

-Arrêt civil-

**Audience publique du neuf décembre deux mille dix**

**Numéro 34277 du rôle**

Composition:

Georges SANTER, président de chambre,  
Etienne SCHMIT, premier conseiller,  
Eliane EICHER, premier conseiller,  
Lex BRAUN, greffier.

**E n t r e**

**R. HHH**, sans état, demeurant à D-72270 Baiersbronn, Koepflesweg 4,

**appelante** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 29 octobre 2008,

comparant par Maître Jacques WOLTER, avocat à la Cour à Luxembourg,

**e t**

la société anonyme **AAA S.A.**, établie et ayant son siège social à L-1115 Luxembourg, 2, boulevard Konrad Adenauer, inscrite au registre du commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B25754, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

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

comparant par Maître Guy LOESCH, avocat à la Cour à Luxembourg.

## LA COUR D'APPEL :

Par acte d'huissier du 6 juin 2006, R. HHH a fait donner assignation à la société anonyme AAA à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour l'entendre condamner à la réparation du préjudice qu'elle invoque avoir subi en raison de fautes et d'imprudences qu'elle reproche à l'assignée et sur base desquelles elle entend voir engager la responsabilité de celle-ci.

A l'appui de sa demande elle a exposé ce qui suit :  
en 1993 elle a ouvert auprès de l'assignée un contrat de dépôt (Gerling Luxrent),  
le 24 juillet 1997, l'assignée reçoit un courrier demandant un virement à hauteur de 350.000 DM sur un compte auprès de WWW,  
ce courrier n'a pas émané d'elle, elle n'a pas signé ledit courrier puisque le compte de dépôt devait être considéré comme un investissement à long terme,  
sur base de la lettre portant une fausse signature, l'assignée a vendu des parts « Gerling Luxrent » déposées au compte d'investissement et elle a transféré les fonds le 25 juillet 1997,  
le 1<sup>er</sup> août 1997, un montant de 350.000 DM a été encaissé par une tierce personne inconnue opérant sous une fausse pièce d'identité et les montants ont été perdus,  
elle avait convenu avec la banque que les extraits de compte seraient gardés auprès de celle-ci,  
comme il s'agissait d'un investissement à long terme, elle n'a pas consulté ses extraits de compte, de sorte qu'elle a été informée de cette vente seulement en été 2004,  
en juillet 2004, elle a demandé à AAA de vérifier le devenir des montants perdus,  
après recherches de la banque WWW, il a été découvert que le montant de 350.000 DM a été prélevé au comptant par une personne appelée K. BBB, et que le passeport de K. BBB avait été utilisé par une tierce personne inconnue,  
outre la requérante, aucune personne n'avait connaissance du compte et de ses références.

R. HHH reproche à l'assignée des négligences dans l'exécution de l'ordre de virement, la vente de parts malgré ordre de virement, la violation du secret professionnel, et elle réclame le montant de 350.000 DM, outre les intérêts, à titre de réparation du dommage dont elle fait état sur base de la responsabilité contractuelle de la société AAA.

Par jugement rendu contradictoirement le 11 juillet 2008, le tribunal a rejeté le moyen d'irrecevabilité opposé par la société AAA pour cause de tardiveté et celui tiré de ce que la responsabilité de l'assignée devrait être recherchée, non en son nom propre, mais en sa qualité de société de gestion d'un fonds commun de placement nommé ; retenant que la signature

apposée sur la télécopie litigieuse est celle de R. HHH, il a cependant déclaré la demande non fondée.

De cette décision, qui n'a pas fait l'objet d'une signification, R. HHH a régulièrement relevé appel par acte de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 29 octobre 2008.

Elle demande de réformer la décision entreprise et de faire droit à sa demande.

L'intimée conclut au débouté de l'appel interjeté par R. HHH, et interjette régulièrement appel incident contre les dispositions du jugement de première instance ayant écarté ses moyens d'irrecevabilité ayant trait à la forclusion de la demande pour cause de réclamation tardive, au défaut de qualité à agir dans son chef, et à la prescription de la demande.

Concernant la prescription de la demande, le tribunal a dit que l'article 1135-1, alinéa 2 du code civil est applicable aux relations entre R. HHH et AAA S.A. ; que la clause relative à la prescription (prévue à l'article 15 du règlement de gestion), concernant une limitation de la responsabilité de la société défenderesse dans le temps, constitue une clause limitative de responsabilité qui doit être spécialement acceptée par le client, sous peine de lui être inopposable ; que pareille acceptation par écrit n'existe pas en l'espèce, de sorte que la défenderesse ne saurait se prévaloir de cette clause.

La société AAA fait valoir que les relations contractuelles entre la société de gestion et les clients porteurs de parts d'un fonds sont régies par les conditions générales du compte d'investissement, le prospectus et le règlement de gestion du fonds, que par leur signature, les titulaires du compte, R. HHH et son fils H., ont déclaré avoir reçu copie de ces documents et les avoir expressément acceptés, que le règlement de gestion prévoit un délai de prescription de cinq ans, que le règlement a été publié au Mémorial, que les investisseurs, à savoir les porteurs de parts de fonds adhérent, par l'effet de la loi, aux clauses de ce règlement de gestion du fait même de l'acquisition de parts du fonds commun de placement, qu'aucune acceptation spéciale au regard de l'ancien article 1135-1, alinéa 2 du code civil, n'était requise.

La demande de R. HHH, introduite neuf ans après le rachat des parts, serait prescrite.

Selon l'appelante au principal, les dispositions de l'article 1135-1 du code civil, dans sa version existant au moment des faits, doivent être appliquées, aucune disposition de la loi de 1988 sur les organismes de placement collectif ne prévoit de régime exclusif des dispositions du droit commun.

Il est constant en cause qu'en date du 12 mai 1993, R. HHH a sollicité auprès de CCC S.A., actuellement AAA S.A., l'ouverture d'un compte d'investissement pour le fonds de pension Gerling Luxrent. Par courrier du 4 juin 1993, CCC S.A. a informé R. HHH de l'ouverture d'un compte d'investissement pour le fonds Gerling Luxrent.

L'explication fournie par l'intimée qu'elle est une société de gestion assurant la gestion d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières telle que réglementée à l'époque des faits par la loi du 30 mars 1988 relative aux organismes de placement collectif, dans sa première partie, n'est pas contestée.

L'article 12 de la loi du 30 mars 1988 relative aux organismes de placement collectif, applicable en l'espèce, est de la teneur suivante :

« (1) La société de gestion établit le règlement de gestion du fonds commun de placement.

Ce règlement doit être publié au Memorial et déposé au greffe du tribunal d'arrondissement, conformément aux dispositions de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales. Les clauses de ce règlement sont considérées comme acceptées par les porteurs de parts du fait même de l'acquisition de ces parts.

(2) Le règlement de gestion du fonds commun de placement contient au moins les indications suivantes :

- a) la dénomination et la durée du fonds commun de placement, la dénomination de la société de gestion et du dépositaire,
- b) la politique d'investissement, en fonction des buts spécifiques qu'elle se propose et des critères dont elle s'inspire,
- c) la politique de distribution dans le cadre de l'article 15,
- d) les rémunérations et les dépenses que la société de gestion est habilitée à prélever sur le fonds, ainsi que le mode de calcul de ces rémunérations,
- e) les dispositions sur la publicité,
- f) la date de clôture des comptes du fonds commun de placement,
- g) les cas de dissolution du fonds commun de placement, sans préjudice des causes légales,
- h) les modalités d'amendement du règlement de gestion,
- i) les modalités d'émission et, le cas échéant, de rachat des parts,
- j) les modalités de rachat de parts, ainsi que les conditions dans lesquelles les rachats se font et peuvent être suspendus. »

L'extrait au Mémorial C 1989, pages 1794 et s., que mentionne la société intimée, porte publication d'un règlement de gestion de la société DDD.

Comme c'est auprès de la société CCC S.A. que R. HHH a ouvert un compte d'investissement, c'est au règlement de gestion de cette société qu'il y a lieu de se référer.

Ce règlement fut publié au Mémorial C 1992 (pages 15028 et s.) et est versé au dossier.

Il dispose dans la partie "Allgemeiner Teil" sub article 15 "Verjährung und Vorlegungsfrist. 1. Forderungen der Anteilsinhaber gegen die Verwaltungsgesellschaft oder die Depotbank können nach Ablauf von 5 Jahren nach Entstehung des Anspruchs nicht mehr gerichtlich geltend gemacht werden." (...)

Les modifications apportées à ce règlement par la suite résultant des publications au Mémorial C 1992 aux pages 23282 et 29486 n'ont pas porté sur le délai de prescription.

Concernant Gerling Luxrent, la publication de dispositions particulières au Mémorial C 1993 (page 4572) ( Besonderer Teil), versée au dossier, a été précédée de la confirmation de l'applicabilité des articles 1 à 16 du règlement de gestion de CCC S.A.: « Zusätzlich zu den Artikeln 1 bis 16 des Allgemeinen Teils des Verwaltungsreglements gemäss Veröffentlichung im Memorial C vom 22. Juli 1992 bzw vom 26. Oktober 1992 und 22. Dezember 1992 gelten für den Fonds Gerling Luxrent mit Wirkung vom 1. März 1993 folgende Bestimmungen (...) »

Il n'est pas contesté que les formalités de publication des règlements visés ci-dessus relatifs à "Allgemeiner Teil " et à "Besonderer Teil Gerling Luxrent " avaient été faites de sorte à avoir été d'application au moment de l'acquisition de parts du fonds Gerling Luxrent par R. HHH.

Le règlement de gestion a pu porter sur le délai de prescription, la loi laissant cette faculté pour ne donner qu'une énumération des mentions obligatoires.

Si ce règlement a été remis par la société CCC S.A. à R. HHH et si celle-ci a signé qu'elle en a pris connaissance et qu'elle l'a accepté, il n'en résulte pas pour autant que le délai de prescription ait été réglé par la seule volonté des parties, plus particulièrement qu'il ait été prévu par une clause des conditions générales du contrat établies par l'intimée et qui serait à examiner quant à son opposabilité à l'appelante au regard de l'article 1135-1, alinéa 2 du code civil, en vigueur au moment de l'ouverture d'un compte d'investissement par R. HHH.

C'est, en effet, en vertu de la loi même du 30 mars 1988, en son article 12 (1) dernière phrase, que la clause relative à la prescription a été acceptée par R. HHH par l'acquisition des parts du fonds Gerling Luxrent.

Le moyen de R. HHH tiré du défaut d'acceptation spéciale telle que prévue par l'article 1135-1, alinéa 2 du code civil pour une clause limitative de responsabilité inscrite dans les conditions générales d'un contrat préétabli, est donc à rejeter pour ne pas être pertinent.

Le délai de prescription pour les actions des porteurs de parts de fonds à l'encontre de la société de gestion prévu par le règlement de gestion est de cinq ans.

L'appelante fait plaider que son action introduite le 6 juin 2006 l'a été dans le délai ; le point de départ du délai devrait être fixé au moment où elle a eu connaissance de l'extrait de compte relatif à l'opération irrégulière, c'est-à-dire au 16 juillet 2004.

Selon l'intimée, le point de départ du délai de prescription de l'action est le moment où par l'intermédiaire de la société de gestion, la demande de rachat de l'appelante a été exécutée, moment qui s'est concrétisé par l'émission d'un relevé de compte en date du 25 juillet 1997 ; eu égard aux termes de la convention de poste restante conclue entre parties, le délai a commencé à courir au plus tard dans les trois jours de l'émission du relevé de compte.

Le délai de prescription de l'action judiciaire prévu par le règlement de gestion est de cinq ans « nach Entstehung des Anspruchs », c'est-à-dire après la réalisation de l'opération qui donne lieu à une revendication du porteur de parts. Il va de soi que l'« Anspruch » suppose que l'opération en cause ait été portée à la connaissance du porteur de parts.

L'opération litigieuse a été réalisée le 24 juillet 1997 et inscrite sur un extrait de compte du 25 juillet 1997. R. HHH en a pris connaissance le 16 juillet 2004, ainsi que cela résulte d'une fiche « Depot-Abrechnungen Selbstabholer », versée par l'intimée.

R. HHH avait donné ordre à la société CCC S.A. de garder le courrier la concernant à son siège en signant le 21 juin 1993 un « Auftrag zur Postaufbewahrung und Selbstabholung ».

Contrairement aux conclusions de R. HHH, la société intimée n'avait pas d'obligation de la contacter eu égard au « caractère aussi important de ce virement », ni d'obligation de lui envoyer les documents relatifs à la situation de son compte après le virement, au plus tard trois années après l'émission du document, soit au 24 juillet 2000 ; la convention de poste restante ne prévoit, en effet, qu'une faculté à l'égard de la société de gestion en ce qui concerne l'envoi de courrier: « Die CCC kann diesen Auftrag jederzeit widerrufen und mich/uns zur Abholung der verwahrten Unterlagen binnen zwei Monaten auffordern, anderenfalls ist die CCC berechtigt, mir/uns die Unterlagen unaufgefordert zuzusenden. Darüber hinaus kann die CCC mir/uns jederzeit verwahrte Unterlagen zusenden, soweit sie dies in meinem/unserem wohlverstandenen Interesse für notwendig erachtet. Ungeachtet dieser Erklärung ist die CCC berechtigt, mir/uns Sendungen – auch einzeln – zuzusenden, wenn sie nicht innerhalb von drei Jahren nach ihrer Bereitstellung abgeholt worden sind. »

L'appelante fait encore valoir que par application de l'article 1-2 de la loi relative à la protection du consommateur, les clauses de la convention de poste restante et des conditions générales sont des clauses non négociées et doivent être interprétées, les unes par rapport aux autres, en faveur du consommateur.

Elle n'indique pas dans quel sens il pourrait y avoir interprétation des clauses de la convention de poste restante et des conditions générales.

Sans devoir l'examiner autrement, notamment en ce qui concerne l'applicabilité de la loi relative à la protection du consommateur, ce moyen est donc à rejeter.

R. HHH a pu déterminer elle-même le moment auquel elle voulait prendre connaissance des mouvements de son compte tels que documentés par les extraits de compte.

C'est cependant à partir du moment où le client aurait normalement pu prendre connaissance de l'opération qu'il y a lieu de faire courir le délai de prescription.

Par un envoi par les services postaux, R. HHH aurait appris qu'un virement de 350.000 DM avait été fait en débit de son compte, au plus tard une semaine après l'envoi de l'extrait qui aurait suivi de peu l'établissement de l'extrait, alors qu'elle n'a consulté l'extrait en question que le 16 juillet 2004.

L'envoi postal de l'extrait en cause serait parvenu à R. HHH au plus tard à la mi-août 1997.

Son action introduite le 6 juin 2006, donc après l'écoulement du délai de cinq ans, est donc prescrite, partant à déclarer irrecevable.

L'appel incident est par conséquent à déclarer fondé, donc l'action de R. HHH est à déclarer irrecevable pour être prescrite, ce qui implique le rejet de l'appel principal.

Eu égard à la décision à intervenir, la demande de R. HHH en obtention d'une indemnité de procédure est à déclarer non fondée, la partie qui succombe dans ses revendications ne pouvant prétendre au bénéfice des dispositions de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

## **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 principal et l'appel incident,

dit l'appel principal non fondé,

dit l'appel incident fondé,

réformant :

déclare l'action de R. HHH irrecevable,

dit non fondée la demande de R. HHH tendant à l'allocation d'une indemnité de procédure,

en déboute,

confirme le jugement de première instance en ce qu'il a condamné R. HHH aux frais et dépens,

condamne R. HHH également aux frais et dépens de l'instance d'appel, et en ordonne la distraction au profit de Maître Guy LOESCH, avocat constitué qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

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.