Arrêt commercial

Audience publique du huit février deux mille douze.

Numéro 36360 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Marie-Anne STEFFEN, présidente de chambre;
Eliane ZIMMER, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

la société « corporation » de droit panaméen A, *établie et ayant son siège social en République de Panama à U, Document ……. of the Mercantile Section of the Public Registry Office, Microjacket ……, date de constitution ……..., représentée par son « board of directors » actuellement en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg du 4 mars 2010,*

comparant par Maître Christian GAILLOT, avocat à Luxembourg ;

e t :

la société anonyme B S.A., *établie et ayant son siège social à L-…. VVV, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du susdit exploit KURDYBAN,*

comparant par Maître Franz SCHILTZ, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 6 juin 2008 la société "corporation" de droit panaméen A a fait comparaître la société anonyme A devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour s'entendre condamner à lui payer la somme de 38.179,30 USD avec les intérêts légaux à partir du 17 décembre 2007, sinon à partir de la demande en justice jusqu'à solde, ainsi qu'une indemnité de procédure de 800.- euros.

La société A a exposé à l'appui de sa demande qu'elle était en relation bancaire avec la société A, qu'en date du 14 décembre 2007 elle désirait effectuer un achat d'actions de la société C et contacta la société A en la personne de sa préposée Madame D, informant cette dernière qu'elle désirait acheter pour 12.000.- USD de titres à 0,0025 USD le titre, que Madame D a informé la requérante qu'il était impossible de passer un tel ordre par F, de sorte qu'il lui a été demandé d'acheter pour 6.000.- USD d'actions de la société C au prix maximum de 0,006 USD l'action, soit 1 million de titres, que cet ordre a été immédiatement passé par Madame D, qu'il s'est cependant avéré que la banque a procédé à l'achat de 1 million de titres au prix de 0,0441793 USD le titre, soit pour 44.179,30 USD.

Faisant valoir que l'étude des transactions opérées sur le titre F en date du 17 décembre 2007 montre que le cours n'a cessé de monter pendant la journée, la société A a reproché à la banque, d'une part, de ne pas avoir respecté les instructions données par le client et, d'autre part, de ne pas l'avoir averti des risques encourus en achetant sur le marché OTC, violant par là son obligation de conseil.

Elle a chiffré son préjudice à la différence entre le montant qui a été débité de son compte et celui qu'elle a voulu débourser pour l'achat des titres.

Par jugement rendu le 23 octobre 2009 le tribunal a dit la demande non fondée.

Par exploit d'huissier du 4 mars 2010 la société A a régulièrement relevé appel de ce jugement lui signifié le 21 décembre 2009.

L'appelante ne reprend plus son moyen d'une violation par la société A de son obligation de conseil, moyen rejeté par les premiers juges au motif qu'il est établi que la société A est un investisseur averti et habitué, qu'elle connaissait par ailleurs parfaitement le marché spécifique sur lequel elle voulait acheter des titres.

A l'appui de son reproche d'un non-respect par la banque des instructions données, la société A a soutenu devant les premiers juges que lors de l'entretien téléphonique qu'elle avait eu avec D, elle avait clairement manifesté sa volonté d'acheter des titres pour un montant maximum de 6.000.- USD à un taux maximal de 0.006 USD le titre. La société A a contesté ces affirmations et a fait valoir qu'à aucun moment il n'a été question d'un prix ou d'un taux

maximum, qu'au contraire et à plusieurs reprises les mots "*au mieux"* et *"cours indicatif brut"* ont été prononcés, expressions dont la société A, en tant que spéculateur habitué et averti, ne pouvait ignorer le sens et la portée.

A l'examen de la transcription des entretiens téléphoniques entre D et G, respectivement H de la société A, les premiers juges ont relevé que lors de son entretien avec G D fait plusieurs simulations à un prix indicatif de 0,006 USD et indique clairement *"… ça ferait un montant brut de 12.000 dollars et ça serait au mieux quoi",* et G réplique *"au mieux",* que D, sur question de G, ajoute : *"à 0.0060, les avoirs sûrs, je ne sais pas …",* que lors de l'entretien subséquent avec H D informe ce dernier à plusieurs reprises que le taux de 0.0060 USD est le cours indicatif brut, que H décide alors d'acheter d'abord pour 1 million *"pour tâter le terrain"* pour dire ensuite *"et on voit ce que ça donne",* qu'à la fin de la conversation D répète qu'elle va passer l'ordre et dit *"voilà 6.000 en cours indicatif brut … euh … Je le passe tout de suite".*

