

Arrêt référé

Audience publique du 13 novembre deux mille treize

Numéro 39427 du rôle.

Composition:

Marie-Anne STEFFEN, président de chambre;

Pierre CALMES, premier conseiller;

Marie-Laure MEYER, conseiller;

Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

1. M D),

2. A A),

3. I A),

appelants aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg en date du 21 décembre 2012,

comparant par Maître Philippe-Fitzpatrick ONIMUS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

la société anonyme de droit portugais BANQUE X), établie et ayant son siège social à P-1000-300 Lisbonne (Portugal), représentée par son conseil d'administration en fonctions, représentée par sa succursale au

Grand-Duché de Luxembourg, représentée par ses organes de gestion en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit KURDYBAN du 21 décembre 2012,

comparant par Maître Anne-Laure JABIN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR DAPPEL :

Par ordonnance du 30 octobre 2012, le juge des référés a, après avoir joint les rôles n° 146092 et n° 146778, déclaré irrecevable la demande de M D), A A) et I A) tendant à la condamnation de la SA Banque X) à leur délivrer un certain nombre de documents et à leur payer par provision la somme de 3.527.000.- € ainsi qu'une indemnité de procédure. Le premier juge a réservé par ailleurs la demande en intervention dirigée par la SA Banque X) contre la SA Foyer Assurances.

Pour statuer ainsi le premier juge a considéré que la demande en communication d'un certain nombre de documents bancaires sur base de l'article 932 alinéa 1^{er} du code civil était irrecevable à défaut de toute urgence, alors que la preuve d'un éventuel préjudice ou péril pouvant découler du fait que ces documents ne sont pas à disposition des requérants laisse d'être prouvé. Pour autant que cette demande en communication de documents est basée sur l'article 933 alinéa 1^{er} du NCPC, le premier juge a considéré que la demande était irrecevable, certaines pièces ayant entretemps été versées et l'existence, ou la possession par la la SA Banque X), des autres documents n'étant pas établie.

Par ailleurs le premier juge a estimé que la demande en paiement d'une provision sur base de l'article 933 alinéa 2 du NCPC était irrecevable, la SA Banque X) ayant soulevé à titre de contestation sérieuse la clause d'exclusion de responsabilité incluse dans le contrat entre parties, alors que la question de savoir dans quelle mesure cette clause d'exclusion peut être soulevée en l'occurrence échapperait à l'appréciation du juge des référés.

Par exploit d'huissier du 21 décembre 2012, M D), A A) et I A) ont régulièrement relevé appel de cette ordonnance. Ils demandent par réformation de l'ordonnance entreprise à se voir allouer par provision le montant de 3.527.000.- € avec les intérêts au taux de 8%, sinon avec les

intérêts légaux jusqu'à solde, et à se voir délivrer une liste complète de tous les achats et ventes d'actions à compter du 1^{er} janvier 2009 et une liste complète de toutes les dividendes versées, les mouvements sur le compte courant en USD du 28 février 2009 au 11 janvier 2010, les conditions spéciales pour 62 dépôts à terme sur le compte EUR 62, ainsi que la communication de tous les extraits et relevés bancaires relatifs au compte IBAN LU36 3020 0111 0300 1019, le tout sous peine d'une astreinte de 1.000.- € par jour de retard. Les appelants demandent encore à se voir allouer une indemnité de procédure de 6.000.- €.

La partie intimée demande la confirmation de l'ordonnance entreprise ainsi qu'une indemnité de procédure de 30.000.- €.

En fait :

Il est constant en cause que les appelants détenaient des avoirs relativement importants auprès de l'intimée et que les appelants ont signé lors de la demande d'entrée en relation de compte une « convention télécopie et téléphone » conçue comme suit sub points 3-5 :

« 3. Le Client se reconnaît valablement engagé par la copie de la signature de l'expéditeur telle qu'elle est portée sur le document reçu du système de télécopie du Client par la Banque. Il supporte seul les conséquences dommageables de fraude ou d'erreurs affectant les messages transmis par télécopieur, sauf pour le Client à démontrer que l'erreur ou la fraude émanent de la Banque ou de son personnel.

4. Le Client qui donne à la Banque des ordres téléphoniques est pleinement conscient de tous les risques relatifs à l'usage du téléphone et se déclare prêt à les assumer intégralement, particulièrement ceux inhérents à d'éventuelles erreurs d'identification ou d'interprétation, à l'abus de tiers non autorisés, des retards, irrégularités, malentendus et confusions de n'importe quel genre et prend l'entière responsabilité de l'interprétation ou de l'exécution erronée ou encore de la non-exécution de tels ordres.

