

- Arrêt civil -

Audience publique du cinq février deux mille quatre.

Numéro 27078 du rôle.

Composition:

Georges SANTER, président de chambre,
Irène FOLSCHEID, premier conseiller,
Monique BETZ, premier conseiller,
Pascale BIRDEN, greffier.

Entre:

la société anonyme BQUE.1.), établie et ayant son siège social à L-
(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en
fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou
THILL de Luxembourg en date du 20 août 2002,

comparant par Maître René DIEDERICH, avocat à la Cour à
Luxembourg,

et:

la société de droit des Iles Vierges Britanniques SOC.1.),
International Business Company, établie et ayant son siège social à
(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en
fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit THILL,

comparant par Maître Patrick KINSCH, avocat à la Cour à
Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 13 septembre 1999, la société du droit des Iles Vierges Britanniques **SOC.1.)** a fait donner assignation à la société anonyme **BQUE.1.)** à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, pour s'entendre condamner à lui payer la somme de 148.983,66 dollars US avec les intérêts tels que de droit du chef du préjudice subi par suite de la prétendue inexécution des ordres donnés par la demanderesse.

Par jugement rendu le 10 juillet 2002, la demande a été déclarée irrecevable sur base de la responsabilité délictuelle et recevable et fondée sur base de la responsabilité contractuelle. Un expert a été nommé avec la mission de :

*« déterminer la valeur de rachat (net asset value) des 2.119 actions **AC.1.)** au 31 octobre 1997 et au 28 février 1998,*

*calculer le préjudice accru à la société **SOC.1.)**, préjudice résultant de la baisse de valeur entre les deux dates. »*

De ce jugement, qui n'a pas été signifié, la société anonyme **BQUE.1.)** a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 20 août 2002.

A l'appui de sa demande en première instance **SOC.1.)** a fait exposer ce qui suit :

Le 29 avril 1994, elle a conclu un contrat intitulé « custodian agreement » avec la **BQUE.1.)** aux termes duquel cette dernière s'est vu confier la mission de banque dépositaire du portefeuille de valeurs mobilières détenu par **SOC.1.)**. Dans le cadre de ce contrat, il était prévu que la banque exécuterait ou ferait exécuter par une société qu'elle contrôle, dénommée « nominee company » les instructions de **SOC.1.)**, ou d'une société mandatée par elle, instructions relatives à l'acquisition ou à la revente des éléments d'actif de la société **SOC.1.)**.

En 1996, **SOC.1.)** a décidé de confier la mission de banque dépositaire à la **BQUE.2.)** de Detroit, mais la **BQUE.1.)** est restée chargée de la garde de ses avoirs et **SOC.1.)** soutient qu'elle avait toujours pour mission de donner suite à ses instructions, non plus en vertu de l'accord du 29 avril 1994, mais en vertu de ses relations contractuelles avec **BQUE.2.)** et en qualité de sous-dépositaire de celle-ci.

Le 24 septembre 1997, la société **SOC.2.)**, agissant pour le compte de **SOC.1.)** a fait parvenir à Madame **X.)**, employée de la **BQUE.1.)**,

une série de projets d'instructions libellés au nom de la « nominee company » **SOC.3.)**, à faire parvenir à quatre destinataires différents, dont les fonds « **AC.1.) INTERNATIONAL** » qui sont administrés par **SOC.4.) LTD.**

Aux termes de ces instructions, la société **SOC.3.)** agissant pour le compte de **SOC.1.)** aurait dû demander le rachat de 2.219 actions « **AC.1.) INTERNATIONAL** », valeur au 30 septembre 1997. Conformément à une stipulation du règlement applicable au fonds « **AC.1.) INTERNATIONAL** », un délai de 20 jours doit être observé entre la réception d'un ordre de rachat et l'exécution de cet ordre, de sorte qu'un ordre reçu le 24 septembre 1997 voyait ses effets reportés au 31 octobre 1997, prochain jour de rachat séparé par un délai d'au moins 20 jours de la réception de l'ordre.

