

Arrêt N° 79/21 - III – COM

Arrêt commercial

**Audience publique du vingt-huit octobre deux mille vingt-et-un**

**Numéro 45021 du rôle**

Composition:

Alain THORN, président de chambre,  
Paul VOUEL, conseiller,  
Anne-Françoise GREMLING, conseiller,  
Isabelle Hippert, greffier.

**E n t r e :**

**la société anonyme SOC 1) S.A.**, , établie et ayant son siège social à CH- (...), inscrite au registre de commerce de Suisse sous le numéro CH-xxxx, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 28 juin 2017,

intimée sur appel incident,

comparant par Maître Anne DENOËL, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**e t :**

**la société anonyme SOC 2) (EUROPE) S.A.**, anciennement SOC 3) S.A., établie et ayant son siège social à L-(...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B xxxxx, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit BIEL,

appelante par incident,

comparant par la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, inscrite à la liste V du Tableau de l'ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-2082 Luxembourg, 41A, avenue John. F. Kennedy, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Glenn MEYER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

### LA COUR D'APPEL :

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 31 mars 2021.

Le 27 décembre 2005, la société anonyme SOC 3) SA, actuellement SOC 2) (EUROPE) (ci-après « SOC 2) » ou « la Banque ») a conclu avec la société anonyme de droit suisse SOC 4) SA (ci-après « SOC 4) ») une convention d'apporteur d'affaires, intitulée « *convention de coopération* », aux termes de laquelle SOC 4) s'engageait à proposer à des clients de confier tout ou partie de leurs actifs au SOC 2), en contrepartie de rétrocessions sur commissions.

Dans le cadre de cette convention, SOC 4) a introduit la compagnie d'assurances ASSUR 1) SA (ci-après « ASSUR 1) ») auprès du SOC 2)

ASSUR 1) a ouvert trois comptes dans les livres du SOC 2), intitulés « Z », et confié à SOC 4) la mission de gérer les actifs déposés sur ces trois comptes.

Le 26 février 2012, SOC 4) a informé la Banque de sa décision de cesser la gestion des comptes Z à partir du 29 février 2012.

Par un courrier du 29 février 2012, ASSUR 1) a envoyé à la Banque un nouveau contrat de mandat au profit de la société anonyme de droit suisse SOC 1) SA (ci-après « SOC 1) »), aux fins de gestion de ses actifs auprès du SOC 2)

Une procuration était également jointe au courrier.

En date du 6 mars 2012, l'avocat suisse A, par ailleurs administrateur de SOC 1) , a adressé un courrier au SOC 2) pour l'informer de l'existence d'un différend entre SOC 1) et ASSUR 1) au sujet de la gestion des fonds Z, SOC 4) ayant refusé de verser à « *ses mandants* » les rétrocessions qui lui seraient dues pour la gestion des fonds au titre du 4<sup>e</sup> trimestre 2011.

Il lui demandait en outre « *de verser directement à ses mandants* », et non pas à SOC 4), les commissions dont la Banque serait dorénavant redevable à SOC 1) « *pour bien débiter sur de bonnes bases* » leurs nouvelles relations.

Le 26 mars 2012, le SOC 2) a envoyé à SOC 1) une série de documents, dont une convention d'apporteur d'affaires, intitulée « *accord de coopération* » et une demande d'ouverture de compte, lesquels documents n'étaient pas signés par un représentant de la Banque.

En date du 2 mai 2012, ces documents ont été renvoyés complétés et signés par SOC 1) , mais la Banque a, de son côté, refusé de les signer, au terme d'une procédure de contrôle.

Le 11 juin 2012, A a adressé au SOC 2) un courrier, dans lequel il affirmait que le destinataire du courrier et SOC 1) étaient liés par la convention d'apporteur d'affaires, dont un exemplaire vierge avait été envoyé le 29 février 2012 à SOC 1) .

Par exploit du 1<sup>er</sup> octobre 2015, SOC 1) a assigné le SOC 2) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale.

