. La seule preuve, en l'absence de contestation dans le délai de 15 jours prévu aux conditions générales serait, selon l'appelant, la production d'une confirmation écrite de l'ordre de bourse. Vu cependant qu'il était contractuellement prévu que le client pouvait passer des ordres de bourse par écrit, il ne lui serait actuellement pas possible d'en exiger la production. Il soutient partant ne pas bénéficier d'un procès équitable, lui-même ne disposant pas « des mêmes armes » que la B pour faire valoir ses droits.

Il en conclut que la B a manqué à « ses obligations professionnelles d'information, de conseil et/ou de mise en garde », sinon qu'elle a agi avec une légèreté blâmable. Elle aurait ainsi vidé de sa substance ses obligations contractuelles essentielles, de sorte que ces clauses seraient à considérer comme inefficaces, sinon nulles. L'obligation de fournir des

conseils serait de résultat, seule leur pertinence serait de moyens. La B aurait encore violé son obligation de renseigner utilement le client sur la portée de son engagement et son obligation de loyauté, en créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations, notamment en termes de charge de la preuve, face à un client qui n'habitait pas le Luxembourg et ne pouvait s'y rendre tous les quinze jours (*i.e.* délai de protestation). La qualité avertie ou profane du client serait sans influence, étant donné que le manquement de la B aurait trait à des modalités juridiques, sans rapport avec l'expérience financière du client.

Il fixe le préjudice au même montant que celui que lui réclame la B.

Celle-ci conteste toute faute, manoeuvre ou négligence dans son chef. L'intimée fait valoir que tant la convention de *hold mail* que celle par laquelle le client l'a autorisée à exécuter des ordres donnés autrement que par écrit (*i.e.*, téléphone, télex, fax) ont été signées à la demande expresse du client qui, en tant qu'investisseur averti, voulait disposer d'un moyen de transmission rapide des ordres adressés à la B et qui, pour des raisons de discrétion, avait en plus opté pour le service « hold mail ». Elle réfute les insinuations de l'appelant qui soutient qu'elle l'aurait « amené » à signer ces documents, laissant par-là sous-entendre qu'elle aurait ourdi une machination contre lui.

L'appelant soutient que la responsabilité de la B serait à rechercher en sa qualité de mandataire du client. Cette base légale est erronée, étant donné qu'au moment de l'entrée en relation d'affaires, la B n'a pas agi en qualité de mandataire, mais en tant que partie contractante de A qui est venu y ouvrir un compte bancaire.

Il n'est d'autre part pas établi que les conventions litigieuses auraient été signées sur insistance de la B ce qui, même si l'appelant ne l'écrit pas expressément, serait susceptible de confiner à des manoeuvres qui auraient éventuellement pu vicier son consentement.

A expose encore que le fait pour lui d'avoir signé ces conventions aurait dégagé la B de toute responsabilité pour les dommages pouvant accroître de ce chef au client, de sorte qu'il conclut, dans ses développements, à voir déclarer nulles et de nul effet ces clauses pour vider de leur substance les obligations de la B à son égard.

Cette nullité, non formulée expressément comme moyen de défense, n'est pas à prononcer, étant donné que la clause contenue dans le document signé « Ordres Téléphoniques » aux termes duquel « le soussigné déclare assumer tous les risques

pouvant résulter de cette autorisation et décharge expressément B de toute responsabilité quant aux conséquences dommageables pouvant résulter de l'utilisation de ces moyens de communication spécialement en cas d'erreurs de transmission ou d'interprétation » est à comprendre en ce sens que le client devra supporter les conséquences pouvant lui accroître du fait de l'autorisation accordée à la B, spécialement en cas d'erreurs de transmission ou d'interprétation, ce qui n'est pas en cause en l'espèce.

Il convient par contre de relever qu'il n'y a pas eu signature d'un document contenant décharge de responsabilité de la B dans le cadre du choix de l'option *hold mail*.

