

Arrêt N° 39/23 IV-COM

Audience publique du sept mars deux mille vingt-trois

Numéro CAL-2022-00563 du rôle

Composition:

Marianne EICHER, président de chambre;
Michèle HORNICK, conseiller;
Carole BESCH, conseiller;
Eric VILVENS, greffier.

E n t r e

la société anonyme A, établie et ayant son siège social à, représentée par son conseil d'administration, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro,

appelante aux termes d'un acte de l'huissier de justice Guy Engel de Luxembourg du 13 mai 2022,

comparant par la société à responsabilité limitée Molitor Avocats à la Cour, établie et ayant son siège social à L-2763 Luxembourg, 8, rue Sainte-Zithe, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 211810, représentée par Maître Armel Waisse, avocat à la Cour,

e t

la société à responsabilité limitée unipersonnelle de droit français B, établie et ayant son siège social, représentée par son gérant, inscrite sous le numéro,

intimée aux fins du prédit acte Engel,

comparant par Maître Antoine Reillier, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL

Les faits

Par courriel du 30 juin 2021 à 15h49, des fraudeurs sont entrés en contact avec la comptable de la société unipersonnelle de droit français B (ci-après B), en se faisant passer pour son gérant, C, et en lui ordonnant de procéder au paiement d'honoraires d'avocat à « Maître D » du cabinet « E ».

A 16h20 le même jour, les fraudeurs ont recontacté la comptable de B en lui soumettant une note d'honoraires d'un montant de 48.384,60 euros pour paiement.

La comptable s'étant exécutée, un virement a été effectué à 16h32 du compte courant de B auprès de la banque F (ci-après F) vers le compte bancaire indiqué par les fraudeurs auprès de la société anonyme A (ci-après A) au nom de « G » portant le numéro IBAN.

Après avoir constaté l'opération frauduleuse, B a contacté sa banque F à 17h14 et a envoyé un courriel à A à 18h42, les informant de la fraude.

Le lendemain, le 1^{er} juillet 2021 à 8h20, F a contacté A via message Swift pour l'informer de l'existence de la fraude en y précisant les données relatives au virement, au donneur d'ordre et au bénéficiaire. Une demande de retour des fonds était également faite.

Le même jour à 8h53 les fonds ont été inscrits par A sur le compte de G et à 9h20, 40.000 euros ont été transférés de ce compte vers un autre établissement bancaire.

A a informé tant B que F, après 9h30, du transfert des fonds vers un compte tiers ; elle a bloqué le compte du bénéficiaire et a initié une demande de « recall » auprès de la banque du bénéficiaire du second virement, qui n'a cependant pas abouti.

F a également fait une demande de recall du premier virement qui a été enregistrée chez A le 2 juillet 2021 à 6h53.

La procédure de première instance

Invoquant sa responsabilité contractuelle sur base de l'article 1994, alinéa 2 du Code civil, sinon sa responsabilité délictuelle, B a, par exploit d'huissier de justice du 6 octobre 2021, fait donner assignation à A à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, aux fins de l'entendre condamner à lui payer le montant de 48.384,60 euros à titre de dommages et intérêts ainsi qu'une indemnité de procédure de 5.000 euros.

Par jugement du 18 mars 2022, le tribunal :

- a reçu la demande en la forme,
- s'est déclaré compétent,
- a dit la demande fondée,
- a condamné A à payer à B la somme de 48.384,60 euros et une indemnité de procédure de 1.500 euros,
- a dit non fondée la demande de A en allocation d'une indemnité de procédure,
- a dit qu'il n'y a pas lieu d'ordonner l'exécution provisoire du jugement,
- a condamné A aux frais et dépens de l'instance.

Pour statuer ainsi, le tribunal s'est déclaré compétent *ratione loci* sur base de l'article 4 du Règlement (UE) n°1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après le Règlement 1215/2012) et a écarté l'application de l'article 25 des conditions générales de F.