5. Le Client décharge la Banque de toute responsabilité pour d'éventuelles conséquences à lui défavorables pouvant résulter de l'exécution, inexécution, mauvaise ou partielle exécution de ses instructions et renonce à intenter contre la Banque toutes actions légales dans ces cas » ;

et reçu les conditions générales de l'intimée qui prévoient sub article 13 ce qui suit :

« Article 13 Réclamation et redressement d'erreur en compte

1. Le Client est tenu de signaler à la Banque les erreurs qui peuvent être contenues dans les documents et extraits de compte qui lui sont délivrés par la Banque. A défaut de réclamation par écrit dans les 30 jours à date de l'expédition des documents et extraits de compte, les indications qui y sont reprises sont, sauf erreur matérielle manifeste, réputées exactes et le Client est censé avoir approuvé ces documents et extraits.

2. La Banque peut à tout moment rectifier les erreurs matérielles commises par elle.

3. Au cas où le Client n'aurait pas reçu les documents, extraits de compte ou autres avis se rapportant à une opération déterminée dans les délais normaux d'acheminement du courrier par la poste, le Client est tenu d'en aviser immédiatement la Banque. »

Il n'est pas non plus contesté que suivant ordre de virement du 16 septembre 2011 contresigné par le directeur de la succursale Luxembourg, voir P) et le gestionnaire des avoirs des appelants, R), le montant de 3.527.000,00 € a été transféré du compte des appelants sur le compte CH2208465110347802001 appartenant à « Imonatal ».

R) a quitté son emploi le lendemain de cette opération à la suite d'un licenciement et actuellement, à la suite d'une plainte déposée par l'intimée et l'instruction pénale qui s'en est suivi, il serait en détention préventive au Luxembourg notamment pour avoir détourné la somme actuellement réclamée par les appelants.

Le directeur P) aurait été licencié, à la suite d'une procédure disciplinaire, pour fautes professionnelles.

Le 28 juillet 2009 les appelants ont demandé que toute la correspondance soit adressée en poste restante auprès d'une agence au Portugal.

Pour les faits qui ont immédiatement précédé le transfert litigieux les parties sont en désaccord.

Les appelants contestent avoir donné un ordre oral ou écrit de transférer le montant litigieux en Suisse sur un compte « Imonatal », dont ils affirment tout ignorer.

La partie intimée soutient, et maintient sur demande expresse de la Cour, que lors d'un entretien téléphonique du 15 septembre 2011, entre P) et l'appelante Julieta Almeida, cette dernière aurait donné l'ordre oral de transférer la somme litigieuse sur le compte Imonatal en Suisse. Dès lors P) aurait signé le lendemain l'ordre de transfert de la dite somme que lui a soumis R). En d'autres termes, l'intimée affirme que ce sont les appelants qui ont donné l'ordre de virer la somme litigieuse en Suisse et qu'ils tenteraient actuellement de manière frauduleuse de se faire restituer ledit montant par l'intimée en s'appuyant sur un détournement commis par R).

Cette version, qui est peu cohérente avec la plainte déposée par l'intimée contre R) (cf. pièce 29 de l'intimée), est en contradiction flagrante avec la version fournie par P) dans deux rapports versés en cause par chacune des parties.

P) y explique en substance, et il n'avait manifestement aucun intérêt personnel à fournir une telle version puisqu'elle dégage un comportement pour le moins peu professionnel de sa part, que le 15 septembre 2011 lors d'un entretien téléphonique Julieta Almeida lui a fait part de son intention de retirer la plus grande partie des fonds détenus par la succursale luxembourgeoise de l'intimée, en raison de la crise financière frappant le Portugal et de réfugier son argent soit en Suisse, soit au Luxembourg, dans une banque offrant des garanties de solidité. P) lui aurait alors conseillé apparemment la BCEE, puisqu'il est question d'une banque détenue par l'Etat. Le lendemain R) aurait présenté pour signature à P) une demande de transfert d'un montant de 3.527.000.- € à destination d'un compte en Suisse. Lorsque P) a été contacté par la partie appelante A A) le 13 octobre 2011 afin de vérifier les extraits de compte, il a consulté le dossier des appelants et a dû constater que le dossier ne contenait aucun ordre écrit de transfert signé par la cliente. Après avoir contacté M D), P) s'est alors rendu compte « *que la cliente n'avait pas ordonné ce transfert* ».

Dans son deuxième rapport, P) a ajouté notamment la précision suivante : « ... *On sait maintenant que ces craintes (en relation avec la crise au Portugal) lui ont été fortement insufflées par R) au cours de ces derniers mois, celui-ci lui citant des exemples fictifs dans lesquels la Succursale aurait éprouvé d'importantes difficultés à honorer ses engagements vis-à-vis des clients, notamment en termes de liquidités* ».

Il en résulte que d'après les explications du directeur P), pourtant la seule personne susceptible de témoigner à ce sujet, et contrairement aux affirmations répétées de l'intimée notamment sur question spéciale de la Cour, M D) n'a jamais passé un ordre oral de transférer la somme litigieuse sur le compte « Imonatal » en Suisse. Il n'existe par ailleurs aucune trace d'un ordre écrit signé de la cliente en ce sens.

