

- Arrêt civil -

**Audience publique du quinze avril deux mille dix**

**Numéro 33444 du rôle**

Composition:

Georges SANTER, président de chambre,  
Eliane EICHER, premier conseiller,  
Christiane RECKINGER, premier conseiller  
Lex BRAUN, greffier.

**E n t r e**

1. **X**, sans état, demeurant à D-(...),

2. **Y**, employée privée, demeurant à D-(...),

**appelantes** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 28 février 2008,

comparant par Lucy DUPONG, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**e t**

la **société anonyme SOC.1 S.A.** (anciennement **SOC.1' SA**), établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),

**intimée** aux fins du susdit exploit THILL,

comparant par André MARC, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

-----

## LA COUR D'APPEL:

Par exploit du 1<sup>er</sup> mars 2007, **X** et **Y** ont fait donner assignation à la société anonyme **SOC.1** à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, pour s'y entendre dire que l'opération d'acquisition par la banque pour le compte des demanderesses de 1010 parts du fonds commun de placement **SOC.1** (dénommé plus tard **SOC.1'**) et le débit correspondant de leur compte auprès de la banque du montant de 102.020,10.- € ne leur sont pas opposables. Elles ont demandé la condamnation de la banque à leur restituer le montant débité avec les intérêts légaux et à leur payer la somme de 27.778,20.- € représentant selon les demanderesses le manque à gagner résultant de l'absence de rendement de la somme débitée avec les intérêts légaux. Elles ont encore conclu à la majoration du taux de l'intérêt légal et à l'allocation d'une indemnité de procédure.

L'acquisition des parts du fonds commun de placement en question a été faite le 2 mars 2000 pour le compte des consorts **XY** par la banque qui dit avoir reçu un ordre téléphonique de la part du dénommé **Z** de réaliser cette opération.

Les consorts **XY** ont soutenu qu'elles n'ont jamais donné l'ordre d'effectuer l'opération litigieuse.

Se prévalant de l'article 15 de ses conditions générales réglant les modalités des réclamations des clients contre les documents bancaires et de la convention d'ordre de garde signée entre parties prévoyant notamment comment les documents de la banque doivent être considérés comme étant parvenus au client, la banque a soutenu que les demanderesses sont forcloses à contester l'opération litigieuse.

Par jugement du 5 décembre 2007, le tribunal a dit la demande non fondée et en a débouté les consorts **XY** avec charge des dépens, déboutant également toutes les parties de leurs demandes d'une indemnité de procédure.

Contre ce jugement, non signifié, les consorts **XY** ont régulièrement interjeté appel par exploit du 28 février 2008, concluant à se voir allouer, par réformation, le bénéfice des conclusions de l'acte introductif en première instance. Elles demandent en outre une indemnité de procédure de 2.500.- € pour l'instance d'appel.

L'intimée **SOC.1** S.A. conclut à voir déclarer l'appel non fondé et à voir confirmer le jugement dans toute sa forme et teneur. Elle conclut en outre à l'allocation d'une indemnité de procédure de 5.000.- € au vœu de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Pour en décider comme ils l'ont fait, les premiers juges, après avoir décidé que la banque pouvait se prévaloir des dispositions de l'article 15 de ses conditions générales et de la convention d'ordre de garde du courrier établissant les règles permettant à la banque d'établir la preuve de l'envoi et de la réception du courrier par le client, ont dit qu'en l'espèce, compte tenu de l'absence d'indication sur le document litigieux mis à la disposition des clientes des conséquences de l'absence de protestation dans un bref délai, la présomption d'acceptation découlant des dispositions de l'article 15 ne trouvait pas à s'appliquer, de sorte qu'il appartient à la banque d'établir qu'elle a reçu l'ordre d'effectuer l'opération litigieuse par une personne ayant pouvoir de ce faire.

Après avoir dit qu'il ne saurait être retenu que les demanderesses ont ratifié tacitement par le silence l'opération litigieuse et qu'il n'y avait pas lieu de retenir l'existence d'un mandat verbal donné par les demanderesses au dénommé **Z**, les premiers juges ont considéré que la banque était en droit d'exécuter l'opération par application des règles relatives au mandat apparent.