En janvier 1998, **SOC.1.)** s'est rendue compte que les instructions du 24 septembre 1997 n'ont pas été exécutées et elle soutient que la raison en est le défaut de transmission de l'ordre par la **BQUE.1.)**. Par conséquent, elle a réitéré ses instructions le 10 février 1998 et la **BQUE.1.)** les a transmis à « **AC.1.) INTERNATIONAL** » pour un rachat de 2.219 actions « **AC.1.) INTERNATIONAL** », valeur au 28 février 1998.

La valeur de rachat des actions est toutefois tombée de 246,31 USD à 179,17 USD et **SOC.1.)** soutient qu'elle a subi un préjudice, résultant de la non-transmission de l'instruction litigieuse en temps utile, qui se chiffrerait à 148.983,66 USD.

La demande de **SOC.1.)** est basée principalement sur la responsabilité délictuelle pour les fautes commises par les employés de la **BQUE.1.)** et subsidiairement sur la responsabilité contractuelle en raison des fautes commises par la banque dans l'exécution de ses obligations contractuelles.

Les premiers juges ont déclaré la demande irrecevable sur base de la responsabilité délictuelle au motif que les « custodian agreement » du 29 avril 1994 était toujours en vigueur au moment des instructions litigieuses, à savoir le 24 septembre 1997, de même que le 10 février 1998.

La responsabilité contractuelle de la **BQUE.1.)** a été retenue au motif qu'en ne transmettant pas les ordres de la société **SOC.1.)** et en ne vérifiant pas la bonne exécution desdites instructions, la banque a commis une faute engageant sa responsabilité de sorte qu'elle doit indemniser le préjudice accru à **SOC.1.)** du fait de ces négligences.

L'appelante reproche aux premiers juges d'avoir retenu sa responsabilité contractuelle. Elle conclut à la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a rejeté la base délictuelle.

L'intimée entend voir réformer le jugement sur ce point et elle affirme que la responsabilité délictuelle de la banque est engagée, étant donné qu'aucun contrat n'existait plus entre les parties depuis la reprise par **BQUE.2.)** en 1996 de la qualité de banque dépositaire d'**SOC.1.)**. D'après elle, la **BQUE.1.)** agissait, depuis lors, non pas en qualité de cocontractante de **SOC.1.)**, mais en qualité de cocontractante de **BQUE.2.)**.

Les premiers juges ont écarté la responsabilité délictuelle en se basant sur les pièces versées en cause. C'est à juste titre et pour les motifs que la Cour reprend, qu'ils ont dit que s'il résulte du courrier du 4 octobre 1996 que les avoirs de la société **SOC.1.)** ont été transférés sur un autre compte détenu auprès de la **BQUE.1.)**, cette dernière est cependant restée dépositaire des fonds de **SOC.1.)** et elle a continué à exécuter les instructions relatives au fonds « **AC.1.)** INTERNATIONAL » reçues par **SOC.1.)**.

Les premiers juges ont encore souligné que le « custodian agreement » du 29 avril 1994 n'a été résilié que le 5 novembre 1997 par la **BQUE.1.)**, de sorte que le contrat existait encore au moment des ordres litigieux en septembre 1996 et février 1997.

C'est partant à bon droit et pour les motifs que la Cour fait siens que la demande a été déclarée irrecevable sur base de la responsabilité délictuelle.

L'appelante, **BQUE.1.)**, reproche aux premiers juges d'avoir retenu à son encontre tant le défaut de transmission de l'ordre litigieux que le non respect de l'obligation de vérification de la bonne transmission dudit ordre.