Quant au fond, le tribunal a dit l'article 101(1) de la loi modifiée du 10 novembre 2009 sur les services de paiement (ci-après la LSP) inapplicable motif pris que le litige ne concerne pas une mauvaise exécution ou inexécution d'une opération de paiement. Le tribunal a ensuite considéré que le banquier du bénéficiaire agit en tant que mandataire substitué du donneur d'ordre et qu'il a, en cette qualité, une obligation de prudence et de diligence pour exécuter l'opération de virement aux fins voulues par le donneur d'ordre. Le tribunal a dit qu'ayant été avertie le 30 juin 2021 par courriel de B et le 1^{er} juillet 2021 par courriel Swift de F, A ne pouvait légitimement ignorer le caractère irrégulier du virement litigieux. Selon le tribunal, A aurait dû appliquer les mesures de vigilance dans l'exécution prévues par l'article 3(l) de la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme (ci-après la Loi de 2004). Le tribunal a retenu que A avait toutes les informations nécessaires à sa disposition pour déceler l'anomalie de la transaction et que nonobstant ce fait, elle n'a pas fait preuve d'une vigilance adaptée à la situation, permettant ainsi le transfert à partir du compte « G » du montant de 40.000 euros vers un autre établissement bancaire, situé dans un pays tiers, seulement une demi-heure après l'entrée du virement de B.

Le tribunal a finalement estimé que A n'a pas établi en quoi la faute de la comptable de B a été de nature à diminuer la responsabilité de A, dans la mesure où son manque de vigilance ne se situait pas au moment de la réception des fonds suite au virement effectué par la comptable, mais après l'entrée des fonds sur le compte « G » et suite aux informations mises à sa disposition quant à l'existence d'une éventuelle fraude dans le cadre de l'utilisation du compte « G ». La demande a dès lors été déclarée fondée pour le montant réclamé.

L'appel

De ce jugement, lui signifié le 6 avril 2022, A a relevé appel par exploit d'huissier du 13 mai 2022.

Les moyens de l'appelante

A fait grief au tribunal : (i) d'avoir refusé d'appliquer la loi LSP laquelle devrait conduire au rejet de la demande de B, ou sinon (ii) si par impossible, cette loi ne devait pas s'appliquer, de s'être reconnu compétent au mépris de la clause attributive de juridiction telle que soulevée *in limine litis* par elle par le biais de l'exception d'incompétence territoriale, ou sinon (iii) si par impossible la Cour considérait le tribunal comme compétent, d'avoir retenu la responsabilité civile de A sur la base de l'article 1994 du Code civil et de la théorie du mandat substitué alors que, notamment, aucune faute ne saurait lui être reprochée ou que sinon (iv) la faute de B aurait dû être prise en considération pour aboutir à une exonération de la responsabilité de A ou, à tout le moins, à un partage de responsabilité entre elles.

Elle estime encore que c'est à tort que le tribunal l'a condamnée au paiement d'une indemnité de procédure. Elle sollicite pour sa part, l'octroi d'une telle indemnité de 7.500 euros.

Les moyens de l'intimée

B conclut à la confirmation du jugement par adoption de ses motifs. Elle demande en tout état de cause à voir débouter l'appelante de sa demande basée sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et elle sollicite la condamnation de A au paiement d'une indemnité de procédure de 10.000 euros.

Elle approuve la motivation du tribunal quant à l'inapplicabilité de l'article 101(1) de la LSP et avance qu'il n'est nullement reproché à A de ne pas avoir exécuté l'ordre de virement, de l'avoir mal exécuté ou de l'avoir exécuté tardivement, mais qu'il lui est reproché de ne pas avoir bloqué les fonds alors qu'elle connaissait parfaitement le caractère frauduleux du virement. Ce contexte serait différent de celui envisagé par l'article 101(1) de la LSP.

Elle soutient que A a agi en tant que mandataire substitué de son banquier et que même s'il n'existe aucune relation contractuelle entre elle et ce mandataire substitué, ce dernier a, au même titre que le banquier du donneur d'ordre, une obligation de prudence et de diligence pour exécuter l'opération de virement aux fins voulues par le donneur d'ordre.

Ainsi, A aurait eu une obligation de ne pas exécuter ou du moins de différer un virement qui présente une anomalie apparente, et *a fortiori* une obligation de ne pas exécuter, ou du moins de différer un virement qu'elle savait frauduleux.

B fait valoir que A avait été informée à trois reprises et avant la réception des fonds sur le compte « G » de l'existence de la fraude et des détails du virement en question. Si elle admet que A était en droit d'exiger de la part de F l'émission d'une demande formelle de « recall » avant de retourner les fonds sur son compte, rien ne l'aurait autorisée, avant la réception d'une telle demande, à faire fi des divers messages qu'elle avait reçus concernant le caractère frauduleux du transfert des fonds.

