

Arrêt civil

Audience publique du 30 novembre deux mille cinq

Numéro 27368 du rôle.

Composition:

Joseph RAUS, président de chambre;
Julien LUCAS, premier conseiller;
Marie-Anne STEFFEN, premier conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

la société anonyme BANQUE GENERALE DU LUXEMBOURG,
établie et ayant son siège social à L-2951 Luxembourg, 50, avenue J.F.
Kennedy,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Marc
GRASER de Luxembourg en date du 30 décembre 2002,

comparant par Maître Jean WELTER, avocat à la Cour, demeurant à
Luxembourg,

e t :

X.), ingénieur industriel, demeurant à L-(...), (...),

intimé aux fins du susdit exploit GRASER du 30 décembre 2002,

comparant par Maître Alain GROSS, avocat à la Cour, demeurant à
Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Revu l'arrêt du 11 février 2004 qui, compte tenu des contestations opposées par B.G.L. à l'action en responsabilité contractuelle dirigée contre elle par X.) en réparation du préjudice lui accru du fait de la non exécution de son ordre du 28 août 1998 de vendre 18.000.000.- USD contre JPY au prix de 144, échéance 8 septembre 1998, institue une expertise aux fins de voir déterminer entre autres si les conditions du marché, le 28 août 1998, permettaient de réaliser, en tout ou en partie, une vente de 18.000.000.- USD contre yen au cours spot de 144,15 ce, moyennant le cas échéant une opération partielle, interne à B.G.L. S.A..

L'appel qui reste à vider est celui entreprenant le jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 5 novembre 2002 qui, retenant que l'opération a été liquidée le 3 septembre 1998 moyennant une vente des 18.000.000.- USD au cours de seulement 135, institue avant tout autre progrès en cause une expertise devant établir « le montant du préjudice subi par X.), consistant d'une part, dans la perte subie dans l'opération effectuée par la banque en lieu et place de celle demandée par le client (achat au taux de 142,94 et vente au taux de 135 au lieu de 144,15) moins la commission de 10 points que la banque aurait pu obtenir et, d'autre part, dans la perte des intérêts créditeurs sur le bénéfice en lieu et place d'intérêts débiteurs sur le solde négatif qui lui ont été mis en compte par la banque ».

En son rapport, Pierre-Paul BOEGEN conclut comme suit :

« L'ordre de Monsieur X.) pouvait être exécuté partiellement. L'expert a constaté que dans un marché haussier, B.G.L. S.A. a acheté des USD contre JPY ».

« L'ordre pouvait être exécuté dans sa totalité à condition que tous les moyens techniques et humains (cambistes traitant sur le change) soient mis à la disposition de l'ordre du client de B.G.L. S.A.. B.G.L. S.A. n'a fourni à l'expert aucune preuve que ces moyens ont été mis en œuvre ». « ... ».

« B.G.L. S.A. ne fournit aucune preuve qu'elle a transmis un (des) ordre(s) de vente. Il est seulement possible de constater que l'ordre de Monsieur X.) n'a pas été exécuté ... » (cf rapport d'expertise BOEGEN page 15).

Il résulte du rapport BOEGEN que le cours spot de 144,15 -par lequel l'ordre de vente devait être réalisé pour pouvoir créditer le compte de X.) du montant de 144 par USD vendu- a, tel qu'il découle d'un rapport émanant

du seul système de courtage électronique EBS, été atteint le 28 août 1998 et est passé à un cours maximum de 144,25, le tout entre 8 heures, 58 minutes 46 secondes et 8 heures 59 minutes 42 secondes, soit pendant 56 secondes en tout.

Pendant ce laps de temps de 56 secondes, et selon les données du système de courtage électronique EBS, le marché est monté d'un cours de change de 143,90 jusqu'à 144,25, avec des mouvements de hausse et de baisse, les cours en USD contre JPY étant montés et redescendus plusieurs fois autour de 144,15, pour ensuite descendre sous 144,15, et ne plus retrouver ce cours le 28 août 1998 (cf rapport d'expertise pages 9,10 et 11).

