

-Arrêt civil-

Audience publique du vingt mai deux mille dix

Numéro 33518 du rôle

Composition:

Georges SANTER, président de chambre,
Etienne SCHMIT, premier conseiller,
Aloyse WEIRICH, conseiller,
Lex BRAUN, greffier.

E n t r e

A), salarié, demeurant à DK-2900 Hellerup, Annasvej 4a, ST,

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 10 avril 2007,

comparant par Maître François TURK, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

la banque B), établie et ayant son siège social à L-1610 Luxembourg, 8-10, avenue de la Gare, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre du commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 11430 ,

intimée aux fins du prédit exploit THILL,

comparant par Maître André MARC, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

en présence de

la banque C), établie et ayant son siège social à L-2180 Luxembourg-Kirchberg, 5, rue Jean Monnet, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre du commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 24724 ,

intimée aux fins du préjudice exploit THILL,

défaillante.

LA COUR D'APPEL :

Les faits :

A) avait ouvert le 3 septembre 1999 un compte auprès de la banque B), et signé le 28 septembre 1999 une convention dite « credit facility » et un contrat de gage (« pledge agreement ») en faveur de la banque B).

Après avoir fait d'abord des opérations sur titres, A) a procédé à partir de février 2001 à des opérations de « foreign exchange » (forex), c'est-à-dire des opérations de change à terme sur devises.

Le 23 mai 2001, la banque B) a reçu l'ordre de procéder à un certain nombre de ces opérations, mais à la fin de la journée, elle a clôturé toutes les positions de A), estimant qu'elles évoluaient rapidement dans un sens défavorable pour le client, et que la couverture fournie par ce dernier pour garantir ces opérations était inférieure aux découverts en compte courant.

Après deux courriers du 1^{er} juin 2001 et du 12 juin 2001, demandant à A) de couvrir ses découverts, la banque B) a résilié par courrier du 27 juin 2001 la convention de crédit et demandé le remboursement du prêt, et elle a commencé à vendre les titres donnés en gage à partir du 5 septembre 2001.

La procédure en première instance :

Par exploit du 21 juin 2001, la banque B) a pratiqué saisie-arrêt sur les comptes de A) auprès de la la banque C), et par exploit du 28 juin 2001, elle a dénoncé la saisie-arrêt et donné assignation à A) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, pour l'y voir condamner à lui payer la somme de 2.974.042 € et la somme de 50.000 LUF à titre de provision pour frais judiciaires, montants auxquels elle a évalué la créance en principal, y non compris les intérêts et frais, et pour voir valider la saisie-arrêt.

A) a formé une demande reconventionnelle de l'ordre de 6.000.000 €, « basée principalement sur la responsabilité contractuelle, sinon subsidiairement la responsabilité délictuelle de la banque B) qui est engagée du chef des fautes commises par cette dernière et qui consistaient d'une part à avoir clôturé les positions de A) au 23 mai 2001 et d'autre part à avoir réalisé son porte-feuille d'actions sur base de l'exécution injustifiée du gage à un moment où lesdites valeurs boursières desdits titres étaient nettement sous-évaluées. »

Par jugement du 26 juin 2003, le tribunal a nommé un expert « avec la mission de vérifier si le 23 mai 2001 au soir la valeur des avoirs donnés en gage par le défendeur au profit de la banque B) était inférieure à 110 % des découverts sur les comptes courants et le compte prêt du défendeur, et, s'il devait se révéler que la valeur des avoirs donnés en gage était en date du 23 mai 2001 au soir inférieure à 110 % des découverts du défendeur, d'évaluer le préjudice de la banque B) à la suite de la réalisation des avoirs du défendeur pour combler le passif de ce dernier, respectivement le découvert à charge du défendeur qui a subsisté après la réalisation par la banque B) de tous les avoirs du défendeur ».

