Arrêt commercial

Audience publique du vingt-six janvier deux mille.

Numéro 21995 du rôle.

Composition :

Andrée WANTZ, présidente de chambre;
Edmond GERARD, premier conseiller;
Carlo HEYARD, conseiller;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

la société anonyme BANQUE PRIVEE EDMOND DE ROTHSCHILD S.A., *succursale de Luxembourg, établie à L-2535 Luxembourg, 20, boulevard Emmanuel Servais et inscrite au registre de commerce et des sociétés du tribunal d'arrondissement de Luxembourg sous le numéro B 8641, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, et ayant son siège social à Genève (Suisse), 18, rue de Hesse,*

appelant *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Michelle THILL de Luxembourg du 23 mars 1998,*

comparant par Maître Jean HOSS, avocat à Luxembourg ;

e t :

X.), *directeur de l'Offida (Office des Douanes), demeurant à* ***(...)*** *(…),*

intimé *aux fins du prédit exploit THILL,*

comparant par Maître Marc ELVINGER, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

X.), titulaire d'un compte de dépôt à terme auprès de la société BANQUE PRIVEE EDMOND DE ROTHSCHILD S.A., exposant que la banque a débité son compte suite à un faux ordre de virement, avait assigné la société BANQUE PRIVEE EDMOND DE ROTHSCHILD S.A. devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour s'entendre condamner à lui payer le montant débité de 28.500.- USD avec les intérêts légaux à partir du jour du décaissement irrégulièrement effectué et un montant de 100.000.- francs à titre d'indemnité de procédure.

L'ordre reçu par la société BANQUE PRIVEE EDMOND DE ROTHSCHILD S.A. avait la teneur suivante :

« **(…),** le 26.07.1995.

Mr. **X.)**
(…)
(…)

Banque Privée Edmond de Rothschild
Suc. De Luxembourg.
20, Bd. E. Servais
2014 Luxembourg

A l'Attention de Mr. **A.).**

Fax : n° 352/479346 340.

Concerne : compte n° (…) (Placement court terme).

Objet : ordre de transfert par SWIFT.

Monsieur,

Je soussigné **X.),** né à (…) (…), le (…), titulaire du compte repris ci-dessus, conformément à notre entretien téléphonique du 25.07.1995, je vous prie par la présente de bien vouloir transférer par Swift urgent le montant de 28.500 $.U.S. (vingt.huit mille cinq cent U.S. Dollars) en mise à disposition guichets en faveur de mon fils **B.),** porteur du passeport dont le numéro est le (…) auprès de la CGER (caisse générale d'épargne et de retraite) AV.Franklin-Roosevelt n°(…) ANVERS (Belgique).

Veuillez croire, monsieur à l'assurance de ma considération distingée.-

X.).- »

Par jugement du 19 décembre 1997, le tribunal a condamné la société BANQUE PRIVEE EDMOND DE ROTHSCHILD S.A. à payer à **X.)** un montant de 28.500.- USD avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde et une indemnité de procédure de 30.000.- francs.

Le tribunal a encore condamné la société BANQUE PRIVEE EDMOND DE ROTHSCHILD S.A. au paiement des frais et dépens de l'instance.

Pour prononcer les condamnations, le tribunal a :

- admis que l'article 1324 du Code civil, qui prévoit les vérifications d'écritures au cas où une partie désavoue son écriture ou sa signature, n'enlève pas aux juges le pouvoir d'apprécier si l'écriture ou la signature émanent ou non de celui auquel elles sont attribuées et dit, sur base d'un jugement rendu par le tribunal correctionnel de Bruxelles en date du 19 mars 1997, que l'ordre de transfert, enjoignant à la société BANQUE PRIVEE EDMOND DE ROTHSCHILD S.A. de transférer le montant de 28.500.- USD à la CAISSE GENERALE D'EPARGNE ET DE RETRAIT D'ANVERS pour qu'il y soit mis à la disposition d'un prétendu fils de **X.)**, était bien un faux ;

- dit que le banquier, dépositaire de fonds, assume une obligation de restitution envers son client dont il ne peut être dégagé qu'en effectuant des paiements entre les mains soit du véritable créancier, soit de celui qui a reçu pouvoir de celui-ci ;

- dit que l'obligation de restitution s'analyse en une obligation de résultat et que le banquier peut se libérer de sa responsabilité en prouvant une faute du client ;

- écarté, en ce qui concerne la clause limitative de responsabilité 2 des conditions générales (La banque compare les signatures qui lui sont données avec les spécimens déposés chez elle, sans être tenue de procéder à un contrôle plus étendu mais décline toute responsabilité quant aux dommages qui pourraient résulter de tout défaut de légitimation ou de tout faux, qu'elle ne décèlerait pas, pour autant qu'une faute grave ne puisse lui être imputée.) l'application d'une jurisprudence française en vertu de laquelle la clause conventionnelle excluant une obligation essentielle est nulle, en disant que les parties peuvent librement restreindre le contenu contractuel et en qualifiant la décision invoquée de décision d'espèce ;

