

Arrêt commercial

Audience publique du treize mai deux mille quinze

Numéro 39870 du rôle.

Composition :

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

Entre :

1) A, (...) et directeur de B, demeurant à (...),

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

appelants aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy Engel de Luxembourg du 30 novembre 2012,

sub 1) et 2) comparant par Maître Marc Petit, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et :

C, établie et ayant son siège social à (...), 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 Engel,

comparant par Maître Glenn Meyer, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par acte d'huissier du 2 février 2009, A et B ont exposé que le Dr A a ouvert, en octobre 2000, en sa qualité de président du «*board of directors*» de B, un compte auprès de C D à (...); que ce compte a été crédité le 18 octobre 2000 d'un transfert de 4.500.000.- USD; que le Dr A aurait rencontré le 16 novembre 2000 à (...) un certain E qui se serait présenté comme étant un intermédiaire travaillant pour la C; que ce E aurait incité les requérants à investir dans des produits financiers de cette banque; qu'aussitôt un formulaire d'ouverture d'un compte chiffré aurait été signé par le Dr A, son épouse et le trésorier de l'hôpital sur lequel aurait été indiqué comme bénéficiaire effectif des fonds, la société B et le numéro du compte (...); que l'original et la copie de cette demande d'ouverture de compte auraient été conservés par E; que par téléphone mobile, un certain F, employé de C C, aurait été mis au courant et répondu que la demande d'ouverture de compte était en cours de traitement et qu'il allait avertir les requérants et E du résultat de cette procédure; que F se serait engagé à ouvrir un compte au nom de la société B et à veiller à la conservation en dépôt du montant transféré; que le 17 novembre 2000, le montant de 4.500.000.- USD aurait été transféré depuis le compte ouvert auprès de C D sur le compte nostro tenu par C auprès de G lui servant d'intermédiaire pour les transactions libellées en USD, puis continué, conformément à l'instruction du Dr A, sur le compte chiffré (...) auprès de C défenderesse; que le 2 janvier 2002, le prompt retour de l'argent aurait été sollicité par courrier adressé à F; que le défaut de réaction de C à ce courrier engagerait sa responsabilité; que le 23 novembre 2003, une nouvelle demande en ce sens aurait été adressée à la direction de C; que trois jours plus tard, la défenderesse a répondu que l'instruction ne pouvait pas être exécutée étant donné que le compte en question n'était pas ouvert au nom de la société B; que les fonds n'auraient jamais pu être récupérés.

Le Dr A et la société B ont partant assigné C C (devenue par fusion C) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, aux fins de la voir condamner à payer au Dr A, sinon à la société B, la somme de 4.500.000.- USD, convertie au montant de 3.122.076,04.- euros, avec les intérêts légaux à partir de la date de survenance des pertes, partant du décaissement, sinon à partir du jour de la demande en justice, jusqu'à solde. Ils ont encore sollicité une indemnité de procédure de 5.000.- euros, l'exécution provisoire du jugement à intervenir, ainsi que la condamnation de la partie défenderesse à tous les frais et dépens de l'instance.

Par jugement du 18 avril 2012, le tribunal, après avoir retenu qu'il statuait en matière commerciale, a débouté les requérants de leurs

demandes respectives et a condamné chacune des parties à payer à C une indemnité de procédure de 1.000 €.

Pour statuer ainsi, la juridiction du premier degré a d'abord rejeté le moyen tiré du libellé obscur de l'assignation. Quant au moyen tiré du défaut de la qualité à agir opposé par la défenderesse qui entendait voir déclarer irrecevable la demande de l'une ou l'autre des parties demanderesses, le tribunal a dit que cette question relevait du fond du droit et non pas de la recevabilité de la demande.