Elle estime que c'est à tort que les premiers juges ont admis qu'elle n'a pas transmis l'ordre de rachat, reçu le 24 septembre 1997 par l'intimée, au destinataire « **AC.1.)** INTERNATIONAL ». Elle fait valoir que les ordres ont été signés par les représentants de **SOC.3.)** et puis adressés par fax à « **AC.1.)** INTERNATIONAL » le 25 septembre 1997 aux alentours de 15.30 heures,

Elle se réfère au rapport de transmission du fax qui n'indique cependant pas le numéro de fax de la contrepartie, ce qui est dû, d'après l'appelante, à des raisons techniques qui lui sont étrangères. Elle soutient que probablement pour des raisons de confidentialité, le destinataire du message télécopié a codé son télécopieur et que, dès lors, le numéro de fax n'apparaît pas, mais seul un code (M 34) et un chiffre (23) figurent à l'impression du rapport de transmission.

Pour étayer sa thèse, l'appelante verse une fiche émise par sa centrale qui gère tous les télécopieurs et qui, d'après elle, indique qu'un message a été envoyé le 25 septembre 1997 autour de 15.30

heures au numéro de fax indiqué par **SOC.1.)**, à savoir le 001.242.394.3284.

A titre subsidiaire, l'appelante offre de prouver l'envoi du fax litigieux par l'audition de son employée **X.)**.

L'intimée conclut à la confirmation de la décision entreprise en affirmant qu'il ne ressort pas des pièces versées en cause que l'instruction litigieuse a été réellement envoyée. Elle estime « qu'il est extrêmement difficile de tirer quelque renseignement utile que ce soit de ce qui serait, selon l'appelante, un extrait du fichier émis par la centrale qui gère tous les télécopieurs de la **BQUE.1.)** ».

Quant à l'offre de preuve par témoins formulée en ordre subsidiaire par la **BQUE.1.)**, l'intimée soutient qu'elle est trop imprécise et par ailleurs ni pertinente, ni concluante étant donné que même si l'expédition de l'ordre était établie, il n'en resterait pas moins que la responsabilité de l'appelante serait engagée sur le fondement du défaut de vérification de la bonne réception et de la bonne exécution de l'ordre.

Il résulte des pièces versées en cause que suite au fax de **SOC.1.)** du 24 septembre 1997 adressé à l'appelante avec les instructions de vendre par le biais de **SOC.3.)** 2219 actions « **AC.1.)** INTERNATIONAL », valeur 30 septembre 1997, la **BQUE.1.)** a établi un fax le 25 septembre 1997 au nom de « **AC.1.)** INTERNATIONAL », mais le rapport de transmission ne renseigne pas le numéro de fax du destinataire, mais un numéro non identifié « 23 » et encore « M 34 ».

L'appelante soutient qu'il s'agit probablement d'un code employé par « **AC.1.)** INTERNATIONAL » pour des raisons de confidentialité. Elle est cependant en défaut de prouver la concordance entre ce prétendu code et le numéro du destinataire.

C'est partant à juste titre que les premiers juges, qui ont longuement analysé le problème de la transmission du fax litigieux, ont dit que s'il résulte du rapport de transmission que deux pages ont été continuées avec succès, le numéro du destinataire n'en ressort cependant pas.

En ce qui concerne la fiche émise par la centrale de télécopie de l'appelante, s'il est vrai qu'elle renseigne un envoi au numéro de fax qui correspond à celui indiqué par **SOC.1.)** pour « **AC.1.)** INTERNATIONAL », toujours est-il que ladite fiche n'indique pas le nombre de pages transmises et ne fournit pas de renseignement sur la réception du document par le destinataire.

Pour ce qui est de l'offre de preuve par témoins formulée par l'appelante, elle doit être rejetée comme manquant de précision et de

pertinence, étant donné que le témoin ne pourra dire si l'ordre litigieux est bien arrivé à destination au vu des éléments du dossier analysés ci-dessus.

Il s'en suit qu'il n'est pas établi en cause que l'ordre litigieux a été reçu par le destinataire.

L'appelante reproche aux premiers juges de lui avoir fait grief de ne pas s'être assurée de la bonne exécution de l'ordre reçu.

Elle estime qu'une telle vérification n'était pas nécessaire à l'époque des faits, étant donné qu'elle croyait que son fax était arrivé à destination. Il résulte des développements qui précèdent qu'elle n'avait pas la preuve de ce fait, de sorte que cet argument ne saurait valoir.

