

Arrêt commercial

Audience publique du premier avril deux mille quinze

Numéros 38886 et 39182 du rôle.

Composition :

Roger LINDEN, président de chambre;
Elisabeth WEYRICH, conseillère;
Jean ENGELS, conseiller;
Patrick KELLER, greffier.

Entre :

1)

A, établie et ayant son siège social à (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro (...), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Josiane GLODEN d'Esch-sur-Alzette du 27 juillet 2012,

comparant par Maître Pierre ELVINGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et :

1) B, (...), demeurant à (...),

2) C, (...), demeurant à (...),

intimés aux fins du susdit exploit GLODEN,

sub 1) et 2) comparant par Maître Christel HENON, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

3) D, établie et ayant son siège social à (...), (...), immatriculée au Handelsregister des Amtsgerichts (...) sous le numéro (...), représentée par son conseil d'administration (Vorstand) actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit GLODEN,

comparant par Maître Mario DI STEFANO, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

II)

D, établie et ayant son siège social à (...), immatriculée au Handelsregister des Amtsgerichts (...) sous le numéro (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Martine LISÉ de Luxembourg du 2 août 2012,

comparant par Maître Mario DI STEFANO, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

e t :

1) A, établie et ayant son siège social à (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro (...), représentée par son Conseil ou ses gérants actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit LISÉ,

comparant par Maître Pierre ELVINGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) E, établie et ayant son siège social à (...), immatriculée au Amtsgericht (...) sous le numéro (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit LISÉ,

comparant par Maître François KREMER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

3) B, (...), demeurant à (...) et **C**, (...), demeurant à (...),

intimés aux fins du susdit exploit LISÉ,

comparant par Maître Christel HENON, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

4) F, établie et ayant son siège social à (...), immatriculée au Handelsregister B des Amtsgerichts (...) sous le numéro (...), représentée par ses organes statutaires actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit LISÉ,

qui n'a pas constitué avocat à la Cour.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 23 mai 2007, les époux B et C ont fait donner assignation à A, (ci-après la société A), à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, aux fins de l'entendre condamner principalement, sur base de l'article 1934 du Code civil en raison du non-respect de l'obligation de restitution du dépositaire, à l'exécution forcée de la convention de dépôt consistant dans la remise du compte-dépôt des parties demanderesse en son pristin état et subsidiairement, sur base de la responsabilité contractuelle, sinon délictuelle, en raison des fautes et négligences commises par ses salariés, au paiement de la somme de 172.265,21 € à chacun des demandeurs, augmentée des intérêts légaux, à compter de la mise en demeure du 9 décembre 2004, sinon à compter de la demande en justice, sinon de la décision à intervenir, chaque fois jusqu'à solde.

Ils ont également sollicité une indemnité de procédure de 3.000 € pour chacun.

En cours de procédure, les demandeurs ont réclamé la restitution du nombre égal de titres, de même nature et de même catégorie.

Suivant actes d'huissier des 3 octobre 2007 et 18 juillet 2008, la société A a assigné en intervention les sociétés D (ci-après la D), F (ci-après la F) et E devant le même tribunal estimant qu'elles avaient engagé leur responsabilité délictuelle en lui transmettant les instructions falsifiées, qu'elles devraient prendre fait et cause pour elle et la tenir quitte et indemne de toute condamnation qui pourrait être prononcée à son encontre.

Les demandeurs et intimés actuels, les époux B-C, ont fait exposer avoir souscrit au cours de l'année 1993 des parts dans différents fonds d'investissement par l'intermédiaire de leur représentant, la société F. La société A, en sa qualité de société de gestion soumise au chapitre 13 de la loi du 20 décembre 2002 sur les organismes de placement collectif, a ouvert le compte de dépôt (...) sur lequel un certain nombre de transactions de souscriptions et de rachats de parts de fonds d'investissement ont été effectuées.

A l'occasion de l'établissement de leurs déclarations fiscales à remettre à l'administration fiscale allemande, les époux B-C s'étaient renseignés sur la valeur actuelle de leurs parts de fonds. La société A leur a alors annoncé le 24 octobre 2004 que les titres avaient déjà été transférés vers leur compte ouvert auprès de la société D en juin 2002, conformément à leurs instructions écrites.

Les époux B-C ont contesté avoir donné ces instructions.

Les enquêtes pénales subséquentes menées en Allemagne et au Grand-Duché de Luxembourg ont permis d'établir qu'une ou plusieurs personnes dont l'identité est restée inconnue, ont donné à l'insu et contre la volonté des époux B-C, déjà en date du 4 mars 2002, l'instruction non signée et non datée, à la société A de procéder dans ses registres au transfert de leur adresse de (...) à (...). Cette modification avait été transcrite par la société A dans son système informatique dès mars 2002, de sorte que les extraits du compte-titres avaient été envoyés à partir de cette date à l'adresse à (...).

Par courrier du 24 mai 2002 renseignant la nouvelle adresse, la société A reçut l'instruction apparemment signée par B et C, de modifier dans le fichier de clients, leur intermédiaire habituel et agent représentatif, de sorte qu'ils ne seraient plus, comme par le passé, représentés par la société F, mais par la firme E. Cette pièce est versée au dossier par la société A (farde de pièce I du mandataire de la société A, pièce n°3).

Le 6 juin 2002, la société A reçut une instruction, transmise par la société D, datée au 17 mai 2002 et portant la signature imitée des époux B-C, ordonnant le transfert de l'ensemble de leurs parts de fonds inscrites sur le compte (...)ouvert auprès de la société A, vers le compte (...)que la société D détient auprès de la société A, l'ordre de transfert reproduisant sous la rubrique « Name, Vorname », la mention « Eheleute B » et sous la rubrique « Anschrift», la nouvelle adresse à (..) (farde de pièces I du mandataire de la société A, pièce n°4).

Sur base de cette instruction, la société A a procédé au transfert des parts inscrites vers le compte que la société D tenait auprès de la société A. Les époux B-C ont reçu confirmation individuellement pour chaque fonds, du transfert en question par courriers du 6 juin 2002, à leur prétendue nouvelle adresse, jamais réceptionnés par B et C (farde de pièce I du mandataire de la société A, pièce n°5).

Les auteurs des détournements ont en effet réimprimé des extraits fictifs faisant apparaître un solde créditeur du compte-titres, correspondant au solde que le compte devait théoriquement accuser en tenant compte des variations de valeur des quotes-parts, qu'ils

ont régulièrement envoyés aux échéances, aux époux B-C à leur adresse à (...), qui ne se doutaient de rien.

L'enquête pénale menée en Allemagne a permis d'établir que le compte destinataire des titres a été ouvert auprès de la société D par une personne affirmant se nommer G le 20 mars 1973, de profession « (...) » et demeurant apparemment à (...) à la nouvelle adresse des époux B-C, communiquée à la société A. Cette adresse s'est toutefois avérée fictive, les recherches policières ont fait découvrir qu'aucune personne de ce nom n'habitait à cette adresse, ni même à (...), mais que la boîte à lettre a été utilisée par un sous-locataire. Les enquêtes allemande et luxembourgeoise n'ont pas permis d'identifier la dénommée G.

L'enquête a encore établi qu'une personne prétendant être G1 a, ensuite, par courrier daté au 5 juillet 2002, donné instruction à la société D de procéder à la vente des parts des fonds d'investissement ainsi transférés et de virer le prix de vente sur un compte ouvert au nom de G auprès de la H, avec la mention « Hauskauf ». Le prix de vente s'élevant à 332.514,42 a été transféré en date du 12 juillet 2002 sur le compte indiqué ouvert au nom de « B1 » numéro (...)(farde de pièces du mandataire de la société A II, pièce n° 19).

Par courrier du 31 août 2002, la personne disant se nommer G1 demanda auprès de la société D la clôture de son compte et du compte-dépôt en arguant d'un déménagement vers l'étranger (farde de pièces du mandataire de la société A II, pièce n° 19).

Par deux prélèvements en espèces, le compte auprès de la H a été vidé.

Le ou les auteurs ayant usurpé l'identité des époux B-C pour faire opérer d'abord le transfert litigieux de l'intégralité des quotes-parts détenues dans les fonds communs de placement du compte ouvert auprès de la société A vers celui ouvert auprès de la société D, puis pour procéder à leur vente et au transfert du prix de vente sur le compte ouvert auprès de H, n'ont pas été identifiés et le prix du rachat des quotes-parts dans les différents fonds d'investissement a disparu.

La plainte a été classée sans suites en Allemagne par décision du parquet du 3 mars 2006. Par ordonnance du 29 septembre 2010, la chambre du conseil près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a ordonné un non-lieu à poursuivre les faits dénoncés au Luxembourg par la société A dans sa plainte avec constitution de partie civile du 21 mai 2008,

Le préjudice résultant du transfert indu des titres a été évalué par les demandeurs suivant assignation introductive à 344.530,43 euros,

correspondant au dernier extrait de compte non falsifié, renseignant la valeur des titres au 31 décembre 2001.

Par jugement du 4 mai 2012, le tribunal, après avoir ordonné la jonction des affaires inscrites sous les numéros (...) du rôle, a dit la demande principale fondée, ordonné la restitution aux demandeurs des titres détournés et plus amplement spécifiés au dispositif, s'est déclaré territorialement compétent pour connaître de la demande en intervention dirigée contre la société D, l'a dit partiellement fondée, a condamné la D à tenir la société A quitte et indemne à concurrence du $\frac{1}{4}$, soit du montant de 88.144, €, dit non fondées les demandes en intervention dirigées contre les sociétés F et E, débouté les sociétés A et D de leurs demandes en allocation d'une indemnité de procédure et condamné la société A à payer à B et à C, une indemnité de procédure de chaque fois 2.500 €.

Le tribunal a retenu en substance en ce qui concerne la demande principale :

- que le dépôt de titres individualisés constitue un dépôt régulier emportant l'obligation pour le banquier de restituer matériellement les titres qu'il a reçus en dépôt,
- que cette obligation étant de résultat, le banquier ne peut y échapper qu'en établissant une faute imputable au client ou une cause étrangère,
- que l'allégation du banquier selon laquelle le caractère falsifié des extraits de compte aurait dû être découvert par les époux B-C par un examen normal, reste à être prouvée, ce d'autant plus que les extraits de compte falsifiés n'ont pas été versés à titre de pièces,
- que la société A n'établit pas de comportement fautif dans le chef des demandeurs ayant contribué à la réalisation de leur dommage, de sorte qu'elle ne saurait s'exonérer de sa responsabilité.

Concernant la demande en intervention dirigée par la société A contre la société D, le tribunal a rejeté le moyen d'incompétence territoriale tiré des articles 5.3 et 6 du Règlement (CE) 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, s'est déclaré compétent pour connaître de la demande dirigée à l'encontre de cette société eu égard au lien évident entre la demande principale et celle en intervention. Quant au fond, il a considéré que la société D a commis une faute en transmettant un ordre de transfert sur lequel était renseigné que les « Eheleute B » seraient les titulaires du compte, sans avoir vérifié qui était le titulaire exact du compte. Le tribunal a encore considéré que la société D a commis une négligence en ce qu'elle a exécuté l'ordre de vente des parts et transféré le produit de cette vente vers un compte auprès de la « H » à (...) sur base d'un courrier envoyé par GG1 avec la précision que ce compte avait été ouvert sous son nom de jeune fille GG1. Or, il résulterait de la pièce d'identité remise lors de l'ouverture du compte D que le nom de jeune fille d'G1, était « I ».

Aucune faute n'a pu être établie à charge des sociétés F et E qui ont été mises hors cause.

Ce jugement a été signifié à la requête de B et de C le 18 juin 2012 à la société A, le 26 juin 2012 à la société D et le 2 juillet 2012 à la société E.

La société A a régulièrement relevé appel le 27 juillet 2012 en intimant B, C et la société D.

La société D a régulièrement interjeté appel par acte d'huissier du 2 août 2012, intimant la société A, les sociétés E et F Vermögensverwaltung et les époux B-C.

Les appels inscrits au répertoire général sous les numéros 38886 et 39182 étant connexes, ont été joints par le magistrat de la mise en état par décision du 15 novembre 2012.

- L'appel dirigé par la société A contre B et C

La société A conclut, par réformation, principalement, à voir rejeter la demande des époux B-C et, subsidiairement, à voir retenir que les fautes qu'ils ont commises, sont à l'origine du dommage, partant à les voir débouter de leur demande.

Elle souligne qu'elle ne saurait être considérée comme étant un établissement de crédit, une banque dépositaire de titres, soumise à une obligation de restitution de résultat, mais aurait agi en sa qualité de société de gestion d'un fonds d'investissement et aurait, en cette qualité, tenu, conformément aux dispositions de la loi modifiée du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif (ci-après la loi de 2002) telle qu'en vigueur au moment des faits, le « registre des actionnaires » renseignant l'identité des investisseurs, les coordonnées des fonds dans lesquels les clients ont investi ainsi que le nombre de quotes-parts souscrites.

Elle aurait assuré à titre de service accessoire, la garde des quotes-parts de fonds conformément à l'article 77 (3) point b) de la loi de 2002 et ne serait dès lors soumise qu'à une obligation de garde, qui ne serait qu'une obligation de moyens. En l'absence de toute faute dans l'exécution de cette obligation, elle ne saurait engager sa responsabilité.

Au vu des circonstances particulières, des manœuvres frauduleuses perpétrées par des tiers restés inconnus, aucune faute ne pourrait lui être imputée dans l'exécution de ses obligations.

Il conviendrait par contre de retenir les fautes commises par les époux B-C. Ils auraient adopté un comportement négligent en ce qui concerne la tenue secrète de leur compte au Grand-Duché de Luxembourg et auraient nécessairement communiqué les coordonnées à une tierce personne mal intentionnée. Ils auraient par ailleurs omis d'examiner d'une manière tant soit peu approfondie les extraits falsifiés qui leur avaient été envoyés et auraient pris deux années avant de constater la fraude. Ces fautes et négligences auraient conduit à leur propre dommage, de sorte qu'ils seraient à débouter de leur demande. A titre subsidiaire, il y aurait lieu d'ordonner un partage de responsabilité.

En cours d'instance, elle conclut que la fraude opérée constituerait un élément de fait présentant toutes les caractéristiques de la force majeure, l'exonérant de toute responsabilité.

Elle réclame une indemnité de procédure de 1.500 € à l'encontre de chacun des époux B-C.

Ces derniers concluent à la confirmation du jugement, rappelant que la société A serait assimilable à un établissement bancaire, et dès lors tenue d'une obligation de restitution de résultat. Ils contestent avoir commis une quelconque faute.

En vertu de l'article 14 de la loi de 2002, la société de gestion gère le fonds commun de placement en conformité avec le règlement de gestion, ce qui implique qu'elle assume pour ce fonds, de manière non exhaustive, les fonctions de gestion de portefeuille, d'administration du fonds et de la commercialisation des parts d'organismes de placements collectifs. La relation entre le client-investisseur, porteur de quotes-parts, et la société de gestion, se fonde sur le règlement de gestion tel qu'établi par la société de gestion et le contrat d'acquisition des parts indivises.

Conformément à l'annexe II de la loi de 2002, l'administration comprend : les services juridiques et de gestion comptable du fonds ; les demandes de renseignements des clients ; l'évaluation du portefeuille et la détermination de la valeur des parts ; le contrôle du respect des dispositions réglementaires ; la tenue du registre des porteurs de parts ; la répartition des revenus ; l'émission et le rachat de parts ; le dénouement des contrats et l'enregistrement et la conservation des opérations.

Dans le cadre de ces missions, la société de gestion doit exécuter, conformément à l'article 15, ses obligations avec la diligence d'un « *mandataire salarié* » et répond, à l'égard des porteurs de parts, du préjudice résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de ses obligations de mandataire.

Le « registre des porteurs de parts » tenu par la société de gestion auquel se réfère le mandataire de la société A, est comparable au « registre des actionnaires » tenu au siège social des sociétés anonymes, auquel la loi de 2002 renvoie d'ailleurs dans son article 8 (2).

L'inscription au « registre des porteurs de parts » constitue seulement un moyen de preuve de la propriété et n'est pas à considérer en elle-même comme le titre de propriété. Le service de la tenue du registre de l'identité des porteurs des quotes-parts, renseignant l'identité des porteurs de parts, les fonds dans lesquels le client a investi et le nombre de quotes-parts acquises, se distingue ainsi du service accessoire de la *garde* des quotes-parts proprement dites.

Aux termes de l'article 77 (3) point b), la société de gestion peut en effet fournir au client investisseur, à côté de l'exercice de son activité principale et notamment de la tenue du registre des porteurs de quotes-parts, un service auxiliaire de « *garde et administration* » des parts d'OPC.

La loi de 2002 ne précise toutefois pas sous quelles formes ou sous quel régime juridique ce service auxiliaire de la garde des parts doit se faire.

En l'occurrence, les parties ont conclu une convention de « *compte-dépôt titres* » dans lequel les quotes-parts acquises par les époux B-C dans les différents fonds FLEMING ont été inscrites, déposées et non autrement individualisées par un numéro, mais uniquement en renseignant le nombre détenu dans chaque fonds.

Les extraits de compte envoyés aux époux B-C renseignent les fonds dans lesquels ils ont investi, le nombre de quotes-parts détenues et leur valeur au cours d'échange fixé, au jour de l'extrait (farde de pièce III du mandataire des époux B-C, pièces n°10 et 11).

Les titres ainsi non numérotés et non autrement individualisés, sont à considérer comme chose de genre.

En effet la dématérialisation de titres financiers ne constitue pas un obstacle à une convention de dépôt (cf. Cass fr. 30 mai 1996, B. crim .1996, 224).

La valeur mobilière devient ainsi une valeur scripturale dématérialisée et la représentation du titre est réduite à sa plus simple expression : une inscription en compte.

Cette approche a été adoptée par le législateur luxembourgeois depuis le règlement grand-ducal du 17 février 1971 concernant la circulation des valeurs mobilières, généralisée par la loi du 1^{er} août

2001 concernant la circulation de titres et autres instruments fongibles, qui prévoit ainsi expressément l'inscription en compte des titres et qualifie ce contrat comme étant un « *dépôt* » de valeur fongibles en soumettant le teneur du compte comme conservateur des valeurs mobilières à titre de « dépositaire », aux obligations des dispositions du Code civil relatives aux obligations du dépositaire.

Il convient dès lors de retenir qu'en assurant le service de garde et d'administration des quotes-parts dématérialisées et en les inscrivant en compte-dépôt-titres, la société A est devenu le dépositaire de ces titres, impliquant l'obligation de restitution à première demande ou en fin de contrat.

L'obligation de restitution des parts n'étant soumise à aucun aléa et aucune part active des créanciers de l'obligation n'étant exigée dans l'atteinte du résultat, l'obligation de restituer est à qualifier d'obligation de résultat. Le dépositaire ne peut être dégagé de cette obligation qu'en effectuant les paiements entre les mains soit du véritable créancier, soit de celui qui a reçu pouvoir de celui-ci.

La société A en sa qualité de dépositaire en compte des quotes-parts des fonds communs de placement des époux B-C est, en ce qui concerne ce service accessoire, assimilable à un banquier dépositaire de fonds ou de titres.

Or, en application de l'article 1239 du Code civil, le banquier dépositaire de fonds ou de titres n'est libéré que s'il les restitue au déposant sur son ordre, ce qui n'est pas le cas si la banque a payé, même sans faute, sur ordre d'une personne dépourvue de qualité (Gavalda, Droit bancaire, p. 112).

Si les ordres de paiement ont été exécutés sur l'ordre d'un faussaire, le banquier peut seulement être libéré soit en apportant la preuve d'une faute imputable au client lui-même, soit en établissant le cas de force majeure.

En effet, lorsque le banquier exécute un ordre de virement faux, c'est-à-dire donné par une personne non habilitée à faire fonctionner le compte, il n'agit pas en qualité de mandataire de son client puisqu'aucun mandat valable ne lui a été conféré par ce dernier. Dès lors, c'est en sa seule qualité de dépositaire que sa responsabilité sera recherchée. En sa qualité de dépositaire irrégulier, devenu propriétaire et donc débiteur des fonds déposés, le banquier ne peut être valablement libéré, par application des articles 1239 et 1937 du Code civil, que s'il a remis les fonds au créancier-déposant ou à la personne désignée par lui (JCL Banque – Crédit – Bourse, fasc.390, n° 112 s; Cass.com. 3.11.2004; RTD com. 2005,150; CA Paris 21.1.1992; Banque 1992,845), même s'il n'a lui-même commis aucune faute, le banquier n'est pas libéré envers le client qui lui a confié des fonds quand il se défait de ces derniers sur présentation

d'un faux ordre de paiement revêtu dès l'origine d'une fausse signature (Cass fr. com 23 avril 2013, n°12-18.119,431)

La société A ne verse en instance d'appel, pas plus qu'en première instance, les conditions générales prétendument acceptées par les époux B-C, aux termes desquelles seule la preuve d'une faute lourde dans son chef pourrait engager sa responsabilité, de sorte que la société A ne peut s'en prévaloir pour limiter sa responsabilité à l'hypothèse de la faute lourde.

En l'occurrence, il n'est pas établi que les époux B-C auraient été imprudents ou négligents dans la garde des documents et coordonnées de leur compte au Luxembourg, auraient fait négligemment confiance à une tierce personne ou seraient pour quelque chose dans la transmission des données et coordonnées relatives aux comptes à des tierces personnes.

La circonstance que les époux B-C n'ont pas remarqué que les extraits de compte qui leur ont été envoyés, constituaient des faux complets, étant donné que les extraits présentent une apparence dans les grandes lignes identique à ceux envoyés antérieurement - à supposer qu'un profane ait dû déceler les différences d'apparence - est sans relation causale avec le dommage accru, étant donné qu'au moment où le premier extrait falsifié leur a été envoyé, les titres avaient déjà été débités de leur compte.

Les développements de la société A à cet égard, restent à l'état de simples allégations, ce d'autant plus que d'autres personnes en-dehors des proches des époux B-C, comme les employés ou anciens employés de la société A, de la société D, du gestionnaire F ou même de la société E, avaient également connaissance de l'existence du compte, des coordonnées du compte et des données d'identité exactes des titulaires.

Le transfert frauduleux des titres a pu se réaliser dans le cas d'espèce, étant donné que la société A a modifié l'adresse d'envoi des extraits de compte, sur base d'une prétendue instruction des époux B-C et n'a pas pris soin de faire immédiatement confirmer ce changement d'adresse par les clients, de même que le changement soudain de l'agent représentatif et n'a pas réagi quant à l'ordre de transfert inhabituel que constituait la demande de la liquidation totale du dépôt.

Cette instruction - écrite ou orale - ne figure d'ailleurs pas au dossier.

N'y figure qu'une note écrite sous forme dactylographiée sur papier à entête de la société A non datée, non signée, énonçant l'ancienne adresse et la nouvelle adresse des époux B-C et portant un cachet selon lequel l'original du document aurait été reçu en date

du 4 mars 2002. Par son apparence, cette pièce présente l'aspect d'une note interne de la société A, respectivement, d'une feuille de couverture d'un télécopie (fausse de pièces I du mandataire de la société A, pièce n°2).

La modification de l'adresse d'envoi du courrier et des extraits de compte, n'a été confirmée par la société A que par courrier du 29 octobre 2004, partant deux ans après la découverte de la disparition des parts (fausse de pièce du mandataire des époux B-C, pièce n°2).

Les développements de la société A en relation avec l'apparence ou le mandat apparent sont à écarter, étant donné que la théorie de l'apparence ne s'applique qu'en relation avec le contrat de mandat, tandis qu'en l'espèce, la société A, pris en sa qualité de dépositaire des quotes-parts des fonds, était le dépositaire des titres détournés et n'agissait pas à titre de mandataire des époux B-C. En effet celui qui exécute un ordre de virement falsifié donné par une personne non habilitée à faire fonctionner le compte n'agit pas en qualité de mandataire de son client, puisqu'aucun mandat valable ne lui a été conféré par ce dernier, mais à titre de dépositaire.

La société A ne peut pas non plus invoquer un cas de force majeure en présence de ses propres fautes et négligences, qui ont consisté à modifier l'adresse du domicile des époux B-C et partant l'adresse de destination de l'envoi des extraits de compte sur base d'une instruction prétendument envoyée par les époux B-C et à enregistrer le changement de leur représentant habituel sans exiger une confirmation du client, à procéder à la liquidation intégrale du compte par virement sans vérifier les signatures par rapport à un spécimen de signature, à opérer le transfert au profit d'un compte tiers avec lequel les époux B-C n'avaient aucune relation jusqu'à cette date et, en général, à ne pas avoir sollicité une confirmation de toutes ces démarches peu habituelles par rapport au profil des titulaires du compte. L'événement n'était dès lors pas irrésistible et extérieur à la société A.

En l'absence de toute faute prouvée des clients en relation causale avec le préjudice, et en l'absence de tout cas de force majeure, la responsabilité du dépositaire reste entière et le jugement entrepris est à confirmer sur ce point.

En l'occurrence, les quotes-parts des différents fonds, émises sous forme de titres dématérialisés sans numéro d'ordre ou autre élément d'identification individuel, précisant uniquement le nom du fonds d'investissement, sont dès lors interchangeables à l'intérieur du même fonds.

Le dépôt dit irrégulier comme portant sur des choses fongibles, impose au dépositaire une obligation de restitution par équivalent, en l'occurrence en livrant des quotes-parts de même nature.

La société A ne peut ainsi satisfaire à son obligation de restitution en remettant une valeur de substitution, sauf accord du déposant.

Il convient dès lors de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a ordonné la restitution des titres énumérés au dispositif du jugement.

- L'appel dirigé par la société A contre la société D et l'appel dirigé par la société D contre la société A

La société A demande à voir dire, par réformation, que la société D est forclosée à soulever l'exception d'incompétence territoriale des juridictions luxembourgeoises et, quant au fond, la voir condamner sur base de l'article 1382 du Code civil, à la tenir, en cas de condamnation, quitte et indemne de l'intégralité du dommage, sans opérer un partage de responsabilité, et ce au vu des fautes graves commises par la société D lors de l'ouverture du compte, dans le cadre de la transmission de l'instruction falsifiée et lors du transfert des fonds vers le compte ouvert auprès de la « H ».

La société A conclut à voir condamner la société D à lui payer une indemnité de procédure de 1.500 euros.

La société D réitère à titre principal le moyen d'incompétence territoriale des juridictions luxembourgeoises pour connaître de la demande dirigée par la société A à son égard et reproche au tribunal d'avoir fait une mauvaise application de l'article 28 du NCPC et du Règlement (CE) 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000. Elle conclut, par réformation, à l'irrecevabilité de la demande pour avoir été portée devant une juridiction territorialement incompétente.

Elle fait en ordre subsidiaire grief au tribunal d'avoir appliqué la loi luxembourgeoise pour retenir sa responsabilité délictuelle. Etant un établissement de crédit de droit allemand, dont le siège social est en Allemagne, en contact avec un client allemand de résidence en Allemagne, sa responsabilité serait à rechercher au regard de la loi allemande. Elle conteste avoir commis une quelconque faute dans l'ouverture du compte en Allemagne et dans le cadre de la transmission de l'ordre de virement falsifié.

Elle sollicite encore une indemnité de procédure de 4.500 € pour l'instance d'appel.

L'exception d'incompétence, même internationale, doit être soulevée *in limine litis*, c'est-à-dire avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir.

Il appert du document « Transmis de pièces du 28 février 2008 », ayant accompagné la communication de la farde de pièces en première instance, et versé à titre de pièce justificative en instance d'appel (farde II de Maître DI STEFANO contenant 6 pièces, pièce n°

4), que la société D avait en première instance, après avoir reçu signification de l'assignation en intervention, communiqué au mandataire des époux B-C, partant du demandeur principal avant la première audience des plaidoiries du 29 mai 2008 et partant avant toute défense au fond, ses pièces « *sous réserve d'incompétence (...) territoriale(...)* ».

Il ne verse toutefois pas le transmis de pièces communiqué en première instance au mandataire du demandeur en intervention, la société A.

Or, en contestant la compétence territoriale luxembourgeoise en première instance dans le cadre de l'affaire principale introduite par les époux B-C contre la société A, la société D a contesté pouvoir être atraite devant les juridictions luxembourgeoises.

Dans sa note de plaidoiries du 13 janvier 2009 elle s'est limitée en premier lieu à se rapporter à prudence quant à la surséance à statuer, sans prendre position quant au fond, pour ensuite soulever le moyen tiré de l'incompétence territoriale des juridictions luxembourgeoises.

C'est dès lors à bon droit que le tribunal a déclaré l'exception d'incompétence recevable.

Cette exception, réitérée en instance d'appel est encore recevable, mais non fondée pour les motifs développés par la juridiction de première instance : l'article 6 (2) du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale confère compétence territoriale au tribunal de l'Etat membre saisi de la demande originaire à moins qu'elle n'ait été formée que pour traduire hors de son tribunal celui qui a été appelé.

L'exigence d'un lien de connexité dont fait état la société D, est visée par le point (1) de l'article 6. Le point (2) invoqué par le tribunal pour retenir sa compétence, n'exige toutefois l'existence d'aucun lien autre que celui qui est suffisant pour constater l'absence de détournement de for (cf.CJUE 26 mai 2005, C-77/04, n°32 et 33).

Il n'est dès lors pas nécessaire d'exiger, au surplus, ainsi que le développe la société D, un lien de connexité plus étroit.

Il s'ajoute que les juridictions luxembourgeoises sont encore territorialement compétentes conformément à l'article 5-3 du règlement, en matière délictuelle ou quasi-délictuelle à titre du lieu où le fait dommageable s'est produit, le fait dommageable étant en l'occurrence le virement frauduleux et la spoliation conséquente des époux B-C. Le virement frauduleux a été présenté auprès de la société A au Grand-Duché de Luxembourg et le compte des époux

B-C y a été débité. C'est sur le compte D auprès de la société A à Luxembourg que les parts ont été transférées. C'est donc au Grand-Duché de Luxembourg que l'escroquerie a été réalisée et où le dommage est survenu, même si les actes préparatoires de l'escroquerie ont été commis en Allemagne.

Les juridictions luxembourgeoises saisies de la demande principale en indemnisation introduite par les époux B-C contre la société A sont donc compétentes, pour connaître de la demande en intervention dirigée par la société A contre la société D, destinataire du virement frauduleux effectué au préjudice des époux B-C.

C'est à juste titre que le tribunal a retenu que la loi luxembourgeoise était applicable au litige. En effet, la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable, est celle du pays où le dommage survient, la survenance du dommage étant soit le lieu où le dommage s'est produit, soit le lieu où l'effet causal du dommage s'est réalisé. Le règlement 864/2007 sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles auquel se réfère le tribunal comme source doctrinale, consacre la jurisprudence luxembourgeoise appliquant le principe de la *lex loci damni* qui retient la compétence du lieu où le dommage s'est produit (Cour 22 décembre 1916, P.10.14).

La responsabilité du tiers est en effet soumise, en principe, à la législation de l'État membre sur le territoire duquel le dommage est survenu, règle appliquée de même par la Cour de justice de l'union européenne (voir à cet égard : CJUE arrêts du 9 décembre 1965, Singer, 44/65, Rec. p. 1191; du 16 mai 1973, De Waal, 78/72, Rec. p. 499, point 6, et DAK, précité, point 21).

Le lieu où le dommage survient doit s'entendre comme désignant le lieu où le fait causal, engageant la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle de l'auteur, a produit directement ses effets dommageables à l'égard de celui qui en est la victime immédiate, soit dans le cas d'espèce, le Grand-Duché de Luxembourg, le préjudice invoqué par les époux B-C consistant dans leur spoliation résultant dans le transfert frauduleux des quotes-parts qu'ils détenaient dans les différents fonds communs de placement, partant l'opération de débit de leur compte-titre.

La loi luxembourgeoise régit dès lors les conditions de la responsabilité ainsi que le mode et l'étendue de l'indemnisation.

La société A a reçu le 6 juin 2002, de la part de la société D, une instruction de transfert datée au 17 mai 2002 et signée apparemment par les époux B-C ordonnant le transfert immédiat.

La société A reproche à la société D d'avoir commis des fautes à trois niveaux de son intervention : lors de l'ouverture du compte au nom de G-B-C utilisé ultérieurement pour recueillir les quotes-parts détournées, lors de la demande de transmission de l'ordre de transfert sur papier à entête de la société D, adressée à la société A et finalement lors du transfert du produit de la vente des titres sur un compte ouvert auprès de la « H ».

Nonobstant que la loi luxembourgeoise est applicable quant à la responsabilité délictuelle, il n'en reste pas moins que la responsabilité de la société D lors de l'ouverture du compte ne saurait être appréciée sur base des règles prudentielles luxembourgeoises, applicables aux seuls établissements de crédit établis au Luxembourg.

Ni la qualité d'étudiant de J, ni l'endroit où les formalités relatives à l'ouverture du compte ont été effectuées, non prohibé par la législation allemande, n'établissent une faute dans le chef de la société D.

Lors de l'ouverture du compte, la société D a vérifié le nom, le lieu de naissance, la date de naissance, la nationalité et l'adresse de G, sur base d'une carte d'identité originale, mais déclarée perdue après les faits, conformément à la loi allemande. La personne se disant nommer G était suivant les déclarations de l'employée physiquement présente. Elle expliquait la différence entre son nom marital figurant sur la carte d'identité et le nom du titulaire du compte à ouvrir par son récent mariage - en seconde noce - avec B, qu'elle ne disposerait pas encore de sa nouvelle carte d'identité et versait à l'appui de son affirmation un certificat de mariage récent, qui constitue un faux intégral mais ne présentant dès lors aucun signe apparent de falsification.

Il résulte par ailleurs de la note de la police de (...) du 10 juin 2005 (fardes de pièces I du mandataire de la société A, pièce n°26) que le compte auprès de la D a été ouvert moyennant une carte d'identité déclarée perdue le 14 mai 2003, établie au nom de G.

Après avoir souligné que selon le droit allemand (article 1355 du BGB), les époux ont un nom commun et, en cas de divorce, l'époux divorcé garde le nom marital, qu'il était possible que G, change son nom en B-C suite à son mariage avec B et qu'au vu du mariage conclu seulement deux semaines avant l'ouverture du compte et des démarches à faire en vue de l'obtention d'une nouvelle pièce d'identité, le tribunal a pu dès lors retenir qu'il n'était a priori pas surprenant pour un employé de la société D de se fier au certificat de mariage et d'ouvrir le compte sous le nouveau nom marital de la personne en question pour conclure que la société D n'avait pas commis de faute lors de l'ouverture du compte.

Le tribunal est dès lors à confirmer en ce qu'il a retenu que la société D n'avait pas commis de faute lors de l'ouverture du compte litigieux.

Quant à l'ordre de transfert litigieux, il résulte de la pièce « *Auftrag zur Übertragung von Konto/Depot* » qu'il a été réceptionné par la D en date du 27 mai 2002 qui l'a continué à la société A où il est enregistré le 6 juin 2002.

Contrairement aux affirmations de la société D, elle n'a pas agi en qualité de simple intermédiaire continuant l'ordre de transfert de G à l'adresse indiquée de la société A au Grand-Duché de Luxembourg, mais a, après avoir ouvert le compte au nom de G, accepté de continuer au nom et pour compte de son client, l'ordre de transférer ses titres du Luxembourg vers l'Allemagne, partant a agi en tant que mandataire de cette dernière.

Le formulaire d'ouverture de compte renseigne comme titulaire du compte G2, titulaire dudit compte ouvert sous son nouveau nom marital « B-C ».

Suivant le libellé de l'ordre de transfert litigieux « AUFTRAG ZUR ÜBERTRAGUNG VON KONTO/DEPOT », le signataire charge le service client de la société D avec siège à (...), de provoquer le transfert de ses titres détenus auprès de la société A au Grand-Duché de Luxembourg vers son compte nouvellement ouvert auprès de la D nr 73981152004 en énonçant « *Sehr geehrte Damen und Herren , hiermit erteile ich Ihnen unwiderruflich den Auftrag von meinem u.g (untengenanten) Konto (ouvert auprès de la société A sous le numéro (...)) die im folgenden genannten Wertpapierpositionen (schnellstmöglich) sowie Geldpositionen (sofort) auf mein o.g (obengenantes) Konto bei D, (...) zu übertragen.*

La banque D a exécuté cet ordre en le transférant au nom et pour le compte de son client, à la société A, partant en qualité de mandataire.

Il est toutefois renseigné sur ledit ordre de virement litigieux que les « *Eheleute B* » seraient les titulaires du compte D n° (...). L'ordre de transfert est de même signé par les deux prétendus époux.

L'ordre de virement émane donc du titulaire du compte et est signé par celui-ci, mais mentionne comme titulaire du compte en outre l'époux de G et porte en outre et de manière apparemment surabondante, la signature de ce dernier.

L'ordre de virement était en ce sens régulier pour la société D alors qu'il porte la signature autorisée du titulaire du compte, les autres mentions ayant pu légitimement être considérées comme surabondantes par ladite société.

Le tribunal a considéré que la société D avait commis une faute, engageant sa responsabilité délictuelle en transmettant cet ordre de transfert à la société A avec la fausse information que les « Eheleute B-C » seraient les titulaires du compte D n° (...) et qui est effectivement signé par les deux prétendus époux à la société A, tandis que son propre formulaire d'ouverture de compte renseigne que seule G2 est titulaire dudit compte. Le tribunal a relevé encore que la signature de la prétendue G2 sur ledit ordre de transfert ressemblait plus à « C » qu'à « G2 », alors qu'il aurait été facile de contrôler le titulaire exact dudit compte. Par ces fautes et négligences, la société D aurait, du moins implicitement, confirmé l'exactitude des données y figurant et avait partant contribué à la réalisation du dommage.

Une autre négligence serait établie, selon le tribunal, dans le chef de la société D en ce qu'elle avait exécuté l'ordre de vendre les parts transférées et transféré le produit de cette vente vers un compte auprès de la H sur base d'un courrier envoyé par G3 avec la précision que ce compte était encore ouvert sous son nom de jeune fille G3, alors qu'il résulte de la pièce d'identité remise lors de l'ouverture du compte D que le nom de jeune fille de B-C était (...).

Cette mention inexacte, avalisée par la société D, que le compte destinataire du transfert des titres serait ouvert au nom des deux époux B-C, alors qu'il a été ouvert au nom de la seule épouse B-C ne saurait toutefois être considérée comme une faute en lien causal avec le dommage.

La société A ne précise, ni ne soutient d'ailleurs, qu'elle aurait refusé de procéder au transfert des titres si elle avait su que le titulaire du compte destinataire était ouvert au nom de la seule épouse B-C.

Par ailleurs, et même si tel dût avoir été le cas, la banque D ne pouvait imaginer que la mention inexacte relative aux titulaires – les deux époux au lieu de la seule épouse - du compte ouvert en ses livres était déterminante aux yeux de la société A pour procéder au transfert des quotes-parts de titres du compte-dépôt ouvert en ses livres.

En ce qui concerne la faute reprochée à la société D en relation avec l'exécution de l'ordre de vente des parts transférées et du transfert du produit de cette vente vers un compte auprès de la H, la société D n'a commis aucune faute en relation causale avec le préjudice.

Le courrier du 5 juillet 2002 par lequel est donné l'ordre de procéder à la vente des quotes-parts et le transfert du produit de cette vente, porte comme expéditeur le nom de G3 avec adresse à (...). Il fait référence au numéro de compte ouvert par G3, mais porte

comme mention en bas de page : « *P.S Das Konto bei der Stadtparkasse lautet noch auf meinen Mädchennamen. Bitte überweisen Sie an die Empfängerin G3 (Doppelnamen)* »

Le tribunal a relevé à juste titre qu'il résulte de la pièce d'identité remise lors de l'ouverture du compte D que le nom de jeune fille de G2, était (...).

Le fait pour la société D d'avoir exécuté l'ordre de transfert du produit de la vente des parts vers un compte auprès de la H envoyé par la cliente G3 avec la précision que ce compte serait encore ouvert sous son nom de jeune fille, mais qu'il conviendrait de le virer au nom de « G3 » ne constitue pas non plus une faute antérieure ou concomitante, partant en relation causale, avec le dommage accru, mais constitue l'opération de transformation et de blanchiment du produit de l'escroquerie et se situe postérieurement à la survenance du dommage.

Au vu des fautes et négligences causales retenues dans le chef de la société A, il y a lieu de retenir que celle-ci est seule responsable du dommage.

Le jugement dont appel est partant à réformer en ce qu'il a dit que la société D avait contribué pour un quart à la production du dommage.

- Quant à l'indemnité de procédure en instance d'appel et la condamnation aux frais et dépens

La société A demande à ce que les époux B-C ainsi que la société D soient condamnés chacun à lui payer la somme de 1.500 euros au titre de l'article 240 du NCPC et à ce que l'ensemble des parties intimées soient condamnées aux frais et dépens des deux instances.

Au vu du sort réservé à son appel, les demandes de la société A à l'égard des époux B-C et de la société D en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel sont à rejeter.

La demande de la société D à voir condamner la société A à lui payer une indemnité de procédure pour l'instance d'appel de 3.500 euros est également à rejeter, étant donné qu'il n'est pas inéquitable de laisser à sa charge les frais non compris dans les dépens, qu'elle a dû exposer pour défendre ses droits en instance d'appel.

Les frais et dépens des deux instances sont à mettre à la charge exclusive de la société A, sauf ceux liés aux frais d'intimation des sociétés E et F qui doivent rester à charge de la société D.

L'arrêt est à rendre par défaut à l'égard de la société F qui n'a pas constitué avocat étant donné qu'il n'est pas établi que l'acte d'huissier du 2 août 2012 a été remis à une personne habilitée pour le recevoir.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant par défaut à l'égard de F et contradictoirement à l'égard des autres sociétés, sur le rapport du magistrat de mise en état,

reçoit l'appel de A,

le dit non fondé,

reçoit l'appel de D,

le dit partiellement fondé,

réformant partiellement

dit non fondée la demande de A en ce qu'elle est dirigée contre D,

décharge D de la condamnation de tenir quitte et indemne A à concurrence du montant de 88.144 EUR,

confirme le jugement pour le surplus, sauf en ce qui concerne le sort à réserver aux frais et dépens des deux instances,

déboute A et D de leurs demandes en allocation d'une indemnité de procédure,

fait masse des frais et dépens des deux instances et les impose dans leur intégralité à charge de A, sauf en ce qui concerne les frais liés à l'intimation de E et de F qui resteront à charge de D, et en ordonne la distraction au profit de Maître Christel HENON, avocat constitué, sur ses affirmations de droit.