Toute la problématique se résume en fait, non pas à la validité et la portée des deux documents critiqués par l'appelant, à l'opposabilité des conditions générales, question toisée ci-dessus dans l'arrêt. En effet, c'est en raison de l'article 8.2. desdites conditions générales que le client est censé avoir accepté les opérations se trouvant renseignées sur les extraits de compte qui ne sont pas envoyés au client, mais mis à la disposition de celui-ci au sein de la B et qui indirectement ne lui permet pas d'exiger de la B qu'elle justifie de l'existence des ordres sous-jacents aux opérations boursières réalisées à la demande du titulaire du compte ou de tout autre mandataire.

Il n'y a pas non plus violation du droit de tout justiciable à se voir garantir un procès équitable, ni de celui de l'égalité des armes, étant donné que la situation dans laquelle l'appelant se retrouve est due à l'application d'une clause conventionnelle qu'il a librement acceptée, clause qui lui permettait précisément de faire valoir ses droits à l'égard de la B, mais dont il a négligé de faire usage.

Il en découle que A ne saurait se retrancher derrière sa propre négligence pour faire endosser à la B les conséquences conventionnelles qui découlent de clauses claires et précises, acceptées en connaissance de cause. Il s'y ajoute que A connaissait parfaitement les rouages des marchés financiers, cette connaissance présupposant nécessairement la connaissance dans son chef des règles de base liées à l'ouverture et au fonctionnement de comptes bancaires.

La demande en responsabilité de la B pour autant qu'elle a trait à ce volet est à écarter.

2. L'appelant reproche encore à la B d'avoir violé ses obligations de prudence et de diligence en ce qu'elle n'aurait pas demandé au client de fournir une marge de couverture et en ce qu'elle aurait apporté son concours dans le cadre des opérations

de marché de change à terme à une « simple personne physique » qui ne disposait pas des assises financières suffisantes au regard des montants engagés.

Il fixe son préjudice due à l'absence de marge de couverture au montant que celle-ci aurait dû exiger en raison des éventuelles pertes engendrées par les opérations de change de devises, montant qu'il fixe à 20%. Quant au dommage subi du chef de l'attitude de la B qui lui a fait crédit alors pourtant que sa situation financière aurait dû l'amener à le lui refuser, il fixe le dommage à la perte engendrée du chef des opérations effectuées.

L'intimée fait valoir que l'appel de marge est une faculté laissée à la discrétion de la B, instituée dans son seul intérêt, de sorte que ce ne serait pas au client d'en invoquer l'absence.

La B n'a par contre pas pris position quant au deuxième reproche. Les développements sous 3.1. en ce qu'elle y expose avoir informé le client du solde débiteur du compte, d'avoir mis à sa disposition les extraits de compte et de l'avoir mis en demeure de rembourser le solde débiteur ne constituent pas de réponse au reproche formulé. Il en est de même du point 3.3. où elle insiste sur la parfaite maîtrise par le client des opérations de change.

L'appelant n'a de son côté pas autrement développé ce moyen notamment au regard de l'évolution du compte en question.

Ce volet n'est pas suffisamment instruit de sorte qu'il convient, de renvoyer les parties devant le magistrat de la mise en état.

Les autres volets sont réservés.

PAR CES MOTIFS

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

reçoit l'appel,

confirme le jugement du tribunal du 3 avril 1998 en ce qu'il a fixé la créance de la société anonyme B (LUXEMBOURG), anciennement B (LUXEMBOURG) à l'égard de A aux montants spécifiés au dispositif,

réserve la question des intérêts à courir sur ces montants,

dit recevable la demande reconventionnelle de A en condamnation de la société anonyme B (LUXEMBOURG), à lui payer à titre de dommages-intérêts un montant équivalent à celui qu'il a été condamné à régler en première instance à ladite société,

dit non fondée le volet de la demande reconventionnelle en ce que la responsabilité de la société anonyme B (LUXEMBOURG) est recherchée du chef de la violation de ses obligations de conseil et de loyauté,

sursoit à statuer sur la demande reconventionnelle en responsabilité de la B en ce qu'elle aurait fautivement apporté dans le cadre des opérations de marché de change à terme son concours à A qui ne disposait pas des assises financières suffisantes au regard des montants engagés,

réserve les autres volets et demandes,

renvoie le dossier devant le magistrat de la mise en état aux fins d'une instruction supplémentaire de ce volet de la demande dans le sens exposé dans la motivation de l'arrêt.