C'est à tort que B.G.L. S.A. soutient que pareille « pointe de quelques secondes des cours à 144,15, voire 144,25 est une situation anormale, qui ne répond pas à la définition du marché ».

En effet, si les mouvements ci-avant constatés sur EBS témoignent d'une volatilité certaine du marché à ce moment de la journée, l'expert retient que le marché des changes se caractérise précisément par sa volatilité, et qu'un cambiste se doit de réagir vite, en vue d'une conclusion rapide de son opération :

« Par téléphone, deux cambistes concluent en moins d'une minute une opération de change au comptant. Par le système appelé Reuters dealing system, il faut environ trente secondes et par les courtiers électroniques, environ 5 secondes » (rapport d'expertise page 5).

Par ailleurs, des opérations de change USD/JPY ont été conclues sur le système de courtage électronique EBS pendant cette évolution des cours du 28 août 1998 (p.10 et annexe 8 du rapport BOEGEN).

L'expert en conclut que « la rapidité d'exécution d'une opération de change est telle que dans le contexte ci dessus, une ou plusieurs transactions partielles auraient pu être conclues » sur le système EBS aux fins de la réalisation de l'ordre de vente de **X.** (rapport d'expertise page 10).

L'expert ajoute par ailleurs concernant le facteur temps d'exécution que si pour un profane, 56 secondes semblent être un temps très court, tel n'est pas le cas pour un professionnel qui se doit de réagir vite et avec tous les moyens techniques dont il dispose : « le tout est de réagir vite et les systèmes sont prévus pour cela (pré-enregistrement des ordres et des lignes) » (rapport d'expertise page 12).

Contrairement à ce que semble vouloir faire entendre l'appelante, les moyens techniques dont elle disposait à l'époque des faits litigieux ne se

limitaient pas au seul système de courtage dit électronique, tel le système EBS ci-avant, mais B.G.L. S.A. avait en tout quatre types de moyens différents à sa disposition pour traiter les opérations de change lui confiées.

En effet, audit système du courtage dit électronique -la banque disposant de deux courtiers électroniques, à savoir EBS et Reuters 2002- viennent s'ajouter trois autres types de moyens, à savoir le système du téléphone, celui de Reuters Dealing System, ainsi que celui du courtage dit en ligne, B.G.L. S.A. disposant de cinq de ces courtiers dits en ligne (rapport d'expertise page 6).

Il y a lieu de décrire ci-après le fonctionnement du système du courtage dit en ligne :

« Contrairement au marché organisé (les bourses), les courtiers ne sont pas des intermédiaires obligatoires sur le marché des changes. Ces courtiers servent à <centraliser les ordres> des banques et en permanence annoncent des cotations sur des haut-parleurs installés dans la salle des marchés. Le cambiste de banque doit réagir lorsqu'une cotation s'avère intéressante pour lui. Notons que des cotations sont souvent énoncées par le courtier pour un marché comme par exemple l'euro contre dollar américain mais qu'un cambiste peut demander à un courtier une cotation dans d'autres devises. Comme ces courtiers sont en relation avec de nombreuses banques de par le monde et avec d'autres courtiers, il leur est aisé de trouver une contrepartie ... » (rapport d'expertise page 6).

Concernant le chef de la mission d'expertise portant sur la question de savoir si l'ordre de vente de **X.**) pouvait, au regard des conditions du marché du 28 août 1998, être exécuté partiellement, l'expert retient que, ayant à cette date exécuté pour un de ses clients un ordre d'achat de 4.000.000.- USD contre JPY au cours spot de 144,16 sur le système de courtage électronique EBS, B.G.L. S.A. aurait partiellement, soit à concurrence précisément de ce montant de 4.000.000.- USD, pu exécuter l'ordre de vente de **X.**) au cours spot de 144,15.

Selon l'expert, une simple compensation interne entre les deux ordres de ses clients, « une transaction interne », aurait permis l'exécution partielle de l'ordre de **X.**), sans même que B.G.L. S.A. n'ait eu à intervenir sur le marché des changes (rapport d'expertise page 10).