SOC 1) demandait au tribunal, principalement, de dire que les parties litigantes avaient conclu une convention d'apporteur d'affaires et de condamner la défenderesse à payer à la demanderesse, sur base des articles 1134 et suivants du Code civil, la somme de 110.624 euros, outre les intérêts de retard, à titre de rétrocessions sur commissions, du chef de trois factures impayées et, subsidiairement, de dire que la défenderesse a rompu les pourparlers précontractuels de façon déloyale et de la condamner, sur base des articles 1382 et suivants du Code civil, à lui payer des dommages et intérêts s'élevant au prédit montant. Elle réclamait enfin l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.500 euros.

A titre plus subsidiaire encore, SOC 1) demandait au tribunal de constater l'enrichissement sans cause de la partie défenderesse et de la condamner, en conséquence, au paiement de la même somme.

Cette dernière concluait à l'irrecevabilité, sinon au rejet de la demande quant au fond et formait une demande reconventionnelle en réparation pour procédure abusive et vexatoire d'un montant de 10.000 euros.

Enfin, elle concluait à l'obtention d'une indemnité de procédure de 5.000 euros.

Par jugement rendu le 31 mars 2017, le tribunal a déclaré la demande principale irrecevable en ce qu'elle était basée sur l'existence d'une convention d'apporteur d'affaires et prononcé un débouté pour le surplus. Il a rejeté en outre la demande en

réparation de la Banque, pour procédure abusive et vexatoire, mais lui a alloué une indemnité de procédure de 2.000 euros.

Pour statuer ainsi, le tribunal a retenu que l'existence de la prétendue convention d'apporteur d'affaires laissait d'être établie ; qu'une rupture fautive des pourparlers n'était pas davantage prouvée et que les conditions de l'enrichissement sans cause, et notamment l'enrichissement du défendeur et l'appauvrissement du demandeur n'étaient pas non plus données.

Au sujet de la demande reconventionnelle, le tribunal a considéré que SOC 1) n'avait pas exercé l'action en justice de façon « *répréhensible* », en commettant un abus de droit. Elle aurait pu « *ne pas se contenter des explications fournies par la Banque* » et, sans commettre de faute, « *choisir de voir triser le litige par un tribunal* ».

Par exploit du 28 juin 2017, SOC 1) a régulièrement relevé appel de ce jugement qui lui avait été signifié le 30 mai 2017.

« *Avant tout autre progrès en cause* », l'appelante forme une demande en production forcée des procurations signées par ASSUR 1) en vue de formaliser les pouvoirs de gestion conférés à SOC 4) dans ses relations avec la Banque.

L'appelante demande ensuite à la Cour de faire droit à ses prétentions, par réformation du jugement entrepris.

Selon SOC 1) , les parties au litige seraient convenues d'une convention d'apporteur d'affaires dans le cadre de « *plusieurs contacts* », au début de l'année 2012.

Conformément aux conditions convenues, l'appelante aurait adressé à l'intimée trois factures datées respectivement des 2 mai, 1<sup>er</sup> juillet et 1<sup>er</sup> octobre 2012 (cf. pièces 6, 10 et 13 de la farde I de l'appelante), lesquelles seraient toutes demeurées incontestées.

En application de la théorie de la facture acceptée, tirée de l'article 109 du Code de commerce, il y aurait lieu de tenir l'existence du contrat entre l'appelante et l'intimée pour établie, le silence gardé par l'intimée ne pouvant signifier « *autre chose qu'une acceptation* ».

Il conviendrait partant de retenir que les parties au litige étaient liées par le contrat litigieux.

La convention dont se prévaut l'appelante ressortirait de toute manière des éléments du dossier ; il y aurait eu accord entre les parties au litige sur les éléments essentiels du contrat.

« *Tenant compte de cet accord* », l'intimée lui aurait envoyé, par courriel du 26 mars 2012, un document contractuel y relatif ainsi que des documents d'ouverture de compte à compléter et signer.