- écarté, en ce qui concerne cette même clause, le soutènement de **X.)** qu'elle entraîne un déséquilibre des droits et des obligations au détriment du consommateur ;

- écarté l'applicabilité de la clause limitative de responsabilité 4 des conditions générales (Tout dommage provenant de l'utilisation, ou de l'utilisation abusive, de la poste, du téléphone, du télégraphe, du télex ou de tout autre moyen de transmission ou de transport, y compris par suite de retard, perte, mutilation, double communication, malentendu, instructions ambiguës, est à la charge du client, sauf en cas de faute grave de la part de la

banque) au motif qu'elle ne peut couvrir que les cas de figure, dans lesquels le client a effectivement utilisé les moyens y indiqués ;

- considéré qu'il y avait – alors que le client donnait toujours auparavant ses ordres par courrier écrit et que l'ordre intervenait avant l'échéance du terme – faute grave consistant dans l'exécution d'un ordre de transfert sur base d'un simple fax, moyen de transmission se prêtant aisément aux falsifications ;

- dès lors admis la responsabilité contractuelle de la société BANQUE PRIVEE EDMOND DE ROTHSCHILD S.A. en disant que celle-ci n'avait pas réussi à établir une faute de la victime ;

- alloué les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice valant mise en demeure ;

- tenu compte de la disproportion entre les ressources des parties pour allouer l'indemnité de procédure.

Par exploit d'huissier du 23 mars 1998, la société BANQUE PRIVEE EDMOND DE ROTHSCHILD S.A. a relevé appel du jugement du 19 décembre 1997 qui lui avait été signifié le 13 février 1998.

Cet appel est recevable pour avoir été introduit dans les formes et délais de la loi.

L'appelante demande en ordre principal que **X.)** soit débouté de sa demande.

Elle conteste en premier lieu qu'il y ait eu faux.

C'est à juste titre que les premiers juges n'ont pas recouru à la procédure de la vérification d'écriture et ont admis, en présence du pouvoir souverain du juge d'apprécier les faits, sur base du jugement étranger, se fondant d'ailleurs sur un aveu du faussaire, qu'il y a bien eu faux en l'occurrence.

Pour échapper à toute responsabilité, l'appelante invoque en deuxième lieu la théorie du mandat apparent.

Cette théorie est invoquée à tort en l'occurrence, dès lors que, comme le fait remarquer à juste titre l'intimé, le faussaire s'est présenté comme **X.)** lui-même et non comme mandataire de celui-ci.

L'appelante invoque en troisième lieu, et essentiellement, les clauses limitatives de responsabilité.

Elle estime que la clause 4 doit trouver application.

En ce qui concerne la clause 2, elle conteste qu'il y ait eu faute grave dans son chef.

Elle explique dans ce contexte qu'elle était seulement tenue – ce qu'elle avait d'ailleurs fait – de procéder au contrôle de la conformité apparente de la signature avec le spécimen déposée chez elle.

Elle explique en outre qu'il n'y avait pas de circonstances spéciales qui « auraient dû susciter sa méfiance et la pousser à procéder à des vérifications supplémentaires. »

Elle fait notamment valoir à cet égard que l'utilisation du fax est chose courante en matière bancaire – qu'elle était d'ailleurs prévue par la clause 4 des conditions générales – et qu'elle était indiquée en raison des relations postales interrompues entre le Zaïre et l'Europe.

Elle invoque encore à cet égard l'appel téléphonique ayant précédé l'envoi du fax et les connaissances spécifiques du compte dont faisait preuve son interlocuteur au téléphone et dans le fax lui-même.

L'intimé demande la confirmation du jugement en ce qu'il a dit non applicable la clause 4.

Il demande, en invoquant un arrêt rendu le 22 octobre 1996 par la Cour de Cassation française, que la clause 2 soit déclarée non écrite dès lors qu'elle dispense de la prestation d'une obligation essentielle du contrat de dépôt, à savoir l'obligation de restitution, et met ainsi le dépositaire en contradiction avec son engagement. Il conclut à la nullité de la clause pour entraîner un déséquilibre des droits et des obligations au détriment du consommateur.

Pour le cas où la clause serait valide, il argumente que la clause ne peut s'appliquer que dans l'hypothèse où la banque est en mesure de comparer le spécimen déposé chez elle à une véritable signature et non à une copie de signature lui adressée par fax.

Dans un ordre subsidiaire, il estime que si la faute grave ne consiste pas dans la non-exécution de l'obligation de restitution, obligation essentielle, elle résulte de toute façon à suffisance des circonstances de la cause, notamment de l'utilisation, inusitée entre parties, du fax pour donner l'ordre de vider d'urgence la quasi-totalité d'un compte à terme non échu, de la non-coïncidence de l'entête « **(…)**, le 26.7.1995 » avec le « Transmit Terminal Identification » TTI y renseigné qui était (…) COM. Express SPRL » ce qui correspond à un envoi depuis New York par une société de droit belge, de l'utilisation dans le fax du prénom « **(X.)** » jamais auparavant utilisé dans la correspondance avec la banque, de l'indication dans le fax d'un numéro de boîte postale erroné, de l'utilisation d'instructions dactylographiques au lieu comme cela se passait auparavant d'instructions manuscrites.