L'expert ajoute que B.G.L. S.A. aurait également pu exécuter partiellement l'ordre sur le système EBS :

« Si B.G.L. S.A. a pu acheter 4 millions de USD contre JPY sur un marché à ce moment-là <haussier>, B.G.L. S.A. aurait également pu vendre.

Si B.G.L. S.A. avait utilisé tous les supports dont elle disposait pour conclure des transactions sur le marché des changes, soit des ordres partiels de vente de 144,15 ou un ordre global de USD 18 millions, dans cette tendance haussière, il y aurait certainement eu l'une ou l'autre banque qui aurait fait une cotation sur laquelle B.G.L. S.A. pouvait vendre ces USD contre JPY à un cours égal ou supérieur à 144,15. Si des banques ont acheté au cours de 144,25 des quantités de devises, il est certain qu'elles auraient acheté à 144,15, soit 10 points moins cher » (rapport d'expertise page 11).

L'expert relève de nouveau que B.G.L. S.A. pouvait en outre « traiter par téléphone, par Reuters dealing system, par courtier en ligne et éventuellement par le système de courtage électronique Reuters 2002 qui », quoique n'étant pas « particulièrement performant pour traiter des opérations de change en USD contre JPY », a le 28 août 1998 permis la conclusion d'une transaction à un cours de change à 144,20, partant supérieur à 144,15 (rapport d'expertise page 11).

On ne saurait suivre l'appelante en ce qu'elle soutient que l'expert n'a pas recherché si le marché du 28 août 1998 répondait aux paramètres requis -notamment, existence de lignes de crédit suffisantes et de contreparties suffisantes-, avant d'affirmer que le laps de temps de 56 secondes permettait non seulement des exécution partielles, mais également une exécution totale de l'ordre de X.).

Il suffit de se reporter plus particulièrement aux extraits suivants du rapport d'expertise, le facteur du « 1° ... temps d'exécution », examiné ci avant, étant acquis :

« 2° La liquidité du marché » :

« Le rapport EBS montre des opérations pour des montants variant entre 1 et 7 millions. Ces montants sont des montants <petits> quand il n'est pas rare de rencontrer des opérations de 10 millions allant parfois même jusqu'à 100 millions de USD traitées sur un appel ».

Il est indéniable que sur le système EBS, la liquidité n'est pas importante à ce moment mais EBS ne montre pas tous les acteurs actifs sur le marché et n'est pas la seule opportunité pour conclure » (rapport d'expertise page12).

Pour ce qui concerne la question de la liquidité générale du marché des changes en avril 1998, il résulte du rapport que « les chiffres de 1998, recueillis auprès de 43 Banques Centrales et publiés par la BRI », Banque des Règlements Internationaux de Bâle, « étaient de 1 500 milliards de USD (contre-valeur de toutes les devises échangées converties en USD) de

mouvement journalier sur le marché des changes. Environ 18,50% de ces mouvements étaient exécutés en USD contre JPY (annexe 2) » (rapport d'expertise page 4).

« The Japanese yen retained its position as the third most actively traded currency, mainly against the US dollar (89%) » (cf annexe 2 du rapport, page 9).

« 3° Les acteurs du marché ou les lignes de crédit de/et pour B.G.L. S.A. » :

« B.G.L. S.A. disposait de suffisamment de lignes de crédit pour permettre la conclusion de l'ordre de Monsieur X.). ... » (rapport d'expertise page 12).

« Ces lignes de crédit devaient être à la fois de B.G.L. S.A. en faveur de contreparties mais aussi de ces contreparties en faveur de B.G.L. S.A. » (rapport d'expertise p.12).

« Les contreparties qui traitaient ce 28/08/1998 disposaient-elles de lignes de crédit pour B.G.L. S.A. ? ».