Suite à un remplacement d'expert par jugement du 16 octobre 2003, et au dépôt du rapport d'expertise le 21 décembre 2005, le tribunal a, par jugement du 19 janvier 2007, déclaré la demande principale fondée, condamné A) au paiement du montant de 4.289.208,66 €, montant réclamé suivant le dernier état des conclusions de la banque B), validé la saisie-arrêt pour la somme de 2.974.042 € et déclaré non fondée la demande reconventionnelle.

L'appel :

A) a par exploit du 10 avril 2007 régulièrement interjeté appel contre les trois jugements du 26 juin 2003, du 16 octobre 2003 et du 19 janvier 2007.

Il conclut à leur réformation et demande à la Cour de déclarer non fondée la demande de la banque B), d'annuler la saisie-arrêt et d'en ordonner la mainlevée, de condamner la banque B) au paiement de 6.000.000 € au titre de la demande reconventionnelle et de déclarer l'arrêt commun à la banque C).

La signification de l'acte d'appel à la banque C), qui n'a pas constitué avocat, ayant été faite à une personne ayant affirmé être habilitée à en recevoir copie, l'arrêt sera contradictoire à l'égard de cette partie intimée.

La banque B) conclut à la confirmation des décisions entreprises et au rejet de la demande reconventionnelle.

Les jugements du 26 juin 2003 et du 16 octobre 2003 :

L'appelant soutient que les parties n'ont pas signé de convention fixant les règles applicables entre elles relatives aux opérations « forex » (notamment relatives aux lignes de crédit, garanties, effets de levier, commissions, roll-over, spread, application des limit orders etc.).

Selon lui, c'est à tort que les premiers juges ont déclaré applicable l'article 8.1.2 de la « credit facility » du 28 septembre 1999, car les parties n'avaient conclu aucun accord concernant une éventuelle obligation du client à fournir des garanties correspondant à un pourcentage spécifique en contrepartie des opérations « forex » qui se faisaient en dehors de la « credit facility ».

Il réitère ainsi l'argument développé en première instance consistant à plaider que si les opérations de change à terme étaient garanties par la convention de gage du 28 septembre 1999, la convention de « credit facility » ne concernait en rien ces opérations « forex », en soutenant que la disposition litigieuse (article 8.1.2) incluse dans le chapitre intitulé « Security margins & margin calls » était destinée uniquement à garantir le prêt de 9.000.000 DKK.

Il fait valoir que la facilité de crédit du 28 septembre 1999 était plafonnée à 9.000.000 DKK, soit 1.296.925,99 €, que c'est cette ouverture de crédit qui devait être garantie par des valeurs équivalant à 120 % du montant prêté, que le 23 mai 2001, les titres donnés en gage avaient une valeur de 8.420.584,35 € et dépassaient dès lors largement le montant de 1.556.311 € équivalant à 120 % du montant prêté.

La banque B) n'était dès lors pas en droit de faire application de l'article 8.1.2 de la « credit facility » en réduisant l'exposition de A), puisque la valeur des titres donnés en gage n'est jamais tombée en dessous de 110 % du montant prêté.

La Cour considère cependant que l'appelant ne saurait valablement soutenir que la marge de couverture de 110 % prévue à l'article 8.1.2 était limitée au seul montant du prêt de 9.000.000 DKK, que la « credit facility » n'était en rien applicable aux opérations « forex », et que ces opérations sont des opérations à part et ne se font pas dans le cadre de la « credit facility » ni dans le cadre du compte courant.

En effet, la convention du 28 septembre 1999 prévoit en son article 1 en termes clairs que la facilité de crédit est accordée pour prêts et pour découverts sur les comptes courants (« The credit limit extended pursuant to this Facility is a facility for loans and overdrafts on current account. All utilisation of the Facility is to be regarded, in fact and at law, by the express agreement of the parties hereto, as elements of the same single current account ») et n'instaure aucune limitation quant à la nature des opérations en vue desquelles elle est utilisée.

