*Arrêt commercial*

*Audience publique du quinze décembre deux mille dix.*

*Numéro 34990 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 UUU,*

***appelant*** *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg du 15 juin 2009,*

*comparant par Maître Gilles PLOTTKE, avocat à Luxembourg ;*

***e t :***

***la société anonyme BBB S.A.,*** *anciennement BBB1 S.A., plus anciennement BBB2 S.A., encore plus anciennement BBB3 (en abrégé B.G.L. S.A.), établie et ayant son siège social à 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 CALVO,*

*comparant par Maître Mathias PONCIN, avocat à Luxembourg.*

*----------*

## LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 7 février 2006 AAA a fait comparaître la société anonyme BBB2 devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, pour s'entendre condamner à lui payer la somme de 79.273,48 euros avec les intérêts légaux à partir du 18 juillet 2002, sinon de la demande en justice jusqu'à solde et majoration du taux de l'intérêt de trois points à l'expiration d'un délai de trois mois à partir de la signification du jugement.

AAA a exposé à l'appui de cette demande qu'il s'est vu remettre par la société française EEE un chèque barré pour un montant de 79.273,48 euros établi à son nom à titre d'acompte au prix de vente des sociétés EEE Luxembourg et CCC cédées par lui à la société française EEE; que ce chèque a été déposé aux fins d'encaissement par un membre du personnel de la société EEE Luxembourg auprès de BBB2, où AAA est titulaire d'un compte, en même temps qu'un autre chèque libellé au nom de la société EEE Luxembourg; que la banque a par erreur porté le chèque établi au nom de AAA au compte de la société EEE Luxembourg, laquelle a par la suite été déclarée en état de faillite.

La société BBB2 a contesté toute faute dans son chef et a par ailleurs invoqué ses conditions générales limitant sa responsabilité aux seules fautes graves.

Par jugement rendu le 19 mars 2008 le tribunal, siégeant en matière commerciale, a dit la demande non fondée.

De ce jugement lui signifié le 12 mai 2008, AAA a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 15 juin 2008.

Pour fonder leur décision les juges de première instance ont constaté que le 2 avril 2002 la société BBB2 a crédité un chèque, mentionnant comme bénéficiaire AAA mais ne comportant pas la signature de celui-ci, lui présenté par la dame DDD qui l'a signé au dos en y inscrivant le numéro du compte de la société EEE Luxembourg, au profit de cette société.

Ils ont relevé que, conformément à l'article 14 de la loi uniforme sur les chèques, le chèque stipulé payable au profit d'une personne dénommée est transmissible par la voie de l'endossement, que l'article 16 de la loi dispose que l'endossement doit être inscrit sur le chèque ou sur une feuille qui y est attachée (allonge) et qu'il doit être signé par l'endosseur.

Ils ont dit que le chèque en question ne comportait pas la signature du bénéficiaire AAA de sorte qu'il n'y a pas eu d'endos au profit de la dame DDD, laquelle ne pouvait donc être considérée comme porteur légitime au sens de l'article 19 de la loi, que la banque, en ne vérifiant

pas que la chaîne des endossements était ininterrompue, c'est-à-dire qu'elle comporte la signature du bénéficiaire initial et en créditant sur les ordres de la dame DDD le chèque, dépourvu de la signature de son bénéficiaire, au compte de la société EEE Luxembourg, a commis une faute qui est à qualifier de lourde.

Ils ont dit que la victime a cependant l'obligation de minimiser son préjudice, qu'il est établi que AAA a été administrateur-délégué de la société EEE Luxembourg avec pouvoir d'engager celle-ci par sa seule signature et qu'il a d'ailleurs fait en cette qualité l'aveu de la faillite de la société en date du 9 septembre 2002, qu'en tant que dirigeant disposant du pouvoir de signature sur les comptes de la société AAA aurait pu et même dû, après s'être rendu compte que le chèque avait été mal crédité, rectifier lui-même l'erreur et faire virer le montant en question sur son compte personnel. Ils ont ajouté que ne l'ayant pas fait, et en admettant que la dame DDD se soit trompée lors de la présentation du chèque, on peut supposer qu'AAA a entendu accorder un crédit à sa société en difficulté.

Ils ont conclu qu'en ne procédant pas à ce virement en temps utile, AAA a commis une négligence grave faisant qu'il ne peut plus récupérer les fonds, de sorte qu'il n'y a pas de relation causale entre son préjudice et la faute de la banque.