En droit :

Les appelants demandent par réformation partielle de l'ordonnance entreprise uniquement la communication des extraits de compte renseignant toutes les opérations effectuées, sans cependant indiquer de base légale. L'appel n'en est pas pour autant irrecevable, même si dans l'acte d'appel la partie appelante n'a pas expressément discuté les arguments du premier juge. Il faut dès lors supposer que, comme en première instance, cette demande est formée sur base des articles 932, alinéa 1^{er} et 933 alinéa 1^{er} du NCPC. C'est à juste titre et pour les motifs que la Cour adopte que le premier juge a admis que les appelants n'établissent pas l'urgence à se voir délivrer ces documents et n'établissent pas qu'il existe des extraits dont ils ne disposent pas déjà, de sorte que cette demande est à déclarer irrecevable.

Les appelants demandent encore à se voir allouer par provision le montant de 3.527.000.- € avec les intérêts au taux de 8 %, sinon avec les intérêts légaux.

Il est de principe que le juge des référés, saisi en matière de référé-provision, est le juge de l'évident et de l'incontestable. La provision ne peut être accordée au créancier qu'après que le juge des référés a vérifié si la créance invoquée apparaît certaine et évidente quant à ses différents éléments.

L'intimée s'oppose à cette demande alors qu'elle se heurterait à une contestation sérieuse, dans la mesure où « la cliente » aurait donné un ordre oral de transférer son argent en Suisse, de sorte que, par application des points 4 et 5 de la « convention télécopie et téléphone » signée par les appelants, ils devraient assumer les risques découlant des ordres donnés par téléphone, notamment dans l'hypothèse d'une mauvaise exécution de l'ordre donné. Le premier juge a admis à titre de contestation sérieuse la clause d'exclusion de responsabilité incluse dans la relation contractuelle entre parties.

Il résulte cependant clairement des éléments de la cause, tels qu'exposés plus haut que rien ne permet d'admettre que « la cliente » aurait passé un ordre oral de transférer une partie de ses avoirs en Suisse sur le compte « Imonatal ». Il en résulte uniquement qu'elle n'a fait qu'exprimer, à la suite d'une manipulation de la part de R), son intention de transférer une partie de ses avoirs sur une banque luxembourgeoise ou en Suisse, P) lui ayant par ailleurs conseillé une banque luxembourgeoise.

R) se trouve en détention préventive à la suite d'une plainte déposée par l'intimée, après que son directeur avait constaté que la cliente n'avait passé aucun ordre de transfert.

Dès lors les contestations de l'intimée ne peuvent pas être considérées comme sérieuses, à défaut de tout début de preuve d'un quelconque ordre oral ou écrit de transférer la somme litigieuse en Suisse et au vu des explications claires et précises de P) suivant lesquelles un tel ordre n'a pas été donné. La clause limitative de responsabilité invoquée par l'intimée ne saurait dès lors être considérée comme contestation sérieuse, échappant à l'appréciation du juge des référés, alors qu'elle ne s'applique qu'aux ordres oraux. Par ailleurs et en tout état de cause la clause limitative de responsabilité est exclue contractuellement sub 3 de la « convention télécopie et téléphone » lorsque l'erreur ou la fraude émanent de la Banque ou de son personnel. En outre il est de principe que les clauses exonératoires de responsabilité ne sont de nature à décharger le banquier qu'en cas de fautes légères, à l'exclusion des fautes intentionnelles et lourdes (cf. La Responsabilité Civile, par Georges Ravarani, 2^e édition, n° 531).

L'obligation pour l'intimée de restituer aux appelants la somme litigieuse ne paraît dès lors pas sérieusement contestable, de sorte qu'il y a lieu de faire droit à la demande de provision des appelants.

Les appelants demandent à se voir allouer le taux d'intérêt de 8 % sur la provision à allouer. En l'absence de toute preuve que les appelants auraient touché une rémunération équivalant à ce taux sur le montant litigieux, cette demande est à déclarer non fondée. C'est dès lors le taux d'intérêt légal qui est applicable à compter de la demande en justice, à défaut de toute autre pièce au dossier valant mise en demeure.

Tant la partie appelante que la partie intimée ont demandé une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du NCPC.

Au vu de l'issue du litige cette demande est à déclarer fondée dans le chef des appelants pour le montant de 3.000.- € et elle est à déclarer non fondée pour autant qu'elle émane de l'intimée.

PAR CES MOTIFS :

La Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel,

le dit partiellement fondé,

réformant,

déclare la demande de M D), A A) et I A) en allocation d'une provision fondée ;

partant,

condamne la SA Banque X) à payer par provision à M D), A A) et I A) la somme de 3.527.000.- € avec les intérêts légaux à compter 24 mai 2012, date de l'assignation, jusqu'à solde ;

confirme pour le surplus l'ordonnance du 30 octobre 2012 ;

dit non fondée la demande de la SA Banque X) basée sur l'article 240 du NCPC.

dit fondée la demande de M D), A A) et I A) en paiement d'une indemnité de procédure ;

partant,

condamne la SA Banque X) à payer à M D), A A) et I A) une indemnité de procédure de 3.000.- € ;

condamne la SA Banque X) aux frais et dépens de l'instance.