« D'après les opérations conclues sur le système EBS (annexes 7 et 8), il est possible de relever que les banques ayant traité sont situées dans différents pays à travers le monde. On notera la Grande-Bretagne, Hong Kong, le Japon, Singapour, la Suisse, l'Allemagne, la France, etc ».

« B.G.L. S.A. est une banque connue, jouissant d'une large renommée, ayant, à l'époque, un actionnaire principal qui était également une banque mondialement connue, groupe Générale de Banque, Belgique. On peut donc estimer que des banques de nombreux pays de par le monde et actives dans le marché des changes et en particulier en USD contre JPY, disposaient (disposent encore) de lignes de crédit en sa faveur et inversement, B.G.L. S.A. disposait (dispose) de lignes de crédit en faveur de banques établies dans de nombreux pays dont également des banques liées à son groupe. Toutefois, et les professionnels savent que le marché européen est plus aisé aux banques situées en Europe, de même que pour le marché asiatique ou américain ».

« Par ailleurs, le moment de la journée pendant lequel le cours de change a » le 28 août 1998 « atteint ou dépassé 144,15 est au début de l'activité de la salle des marchés de B.G.L. S.A., vers 9 heures du matin. Ceci signifie que les engagements mutuels au niveau des lignes de crédit est encore peu important, ce qui signifie que le potentiel d'utilisation des lignes de crédit est encore fort grand ».

« Toutefois, ceci ne signifie nullement que les contreparties qui passaient leurs ordres par le système EBS ou éventuellement Reuters 2002 disposaient de lignes de crédit en faveur de B.G.L. S.A. ou de lignes de crédit suffisantes. Mais comme déjà mentionné, ces courtiers électroniques ne sont pas les seuls moyens pour traiter une opération de change » (rapport d'expertise pages 12 et 13).

L'expert est formel pour indiquer que si la banque avait précisément recouru à tous les supports et à tous les moyens dont elle disposait à l'époque des faits litigieux, à savoir en dehors de ce système de courtage électronique (EBS et Reuters 2002) -qui aurait déjà permis une exécution partielle de l'ordre- le système des communications téléphoniques, celui de Reuters Dealing System, ainsi que celui de 5 courtiers dits en ligne, les conditions et facteurs du marché du 28 août 1998 lui auraient permis une exécution totale de l'ordre :

« L'ordre pouvait être exécuté dans sa totalité à condition que tous les moyens techniques et humains (cambistes traitant sur le change) soient mis à la disposition de l'ordre du client » (rapport d'expertise page 15).

Au regard de cette affirmation formelle, la contestation de B.G.L. S.A. concernant l'affirmation de l'expert que l'ordre aurait également pu être exécuté à concurrence de 4.000.000.- USD moyennant une compensation interne à la banque entre deux ordres en sens contraire de ses clients, sans intervention sur le marché des changes (rapport d'expertise page 10), est sans incidence quant au fait que la vente des 18.000.000.- USD contre JPY au cours final de 144 pouvait être réalisée le 28 août 1998.

Ce serait déformer le rapport que de suivre B.G.L. S.A. en ce qu'elle soutient que l'expert entendrait affirmer ainsi que la banque aurait dû concentrer tous ses moyens techniques et humains sur le seul ordre de **X.**), l'expert indiquant uniquement que l'utilisation de tous ses moyens (énoncés et examinés page 6 du rapport), aurait, au vu des conditions du marché du 28 août 1998, permis une exécution totale de l'ordre.

Etant pour le surplus à admettre que les cambistes de B.G.L. S.A. et les intermédiaires auxquels la banque est reliée sont des professionnels qui en tant que tels, comme le retient l'expert, « connaissent ... la ou les contreparties susceptibles de leur coter un cours pour un tel montant » (rapport d'expertise page 15), il n'incombait pas à l'expert d'énoncer en outre concrètement les identités de ces contreparties.