L'appelante soutient que les premiers juges, en retenant que la banque était tenue de vérifier l'exécution de l'ordre, ont assimilé erronément les obligations du banquier dans le cadre de la transmission d'un ordre de bourse à un agent de change à celles lui incombant dans la présente espèce.

Elle affirme que « dans le cas d'un ordre de bourse la banque transmet à des agents de change les instructions de ses clients en tant que mandataire, tandis que en matière d'ordre de rachat de parts de fonds, le banquier agit en tant que simple exécutant dont la tâche se limite essentiellement à la transmission des instructions du client ».

Lorsque la banque gère le portefeuille de valeurs mobilières d'un client, elle agit comme mandataire salarié, en vertu d'une convention qui fixe l'étendue de ses pouvoirs (Jurisclasseur banque et crédit, Fasc. 153 n° 38).

En l'espèce, il résulte du « custodian agreement » du 29 avril 1994, que la **BQUE.1.)** avait la mission d'exécuter ou de faire exécuter par le biais d'une « nominee company » les instructions de **SOC.1.)** relatives à l'acquisition ou à la revente des éléments d'actif de celle-ci. Elle agissait donc non seulement comme mandataire salarié, mais comme commissionnaire, puisque les opérations ont été faites au nom d'une société contrôlée par elle et le destinataire des ordres traitait avec cette société. Il se dégage du fax préparé par **SOC.1.)** et annexé à son ordre de vente du 24 septembre 1997 que la vente est faite au nom de **SOC.3.)** et que les fonds provenant de la vente sont à transférer sur un compte de **SOC.3.)** à la **BQUE.3.)** de Boston.

La situation de la banque dans le cadre de l'ordre de rachat litigieux est donc identique à celle d'un ordre de bourse où le banquier agit également comme commissionnaire.

Le fait que le « custodian agreement » indique que la banque doit agir avec une diligence normale (normal care) ne peut faire obstacle à la qualification de son rôle tel que décrit, qui n'est pas celui d'un simple exécutant, mais d'un commissionnaire et ses obligations doivent être analysées dans ce cadre.

Il s'en suit que l'appelante avait l'obligation de vérifier la bonne exécution de l'ordre transmis et la Cour fait siens les développements des premiers juges sur ce principe.

L'appelante soutient ensuite qu'elle était dans l'impossibilité de procéder à la vérification de l'exécution de l'ordre et ceci du seul fait de l'intimée. Elle reproche à l'intimée de l'avoir empêché d'exercer efficacement sa fonction de banque dépositaire dans les fonds du groupe **SOC.1.)** et notamment dans le fonds « **AC.1.) INTERNATIONAL** ». Ainsi elle soutient qu'elle n'a jamais pu obtenir les extraits de compte tenus auprès d'établissements de crédit tiers, comme la **BQUE.3.) LUXEMBOURG** et qu'elle n'était pas avisée des changements de dénomination des fonds, ni de leur liquidation, ni de leur prise de participation dans d'autres fonds.

Ces griefs ainsi que les courriers de la banque datant d'une période antérieure à septembre 1997 ont déjà été invoqués en première instance. C'est à bon droit et pour les motifs que la Cour adopte que les premiers juges ont dit que face aux contestations de **SOC.1.)**, la **BQUE.1.)** est en défaut de prouver le bienfondé de ces reproches.

L'appelante fait encore valoir l'absence totale de réaction de la part du gestionnaire et du comptable du fonds « **AC.1.) INTERNATIONAL** » qui ne s'est pas étonné de ne pas recevoir les fonds à obtenir à la suite des rachats des parts. Elle estime que c'est cette absence de réaction et de contrôle qui a causé le dommage.

Il résulte des pièces du dossier et notamment du fax de **SOC.1.)** du 24 septembre 1997, contenant l'ordre litigieux que suite à la vente projetée, les fonds auraient été transférés sur un compte au nom de **SOC.3.)** à la **BQUE.3.)** de Boston.