En date du 2 mai 2012, les documents contractuels susmentionnés auraient été renvoyés signés, ensemble avec une première facture, émise en conformité avec ladite convention.

Pendant plusieurs semaines, l'intimée n'aurait élevé aucune contestation.

Cependant, au début du mois de juin 2012, l'intimée aurait subitement et sans indication de motif, manifesté la volonté de ne plus coopérer avec l'appelante.

L'appelante soutient encore qu'à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2009, elle assurait déjà la gestion des avoirs d'ASSUR 1) déposés auprès de l'intimée, ensemble avec SOC 4), et fait valoir d'une part que cette gestion commune ressort d'une convention conclue le 1<sup>er</sup> août 2009, versée aux débats, et d'autre part que la société ASSUR 1) a confirmé le mandat de gestion conféré à SOC 1) dans un courrier adressé le 29 février 2009 à l'intimée.

De nombreuses instructions d'achat et de vente concernant des avoirs de la société ASSUR 1) auraient été données par l'appelante et celles-ci auraient été exécutées par l'intimée.

Pour le cas où la Cour écarterait l'existence du contrat dont se prévaut l'appelante, celle-ci demande partant à la Cour de tenir pour établie une cession du contrat de coopération de SOC 4) à l'appelante.

SOC 4) aurait confirmé par écrit la cession à l'appelante de ses droits aux commissions se rapportant à ASSUR 1) et l'intimée, de son côté, aurait accepté cette cession.

Plus subsidiairement encore, il conviendrait de constater une rupture fautive et déloyale des pourparlers par l'intimée, celle-ci ayant empêché de manière déloyale la « *formalisation* » du contrat.

Il incomberait dès lors à la partie SOC 2) d'indemniser « *la perte des gains espérés du contrat rompu* » et de payer à l'appelante des dommages et intérêts d'un montant de 110.624 euros, en principal.

En dernier ordre de subsidiarité, l'appelante demande à la Cour de faire droit à sa demande en paiement, sur le fondement de la théorie de l'enrichissement sans cause.

En ordre principal, la partie intimée conclut à l'irrecevabilité de l'appel. SOC 1) n'aurait aucune créance propre à l'encontre de la Banque, de sorte qu'elle n'aurait aucun intérêt à agir.

En ordre subsidiaire, l'intimée conclut au rejet de l'appel quant au fond.

Par courrier du 26 janvier 2012, SOC 4) aurait informé la Banque de sa décision de cesser la gestion des avoirs en question.

Par courrier du 29 février 2012, ASSUR 1) aurait informé la Banque de la conclusion du nouveau mandat de gestion confié à SOC 1) , avec effet au 1<sup>er</sup> mars 2012.

Cependant l'intimée n'aurait, de son côté, jamais conclu de contrat, de quelque type que ce soit, avec SOC 1) .

En ce qui concerne l'application de la théorie de la facture acceptée invoquée par l'appelante, la Banque soutient que la présomption irréfragable de l'existence d'une créance prévue par l'article 109 du Code de commerce n'est applicable qu'aux seuls contrat de vente et que *« pour les autres contrats commerciaux, la facture acceptée n'engendre qu'une présomption simple »*, au vu d'un arrêt rendu le 24 janvier 2019, sous le numéro 16/19, par la Cour de cassation.

Or, le contrat allégué par l'appelante ne serait pas un contrat de vente.

D'autre part, la Banque conteste formellement avoir reçu la facture prétendument émise le 2 mai 2012 par l'appelante.

L'intimée soutient en outre que *« la théorie de la facture acceptée ne saurait valablement être invoquée pour établir l'existence d'un contrat »*.

Enfin, on verrait mal comment la partie adverse aurait pu émettre dès le 2 mai 2012 une facture, alors que les documents requis par l'intimée en vue de la conclusion éventuelle d'un contrat n'auraient été retournés à l'intimée que le 2 mai 2012, soit le jour même de l'émission de la facture.