AAA reproche aux premiers juges d'avoir dit qu'il lui aurait appartenu de virer le montant litigieux sur son compte personnel. Il soutient que suite à la cession de ses participations dans la société EEE Luxembourg il n'était plus dirigeant de cette société depuis le 30 janvier 2001, qu'il était lié à la société par un contrat de travail et ne disposait plus d'aucun pouvoir, en particulier sur les comptes de la société, que par ailleurs il n'était plus présent sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg en raison de ses obligations professionnelles et qu'il n'a jamais été informé de l'envoi du chèque litigieux, ne l'ayant appris qu'après son dépôt auprès de la banque. L'appelant fait encore valoir qu'au moment du dépôt des deux chèques la société EEE connaissait de graves problèmes financiers de sorte que les sommes créditées à son compte ont été immédiatement utilisées et sont donc devenues irrécupérables.

La société BBB, anciennement BBB2, déclare interjeter appel incident contre le jugement du 19 mars 2008 en ce qu'il a retenu qu'elle aurait commis une faute qui serait à qualifier de lourde.

Un appel, qu'il soit principal ou incident, ne peut être dirigé que contre le dispositif du jugement. En l'espèce le dispositif du jugement du 19 mars 2008 ne constate pas la faute qui est retenue à charge de l'intimée dans la motivation du jugement.

La partie qui est intimée sur un appel principal peut cependant, sans interjeter appel incident contre le jugement, reprendre en appel ses

conclusions prises en première instance et auxquelles il n'a pas été fait droit.

(E.D. Proc. civ. et comm. éd. 1956, vo Appel incident, nos. 29, 34)

Pour voir dire qu'elle n'a commis aucune faute la société BBB soutient que AAA, par l'intermédiaire de la dame DDD, a donné pouvoir à la banque d'encaisser le chèque sur le compte de la société EEE Luxembourg et que la banque, sans manquer à son devoir de non-ingérence dans les affaires de son client, a effectué les vérifications essentielles, notamment celles concernant les pouvoirs de la dame DDD.

L'intimée reproche aux premiers juges d'avoir fondé leur décision sur l'article 19 de la loi sur les chèques qui dispose que le détenteur d'un chèque endossable est considéré comme porteur légitime s'il justifie de son droit par une suite ininterrompue d'endossements, alors que, selon elle, rien dans la loi sur les chèques ne dit que le bénéficiaire initial du chèque a l'obligation d'endosser le chèque en premier.

En ordre subsidiaire, et à supposer que le premier endosseur doive être le bénéficiaire initial du chèque, elle soutient que cette exigence tombe si le bénéficiaire initial a donné procuration, expresse ou tacite, sur le chèque et elle invoque la théorie du mandat apparent, faisant valoir que par le fait que AAA avait à la fois pouvoir sur son compte personnel et sur le compte de EEE Luxembourg la banque n'a pu que légitimement croire qu'il avait donné procuration à la dame DDD pour encaisser le chèque sur le compte de EEE Luxembourg.

Pour le cas où il serait néanmoins retenu qu'elle a commis une faute, la société BBB conteste que cette faute puisse être qualifiée de lourde, faisant plaider que selon la conception traditionnelle la faute lourde dénote chez son auteur une grave incurie, une inaptitude grossière et révèle un comportement particulièrement déficient qui n'est pas celui d'un homme normalement raisonnable et diligent.

La société BBB invoque d'autre part l'article 35 de la loi sur les chèques aux termes duquel le tiré qui paie un chèque endossable est obligé de vérifier la régularité et la suite des endossements et soutient qu'il est admis en doctrine qu'en raison du devoir de vérification qui incombe au tiré, sa responsabilité est souvent partagée avec celle du banquier présentateur.

La Cour constate avec les premiers juges que le chèque litigieux, stipulé payable à "M. AAA", ne porte pas la signature de AAA, qu'il n'y a donc pas eu d'endos au profit de la dame DDD qui l'a présenté à la société BBB. L'intimée, qui soutient avoir effectué les vérifications essentielles, notamment celles concernant les pouvoirs de la dame DDD, sans indiquer quelles ont été ces vérification, n'était donc pas en droit de porter le montant du chèque, non endossé au profit de la dame DDD, au profit d'un compte lui indiqué par elle.

L'affirmation de la banque que rien dans la loi sur les chèques ne dit que le bénéficiaire initial du chèque doit être le premier endosseur ne saurait être retenue. En effet, ce principe est si évident que la loi n'avait pas besoin de le préciser.