C'est à juste titre que les premiers juges ont décidé que la clause 4 ne peut trouver application. En effet, ce qui est essentiellement en cause en l'occurrence est un dommage résultant d'un faux et non un dommage résultant de l'utilisation du fax.

La Cour ne saurait partager l'opinion de l'intimé quant à l'incidence d'une prétendue dispense d'exécution d'une obligation essentielle du contrat de dépôt, puisqu'en l'espèce – indépendamment même de la question de savoir quelle est la sanction à appliquer en présence d'une telle dispense – il n'y a pas eu dispense d'une obligation essentielle ; la société BANQUE PRIVEE EDMOND DE ROTHSCHILD S.A. a maintenu en principe son obligation de restitution et son corollaire, à savoir l'obligation de vérification de la signature ;

elle s'est seulement déchargée des conséquences de certains aléas que comporte la vérification de la signature.

A défaut de dispense d'une obligation essentielle de contrat de dépôt, le déséquilibre de droits et d'obligations au détriment du consommateur n'existe pas.

La clause limitative de responsabilité 2 est donc en principe valable.

Le banquier auquel un ordre de virement écrit est présenté, doit en comparer la signature avec le spécimen qu'il détient. Il n'est cependant pas exigé du banquier qu'il se livre à une analyse graphologique.

Toutefois, toute anomalie de nature à éveiller le doute sur l'authenticité de l'ordre lui commande de surseoir à l'exécution et de demander confirmation à son client.

Compte tenu des termes mêmes de la clause 2, de l'absence de l'exigence de diligences de nature graphologique (donc de tout intérêt à ce que la banque soit confrontée à un original), il ne saurait être fait de différenciation entre un ordre de transfert présenté en original et un ordre de transfert transmis par fax.

L'interprétation de la clause 2 avancée par **X.)** est par conséquent à rejeter.

En l'absence de faute grave de la société BANQUE PRIVEE EDMOND DE ROTHSCHILD S.A., la clause 2 est partant susceptible d'exonérer celle-ci de toute responsabilité.

Il convient d'examiner s'il n'y a pas eu faute grave de la société BANQUE PRIVEE EDMOND DE ROTHSCHILD S.A..

Dans une conception objective, la faute grave se réduit à l'inexécution de l'obligation essentielle du contrat.

En l'occurrence, cette conception objective a été conventionnellement écartée par la clause 2.

En effet, la distinction entre faute grave et d'autres hypothèses opérée dans la clause 2 deviendrait inopérante, si la non-exécution de l'obligation de restitution serait automatiquement constitutive d'une faute grave.

Partant, seule la conception subjective de la faute grave est de mise. Selon cette conception, la faute grave est celle qui procède d'un comportement anormalement déficient du débiteur.

En l'occurrence, seule l'indication d'un numéro de boîte postale inexact (à savoir le numéro 14904 au lieu du numéro exact 14901) et l'erreur commise dans le prénom du prétendu auteur de l'ordre (à savoir le prénom de « **(X.)** » au lieu du prénom exact de « **(X'.)** »), erreur d'ailleurs même pas actuellement invoquée par **X.)**, peuvent être considérées comme des anomalies.

Il n'y a pas eu d'autres anomalies.

L'utilisation d'un fax est d'un usage courant en matière bancaire, a été prévue par la clause 4 et ne présente pas de risque significativement plus élevé de falsification qu'un ordre présenté en original, qui peut tout aussi bien être l'oeuvre d'un faussaire.

Les autres circonstances invoquées peuvent s'expliquer par des raisons qui ne sortent pas de l'ordinaire.

Les deux circonstances à caractère troublant précitées qui auraient dû attirer l'attention et la méfiance d'un contrôleur très consciencieux et très attentif, ne peuvent cependant, dès lors qu'elles sont à replacer dans un contexte de mise en confiance de la banque (à savoir, l'appel téléphonique qui a précédé le fax, les indications exactes quant au compte contenues dans le fax, la conformité apparente de la signature du fax avec la signature figurant sur le spécimen), être constitutives d'un comportement anormalement déficient.

A défaut de faute grave dans le chef de la banque, la clause limitative de responsabilité 2 doit jouer et par réformation du jugement entrepris la demande de **X.)** en paiement du montant de 28.500.- USD est à déclarer non fondée.

Comme les frais de première instance sont à mettre à charge de **X.)**, celui-ci est à débouter de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure.

Les frais et dépens de l'instance d'appel étant également à mettre à charge de **X.)**, il est aussi à débouter de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure en instance d'appel.

PAR CES MOTIFS :

La Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

déclare l'appel recevable ;

le déclare fondé ;

réformant :

décharge la société BANQUE PRIVEE EDMOND DE ROTHSCHILD S.A. des condamnations prononcées au profit de **X.)** ;

condamne **X.)** aux frais et dépens de première instance ;

déboute **X.)** de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure en instance d'appel ;

le condamne aux frais et dépens de l'instance d'appel.