L'appelant fait encore valoir qu'il est erroné de prétendre que les opérations de change à terme se sont effectuées sur les comptes courants, il

affirme qu'elles ont été comptabilisées ailleurs et que ce sont seulement les montants qui ont servi à les acquérir qui apparaissent en compte courant, le montant à mettre en compte pour les « forex » étant celui au moment de l'acquisition de la position et pas celui – variable tout le temps – de l'évolution des positions « forex ».

Cette argumentation est à rejeter, dès lors qu'il résulte des extraits des comptes courants qui étaient à disposition de l'expert que non seulement les opérations sur titres, mais également les opérations de change passaient par les comptes courants et que la balance était établie par jour de valeur en tenant compte au fur et à mesure du mouvement créditeur ou débiteur de l'opération respective. L'appelant reste d'ailleurs en défaut d'expliquer de quelle autre manière les opérations litigieuses auraient été comptabilisées.

Quant au montant à mettre en compte courant, la Cour retient que la banque B) fait valoir à bon droit que la facilité de crédit n'est pas de nature statique pour se limiter à une ou plusieurs opérations d'acquisition, mais de nature dynamique de sorte à considérer et à couvrir de manière intégrale toute l'évolution du compte, et que les marges de garanties doivent par conséquent être suffisantes à tout moment et que le client doit en tout état de cause répondre inconditionnellement et instantanément à toute requête de la banque B) ce concernant.

Compte tenu de ce qui précède, les premiers juges ont à bon droit retenu que les opérations de change à terme se sont effectuées sur les comptes courants et que l'article 8.1.2 de la « credit facility » est applicable aux opérations en question, la banque B) étant partant autorisée à recourir aux diverses mesures y prévues au cas où la marge de couverture tombe en dessous de la limite de 110 % des prêts échus et des découverts en compte courant (« outstanding loan and overdraft amounts »).

L'appelant invoque les enregistrements téléphoniques de ses conversations avec son correspondant à la banque B) et une attestation testimoniale de l'employé D) pour soutenir que la banque B) et le client étaient tombés d'accord à réduire les risques et à prendre des mesures pour reconstituer les garanties, de manière à éviter de clôturer les positions.

Le recours aux mesures conservatoires pour réduire les découverts en souffrance est laissé à l'appréciation de la banque B), qui peut les prendre à tout moment, sans avis préalable, et à son entière discrétion, sans avoir à recevoir l'accord du client. Cela résulte des termes non équivoques de l'article 8.1.2 rédigé comme suit :

« In case the Lending Value falls below 110 % of the total outstanding loan and overdraft amounts including accrued interests, the Bank shall be intitled, but not obliged, to

a. demand additional collateral to re-establish the Security Margin and/or

b. at any time and without prior notice reduce the amount of such outstanding loan and overdraft amounts including accrued interest by, at its entire discretion, realising all or part of the collateral as well as hedging at its

discretion any currency or market rate exposure by entering into forward contracts and/or converting the loans, overdrafts and/or accrued interest into the currency or currencies in which the collateral is denominated. »

Compte tenu de la faculté discrétionnaire ainsi concédée à la banque B) pour réduire son exposition, A) ne saurait se prévaloir d'un prétendu engagement de la banque B) à ne pas clôturer les positions du client, les conversations téléphoniques et l'attestation testimoniale invoquées par l'appelant faisant seulement état de discussions entre le client et la banque B) en vue de rechercher une solution pour ramener la marge de couverture de la garantie au-delà de la limite contractuelle de 110 %. Aucun accord irrévocable de la banque B) à ne pas clôturer les positions du client n'en résulte cependant.

L'appelant fait encore valoir que même à supposer que la banque B) ait été en droit de faire jouer l'article 8.1.2 b) de la « credit facility », elle était seulement autorisée à réduire son exposition en réalisant le gage, et qu'en aucune façon, elle n'était autorisée à clôturer les positions « forex » prises par l'appelant, une telle mesure n'étant pas expressément prévue par la disposition en question.