L'intimée donne encore à considérer que, dans un courrier daté du 4 juin 2012, SOC 1) fait référence au refus de la Banque de conclure avec elle une convention d'apporteur d'affaires, ce qui établirait *« l'existence de contestations antérieurement exprimées par la Banque concernant une prétendue relation »*.

*d'apporteur d'affaires, rendant ainsi une éventuelle acceptation par la Banque de la facture en question improbable, sinon impossible ».*

Ce refus aurait été explicité par l'intimée dans un courrier adressé à l'appelante en date du 22 juin 2012.

Point n'aurait été besoin de répéter cette position à la réception des deux factures postérieures.

Selon l'intimée, une discussion aurait certes été menée entre un représentant de l'appelante et un employé de la Banque au sujet de « *la possibilité éventuelle de conclure une convention d'apporteur d'affaires* », mais aucun « *engagement formel* » n'aurait jamais été pris par l'intimée quant à cette « *possible convention* ». L'employé de la Banque dont il s'agit aurait simplement transmis à l'appelante une série de documents, dont un formulaire standardisé de convention d'apporteur d'affaires, non signé par un représentant de la Banque, à compléter et signer par l'appelante, « *visant à permettre à SOC 1) d'introduire une demande en vue de pouvoir devenir apporteur d'affaires auprès de la Banque* ».

Après réception des documents complétés et signés par l'appelante, l'intimée aurait, au terme d'une « *procédure interne d'examen du profil du demandeur* », fait usage de son pouvoir discrétionnaire de ne pas conclure le contrat litigieux avec l'appelante.

En ce qui concerne l'exécution par l'intimée des ordres de gestion donnés par l'appelante, l'intimée fait valoir que cette exécution trouve sa cause dans le mandat de gestion confié à l'appelante par ASSUR 1), et non pas dans une prétendue convention d'apporteur d'affaires conclue entre parties litigantes.

Les prétentions de l'appelante sembleraient « *découler uniquement d'un contrat conclu entre SOC 4) et SOC 1)* », lequel contrat serait inopposable à la Banque, en application de l'article 1165 du Code civil.

En outre, la convention d'apporteur d'affaires du 27 décembre 2005 n'aurait jamais été valablement cédée à l'appelante.

En effet, une convention d'apporteur d'affaires serait, par essence, un contrat conclu en considération de la personne de l'apporteur d'affaires, autrement dit, un contrat conclu *intuitu personae*.

En outre, la convention de coopération conclue entre le SOC 2) et SOC 4) serait incessible, en l'absence d'un « *accord écrit et préalable* » de la Banque, ainsi que l'exigerait l'article 9.1 de ladite convention.

L'intimée s'oppose à la demande en production forcée de certaines pièces, au motif que cette mesure d'instruction ne présenterait aucune pertinence ni aucun intérêt pour la solution du présent litige outre que le secret bancaire y ferait obstacle.

Enfin, l'intimée fait valoir qu'il est « *indéniable* » qu'aucun client n'a jamais été apporté par SOC 1) à la Banque et que les rétrocessions litigieuses sont liées aux transactions effectuées pour le compte d'ASSUR 1), client apporté par SOC 4), de sorte que l'appelante serait de toute façon infondée à revendiquer les rétrocessions en cause, même à supposer applicable la convention d'apporteur d'affaires dont cette dernière se prévaut.

En ce qui concerne la base subsidiaire, tirée de la rupture abusive des pourparlers, l'intimée conteste toute négociation et même tout « *début de pourparlers* » avec l'appelante et fait valoir que, de toute façon, la liberté de négocier et donc de mettre fin librement et unilatéralement à des pourparlers est un principe bien établi dans notre droit des contrats.

L'intimée soutient d'autre part que la réparation du préjudice subi pour perte d'une chance ne peut jamais être égale au gain qui aurait pu être obtenu par le demandeur en réparation.

Concernant les prétentions formulées par l'appelante en dernier ordre de subsidiarité, l'intimée conteste que les conditions de l'action *de in rem verso* soient données dans le cas présent.

