Arrêt commercial

Audience publique du premier août deux mille douze.

Numéro 37183 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Annette GANTREL, première conseillère;
Eliane ZIMMER, première conseillère;
Lex BRAUN, greffier.

E n t r e :

1) A, *sans profession, ayant demeuré à U (Venezuela) et demeurant actuellement à V (Etats-Unis d'Amérique),*

2) B, *sans profession, ayant demeuré à W (Etats-Unis d'Amérique) et demeurant actuellement à X (Etats-Unis d'Amérique),*

appelants *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg du 18 février 2011,*

sub 1) et 2) comparant par Maître Jean-Paul KILL, avocat à Luxembourg ;

e t :

la société anonyme de droit luxembourgeois C S.A., *établie et ayant son siège social à L-…. Y, 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 Guy LOESCH, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 14 novembre 2006 A et B ont fait comparaître la société anonyme C devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, lui reprochant d'avoir viré un montant total de USD 200.000 sur le compte d'un tiers sur base de trois ordres de virement portant une signature falsifiée et concluant à l'institution d'une expertise graphologique en vue de faire constater les faux ainsi qu'à la condamnation de l'assignée à leur payer la somme de USD 200.000 avec les intérêts légaux à partir des dates des transferts jusqu'à solde.

La société C s'est opposée à la demande. Elle a soutenu que les trois ordres de virement portent la signature de B et qu'ils ont été précédés d'entretiens téléphoniques avec A. Elle a versé une attestation testimoniale de D, gestionnaire du compte des consorts A-B.

Par jugement rendu le 19 mars 2008 le tribunal a ordonné l'audition du témoin D.

Pour fonder cette décision le tribunal a retenu que la charge de prouver que la signature sur les virements litigieux est celle de B incombe à la banque. Il a relevé que les parties avaient d'un commun accord chargé l'expert E de la mission de comparer l'écriture et la signature des consorts A-B avec les signatures figurant sur les ordres de virement, que cet expert exclut que les signatures émanent de A et de F, troisième titulaire du compte, qu'elle affirme que les signatures litigieuses émanent d'une seule et même personne et, tout en exprimant une réserve en raison du caractère restreint des mentions litigieuses, formule l'hypothèse que B aurait pu déformer sa propre signature.

Le tribunal a dit que les différences entre les signatures de B sur les documents reconnus et celles figurant aux virements sont tellement flagrantes qu'il n'est pas besoin d'être expert en graphologie pour les constater, que la banque aurait, face à un virement comportant une signature divergente de celle figurant dans son fichier comme signature autorisée, dû redoubler de prudence et prendre des renseignements complémentaires avant d'exécuter l'ordre, que la banque affirme dans ce contexte que A aurait téléphoné avant l'exécution des virements litigieux au gestionnaire du compte, D, et verse une attestation testimoniale de ce gestionnaire. Considérant que l'existence de ces entretiens téléphoniques viendrait corroborer la réalité des instructions données, le tribunal a décidé de procéder à l'audition du témoin D.

Par jugement rendu le 12 novembre 2008 suite à l'exécution de la mesure d'instruction le tribunal a dit la demande non fondée.

De ce jugement A et B ont relevé appel par exploit d'huissier du 18 février 2011.

Pour fonder leur décision les juges de première instance ont relevé que dans sa déposition D confirme avoir eu des entretiens téléphoniques avec A précédant les trois virements litigieux et avoir reconnu à cette occasion la voix

de celle-ci, lui connue d'entretiens préalables, que suivant la déposition du témoin G de la contre-enquête A a une tonalité de voix telle qu'un interlocuteur n'a pu se méprendre sur son identité, que D affirme encore avoir demandé pour contrôle différentes données concernant les comptes.

Ils ont dit que la déposition de D n'est sur ces points essentiels (existence d'entretiens téléphoniques préalables aux virements et reconnaissance de la voix de A) pas énervée par celle d'G, que la preuve de l'existence d'entretiens téléphoniques préalables aux virements émanant de la demanderesse A est rapportée par le témoignage D et que ces faits établissent la réalité des instructions litigieuses.