Elle ajoute que l'obligation de vigilance du banquier doit également être mise en perspective avec les obligations du banquier en matière de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme telles que prévues par l'article 3 (I) de la Loi de 2004, à savoir l'obligation d'appliquer des mesures de vigilance à l'égard de sa clientèle, notamment lorsqu'elle noue la relation d'affaires avec son client, mais également lorsqu'elle exécute à titre occasionnel une transaction d'un montant égal ou supérieur à 15.000 euros.

Ainsi elle estime que A avait en l'espèce l'obligation :

- de connaître et de comprendre l'activité du client qui a reçu le transfert frauduleux,
- d'examiner la transaction frauduleuse et de vérifier sa cohérence par rapport aux activités commerciales de Madame G,
- d'examiner le contexte et la finalité de la transaction frauduleuse.

Selon elle, il résulterait de l'échange des courriels entre A et son client « G », que A ne s'était non seulement pas enquis - avant d'exécuter le transfert frauduleux - de l'origine des fonds mais qu'elle ne s'était également pas non plus enquis de l'origine des fonds dans le cadre du second virement, du compte « G » vers le compte tiers avant son exécution.

B en conclut que le tribunal a à juste titre retenu que A a manqué en sa qualité de mandataire substitué à son obligation de vigilance, sinon à son obligation de se conformer aux instructions du donneur d'ordre et qu'elle a partant engagé sa responsabilité aux termes de l'article 1994 alinéa 2 du Code civil.

A titre subsidiaire, elle recherche la responsabilité délictuelle de A pour avoir manqué à ses obligations à la Loi de 2004. Elle estime ainsi que ces manquements ont permis au virement frauduleux d'être encaissé par « G » qui a ainsi pu retransférer l'argent sur le compte des fraudeurs.

Appréciation

L'appel introduit dans les formes et délai de la loi est recevable.

Il résulte des conclusions de l'intimée qu'elle recherche la responsabilité de A tant dans le cadre de l'exécution du premier virement au profit de « G » que dans le cadre de l'exécution du deuxième virement au profit d'un tiers à partir du compte « G ».

- La responsabilité de A dans l'exécution du virement au profit de « G »

L'appelante reproche en premier lieu au tribunal de ne pas avoir appliqué la LSP au litige.

La LSP a transposé en droit luxembourgeois la Directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2009 concernant les services de paiement dans le marché intérieur (ci-après la Directive 2007/64).

Quant au champ d'application de cette loi, les titres I à IV ne s'appliquent qu'aux services de paiement fournis par un prestataire de paiement situé au Luxembourg. En ce qui concerne les virements, la LSP prévoit en plus que les dispositions qui règlent d'une manière détaillée les obligations d'informations et de transparence ainsi que les droits et obligations liés à la prestation et à l'utilisation de services de paiement (titres III et IV) ne s'appliquent que lorsque les prestataires de services de paiement à la fois du payeur et du bénéficiaire sont situés dans un Etat membre de l'Espace économique européen (O. Poelmans et Udo Prinz, Le virement, Droit bancaire et financier au Luxembourg, 2014, Volume 2, n°4).

Tel est le cas en l'espèce, tant F, prestataire de services de paiement du payeur (ou donneur d'ordre) que A, prestataire de services de paiement du bénéficiaire étant situées dans un Etat membre de l'Union européenne. La LSP est partant applicable pour l'appréciation de la responsabilité de A dans le cadre de l'exécution du virement ordonné par B.

A fait valoir que l'application de la LSP au litige fait obstacle à ce que sa responsabilité puisse encore être recherchée sur la base de droit commun invoquée par l'intimée.

Dans un arrêt du 2 septembre 2021, la CJUE (aff. C-337/20) a retenu, entre autres, que l'utilisateur d'un service de paiement ne peut engager la responsabilité civile du prestataire de service sur un fondement autre que celui prévu par la directive 2007/64.

Si cet arrêt est intervenu dans le cadre d'une responsabilité recherchée sur base des articles 58, 59 et 60 de la directive 2007/64, transposés aux articles 85, 86 et 87 de la LSP, il n'en demeure pas moins que dans la motivation du prédict arrêt, la CJUE retient que :

« 41 Or, il convient de relever que l'article 86 de la directive 2007/64, intitulé « Harmonisation totale », dispose que, « [s]ans préjudice d[e] plusieurs dispositions de ladite directive qu'il énumère], dans la mesure où la présente directive contient des dispositions

harmonisées, les États membres ne peuvent maintenir en vigueur ni introduire des dispositions différentes de celles contenues dans la présente directive ». Aucun des articles 58, 59 et 60 de la même directive ne figure parmi les dispositions pour lesquelles l'article 86 accorde une marge de manœuvre aux États membres pour leur mise en œuvre.