La société BBB ne peut pas non plus se prévaloir en l'espèce de l'existence d'un mandat apparent qui lui aurait permis de croire à une procuration tacite donnée par AAA à la dame DDD. En effet, la seule circonstance que AAA était également administrateur-délégué de la société EEE Luxembourg et qu'il avait donc pouvoir sur les comptes de la société, ne permettait pas à la banque d'admettre qu'il avait donné mandat à la dame DDD de faire créditer le compte de cette société du montant du chèque libellé non pas au nom de la société, mais à son propre nom. La banque aurait pu admettre l'existence d'un tel mandat tacite si la dame DDD avait indiqué comme compte bénéficiaire le compte de AAA, ce qui n'est pas le cas en l'espèce (cf E.D. Rép. com. vo Chèque, no 314).

La Cour retient encore avec les premiers juges que la faute commise en l'espèce par la banque doit être qualifiée de faute lourde. En effet, le banquier présentateur est "garant de la régularité du titre". Il doit donc se livrer à un contrôle avant d'accepter de prendre un chèque à l'encaissement et il engage sa responsabilité s'il a présenté un chèque portant une irrégularité apparente (JCL. Com. fasc. 500, no 110 ss.; E.D. Rép. com. vo Chèque, no 317 ss.).

Parmi ces vérifications la toute première et la plus essentielle est le contrôle de l'identité du porteur du chèque et de l'identité entre le porteur et le bénéficiaire du chèque, sinon de l'existence d'un endossement valable au profit du porteur. En présence de la nécessité évidente de ces vérifications, la banque qui n'y procède pas fait preuve d'un comportement particulièrement déficient et la faute commise est à qualifier de lourde.

Concernant le moyen du devoir de vérification incombant au tiré en vertu de l'article 85 de la loi sur les chèques, il est vrai que l'obligation de vérification qui pèse sur le banquier présentateur ne dispense pas le tiré des diligences qui lui incombent (E.D. op. cit., no 350). Toutefois les fautes commises en l'espèce par les deux banques doivent être considérées comme ayant chacune causé l'entier dommage, en admettant établie la relation causale, de sorte que dans la seule relation avec la victime le moyen n'est pas concluant.

Dans des conclusions subséquentes l'intimée se prévaut d'un arrêt rendu par la Cour de cassation française le 13 décembre 2007, dont elle n'indique pas les références, qui a retenu que la banque tirée a l'obligation de vérifier que le chèque, stipulé non endossable, est endossé au profit d'une banque ou d'un établissement assimilé et qu'elle commet une faute en procédant au paiement d'un chèque au

profit d'une société commerciale. L'intimée soutient qu'il appartenait en l'espèce à la Société Générale, qui était la banque tirée, de contrôler si le chèque, stipulé non endossable, était endossé au profit d'un organisme bancaire de sorte que la responsabilité de la BBB, en tant que banque présentatrice, est d'office exclue.

Le chèque litigieux, établi par une société française et tirée sur une banque française porte la mention "non endossable, sauf au profit d'une banque ou d'un organisme visé par la loi", possibilité prévue par la loi française du 9 décembre 1978 (voir Christian Gavalda, Le Chèque prébarré et non endossable, D. 1979, Chronique, p. 189).

Le raisonnement développé par la société BBB à partir de cette mention et de l'arrêt invoqué ne tient toutefois pas. Le chèque a en l'espèce été endossé au profit d'une banque, en l'occurrence BBB, mais il ne l'a pas été par le bénéficiaire du chèque, mais par une personne sans pouvoir, ce que BBB aurait dû remarquer.

C'est dès lors à juste titre que les premiers juges ont retenu que la société BBB a en l'espèce commis une faute lourde.

C'est encore à bon droit et pour des motifs que la Cour fait siens que les premiers juges ont rejeté le moyen de l'intimée basé sur l'article 51 de ses conditions générales.

A l'appui de son affirmation qu'il ne lui était pas possible de virer le montant litigieux du compte de la société EEE sur son propre compte, AAA soutient qu'il ne disposait plus d'aucun pouvoir sur les comptes de la société et il verse des attestations testimoniales pour accréditer cette thèse. Il résulte toutefois des pièces versées par l'intimée que même après la cession de ses deux sociétés à la société française EEE AAA restait administrateur-délégué de ces sociétés avec pouvoir d'engager les sociétés par sa seule signature. AAA ne conteste d'ailleurs pas qu'il a continué à occuper cette fonction qui, selon lui, avait pour seul but de maintenir l'activité de la société au Grand-Duché sous couvert de l'autorisation d'établissement délivrée à son nom. Ainsi que l'ont par ailleurs constaté les premiers juges, c'est en sa qualité d'administrateur-délégué de la société que AAA a fait l'aveu de la faillite de cette société.