Les appelants reprochent aux premiers juges d'avoir dit que la preuve d'entretiens téléphoniques avec A est rapportée par le témoignage de D, alors que, selon eux, la réalité de ces entretiens téléphoniques est contredite par le témoin D lui-même qui dit dans sa déposition:
"Auf spezielle Frage: Als ich Frau G in einem Telefonat bat Nachforschungen anzustellen habe ich verschiedene Vermutungen geäussert betreffend den Ursprung des Problems, unter anderem ob es sich um die Stimme von A gehandelt hätte".

Les appelants se prévalent d'autre part d'un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 20 décembre 2005 qui a retenu que commet une faute grave la banque qui en présence d'éléments de nature à éveiller sa suspicion n'applique pas la procédure spéciale de vérification conforme à ses normes internes de sécurité et ils soutiennent que la déposition de D reste muette sur le déroulement de la procédure mise en place et les faits qui ont suivi, de sorte que les instructions sont formellement contestées.

Ils concluent partant à voir condamner la société C à leur payer la somme de USD 200.000 avec les intérêts légaux à partir des dates des transferts jusqu'à solde ceci sur base de l'article 1937 du Code civil, ainsi que de l'article 1142 du Code civil.

La société C déclare se rapporter à la sagesse de la Cour quant à la question de savoir si l'acte d'appel est suffisamment clair et motivé en fait et en droit, notamment en ce qui concerne l'absence de division de la demande et en ce qui concerne l'incertaine insertion d'une action en responsabilité de la banque pour manquement à une prétendue procédure spéciale de vérification conforme à ses normes internes de sécurité, laquelle s'apparente par ailleurs à une demande nouvelle n'ayant pas été abordée en première instance.

La première objection formulée par la partie intimée n'a pas d'incidence sur la motivation de l'acte d'appel, ayant trait à une éventuelle irrecevabilité de la demande.

A l'appui de ce premier moyen la société C fait plaider qu'étant titulaires d'un compte joint auprès de la banque les appelants, soit deux co-titulaires sur trois, ont chacun un droit de créance envers la banque à raison de l'intégralité des montants réclamés, mais que du moment qu'ils en font chacun la demande

pour le tout, la question se pose, si d'aventure la banque devait être condamnée, entre les mains de qui elle est censée se libérer valablement.

La société C est d'accord pour dire que les appelants sont titulaires auprès d'elle d'un compte joint, lequel est caractérisé par la solidarité active au sens de l'article 1197 du Code civil, d'après lequel chacun des créanciers peut demander le paiement du total de la créance et le paiement fait à l'un d'eux libère le débiteur. Si donc la banque devait être condamnée, le paiement du montant dont condamnation à l'une ou l'autre des parties appelantes opérerait sa libération à l'égard des trois créanciers solidaires.

En invoquant l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles et en reprochant à la banque de ne pas avoir suivi en l'espèce une procédure spéciale de vérification les appelants ont suffisamment motivé leur acte d'appel sur ce point et ne forment pas une demande nouvelle mais invoquent à l'appui de leur demande un moyen nouveau, ce qui est permis en appel.

Les moyens soulevés par la société C ne sont pas fondés.

Par conclusions notifiées le 12 décembre 2011 l'intimée soutient qu'en date du 21 juillet 2011 elle a fait signifier le jugement du 12 novembre 2008 aux appelants, ce pour B à l'adresse indiquée dans l'acte d'appel et pour A à celle communiquée en cours d'instance d'appel par le mandataire des appelants, que la signification n'a pu se faire, les deux parties appelantes n'habitant plus aux adresses indiquées. Elle demande à ce qu'il soit enjoint au mandataire des appelants de communiquer l'adresse actuelle de ses mandants, déclarant se réserver tous droits concernant la régularité de l'acte d'appel et des conclusions subséquentes, ce au regard des articles 171 et suivants du Code civil.

Les adresses des parties appelantes ont été communiquées par conclusions du 23 janvier 2011 auxquelles la société C n'a plus répondu, renonçant par là aux droits qu'elle s'était réservés.

L'appel est à dire recevable.

En ce qui concerne la contradiction que les appelants estiment avoir décelée dans la déclaration de D, il y a lieu de mettre les doutes exprimés par ce témoin dans leur contexte.