L'intimée conteste encore l'existence de quelque préjudice que ce soit dans le chef de l'appelante de même que l'existence d'un lien causal entre le préjudice allégué et les fautes alléguées.

Enfin, la Banque relève appel incident en ce que la juridiction du premier degré n'a pas fait droit à sa demande reconventionnelle en réparation pour procédure abusive et vexatoire d'un montant de 10.000 euros.

Elle reproche à SOC 1) d'avoir engagé une action à son encontre alors « *qu'aucune chance de succès n'était envisageable* » et d'avoir « *persisté dans une démarche de refus des évidences et même pire de dénigrement* », partant d'avoir commis un abus de droit au sens de l'article 6-1 du Code civil.

Concernant le moyen d'irrecevabilité qui lui est opposé par l'intimée, SOC 1) affirme avoir un intérêt à agir et soutient que l'intimée « *entretient une confusion entre l'intérêt à agir et le fond du litige* » outre que l'appelante aurait bel et bien une créance à faire valoir à l'encontre de l'intimée.

SOC 1) conclut au rejet de l'appel incident. Elle fait valoir que l'exercice de l'action en justice est libre et qu'il n'est limité que par l'abus de droit, lequel ne serait pas donné en l'espèce, les prétentions de SOC 1) étant parfaitement justifiées.

### **Appréciation de la Cour**

Il convient de toiser, en premier lieu, le moyen de l'intimée relatif à l'irrecevabilité de la demande pour défaut d'intérêt à agir.

L'intérêt à agir consiste dans l'utilité ou l'avantage que le justiciable peut escompter en exerçant son action en justice.

Dès lors qu'il peut en retirer une utilité, un avantage, à supposer que son action aboutisse, son intérêt à agir est donné.

La vérification de l'intérêt à agir fait abstraction de la question de savoir si le demandeur est réellement titulaire du droit qu'il invoque.

La vérification de l'existence réelle du droit invoqué s'effectue au regard du bien-fondé de la demande.

En l'occurrence, SOC 1) retirerait une utilité, un avantage de son action en justice, à supposer que celle-ci aboutisse.

Le moyen d'irrecevabilité tiré du défaut d'intérêt à agir de l'appelante doit dès lors être rejeté.

Concernant la demande en production forcée de certaines pièces, il est relevé que les pouvoirs de gestion conférés par ASSUR 1) à SOC 4) à l'égard de l'intimée sont entièrement étrangers aux relations contractuelles litigieuses, lesquels concernent une convention d'apporteur d'affaires entre l'appelante et l'intimée, affirmée par l'appelante et contestée par l'intimée.

Il s'ensuit que cette demande est à rejeter pour défaut de pertinence.

L'appelante entend prouver la conclusion du contrat d'apporteur d'affaires par l'application du principe de la facture acceptée, tiré de l'article 109 du Code de commerce.

Elle se prévaut de trois factures datées respectivement des 2 mai, 1<sup>er</sup> juillet et 1<sup>er</sup> octobre 2012 (cf. pièces n<sup>os</sup> 6, 10, et 13 de la farde I de l'appelante), lesquelles

renseignent toutes la mention « *rétrocessions (...) conformément à l'accord de coopération* » avec indication de la période de référence.

Aux termes de l'article 109 du Code de commerce, les achats et les ventes se constatent par une facture acceptée. Cette acceptation peut être expresse ou tacite. L'acceptation de la facture constitue une manifestation d'accord au sujet de l'existence et des modalités du contrat et, de plus, une manifestation d'accord sur la créance affirmée par le fournisseur ou le prestataire en exécution de ce marché.

Le silence gardé au-delà du temps nécessaire pour prendre connaissance de la facture et en contrôler le bien-fondé fait présumer que le destinataire de la facture l'a acceptée. Pour enlever à son silence toute signification d'adhésion, le commerçant doit prendre l'initiative d'émettre des protestations précises valant négation de la créance affirmée, dans un bref délai à compter de la réception de la facture, et il lui appartient d'en rapporter la preuve.

