

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Jugement civil no. 2025TALCH17/00026

Audience publique du mercredi, vingt-neuf janvier deux mille vingt-cinq.

Numéros 154470, 156564 et TAL-2022-00750 du rôle

Composition:

Carole ERR, vice-président,
Patricia LOESCH, premier juge,
Julie MICHAELIS, premier juge
Pascale HUBERTY, greffier.

I. (rôle 154470)

E n t r e

1) PERSONNE1.), résidant av ADRESSE1.),

2) PERSONNE2.), résidant av ADRESSE2.),

3) PERSONNE3.), résidant ADRESSE3.),

parties demanderesses aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Patrick MULLER en remplacement de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg du 17 mai 2013,

comparaissant par Maître Philippe-Fitzpatrick ONIMUS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

la société anonyme de droit portugais SOCIETE1.) SA, établie et ayant son siège social à ADRESSE4.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de commerce de ADRESSE5.) sous le numéro NUMERO1.), reprenant l'instance de

sa succursale au Grand-Duché de Luxembourg, fermée le 29 avril 2020 et radiée du Registre de commerce et des sociétés de Luxembourg en date du 11 mai 2020, ayant eu son siège à L-ADRESSE6.), ayant été représentée par sa Direction en fonctions, ayant été inscrite au Registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéroNUMERO2.),

partie défenderesse aux fins du crédit exploit SCHAAL,

comparaissant par Maître Guy LOESCH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

II. (rôle 156564)

E n t r e

la société anonyme de droit portugais SOCIETE1.) SA, établie et ayant son siège social à ADRESSE4.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de commerce de ADRESSE5.) sous le numéro NUMERO1.),

reprenant l'instance de

sa succursale au Grand-Duché de Luxembourg, fermée le 29 avril 2020 et radiée du Registre de commerce et des sociétés de Luxembourg en date du 11 mai 2020, ayant eu son siège à L-ADRESSE6.), ayant été représentée par sa Direction en fonctions, ayant été inscrite au Registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéroNUMERO2.),

partie demanderesse en intervention aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Yves TAPPELLA d'Esch-sur-Alzette du 25 juillet 2013,

comparaissant par Maître Guy LOESCH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

la société anonyme SOCIETE2.) SA, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE7.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au du Registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO3.),

partie défenderesse en intervention aux fins du prédit exploit TAPELLA,

comparaissant par la société anonyme Arendt & Medernach SA, établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 41A, boulevard J.F. Kennedy, immatriculée au Registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 186.371, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Sandrine SIGWALT, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à la même adresse.

III. (rôle TAL-2022-00750)

E n t r e

la société anonyme de droit portugais SOCIETE1.) SA, établie et ayant son siège social à ADRESSE4.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de commerce de ADRESSE5.) sous le numéro NUMERO1.),

reprenant l'instance de

sa succursale au Grand-Duché de Luxembourg, fermée le 29 avril 2020 et radiée du Registre de commerce et des sociétés de Luxembourg en date du 11 mai 2020, ayant eu son siège à L-ADRESSE6.), ayant été représentée par sa Direction en fonctions, ayant été inscrite au Registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.),

partie demanderesse aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Michèle BAUSTERT en remplacement de l'huissier de justice Cathérine NILLES de Luxembourg du 21 janvier 2022,

comparaissant par Maître Guy LOESCH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

la société anonyme SOCIETE2.) SA, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE7.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au du Registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO3.),

partie défenderesse aux fins du prédit exploit NILLES,

comparaissant par la société anonyme Arendt & Medernach SA, établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 41A, boulevard J.F. Kennedy, immatriculée au

Registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 186.371, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Sandrine SIGWALT, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à la même adresse.

L e T r i b u n a l

Vu l'ordonnance de clôture du 17 avril 2024.

Les mandataires des parties ont été informés dans ladite ordonnance de la fixation à l'audience des plaidoiries du mercredi, 5 juin 2014.

L'audience des plaidoiries a été reportée au 18 septembre 2024.