Le témoin est formel pour dire que lors des entretiens téléphoniques qui ont eu lieu début 2005 à l'occasion de la réception des trois ordres de virement elle a reconnu la voix de A. Lorsque début 2006, donc une année après l'exécution des ordres de virement litigieux, les consorts A-B ont émis des contestations au sujet des signatures figurant sur les ordres de virement et des instructions données, le témoin D a téléphoné à G, qui avait travaillé à la C à Caracas où elle avait soigné le compte des consorts A-B et qui connaissait personnellement A, lui demandant de s'enquérir sur l'état de santé de A. D dit que lors de cet entretien téléphonique elle a émis des suppositions concernant l'origine du problème apparu, entre autres si la voix de son interlocuteur était effectivement

celle de A. En présence des contestations des consorts A-B pareil doute émis une année après les entretiens téléphoniques litigieux est compréhensible.

Lors de son audition le témoin G déclare:
"Nach meinem Besuch (auprès de A) *informierte ich Herrn J* (un employé de la C) *vom Inhalt meines Gesprächs und von meinen Feststellungen. Einige Zeit später rief dieser mich in Genf an und bat mich das aufgezeichnete Gespräch zwischen D und A abzuhören. Ich erkannte darin zweifelsfrei die Stimme von Frau A wieder, wobei ich betonen möchte dass diese über eine Tonart verfügt die nicht zu verwechseln ist."*

Si, nonobstant les contestations entretemps émises par les appelants, le témoin G reconnait formellement la voix de A, on ne peut qu'en déduire que l'interlocutrice de D était effectivement A. Les instructions orales concernant les virements litigieux sont dès lors établies.

La question que se posent les appelants, qui, après les entretiens téléphoniques entre D et A, a fait le suivi des opérations litigieuses à l'intérieur de la banque n'est en somme pas pertinente pour la solution du litige, les opérations ayant, d'après le témoin D, été effectuées conformément aux ordres reçus.

Les ordres donnés oralement par A étant établis, un examen des ordres de virements signés par B et argués de faux devient superflu.

Par conclusions du 26 septembre 2011 A et B font plaider que l'obligation de restitution du banquier dépositaire est de résultat, que le banquier ne peut dès lors échapper à sa responsabilité que s'il a effectué le paiement entre les mains du déposant ou de celui qui a reçu pouvoir de ce dernier, que ce n'est qu'en ordre subsidiaire et pour le cas où l'obligation de restitution serait transformée en une obligation de moyens et qu'il appartiendrait donc aux appelants de rapporter la preuve d'une faute dans le chef de la banque que les principes dégagés par l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles sont invoqués à l'encontre de la partie intimée.

En l'espèce la société C s'est acquittée de l'obligation de résultat lui incombant en sa qualité de dépositaire en exécutant les ordres donnés par A et en remettant le montant litigieux à celui indiqué par elle pour le recevoir, conformément à l'article 1937 du Code civil.

La Cour n'a dès lors plus besoin d'examiner le moyen développé par les appelants en ordre subsidiaire, y compris leur demande tendant à voir donner une injonction à la banque de produire le manuel concernant les procédures mises en place pour éviter des malversations.

Aucune faute dans l'exécution des ordres de virement oraux n'est par ailleurs établie à charge de la banque, de sorte que les appelants ne peuvent progresser sur base de l'article 1142 du Code civil.

Il s'en suit que l'appel n'est pas fondé.

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

A et B, qui succombent en appel et sont à condamner aux frais et dépens de l'instance d'appel, ne peuvent prétendre à une indemnité de procédure et leur demande est à dire non fondée.

La demande de la société C est à dire fondée, étant inéquitable de laisser à sa charge l'intégralité des frais non compris dans les dépens qu'elle a dû exposer en instance d'appel. Il y a lieu de lui allouer la somme de 2.000.- 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,

dit l'appel recevable;

le dit non fondé et confirme le jugement entrepris;

condamne chacun des appelants à payer à la société anonyme C une indemnité de procédure de 1.000.- euros pour l'instance d'appel;

déboute les appelants de leur demande basée sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile et les condamne aux frais et dépens de l'instance d'appel, dont distraction au profit de Maître Guy Loesch, sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Madame Irène FOLSCHEID, présidente de chambre, en présence de Monsieur Lex BRAUN, greffier.