Quant au fond, le tribunal a rejeté la demande en ce que la responsabilité du C était recherchée en raison d'un manquement à son obligation de vérification dans l'exécution du virement litigieux. Il a retenu que la défenderesse avait agi en qualité de mandataire substitué, que l'instruction reçue ne comportait aucune anomalie apparente, qu'il ne pouvait lui être reproché d'avoir crédité le compte n° (...) sans avoir vérifié l'identité du bénéficiaire, étant donné que l'identité du bénéficiaire ne se trouvait ni sur l'ordre de virement adressé par le Dr A à C D, ni sur le message SWIFT communiqué à G.

Les demandeurs avaient en outre basé leur action sur la théorie du mandat apparent que le tribunal a rejetée comme peu crédible au regard de l'incohérence des faits allégués, le tribunal ayant encore dit que l'erreur dans laquelle les demandeurs auraient versé ne serait pas légitime. Il a encore rejeté la demande pour autant qu'était recherchée la responsabilité contractuelle de C basée sur la violation de ses obligations de conseil, d'assistance et d'information, et sa responsabilité délictuelle personnelle en sa qualité de commettant du fait des agissements du préposé F.

Le tribunal a condamné chacune des parties demanderesses à payer à C une indemnité de procédure de 1.000 euros.

Par acte d'huissier du 30 novembre 2012, le Dr A et la société B (ci-après la société B) ont régulièrement interjeté appel contre le jugement non signifié.

Ils réitèrent leur demande à voir retenir que le C (ci-après C) a engagé sa responsabilité contractuelle pour avoir manqué à son devoir de vigilance, sinon sur la base de la théorie du mandat apparent, sinon en dernier ordre de subsidiarité du chef de manquement au devoir de surveillance de ses préposés. Ils formulent encore une offre de preuve par témoins par l'audition de l'appelant A et de son épouse. Ils demandent, par réformation, à se voir allouer la somme de 4.500.000 USD, à se voir décharger des condamnations à payer chacun une indemnité de procédure à C et concluent à une indemnité de procédure de 2.000 € pour la première instance. Ils réclament de même une indemnité de procédure de 2.000 € pour l'instance d'appel.

C conclut à la nullité de l'acte d'appel en raison de son libellé obscur et, quant au fond, à la confirmation du jugement entrepris.

L'offre de preuve serait à déclarer irrecevable en ce qu'elle tendrait à l'audition du Dr A qui est partie au litige et non pertinente en ce qui concerne H, l'épouse du Dr A.

Elle demande le rejet de la demande en indemnité de procédure adverse tant pour la première instance que pour l'instance d'appel et sollicite la condamnation de chacune des parties appelantes à lui payer une indemnité de procédure de 4.000 euros.

Quant à la recevabilité de l'appel

C soulève in limine litis la nullité de l'acte d'appel en ce que les deux parties appelantes demandent la réparation d'un préjudice global de 4,5 millions USD, sans préciser la part devant revenir à chacune d'elles, ni en quelle qualité la revendication est formulée.

Aux termes de l'article 154 du NCPC, auquel renvoie l'article 585 du même code, l'acte d'appel doit, à peine de nullité, contenir l'objet et un exposé sommaire des moyens.

L'article 586 du NCPC prévoit en outre que les conclusions d'appel doivent formuler expressément les prétentions de la partie et les moyens sur lesquels chacune de ses prétentions est fondée.

Les dispositions légales précitées ont pour but de faire connaître à la partie intimée, dès l'ingrès, dans l'acte d'appel, les critiques émises par l'appelant à l'encontre de la décision de première instance, ceci avec suffisamment de précision pour permettre à l'intimé de préparer utilement sa défense en instance d'appel.

L'objet de la demande est libellé d'une façon obscure lorsque plusieurs demandeurs se contentent de demander un montant global et qu'il n'est pas possible au défendeur de déterminer suivant quels critères le montant global serait à répartir entre les différents demandeurs, ou bien, si l'exploit dirigé contre une pluralité de défendeurs ou d'intimés, ne permet pas de vérifier quelle part est réclamée à chacun des défendeurs, ce qui les entrave, dans les deux cas, dans le choix des moyens de défense appropriés et leur cause un grief.