Entendu PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.) par l'organe de Maître Philippe-Fitzpatrick ONIMUS, avocat à la Cour constitué.

Entendu la société anonyme de droit portugais SOCIETE1.) SA par l'organe de Maître Guy LOESCH, avocat à la Cour constitué, assisté de Maître Louis-Eudes GIROUX, avocat à la Cour.

Entendu la société anonyme SOCIETE2.) SA par l'organe de Maître Sandrine SIGWALT, avocat à la Cour, représentant la société d'avocats ARENDT SA, société constituée.

L'affaire a été prise en délibéré à l'audience de plaidoiries du 18 septembre 2024.

Faits et procédure

PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.) (ci-après « les consorts ALIAS1.) » ou « les Clients ») étaient titulaires d'un compte bancaire auprès de la société anonyme SOCIETE1.) SA - Succursale de Luxembourg (ci-après « la société SOCIETE1.) » ou « la Banque »).

Le litige a trait à l'exécution d'un faux ordre de virement d'un montant de 3.527.000 EUR en date du 16 septembre 2011 à partir du compte des demandeurs auprès de la société SOCIETE1.).

Au moment du virement litigieux, la société SOCIETE1.) était bénéficiaire d'une police d'assurance « *Contrat d'assurance globale de banque* » n°NUMERO4.) (ci-après « le Contrat d'assurance ») auprès de la société anonyme SOCIETE2.) SA (ci-après « la société SOCIETE2.) »).

Par exploit d'huissier de justice du 17 mai 2013, les consorts ALIAS1.) ont fait donner assignation à la société SOCIETE1.) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement, siégeant en matière civile, pour s'entendre condamner à leur payer du chef de l'exécution d'un ordre de virement émanant d'un faussaire la somme de 3.527.000 EUR, à majorer des intérêts tels que de droit à compter du 16 septembre 2011, date du transfert, jusqu'à solde, ainsi que la somme de 2.169.848 EUR, sinon la somme de 970.792 EUR, sinon les intérêts légaux, au titre de la perte de chance de gain par année de retard à partir du 16 septembre 2011 jusqu'à solde.

Ils réclament encore la condamnation de la société SOCIETE1.) à payer la somme de 120.000 EUR à PERSONNE1.), la somme de 20.000 EUR à PERSONNE2.) et la somme de 20.000 EUR à PERSONNE3.) au titre de leur préjudice moral.

Ils demandent finalement à voir ordonner l'exécution provisoire du jugement à intervenir, la condamnation de la partie défenderesse à leur rembourser la totalité des frais exposés par eux et non compris dans les dépens et qu'il serait inéquitable de laisser à leur charge sur base de la production des justificatifs, sinon à leur payer une indemnité de procédure de 100.000 EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ainsi que la condamnation de la partie défenderesse aux frais et dépens de l'instance.

Cette affaire figure au rôle sous le numéro 154.470.

Par exploit d'huissier de justice du 25 juillet 2013, la société SOCIETE1.) a fait donner assignation à la société SOCIETE2.) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement, siégeant en matière civile, aux fins de dire qu'elle est tenue d'intervenir au litige opposant la demanderesse de cet acte aux demandeurs de l'acte d'huissier de justice du 17 mai 2013, à voir ordonner la jonction des deux affaires et à voir dire que la société SOCIETE2.) est tenue de la tenir quitte et indemne de toute condamnation qui pourrait être prononcée à son encontre dans le cadre de l'instance introduite suivant acte d'huissier de justice du 17 mai 2013.

Cette affaire figure au rôle sous le numéro 156.564.

Par ordonnance du 24 décembre 2013, la jonction des deux rôles a été prononcée.

Par un arrêt du 13 novembre 2013, la Cour d'appel, siégeant en matière de référé, a condamné la société SOCIETE1.) à payer entre les mains des consorts ALIAS1.) la somme de 3.527.000 EUR à titre de provision.

Le pourvoi en cassation de la Banque a été rejeté par arrêt du 10 juillet 2014.

Par jugement no 102/2015 du 18 mars 2015, le tribunal d'arrondissement, siégeant en matière civile, a dit la demande des consorts ALIAS1.) recevable, a rejeté la demande en production de pièces basée sur l'article 350 du Nouveau Code de procédure civile et a, avant tout autre progrès en cause, ordonné le sursis à statuer en attendant l'issue de l'instance pénale engagée.

Par jugement n°523/2021 du 8 mars 2021, le tribunal d'arrondissement, siégeant en matière correctionnelle, a condamné PERSONNE4.) du chef des infractions de faux, d'usage de faux, d'escroquerie et de blanchiment à une peine d'emprisonnement de quatre ans ainsi qu'à une amende de 500.000 EUR.

Par ordonnance du 7 mai 2021, le magistrat de la mise en état a dit que le maintien du sursis à statuer en attendant l'issue de l'instance pénale engagée ne se justifie plus et a ordonné à la société SOCIETE1.) de délivrer à la société SOCIETE2.) l'intégralité du dossier pénal dans l'affaire not 26997/11/CD en ce compris les pièces versées à l'appui de sa constitution de partie civile et ce jusqu'au 14 mai 2021.

La succursale luxembourgeoise de la société de droit portugais SOCIETE1.) a été fermée le 29 avril 2020 et sa radiation a été publiée au Registre de commerce et des sociétés de Luxembourg en date du 11 mai 2020. Par conclusions notifiées en date du 18 janvier 2022, la société anonyme de droit portugais SOCIETE1.) (ci-après « la société SOCIETE1. ») a repris l'instance pendante inscrite sous les numéros de rôle 154470 et 156564.

Par exploit d'huissier de justice du 21 janvier 2022, la société SOCIETE1.) a fait donner assignation à la société SOCIETE2.) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement, siégeant en matière civile. Elle a lancé cette assignation à titre subsidiaire pour le cas où le Contrat d'assurance ne permettrait pas l'appel en garantie de l'Assureur dans le cadre de l'action intentée par les consorts ALIAS1.) à son encontre sur la base légale invoquée et que le tribunal devrait en conséquence refuser de condamner la société SOCIETE2.) à la tenir quitte et indemne de toute condamnation à restituer le montant détourné de 3.527.000 EUR au profit des consorts ALIAS1.).

Dans cette hypothèse, la société SOCIETE1.) sollicite la condamnation de la société SOCIETE2.) à lui payer le montant de 2.450.000 EUR avec les intérêts légaux à compter du 16 septembre 2011 (date du décaissement), sinon du 18 octobre 2011 (date de la déclaration du sinistre), sinon du 5 juillet 2012 (date de l'assignation en intervention dans le cadre de la procédure de référé-provision), sinon du 8 mars 2021 (date du jugement pénal), sinon de l'assignation, sinon du jugement, chaque fois jusqu'à solde avec majoration dudit taux de trois points à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la signification du jugement à intervenir sur base de la responsabilité contractuelle des articles 1134 et 1147 du Code civil, sinon en application de la responsabilité délictuelle de droit commun.

Elle sollicite la condamnation de la société SOCIETE2.) à lui payer une indemnité de procédure de 5.000 EUR ainsi qu'aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de son mandataire.

Cette affaire figure au rôle sous le numéro TAL-2022-00750.

Par ordonnance du 28 avril 2022, la jonction du rôle TAL-2022-00750 avec les rôles 154.470 et 156.564 a été prononcée.

Par arrêt pénal du 12 juillet 2022, la Cour d'appel a confirmé les condamnations pénales et civiles contre PERSONNE4.).

Prétentions et moyens des parties

Les conjoints ALIAS1.) demandent aux termes de leur assignation et de leurs dernières conclusions notifiées le 18 mars 2024 de:

- donner acte à la société SOCIETE1.) de sa demande à voir déclarer libératoire en principal et intérêts le paiement intervenu en date du 7 mars 2018,
- leur donner acte qu'ils renoncent désormais à réclamer le paiement de la somme de 3.527.000 EUR ainsi que les intérêts moratoires après le 7 mars 2018,
- au titre de la perte de chance de gain, condamner la société SOCIETE1.) à leur payer principalement le montant de 13.833.518,75 EUR, soit :
 - 4.611.172 EUR au profit de PERSONNE1.),
 - 4.611.172 EUR au profit d'PERSONNE2.),
 - 4.611.172 EUR au profit d'PERSONNE3.),

sinon subsidiairement le montant de 6.189.129,07 EUR soit :

- 2.063.043 EUR au profit de PERSONNE1.),
- 2.063.043 EUR au profit d'PERSONNE2.),
- 2.063.043 EUR au profit d'PERSONNE3.),
- condamner la société SOCIETE1.) au paiement du montant de 195.114,27 EUR au titre de leurs frais d'avocat soit :
 - 65.038,09 EUR au profit de PERSONNE1.),
 - 65.038,09 EUR au profit d'PERSONNE2.),
 - 65.038,09 EUR au profit d'PERSONNE3.),
- condamner la société SOCIETE1.) principalement au paiement du montant de 160.000 EUR au titre de leur préjudice moral soit :
 - 120.000 EUR au profit de PERSONNE1.),
 - 20.000 EUR au profit d'PERSONNE2.),
 - 20.000 EUR au profit d'PERSONNE3.),

sinon subsidiairement aux mêmes montants alloués par le juge pénal au titre du préjudice moral à PERSONNE1.),

- condamner la société SOCIETE1.) à la totalité des frais exposés par eux non compris dans les dépens et qu'il serait inéquitable de laisser à leur charge sur base de la production de justificatifs, sinon au paiement d'une indemnité de procédure de 100.000 EUR,
- condamner la société SOCIETE1.) à tous les frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de leur mandataire,
- ordonner l'exécution provisoire du jugement.

A l'appui de leur demande, les consorts ALIAS1.) reprochent à la Banque de les avoir accusés pendant des années d'avoir été les auteurs ou du moins les co-auteurs de l'ordre litigieux et d'être en possession de l'argent. Elle aurait, par tous moyens, tenté de démontrer que le procès pénal établirait leur implication dans le virement litigieux. Or, à aucun moment durant le procès pénal, leur parole n'aurait été remise en doute. Ils n'auraient été ni inculpés ni entendus comme témoins.

Dès 2012, la société SOCIETE1.) aurait été au courant que son employé PERSONNE4.) était l'auteur des faits et même un rapport d'audit interne de la Banque du 14 décembre 2011 aurait d'ores et déjà identifié PERSONNE4.) comme seul auteur dudit virement et il aurait été suggéré dans le cadre de ce rapport de les indemniser. Malgré cette conclusion, la Banque aurait persisté à plaider le contraire.

Le comportement de la société SOCIETE1.) ne serait qu'une longue série de fautes lourdes que ce soit au sujet du recrutement de PERSONNE4.), aux circonstances de son licenciement ou encore aux circonstances ayant permis la commission du virement frauduleux. La Banque ne saurait valablement contester l'existence de toutes ces négligences.

Malgré l'arrêt du 13 novembre 2013 de la Cour d'appel, siégeant en matière de référé, qui a condamné la société SOCIETE1.) à leur payer la somme de 3.527.000 EUR, celle-ci aurait refusé de s'exécuter spontanément et aurait, par de nombreuses manœuvres dilatoires, repoussé le moment de s'exécuter pendant près de cinq ans. Malgré décisions de la Cour suprême du Portugal des 7 mai 2014 et 16 mars 2017, confirmant la condamnation de la Banque à payer la somme au principal plus les intérêts, la Banque aurait encore refusé de s'exécuter pendant une année pour leur restituer le montant litigieux finalement le 7 mars 2018.

Les consorts ALIAS1.) soutiennent qu'en l'absence d'existence d'instruction de virement, la responsabilité de la Banque est à rechercher sur base d'un contrat de dépôt. En vertu de ce contrat, elle serait tenue d'une obligation de restitution s'analysant comme une obligation de résultat.