La jurisprudence a progressivement étendu le champ d'application de l'article 109 du Code de commerce à tous les autres contrats à caractère commercial et, depuis plusieurs décennies, la jurisprudence applique le principe de la facture acceptée non seulement aux ventes commerciales, mais aussi aux autres contrats commerciaux, tel que notamment celui allégué en l'espèce par l'appelante, à cette différence près que, d'après la jurisprudence récente de la Cour de cassation, le silence prolongé du destinataire de la facture donne lieu à une présomption irréfragable lorsqu'il s'agit d'une vente et seulement à une présomption simple lorsqu'il s'agit d'un autre contrat.

Par conséquent, le silence prolongé de l'intimée après la réception de la facture du 2 mai 2012 (cf. pièce n° 6 de la même farde) serait, le cas échéant, susceptible de donner lieu à une présomption simple de l'existence du contrat allégué par l'appelante.

Il n'en demeure pas moins que lorsque le commerçant qui se voit opposer l'acceptation tacite de la facture, en conteste la réception, il incombe à la partie qui en poursuit le paiement de rapporter la preuve de sa réception par le destinataire.

Or, l'appelante reste en défaut de prouver que la facture en cause ait été reçue par l'intimée.

Dans un courrier recommandé avec accusé de réception daté du 4 juin 2012 (cf. pièce n° 7 de la même farde) le représentant de l'appelante fait état du refus de la Banque d'entrer en relations contractuelles avec sa mandante (« *votre collaborateur (...) nous certifie maintenant que vous ne souhaitez plus nous retourner votre accord de coopération* »).

Ce refus est explicité par l'intimée dans une lettre de réponse datée du 22 juin 2012 (cf. pièce n° 9 de la même farde).

Aucune de ces deux lettres ne fait référence à la première facture en cause.

Ainsi que l'intimée le fait valoir à juste titre, l'objection précise opposée à l'appelante, au plus tard dans son courrier précité du 22 juin 2012, n'avait pas à être répétée lors de la réception des deux factures subséquentes (cf. pièces n°s 10 et 13 de la même farde), le motif de cette objection restant le même.

A l'instar de la juridiction de première instance, la Cour rejette partant la demande de l'appelante en tant qu'elle est basée sur la théorie de la facture acceptée, quoique pour d'autres motifs.

L'appelante soutient encore que le contrat de coopération se serait formé par accord sur les éléments essentiels du contrat, tel que cela résulterait des pièces documentant l'avancement des pourparlers.

Il ne ressort d'aucune pièce versée aux débats que la Banque se serait liée à l'appelante par un contrat d'apporteur d'affaires ou qu'elle aurait pris envers l'appelante quelque engagement ferme et définitif que ce soit.

Si l'intimée a envoyé à l'appelante des documents destinés à être complétés et signés par l'intimé, il ne résulte d'aucune pièce que la Banque se serait engagée à signer les documents en cause après que ceux-ci lui aient été retournés.

Bien au contraire, l'exemplaire du document intitulé « *accord de coopération* », envoyé à l'appelante (cf. pièce n° 4 de la même farde) renseigne clairement aux articles 6.2 et 6.8 que les paiements de rétrocessions ne peuvent se faire que sur un compte à ouvrir par l'appelante auprès de l'intimée. Or, l'ouverture d'un tel compte suppose qu'une procédure interne de contrôle, subséquente au renvoi des documents susmentionnés aboutisse à une décision d'approbation par l'autorité compétente de la Banque.

Tant le document intitulé « *accord de coopération* » que les conditions générales applicables à l'ouverture de compte transmis à l'appelante (cf. pièces n° 4 de la farde I de l'appelante) font ressortir l'importance d'un respect scrupuleux des normes applicables en matière de lutte contre le blanchiment et le souci de la Banque de se mettre à l'abri d'une entrée en relations contractuelles avec une personne dont la « *réputation* » ou le « *sens éthique en affaires* » seraient un sujet de préoccupation ou dont les actifs confiés à la Banque auraient une origine illicite ou simplement douteuse.

Il va de soi qu'en tant qu'apporteur d'affaires, censé ne présenter à l'intimée que des clients irréprochables à cet égard, SOC 1) était supposée présenter des garanties suffisantes d'honorabilité et de sérieux aux yeux de l'intimée.

Il est relevé d'autre part que l'article 1.1.1 desdites conditions générales comporte le passage suivant, libellé en caractères gras : « ***Le Client est informé que la signature de la documentation d'ouverture de compte n'emporte pas de plein droit ouverture de compte. Cette ouverture est subordonnée au consentement exprès de la Banque.*** »

***La relation entre la Banque et le Client s'ouvre à la demande du Client.***

***Cette relation, où la considération de la personne du Client est déterminante pour la Banque (intuitu personae) repose sur un rapport particulier de confiance. La Banque pourra à sa seule discrétion décider d'entrer ou pas en relation avec le Client. Le refus d'entrer en relation n'a pas à être motivé. »***

Il se dégage, sans la moindre équivoque, du passage cité-dessus que, par le renvoi de la « *documentation d'ouverture de compte* », dûment signée, son auteur ne fait que présenter une demande d'entrée en relations contractuelles, l'intimée restant libre de ne pas accéder à cette demande, et cela de manière discrétionnaire, autrement dit, sans avoir à fournir le moindre motif au soutien de sa décision.

De plus, il est stipulé dans ce même article qu'en « *l'absence de réponse de la Banque* », dans un délai de deux mois, « *la Banque sera réputée ne pas avoir donné son consentement au contrat* ».

Cette stipulation démontre à suffisance l'importance de la procédure de contrôle interne en question et le souci de l'intimée de ne pas s'engager contractuellement envers un client inopportun.

Il est acquis en cause qu'à l'issue de la procédure de contrôle interne diligentée dans la présente affaire, l'autorité compétente de la Banque a pris une décision négative et que l'intimée n'a pas laissé croire le contraire à l'appelante.

Dans ces conditions, la Cour ne saurait retenir que les parties au litige aient été liées par une convention d'apporteur d'affaires, de sorte que la décision intervenue sur ce point en première instance est à confirmer.

La circonstance que le SOC 2) ait exécuté pendant des mois de nombreux ordres d'achat et de vente sur titres, transmis par l'appelante pour le compte d'ASSUR 1), ne démontre en rien un commencement d'exécution de l'accord de coopération allégué par SOC 1) , puisque l'exécution de ces instructions se fondait sur le mandat conféré par ASSUR 1) à l'appelante, mandat reconnu par l'intimée, et non pas sur une prétendue convention d'apporteur d'affaires entre l'appelante et

l'intimée, ayant pour objet les conditions et modalités de paiement des rétrocessions sur commissions.

L'appelante se prévaut en outre d'une cession à son profit de la convention de coopération conclue entre l'intimée et SOC 4).

Cependant, celles-ci étaient expressément convenues, à l'article 9.1 de la convention de coopération signée le 27 décembre 2005 (cf. pièce n° 1 de la farde I de l'intimée) de rendre ladite convention incessible « *sauf accord écrit et préalable de l'autre partie* ».

Or, l'appelante reste en défaut de prouver l'accord écrit et préalable de l'intimée à la prétendue cession de la convention de coopération du 27 décembre 2005.

La Cour relève, à titre superfétatoire, que même à supposer que les parties au litige aient été liées par la convention alléguée par l'appelante, cette dernière n'aurait de toute façon pas droit aux rétrocessions litigieuses, étant donné que celles-ci ont trait aux opérations sur titres effectuées pour le compte d'ASSUR 1), client apporté à l'intimée par SOC 4), et non par SOC 1) .

Plus subsidiairement encore, l'appelante reproche à l'appelante une rupture fautive des pourparlers.

La liberté contractuelle constitue le principe fondateur du droit des contrats. Elle implique notamment la liberté de contracter ou de ne pas contracter, celle de choisir son cocontractant et celle de déterminer librement le contenu du contrat dans le respect des règles impératives. Appliqué au stade des pourparlers, ce principe veut que nul ne soit contraint d'entrer en pourparlers et que chacun puisse les conduire et même les rompre librement (cf. Bertrand FAGES, Droit des obligations, L.G.D.J., 4e éd., n<sup>os</sup> 31, 44 et 47 ; dans le même sens, Encyclopédie Dalloz, Droit civil, v<sup>o</sup> Contrat : Formation, 2017, n<sup>o</sup> 15).

Le juge ne peut déroger à ce principe et admettre la responsabilité délictuelle de l'auteur de la rupture que dans l'hypothèse dans laquelle le demandeur en réparation apporte la preuve d'une faute dans le chef de l'auteur de la rupture.

En l'espèce, l'appelante reste en défaut d'établir une faute de la Banque dans la rupture des pourparlers, ainsi que les juges de première instance l'ont décidé à juste titre.

En effet, l'appelante ne prouve ni intention de nuire ni mauvaise foi ni légèreté blâmable ni même un comportement déloyal dans le chef de l'intimée.

Il ressort, au contraire, des circonstances de la cause résumées ci-dessus que la Banque n'a pas prolongé inutilement des pourparlers qui ne se trouvaient qu'à un état embryonnaire et qu'elle y a mis un terme afin de préserver ses intérêts, pour un motif inscrit d'emblée dans les documents contractuels communiqués à l'appelante.

Le jugement dont appel est partant à confirmer, en ce qu'il a rejeté la demande en réparation pour rupture déloyale des pourparlers.

En dernier ordre de subsidiarité, l'appelante se prévaut de la théorie de l'enrichissement sans cause.

C'est à bon droit que la juridiction du premier degré a retenu, premièrement, que SOC 1) restait en défaut d'établir un appauvrissement dans son chef et un enrichissement corrélatif de l'intimée et, deuxièmement, que *l'action de in rem verso* méconnaissait en l'espèce le principe de subsidiarité régissant cette action.

En conséquence, il y a lieu de confirmer le jugement déféré également sur ce point.

Le droit d'agir en justice en demandant ou en défendant est un droit fondamental dont l'exercice ne dégénère en faute qu'en présence d'un abus, caractérisé par une intention malveillante, une erreur grossière équipollente au dol ou encore une légèreté blâmable.

Faute par l'intimée d'établir une faute dans le sens décrit ci-dessus, il convient de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a débouté la Banque de sa demande en obtention de dommages et intérêts pour procédure abusive.

L'appelante demande à être déchargée de la condamnation au paiement d'une indemnité de procédure, prononcée à son encontre sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, et conclut à l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.500 euros, tandis que l'intimée conclut à la condamnation de la partie adverse à lui payer une indemnité de procédure de 5.000 euros pour chaque instance.

Comme l'appelante succombe à l'instance et qu'elle devra supporter la charge des dépens, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel est à rejeter.

Eu égard à l'issue du litige, il convient de confirmer la décision intervenue sur cette base légale et d'allouer à l'intimée une indemnité de procédure de 2.500 euros pour l'instance d'appel.

**PAR CES MOTIFS:**

la Cour d'appel, troisième chambre, siégeant en matière de droit commercial, statuant contradictoirement,

reçoit les appels principal et incident,

les dit non fondés,

confirme le jugement entrepris,

déboute la société anonyme de droit suisse SOC 1) SA de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne la société anonyme de droit suisse SOC 1) SA à payer à la société anonyme SOC 2) (EUROPE) (anc. SOC 3) SA une indemnité de procédure de 2.500 euros pour l'instance d'appel,

condamne la société anonyme de droit suisse SOC 1) SA aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de la société anonyme ARENDT et MEDERNACH SA, représentée par Me Glenn MEYER, sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Alain THORN, président de chambre, en présence du greffier Isabelle HIPPERT.