Arrêt commercial

Audience publique du neuf juin deux mille dix.

Numéro 33804 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Carlo HEYARD, premier conseiller;
Annette GANTREL, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

AAA, *employé privé, demeurant à SSS,*

appelant *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Tom NILLES d'Esch-sur-Alzette du 5 mai 2008,*

comparant par Maître François BROUXEL, avocat à Luxembourg.

e t :

la société anonyme BBB, *établie et ayant son siège social à TTT, 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 NILLES,*

comparant par Maître Jean HOSS, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 21 avril 2006 AAA a fait comparaître la société anonyme BBB devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour s'entendre condamner à payer au requérant la contre-valeur en euros au jour du jugement de la somme de 481.500 USD avec les intérêts légaux à partir du 9 avril 2000, sinon du 29 juin 2005, jour d'une mise en demeure, sinon à partir de l'assignation en justice jusqu'à solde.

AAA a exposé à l'appui de cette demande qu'il a acheté le 20 mars 1998 des actions américaines CCC soumises au "restriction rule 144", d'après lequel le client doit garder les actions pendant un certain temps avant de les revendre; que le 8 avril 1998 un certificat attestant que le requérant détient 50.000 actions CCC a été établi; que le 3 février 2000 le requérant a donné l'ordre à la banque de vendre 50.000 actions; que le 18 février 2000 la requérant a reçu une lettre de la banque l'informant que les actions sont frappées d'une "restriction rule" ce qui veut dire concrètement que la banque doit d'abord obtenir mainlevée de la restriction par son mandataire américain, et assurant au requérant qu'elle le tiendra dûment informé de l'évolution du dossier tout en confirmant qu'à cette date du 18 février 2000 elle se trouve dans l'impossibilité de vendre les actions; que par la suite la banque obtient l'information de son mandataire américain que les actions peuvent être vendues après l'expiration d'un délai de deux ans à partir de la date où le certificat CCC est établi et en même temps elle est informée que d'après le certificat en question le requérant détient les actions depuis le 8 avril 1998 et que le délai de deux ans expire le 8 avril 2000; que l'assignée, qui aurait donc pu et dû vendre les actions le 9 avril 2000, a cependant omis de le faire et a commis une faute lourde engageant sa responsabilité.

Selon AAA le cours des actions CCC était le 9 avril 2000 de 9,75 USD et l'assignée a vendu les actions le 1er juin 2004 seulement et ce pour le montant de 0,12 USD, de sorte que le dommage subi par le requérant s'élève à 9,75 – 0,12 = 9,63 x 50.000 = 481.500 USD.

AAA a basé sa demande sur les articles 1134 et suivants du code civil, subsidiairement sur les articles 1991 et 1992 et plus subsidiairement sur les articles 1382 et 1383 du code civil.

Par jugement rendu le 23 janvier 2008 le tribunal a dit la demande non fondée sur la base contractuelle et irrecevable sur la base délictuelle.

De ce jugement, lui signifié le 17 mars 2008, AAA a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 5 mai 2008.

Pour fonder leur décision les juges de première instance ont constaté que le 3 février 2000 AAA a donné à la banque l'ordre de vendre les 50.000 actions, ordre confirmé par écrit le 16 février 2000, que deux jours plus tard la banque informe AAA qu'en raison des restrictions frappant les actions, celle-ci ne peuvent être vendues en l'état et que ces restrictions doivent d'abord être levées, que par la suite AAA n'a plus réitéré son offre de vente.

Ils se sont référés à l'article 8 des conditions générales de la banque, spécialement accepté par AAA, aux termes duquel tout ordre de virement ou de transfert devient caduc à la fin du mois durant lequel il est donné et ont dit qu'étant donné qu'aucun ordre n'a plus été émis après l'expiration conventionnelle de validité du premier ordre (fin février 2000), période pour laquelle il n'est pas prouvé que AAA ait effectué toutes les démarches nécessaires pour pouvoir vendre les titres, la banque n'était plus en droit de procéder à la vente des titres et n'a donc pas commis de faute en s'abstenant de procéder à cette vente après février 2000.

Ils ont ajouté que par la suite la banque a continué d'adresser des relevés de compte trimestriels à AAA, que celui-ci n'a pas émis des protestations du fait que la vente des actions n'a pas eu lieu et a même sollicité en septembre 2002 le transfert de ses actions sur un compte auprès d'un autre établissement bancaire, que cette absence de protestation contre les extraits de compte fait preuve de l'accord du client et constitue au moins une ratification des opérations y renseignées.

L'appelant reproche aux premiers juges de l'avoir débouté de sa demande sur base des conditions générales de la banque sans rechercher la faute de la banque résultant de l'inexécution des engagements qu'elle avait pris.

Selon l'appelant en effet, la banque s'était engagée à exécuter les formalités nécessaires à la levée des restrictions frappant les actions et elle a de ce fait mis à sa charge une obligation contractuelle. En ordre subsidiaire AAA soutient qu'en s'engageant à tenir l'appelant informé sur l'accomplissement des formalités la banque a mis à sa charge une obligation contractuelle accessoire d'information.

La société BBB conclut à l'irrecevabilité de la demande actuelle de AAA pour se heurter à l'article 592 du nouveau code de procédure civile.