Dans la mesure où la société SOCIETE1.) a, par conclusions du 18 octobre 2022, reconnu

l'obligation de restitution et a entendu voir déclarer pleinement libératoire, en principal, intérêts, frais et accessoires, le paiement intervenu en date du 7 mars 2018, les consorts ALIAS1.) ne maintiennent plus leur demande en condamnation de la Banque à leur payer la somme de 3.527.000 EUR avec les intérêts moratoires. Ils expliquent qu'ils n'ont pas renoncé antérieurement à leur demande en condamnation au motif qu'ils étaient exposés au risque d'une demande en remboursement de la somme litigieuse de la part de la société SOCIETE1.).

Les consorts ALIAS1.) font valoir un préjudice résultant d'un gain manqué sinon de la perte de chance sur base de l'article 1149 du Code civil.

Ils soutiennent que le fait dommageable est le comportement de la Banque qui a refusé de leur restituer l'argent qu'ils avaient déposé sur leur compte, d'exécuter une décision de justice les condamnant à payer ladite somme et faire peser sur eux une obligation de rembourser en temps utile cette somme en alléguant que le dossier pénal démontre leur complicité dans la fraude.

Ce comportement les aurait empêchés de disposer de leur argent et d'en faire l'usage prévu antérieurement aux faits, à savoir investir dans le marché des noix et plus particulièrement dans le projet « ENSEIGNE1.) » au sud du Portugal.

Après avoir recherché et identifié cette opportunité, ils auraient constitué la société SOCIETE3.) en 2010 dédiée « *à la transformation industrielle, la conservation et la commercialisation de produits agricoles, vitivinicoles, maraîchers, sylvicoles, fruits et produits dérivés* », ainsi que la société SOCIETE4.), dédiée à la « *Culture, production de produits agricoles, fruiticoles, horticoles, sylvicoles et dérivés* ».

La même année, ils auraient dépensé 1.700.000 EUR pour l'acquisition de terrains nécessaires à l'installation du verger principal et de l'unité industrielle principale. A cette fin, ils auraient acquis l'entreprise propriétaire du terrain, la SOCIETE5.). Ils auraient encore en 2010 effectué le relèvement des terres et expertisé les sols, terminé les plans de plantation et d'irrigation et engagé les services d'un cabinet de conseil agro-industriel. A la fin de l'année 2010, ils auraient acheté des semences de colza afin de préparer les sols avant la plantation des noyers en 2012.

En 2011, tous les principaux plans auraient été complétés, même les emballages des différents produits finis auraient déjà été conçus et des fournisseurs auraient été contactés en Espagne. L'importation des équipements industriels en provenance de la Californie aurait été organisée pour l'année suivante et les estimations des coûts de livraison auraient été prêtes.

Des études de marché auraient été effectuées au courant de l'année 2011 et divers experts auraient été consultés.

Au cours de la même année, ils auraient encore visité de nombreux vergers noyer professionnels. Ces déplacements à l'étranger leur auraient permis de vérifier et de

valider les options techniques, notamment concernant le choix des variétés des noix, des équipements de récolte et de traitement industriel.

Début mai 2011, ils se seraient vu délivrer le permis d'émettre les effluents du traitement industriel des noix dans les eaux de leurs terrains et ceci à partir de 2014, année au cours de laquelle ils espéraient effectuer leur première récolte expérimentale afin de tester les équipements industriels avant de procéder aux premières récoltes commerciales. A cette même époque, ils auraient reçu le permis du conseil urbain leur permettant de construire l'unité industrielle sur leur terrain.

Les consorts ALIAS1.) exposent que lors de l'assemblée générale du 16 août 2011, ils ont, en leur qualité d'uniques actionnaires de la société SOCIETE3.), décidé à injecter un montant total de 5.700.000 EUR directement dans la société, en tant que capital additionnel. Les besoins en financement restants auraient dû être comblés à travers des emprunts bancaires. Ils soutiennent que 3.500.000 EUR des 5.700.000 EUR auraient dû provenir du compte bancaire ouvert auprès de la société SOCIETE1.) alors qu'ils ne disposaient pas d'autres ressources liquides que celles-là.

D'après le plan d'affaires approuvé, les vergers auraient dû être plantés en 2012 de sorte qu'il aurait fallu commander des jeunes arbres noyers avant fin octobre 2011 afin de pouvoir les planter en 2012.

A ce moment, ils auraient découvert que le montant de 3.500.000 EUR avait disparu de leur compte et la Banque aurait refusé de leur fournir une date pour le remboursement de leur argent. Elle ne leur aurait même pas donné un engagement formel de remboursement malgré le fait qu'elle a été avisée que ces fonds étaient indispensables pour le financement d'investissements qu'ils avaient planifiés.

Ainsi, en mars 2012, ils n'auraient eu d'autre choix que de contacter leurs partenaires en affaires et leurs fournisseurs pour les informer du report indéterminé du projet.

Quant aux chances de réussite de leur projet, les consorts ALIAS1.) renvoient aux prévisions comptables pour le cycle des 31 premières années du projet qui sont attachées au plan d'affaires établi qui a été audité de manière approfondie. L'incertitude naturellement attachée au secteur agricole aurait été éliminée à l'aide d'une police d'assurance des récoltes, assurance coûteuse qui minimisait l'incertitude de l'investissement.

Les consorts ALIAS1.) soutiennent qu'ils n'ont pas simplement rapporté la preuve qu'ils avaient une véritable intention d'effectuer cet investissement mais aussi qu'ils avaient de fortes chances de réaliser les profits décrits dans le business plan. Ils renvoient à ce sujet aux audits effectués par deux cabinets d'audit indépendants.

La somme de 3.527.000 EUR n'aurait pas été suffisante à elle seule pour financer le projet qui nécessitait un investissement de 5.700.000 EUR, mais elle aurait été nécessaire pour le lancer. L'investissement aurait certes été étalé dans le temps, tel que

le démontre le plan d'affaires, mais il aurait fallu avoir la certitude de disposer de tous les moyens prévus avant de payer le premier euro. Le choix de ne pas investir dans ce projet agro business en 2011 n'aurait été que la conséquence de ne pas pouvoir disposer de l'argent budgétisé à cette fin, alors que le projet était déjà bien avancé à cette époque.

Pour le calcul du montant de la perte de gains, les consorts ALIAS1.) se basent sur le plan d'affaires et plus particulièrement sur le concept d'« *espérance mathématique* ». Ils exposent qu'afin d'analyser la rentabilité, l'investissement a été découpé en cycles de 31 ans chacun. Une fois le premier cycle de 31 ans porté à échéance, les investissements en vergers et sites industriels seraient à moderniser et un nouveau cycle débiterait. La valeur nette d'un scénario donné serait divisée par les 31 années du premier cycle d'affaires (de 2011 à 2041) pour obtenir le profit moyen annuel de ce scénario. Neuf différents scénarios auraient été analysés et il serait apparu que le profit annuel le plus bas envisageable aurait été de 970.792 EUR avec une probabilité de 2,53% que ce scénario puisse survenir. Selon les calculs effectués, ce serait avec une probabilité de 97,5% que le profit annuel moyen se serait trouvé entre 970.792 EUR et 3.642.711 EUR par an. Le plus probable aurait été qu'il soit de 2.170.898 EUR par an, dans la mesure où il est assigné au scénario « *productivité moyenne – prix moyens* », la probabilité moyenne étant de 46,51 % de survenir. La probabilité que le profit annuel moyen excède 3.642.711 EUR ou qu'il tombe en-dessous de 970.792 EUR serait de moins de 2,5%.

Les consorts ALIAS1.) sollicitent à titre principal le montant de 2.169.848 EUR par année de retard selon le scénario le plus probable et à titre subsidiaire le montant de 970.792 EUR par année de retard selon le scénario le plus pessimiste. Dans la mesure où les fonds ont été détournés le 16 septembre 2011 et ont été remboursés par la société SOCIETE1.) le 7 mars 2018, leur préjudice aurait duré 6,37534 années.