Les éléments découlant du rapport d'expertise établissent par conséquent les points contestés par B.G.L. S.A., à savoir d'une part que le

cours spot de 144,15 -auquel l'opération aurait dû se faire pour permettre à la banque de créditer le compte X.) de 144 yen par USD- a été atteint voire dépassé, d'autre part, que les conditions du marché étaient telles qu'elles permettaient à B.G.L. S.A. d'exécuter en son intégralité l'ordre de vente de 18.000.000.- USD contre yen au cours spot de 144,15 -le cas échéant par des opérations partielles-, la banque disposant à l'époque des faits des moyens, techniques et humains, requis à cet effet.

Il résulte nécessairement de ces données que B.G.L. S.A. n'a, pour l'exécution de l'ordre de vente, pas mis en œuvre les moyens techniques et humains dont elle disposait à l'époque, respectivement qu'elle ne les a pas suivis avec la diligence requise, étant donné que selon l'expert ces moyens auraient abouti à la réalisation de la vente.

Cette constatation prouve par elle-même et à elle seule que la banque a fautivement failli à son obligation contractuelle à l'égard de X.), n'ayant en présence de l'ordre de vente de celui-ci, pas agi en tant que banquier professionnel normalement diligent et prudent car celui-ci, placé dans les mêmes conditions extrinsèques, aurait réalisé l'ordre de vente litigieux.

Dès lors, contrairement à l'affirmation de l'appelante, le fait que l'expert note que, par ailleurs, B.G.L. S.A. ne lui fournit aucune pièce prouvant qu'elle ait mis en œuvre les moyens dont elle disposait pour la réalisation de l'ordre, ou qu'elle ait transmis l'ordre de vente sur le marché, ne constitue aucun renversement de la charge de la preuve de l'inexécution litigieuse.

La seule pièce relative à une transmission de l'ordre de vente est celle par laquelle l'agence Gare de B.G.L. S.A. transmet l'ordre à sa salle des marchés et à ses cambistes auxquels il incombait dès lors de mettre en œuvre tous les moyens requis aux fins de la conclusion de l'opération de change visée.

Par ailleurs, il est établi que B.G.L. S.A. n'a, pour l'exécution de l'ordre de X.), de toute façon pas exploité les possibilités qu'offrait le marché à cette date.

En effet, estimant fautivement que pour créditer le compte de X.) d'une somme de 144 JPY par USD, elle devait placer l'ordre dans le marché à un cours spot de 144,25 au lieu du cours spot conventionnel de 144,15 (cf arrêt du 11 février 2004), la banque a nécessairement laissé passer toutes les opportunités au cours de 144,15 qu'offrait le marché le 28 août 1998 pour exécuter son contrat, cette faute contractuelle se trouvant, comme celles ci avant, en relation causale directe avec le préjudice accru du fait de cette inexécution à X.).

La non réalisation de l'ordre repose par conséquent sur la transmission à la salle des marchés d'un ordre de 144,25 au lieu de l'ordre de 144,15, à laquelle vient s'ajouter soit une absence de transmission pure et simple de l'ordre dans le marché, soit un manque de diligence de la part de la salle des marchés chargée de l'exécution de l'ordre, chacune de ces hypothèses constituant la banque en faute et engageant sa responsabilité.

La faute contractuelle de l'appelante étant établie quant à la non réalisation d'une vente de 18.000.000.- USD contre JPY au cours final de 144, sa responsabilité contractuelle est engagée pour inexécution de l'ordre portant sur ce même montant, et non sur celui-ci de seulement 4.000.000.- USD tel que le fait plaider B.G.L. S.A..

Du fait de cette défaillance contractuelle, B.G.L. S.A. doit indemniser **X.)** de tout préjudice qui constitue une suite immédiate et directe, une suite nécessaire, de cette inexécution de la convention, soit, notamment la perte résultant de ce que l'opération ne s'est pas dénouée au cours final de 144, mais à un cours final inférieur.

B.G.L. S.A. entend se décharger de la responsabilité contractuelle lui incombant, en faisant valoir que par le fait de maintenir la position suite à son inexécution pendant près d'une semaine plutôt que de la liquider dès le 28 août 1998, voire par le fait de la majoration de la position le 31 août 1998 au cours final à 144,25 (cf arrêt du 11 février 2004), **X.)** a pris lui-même « le risque d'une aggravation de sa perte », étant partant seul responsable du préjudice subi suite à l'affaiblissement du USD à partir du 28 août 1998, sinon à partir du 31 août 1998.