Elle soutient que dans son assignation introductive d'instance et en première instance AAA a reproché uniquement à la banque de ne pas avoir vendu les actions CCC suite à son ordre de vente, qu'actuellement il lui reproche d'avoir manqué à un engagement pris par elle de lever les restrictions frappant les actions. Selon l'intimée, pareil engagement est une obligation complètement différente de celle

invoquée en première instance et le reproche actuel doit donc être déclaré irrecevable.

Dans le dispositif de ses conclusions la société BBB conclut de ce fait à une irrecevabilité de l'appel. Il doit s'agir là d'une méprise, étant évident que la nouveauté d'une demande en instance d'appel entraîne l'irrecevabilité de la demande, mais non pas de l'appel.

AAA conclut au rejet du moyen. Il fait valoir que dans ses conclusions prises en première instance le 15 octobre 2007 il s'est prévalu de l'engagement de la banque de prendre en mains la procédure nécessaire à la levée des restrictions, résultant de son courrier du 18 février 2000 où elle affirme *"before we are able to sell the shares, we must get the restrictions lifted trough ou US agent",* assurant à l'appelant *"we will of course keep you informed on the progress".*

En présence de ces conclusions le moyen d'une nouveauté du reproche adressé à la banque est à rejeter.

La société BBB invoque d'autre part l'article 5 de ses conditions générales, spécialement acceptées par AAA, aux termes duquel:

"Complaints by the Client relating to the performance or non performance of any instruction must always be made in writing, within fifteen days of the dispatch of the relevant notice. In the absence of a complaint, the particulars given in any notice shall, except in the event of manifest clerical errors, be deemed to be correct and the Client shall be deemed to have approved the notice. Any loss and/or other adverse consequences resulting from a late complaint shall be borne by the Client."

Elle fait valoir que AAA a reçu tous les relevés bancaires et ne s'est jamais manifesté auprès de la banque pour s'enquérir pourquoi les actions n'avaient pas été vendues et que son silence prolongé fait présumer l'acceptation et la régularité des écritures portées sur le relevé.

Lors de l'ouverture de son compte en novembre 1999 AAA a demandé que son courrier soit tenu à sa disposition à la banque et d'après l'article 6 des conditions générales ce courrier *"is deemed to have been dispatched and received by the client on the date that it bears …".*

L'appelant fait plaider à tort que la validité d'une telle clause est discutable. En effet, la convention de poste restante est une facilité librement choisie par le client qui doit supporter les conséquences résultant d'une négligence de sa part concernant l'inspection régulière des relevés de compte.

Il résulte des pièces versées par la société BBB que AAA recevait ses extraits de compte trimestriellement. Le premier extrait émis après le 9 avril 2000 où, selon l'appelant, les actions auraient pu et dû être vendues, date du 30 juin 2000 et les 50.000 actions CCC figurent sur cet extrait ainsi que sur les extraits subséquents. Par courrier du 20 septembre 2002 AAA demande d'ailleurs à la banque de liquider son compte et de transférer ses avoirs, y compris les 50.000 actions CCC, au DDD, il savait donc que ces actions étaient toujours inscrites à son compte.

Ce n'est que par courrier du 15 mai 2003, soit près de trois ans après réception du relevé de compte du 30 juin 2000 et huit mois après sa demande de transfert des actions, que AAA informe la banque qu'il la tient responsable des pertes subies par lui suite à la non-exécution de l'ordre de vente.

En n'émettant pas de protestation dans le délai prévu à l'article 5 des conditions générales, AAA doit être considéré comme ayant marqué son accord avec les énonciations des extraits de compte portant sur l'inscription des actions litigieuses à son actif et comme ayant approuvé la non-exécution de l'ordre de vente.

L'appelant soutient que la banque ne peut toutefois invoquer l'article 5 de ses conditions générales pour justifier sa négligence dans l'inexécution de son obligation préalable de lever les restrictions attachées aux actions CCC, ladite disposition ne visant que l'inexécution d'un ordre de transfert et non l'inexécution des formalités préalables permettant ledit transfert, de sorte que ce reproche adressé à la banque ne saurait être considéré comme tardif

Cette argumentation ne peut être retenue. En effet la levée des restrictions frappant la vente des actions CCC ne se conçoit pas sans vente consécutive sans laquelle elle n'aurait aucun intérêt. En approuvant la non-exécution de la vente des actions AAA a donc par la-même accepté une non-exécution des formalités préalables à cette vente et son reproche actuel ne peut être accueilli.

Il s'en suit que l'appel n'est pas fondée et que le jugement entrepris est à confirmer.

Les deux parties concluent à l'allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

AAA, qui succombe dans son appel, ne peut prétendre à une indemnité de procédure et sa demande est à dire non fondée.

Il serait par contre inéquitable de laisser à charge de la société BBB l'intégralité des frais non compris dans les dépens qu'elle a dû exposer en instance d'appel et il y a lieu de lui allouer la somme de 2.500.- euros au titre d'une participation aux honoraires d'avocat.

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;

condamne l'appelant à payer à la société anonyme BBB une indemnité de procédure de 2.500.- euros;

déboute l'appelant de sa demande basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile et le condamne aux frais et dépens de l'instance d'appel.