Après avoir relevé que le marché OTC peut être défini comme un marché organisé directement entre les opérateurs en dehors des bourses organisées et qui se déroule par des réseaux de télécommunication électroniques, que l'ordre d'achat ou de vente de titres *"au mieux"* est exécuté par la banque à la première occasion et au meilleur cours possible, qu'aucun seuil ou plafond n'est fixé, les premiers juges ont dit que H, en prenant l'initiative d'investir sur ce marché spécifique à hauts risques, où les ventes se font de gré à gré si un vendeur trouve un acheteur au prix proposé, ne pouvait ignorer que le prix indiqué par D n'était qu'indicatif, d'autant plus que cette dernière l'a à plusieurs reprises rendu attentif au fait qu'il s'agit d'un prix indicatif brut qui serait *"au mieux"*, qu'à aucun moment lors des conversations téléphoniques ni G, ni H n'ont prononcé le mot *"maximum".*

Ils en ont déduit que la société A n'a pas rapporté la preuve d'avoir donné le 14 décembre 2007 l'ordre à la société A d'acheter des titres pour un maximum de 6.000.- USD, soit à un taux maximum de 0,006 USD le titre.

L'appelante reproche aux premiers juges de ne pas avoir considéré que l'ordre donné par elle était clair. Elle soutient que l'écoute de l'enregistrement de la conversation montre qu'elle avait donné l'ordre d'acheter 1 million de titres pour un total de 6.000.- USD, qu'il n'était pas question à ce moment d'un ordre passé *"au mieux"*, mais d'un ordre ferme pour un montant déterminé, qu'en n'exécutant pas cet ordre l'intimée a violé son obligation contractuelle.

La société A conclut sur ce point à la confirmation du jugement. Elle fait valoir que l'appelante reste en défaut de préciser ce qui est exactement reproché à la Banque, ce pour employer au même titre le terme d'"erreur" et celui de "faute" sans autre précision et pour soulever même dans son acte d'appel que *"L'on ignore à ce jour les raisons pour lesquelles l'ordre a été mal exécuté. L'erreur ne provient pas forcément de Madame D".*

Le reproche adressé à la société A est celui de ne pas avoir exécuté l'ordre d'acheter 1 million de titres au prix de 0,0060 USD le titre, soit pour un total de 6.000.- USD.

La Cour ne peut se rallier aux premiers juges en ce que, sur base de la transcription des entretiens téléphoniques, ils ont retenu que la société A n'a pas rapporté la preuve d'avoir donné cet ordre à la Banque.

La Cour fera abstraction des deux entretiens téléphoniques qui ont eu lieu entre D et G et lors desquels rien n'a été décidé, G s'étant enquis auprès de D s'il lui était possible d'acheter les titres par téléphone. Il a d'abord été question de 2 millions de titres à un cours de 0,0025 USD le titre et après avoir effectué une simulation D a dit qu'elle pourrait acheter 2 millions de titres mais que le prix indicatif du cours serait de 0.0060 USD, que le système par lequel elle passait ne prenait pas un cours inférieur. A la fin du deuxième entretien téléphonique avec G, celui-ci demande à D d'appeler son père, H.

Lors de son entretien avec H D répète qu'elle ne peut aller en dessous d'un cours indicatif de 0.0060 USD. L'entretien continue comme suit:

B: *on va prendre … euhh … 1 million*
V: *oui*
B: à ce cours là
V: 1 million
B: et on voit ce que ça donne
V: d'accord, ça va. Donc je vous mets … Attendez voir. Je vais vous dire tout de suite comme ça si ça ne marche pas on le saura … Alors je vais mettre 1 million
B: 1 million. On est bien d'accord ça fait 6.000 c'est ça?
V: Normalement ça fait ça … Attendez
B: Voilà
V: un instant. Alors 1 million. Voilà 6.000 en cours indicatif brut … euhhh … Je le passe tout de suite
B: bon c'est génial. Deuxièmement … (H aborde un autre sujet)

L'ordre d'achat était donc clair, il portait sur 1 million de titres au cours indicatif brut de 0,0060 USD le titre, soit pour un total de 6.000.- USD et D l'a parfaitement compris.

Cet ordre n'a pas été exécuté.

Pour échapper à sa responsabilité la société A invoque plusieurs dispositions de ses conditions générales.

Elle fait valoir que d'après l'article 49 de ses conditions générales *"Tous les ordres donnés par télex, télégramme, téléfax, téléphone, ou tout moyen électronique ou autre sont exécutés par la Banque sous la responsabilité du client qui s'engage d'avance à supporter toutes les conséquences de malentendus ou d'erreurs pouvant en résulter …".*

Il résulte de la transcription de l'entretien téléphonique entre D et H, reproduite ci-dessus qu'il n'y a pas eu de malentendu ou d'erreur sur l'ordre donné par ce dernier.

L'intimée se prévaut ensuite du paragraphe 8 du contrat A Premium, aux termes duquel *"La Banque ne pourra être tenue responsable de dommages résultant de l'acceptation d'instructions téléphoniques"* et de l'article 57 de ses conditions générales aux termes duquel: *"La Banque, d'une façon générale, n'assume que des obligations de moyens à l'égard du client, et en aucun cas des obligations de résultat. Elle ne répond dans ses relations avec les clients que de sa faute grave, elle ne répond pas des dommages directs ou indirects qui peuvent être causés par ou en relation avec:*

...

g) les erreurs et retards de transmission des ordres …".

La société A fait plaider que, conformément à ces dispositions, elle ne répond définitivement pas du prétendu dommage invoqué par la partie appelante, que même à supposer qu'elle ait commis une quelconque faute en l'espèce, elle ne saurait être déclarée responsable.

La société A, qui ne conteste pas que les conditions générales lui sont opposables, soutient que les clauses limitatives de responsabilité ne peuvent servir à exonérer le débiteur en cas d'inexécution due à son dol ou à sa faute lourde et qu'en l'espèce le non-respect d'une instruction claire et bien comprise par Madame D doit être considéré comme une faute lourde.

Dans l'article 57 de ses conditions générales la société A dit n'assumer que des obligations de moyens, ne répondre que de sa faute grave et ne pas répondre du tout des dommages en relation avec les erreurs et retards de transmission des ordres.

Les clauses de limitation de responsabilité, respectivement de non-responsabilité sont en principe valables, elles ne sauraient toutefois couvrir les fautes dolosives ou lourdes (G. Ravarani, La responsabilité civile des personnes privées et publiques, 2e éd., nos 633 et s.; Ph. Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz Action, éd. 2010/2011, nos 1136 et s.).

La société A doit donc répondre de sa faute grave en cas de dommage en relation avec des erreurs et retards de transmission.

Contrairement toutefois à ce que soutient la société A, l'inexécution de l'ordre d'achat donné par H ne peut en l'espèce être érigée en faute grave. Si dans la transmission d'un ordre en Bourse la banque est en principe tenue d'une obligation de résultat et que sa responsabilité est engagée du seul fait de l'inexécution, la société A n'est, conformément à l'article 57 de ses conditions générales, tenue que d'obligations de moyens. La société A ne peut donc réintroduire dans les relations entre parties le concept d'obligation de résultat en qualifiant de faute grave le simple fait de l'inexécution, mais elle doit établir une faute grave dans le chef de la Banque.

La société A ne formule aucune offre de preuve dans ce sens. Dans son acte d'appel elle exprime l'opinion que l'erreur dans l'exécution de l'ordre ne provient

pas forcément de D, mais qu'elle pourrait provenir d'un trader ou d'un problème informatique.

En l'absence de preuve d'une faute grave commise par la société A dans l'exécution de l'ordre reçu par elle, l'appelante ne peut progresser dans sa demande et son appel est à dire non fondé.

Les deux parties concluent à l'allocation d'une indemnité de procédure, la société A pour les deux instances, la société A pour la seule instance d'appel.

La société A succombe dans son appel et le jugement entrepris est à confirmer également en ce qu'il a débouté cette société de sa demande basée sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile. Etant à condamner aux frais et dépens de l'instance d'appel, elle ne peut prétendre à une indemnité de procédure pour l'instance d'appel et sa demande est à dire non fondée.

La demande de la société A est encore à dire non fondée, n'étant pas inéquitable de laisser à sa charge l'intégralité des frais non compris dans les dépens qu'elle a exposés en instance d'appel.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel en la forme;

le dit non fondé et confirme le jugement entrepris;

dit non fondées les demandes formées en instance d'appel sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile;

condamne la société de droit panaméen A aux frais et dépens de l'instance d'appel, dont distraction au profit de Maître Franz Schiltz, sur ses affirmations de droit.