Il résulte encore des pièces versées qu'après l'encaissement du chèque litigieux, AAA a encore signé des virements pour la société EEE Luxembourg, entre autres le 20 avril 2002. AAA conteste toutefois avoir effectué des opérations courantes sur les comptes de la société. Il soutient que la seule opération réalisée par lui était un virement de 18.948,51 euros des comptes de EEE Luxembourg vers son propre compte et que cette opération avait été spécialement autorisée par EEE France. Il ne dit toutefois pas pourquoi il ne s'est pas fait autoriser le virement sur son compte du montant du chèque libellé à son nom et dont le compte de la société EEE Luxembourg avait été par erreur crédité.

La Cour retient avec les premiers juges que l'appelant disposait du pouvoir de signature sur les comptes de la société et aurait donc pu rectifier l'erreur commise en virant le montant en question sur son compte personnel.

AAA soutient d'autre part qu'à l'époque de l'encaissement du chèque il n'était plus présent au Grand-Duché en raison de ses obligations professionnelles. Dans sa lettre adressée le 18 juillet 2002 à l'intimée, il déclare avoir été en vacances. En présence du virement signé par lui le 20 avril 2002 il faut admettre qu'il était de retour à cette date. L'appelant soutient encore qu'il ne pouvait constater que le montant du chèque avait été viré sur le compte de la société EEE Luxembourg, affirmant, sans toutefois établir cette affirmation, qu'il n'était pas tenu destinataire des relevés de compte de la société. AAA, en tant qu'administrateur-délégué chargé de la gestion journalière de la société avec pouvoir de signature sur les comptes de la société, devait pouvoir prendre inspection des relevés de compte de la société.

L'appelant fait enfin valoir qu'au moment du dépôt du chèque litigieux la société EEE Luxembourg connaissait de graves difficultés financières et que le montant du chèque a été immédiatement utilisé et est devenu irrécupérable.

Il résulte d'un historique bancaire du compte de la société EEE Luxembourg, versé par l'appelant, et qui renseigne les mouvements de ce compte entre le 31 mars et le 3 mai 2002, que le 3 avril 2002 (d'après les parties le chèque a été présenté à la banque le 2 avril 2002) le compte présentait un crédit de 11.325,46 euros. Suite au dépôt du chèque des sommes importantes son portées au débit du compte de sorte que le 10 avril 2002, date à laquelle le compte a été crédité du montant du chèque, il présentait un débit de 5.886,96 euros. Si le compte n'avait pas été crédité du montant du chèque litigieux, il aurait présenté un débit de plus de 90.000.- euros.

Etant donné que AAA soutient que le compte a été crédité par erreur et à son insu du montant du chèque, il faut admettre que la société, respectivement son administrateur-délégué ne voyait pas de problème à provoquer un débit aussi important et que ce dernier aurait donc pu par la suite débiter le compte du montant du chèque, à moins que la Cour ne doive admettre avec les premiers juges que le compte de la société EEE Luxembourg a pu avoir été à dessein crédité du montant du chèque pour précisément faire face à aux dépenses de la société sans provoquer de débit important. La Cour constate par ailleurs qu'à la date du 3 mai 2002, dernière date renseignée dans historique versé, le compte présentait un crédit de 47.296,74 euros, de sorte qu'à ce moment un remboursement conséquent aurait pu intervenir sans faire tomber de ce fait le compte dans le débit.

L'appelant n'ayant pas procédé au virement de la somme litigieuse sur son propre compte sans indiquer une raison valable qui l'aurait empêché de faire créditer son compte de l'intégralité de cette somme, c'est à bon droit que les premiers juges ont retenu à sa charge une négligence grave qui a conduit à la perte de la somme litigieuse et qu'ils ont donc constaté l'absence de relation causale entre le préjudice et la faute de la banque.

L'appel n'est dès lors pas fondé et le jugement entrepris est à réformer.

Les deux parties sont à débouter de leurs demandes en allocation d'une indemnité de procédure, n'étant pas inéquitable de laisser à charge de chacune d'elles les 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 sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile;

condamne l'appelant aux frais et dépens de l'instance d'appel, dont distraction au profit de Maître Mathias Poncin, sur ses affirmations de droit.