En l'occurrence toutefois, les appelants n'entendent pas répartir le montant de l'indemnisation réclamée entre eux selon une clé de répartition non autrement précisée dans l'acte d'appel, mais réclament chacun pour soi, la réparation intégrale du préjudice, le Dr A en sa qualité de donneur d'ordre du virement litigieux et la société B en sa qualité de bénéficiaire du virement à effectuer.

Ainsi que les demandeurs l'avaient déjà explicitement exposé dans l'assignation introductive d'instance du 2 février 2009, ils concluaient à une condamnation alternative de C.

En l'espèce, C n'a pas pu se méprendre sur les prétentions, identiques qu'en première instance, des parties appelantes ou spéculer sur la question de savoir quelle prétention pécuniaire les appelants font valoir. Ces derniers concluent à la condamnation de C à payer, soit au Dr A, soit à la société B la somme de 4,5 millions d'USD en raison du manquement à son devoir de vigilance dans le cadre de l'exécution de l'ordre de virement, sinon sur base du mandat apparent, sinon en dernier ordre de subsidiarité, en raison du manquement au devoir de surveillance de ses préposés.

Il appartient dès lors aux parties appelantes d'établir laquelle d'entre elles dispose de la qualité de victime et d'un intérêt pour agir, les moyens de défense de C restant les mêmes.

Le dispositif de l'acte d'appel et la motivation de celui-ci constituent un reproche précis à l'encontre des motifs contenus dans le premier jugement ayant déclaré la demande recevable, mais non fondée.

L'exception n'est dès lors pas fondée.

C relève encore que la société B n'établit pas que la représentation en justice de cette société, constituée sous le droit du Royaume de (...), relèverait bien des pouvoirs de son conseil d'administration.

Les questions relatives aux pouvoirs exercés au sein d'une personne morale relèvent de sa loi nationale, partant, en l'espèce, de la loi du Royaume de (...), tandis que relèvent de la loi du juge saisi, donc de la loi luxembourgeoise, les formalités à respecter dans l'exploit introductif d'instance et notamment les mentions devant y figurer, qui, pour une personne morale sont, au prescrit de l'article 153 du NCPC, à peine de nullité, sa forme, sa dénomination et son siège social.

L'article 153 du NCPC n'impose pas à la personne morale de désigner l'organe qui la représente en justice. La rédaction actuelle dudit article est issue de la loi du 11 août 1996 sur la mise en état en matière de procédure civile. L'intention du législateur était de dispenser les personnes morales de désigner l'organe les représentant en justice. (cf. Doc. parl. 3771 et notamment 3771-5, sous article IV, p. 14 et sous article VIII, pt.8, p.19 et 3771-9, pt.7, page 18).

Ainsi, l'absence d'indication de l'organe représentant une société en justice, voire d'une indication erronée de l'organe représentatif, n'entraîne pas la nullité de l'exploit introductif d'instance (cf. Cour de Cassation 2 avril 2009, n°2622 du registre).

Dès lors que la société n'est pas tenue d'indiquer l'organe la représentant en justice, et qu'il n'est pas soutenu que la société ne soit pas régulièrement dotée des organes qui la représentent à l'égard des tiers, une indication d'un organe qui n'aurait légalement pas le pouvoir de la représenter, constitue tout au plus une précision non requise par la loi, fruit d'une erreur matérielle qui, au surplus, n'a pas causé grief.

Ce moyen est dès lors à écarter, de même que la considération de C, à supposer que cette observation puisse constituer un moyen, selon laquelle la société B n'établit pas qu'elle n'a pas besoin d'une autorisation pour assigner en justice délivrée par l'organe compétent, étant donné que l'avocat est légalement présumé avoir reçu un mandat régulier pour accomplir un acte de procédure par l'organe compétent de ladite personne morale. Afin de renverser cette présomption, la partie adverse ne peut se borner à mettre d'une manière générale en doute l'absence d'une éventuelle autorisation, mais doit fournir un début ou commencement de preuve que l'autorisation requise fait défaut.

Quant au manquement au devoir de vigilance

C a reçu en date du 17 novembre 2000, par l'intermédiaire de G, auprès de laquelle elle détenait un compte pour les transactions libellées en USD, un virement de 4,5 millions USD, provenant d'un compte que le Dr A détenait auprès de D.

Ce virement indiquait, ainsi que l'attestent tant le relevé SWIFT du virement (farde de pièces des appelants, numéro 6), que le relevé SWIFT de l'entrée des fonds (farde de pièce de C, pièces n°1, 2, 4 et 6), que la somme devait être créditée sur le compte chiffré n° (...)ouvert dans les livres de C, sans indication du nom du bénéficiaire.

Ce compte était ouvert depuis le 5 mai 1999 au nom d'un certain I.

Aucun contrat d'ouverture de compte n'a jamais été conclu, ni un écrit quelconque dressé constatant un engagement signé par le Dr A et/ ou la société B, et C concernant l'ouverture d'un compte bancaire (chiffré) auprès de l'intimée.

L'ordre de virement tout en indiquant comme donneur d'ordre le Dr A et le numéro du compte chiffré n° (...), ne renseignait pas le nom du bénéficiaire du compte destinataire, a été exécuté par C qui a inscrit, conformément à l'instruction reçue, la somme de 4,5

millions USD sur le compte tel qu'indiqué dans l'ordre de transfert repris par le message SWIFT.

Le Dr A ne conteste pas avoir émis l'ordre de virement, ni avoir ordonné le transfert des fonds sur le compte chiffré (...) ouvert auprès de C. Il est encore établi que l'appelant n'avait pas donné à D d'autres indications que celles reprises par le message SWIFT, à savoir le numéro de compte à créditer (...), mais non pas le nom du titulaire de ce compte.

Dans son courrier du 2 janvier 2002, la société B confirma que le compte ouvert auprès de C était un compte chiffré et par courrier du 23 novembre 2003, la même société confirma que la somme de 4,5 millions USD aurait dû être transférée sur le compte (...) ouvert auprès de C (farde de pièces des appelants, numéros 8 et 10).

Sur le plan juridique, le virement s'analyse en un double mandat. Il repose en effet principalement sur un mandat de payer entre le donneur d'ordre et sa banque, d'une part, et sur un mandat d'encaisser entre le bénéficiaire et sa banque, d'autre part, qui peut être une banque différente de celle du donneur d'ordre.

Le banquier du bénéficiaire du virement doit inscrire les sommes, objet du virement, sur le compte expressément désigné par le donneur d'ordre. Un banquier engagerait sa responsabilité si, de sa propre initiative ou par erreur, il donnait aux fonds une autre affectation sans l'accord du donneur d'ordre.

Dans l'hypothèse où il n'existe, comme en l'espèce, aucune relation contractuelle entre le donneur d'ordre et le banquier réceptionnaire, il est admis que ce dernier, mandataire substitué de C du donneur d'ordre, doit, en achevant l'ordre de transfert, veiller à l'exécution des conditions auxquelles le donneur d'ordre a subordonné le transfert des fonds. Dans le cadre de cette opération, il est soumis au même devoir de vigilance que le banquier du donneur d'ordre et sera tenu de vérifier la régularité du virement et de déceler les anomalies apparentes.

Le banquier réceptionnaire sera tenu par un devoir de surveillance et de vérification et devra ainsi refuser ou du moins différer dans l'attente d'instructions, un virement donné en des termes qui comportent un risque d'erreur sur la somme ou sur le bénéficiaire (J-CI Banque-Crédit-Bourse, fasc. 390 Virement, n° 3 et 123 et suiv.).

En présence d'un message SWIFT qui n'a présenté aucune anomalie ou irrégularité, il n'existait aucune nécessité pour l'intimée en sa qualité de mandataire substitué de se renseigner auprès du donneur d'ordre ou auprès de C de celui-ci sur l'identité du bénéficiaire du compte chiffré, destinataire du transfert.

C'est dès lors à juste titre que le tribunal d'arrondissement, après avoir constaté que l'instruction de virement transmise par message SWIFT, émanait bien du Dr A et mentionnait uniquement le numéro du compte chiffré sans mentionner l'identité du bénéficiaire, a retenu qu'il n'existait aucune anomalie apparente, ni contradiction apparente que C en tant que mandataire substitué aurait dû déceler sur la seule pièce en sa possession et que C n'avait pas manqué à son obligation de vigilance et de contrôle, partant n'avait pas commis de faute.

Quant à la théorie du mandat apparent

A titre subsidiaire, les parties appelantes considèrent que C serait liée à leur encontre, en application de la théorie du mandat apparent, en qualité de mandante, susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle, au motif qu'elles ont pu légitimement croire « *en raison des agissements de E avec la complicité de F* » avec lesquels elles ont traité, que E était le mandataire de C.

Pour que la théorie du mandat apparent puisse s'appliquer, il faut que la croyance du tiers aux pouvoirs du prétendu mandataire soit légitime. Pour que la croyance soit légitime, il faut à la fois qu'il y ait eu apparence de mandat et que les circonstances aient autorisé celui qui se prévaut de la théorie, à ne pas vérifier la réalité des pouvoirs du mandataire (Cour 13 janvier 1998, P.30.465, Cour 5 juin 1985, P.26.349).

Ainsi que l'a relevé le tribunal, les appelants ne peuvent invoquer aucun élément qui aurait pu surprendre leur croyance légitime.

Il n'y avait aucune apparence dans le chef de E qui ne s'est jamais présenté comme employé ou fondé de pouvoir de C, mais comme apporteur d'affaires. F n'est pas intervenu dans le cadre de la procédure de la prétendue ouverture du compte chiffré en novembre 2000 et les affirmations des parties appelantes quant à son intervention au téléphone et postérieurement au 17 novembre 2000 ne sont étayées par aucune pièce ou commencement de preuve.

En l'absence de toute visite dans les locaux de l'initmée au Grand-Duché de Luxembourg au moment de la prétendue ouverture de compte, en l'absence de tout document d'ouverture contresigné par les fondés de pouvoir de C, le manque d'une confirmation quelconque écrite d'ouverture de compte sur papier entête de C, le défaut de remise d'une copie de documents d'ouverture et en général en l'absence d'un quelconque document émanant de C, les circonstances objectives de l'espèce n'étaient pas telles que le Dr A et la société B auraient pu raisonnablement croire au moment de procéder au virement, être en relation contractuelle avec C au Luxembourg via son supposé mandataire E. Les seuls pourparlers menés hors C luxembourgeoise, dans un hôtel à Genève avec une personne se disant être un « *apporteur d'affaires* » pour C, qui leur a

soumis un formulaire d'ouverture de compte, ne sauraient engager l'intimée en qualité de mandant apparent ou avoir dispensé les appelants de vérifier avant de procéder au virement de 4,5 millions USD si le compte chiffré avait été ouvert en les livres de C et si le titulaire en était bien la société B,

La confirmation que C procéderait à l'ouverture du compte, donnée au cours d'un entretien téléphonique - pour autant que cet entretien ait eu lieu - avec une personne qui se nommerait suivant les affirmations de E « F », ne saurait pas non plus suffire pour constituer l'apparence pour les parties appelantes qu'elles avaient traité avec C.

Par ailleurs aucun élément ayant créé ou même contribué à créer une apparence de mandat n'est imputable à C, étrangère aux faits en ce sens qu'elle n'est aucunement intervenue au cours des pourparlers.

C'est dès lors à juste titre que le tribunal a retenu que les circonstances de l'espèce n'ont pu créer une quelconque apparence de mandat dans le chef de C et que la théorie du mandat apparent ne saurait trouver application.

Quant à la responsabilité délictuelle

Les appelants recherchent encore la responsabilité de C sur base de l'article 1384 alinéa 3 du Code civil « *en raison de ses manquements à son obligation de surveillance de ses employés dans la mesure où elle a permis à un de ses employés, le sieur F, d'organiser le détournement de la somme de 4.500.00 USD* », qui ne se serait pas comporté comme salarié prudent et diligent et dont le comportement aurait contribué au dommage, notamment en communiquant les formulaires d'ouverture de compte à E qui s'en serait servi à des fins délictuelles et qui aurait rassuré au cours d'une rencontre dans les locaux de C en mai 2001, le Dr A et son épouse sur le dépôt des fonds qui seraient toujours inscrits au crédit au compte (chiffré) n°(...), prétendument ouvert le 17 novembre 2000.

C conclut principalement à l'irrecevabilité de la demande en raison du principe du non-cumul de la responsabilité contractuelle et délictuelle et à titre subsidiaire à son rejet.

Bien que le banquier du bénéficiaire du compte soit en sa qualité de mandataire substitué, contractuellement tenu vis-à-vis du donneur d'ordre de vérifier la régularité d'un virement et de l'exécuter avec célérité et correctement, il n'existe par contre aucune relation contractuelle directe entre C et les appelants, aucun contrat d'ouverture de compte et en général d'entrée en relations, n'ayant été signés entre parties.

Aucun compte n'ayant été ouvert par C au nom du Dr A ou de la société B, sa responsabilité peut être recherchée à titre subsidiaire sur la base délictuelle en raison d'une faute de son employé.

Les banques sont responsables du fait de leurs préposés dans les conditions du droit commun de l'article 1384 alinéa 3 du Code civil, c'est-à-dire quand le préposé commet un acte fautif dans l'accomplissement de sa mission. La jurisprudence actuelle considère que le commettant ne s'exonère de sa responsabilité que si son préposé a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation, et à des fins étrangères à ses attributions, sans autorisation.

Or, il n'appert d'aucun élément du dossier que F ait été en contact avec les parties appelantes au moment de l'ouverture de compte litigieuse prétendument faite au nom de la société B, ni qu'il ait agi dans le cadre de ses fonctions en remettant à un moment antérieur, mais non autrement défini et à une fin ignorée, des documents d'ouverture de compte à E.

La responsabilité de C commettante peut encore retenue quand la victime est légitimement fondée à croire que le préposé agissait dans l'exercice de ses fonctions Elle est écartée dans le cas contraire (Cass. 2e civ., 19 déc. 1997 : JCP E 1998, p. 56. – TGI Versailles, 8 sept. 1998 : RD bancaire et bourse 1998, p. 225, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard).

Ainsi qu'il a été relevé ci-dessus, l'interlocuteur direct du Dr A au moment des pourparlers et du transfert des fonds était E, qui n'était ni un préposé de C, ni ne pouvait être considéré comme agissant au nom et pour le compte de celle-ci.

La demande n'est dès lors pas non plus fondée sur la base délictuelle.

Au vu du sort de la demande des parties appelantes, l'offre de preuve doit être rejetée pour être sans objet, sans qu'il y ait lieu de se prononcer sur sa recevabilité en ce qui concerne l'audition du Dr A.

Le jugement est à confirmer dans son intégralité, partant également en ce que la demande des requérants en allocation d'une indemnité de procédure a été rejetée.

Au vu du sort réservé à leur appel et aux dépens, le Dr A et la société B ne sont pas en droit de réclamer une indemnité de procédure.

La demande de l'intimée à se voir allouer une telle indemnité est également à rejeter, étant donné qu'elle n'a pas justifié du caractère inéquitable dont question à l'article 240 du NCPC.

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 les appels,

les dit non fondés,

confirme le jugement entrepris,

rejette la demande des parties basées sur l'article 240 du NCPC;

condamne le Dr A et B aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Glenn Meyer, avocat constitué, sur ses affirmations de droit.