Or, la responsabilité contractuelle de B.G.L. S.A. étant prouvée par l'établissement des fautes, respectivement négligences fautives causales ci avant décrites dans l'exécution de son obligation de moyens, la banque ne peut que partiellement échapper à sa responsabilité en prouvant que l'intimé a par une faute, voire un simple fait, directement contribué à la production du dommage dont il sollicite réparation (cf Georges RAVARANI, La Responsabilité Civile des personnes privées et publiques, no 662 et note 80, page 470, Pasicrisie 2000).

Le fait de **X.)** invoqué en vue d'un éventuel partage des responsabilités doit cependant, à tout le moins, avoir causé un préjudice.

Or, le fait de la majoration du cours le 31 août 1998, invoqué par B.G.L. S.A., est sans incidence concrète sur le préjudice.

En effet, la baisse continue du cours depuis le 28 août 1998 étant un élément constant au dossier, il n'est même pas allégué que le 31 août 1998, voire par la suite, la banque aurait pu exécuter l'ordre au cours final à 144,15, s'il n'avait pas été majoré le 31 août 1998 par X.).

La majoration de l'ordre le 31 août 1998 ne participe par conséquent en rien au préjudice tel qu'il se révélera le 3 septembre 1998.

Par ailleurs, contrairement à l'affirmation de la BGL en ses dernières conclusions, cette majoration du cours le 31 août 1998, ne constitue pas une annulation de l'ordre, la position, telle que modifiée le 31 août 1998, n'étant liquidée qu'en date du 3 septembre 1998.

Pour le reste, s'il est vrai qu'un événement dommageable est généralement la résultante de plusieurs facteurs dont la conjonction est nécessaire à la production du dommage, seuls certains de ces facteurs en constituent la cause juridique.

Ainsi, et d'après cette théorie de la causalité adéquate, on ne saurait retenir comme cause d'un dommage tout fait quelconque, même s'il a joué un rôle dans la réalisation du dommage.

Le choix de la cause juridique s'opère en fonction du caractère direct du rapport causal, et en fonction de la réalité du lien causal entre le fait générateur et le dommage, étant à éliminer les circonstances qui n'ont pas de caractère causal, bien qu'elles soient des conditions sans lesquelles le dommage ne se serait pas produit.

En l'espèce, en raison de la baisse constante du USD par rapport au JPY depuis le 28 août 1998, le maintien de l'ordre de vente pendant près d'une semaine intervient dans la réalisation du dommage tel qu'il se révélera lors de la liquidation de la position le 3 septembre 1998 à un cours à 135.

Tel que le fait encore valoir l'appelante dans ce contexte, X.) est - suivant l'avis unilatéral A.) du 23 octobre 1998 établi à la demande de l'appelant- à qualifier de spéculateur avisé, étant donné qu'il « est parfaitement au courant des techniques et risques des opérations de change » et qu'il « dispose d'un certain équipement lui permettant de suivre l'évolution des marchés et effectue régulièrement ce type d'opération avec la B.G.L. depuis des années ».

Cette qualité de spéculateur averti et cette expérience dans les opérations sur le marché de change à terme sont des éléments pouvant, le cas échéant, intervenir dans l'appréciation de la question de savoir si, et dans quelle mesure le fait incriminé à X.) intervient directement et

juridiquement dans la réalisation du dommage tel qu'il se présente à la liquidation de la position le 3 septembre 1998.

En effet, il incombe au créancier d'une obligation contractuelle non exécutée de minimiser dans la mesure du possible le dommage résultant de l'inexécution, ce en prenant toutes les mesures pouvant raisonnablement être envisagées au vu des circonstances de l'espèce.