SOC.3.) aurait dû s'inquiéter du fait que ledit compte n'était pas crédité suite à l'opération de vente qui devait se réaliser fin octobre 1997 et elle est malvenue de reprocher à l'intimée ou à ses représentants leur absence de réaction. Etant donné que **SOC.1.)** avait confié l'exécution de ses ordres à un professionnel, on ne saurait lui faire grief de ne pas avoir découvert plus tôt que son ordre n'avait pas été exécuté conformément à ses instructions. L'affirmation par l'appelante que les extraits de compte de la **BQUE.3.)** ne lui sont pas parvenus est contestée par l'intimée et reste ainsi à l'état de pure allégation.

Il s'en suit que l'appelante est en défaut d'établir une quelconque faute de l'intimée ayant contribué au dommage.

Ensuite l'appelante invoque une clause limitative de responsabilité prévue à l'article 3, alinéa 3 du « custodian agreement » du 29 avril 1994 qui stipule que « the custodian shall not be responsible for damages resulting from bad or non-transmission of messages and instructions due to technical failures in the means of communication which are out of control of the custodian (such as telex, cable, facsimile, electronic mail) ».

C'est à juste titre et pour les motifs que la Cour fait siens que les premiers juges ont dit que si la clause précitée a pour effet de décharger la banque de sa responsabilité en cas de défaillance technique, qui ne lui est pas imputable, elle ne saurait cependant la dispenser de son obligation de vérifier la bonne exécution de l'ordre du client.

Les développements de l'appelante concernant la non-application d'une clause limitative de responsabilité en cas de faute lourde ne concernent pas la clause en question, qui n'est pas d'ordre général, mais qui prévoit la seule absence de responsabilité en cas de non exécution d'un ordre suite à une défaillance technique.

Etant donné ce fait, la responsabilité pour absence de vérification de l'exécution de l'ordre transmis ne tombe pas sous ladite clause, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'analyser si ce grief constitue une faute lourde ou non.

C'est partant à bon droit et pour les motifs que la Cour fait siens que les premiers juges ont dit que la clause limitative de responsabilité n'est pas applicable en l'espèce.

C'est également à juste titre que les premiers juges ont retenu une faute engageant la responsabilité de la banque dans le fait qu'elle n'a pas vérifié ni la transmission, ni la bonne exécution des instructions de l'intimée.

Le jugement entrepris doit partant être confirmé sur ce point.

En ce qui concerne le préjudice, à savoir la différence de valeur de rachat entre le 31 octobre 1997 et le 28 février 1998, date effective d'exécution de l'ordre litigieux, l'appelante le conteste. En ordre subsidiaire, elle fait valoir que au cas où un extrait de l'opération lui serait parvenu, elle l'aurait reçu au plus tôt fin novembre et elle n'aurait pas pu redresser l'erreur que fin décembre 1997 en raison du délai de 20 jours prévu entre la réception de l'ordre de rachat et son exécution.

Ce moyen ne saurait être retenu, étant donné qu'il résulte des développements qui précèdent que la banque n'a pas fait les diligences nécessaires pour que l'ordre litigieux puisse être exécuté au 31 octobre 1997, le préjudice de **SOC.1.)** est né à cette date et non seulement au moment où la banque aurait pu se rendre compte de l'inexécution de l'ordre.

Les montants étant contestés, il y a lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a ordonné une expertise.

L'appelante conclut à l'allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile. Etant donné qu'elle succombe dans le litige et que de ce fait, elle doit supporter l'intégralité des frais et dépens de l'instance d'appel, cette demande n'est pas fondée.

Par ces motifs :

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

reçoit l'appel,

rejette l'offre de preuve par témoins formulée par l'appelante,

dit l'appel non fondé,

confirme la décision entreprise,

dit non fondée la demande de l'appelante basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

condamne l'appelante à tous les frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître Patrick KINSCH sur ses affirmations de droit.