#### La convention de poste-restante:

En vertu d'une convention intitulée "Bedingungen für die Selbstabholung der Korrespondenz" signée entre parties le 27 février 1995, il a été stipulé : " Die Bank wird hiermit beauftragt, alle für den/die Konto-/Depotinhaber bestimmten Anzeigen, Mitteilungen (u.a. Depotaufstellungen, Kontoabschlüsse, Geschäfts-bestätigungen, Bezugsaufforderungen) oder sonstige Sendungen gleich welchen Inhalts (insgesamt die "Sendungen/Korrespondenz") künftig bis zur Abholung durch den/die Konto-/Depotinhaber oder dessen/deren Boten, den der/die Konto-/Depotinhaber der Bank bezeichnet hat/haben, zu verwahren. Die Sendungen sollen dem/den Konto-/Depotinhaber(n) mit allen gesetzlichen und vertraglich vereinbarten Folgen am dritten Tag nach der Bereitstellung zur Abholung als zugegangen gelten. Als Tag der Bereitstellung gilt, ohne daß die Bank die tatsächliche Bereitstellung zu beweisen hat, jeweils das auf der betreffenden Sendung vermerkte Datum und in Ermangelung eines solchen Vermerks das Datum der in der Sendung enthaltenen Mitteilung."

Aux termes de cette convention, les appelantes ont donc demandé que le courrier leur adressé par la banque, dont le document litigieux, c'est-à-dire l'extrait de compte du 2 mars 2000 indiquant l'acquisition de 1010 parts du fonds commun de placement en cause, soit conservé dans les locaux de la banque, avec comme conséquence que cet extrait, d'après les stipulations ci-avant citées, est censé leur avoir été remis le troisième jour suivant le 2 mars 2000.

Les appelantes font valoir que comme elles n'avaient pas donné l'ordre d'achat à la banque, rien ne laissait présager qu'elles allaient recevoir un courrier concernant un achat et qu'elles n'avaient aucune raison de se rendre à la banque pour se faire remettre le courrier. La clause litigieuse qui donne effet à une date de remise fictive ouvre la porte à des abus en permettant des manipulations de date et en ôtant au titulaire du compte toute possibilité de contrôler le caractère sincère des dates, de protester utilement et de prouver le caractère erroné des écritures ou opérations visées par les écritures. Elle s'apparente à une renonciation avant la naissance d'un litige à prouver l'inexactitude des écritures et opérations.

Cette argumentation est à rejeter, car la convention de poste-restante est conclue à la demande du client, à sa convenance, donc dans son intérêt, et les clauses et conditions ont été de par leur signature acceptées par les appelantes qui ont été en mesure de prendre connaissance des conséquences contractuelles en ce qui concerne la mise à disposition des documents bancaires et l'effet qui lui est attaché.

Ainsi que les premiers juges l'ont dit à bon droit, les parties, en instaurant des présomptions, ne conviennent pas d'un renversement de la charge de la preuve, mais prévoient tout simplement des règles permettant à la banque d'établir la preuve de l'envoi et de la réception du courrier par le client. Les dispositions de la convention de poste-restante sont dès lors valables et ne contreviennent ni à l'article 1315 du code civil sur la preuve ni aux règles du procès équitable garanties par la Convention européenne des droits de l'homme.

Les appelantes se prévalent encore de la loi du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur et concluent à voir déclarer nulle et sans effet la clause litigieuse qui par l'effet du renversement de la charge de la preuve, impose au consommateur la charge de la preuve incombant normalement au professionnel.

Ainsi qu'il vient d'être retenu ci-dessus, la clause litigieuse, qui ne fait qu'instaurer une présomption concernant la remise du courrier

bancaire au client et qui n'opère pas de renversement de la charge de la preuve, est parfaitement valable et n'a par conséquent pas pour effet d'imposer au consommateur, c'est-à-dire au client de la banque, la charge de la preuve incombant normalement au professionnel, de sorte que le moyen est à rejeter comme non fondé.

L'article 15 des conditions générales :

Cette disposition est conçue comme suite : "Der Kunde hat Rechnungsabschlüsse, Wertpapier- und Edelmetallaufstellungen sowie sonstige Abrechnungen und Anzeigen auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit zu überprüfen. Einwendungen gegen Rechnungsabschlüsse, Wertpapier- und Edelmetallaufstellungen sind innerhalb eines Monats seit Zugang abzusenden; sonstige Einwendungen sind unverzüglich zu erheben. Die Unterlassung rechtzeitiger Einwendungen gilt als Genehmigung; die Bank wird bei Rechnungsabschlüssen, Wertpapier- und Edelmetall-aufstellungen sowie sonstigen Abrechnungen und Anzeigen auf die Folge der Unterlassung rechtzeitiger Einwendungen besonders hinweisen. Gesetzliche Ansprüche des Kunden bei begründeten Einwendungen nach Fristablauf bleiben jedoch unberührt."