Tout comme les premiers juges, la Cour considère que dans le cadre d'opérations de change à terme, la banque B) peut, même en l'absence de disposition conventionnelle expresse, et dans des circonstances exceptionnelles, procéder d'office à la clôture des positions prises par le client, et il est renvoyé à cet égard à l'arrêt cité par les premiers juges qui a retenu que dans le cas de l'espèce la banque B) ne pouvait présumer ni même prévoir une amélioration à brève échéance de la situation avec reprise de valeur des avoirs, et qu'elle était obligée de prendre une décision d'urgence en présence de fluctuations importantes des marchés à terme.

L'intimée fait plaider qu'en l'espèce le risque de change (montants et échéances), l'évolution et l'ampleur des pertes des opérations, le défaut d'avoir des garanties suffisantes ou le défaut d'avoir préalablement et valablement approvisionné son dépôt de garantie créent des circonstances dont la probabilité de la réalisation du risque pour le client et pour la banque B) justifient la qualification de circonstances exceptionnelles, et que la marge de couverture de 110 % est destinée à protéger la banque B) contre l'insolvabilité du client.

Eu égard aux contestations de A) que la valeur de ses avoirs était à un quelconque moment inférieure à 110 % de ses dettes envers la banque B) et quant au préjudice allégué par la banque B), c'est à bon droit que les premiers juges ont institué une expertise portant notamment sur la mission d'examiner si et dans quelle mesure la limite de la marge de couverture n'avait pas été respectée.

L'appel contre le jugement du 26 juin 2003 est partant à déclarer mal fondé, et il en est de même de l'appel dirigé contre le jugement du 16

octobre 2003, qui n'a fait que remplacer l'expert tout en maintenant la mission originellement fixée.

L'appelant considère encore que la décision de la banque B) de clôturer les positions du client était intempestive. Cette critique est à examiner dans le cadre de l'appel dirigé contre le jugement du 19 janvier 2007 qui s'est prononcé sur le bien-fondé de la décision prise par la banque B) en tenant compte du résultat des investigations de l'expert quant au respect de la marge de couverture.

Le jugement du 19 janvier 2007 :

Il n'y pas lieu de revenir sur les développements de l'appelant quant à l'inapplicabilité de l'article 8.1.2 des conditions générales de la « credit facility », quant au droit de la banque B) de clôturer les positions « forex », et quant à la violation de son engagement de laisser les positions ouvertes, la Cour ayant déjà pris position ci-avant quant à cette argumentation.

A) estime que les données remises à l'expert étaient incomplètes et ont conduit l'expert à de faux résultats.

Il fait état d'opérations « forex » du 23 mai 2001 qui, après avoir été acceptées par la banque B), ont été annulées unilatéralement au courant de l'après-midi, et soutient que certaines positions prises par lui étaient destinées à contregarantir d'autres positions prises par lui. Si la banque B) a clôturé au courant de l'après-midi certaines positions prises à titre de garantie, elle est elle-même responsable d'une éventuelle accélération des pertes subies par l'appelant ledit jour.

Eu égard aux contestations de l'intimée, et à défaut par l'appelant de fournir des indications plus précises sur les ordres d'opération « forex » par lui visés, il y a lieu de s'en tenir aux constatations faites par l'expert sur base des extraits de compte sur lesquels figurent chronologiquement à partir de fin mars 2001 jusqu'à fin juin/début juillet 2001 toutes les opérations avec chaque fois la nouvelle balance correspondante, et il n'y a aucune raison d'admettre que ces données étaient incomplètes.

Compte tenu des considérations ci-dessus faites quant à la faculté de la banque B) de prendre de façon discrétionnaire toute décision de nature à permettre de réduire son exposition, y compris celle de clôturer les positions du client, l'argumentation de l'appelant est à rejeter, de même que sa demande de communication de pièces.

L'appelant fait encore valoir que les données fournies à l'expert E) étaient erronées, dans la mesure où les prix donnés pour certaines ventes d'actions étaient faux.

A défaut par lui de s'expliquer plus en détail sur les opérations qu'il entend viser par là, la Cour se trouve dans l'impossibilité de vérifier le bien-fondé de ce moyen qu'il échet dès lors de rejeter.

L'appelant reproche finalement à la banque B) et à l'expert d'avoir conclu « que la « lending value » de A) était en dessous de 110 %, alors que pour ce faire, la banque B) et l'expert prenaient en considération des positions non réalisées de « forex orders » (perte non encore réalisée, alors que l'échéance était fixée au 6 juin 2001) qui sont donc devenues des positions réalisées (et des pertes réalisées). En faisant abstraction des « forex orders » non échus, la balance de A) en date du 23 mai 2001 aurait été largement positive. La valeur des « forex » ne pouvait s'apprécier qu'au jour de l'échéance, respectivement deux jours avant l'échéance où la décision d'un roll-over devait être prise. La position de A) était dès lors en date du 23 mai 2001 telle que la banque B) n'était pas en droit de clôturer les positions. »

La Cour se rallie cependant aux considérations de l'expert qu'il y a lieu d'ajouter aux soldes en date valeur du 23 mai 2001 les mouvements découlant des opérations de change à terme engagées, mais venant à échéance ultérieurement (le 25 mai ou le 6 juin 2001), car ces mouvements reflètent des engagements irrévocables au 23 mai 2001, mais passant techniquement par les comptes courants à une date ultérieure.

Sur base des conclusions de l'expert, qui selon deux méthodes de calcul (avec ou sans « netting » des comptes courants) retient que la valeur des avoirs donnés en gage au profit de la banque B) était au soir du 23 mai 2001 inférieure à 110 % des découverts sur les comptes courants et le prêt du client, il y a lieu de confirmer le jugement, qui en entérinant ces conclusions, a retenu que la banque B) était en droit de clôturer les positions du client A).

Compte tenu du dépassement conséquent et important de la limite de 110 % retenu par l'expert, il y a lieu d'ajouter que la décision de la banque B) n'était en rien intempestive.

Les calculs de l'expert pour évaluer le préjudice subi par la banque B) suite à la réalisation de tous les avoirs de l'appelant et au remboursement du prêt en DKK ne font pas l'objet en appel de critiques de la part de A). Il convient de confirmer le jugement en ce que par entérinement des conclusions de l'expert, la demande principale a été déclarée fondée pour le montant de 4.289.208,66 € et la saisie-arrêt validée pour le montant de 2.974.042 € pour lequel elle a été demandée et autorisée.

En présence des développements qui précèdent, retenant un préjudice pour la banque B) de l'ordre de 4.289.208,66 €, et une absence de comportement intempestif et fautif de sa part, il y a lieu de confirmer le jugement du 19 janvier 2007 également en ce qu'il a déclaré non fondée la demande reconventionnelle.

L'appelant étant à condamner aux frais et dépens de l'instance d'appel, sa demande en obtention d'une indemnité de procédure est à rejeter comme non fondée.

Il serait par contre inéquitable de laisser à charge de l'intimée banque B) l'intégralité des sommes exposées non comprises dans les dépens.

Le montant de l'indemnité de procédure à allouer à la banque B) est évalué à 3.000 €.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel de A) ;

le déclare non fondé ;

confirme les jugements entrepris du 26 juin 2003, du 16 octobre 2003 et du 19 janvier 2007 ;

déboute A) de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure de la part de la banque B) ;

condamne A) à payer à la banque B) une indemnité de procédure de 3.000 € (trois mille euros) ;

déclare l'arrêt commun à la banque C). ;

condamne A) aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître André MARC, avocat concluant qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Georges SANTER, président de chambre, en présence du greffier Lex BRAUN.