42 Il s'ensuit que le régime de responsabilité des prestataires de services de paiement prévu à l'article 60, paragraphe 1, de la directive 2007/64 ainsi qu'aux articles 58 et 59 de cette directive a fait l'objet d'une harmonisation totale si bien que les États membres ne peuvent maintenir un régime de responsabilité parallèle au titre du même fait générateur. »

Dans la mesure où les articles relatifs à la révocation de l'ordre de virement, à la responsabilité du banquier en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution d'un virement font partie des articles pour lesquels une harmonisation totale est prévue, cette jurisprudence est transposable au présent litige.

Il s'ensuit que B ne saurait engager la responsabilité de A dans le cadre de l'exécution du virement au profit de « G » sur un autre fondement que celui prévu par la LSP.

C'est dès lors à tort que le tribunal a analysé la responsabilité de A sur base de l'article 1994, alinéa 2 du Code civil, respectivement sur la Loi de 2004. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu d'analyser l'exception d'incompétence soulevée par A, celle-ci n'ayant été soulevée qu'à titre subsidiaire.

B reproche à A de ne pas s'être abstenue de créditer le compte du bénéficiaire alors qu'elle avait reçu l'information de l'existence d'une fraude.

Dans le cadre de la LSP, le banquier ne peut en principe pas refuser d'exécuter un ordre de paiement autorisé lorsque toutes les conditions énoncées dans le contrat de compte sont réunies.

En vertu de l'article 81, alinéa 1^{er} de la LSP, « *une opération de paiement n'est réputée autorisée que si le payeur a donné son consentement à l'exécution de l'opération de paiement* ». L'alinéa 3 prévoit que « *le consentement peut être retiré par le payeur à tout moment, mais pas après le moment d'irrévocabilité prévue à l'article 93* », c'est-à-dire après la réception de l'ordre par le prestataire de service de paiement du payeur, sauf disposition contraire. Il résulte de l'article que l'ordre de paiement donné par le payeur ne peut en principe plus être révoqué à partir du moment où il a été reçu par son banquier.

Ainsi en l'espèce, l'ordre de paiement donné par B est en principe devenu définitif dès sa réception le 30 juin 2021 par F.

S'il est vrai, comme le soutient B, que le droit de révocation peut être aménagé de manière conventionnelle, il n'est cependant pas établi que A ait accepté la révocation de cet ordre de virement, de sorte qu'il était définitif à son égard dès réception de l'ordre par F le 30 juin 2021.

B entend ensuite mettre en jeu la responsabilité de A pour avoir exécuté l'ordre malgré l'information reçue de l'origine frauduleuse de l'opération.

De prime abord, il y a lieu de constater que le courriel envoyé par B à A le 30 juin 2021 à 18h42 ne contient aucune précision quant au numéro de compte du donneur d'ordre ni quant au numéro de compte du bénéficiaire, de sorte que ce courrier ne saurait valoir information du prestataire de services de paiement de l'existence d'une fraude.

En ce qui concerne le courriel Swift envoyé par F à A le 1^{er} juillet 2021 à 8h20, il revêt certes les informations nécessaires pour permettre à A de cerner l'opération visée, il n'en demeure cependant pas moins que dans la mesure où ce courriel ne mentionne nulle part son caractère urgent et que le libellé du message est « FREE MESSAGE » sans référence à une demande de restitution d'argent, voire une demande de « recall », il n'est pas établi à quel moment A aurait pu agir. A défaut de cette preuve, il n'est pas établi que A avait été utilement informée avant l'inscription des fonds sur le compte du bénéficiaire de la cause frauduleuse du virement.

Par ailleurs, même à supposer que tel aurait été le cas, et que A aurait mal exécuté cet ordre, il résulte de l'article 101(1) de la LSP que sa responsabilité ne saurait être invoquée par B.

En effet, dans le système mis en place par la LSP, chacun des prestataires de services de paiement va être responsable à l'égard de son seul client de la bonne exécution du virement. Tant que les fonds virés ne sont pas parvenus au prestataire de services de paiement du bénéficiaire dans les délais prévus, le prestataire de services de paiement du donneur d'ordre est responsable de la bonne exécution du virement à l'égard de son client. Une fois que les fonds ont été transférés au prestataire de services de paiement du bénéficiaire, le donneur d'ordre va être considéré comme ayant valablement transféré les fonds au profit du bénéficiaire. Si un problème surgit ensuite, le bénéficiaire devra se retourner contre son propre prestataire de services de paiement, pour mettre en cause la responsabilité de celui-ci.

Dans ce système, le donneur d'ordre ne peut donc plus mettre en cause la responsabilité du prestataire de services de paiement du bénéficiaire, ou d'autres prestataires de services de paiement intermédiaires intervenus dans l'opération, sur la base d'une quelconque « substitution », mais devra soit se retourner contre son prestataire de services de paiement, soit être considéré comme étant libéré de son obligation à l'égard du bénéficiaire (op cit. Le virement, n°35)

Il s'ensuit que la demande de B contre A au titre du virement effectué au profit de « G » est, par réformation, à déclarer non fondée.

- La responsabilité de A lors du virement du 1^{er} juillet 2021

B recherche également la responsabilité de A dans l'exécution du virement du 1^{er} juillet 2021 du compte « G » vers un compte tiers. Elle fait valoir que A a manqué à ses obligations en vertu de la Loi de 2004 et que ces manquements ont permis au virement frauduleux d'être encaissé par « G », qui a ainsi pu retransférer l'argent sur le compte des fraudeurs.

Dans la mesure où B est tiers par rapport à l'ordre de virement de la part de « G » à un autre bénéficiaire, la LSP ne s'applique pas et à défaut de relation contractuelle entre parties, la responsabilité de A ne saurait être retenue que sur la base délictuelle.

Il en résulte qu'il appartient à B d'établir l'existence d'une faute commise par A dans le cadre du deuxième virement en relation causale avec son préjudice.

B invoque la responsabilité de A pour avoir manqué à ses obligations prévues par la Loi de 2004, notamment à celles prévues à l'article 3(l) et d'avoir failli à ses obligations de vigilance.

Au vu des pièces versées par A, B n'établit aucune faute que A aurait commise lors de l'ouverture du compte à l'égard de l'identité de son client « G » respectivement des activités de celle-ci. Il s'avère que le client « G » est une commerçante du nom de G qui exerce à La Haye en France son commerce dans la restauration sous l'enseigne de H.

B n'établit pas davantage que A a failli à d'autres obligations lui incombant dans le cadre de la Loi de 2004. Un tel manquement ne saurait être déduit de la seule exécution du premier virement au profit de « G », alors que la preuve de la connaissance par A de la cause frauduleuse du virement au moment de l'exécution tant du premier virement que du deuxième virement laisse d'être établie.

Il résulte au contraire des éléments du dossier que A une fois informée de l'origine frauduleuse de l'ordre de virement, a bloqué le compte « G » et a notifié à la banque du bénéficiaire du deuxième virement une demande « Recall » et ce avant même qu'elle ait reçu la plainte de la part de B faite à la police, respectivement la demande « recall » de la part de F.

Dans ces circonstances, B n'établit pas l'existence d'une faute dans le chef de A ayant causé le préjudice allégué. La demande n'est partant pas non plus fondée en ce qui concerne le deuxième virement.

Par réformation du jugement, B est partant à débouter de sa demande.

Les indemnités de procédure

Au vu de l'issue du litige, A ne saurait prétendre au paiement d'une indemnité de procédure. Par réformation du jugement, sa demande introduite sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile est partant à déclarer non fondée. Il en est de même en ce qui concerne sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

Il y a cependant lieu de faire droit à la demande de la A tendant à se voir allouer, pour l'instance d'appel, une indemnité de procédure que la Cour fixe à 2.000 euros.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel,

le dit fondé,

par **réformation**,

dit les demandes de la société à responsabilité limitée unipersonnelle de droit français B non fondées,

décharge la société anonyme A des condamnations prononcées à son encontre,

dit non fondée la demande de la société à responsabilité limitée unipersonnelle de droit français B introduite sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile pour l'instance d'appel,

condamne la société à responsabilité limitée unipersonnelle de droit français B à payer à la société anonyme A une indemnité de procédure de 2.000 euros,

condamne la société à responsabilité limitée unipersonnelle de droit français B aux frais et dépens des deux instances avec distraction pour l'instance d'appel au profit de la société à responsabilité limitée Molitor Avocats à la Cour sur ses affirmations de droit.