Selon les appelantes, il résulte des termes mêmes de cette disposition que la présomption d'acquiescement, pour pouvoir jouer, oblige la banque à attirer l'attention du titulaire du compte sur les conséquences de son silence par une mention spéciale figurant sur les relevés et extraits bancaires, et aucun des documents bancaires communiqués par la banque ne répondrait aux exigences de l'article 15.

Force est de constater que l'extrait de compte du 2 mars 2000 documentant l'acquisition des parts de fonds litigieuses ne renseigne pas de mention attirant spécialement l'attention du titulaire sur les conséquences du silence gardé après la réception du document. L'indication y apposée "Einwendungen gegen diesen Kontoauszug bitten wir unverzüglich nach Erhalt schriftlich an unsere Revisionsabteilung zu richten" omet de préciser que le silence gardé par le titulaire au-delà du délai d'un mois vaut présomption d'acceptation des écritures et ne peut dès lors être considérée comme répondant aux exigences de l'article 15.

**SOC.1** S.A.. fait valoir que s'il est vrai que la mention spéciale ne figure pas sur le document litigieux, tous les envois postérieurs l'indiquent expressément. Elle fait ainsi référence aux relevés de compte du 16 février 2001, 6 février 2002 et 31 décembre 2002 (pièces 5 farde de Maître André Marc) qui portent la mention "Bitte prüfen Sie diese

Saldenmitteilung baldmöglichst auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit. Wir gehen davon aus, dass Sie die Aufstellung anerkannt haben, wenn Sie nicht innerhalb eines Monats nach Erhalt dieser Mitteilung Einwendungen gegenüber unserer Revisionsabteilung erheben".

Dans la mesure où le document informant les appelantes de l'opération litigieuse faisait partie d'un ensemble d'autres lettres de la banque à l'intention des appelantes, ces dernières devaient admettre que ce qui figurait dans ces lettres à titre de conséquence en cas d'absence de contestation dans le délai d'un mois s'appliquerait très probablement aussi au courrier litigieux, et elles auraient dû faire preuve de diligence et s'informer sur ce point auprès de la banque.

Ainsi que le relèvent toutefois à juste titre les appelantes, les relevés postérieurs ne concernent pas l'opération litigieuse qui s'est déjà déroulée une année auparavant, et, dans la mesure où le silence n'a qu'un rôle probatoire, une opération ne peut être considérée comme acceptée que si l'extrait bancaire se rapporte spécifiquement à l'opération concernée et en fait expressément mention: tel n'est pas le cas pour les relevés invoqués qui ne concernent pas l'opération litigieuse et ne mentionnent ni sa date ni sa nature.

Compte tenu de l'absence sur l'extrait bancaire litigieux de la mention spécifique exigée par l'article 15 des conditions générales, les premiers juges sont à confirmer en ce qu'ils ont retenu que la présomption d'acceptation découlant de cette disposition ne trouve pas à s'appliquer, et qu'il appartient dès lors à la banque d'établir qu'elle a reçu l'ordre d'effectuer l'opération critiquée par une personne ayant pouvoir de ce faire.

#### Le mandat apparent :

Les appelantes contestent l'existence d'un mandat apparent ayant eu pour conséquence de les engager par l'ordre donné par le dénommé **Z**, et elles considèrent, en l'absence d'un ordre d'achat donné par elles et compte tenu de ce que la banque a exécuté une opération pour laquelle elle n'avait reçu aucun ordre d'achat de leur part, que le fait de ne pas avoir vérifié les pouvoirs de la personne dont elle prétend avoir reçu l'ordre est à qualifier comme faute grave.

La banque estime par contre que si l'ordre d'achat de mars 2000 a été passé non pas par écrit, mais par téléphone, cet ordre d'achat est cependant valable selon l'article 8(1) des conditions générales qui prévoit

que le client doit assumer toutes les conséquences résultant du fait que les ordres peuvent être passés par téléphone.

Les appelantes contestent que la banque puisse échapper à sa responsabilité en se retranchant derrière la théorie du mandat apparent au motif que dans les circonstances données elle pouvait se fier aux pouvoirs apparents de **Z**.

Ainsi que les premiers juges l'ont relevé, il est de principe qu'une personne peut être engagée par un acte posé par une autre si le tiers avec lequel cette autre personne a traité avait des motifs légitimes de croire dans les pouvoirs de la personne avec laquelle il a traité.

Les appelantes ne partagent pas l'analyse faite par les premiers juges pour retenir que la banque pouvait légitimement croire dans les pouvoirs du dénommé **Z**.

Elles soutiennent que la banque ne pouvait pas légitimement croire que **Z** était autorisé à agir sans procuration écrite pour leur compte, alors que jusque-là, elle n'effectuait pas d'opérations sans procuration écrite.

Elles se réfèrent à l'audition testimoniale de l'employée de banque **TÉM.1** devant le tribunal de Bamberg laquelle a notamment déclaré : "Auf Nachfrage kann ich mich jetzt nicht mehr erinnern daß Geschäfte ausgeführt wurden ohne schriftliche Vollmacht" et "Es ist richtig, daß für das streitgegenständliche Geschäft entgegen der sonstigen Übung keine schriftliche Einzelvollmacht vorlag". Ces déclarations confirment que selon la volonté des parties la banque ne pouvait en l'absence d'une procuration écrite, réaliser la moindre opération. Pour les appelantes, l'exigence d'un écrit à la base d'une procuration est la règle et l'on peut en déduire que la banque s'interdit d'agir chaque fois qu'un ordre émanant d'un tiers n'est pas appuyé par une procuration écrite.

La Cour admet cependant que la règle dont se prévalent les appelantes n'est pas rigide au point de ne pas permettre à la banque d'agir sur base d'un mandat apparent lorsqu'elle peut légitimement croire dans les pouvoirs du tiers avec lequel elle traite.

Par ailleurs, l'article 8(1) des conditions générales s'interprète en ce sens que la banque est autorisée à recevoir des ordres téléphoniques.

D'après l'audition testimoniale de l'employée **TÉM.1**, le dénommé **Z**, que les appelantes avaient déjà en 1996 présenté comme leur conseiller financier, et qui s'est présenté à plusieurs reprises à la banque, seul ou en présence d'une des appelantes, pour transmettre des ordres, a au cours d'une entrevue à la banque en décembre 1999 discuté d'un placement à opérer sous la forme de parts du fonds commun de placement litigieux pour compte des appelantes en vue d'un réinvestissement de liquidités de l'ordre de 100.000.- € disponibles suite à l'exécution d'un ordre de vente donné par les consorts **XY** elles-même. Il fut convenu que l'affaire serait réalisée suite à un ordre téléphonique de la part de **Z**, et c'est en février 2000 que ce dernier a confirmé par téléphone l'exécution de l'opération.

Compte tenu de ces éléments, et des considérations des premiers juges, que la Cour partage, que la question du mandat n'a jamais posé problème jusqu'à la date de l'opération litigieuse et que les appelantes n'avaient jamais contesté les opérations réalisées sur ordre de **Z**, permettant à la banque de supposer que ce dernier disposait de toute la confiance des appelantes et que son pouvoir de les engager était manifeste, la Cour admet également que la banque pouvait légitimement croire dans les pouvoirs de **Z** et que l'ordre donné par lui engage partant les appelantes.

Le jugement entrepris est donc à confirmer en ce qu'il a rejeté la demande en restitution des sommes réclamées et la demande en indemnisation de la perte financière prétendument subie.

Eu égard à l'issue du litige, la demande des appelantes en obtention d'une indemnité de procédure est à rejeter.

L'intimée **SOC.1** S.A. par contre ayant dû se défendre contre un appel non fondé, il serait inéquitable de laisser à sa charge l'intégralité des frais non répétables. La Cour évalue à 2.000.- € le montant de l'indemnité de procédure à allouer à l'intimée.

#### **PAR CES MOTIFS :**

la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit l'appel;

le dit non fondé;

confirme le jugement entrepris;

déboute **X** et **Y** de leur demande basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile;

condamne **X** et **Y** à payer à la société anonyme **SOC.1** une indemnité de procédure de 2.000.- € (deux mille euros);

condamne **X** et **Y** aux frais et dépens de l'instance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Georges SANTER, président de chambre en présence du greffier Lex BRAUN.