C'est toutefois à la banque en sa qualité d'auteur responsable du dommage et qui fait état de ce que son créancier avait la possibilité raisonnable de minimiser le dommage, d'en rapporter la preuve, ce que B.G.L. S.A. reste en défaut de faire, ne sollicitant pas non plus de mesure d'instruction à cet égard (cf Georges RAVARANI, La Responsabilité Civile des personnes privées et publiques, no 692, Pasicrisie 2000).

Or, en présence de l'inexécution tant fautive, qu'inattendue de l'ordre, et compte tenu du caractère essentiellement volatil du marché des changes, l'attitude de X.) consistant, dans un premier temps, à attendre et à suivre l'évolution prochaine des cours, escomptant une hausse du taux USD/JPY, ensuite à liquider la position avant son échéance alors qu'il paraît qu'aucune reprise du cours ne s'amorce, est à qualifier de mesure raisonnable, en vue même d'une minimisation éventuelle du dommage résultant de l'inexécution contractuelle fautive du 28 août 1998.

Cette attitude aurait, par ailleurs, en cas de reprise du cours dans les jours suivant l'inexécution contractuelle de la banque, même pu permettre de jouer en faveur de la banque.

La décision de X.) de liquider la position le 3 septembre 1998, à une date moyenne entre le fait fautif de la banque (28 août 1998) et l'échéance conventionnelle (8 septembre 1998), est celle d'un spéculateur averti, attendant et observant l'évolution du marché pendant quelques jours avant de se résoudre, au vu de l'affaiblissement constant du dollar par rapport au yen, de sortir de la position en la liquidant pour limiter ainsi la perte qui paraît désormais inévitable.

Il découle de ces considérations que si le maintien de la position pendant près d'une semaine intervient dans la réalisation du dommage tel qu'il devait se révéler lors de la liquidation de la position le 3 septembre 1998 à un cours à 135, ce dommage est cependant, par application de la théorie de la causalité adéquate, à rattacher exclusivement à la seule inexécution contractuelle fautive de B.G.L. S.A. de ne pas avoir mis en œuvre les diligences nécessaires à l'exécution de l'ordre à 144,15.

La cause juridique directe du préjudice litigieux, y compris celui inhérent à la période d'attente se situant entre le 28 août et le 3 septembre 1998 est, partant, à rechercher exclusivement dans l'inexécution contractuelle de la banque le 28 août 1998.

Le jugement du 5 novembre 2002 est par conséquent à confirmer en ce qu'il retient que la perte subie, consiste en la différence entre le cours de change de 144 et celui de 135 auquel l'opération s'est déroulée le 3 septembre 1998.

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 2004), 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 X.) uniquement la commission de change conventionnelle entre parties.

La mission de l'expertise pendante devant les premiers juges, non critiquée pour le surplus, est en conséquence à modifier sur ce point, et l'expert Pierre-Paul BOEGEN est à charger de l'exécution de la mesure d'instruction en remplacement de l'expert BIREL qui a décliné la mission.

X.) ne justifiant pas de la condition de l'iniquité posée par l'article 240 du Nouveau code de procédure civile, sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel est à rejeter.

PAR CES MOTIFS :

La Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière civile et en continuation de l'arrêt du 11 février 2004, statuant contradictoirement, le conseiller de la mise en état entendu en son rapport,

dit l'appel partiellement fondé en tant que dirigé contre le jugement du 5 novembre 2002,

partant, réformant,

modifie le libellé de la mission de l'expertise instituée par les premiers juges en ce que les termes « commission de 10 points » sont remplacés par : « commission de change »,

remplace l'expert Michel BIREL par l'expert Pierre-Paul BOEGEN, 20, rue Michel Rodange, L- 2430 Luxembourg aux fins de l'exécution de la mesure d'instruction ainsi modifiée,

dit l'appel non fondé pour le surplus,

partant, confirme le jugement du 5 novembre 2002 pour le surplus,

rejette la demande présentée par l'intimé sur la base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile,

condamne B.G.L. S.A. aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître Alain GROSS qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance,

renvoie l'affaire en continuation devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg.