

Jugement civil no. 173 / 98 (XIe chambre)

Audience publique du jeudi, douze février mil neuf cent quatre-vingt-dix-huit.

Numéros 34852, 37943, 43108 et 58616, 58617, 59149 du rôle.

Composition:

Lotty PRUSSEN, vice-président,
Ernest NILLES, premier juge,
Michèle RAUS, juge,
Albert MANGEN, substitut
Yolande MAHNE, greffier assumé.

I. (rôle n° 34852)

E n t r e

la société anonyme HERSTATT BANK LUXEMBOURG, actuellement en liquidation, inscrite au R.C. de Luxembourg sous le no. B 9823, actuellement établie à L-1511 Luxembourg, 123, avenue de la Faiëncerie, représentée par son liquidateur actuellement en fonctions, Maître Robert HENTGEN, avocat, demeurant à L-1118 Luxembourg, 10 rue Aldringen,

demanderesse aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre KREMMER de Luxembourg du 24 février 1986,

défenderesse sur reconvention

ayant comparu initialement par Maître Jean WELTER, avocat, assisté de Maître Jean HOSS, avocat, les deux demeurant à Luxembourg, comparant actuellement par Maître Jean HOSS, demeurant à Luxembourg,

e t

Feu X), sans profession, ayant demeuré en dernier lieu (...),

défenderesse aux fins du prédit exploit KREMMER,

demanderesse par reconvention

ayant comparu initialement par Maître Georges BADEN, avocat, comparant actuellement par Maître Paul MOUSEL, avocat, demeurant à Luxembourg.

II. (rôle n° 37943)

E n t r e

Feu X), sans profession, ayant demeuré en dernier lieu à (...),

demanderesse aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Lia WEITZEL-MOES de Luxembourg du 18 décembre 1987,

comparant par Maître Paul MOUSEL, avocat, demeurant à Luxembourg,

e t

la société anonyme HERSTATT BANK LUXEMBOURG, actuellement en liquidation, inscrite au R.C. de Luxembourg sous le no. B 9823, actuellement établie à L-1511 Luxembourg, 123, avenue de la Faïencerie, représentée par son liquidateur actuellement en fonctions, Maître Robert HENTGEN, avocat, demeurant à L-1118 Luxembourg, 10 rue Aldringen,

défenderesse aux fins du prédit exploit WEITZEL-MOES,

ayant comparu initialement par Maître Jean WELTER, avocat, assisté de Maître Jean HOSS, avocat, les deux demeurant à Luxembourg, comparant actuellement par Maître Jean HOSS, demeurant à Luxembourg,

III. (rôle n° 43108)

E n t r e

Feu X), sans profession, ayant demeuré en dernier lieu à (...),

demanderesse aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre KREMMER de Luxembourg du 19 juin 1990,

comparant par Maître Paul MOUSEL, avocat, demeurant à Luxembourg,

e t

la société anonyme HERSTATT BANK LUXEMBOURG, actuellement en liquidation, inscrite au R.C. de Luxembourg sous le no. B 9823, actuellement établie à L-1511 Luxembourg, 123 avenue de la Faïencerie, représentée par son liquidateur actuellement en fonctions, Maître Robert HENTGEN, avocat, demeurant à L-1118 Luxembourg, 10 rue Aldringen,

défenderesse aux fins du prédit exploit KREMMER,

ayant comparu initialement par Maître Jean WELTER, avocat, assisté de Maître Jean HOSS, avocat, les deux demeurant à Luxembourg, comparant actuellement par Maître Jean HOSS, demeurant à Luxembourg,

IV. (rôle n° 58616)

E n t r e

D1), sans profession, demeurant à (...),

demanderesse aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch-sur-Alzette du 11 septembre 1996,

comparant par Maître Paul MOUSEL, avocat, demeurant à Luxembourg,

e t

la société anonyme HERSTATT BANK LUXEMBOURG, en liquidation, établie et ayant son siège social à L-1511 Luxembourg, 123 avenue de la Faïencerie, représentée par son liquidateur actuellement en fonctions, Monsieur Robert HENTGEN, docteur en droit, demeurant à Luxembourg, 10 rue Aldringen,

défenderesse aux fins du prédit exploit STEFFEN,

comparant par Maître Jean HOSS, avocat, demeurant à Luxembourg,

V.(rôle n° 58617)

E n t r e

D2), retraité, demeurant à (...),

demandeur aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch-sur-Alzette du 11 septembre 1996,

comparant par Maître Paul MOUSEL, avocat, demeurant à Luxembourg,

e t

la société anonyme HERSTATT BANK LUXEMBOURG, en liquidation, établie et ayant son siège social à L-1511 Luxembourg, 123 avenue de la Faïencerie, représentée par son liquidateur actuellement en fonctions, Monsieur Robert HENTGEN, docteur en droit, demeurant à Luxembourg, 10 rue Aldringen,

défenderesse aux fins du prédit exploit STEFFEN,

comparant par Maître Jean HOSS, avocat, demeurant à Luxembourg,

VI. (rôle n° 591compte1))

E n t r e

1) **D1)**, sans profession, demeurant à (...),

2) **D3)**, sans état connu, demeurant à (...),

3) **D4)**, sans état connu, demeurant à (...),

agissant en leur qualité d'héritiers de feu **X)**, décédée à (...) (Suisse), le (...),

*reprenant les instances pendantes entre feu **X)** et la société anonyme HERSTATT BANK LUXEMBOURG en liquidation,*

demandeurs aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre KREMMER de Luxembourg du 30 décembre 1996,

comparant par Maître Paul MOUSEL, avocat, demeurant à Luxembourg,

e t

la société anonyme HERSTATT BANK LUXEMBOURG, en liquidation, établie et ayant son siège social à L-1511 Luxembourg, 123 avenue de la Faïencerie, représentée par son liquidateur actuellement en fonctions, Monsieur Robert HENTGEN, docteur en droit, demeurant à Luxembourg, 10 rue Aldringen,

défenderesse aux fins du prédit exploit KREMMER,

comparant par Maître Jean HOSS, avocat, demeurant à Luxembourg,

L e T r i b u n a l

Où la société anonyme HERSTATT BANK LUXEMBOURG S.A. par l'organe de son mandataire Maître Jean HOSS, avocat constitué.

Où **D1), D3) et D4)**, ayant repris l'instance de feu **X)** par l'organe de leur mandataire Maître Paul MOUSEL, avocat constitué.

Où **D1) et D2)** par l'organe de leur mandataire Maître Paul MOUSEL, avocat constitué.

Revu le jugement n° 675A/90 du 12 décembre 1990 par lequel le tribunal a joint les affaires inscrites sous les n°s 34852, 37943 et 43108 et ordonné la mise hors de cause de la société à responsabilité limitée AMERICAN EXPRESS BANK.

Par ce même jugement le tribunal s'est déclaré compétent pour connaître de la demande dirigée par la société anonyme HERSTATT BANK LUXEMBOURG en liquidation (ci-après HBL) contre **X)** (assignation du 24 février 1986 rôle n° 34852) et tendant à voir déclarer nulle la créance inscrite au compte n° **compte1)** d'un montant de 2.851.644,44 DM et il a institué une expertise aux fins de

« décrire, dans un rapport écrit, détaillé et motivé, les opérations ayant abouti à la constitution des fonds actuellement réclamés, d'indiquer par quels moyens ces opérations ont été financées, de préciser s'il s'agit d'opérations purement fictives ou simplement irrégulières et le cas échéant d'analyser la régularité des opérations au point de vue des usages professionnels en la matière et des directives en vigueur à l'époque chez HERSTATT BANK COLOGNE et HERSTATT BANK LUXEMBOURG »

et il a sursis à statuer quant aux demandes principales (assignations du 18 décembre 1987 rôle n° 37943 et du 19 juin 1990 rôle n° 43108) et reconventionnelles (conclusions

du 29 septembre 1986, telles que modifiées par conclusions du 8 décembre 1988) dirigées par **X**) contre la société HBL et tendant principalement à la voir condamner au paiement de la somme de 2.879.500 DM, sinon la somme de 2.851,644,44 DM, sinon la somme de 2.089.500 DM, sinon la somme de 696.500 DM, ces sommes avec les intérêts conventionnels au taux de 8% l'an, sinon des intérêts bancaires au taux normalement appliqué sur la place financière de LUXEMBOURG pour un dépôt en DM de même importance (ce taux étant à déterminer par voie d'expertise), sinon des intérêts au taux légal à partir du 29 juin 1974, sinon du 30 septembre 1974, sinon du 6 juillet 1977 jusqu'à solde, le tout à convertir en francs luxembourgeois au cours du jour du jugement à intervenir et en ordre subsidiaire pour voir dire que la demanderesse est admise au passif chirographaire de la gestion contrôlée pour le même montant, voir constater que **X**) a en principe et sous réserve des disponibilités droit à des intérêts déterminés comme ci-dessus et enfin voir ordonner que le liquidateur devra payer à la demanderesse les dividendes revenant aux créanciers chirographaires dans la liquidation de la HBL et au besoin la voir y condamner, ces sommes avec les intérêts alloués aux créanciers.

Revu le rapport d'expertise du 24 mars 1995.

Par exploit de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN du 11 septembre 1996, **D1**) a fait donner assignation à la société anonyme HERSTATT BANK LUXEMBOURG en liquidation pour voir

- 1) prononcer la jonction de l'instance introduite par la présente demande avec l'instance pendante entre l'assignée et Mme **X**) en vertu du jugement de jonction du 12 décembre 1990;
- 2) donner acte à la requérante qu'elle n'introduit la présente action en justice que pour le cas où il serait jugé que **X**) n'est pas en droit d'obtenir paiement des avoirs virés sur le compte n° **compte1**) auprès de l'assignée dans la mesure où ces avoirs proviennent de la part de la requérante dans le compte collectif n° **compte2**), seule la requérante étant investie de ce droit,
- 3) dans cette hypothèse, constater que la requérante est créancière, à l'égard de l'assignée, de la somme de 1.393.000,- DM avec les intérêts conventionnels à 8% l'an, sinon les intérêts bancaires au taux normalement appliqué sur la place financière de Luxembourg pour un dépôt en DM de même importance (ce taux étant à déterminer par voie d'expertise) sinon au taux légal, à compter du 25 juin 1974 et jusqu'à solde;

voir donner acte à la requérante qu'elle reprend à son compte, en toute sa forme et teneur, l'argumentation développée devant le tribunal d'arrondissement par **X**) quant à la licéité de la constitution des avoirs inscrits au compte collectif n° **compte2**) auprès de l'assignée;

partant principalement:

condamner l'assignée à payer à la requérante la somme de 1.393.000 DM avec les intérêts conventionnels à 8% l'an, sinon les intérêts bancaires au taux normalement appliqué sur la place financière de Luxembourg pour un dépôt en DM de même importance (ce taux étant à déterminer par voie d'expertise) sinon au taux légal, à compter du 25 juin 1974 et jusqu'à solde;

subsidiairement ;

dire que la requérante est admise au passif chirographaire de l'assignée en liquidation pour le même montant;

voir constater dans ce contexte que la requérante a en principe et sous réserve des disponibilités droit à des intérêts déterminés comme ci-dessus:

voir ordonner que le liquidateur devra payer à la requérante les dividendes revenant aux créanciers chirographaires dans la liquidation de HBL et au besoin le voir y condamner, avec les intérêts alloués aux créanciers chirographaires conformément au plan de réalisation des actifs et avec les intérêts accrus en sa faveur à partir de chaque paiement d'un dividende de liquidation sur les avoirs lui revenant et qui auront dû légalement être provisionnés à son profit;

(rôle n° 58616)

Par exploit de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN du 11 septembre 1996, **D2**) a fait donner assignation à la société anonyme HERSTATT BANK LUXEMBOURG en liquidation pour

1) voir prononcer la jonction de l'instance introduite par la présente demande avec l'instance pendante entre l'assignée et **X**) en vertu du jugement de jonction du 12 décembre 1990;

2) voir donner acte au requérant qu'il n'introduit la présente action en justice que pour le cas où il serait jugé que Madame **X**) n'est pas en droit d'obtenir paiement des avoirs virés sur le compte n° **compte1**) auprès de l'assignée dans la mesure où ces avoirs proviennent de la part du requérant dans le compte collectif n° **compte2**), seul le requérant étant investi de ce droit,

3) dans cette hypothèse, constater que le requérant est créancier, à l'égard de l'assignée, de la somme de 729.500 DM avec les intérêts conventionnels à 8% l'an, sinon les intérêts bancaires au taux normalement appliqué sur la place financière de Luxembourg pour un dépôt en DM de même importance (ce taux étant à déterminer par voie d'expertise) sinon au taux légal, à compter du 25 juin 1974 et jusqu'à solde;

voir donner acte au requérant qu'il reprend à son compte, en toute sa forme et teneur, l'argumentation développée devant le tribunal d'arrondissement par Madame **X**) quant à la licéité de la constitution des avoirs inscrits au compte collectif n° **compte2**) auprès de l'assignée;

partant principalement:

condamner l'assignée à payer au requérant la somme de 729.500 DM avec les intérêts conventionnels à 8% l'an, sinon les intérêts bancaires au taux normalement appliqué sur la place financière de Luxembourg pour un dépôt en DM de même importance (ce taux étant à déterminer par voie d'expertise) sinon au taux légal, à compter du 25 juin 1974 et jusqu'à solde;

subsidiairement:

voir dire que le requérant est admis au passif chirographaire de l'assignée en liquidation pour le même montant;

voir constater dans ce contexte que le requérant a en principe et sous réserve des disponibilités droit à des intérêts déterminés comme ci-dessus:

voir ordonner que le liquidateur devra payer au requérant les dividendes revenant aux créanciers chirographaires dans la liquidation de HBL et au besoin le voir y condamner, avec les intérêts alloués aux créanciers chirographaires conformément au plan de réalisation des actifs et avec les intérêts accrus en sa faveur à partir de chaque paiement d'un dividende de liquidation sur les avoirs lui revenant et qui auront dû légalement être provisionnés à son profit;

(rôle n° 58617)

X) étant décédée à (...) (Suisse) le (...), **D1**, **D3**) et **D4**) ont, par exploit de l'huissier de justice Pierre KREMMER du 30 décembre 1996, en leur qualité d'héritiers de feu **X**), fait donner assignation à la société en liquidation HERSTATT BANK Luxembourg pour :

recevoir la présente en la forme;

au fond la dire justifiée;

donner acte aux requérants qu'ils reprennent les instances pendantes entre feu **X**) et l'assignée;

ordonner la jonction de l'instance introduite par la présente demande avec les instances pendantes entre l'assignée et feu **X**) en vertu d'un jugement de jonction du 12 décembre 1990;

pour autant que de besoin,

condamner l'assignée à payer aux requérants les montants redus par l'assignée à feu **X**), à savoir la somme de 2.879.218,94 DM, sinon 2.851.644,44 DM sinon 2.824.**compte1**)0,42 DM, sinon 2.089.500 DM, sinon 696.500 DM avec les intérêts conventionnels de 8% l'an, sinon les intérêts bancaires au taux normalement appliqué sur la place financière de Luxembourg pour un dépôt en DEM de même importance (ce taux étant à déterminer par voie d'expertise), sinon les intérêts au taux légal, à compter du 29 juin 1974, sinon à compter du 30 septembre 1974, sinon à compter du 6 juillet 1977, sinon à compter du 18 décembre 1987, sinon à compter du 19 juin 1990, sinon à partir des présentes jusqu'à solde, le tout en convertir en francs luxembourgeois au cours du jour du jugement à intervenir;

dire que le taux d'intérêts sera majoré de trois points à l'expiration d'un délai de trois mois à partir de la signification du jugement à intervenir;

donner acte à la partie requérante sub 1. qu'elle se réfère à la procédure connexe pendante entre elle-même et l'assignée suivant acte de l'huissier Jean-Claude STEFFEN du 11 septembre 1996 à laquelle procédure il convient de joindre la présente affaire;

condamner la partie assignée à tous les frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de l'avoué concluant qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance. (rôle n° 591**compte1**)).

Il résulte des pièces versées en cause et notamment du « Gemeinschaftlicher Erbschein » délivré et certifié conforme le 30 octobre 1997 par le « Amtsgericht Köln » que **D1**), **D3**) et **D4**) sont les héritiers de feu **X**).

L'assignation étant régulière par ailleurs pour avoir été introduite dans les forme et délai de la loi, la reprise d'instance est régulière en la forme et il convient d'en donner acte aux parties **D1**), **D3**) et **D4**).

Les demandes introduites par assignations du 11 septembre 1996 et inscrites sous les n°s du rôle 58616, 58617 et 591**compte1**) étant connexes aux affaires inscrites sous les rôles n° 34852, 37943 et 43108, en ce qu'elles tendent aux mêmes fins que les demandes de **X**) et présentent un caractère subsidiaire à l'égard de ces demandes, il convient dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice de les joindre et de statuer par un seul et même jugement.

Par conclusions prises à la barre lors de l'audience du 8 octobre 1997, HBL a demandé le rejet des conclusions notifiées par les **consorts D**) le 3 octobre 1997 au motif qu'elles sont tardives pour avoir été notifiées en dehors du délai légal.

Aux termes de l'article 9.1 du titre II du règlement grand-ducal du 29 juin 1990, portant règlement d'ordre intérieur pour la Cour d'appel, les tribunaux d'arrondissement et justices de paix, prévoit que les conclusions, sommations d'audience et avenirs sont signifiés à avoué 5 jours au moins avant celui fixé pour les débats.

En l'absence de dispositions spéciales applicables à la computation des délais, il échet d'appliquer les dispositions générales des articles 1033 et suivants du code civil, ainsi

que de la convention européenne sur la computation des délais signée à Bâle le 16 mai 1972, approuvée par une loi du 30 mai 1984 (Mémorial A 1984, p.923).

Il y est disposé que la computation des délais se fait à partir de minuit du jour de l'acte, de l'événement, de la décision ou de la signification qui le fait courir (dies a quo) et que le délai expire le dernier jour à minuit (dies a quem).

Ces règles de computation ont été rendues applicables par l'article 3 de la loi du 30 mai 1984 aux délais qui sont calculés rétroactivement, c'est-à-dire ceux qui sont calculés à partir de l'acte, d'un événement ou d'une signification en remontant dans le temps, dont fait partie le délai actuellement en cause.

En l'espèce, le jour des plaidoiries était fixé au 8 octobre 1997.

Pour être recevables, les conclusions auraient dû être notifiées au plus tard le 3 octobre 1997 à 24.00 heures (pour le calcul voir documents parlementaires 2172,3 pour le calcul) (voir également Tr. Arr. Lux. du 21 avril 1993, n° 352/93 confirmé par arrêt de la Cour du 29 juin 1994, rôle n° 15434).

Le dernier jour utile pour la notification des conclusions était, partant, le 3 octobre 1997 jusqu'à 24 heures.

Il s'ensuit que les conclusions notifiées par le mandataire des **consorts D**) le 3 octobre 1997, à 14.40 heures ne sont pas tardives.

Les faits

La société HBL a été constituée le 22 juillet 1971 et avait comme actionnaire majoritaire (94 actions sur 100) la société de droit allemand HERSTATT KG a.A. établie à Cologne (ci-après HBK).

Le Ministre des Classes Moyennes avait retiré à HBL son autorisation de faire le commerce le 29 juin 1974 et la banque avait fermé ses portes le 26 juin 1974.

Par jugement du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg du 30 octobre 1974 et suite aux difficultés financières rencontrées par HBK et par HBL, cette dernière a été placée sous le régime de la gestion contrôlée.

Le projet de réalisation et de répartition de l'actif établi le 19 mars 1976 par les commissaires à la gestion contrôlée a été approuvé par jugement du tribunal d'arrondissement du 26 mai 1976 et confirmé par la Cour le 30 juin 1976 sauf en ce qui concerne le nombre des commissaires que la Cour a réduit de trois à un.

Le 5 juillet 1974, feu **X**) avait signé des documents d'ouverture d'un compte-dépôt auprès de la HBL, compte qui a reçu le numéro **compte1**).

Ce compte n° **compte1**) avait été crédité de la somme de 2.822.000,-DM, valeur 25 juin 1974, suivant un télex non daté de la HBK ordonnant de débiter le compte n° **compte2**) de la HBK au profit du compte n° **compte1**) à la HBL.

Le compte n° **compte2)** auprès de la HBK constituait un compte global qui avait été ouvert le 18 mars 1974 sous la dénomination « KUNDENDEVISEN GEMEINSCHAFTSKONTO » et dont **A)** et **B)**, deux employés de la HBK qui travaillait ensemble avec **D2)**, fils de feu **X)** auprès de la HBK avaient le droit de disposer.

Feu **X)** a déclaré sa créance, portant sur le crédit de ce compte, dans le cadre de la procédure de gestion contrôlée et de la liquidation et sa créance a été contestée par les commissaires.

Quant à la demande dirigée par HBL contre feu X)

Argumentation des parties

La société HBL soulève la nullité, sur base de l'article 1133 du code civil, de la créance invoquée par la défenderesse feu **X)** relative à l'avoir au compte n° **compte1)** dont elle est titulaire au motif que cette créance procède d'une cause illicite, sinon immorale en ce qu'elle proviendrait de fonds obtenus illégalement et de manière frauduleuse.

Elle précise à cet égard que le compte collectif n° **compte2)** précité, duquel proviennent les fonds qui ont alimenté le compte n° **compte1)** de **X)**, a été approvisionné par des « manipulations du département des opérations de devises dont le chef était **D2)** ».

Elle relève encore que le compte n° **compte1)** dont se prévaut feu **X)** est inexistant, sinon nul, dès lors que ce compte n'aurait pas été ouvert régulièrement, la signature d'ouverture par **X)** n'ayant été faite après le retrait à la HBL par les autorités compétentes de son autorisation de faire le commerce.

En outre, le compte collectif n° **compte2)** serait encore illégal en raison du fait qu'il n'aurait pas de titulaire, mais uniquement des signataires, ce qui serait contraire aux usages bancaires impératifs dans la mesure où la banque devrait connaître son cocontractant. Ce fait serait encore contraire au paragraphe 163 de l'ABGABENORDNUNG qui interdit l'ouverture des comptes sous de faux noms ou des noms d'emprunt, mais qui exige de connaître l'identité du titulaire sous peine de ne pas pouvoir disposer des fonds y inscrits qu'avec, le cas échéant, de l'accord de l'administration des contributions.

En outre l'indication et la connaissance du titulaire d'un compte serait encore exigée par l'article 16 de la loi du 28 janvier 1948 tendant à assurer la juste et exacte perception des droits d'enregistrement et de succession.

Selon la demanderesse HBL, l'irrégularité du compte n° **compte1)** et les manipulations frauduleuses dont a fait l'objet le compte n° **compte2)** résultent à suffisance du rapport d'expertise du 24 mars 1995 dressé par les experts HOFFELD, ROMMES et SEYLER à la suite du jugement du 12 décembre 1990 et plus particulièrement des conclusions auxquelles sont venues les experts en indiquant que:

« dass rein formell gesehen, die Entstehung des Guthabens auf Konto n° **compte1)** mit gewissen Regelwidrigkeiten verbunden ist »

« dass eine doppelte Buchhaltung geführt wurde, um Verluste zu verstecken, die schlussendlich zum Konkurs von HBK und HBL führten »

« dass wegen der unzuverlässigen Abschlussdaten es unmöglich ist den genauen Ablauf der 5 Blockgeschäfte, die zum Gewinn auf Konto n° **compte2)** geführt haben, mit absoluter Sicherheit nachzuvollziehen. »

La demanderesse HBL rappelle, à cet égard, que le compte n° **compte2)** a été alimenté par les bénéfices résultant d'opérations de spéculation sur devises effectuées par des employés de la HBK.

Ce compte, dont l'ouverture aurait été sollicité le 18 mars 1974, n'aurait pas de titulaires, mais aurait fonctionné sous la signature de **A)** et de **B)** et aurait eu comme bénéficiaires une quarantaine de personnes, dont la plupart auraient été les employés de HBK et des membres de leurs familles.

Cinq opérations globales auraient été montées en faveur du compte n° **compte2)**. Trois d'entre elles portant sur des montants de $(150 + 150 + 55 =) 355$ mio US \$, auraient ainsi permis de dégager des bénéfices énormes, la quatrième portant sur 95 mio US \$ ayant abouti à une perte minime et la dernière, dont le terme était au 19.12.1974, n'aurait pas été dénoué en raison de la fermeture de HBK le 26 juin 1974.

Toutes ces opérations auraient fait l'objet de manipulations frauduleuses de la part des employés de HBK et sans ces manipulations, les bénéfices réalisés n'auraient pas pu être aussi faramineux et la perte de la quatrième opération n'aurait pas été si minime.

Les opérations bénéficiaires sur le compte n° **compte2)** auraient toutes été construites suivant le même schéma par des opérations à terme US dollars contre francs suisses à travers le compte n° **compte2)** et opérations au comptant à l'échéance du terme. HBL aurait répercuté ces opérations à HBK. Cette interposition aurait été nécessaire pour cacher à HBK et aux autorités de contrôle de HBK l'identité réelle des bénéficiaires de ces opérations sur devises.

Tous les documents relatifs aux opérations de spéculation auraient été conçus, établis et signés par des employés de HBK qui auraient agi à la fois pour leur compte et celui des cotitulaires du compte n° **compte2)** ainsi que pour le compte de HBL et celui de HBK.

Toutes ces opérations constitueraient des fraudes à l'encontre des droits de HBL et de HBK dans la mesure où, tout d'abord, ces opérations n'auraient pas été répercutées par HBK sur le marché, de sorte que HBK aurait supporté le risque de l'opération.

Ce défaut de répercussion (Durchhandeln) serait contraire aux règles internes de HBK, en l'occurrence la « 11 Punkte Regelung » instaurée par HBK dans le cadre des spéculations faites par les employés de HBK, pour ce qui concerne les opérations à terme de devises effectuées par ses employés. Il n'appartiendrait pas aux employés de HBK de spéculer contre la position de leur employeur, la réglementation interne ayant

precrit une répercussion obligatoire de ces opérations auprès d'autres banques, de sorte qu'aucun risque final ne devait subsister auprès de l'employeur. Cette répercussion n'ayant pas eu lieu, le risque final et les bénéfices faramineux empochés par le pool **compte2)** aurait été donc uniquement à charge de leur employeur, la HBK.

La manipulation ne s'arrêterait cependant pas à une simple opération de camouflage. En effet, pour s'assurer des bénéfices colossaux, les donneurs d'ordres ne se seraient pas fiés seulement à leurs prévisions sur l'évolution des cours. Ils n'auraient pas hésité à établir des cours qui n'avaient rien de commun avec les conditions du marché. Ils n'auraient ainsi pas pu ignorer que les différences avec les cours réels entraîneraient, dès le début des opérations, une perte sèche pour HBK, perte que l'évolution des cours ne pouvait manquer d'aggraver.

Les donneurs d'ordres n'auraient pas répercuté les opérations conclues par eux, en raison du fait que, vu les cours imaginaires auxquels ils auraient traité, une répercussion sur le marché n'aurait été possible qu'avec des pertes énormes immédiates, les autres banquiers n'acceptant que les conditions du marché. Les employés de HBK auraient, par ce moyen, causé sciemment des dommages à HBK et auraient ainsi contribué à provoquer la catastrophe finale. HBL aurait été, comme tout créancier de HBK, lésée par l'insolvabilité de HBK, le dessous de ces opérations n'ayant pu être découvert par des experts qu'après la fermeture de HBK. En effet, pour éviter de laisser apparaître les engagements énormes de la HBK sur le marché des changes, on se serait appliqué à les camoufler selon la méthode dite des "Schublade-Geschäfte", à savoir que les opérations sur devises n'étaient pas incluses dans la comptabilité de la banque.

L'instruction pénale en Allemagne aurait par ailleurs révélé qu'il existait un système connu de tous les employés du service des devises qui consistait à confirmer une opération à terme sur devises par mini-ordinateur, mais de ne pas l'inclure dans la comptabilité. Techniquement, cela était réalisé comme suit : après que l'employé avait rédigé les pièces justificatives avec les documents de confirmation sur ordinateur, l'employé utilisait la touche d'interruption ("Abbruchtaste") pour empêcher un enregistrement de l'opération sur bande perforée. Ces contrats, conclus valablement, mais inconnus de la comptabilité de HBK, auraient été désignés sous le nom de "Sonderposition" ou encore de "Sternchengeschäfte". Cette dernière dénomination serait provenue du fait qu'une petite étoile sur les documents commerciaux indiquaient que la "Abbruchtaste" avait été utilisée pour ces opérations. (Landgericht Köln B.e. 116 (61)-7/77 S. 40-41s). Cette pratique serait devenue tellement courante que la comptabilité de la banque n'aurait contenu plus qu'une partie infime des opérations à terme conclues par le service des devises.

Il apparaîtrait donc que les employés du service des devises ont effectué des opérations totalement fictives dont ils ne retenaient que les bénéfices définitifs. Ils auraient spéculé sciemment contre la position de leur employeur et n'auraient pas hésité à traiter leurs opérations à des cours fictifs qui devaient immédiatement causer préjudice à HBK.

En ce qui concerne plus particulièrement la créance alléguée par **X**), la demanderesse HBL soutient qu'elle provient du compte n° **compte2)**, celui-là même qui était alimenté par les opérations décrites ci-dessus.

L'affirmation de feu **X**) selon laquelle le solde litigieux n'appartiendrait pas en fait à son fils **D2**) se trouverait contredite par la déposition de ce même **D2**) au Parquet de Cologne (STA Köln 110 Jg 1304/74). **D**) y affirmerait que le solde du compte n° **compte1**) (le compte personnel de feu **X**) crédité de sa participation dans le compte n° **compte2**) de 2.820.000 DM) résulte d'une comptabilisation erronée. Selon lui, le solde du compte N° **compte1**) reviendrait pour la somme de 700.000 DM à sa mère et pour la différence, soit la somme de 2.122.000 DM, à lui-même.

Cette contradiction illustrerait, si besoin en était, les vains efforts de feu **X**) de détacher la créance revendiquée du contexte global des opérations de spéculation. De même, le fait que le compte n° **compte2**) (dont provient la créance litigieuse par simple virement interne) n'ait pas été opéré ni par **D**) ni par **X**) ne change rien au fait que les opérations qui l'on alimenté (et qui ont par la suite permis l'alimentation du compte n° **compte1**)) étaient illégales et immorales. Le transfert du compte n° **compte2**) au compte n° **compte1**) de **X**) ne ferait pas passer le montant incriminé dans un terre d'asile qui le mettrait à l'abri des moyens de nullité qui peuvent être produits par rapport à son origine.

Selon la demanderesse HBL, le caractère frauduleux des opérations ayant mené aux avoirs inscrits au compte n° **compte2**) résulterait encore des décisions allemandes prises en matière pénale et en matière de droit du travail à l'encontre des autres protagonistes du compte n° **compte2**) auprès de la HBL. En effet, bien que certains jugements pénaux allemands intervenus lors de l'affaire Herstatt aient été cassés par la Cour de Karlsruhe, il faudrait préciser que cette cassation est intervenue sur un motif de pure forme et ne met donc pas en cause les constatations de fait des tribunaux allemands. De plus, s'il est bien vrai que **D2**) n'a pas été poursuivi pénalement, il faudrait préciser que ce fait est uniquement dû à la santé de **D**) et que les tribunaux allemands ont qualifié ses agissements de la manière la plus sévère, le qualifiant même de "Haupttäter" (Landgericht Köln B.e. 116 (61) - 77 S.69 Strafurteil gegen **VO**)).

En droit, la demanderesse HBL fait valoir que toutes les opérations fictives, illégales et immorales décrites ci-dessus doivent être annulées en vertu de l'article 1133 du code civil. Elle se base sur la doctrine et la jurisprudence française pour soutenir que, lorsque l'illicéité ou l'immoralité de la cause est invoquée, il faut aller au-delà de la cause objective ou abstraite d'une opération pour en saisir les motifs, les mobiles et les antécédents.

Elle réfute la thèse de la défenderesse, qui se base sur un arrêt de la Cour de cassation française du 22.7.1986 (D. 1987, somm. 299) pour soutenir que la cause de la créance de **X**) est le contrat de dépôt (ou de prêt) liant **X**) à HBL relatif au compte n° **compte1**) ouvert après les prétendues opérations frauduleuses et que l'approvisionnement de ce compte est le virement opéré du compte n° **compte2**) auprès de HBK sur le compte n° **compte1**) qui doit être analysé comme une remise de monnaie scripturale et constitue dès lors un acte abstrait, détaché de sa cause.

Contrairement à la thèse de la défenderesse le tribunal devrait, en l'espèce, analyser l'origine des opérations de devises qui ont donné lieu au crédit du compte n° **compte2**) obtenu à l'aide d'opérations sur devises effectuées moyennant des cours manipulés,

conçues de telle manière qu'il devait nécessairement s'en dégager un bénéfice pour les opérateurs et une perte pour HBK.

L'arrêt de la Cour de cassation du 22.7.1986 sur lequel se baserait la défenderesse prendrait d'ailleurs soin de préciser que la règle qu'elle énonce ne s'applique qu'aux écritures régulièrement passées. Or, en l'espèce, les virements effectués du compte n° **compte2)** au compte n° **compte1)** viseraient justement à blanchir les avoirs du compte n° **compte2)** obtenus de manière frauduleuse par des opérations sur devises effectuées à des taux manipulés, programmés pour procurer aux titulaires du compte n° **compte2)** un bénéfice immense ayant comme contrepartie une perte exactement identique supportée par HBK.

Les contrats dont la cause serait illicite, seraient en l'espèce les opérations sur devises effectuées entre les arbitragistes et HBK, représentée quant à elle par ces mêmes arbitragistes. Ainsi les deux parties à ce contrat auraient été informées de ce qui se faisait, même si HBK, dans la personne de ses créanciers et de ses actionnaires devait subir le préjudice.

Les opérations subséquentes effectuées en vue de purger les opérations frauduleuses. Les inscriptions en compte ou les virements ne feraient pas obstacle à leur annulation lorsqu'il serait démontré que l'opération avait une origine illicite (Daloz, Rép. de droit commercial, compte courant n°s 147 et 148). Prétendre le contraire se heurterait de toute façon au principe général que « la fraude fait exception à toutes les règles ».

La fraude ainsi consommée serait opposable à tous comme contraire à l'ordre public.

La demanderesse rappelle encore que tous les autres bénéficiaires du compte n° **compte2)** ont soit transigé par un « Lästigkeitsvertrag » leur proposé par les liquidateurs de HBL, soit renoncé purement et simplement à leurs prétentions ce qui conforterait la thèse de la demanderesse.

Par ailleurs la jurisprudence luxembourgeoise aurait fait application du principe selon lequel l'inscription scripturale en compte ne fait pas obstacle à son annulation lorsqu'il est démontré que l'opération avait une origine illicite, dans les affaires opposant les autres bénéficiaires du compte n° **compte2)** à HBL. Ainsi dans les affaires **ROE)/HBL**, **ROG)/HBL** et **NOT, KOE)** et **VO)/HBL** le tribunal de commerce, confirmé par la Cour d'appel dans l'affaire **ROG)** aurait décidé que les manipulations de cours invoquées par HBL, si elles étaient établies, entraîneraient la nullité des obligations pour cause illicite.

En outre, en admettant, dans son jugement du 12 décembre 1990, l'offre de preuve formulée par HBL, le tribunal aurait dans cette affaire cherché à découvrir l'origine des fonds actuellement réclamés et par là même souscrit à l'opinion de la doctrine selon laquelle il convient de dépasser la cause objective et abstraite d'une opération juridique pour en saisir les mobiles et les antécédents.

La défenderesse réplique en relevant d'abord que feu **X)** était le titulaire du compte n° **compte1)** dans les livres de HBL. Il s'ensuivrait que, quelle que soit la qualification juridique que l'on donnerait au compte en banque - dépôt irrégulier ou prêt de

consommation - le banquier serait tenu de restituer à son client une somme équivalente au dépôt effectuée et à la somme de celui-ci.

Selon la défenderesse l'existence de sa créance à l'égard de HBL résulterait de ses livres, les extraits de compte établis du 26 juin 1974 au 9 mars 1976 en constituant la preuve.

En droit et pour répondre au moyen de nullité de la créance sur base de l'article 1133 du code civil invoqué par la demanderesse HBL, la défenderesse soutient d'abord que la cause de la créance de **X)** est en fait le contrat de dépôt ou de prêt liant **X)** à HBL. Il faudrait dès lors analyser la cause de ce contrat et non pas celle d'une créance en résultant.

En vue de déterminer la cause de ce contrat, il conviendrait de répondre à la question « cur debetur », c'est à dire à la question de savoir pourquoi **X)** a ouvert un compte auprès de HBL. Or, le motif ayant poussé **X)** aurait simplement été d'ouvrir un compte auprès de n'importe quelle banque en vue d'y placer son argent. La raison pour laquelle **X)** aurait choisi HBL résiderait sans doute dans le fait que son ils travaillait pour HBK.

Ainsi, HBL ne démontrerait pas que feu **X)** aurait agi dans un dessein illicite ou immoral au sens de la loi. Ni l'expertise ordonnée par le jugement du 12 décembre 1990, ni aucun autre élément du dossier n'apporteraient la preuve des prétendues manipulations frauduleuses dont aurait fait l'objet les avoirs sur le compte n° **compte2)**.

Même à supposer que le tribunal considère que la preuve de ces manipulations serait contenue dans le rapport d'expertise, cet état de choses ne constituerait encore que la preuve que c'est **D2)** qui a mal exécuté son contrat de travail et qui aurait pu engager de ce fait sa responsabilité contractuelle envers son employeur HBK. Or, un procès intervenu entre HBK et **D)** se serait terminé par une transaction de sorte que même la preuve d'un agissement fautif de la part de **D)** sans aucune incidence sur les relations entre **X)** et HBL laisserait d'être établi.

Les conditions d'application de l'article 1133 du code civil ne seraient encore pas données en l'espèce, dans la mesure où, en premier lieu la naissance de l'obligation de HBL de restituer le solde créditeur du compte n° **compte1)** se trouve dans l'exécution d'un ordre de virement reçu par HBL d'un autre client. La banque a, le 25 juin 1974, exécuté cet ordre sans réserve. Cette opération de virement ne serait entachée d'aucun vice et même s'il en existait un, il ne pourrait l'invoquer dans le cadre du présent litige, le compte n° **compte1)** ayant été approvisionné de façon tout à fait licite. Ainsi, la défenderesse fait valoir que s'il est vrai que HBL aurait pu invoquer la nullité de son obligation de restituer le solde du compte n° **compte2)** au moment où celui-ci lui a donné l'ordre de virer la somme de 2.822.000,- DM au compte n° **compte1)**, la cause de nullité, à la supposer exister, étant tirée du champs contractuel entre HBL et le titulaire du compte n° **compte2)**, ce champs contractuel et la cause de nullité qu'il pourrait contenir serait res inter alios acta par rapport au titulaire du compte n° **compte1)** et ne pourrait lui être opposée ni être invoquée à son encontre conformément à l'article 1165 du code civil.

La demanderesse confondrait ainsi l'illicéité entre le contrat liant les parties et l'illicéité de la créance inscrite au compte, ce dernier concept étant juridiquement dépourvu de sens. Le raisonnement de la demanderesse amènerait par ailleurs à la conséquence d'un enrichissement sans cause pour HBL dès lors que, à supposer que **X)** et **D)** auraient mal acquis les sommes réclamées, ce serait au détriment d'un tiers, en l'occurrence HBK et non pas HBL. Ce ne serait que HBK qui, comme le voudrait faire entendre la demanderesse, pourrait, en tant victime d'une escroquerie revendiquer les sommes inscrites en compte courant auprès d'une banque, à la condition qu'il prouve son droit de propriété.

Selon la défenderesse, une autre condition d'application de l'article 1133 n'est pas remplie en l'espèce en raison du fait que ni **X)** ni HBL ne connaissaient la prétendue illicéité du mobile déterminant ayant mené à l'ouverture ou à l'approvisionnement du compte n° **compte2)**. Or, selon une jurisprudence constante et unanime un contrat ne saurait être déclaré nul pour cause illicite ou immorale que si le dessein illicite ou immoral poursuivi était connu des deux parties (Maury, Rép civ Dalloz, vo cause, n°s 226 et suiv. ; Cour Lux. 13.7.1959, P. 18 p. 7).

Enfin, la demanderesse n'apporterait aucune preuve du prétendu caractère illicite des opérations litigieuses. D'une part, même à les supposer établis, la non-conformité à des usages bancaires ou des manquements professionnels dans le chef de **D2)** ou des employés de HBK ne caractériseraient en rien, juridiquement, la cause illicite ou immorale de ces opérations et, d'autre part, la charge de la preuve incombant à la demanderesse, l'incertitude et le doute subsistant à la suite de la production d'une preuve doivent nécessairement être retenus au détriment de celui qui avait la charge de cette preuve (Soc. 31.1.1962, Bull. Civ. IV, n° 105, cité par Ghestin et Goubeaux).

En l'espèce, le rapport d'expertise n'apporterait aucune preuve étant en partie nul pour ne pas avoir respecté les droits de la défense et pour être entaché de motivation insuffisante.

La défenderesse soulève, en substance, les griefs suivants à l'égard du rapport d'expertise :

D'une part, elle reproche aux experts de ne pas avoir fait droit à leur demande de visiter les archives de HBK à Cologne en présence des parties et de ne pas avoir communiqué l'intégralité d'un document émanant d'un employé de HBK sur lequel se seraient basés aussi bien HBL que les experts, en l'occurrence le « Krämerbericht » et, d'autre part, elle leur fait grief d'avoir retenu qu'il n'existait aucune preuve des prétendus agissements frauduleux et manipulations pour en déduire, par des spéculations sur d'autres aspects de l'affaire et en se basant presque textuellement sur mémoire de Maître GOLLING, conseil des liquidateurs de HBL, qu'il doit y avoir eu des manipulations, s'écartant ainsi largement de leur mission.

Les défendeurs relèvent encore que, à la demande du conseil de feu **X)**, un ancien employé de la HBK, **A)**, a été admis à assister à la première réunion des experts en qualité de sachant au sens de l'article 299 du code de procédure civile. Or, la demanderesse s'évertuerait à qualifier **A)** de « Verfahrensbevollmächtigter » de feu **X)**.

En ce qui concerne le défaut de communication d'une partie du Krämerbericht, les défenderesses relèvent qu'il s'avère, au vu de la table des matières du « Krämerbericht » telle qu'elle a été communiquée à la concluante, que les passages en question de ce document - à propos desquels les experts certifient qu'ils indiquent avec précision le déroulement des opérations faisant l'objet du chapitre V du rapport d'expertise (« den genauen Ablauf schildert ») - sont contenus aux pages 7 à 29 du « Krämerbericht ».

Tout ce passage du « Krämerbericht », que la partie de Maître Hoss aurait refusé de communiquer, ferait partie de la première partie de celui-ci.

Ainsi, les défendeurs n'auraient pas encore pu obtenir une prise de position parfaitement claire des experts sur la question de savoir si les passages en question ont été communiqués aux experts. Il serait cependant évident que si la réponse à cette question était affirmative, le rapport d'expertise serait, dans sa partie V, entaché d'une violation du principe du contradictoire.

Dans la négative en revanche les experts auraient cité en tant qu'élément de preuve un document qui n'était même pas à leur disposition.

Selon les défendeurs, l'expert judiciaire est tenu, sous peine d'entacher son rapport d'irrégularités substantielles, d'une part de respecter strictement le cadre de sa mission telle qu'elle est tracée par la loi et par le jugement qui le désigne et d'autre part, de soumettre au tribunal un avis motivé. L'exigence de motivation du rapport d'expertise s'explique par le fait que le technicien n'est censé donner à la juridiction qu'un simple avis, que celle-ci peut ou non décider de suivre. L'expert doit faire connaître les raisons qui l'ont déterminé dans son avis, afin que les parties puissent les discuter et pour permettre au juge de se prononcer; il n'appartient pas à l'expert de faire connaître le résultat de ses recherches sans en révéler les sources (Rép. Dalloz, Procédure civile, 2e éd., V° Mesures d'instruction confiées à un technicien, n° 511).

A partir de ces principes, il semblerait possible de distinguer, dans le rapport d'expertise, deux parties: celle par laquelle les experts se sont prononcés sur les allégations de manipulations sur lesquelles est basée l'argumentation juridique de la partie adverse d'une part et les nombreuses autres considérations de l'expert de l'autre.

Aux pages 7 (dernier alinéa) du rapport d'expertise, les experts se prononceraient de manière motivée sur l'allégation selon laquelle la créance de Madame X) résulterait d'opérations frauduleusement manipulées.

Les experts retiendraient à cet égard, qu'il n'existe aucune preuve de ces manipulations, et ils indiqueraient en quoi le déroulement des opérations du compte n° **compte2**) auprès de HBL peut être considéré comme conforme au déroulement normal d'opérations de change à terme dans la pratique bancaire des années 1970.

En tant qu'il a trait au défaut de preuve des manipulations frauduleuses sur lesquelles se fonde l'argumentation juridique de HBL, les défendeurs demandent l'entérinement du rapport d'expertise.

Les experts se seraient cependant écartés de leur mission légale, en statuant sur des questions de droit et en formulant dans leur rapport des propositions qui révéleraient d'une mission d'amicable composition plutôt que d'une mission d'expertise.

Or, la méconnaissance par les experts d'une formalité substantielle devrait être sanctionnée par la nullité de l'acte vicié.

Selon les défendeurs, il n'y a lieu en l'espèce qu'à annulation partielle du rapport d'expertise, étant donné que la partie du rapport par laquelle les experts retiennent le défaut de preuve des manipulations alléguées par la partie HBL n'encourt pas la critique.

Cette partie du rapport d'expertise étant parfaitement séparable du restant du rapport, juridiquement dépourvu de pertinence, rien ne s'opposerait à ce que le tribunal, tout en constatant la nullité du rapport dans ses autres parties, statue sur le fond du litige en faisant droit à la demande de feu **X**).

En ce qui concerne l'ouverture du compte n° **compte1**), les experts s'étonneraient de ce que le document d'ouverture de compte signé par Madame **X**) n'ait été revêtu que les 5 juillet 1974 d'une date par les services de HBL. Ils en déduiraient, contre toute raison, que le compte n° **compte1**) n'aurait même pas existé dans les livres de HBL au moment de la fermeture de cet établissement bancaire.

Cette affirmation se fonderait sur une appréciation erronée des éléments de fait ce d'autant plus que la partie adverse elle-même aurait formellement admis dans ses conclusions que le compte n° **compte1**) existait bien dans les livres de HBL au moment de la fermeture de celle-ci et que feu **X**) apparaissait comme son titulaire.

Le compte n° **compte1**) aurait incontestablement existé, il aurait fait l'objet d'une opération de virement et d'un extrait de compte et le fait que le document d'ouverture n'ait été revêtu d'une date qu'après la fermeture de HBL serait à cet égard dépourvu de tout intérêt dans la mesure où aucun texte législatif ou réglementaire en vigueur au moment de l'ouverture du compte n° **compte1**) ne prescrirait l'établissement de quelconques documents écrits en vue de l'ouverture d'un compte bancaire.

En ce qui concerne une éventuelle irrégularité de la comptabilité de HBK invoquée par la demanderesse et retenue par le rapport d'expertise, celle-ci serait dépourvue de tout lien juridique ou logique avec le compte n° **compte1**) ou le compte n° **compte2**) auprès de HBL.

La comptabilité de HBK aurait relevé de la seule responsabilité de la direction de cet établissement dont ne faisaient partie ni Monsieur **D2**), ni bien entendu sa mère.

Par ailleurs, il n'existerait aucune preuve des manipulations alléguées par HBL, et notamment de ce que les taux fixés dans les opérations en question auraient été - comme le soutiendrait HBL dans ses conclusions devant le tribunal, et comme elle offrirait de le prouver - « programmés pour procurer aux titulaires du compte **compte2**) un bénéfice immense, ayant comme contrepartie une perte exactement identique supportée par HBK ».

L'essentiel de l'affaire se situerait ailleurs dans la mesure où les 13 opérations sur devises dont il serait question dans le rapport d'expertise n'auraient rien à voir avec le compte n° **compte2**), ou avec le compte n° **compte1**) auprès de HBL. Les experts constateraient d'ailleurs eux-mêmes qu'il ne s'agit là que d'opérations « similaires » à celles du compte n° **compte2**), mais qui ne s'identifieraient pas pour autant avec celles-ci.

Les experts soutiendraient encore que, compte tenu de l'importance réduite des fonds propres de HBK, **D2**), qui aurait eu la responsabilité de toutes les opérations sur devises effectuées par HBK, n'aurait pas dû donner son accord à l'accomplissement d'opérations d'un volume aussi important. Les experts croient ainsi pouvoir estimer (sans indiquer sur quelles considérations précises ils fondent cette déduction) que les opérations en question étaient, en raison de leur volume prétendument excessif, contraires à l'intérêt de HBK et non conformes aux « règles internes » de cette banque « règles internes » dont les experts s'abstiennent de spécifier la source et la teneur, méconnaissant ainsi leur obligation de motiver leur rapport d'expertise.

En ce qui concerne les « Geschäfte mit der Etagenbank ECONBANK-Zürich mit einem Grundkapital von DM 3 Mio », les défendeurs relèvent qu'il convient uniquement de retenir des opérations entre HBK et ECONBANK qu'elles sont dépourvues du moindre lien avec les opérations accomplies sur le compte n° **compte2**) auprès de HBL.

S'agissant du grief retenu par les experts et tiré de l'absence de fourniture, par le client, d'un nantissement garantissant à la banque qu'en cas de pertes subies par le client sur des opérations à terme, ce grief ne serait évidemment constitutif d'aucune fraude et ne saurait, dès lors, porter à conséquence dans le cadre de l'appréciation de la licéité du contrat bancaire. Aucune loi ni aucun règlement n'obligerait une banque à se faire consentir pareille sûreté avant de traiter avec un client.

Par conséquent, et même s'il était vrai que HBK ou HBL ne disposaient en l'espèce d'aucun nantissement d'avoirs appartenant à leurs clients (quod non), ceci serait dépourvu de toute pertinence dans le cadre du présent litige.

En conclusion les experts, copiant Me GOLLING, formuleraient cinq reproches à l'encontre des opérations du compte n° **compte2**) en soutenant qu'elles seraient contraires aux usages en matière bancaire. Abstraction faite de ce que la non-conformité d'une opération à un usage bancaire ne caractériserait en rien, juridiquement, la cause illicite ou immorale de cette opération, les reproches formulés sous (1) et (2) manqueraient en fait, puisqu'il serait inexacte que les mêmes personnes auraient agi en l'espèce « des deux côtés ».

Le rapport serait entaché à cet égard d'une motivation insuffisante.

Le reproche (3) serait formulé de manière purement hypothétique et de toute manière, des « Absonderlichkeiten » indiqués dans le rapport ne caractériseraient pas l'illicéité ou l'immoralité de la cause d'un contrat.

Le grief (5) ne reposerait sur aucune preuve ou source indiquée dans l'avis des experts et ne saurait dès lors être retenu. De toute manière, le grief serait juridiquement dépourvu de pertinence.

En soulevant le grief (4) les experts se seraient prononcés sur des questions de droit se fondant sur une théorie, développée par Maître GOLLING, selon laquelle les opérations du compte n°**compte2**) ne seraient pas documentées par des pièces suffisamment nombreuses pour que le déroulement exact des faits puisse être reconstitué pour en conclure qu'il y a lieu à renversement de la charge de la preuve, et que le doute sur la régularité des opérations doit profiter à HBL.

C'est ainsi que, selon les experts, le doute sur la question de savoir si une opération donnée a ou non fait l'objet d'un « Durchhandeln » devrait se retourner contre les clients dont les ordres sont à l'origine des opérations.

La demanderesse réplique que, contrairement aux affirmations de Maître KINSCH, les experts ont au long de la procédure d'expertise scrupuleusement respecté le principe du contradictoire. Elle relève que:

1. Lors de la première réunion avec les experts, toutes les parties avaient été dûment appelées et étaient présentes ou représentées.
2. Lors du déroulement des opérations d'expertise, les experts ont à tout moment été attentifs aux dires des parties et n'ont à aucun moment cherché à privilégier une partie plutôt qu'une autre.
3. Toutes les parties ont eu l'occasion de répondre aux quinze questions posées par les experts et les réponses à ces questions ont été soumises pour examen contradictoire aux différentes parties.

et enfin

4. Comme il a été indiqué ci-avant, la communication des pièces avait-elle aussi un caractère parfaitement contradictoire.

Ce serait à tort que les défendeurs attendraient des experts qu'ils rapportent la preuve impossible de la manipulation des opérations irrégulières, puisque cela n'aurait pas été leur mission.

S'agissant des problèmes de comptabilité auprès de HBK et HBL, la déclaration que **D)** a faite devant les experts lors de la réunion du 9 novembre 1993 confirmerait l'existence d'une double comptabilité. Elle ne ferait que conforter les conclusions des juges allemands ainsi que l'analyse faite par le liquidateur de HBK: la comptabilité et le bilan de HBK auraient été falsifiés afin de cacher le volume réel des opérations sur devises ainsi que les pertes en résultant.

S'il s'avérait impossible pour les experts de reconstituer le déroulement exact des opérations irrégulières effectuées dans le cadre du pool **compte2**), force serait cependant de constater qu'aucune des hypothèses envisagées ne serait conforme aux usages bancaires : absence de données et de dates, absence due à la fameuse « Abbruchtaste », absence de documents comptables et des « Händlerzetteln » du fait des omissions délibérées de la part des « Devisenhändler ».

La responsabilité des arbitragistes et notamment de **D)** et **A)** serait donnée et pour cette raison les experts s'attacheraient également aux « 13 private Devisen-Termingeschäfte » qui auraient été effectuées suivant un schéma similaire à celles du pool **compte2)**. Le chapitre relatif aux « 13 private Devisen-Termingeschäfte von insgesamt USD 42,5 Mio. Valuta 28.11.73 » décrirait, avec des responsables, décisions pénales coulées en force de chose jugée et autres documents à l'appui, de manière générale la façon avec laquelle les opérations sur devises pour le compte des employés de la HBK auraient été effectuées et dissimulées.

La seule différence notable avec les opérations du pool **compte2)** serait que pour ces 13 opérations, **D2)** n'aurait même pas pris la précaution de cacher sa participation à ces opérations en utilisant le nom de sa mère. Cette partie du rapport, qui reposerait essentiellement sur le rapport de la Treuhand Vereinigung (et pas sur le Krämerbericht) établi par la Treuarbeit ainsi que sur l'analyse des aveux contenus dans le jugement pénal du tribunal de Cologne du 20.07.1983. Elle résumerait à elle seule à titre d'illustration le déroulement des opérations sur devises réalisées pour le propre compte des employés de HBK et dont **D)** était le principal bénéficiaire.

En ce qui concerne le volume des spéculations, les constatations faites par les experts auraient un intérêt particulier dans ce procès, dans la mesure où, d'une part elles révéleraient l'irresponsabilité professionnelle de **D)**, chef du département des opérations de change et d'autre part elles conforteraient la thèse selon laquelle les opérations en question ont été faites en violation des usages professionnel en la matière et des directives en vigueur à l'époque chez HBK et HBL.

A cet égard, les constatations de fait ne nécessiteraient pas de motivation particulière, étant établi que suite aux spéculations démesurées accomplies sous la baguette de **D)**, la position déficitaire de HBK aurait été de 246 Mio. de DM le 5 février 1974, de 450 Mio. à la fin du mois de février 1974 pour atteindre la somme colossale de 825 Mio de DM le jour de la fermeture de HBK.

La demanderesse relève encore que I.D. Herstatt aurait été à la merci de **D)** pour dissimuler les énormes pertes que ce dernier faisait subir à HBK. Herstatt aurait d'ailleurs été condamné en Allemagne à 4 années et 6 mois de prison pour « Untreue », c'est-à-dire pour le même chef d'accusation que les autres condamnés et il n'aurait pas relevé appel de la décision de condamnation.

La description des opérations avec la « ECONBANK-ZURICH » telle qu'elle résulte du jugement I.D. Herstatt (A 13(c) pages 46 et 47) suffirait à elle seule pour prouver le caractère illicite des opérations réalisées par les employés de HBK et elles constitueraient une illustration supplémentaire de la cupidité de **D)**.

La demanderesse relève enfin qu'il existait manifestement un conflit d'intérêt dans le chef de **D2)**. En effet, **D)** aurait agi comme chef du département devises d'une part et comme client d'autre part mais il aurait adopté des attitudes contraires et pris des positions radicalement opposées quant à l'évolution des taux de change.

Bien plus, à un moment où la banque pouvait difficilement trouver des contreparties, il aurait continué à traiter des opérations de devises pour son propre compte et pour son

avantage et celui de ses comparses, alors que la banque n'était plus en mesure de replacer ou ne pouvait plus que très difficilement replacer ces opérations dans le marché et devait renoncer à d'autres opérations.

En dernier lieu, la demanderesse soutient que **D1**) en tant qu'héritière est forclosé à invoquer la nullité du rapport d'expertise dans la mesure où elle l'aurait accepté en tant que partie intervenant postérieurement.

Appréciation du tribunal

Il convient de rappeler, tout d'abord, que la demande de HBL tend à voir « déclarer nulle, sur base de l'article 1133 du code civil, la créance inscrite au compte n° **compte1**) de **X**) d'un montant de 2.851.644,44 DM ».

Quelle que soit la matière concernée, la cause et même le motif, la « causa remota », peut, quand elle (ou il) est illicite et immoral(e) donner lieu à l'annulation du contrat qui en fait l'objet.

On peut dès lors aller au-delà de la cause objective ou abstraite d'une opération juridique, pour en saisir les motifs, les mobiles et les antécédents (Ghestin, Le contrat, tome I n° 691, Weill, Connaissance du motif illicite ou immoral déterminant et exercice de l'action en nullité dans Mélanges Marty, p. 1165, Marty et Raynaud, Les Obligations, 2^e édition, Tome I, Les sources no 211)

Un compte bancaire, qu'il soit un compte de dépôt ou un compte courant, est alimenté par le client à l'aide de remises, ce terme, surtout utilisé pour les opérations du compte courant, pouvant être généralisé. La remise a toujours pour objet une somme d'argent qui est parfois versée directement à l'établissement de crédit teneur de compte, soit par le client lui-même, soit par un tiers à son profit, mais qui est plus fréquemment indirecte. Cette alimentation peut se faire aussi au moyen d'un virement de sommes provenant d'un autre compte tenu dans la même banque (Jursiclasseeur Banque et crédit, fascicule 200, n°s 124 et suivts).

Or, le virement peut se définir comme l'opération pour laquelle un transfert de fonds ou de valeurs est effectué sans déplacement matériel par la seule inscription d'une écriture au débit du compte et de l'écriture corrélative au crédit d'un autre compte, le virement bancaire étant celui réalisé entre deux comptes d'espèces tenus par des banques ou des établissements assimilés (Jcl. Comm. Banque/Bourse, fasc. 18, vo virement par Michel Cabrillac n° 1).

La jurisprudence et la doctrine actuelles admettent généralement que le solde disponible d'un compte est une forme de monnaie scripturale de sorte que le virement apparaît comme le mode de transfert de cette monnaie analogue à un transfert d'espèces par l'utilisation de l'inscription en compte (JCL. Banque /Bourse, précité, n° 16, Henri Cabrillac : le chèque et le virement, n°277 ; J. L. Rives Lange et M. Contamine-Raynaud ; précis Dalloz, droit bancaire, n° 241, p. 303, Cour de Rennes, 9.5.1946, D.1947, T.55).

La transmission se fait par le jeu des écritures; l'inscription au débit du compte du solvens dessaisit irrévocablement celui-ci de la monnaie de l'inscription au crédit du compte de l'accipiens investit celui-ci définitivement de la monnaie. L'écriture au débit du compte du débiteur confère au créancier un droit intangible sur les fonds qui lui sont destinés; par cette écriture les fonds sont sortis du patrimoine du débiteur et sont irrévocablement affectés au créancier (Rives-Lange et Contamine-Raynaud, précité, n° 242). Il en résulte que c'est l'inscription au débit du compte du donneur d'ordre qui réalise le transfert de propriété de la provision au profit du bénéficiaire du virement.

Or, l'inscription en compte, en l'occurrence un crédit, ne fait pas obstacle à son annulation, lorsqu'il est démontré que l'opération avait une origine illicite (Dalloz, Répertoire de droit commercial, vo compte courant, n°s 147 et 148).

Ainsi on peut dire encore que le crédit a été porté au compte bancaire sans cause ou avec une cause illicite ou immorale, si la valeur remise par le remettant est purement fictive ou si cette valeur provient de fonds obtenus de façon illicite ou immorale (Banques et opérations de banques, Joseph Hamel, Tome I, Les comptes en banque, Vasseur et Marin, n° 296).

La cause du crédit est la remise d'une valeur réelle et les articles 1131 ou 1133 du code civil peuvent servir de base à l'annulation du crédit inscrit au compte lorsque la remise est inexistante ou qu'elle a été constituée de façon illicite ou immorale.

En l'espèce, la bénéficiaire feu **X**) du compte n° **compte1**), dont elle est le titulaire, était également bénéficiaire du compte collectif n° **compte2**) et il n'est pas contesté que l'approvisionnement du compte n° **compte1**) est le résultat d'un virement opéré du compte n° **compte2**) sur le compte n° **compte1**). Ainsi la défenderesse feu **X**) reconnaît que le solde créditeur du compte n° **compte2**) de HBL résultant des opérations de change à terme conclues entre les bénéficiaires du compte n° **compte2**) et HBL, est à l'origine du solde créditeur du compte n° **compte1**) ayant, comme titulaire feu **X**), et que ce crédit est la suite d'un virement effectué de l'un des comptes à l'autre.

Dans le cadre de la description donnée ci-dessus, le tribunal considère que la prétendue illicéité ou immoralité de la cause de l'obligation consistant pour la banque de restituer les avoirs sur le compte n° **compte1**) à son titulaire feu **X**), qui trouvent leur origine dans l'exécution d'un ordre de virement reçu par HBL d'un autre client, peuvent être recherchées dans les fonds qui sont sortis du compte débiteur, en l'espèce les fonds sortis du compte n° **compte2**).

En effet, la cause de l'obligation de HBL réside dans le champs contractuel entre HBL et le titulaire du compte n° **compte1**) qui elle (l'obligation contractuelle) consiste dans le fait de recueillir les fonds provenant du compte ° **compte2**), fonds dont le caractère illicite est invoqué. Dans le cadre de l'appréciation d'une éventuelle cause illicite ou immorale le tribunal peut donc analyser la provenance des fonds qui sont sortis du compte débiteur, en l'espèce les fonds sortis du compte n° **compte2**).

Admettre le contraire et décider que le contrat de dépôt ou de prêt résultant de l'ouverture du compte n° **compte1**), constitue un acte abstrait comme étant une simple remise de monnaie scripturale dont la cause ne saurait être invoquée ni à l'encontre du

bénéficiaire ni par celui qui a effectué le virement reviendrait à permettre le blanchiment, par le simple jeu d'un virement d'un compte à un autre avec des titulaires différents, de fonds obtenus de manière frauduleuse.

L'argument selon lequel le compte n° **compte1**) serait res inter alios acta et ne pourrait dès lors se voir opposer une éventuelle cause de nullité découlant du champ contractuel du compte n° **compte2**) n'est pas fondé dans la mesure où les qualités de bénéficiaire du compte n° **compte2**) et de titulaire du compte n° **compte1**) se confondent en la personne de feu **X**).

En outre, les défendeurs sont mal fondés à arguer que feu **X**) aurait ouvert le compte n° **compte1**) après les prétendues frauduleuses invoquées par HBL et non avant ces prétendues manipulations et qu'elle n'aurait partant pas agi dans un but illicite ou immoral ou même eu connaissance d'agissements frauduleux, dès lors qu'il n'est pas contesté que le compte n° **compte1**) a été ouvert pour recueillir les fonds se trouvant sur le compte global n° **compte2**) dont l'approvisionnement est précisément en cause et qui est qualifié de frauduleux par HBL.

Il ne saurait dès lors être exclu dans le chef de **X**) que l'ouverture du compte n° **compte1**) ait été effectuée dans le but de recueillir et de cacher les fonds du compte n° **compte2**).

S'agissant de la prétendue absence de connaissance de la cause illicite ou immorale concernant les comptes n°s **compte1**) et **compte2**) dans le chef de HBL, il convient de relever d'abord que l'illicéité du compte n° **compte1**) invoquée par la demanderesse et tiré de ce que l'ouverture du compte aurait été tardive était connue de HBL qui a accepté l'ouverture de ce compte et l'écriture de son solde avec valeur au 25 juin 1974.

En outre l'illicéité du compte global n° **compte2**) tirée de ce que ce compte n'aurait pas eu de titulaires et aurait dès lors été contraire aux usages bancaires et aux dispositions fiscales régissant la matière a également été connue de HBL.

Quant à la provenance des fonds ayant alimenté le compte n° **compte2**), le tribunal constate que la banque peut effectivement ne pas avoir connu l'origine des fonds ayant approvisionné le compte n° **compte2**) dans la mesure où les contrôles et investigations que le banquier est amené à faire au sujet de la licéité des opérations qu'il effectue sur ordre de son client sont limités en raison du fait, d'une part, qu'il est inconcevable que le banquier enquête sur les milliers d'opérations qu'on lui commande chaque jour et, d'autre part, le secret des affaires fait interdiction au banquier, dans ses rapports avec le client, de s'ingérer dans leurs affaires en recherchant la cause.

Le tribunal estime cependant que, même si une grande partie de la jurisprudence exige que le motif illégal ou immoral procède d'une considération commune aux deux parties pour pouvoir conduire à la nullité commune du contrat, il y a lieu de se rallier à la doctrine et à la jurisprudence qui considère que le fait de lier l'admissibilité d'une demande en nullité pour cause illicite ou immorale à la condition du dessein commun au motif illicite ou immoral prive le contractant du droit de demander l'annulation du contrat immoral ou illicite qui le lie et ne saurait dès lors être exigée. (Ripert et Boulanger, t.II, n° 315; H.L.J. Mazeaud, Leçons de droit civil, n° 269, Ghestin, Le

contrat, n° 704; Weill, Connaissance du motif illicite ou immoral déterminant et exercice de l'action en nullité dans Mélanges Marty, p. 1168).

En effet, il ne saurait être admis que sous le prétexte d'éviter à celui qui n'a découvert à posteriori la cause illicite ou immorale de subir la nullité lorsqu'il souhaite le maintien du contrat, on lui interdit de l'invoquer lorsqu'il souhaite sortir d'une situation qu'il désapprouve (Weill, Connaissance du motif illicite ou immoral déterminant et exercice de l'action en nullité, Mélanges Marty, 1978, p. 1165 et suiv. Ghestin 895).

Pour le moins, la connaissance du motif illicite ou immoral n'est pas exigée dans le chef du demandeur ce qui est le cas en l'espèce (Mazeaud, Leçons de droit civil, n° 269).

Il convient d'ajouter que dans le cadre des procès ayant opposé d'autres bénéficiaires du compte n° **compte2**) à HBL en liquidation, le tribunal de commerce de Luxembourg et la Cour ont admis que les manipulations de cours invoquées par HBL, si elles étaient établies, entraîneraient la nullité des obligations pour cause illicite. Or, que ce soit pour le compte n° **compte1**), dont HBL n'ignorait pas qu'il a été alimenté par un virement débitant le compte n° **compte2**) au profit du compte n° **compte1**), ou que ce soit pour le compte n° **compte2**), la situation quant à la connaissance de l'origine des fonds est la même. ??

Il convient cependant de préciser que ce n'est pas la créance à proprement parler qui doit être annulée, mais l'opération qui a donné lieu à cette créance, en l'occurrence l'inscription de monnaie scripturale sur le compte n° **compte1**).

Au vu des considérations qui précèdent le tribunal considère que HBL peut demander l'annulation de l'opération ayant donné lieu à la créance résultant du solde inscrit au compte n° **compte1**) de feu **X**) sur base de l'article 1133 du code civil.

L'argument des défendeurs selon lequel HBL ne saurait invoquer la nullité du compte n° **compte1**) en vertu du principe « Nemo auditur propriam turpitudinem allegans » dès lors que, d'une part, en l'espèce, il n'est pas établi que HBL avait connaissance du caractère illicite des opérations qui sont à l'origine de l'approvisionnement du compte n° **compte1**) et, d'autre part, ce principe ne s'oppose pas à l'annulation de l'obligation illicite ou immoral, mais seulement à la restitution. Et pour répondre à l'argument des défendeurs selon lequel l'annulation de la créance inscrite au compte aurait comme conséquence un enrichissement sans cause de HBL, il suffit de relever que les comptes litigieux n° **compte2**) et n° **compte1**) dont les soldes créditeurs sont en cause sont des comptes ouverts auprès de la HBL qui avait comme actionnaire majoritaire (94 actions sur 100) la société HBK.

La charge de la preuve du caractère illicite ou immoral des fonds ayant donné lieu à l'approvisionnement du compte n° **compte1**) appartient à la demanderesse. S'agissant d'une fraude invoquée, cette preuve peut être rapportée par toutes voies de droit et même par présomptions.

Le tribunal constate à cet égard que la demanderesse fait grief au compte n° **compte2**) de ne pas avoir de titulaires et de violer ainsi des dispositions fiscales. Il y a cependant lieu de constater que les dispositions fiscales en question ne prévoient pas de sanction

civile, telle la nullité du compte et des avoirs s'y trouvant. En effet, l'existence du compte est sans lien avec l'existence ou non de titulaires et ne fait aucun obstacle que les bénéficiaires obtiennent l'exécution correcte des travaux et fournitures qu'il a commandés.

En outre la demanderesse estime que le compte n° **compte1**) est inexistant pour n'avoir été signé que le 5 juillet 1974, soit quelques jours après le retrait à HBL de son autorisation de faire le commerce.

Enfin la demanderesse estime qu'il résulte à suffisance des éléments soumis au tribunal, dont le rapport d'expertise, que les avoirs sur le compte collectif n° **compte2**) et dès lors sur le compte n° **compte1**) ont été acquis de manière frauduleuse de sorte que la cause illicite dont ils procéderaient serait prouvée.

S'agissant du grief tiré de ce que la signature de feu **X**) quant à la demande d'ouverture du compte n° **compte1**) n'aurait été donnée que quelques jours après le retrait à HBL de son autorisation de faire le commerce, il convient de relever que le compte en question a existé et que des opérations ont été enregistrés par la banque sur le compte. La formalité de la signature ne saurait dès lors affecter l'existence du compte.

Quant aux critiques soulevées par la défenderesse à l'encontre du rapport d'expertise du 24 mars 1995, il convient de rappeler que la loi n'a pas déterminé quelles sont les formalités prescrites à peine de nullité en matière d'expertise civile ou commerciale et que ce n'est que l'inobservation d'une formalité substantielle qui peut entraîner la nullité de l'expertise lorsqu'il a été porté atteinte aux droits de la défense. Cette nullité n'est pas d'ordre public et elle doit être soulevée in limine litis. (Cour 20.1.1965 et 25.1.1965, Pas 19, p. 496)

Ni le défaut de convocation, ni l'absence de lecture du rapport d'expertise n'en entraînent la nullité que si elles ont eu pour effet de porter atteinte à la libre défense des parties en enlevant la possibilité de faire aux experts les observations et réquisitions utiles à leurs intérêts. Le rapport d'expertise doit être motivé il est nécessaire que l'expert fasse connaître les raisons qui l'ont déterminé dans cet avis, afin que les parties puissent les discuter et pour permettre au juge de se prononcer. Si l'absence ou l'insuffisance de motivation peuvent entraîner, entre autres, l'annulation du rapport (Dalloz, proc. civ. et comm., 2e édition, vo mesures d'instruction confiées à un technicien, n°s 392 et 393, l'expertise ne doit pas nécessairement être annulée dans son intégralité (J.CL. procédure civile, tome 5, fascicule 662, n° 635).

En l'espèce le tribunal estime que les griefs tirés de ce que les experts n'ont pas fait droit à la demande formulée par **D2**) de visiter les archives de la HBK et de ce qu'une partie seulement du « KRÄMERBERICHT » a été communiquée ne sont pas de nature à devoir entraîner la nullité du rapport, dès lors que, d'une part, les experts restent libres de procéder aux investigations qu'ils estiment nécessaires et utiles à la réalisation de la mission dont ils sont investis et, d'autre part, que les experts ne se sont fondés que sur la partie communiquée relative au compte global n° **compte2**) pour asseoir leurs considérations.

S'agissant de la qualité de **A**), le tribunal constate que ce dernier a été entendu par les experts, à la demande de **X**) et de **D**), en présence de toutes les parties en cause. Dès lors, quelle que soit la qualité marquée dans le rapport, son audition s'est faite en respect des droits de la défense.

S'agissant du grief tiré de l'insuffisance de motivation et de ce que les experts auraient copié des conclusions fournies par Maître GOLLING, le tribunal constate que les experts ont longuement exposé et expliqué les faits et motifs sur lesquels ils ont fondé leurs constatations et conclusions.

C'est donc plutôt une interprétation erronée des faits examinés et des conclusions injustes qu'une motivation insuffisante que les défendeurs reprochent au rapport. Par ailleurs, le fait que les experts se soient appuyés sur des conclusions leur communiquées dans le cadre de leur mission n'est pas de nature à entacher de nullité le rapport, dès lors que leur conviction peut s'appuyer sur tous les éléments dont ils disposent à la condition que ces éléments aient pu donner lieu à un débat contradictoire.

Au vu de ce qui précède, il n'y a pas lieu de faire droit à la demande des défendeurs tendant à voir annuler partiellement, sinon intégralement le rapport d'expertise.

A cet égard, le tribunal relève encore que les juges ne sont pas obligés de suivre les conclusions d'un expert judiciaire et peuvent fonder leur conviction sur d'autres documents en cause ou renseignements fournis, dès lors que ceux-ci ont été régulièrement versés aux débats et ont pu être librement discutés par les parties (Cass. 24 juin 1989 no.91/89).

Aux fins d'examiner le déroulement des opérations qui ont donné lieu à l'approvisionnement du compte n° **compte2**) et du compte n° **compte1**), le tribunal considère qu'il convient de se référer aux descriptions données par les juges allemands dans le cadre des affaires diligentées contre les employés de la HBK dans le cadre de la faillite de la HB.

En effet, s'ils n'emportent pas à l'égard du juge national autorité de chose jugée, toujours est-il que les jugements étrangers peuvent être pris en compte en tant qu'éléments de preuve de faits pertinents sur lesquels le tribunal peut se baser.

Ainsi, la création du service des devises et son fonctionnement résulte clairement du jugement rendu par le « Landgericht Köln » le 20 juillet 1983 (n°106-7/80 dans l'affaire **A**), **B**), **ROE**) et **THE**)) les juges ayant retenu ce qui suit:

« Bis zum Ende der 60er Jahre besaß der Devisenhandel im Bankhaus Herstatt kaum eine Bedeutung. Das bis dahin gehandelte Devisenvolumen war gering. Herstatt befaßte sich bis zu jenem Zeitpunkt vorrangig mit Sorten- und Goldgeschäften. Dies änderte sich im Jahre 1970 als der schon zuvor im Devisenhandel tätige, gesondert verfolgte **D2**) die Leitung des Devisenhandels übernahm. Auf seine Initiative hin nahmen die Devisengeschäfte in den darauffolgenden Jahren ungeheure Ausmaße an.

....

« Da die ständige Ausweitung des Devisenhandels die Anstellung weiterer Devisenhändler erforderte, kamen auf Veranlassung von **D)** im Oktober 1970 der Angeklagte **B)**, im Sommer 1971 der Angeklagte **A)**, im Juli 1972 der Angeklagte **ROE)** und schließlich die früheren Mitangeklagten **D)** und **W)** hinzu. »

....

« Aufgrund seiner überragenden Kenntnisse vom Devisenhandel, seines Ideenreichtums, seiner Begeisterungsfähigkeit und seiner teils echten, teils scheinbaren Erfolge im Devisenhandel hatte **D)** im Bankhaus Herstatt eine Vorzugsstellung inne. Er genoß hohes Ansehen bei der Bankleitung und insbesondere beim Zeugen **H)** selbst, der ihm ein hohes Maß an Vertrauen entgegenbrachte, zumal er vom Devisenhandel selbst keine Kenntnisse besaß. Innerhalb des Devisenhandels wurde **D)** aufgrund seiner Persönlichkeit zur Leitfigur für die Angeklagten. »

...

« Im Tatzeitraum waren die Zuständigkeiten für die einzelnen Währungen wie folgt verteilt: Der Angeklagte **A)** handelte US-Dollar gegen DM, der Angeklagte **B)** US-Dollar gegen Schweizer Franken, der Angeklagte **THE)** US-Dollar gegen Holländische Gulden und der Angeklagte **ROE)** US-Dollar gegen Englische Pfund. »

...

« Bis zum Herbst des Jahres 1972 war es den Angestellten des Bankhauses Herstatt - wie den Angestellten anderer Bankhäuser auch - untersagt, Devisentermingeschäfte für eigene Rechnung gegen die eigene Bank zu tätigen. Der Grund für ein derartiges Verbot bestand in der sich für den Angestellten - insbesondere den Devisenhändler - zwangsläufig ergebenden Interessenkollision. Arbeitsrechtlich ist der Devisenhändler seiner Bank gegenüber verpflichtet, Devisengeschäfte zu möglichst günstigen Bedingungen für seine Bank abzuschließen. Wenn er aber selbst der Geschäftspartner dieser Bank ist, wirken sich die für die Bank günstigen Bedingungen zwangsläufig zu seinen Lasten aus. Naturgemäß ist er als Devisenspekulant z.B. an möglichst hohen Gewinnen interessiert, die für die Bank Verluste bedeuten. Der Interessenkonflikt zeigt sich auch in folgendem, vereinfacht dargestellten Sachverhalt: Rechnet der Devisenhändler zum Beispiel mit steigenden Dollar-Kursen, so müßte er im Interesse der Bank handelnd für die Bank Dollar möglichst preiswert kaufen, damit er sie zu einem späteren Zeitpunkt nach dem erwarteten Kursanstieg teurer verkaufen kann und die Bank einen Gewinn, der aus der Kursschwankung resultiert, erwirtschaftet. Spekuliert der Devisenhändler selbst, wird er wenn er davon ausgeht, daß der Dollar-Kurs steigt, um seine eigenen Interessen zu verfolgen und für sich einen Gewinn mitzunehmen ebenfalls Dollar kaufen. Wenn jedoch sein Geschäftspartner die eigene Bank ist, muß diese ihm die Dollar verkaufen; das heißt die Bank nimmt damit zwangsläufig eine den Kurserwartungen widersprechende Position ein.

Da das Verbot sogenannte Eigengeschäfte mit der Bank abzuschließen, von vielen Angestellten dadurch umgangen wurde, daß die Angestellten unter fremden Namen Devisentermingeschäfte mit dem Bankhaus Herstatt tätigten, und die Bankleitung eine Möglichkeit gefunden zu haben glaubte, der oben geschilderten Interessenkollision zu begegnen, wurde der Abschluß von Angestelltengeschäften schließlich unter dem

05.09.1972 offiziell gestattet allerdings unter der Voraussetzung daß dabei die folgende wörtlich wieder-gegebene « *ELF-PUNKTE-REGEL* » befolgt wurde:

Devisengeschäfte mit Privatkunden und Angestellten

Ab sofort gelten für derartige Geschäfte folgende Vorschriften:

1. Jeder Auftrag muß möglichst schriftlich erteilt, zumindest jedoch nachtraglich schriftlich bestätigt werden.
2. Zu jedem dieser Termingeschäfte ist ein Gegengeschäft mit einer anderen Bank abzuschließen.
3. Grundsätzlich ist ein Einschuß zu leisten. Eine nicht ausgenutzte Kreditlinie gilt als Einschuß.

Die Höhe des Einschusses wird von der Auslandsdirektion in Abstimmung mit der Geschäftsleitung von Zeit zu Zeit festgesetzt. Sie kann je nach Währung unterschiedlich hoch sein. Derzeit gilt für alle Währungen ein Satz von 10%.

Der Einschuß ist monatlich aufgrund der aktuellen Kurssituation neu zu errechnen, um etwaige Nachschußverpflichtungen erkennen und fordern zu können. Bei geschlossenen Geschäften mit Verlust ist nur der effektive Verlust zu berücksichtigen; sich ergebende Gewinne können als Sicherheit betrachtet werden.

4. Vor Abschluß eines jeden Geschäftes ist die telefonische Bestätigung der Kreditabteilung hinsichtlich des vorhandenen Einschusses beziehungsweise einer freien Kreditlinie einzuholen.

Ist eine solche Bestätigung nicht kurzfristig zu erhalten, kann der Leiter der Auslandsabteilung eine interimistische Genehmigung zum Geschäftsabschluß erteilen.

5. Am Abend eines jeden Geschäftstages ist der Kreditabteilung eine Kopie der Geschäftsbestätigung zuzuleiten. Die Kreditabteilung quittiert den Erhalt der Kopien.
6. Die Sperrung von Konten oder Depots beziehungsweise Ermäßigung des Kreditlimits ist von der Kreditabteilung zu veranlassen.
7. Geschäfte im Gegenwert von mehr als 50.000 Dollar können mit diesem Kundeskreis während der Gesamt-Handelzeit getätigt werden. Solche Geschäfte werden nicht gegen die eigene Position gehandelt sondern sind jeweils durchzuhandeln.
8. Orders bis zum Gegenwert von 50.000 Dollar werden nur bis 13.00 Uhr angenommen. Mehrere Geschäfte dieser Art können in einem Gegengeschäft zusammengefaßt werden.
9. Anders als bei der Firmenkundschaft sind alle Gegengeschäfte bei anderen Banken zu tätigen. Da es sich bei diesen Geschäften um relativ kleine Beträge handeln dürfte, sollen tunlichst die Gegengeschäfte über einen Makler abgeschlossen werden.
10. Wir wollen bei diesen Geschäften die volle Kundenmarge berechnen, bei Angestellten die halbe Kundenmarge. Eventuelle Sonderkonditionen bei Großgeschäften von der Auslandsdirektion ausdrücklich zu genehmigen. Für Angestellte gelten die gleichen Bedingungen wie für Privatpersonen mit der Ausnahme, daß Angestellte Termingeschäfte nicht am gleichen Tag glattstellen dürfen.
11. Der Devisenhandel bestimmt einen Mitarbeiter, der diesen Kundenkreis betreut, die Karteien führt und dafür verantwortlich ist, daß alle Kredit- und revisionsmäßigen Auflagen erfüllt werden.

(Köln, den 05.09.1972 gez.H) »

..

« Nach den Angaben der Angeklagten ist diese sogenannte Elf-Punkt-Regel zumindest bis zum Frühjahr 1973 befolgt worden.

Ab Mai 1973 gab es innerhalb der Gruppe der Angestelltengeschäfte die sogenannten Gemeinschafts- oder Pool- oder Termingeschäfte, an denen zunächst lediglich Devisenhändler des Bankhauses Herstatt beteiligt waren, die bis dahin als Einzelpersonen Spekulationsgeschäfte mit **H)** getätigt hatten. Die Gemeinschaftsgeschäfte beruhten auf einer Idee **D)**s, die Spekulationsgeschäfte von Devisenhändlern künftig zusammenzufassen und seiner Verantwortung zu unterstellen. **D)** hatte seine Idee mit den Angeklagten besprochen, die sich mit einer Teilnahme einverstanden erklärten und **D)** einen Betrag nannten, mit dem sie künftig jeweils beteiligt sein wollten. **D)** besaß einen von dem Angestellten **B)** geschriebenen Notizzettel, auf dem die Teilnehmer und die Beträge, mit denen diese beteiligt sein wollten vermerkt waren. Die übrigen Einzelheiten dieser Geschäfte wie Währung, Spekulationsrichtung, Laufzeit und Abschlußdatum bestimmte letztlich **D)**, wobei es jedoch auch vorkam, daß er die Angeklagten nach ihrer Meinung befragte. Bei der technischen Durchführung dieser Geschäfte unterstützten ihn die Angeklagten.

Schon bald nach Einführung der Gemeinschaftsgeschäfte erweiterte sich der Kreis der Beteiligten. Mit Ausnahme des Angeklagten **THE)** beteiligten die Angeklagten und die übrigen Devisenhändler Freunde und Verwandte. Schließlich kamen weitere bevorzugte Angestellte des Bankhauses Herstatt hinzu.

Es besteht der Verdacht, daß **D)** eine Vielzahl dieser Gemeinschaftsgeschäfte unter Verstoß gegen die Elf-Punkte Regel und auch in der Weise manipuliert hat, daß er vortäuschte, ein solches Devisengeschäft sei zu einem früheren Zeitpunkt bereits abgeschlossen gewesen, um eine zwischenzeitlich eingetretene Kursveränderung als Gewinn ausweisen zu können, der jedoch in Wirklichkeit eine verkappte Zuwendung darstellte. »

....

« So war es nahezu unmöglich, den Abschlußzeitpunkt eines Angestellten-devisentermingeschäftes nachträglich festzustellen und Devisengeschäfte einander als Gegengeschäfte zuzuordnen. Einen Anhaltspunkt für unkorrektes Verhalten bot ihnen auch die von **D)** geführte sogenannte Sonderposition die Devisengeschäfte enthielt, die als solche unverbucht blieben und zum Teil erst verspätet als Kassageschäfte eingebucht wurden. Außerdem ließ die Tatsache, daß die von **D)** in die Wege geleiteten Gemeinschaftsgeschäfte entgegen ihrer bisherigen Erfahrungen mit Devisenspekulationsgeschäften fast ausschließlich mit einem « Gewinn » für die Teilnehmer abgeschlossen, Verdachtsmomente bei den Angeklagten aufkommen.»

Il ressort encore du jugement du « Landgericht » de COLOGNE n° 116(61)-7/77 dans l'affaire pénale dirigée contre **VO)** et **I)** que les opérations de spéculation frauduleuses

dont **D**) était le principal instigateur se sont déroulés de façon prononcée au cours de la période allant de juillet 1973 à la mi-1974.

« Das Ausmaß der Spekulationspolitik der Herstatt-Bank zeigt sich besonders eindrucksvoll in zwei Zeiträumen:

Zum einen im Juli 1973, als das Gesamtergebnis der Bank einen Betrag von über 300 Mio DM Gewinn auswies, die Bank ihre Position jedoch nicht glattgestellt und den Gewinn nicht realisiert hat. Zum anderen im Januar 1974, als die Bank in einer vergleichbaren Lage und dies, als nach einer Verlustperiode ein Gewinn von über 100 Mio DM zu erwarten war, trotz der schlechten Erfahrungen aus dem Juli 1973 die gewinnträchtige Position nicht zu schließen versuchte. »

....

« Die Kammer ist allerdings davon überzeugt, daß sowohl den früheren Mitangeklagten als auch den früheren Mitangklagten **D**) die eigentliche Hauptverantwortung an der maßlosen Spekulationspolitik in ihrer konkreten Ausgestaltung und somit letztlich an Zusammenbruch der Herstatt-Bank trifft. Dies erhellt sich nicht zuletzt aus der Persönlichkeit der beiden früheren Mitangeklagten.

Denn **D**) hatte nichts besseres zu tun, als den ihm eingeräumten Freiraum dafür zu nutzen neben Spekulationen in absurder Höhe, die letztlich wohl auch Herr **H**) nicht so wünschen konnte, zusammen mit Herrn **J**) die Herstatt-Bank um mindestens 50 Mio DM durch manipulierte Devisengeschäfte zu schädigen; dieser Sachverhalt war Gegenstand des Urteils der erkennenden Kammer in der Strafsache gegen **J**) u.a. (116 - 1/82) ».

En ce qui concerne le fonctionnement des opérations de change et la prétendue répercussion de ces opérations à d'autres établissements bancaires, telle la Econ-Bank de Zurich il résulte également des jugements allemands que les opérations ont été effectuées au détriment de HBK et de HBL et qu'elles n'ont pas été valablement répercutées à des établissements tiers comme le prescrivent les usages bancaires et la réglementation interne de HBK (voir jugement 116 (61)-7/77, précité).

« Die Hauptverhandlung hat ergeben, daß ein allen im Devisenhandel einschließlich der in der in der Abwicklungsgruppe beschäftigten Personen bekanntes System bestand, abgeschlossene Devisenterminkontrakte den Handelspartnern zwar über den installierten Kleincomputer zu bestätigen, jedoch nicht dem Rechenwerk der Bank zuzuführen, sie also aus den Devisenterminkonten fernzuhalten. Dies geschah technisch dargestalt, daß nach dem Ausschreiben des Belegsatzes mit den Bestätigungsunterlagen durch den Kleincomputer über die Bedienung der sogenannten Abbruchtaste das Stanzen der Buchungsanweisungen und der Kontraktdaten in den Lochstreifen verhindert wurde. Diese im Markt rechtswirksam abgeschlossenen, jedoch im Rechenwerk der Bank nicht erfaßten Kontrakte wurden in der Herstatt-Bank als die sogenannte Sonderposition bezeichnet. Solche Kontrakte waren auch unter dem Namen « Sternchengeschäfte » bekannt, weil die jeweiligen Händlerzettel bei diesen Kontrakten zum Zeichen dafür,

daß die Abbruchtaste benutzt werden sollte, mit einem Sternchen versehen worden waren.

Die Beweisaufnahme hat ergeben, daß in den Jahren 1973 und 1974 die Schubladengeschäfte den Hauptanteil an der gesamten Netto-Position darstellten, d.h. daß im Rechenwerk der Bank nur ein geringer Anteil der wirklich abgeschlossenen Termingeschäfte enthalten war. Das bedeutet, daß sämtliche Brechnungen, die sich auf das Rechenwerk der Bank stützten, zwangsläufig nahezu vollständig falsch sein mußten. »

Des manipulations de la comptabilité de HKB ont encore été retenues par le « Landgericht » de COLOGNE dans son jugement n° 106/1183 dans l'affaire pénale dirigée contre I.D H).

« Der Angeklagte bemühte sich weiter um den Abschluß eines Geschäfts, das den Verlust der Herstatt-Bank aus Devisengeschäften zum Jahresende 1973 in einem Gewinn von etwa 40 Mio DM kehren sollte. Diese Zahl hatte der Angeklagte dem Zeugen VO) genannt. Er zeigte sich daher sehr zufrieden, als der Chefdevisenhändler D) im Oktober 1973 vorschlug, ein - scheinbares - Devisengeschäft zu angesetzten Kursen mit der hierzu bereiten Econ-Bank abzuschließen. Bei der in Zürich ansässigen Econ-Bank AG, vormals Econ-Finanz Ag, handelte es sich um ein normalerweise nicht im Devisenhandelmarkt engagiertes Kreditinstitut mit einem Grundkapital von 3 Mio DM. Das Bankhaus Herstatt hatte allerdings bereits im Jahre 1972 in kleinerem Umfang Devisengeschäfte mit der Econ-Bank getätigt. Aus diesen früheren Geschäften war die Bank dem Angeklagten bekannt. Die Verbindung zwischen der Herstatt-Bank und Econ war durch die Frankfurter Devisenmaklerfirma Intervalor zustande gekommen, deren Makler J) zugleich Mitinhaber der Econ-Bank war.

Unter dem 29.10.1973 trafen D) und die Econ-Bank eine Vereinbarung in der Form von Devisengeschäften zu angesetzten Kursen, die für die Herstatt-Bank in der Kasse an 02.11.1973 einen lediglich buchmäßigen Gewinn von 100.000.015,- DM erbrachten. Dieser Betrag floß dem Bankhaus Herstatt auch wirklich nicht zu, und zwar weder bei Fälligkeit im November 1973 noch zu einem späteren Zeitpunkt. Vielmehr wirkte sich das Devisengeschäft zu marktabweichenden Kursen zwischen den beiden Banken lediglich in den Büchern der Herstatt-Bank als Gewinn aus, ohne daß eine Anschaffung des geschuldeten Betrages erfolgte. Dies war dem Angeklagten bekannt.

Im einzelnen vereinbarten die Herstatt-Bank und die Econ-Bank folgende « Geschäfte », wobei Käufe jeweils mit einem « + », Verkäufe mit einem « - » -Zeichen gekennzeichnet sind:

Kassageschäfte vom 29.10.1973 per 02.11.1973

+ 85 Mio US-Dollar - 193.052.000,- DM

+ 22 Mio US-Dollar - 50.622.000,- DM

+ 51 Mio US Dollar - 115.770.000,- DM »

Le jugement du Landgericht de Cologne du 14 juin 1983 dans l'affaire WI) 116-1/83 vient encore corroborer le fait que la répercussion des opérations de change spéculatives n'a pas été opérée de manière licite:

«Im Herbst 1973 veranlaßte dieser (**D**)), daß die aufgetretenen hohen realisierten Verluste im Devisenhandel durch sogenannte «Dreiecksgeschäfte» zwischen der Herstatt-Bank Köln, der Econ-Bank in Zürich und der Herstatt-Bank Luxemburg kaschiert wurden, um die realisierten Verluste in der Bilanz nicht aufscheinen zu lassen. Vielmehr sollten die Verluste als Forderungen gegen Kreditinstitute ausgewiesen werden.

Im einzelnen kam es zu folgenden Geschäftsvorgängen:

Am 29.10.1973 kaufte die Herstatt-Bank Köln von der Econ-Bank insgesamt 290 Mio US Dollar gegen DM zum 02.11.1973 in fünf Teilkontrakten; ebenfalls in fünf Tranchen wurde der gleichen Fälligkeit zurückverkauft; die Kursgestaltung der Käufe und der Verkäufe wurde so gewählt, daß als Kompensationssaldo ein Betrag von 100 Mio DM zugunsten der Herstatt-Bank heraus kam, also genau der Betrag um den die Herstatt-Bilanz verfälscht werden sollte.

Ebenfalls am 29.10.1973 wurden zwischen der Herstatt-Bank Köln und der Econ-Bank US Dollar - Pfund-Geschäfte auf Termin abgeschlossen, die per Saldo der Econ-Bank am 31.01.1974 einen Gewinn von 51,207 Mio DM erbringen sollten.

Der gesamte Geschäftskomplex stellt sich als eine Ausleihung der Econ-Bank Zürich an die Herstatt-Bank Köln in Höhe von 100 Mio DM vom 02.11.1973 bis zum 31.01. bzw. 28.02.1974 dar. Der den Betrag von 100 Mio DM übersteigende Rückzahlungsbetrag stellt den Zins für die Ausleihung dar. Da aber die Econ-Bank, eine sogenannte Etagenbank in Zürich mit drei Angestellten und einem Kapital von 3 Mio Schweizer Franken, als Partner eines solchen Millionen-Geschäftes aus Bonitätsgründen von vorneherein gar nicht in Frage kam, hätte die Herstatt-Bank niemals Forderungen in Höhe dreistelliger Millionenbeträge gegenüber den Aufsichtsbehörden ausweisen und vertreten können. Um diesen Umstand zu verdecken, wendete man folgendes Vorgehen an:

Das Bankhaus Herstatt Luxemburg gewährte der Econ-Bank einen Geldmarktkredit in Höhe von 100 Mio DM; dies erfolgte unter Mitwirkung des Angeklagten **WIC**) von Köln aus und derjenige der Herstatt-Bank Luxemburg in Personalunion in Köln geführt wurde. Die Laufzeit der Ausleihung wurde genau auf die Laufzeit der Devisengeschäfte abgestimmt. Dann wies die Herstatt-Bank Luxemburg das Bankhaus Herstatt Köln an, zu Lasten ihres beim Bankhaus Herstatt Köln geführte Econ-Konto einen Betrag in Höhe des seitens der Herstatt-Bank Luxemburg an die Econ-Bank gewährten Kredites von 100 Mio DM zu überweisen. Als Schuldner der 100 MIO DM erschien nunmehr in den Büchern des Bankhauses Herstatt Köln nicht mehr die als Adresse unakzeptable Econ-Bank, sondern die Herstatt-Bank Luxemburg.

Im Ergebnis hatte nunmehr das Bankhaus Herstatt Köln sein Devisenkonto um 100 Mio DM optisch aufge bessert und die Econ-Bank erschien nicht in den Büchern des Bankhauses Herstatt Köln. Die Herstatt-Bank Luxembourg refinanzierte sich wiederum beim Bankhaus Herstatt Köln, um der Econ-Bank den Kredit gewähren zu können.

Im Zeitpunkt der Bilanz aufstellung, Anfang März 1974, wurde dem Angeklagten **WIC**) klar, daß sich eine von dem früheren Mitangeklagten **D**) genährte Erwartung es würden

im Jahre 1974 verlustausgleichende Gewinne eintreten, nicht erfüllte, sondern die Verluste über den ursprünglich bekannten Betrag von 100 Mio DM hinaus sogar noch erheblich angewachsen waren. Auch zu diesem Zeitpunkt war dem Angeklagten **WIC**) immer noch klar, daß der Geschäftskomplex Herstatt-Bank Köln - Herstatt-Bank Luxemburg - Econ-Bank Zürich eine Verfälschung der Bilanz darstellte.

Als Folge der Bilanzverfälschung hat der Angeklagte **WIC**) eine ungerechtfertigte Tantieme in Höhe von etwa 35.000,- DM für das Jahr 1973 erhalten. »

Enfin dans son jugement du 8 juin 1988 dans l'affaire opposant HBK en liquidation à **ROE), D), B) et A)**, le « Landesarbeitsgericht » de Cologne vient à la conclusion que les opérations effectuées sur les Blockgeschäfte n'ont pas donné lieu à des opérations de caisse opposées et que les dates auxquelles les opérations de devises ont été réalisées ont été manipulées aux fins de procurer un cours favorable aux employés de HBK de sorte que les spéculants ont fait un bénéfice au détriment de la HBK.

« Zusammenfassend kann somit gesagt werden, daß alle dargestellten Umstände dafür sprachen, daß keine Kassengeschäfte zu den Termingeschäften der Spekulationsgemeinschaft abgeschlossen worden sind. Damit ergibt sich für die Herstattbank aus dem Blockgeschäft 50 ein Ursprungsverlust wie unter 1. berechnet von 3.900.000,- DM. »

...

« Nach Aufzeichnungen der deutschen Bundesbank waren die im Devisenhandel genannten Extremkurse für 3-Monatstermine am 07.11. im Ankauf ein Abschlag von 0.0060 DM und im Verkauf ein Parikurs. Die Tatsache daß beide Swapgeschäfte zu Parikursen abgeschlossen wurden, deutet darauf hin, daß sie zum gleichen Zeitpunkt vereinbart wurden. Andernfalls hätten verschieden hohe Depots und nur allenfalls der Terminkauf zu einem Parikurs erfolgen können. Auf den Abschluß zum gleichen Zeitpunkt lassen darüberhinaus auch die fortgelaufenen Händlerzettel schließen.

Die Tatsache, daß die beiden Swapgeschäfte gleichzeitig abgeschlossen wurden, deutet darauf hin, daß sie nicht zur echten Glattstellung der Terminposition aus den Geschäften mit der Spekulationsgemeinschaft, sondern lediglich zur Begründung eines Terminkurses für die Geschäfte mit der Spekulationsgemeinschaft dienten. Diese Annahme wird unterstützt von dem Umstand, daß der Terminverkauf an die Spekulationsgemeinschaft zeitlich vor dem Abschluß des Swapgeschäftes mit **NOT**) erfolgte. Bei Ausschreibung der Belege über die Terminverkäufe lag also der Terminkurs noch gar nicht vor. Die Geschäfte hätten also eigentlich noch gar nicht ausgeschrieben werden können, Daß dies trotzdem geschah kann nur bedeuten, daß man in der späteren scheinbaren « Glattstellung » kein Problem sah. Es bedeutet weiter, daß der den Geschäften mit der Spekulationsgemeinschaft zugrundegelegte Kurs von 2,4575 DM ein « gegriffener » Kurs war; er war nicht mit entsprechenden Gegengeschäften belegt.

Die gleiche Konstellation ergibt sich bei der Schließung der Spekulationsaktion: Die Belege über die Terminkäufe von der Spekulationsgemeinschaft wurden am 07.11. ausgeschrieben, das Swapgeschäft mit der THE UNITED BANK OF KUWAIT LTD.

aber erst am 08.11. kontrahiert. Zum Zeitpunkt der Ausfertigung der Belege für die Spekulationsgemeinschaft war also noch gar nicht bekannt, zu welchem Kurs die Transaktion am Markt glattgestellt werden würde. Auch dies kann nur bedeuten daß das Swapgeschäft mit der genannten Bank keine echte, sondern eine konstruierte Kursbasis hat.

Diese Schlußfolgerung wird unterstützt von der ungewöhnlichen Konstruktion dieses Swapgeschäftes: a) die beiden Seiten haben die gleiche Fälligkeit und lauten über den gleichen Betrag. b) die eine Seite - der Terminkauf - wurde nicht sofort eingebucht, sondern als « Sternchengeschäfte » behandelt. c) um der THE UNITED BANK OF KUWAIT LTD. einen Anreiz zum Abschluß dieses Geschäftes zu geben, wurde eine weitere Transaktion mit ihr abgeschlossen (1db), aus der diese Bank einen Nutzen von 4 Stellen hatte.

Die Ausführungen unter 8. und 9. lassen den Schluß zu, daß auch bei der Schließung der Transaktion keine Kassageschäfte getätigt wurden.

Da somit alle Umstände darauf hindeuten, daß das Kursrisiko der Herstattbank aus der Transaktion mit der Spekulationsgemeinschaft nicht durch den Abschluß von Kassageschäften ausgeschlossen wurde, ergibt sich für die Herstattbank ein Ursprungsverlust aus dieser Transaktion in Höhe der sich aus 1. a) - d) ergebenden Differenz aus den gezahlten und erhaltenen DM-Beträgen. Dies ist ein Betrag von DM 6.223.300,- DM (s.7.). Bei Zugrundelegung des damals vorherrschenden Zinssatzes von 7% p.a. ergibt sich ein Zinsverlust von 57.295,- DM. Insgesamt beläuft sich somit der Ursprungsverlust der Herstattbank aus dem Blockgeschäft 73,2 auf 6.280.595,- DM. »

Il résulte de ces constatations des juges allemands que les opérations effectuées par les employés de HBK pour leur propre compte et plus tard pour le compte des membres de leur famille ou de leurs amis sur des comptes « pool » tel le compte n° **compte2**) ont été réalisés en violation des règles établis par la HBK (Elf Punkteregelung) et de manière à ne plus permettre le contrôle quant à la question de savoir si des opérations de caisse opposées auprès d'établissements tiers ont été effectués, de telles opérations constituant cependant la garantie de la conformité à la réalité, de la régularité et du caractère honnête d'une telle opération.

En ce qui concerne plus particulièrement l'approvisionnement du compte n° **compte2**), le tribunal constate qu'au moins trois opérations spéculation pour un montant global de 355.000.000 Mio ont été effectuées suivant les schémas décrits ci-dessus par des personnes qui avaient manifestement un conflit d'intérêt dans le cadre de ces opérations.

S'il est certes vrai que la réglementation consistant en 11 règles ne constitue qu'une règle interne, il n'en reste pas moins que cette réglementation et plus particulièrement la règle n° 2 prévoyant l'obligation d'effectuer des opérations opposées « Zu jedem dieser Termingeschäfte ist ein Gegengeschäft mit einer anderen Bank abzuschließen » était justement destinée à garantir que les opérations soient conformes aux usages bancaires et ne se fassent au détriment de la banque.

Contrairement à l'allégation des parties de Me MOUSEL le non respect de telles règles est susceptible d'entraîner l'illicéité des opérations qui en sont le fruit dans la mesure où

ce non respect constitue une manipulation frauduleuse de nature à produire aux bénéficiaires un gain prohibé.

En effet, le respect scrupuleux des dispositions contenues dans la réglementation aurait été de nature à permettre d'empêcher le conflit d'intérêt qui a généré l'illicéité des opérations en cause (voir jugement du « Landgericht » de COLOGNE 106-7/80, précité)

« Eine konsequente Befolgung dieser Vorschriften, die die Angeklagten ihrem wesentlichen Inhalt nach kannten, hätte den Interessenkonflikt eines selbstspeskulierenden Devisenhändlers behoben und dazu geführt, das bei **H)** durch den Abschluß eines Devisentermingeschäftes mit einem Angestellten entstehende Risiko auf eine andere Bank zu verlagern. Indem für jedes Angestelltengeschäft ein Gegengeschäft mit einer anderen Bank, also ein Geschäft, das den Bedingungen des Angestelltengeschäftes entsprach, gefordert war, hätte **H)** bei Beachtung dieser Anordnung etwaige Gewinne der Angestellten letztlich nicht selbst zu tragen gehabt sondern über die eigenen Gewinne aus dem entsprechenden Geschäft mit einer Partnerbank refinanzieren können. Umgekehrt hätten Verluste der Angestellten dem Bankhaus Herstatt im Ergebnis keine Gewinne gebracht, da **H)** diese zur Abdeckung der entsprechenden eigenen Verluste bei der Partnerbank hätte abführen müssen. »

La mission des experts impliquait d'ailleurs le contrôle « de la régularité des opérations au point de vue des usages professionnels en la matière et des directives en vigueur à l'époque chez HERSTATT BANK COLOGNE et HERSTATT BANK LUXEMBOURG » et il ne saurait leur être reproché de s'être basé sur les jugements allemands pour réaliser leur rapport.

Les éléments décrits dans les jugements précités sont de nature à établir le caractère irrégulier des opérations en cause dont le principal coupable est le fils de la titulaire du compte n° **compte1)** (voir jugement du Landgericht de Colgne du 16 février 1984, 106-11/83)

« Die Kammer verkennt nicht, daß der Angeklagte Heinen nicht die planende und treibende Kraft gewesen ist. Dies waren der Angklagte **J)** und der Devisenhändler der Herstattbank **D2)**. »

Les opérations effectuées au cours de la période d'octobre 1973 à la mi-1974 par les employés de la HBK ont donc été effectuées non seulement en violation des usages bancaires mais de manière frauduleuse dans la mesure où elles constituent des opérations pour lesquelles il y a eu des manipulations, des opérations qui n'ont pas été comptabilisés régulièrement et effectués par des personnes pour lesquelles il existait un conflit d'intérêt manifeste dans la mesure où elles cumulaient les qualités de représentant et employés de la banque et de clients de la banque.

Tous ces éléments n'ont pas été contredits ni par l'expertise ni par d'autres éléments soumis au tribunal qui auraient été de nature à établir des remise de valeur justifiant le solde inscrit au compte n° **compte1)**.

Même s'il s'avère impossible de retracer exactement les opérations qui ont donné lieu au crédit inscrit au compte n° **compte2)**, le tribunal considère que tous les éléments

précités constituent des présomptions suffisamment graves, précises et concordantes de nature à emporter sa conviction que le solde créditeur du compte n° **compte1)** provenant du crédit du compte n° **compte2)** a été obtenu de manière illicite.

Or, l'obligation découlant des conventions illicites a une cause illicite et est nulle en vertu de l'article 1133 du code civil (Cass. 21.10.1942, Pasirisie belge I, p.366, Les Nouvelles, Droit civil).

Il suit de ce qui précède que la demande de HBL est fondée sauf à préciser que c'est l'opération qui a donné lieu à au solde créditeur du compte n° **compte1)**, en l'occurrence l'inscription de monnaie scripturale sur le compte n° **compte1)**, rendant la créance en découlant dénuée de fondement.

Quant aux demandes dirigées par feu X) contre HBL en liquidation reprises par D1), D3) et D4)

La société HBL soulève l'irrecevabilité des demandes introduites par feu X) suivant exploits d'assignation des 18 décembre 1987 et 19 juin 1990 au motif que ces demandes ont le même objet et la même cause que la demande reconventionnelle formulée dans les conclusions du 29 septembre 1986 et modifiée par les conclusions signifiées le 8 décembre 1988, et font double emploi avec celle-ci. Elle demande en tout état de cause à voir imposer les frais de ces assignations à la partie X).

Il est de principe que lorsque deux litiges présentent entre eux une triple identité de parties, d'objet et de cause, la seconde instance qui ne présente aucun élément nouveau est irrecevable tant que le demandeur ne s'est pas désisté de sa première instance ou tant que celle-ci n'a pas été toisée la déclarant irrecevable (Cour 6.12.1990, P. 28, p. 237).

En l'espèce, le tribunal constate que les demandes lancées par l'exploit d'huissier WEITZEL-MOES du 18 décembre 1987 et l'exploit d'huissier KREMMER du 19 juin 1990 a le même objet et la même cause et se meut entre les mêmes parties que la demande reconventionnelle formulée dans les conclusions signifiées le 29 septembre 1986, telle que modifiée par les conclusions signifiées le 8 décembre 1988.

Les secondes demandes, en l'occurrence celles contenues dans les exploit d'huissier du 18 décembre 1987 et du 19 juin 1990 sont partant à déclarer irrecevables en vertu de la règle non bis in idem.

Quant au fond, il résulte de ce qui précède que la créance relative au crédit inscrit au compte HBL n° **compte1)** de feu X) est dénuée de fondement pour procéder d'une cause illicite.

La demande tendant à la condamnation de HBL à payer le solde créditeur du compte n° **compte1)** est partant dénuée de fondement.

Quant à la demande dirigée par D1) contre HBL en liquidation

HBL soulève la nullité de l'exploit introductif au motif que l'adresse indiquée dans l'exploit ne correspondrait pas à la réalité dans la mesure où **D1)** indiquerait dans l'assignation une adresse en ALLEMAGNE tandis que dans une lettre lui adressée par le notaire Lübeck dans le cadre de la reprise d'instance, une adresse en SUISSE serait indiquée.

Il convient de rappeler qu'aux termes de l'article 61, alinéa 1 du code de procédure civile « l'exploit d'ajournement contiendra la date des jours, mois et an, les nom, profession et domicile du demandeur, la constitution de l'avoué qui occupera pour lui, et chez lequel l'élection de domicile sera de droit, à moins d'une élection contraire par le même exploit ;..... le tout à peine de nullité.

En l'espèce, le tribunal constate qu'il résulte des pièces versées en cause que dans tous les actes de procédure **D1)** a indiqué dans tous les actes de procédure une seule et même adresse comme étant son domicile.

Or, HBL n'a apporté aucun élément selon lequel cette adresse ne correspondrait pas à son domicile, l'indication d'une adresse dans un courrier n'étant pas de nature à impliquer qu'il s'agit du domicile de **D1)** dès lors qu'il peut s'agir d'une résidence ou même d'une adresse de séjour.

Il s'ensuit que le moyen de l'intimée pris de l'indication inexacte de son adresse doit être rejeté comme étant non fondé.

Quant au fond, le tribunal constate, d'abord, que **D1)** n'a apporté aucun élément de nature à démontrer qu'elle serait propriétaire de avoirs du compte n° **compte1)**.

Il convient de relever ensuite qu'en sa qualité de fiduciaire, feu **X)** était devenu titulaire de droits patrimoniaux des sorte que sa situation est la même au regard de ses droits concernant les avoirs du compte n° **compte1)**.

En tout état de cause, il résulte de ce qui précède que la créance relative au crédit inscrit au compte HBL n° **compte1)** de feu **X)** est dénuée de fondement pour procéder d'une cause illicite.

La demande tendant à la condamnation de HBL à payer le solde créditeur du compte n° **compte1)** est partant non fondée, quelle que soit la qualité en laquelle ce solde est revendiquée.

Quant à la demande dirigée par **D2) contre HBL en liquidation**

Il résulte de ce qui précède que la créance relative au crédit inscrit au compte HBL n° **compte1)** de feu **X)** est dénuée de fondement pour procéder d'une cause illicite.

La demande tendant à la condamnation de HBL à payer le solde créditeur du compte n° **compte1)** est partant non fondée, quelle que soit la qualité en laquelle ce solde est revendiquée.

PAR CES MOTIFS

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, onzième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, le représentant du Ministère public entendu en ses conclusions;

vidant le jugement n° 675A/90 du 12 décembre 1990;

joint les affaires inscrites sous les n°s 34852, 37943 et 43108 à celles inscrites sous les n°s 58616, 58617 et 591**compte1**)

quant à la demande dirigée par la société HERSTATT BANK LUXEMBOURG en liquidation contre feu X) pour laquelle D1), D3) et D4) ont déclaré reprendre l'instance

donne acte à **D1), D3) et D4)** de leur reprise d'instance;

reçoit la demande en la forme ;

écarte les moyens de nullité soulevés à l'encontre du rapport d'expertise du 24 mars 1995;

au fond déclare la demande fondée,

partant annule l'opération qui a donné lieu au solde créditeur du compte n° **compte1**) (HBL) de feu **X)**, en l'occurrence l'inscription de monnaie scripturale sur le compte n° **compte1**) et déclare non fondée la créance y relative;

Quant aux demandes dirigées par feu X) contre HERSTATT BANK LUXEMBOURG en liquidation reprises par D1), D3) et D4)

donne acte à **D1), D3) et D4)** de leur reprise d'instance;

déclare les demandes introduites suivant l'exploit de l'huissier de justice Lia WEITZEL-MOES du 18 décembre 1987 et suivant l'exploit de l'huissier de justice Pierre KREMMER du 19 juin 1990 irrecevables;

reçoit la demande reconventionnelle formulée dans les conclusions signifiées le 29 septembre 1986, telle que modifiée par les conclusions signifiées le 8 décembre 1988, en la forme;

la déclare non fondée;

partant en déboute;

condamne **D1), D3) et D4)** aux frais et dépens de l'instance inscrite sous les n°s de rôle 34852, 37943 et 43108, y compris les frais d'expertise, et en ordonne la distraction au profit de Maître Jean HOSS, avocat qui la demande affirmant en avoir fait l'avance;

Quant à la demande dirigée par D1) contre HERSTATT BANK LUXEMBOURG en liquidation

écarte le moyen de nullité de l'exploit de l'huissier de justice STEFFEN du 11 septembre 1996;

reçoit la demande en la forme;

la déclare non fondée;

condamne **D1)** aux frais et dépens de cette instance et en ordonne la distraction au profit de Maître Jean HOSS, avocat qui la demande affirmant en avoir fait l'avance;

Quant à la demande dirigée par D2) contre HERSTATT BANK LUXEMBOURG en liquidation

reçoit la demande en la forme;

la déclare non fondée;

condamne **D2)** aux frais et dépens de cette instance et en ordonne la distraction au profit de Maître Jean HOSS, avocat qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.