Les consorts ALIAS1.) soutiennent que ce type d'industrie nécessite un investissement intensif en capital et que la Banque, en retenant leur argent, leur a causé d'importants dommages financiers allant au-delà du seul taux d'intérêt légal. Chaque fois que la date du 31 octobre aurait été dépassée, date butoir pour commander les arbres, ils auraient perdu le profit annuel moyen espéré de cette année-ci.

Les demandeurs exposent qu'à la suite de la restitution de l'argent sous réserves par la Banque, ils ont lancé de nouvelles analyses et pourparlers pour déterminer si la conjoncture est toujours favorable pour un tel projet mais les conditions n'auraient plus été les mêmes en 2021 qu'en 2011.

En tout état de cause, le fait de ne récupérer leur argent qu'en 2018, soit sept ans après la réalisation du dommage, aurait effectivement et définitivement rendu impossible le gain espéré entre 2011 et 2018. Encore aurait-il duré jusqu'au 18 octobre 2022 pour avoir la certitude qu'ils ne seraient pas exposés à une demande en restitution de la part de la Banque.

Les consorts ALIAS1.) soutiennent que le principe du préjudice est démontré dans la mesure où sans la faute de la Banque, ils n'auraient pas subi de préjudice et auraient investi dans un projet de production de noix.

Concernant le gain manqué, respectivement la perte de chance, les consorts ALIAS1.) soutiennent qu'ils avaient, contrairement aux dires adverses, au moment de la réalisation du dommage, l'espoir légitime et non hypothétique de réaliser un gain en raison des investissements projetés dans l'agro business. Contrairement aux conclusions de la Banque et en se référant au plan d'affaires, les bénéfices attendus n'auraient pas été hypothétiques, le marché de la noix ayant été fructueux à cette époque et depuis lors.

Le principe du bénéfice serait donc acquis et l'aléa résiderait plutôt dans le quantum selon le scénario retenu.

Les consorts ALIAS1.) sollicitent encore le remboursement des frais de justice et des frais d'avocat déboursés pour un montant de 195.114,27 EUR au motif que ces frais trouvent également leur origine dans le comportement fautif de la société SOCIETE1.) alors que sans l'existence d'une telle faute, ils n'auraient pas été engagés.

Au plus tard en décembre 2011, date du rapport d'audit interne, la Banque aurait eu conscience que les consorts ALIAS1.) n'étaient pas impliqués dans la fraude et qu'elle était obligée à leur rembourser leurs fonds. Or, devant le refus de la Banque de s'exécuter, ils auraient dû engager des frais de procédure et d'avocat aussi bien au Luxembourg qu'au Portugal. La société SOCIETE1.) aurait dans les deux pays refusé d'exécuter spontanément la décision de référé.

Elle aurait encore dû exposer des frais d'avocat postérieurement au remboursement du montant litigieux en 2018 au motif que, devant les accusations de la Banque quant à leur implication dans la fraude, ils auraient dû mandater un avocat pour se constituer partie civile dans le procès pénal qui s'est déroulé pendant plusieurs semaines dans le seul objectif de vérifier si quoique ce soit puisse leur être reproché sur le plan pénal. Au début, ils n'auraient pas eu l'intention d'intervenir dans le procès pénal mais à la suite de la décision du juge civil de surseoir à statuer, ils n'auraient eu d'autre choix que de devenir partie prenante de la procédure pénale. La Banque, une fois en possession du dossier pénal, se serait bien gardée d'informer le tribunal que le sursoir à statuer n'était plus de mise.

Quant au préjudice moral, les consorts ALIAS1.) font exposer que si certes PERSONNE2.) et PERSONNE3.) n'ont réclamé dans le procès pénal que la somme modique d'un euro symbolique, surtout au vu de la situation d'insolvabilité de PERSONNE4.), la Banque aurait commis une faute distincte de celle du condamné en refusant d'indemniser ses clients. Ces craintes et tracasseries auraient été autrement plus graves et conséquents du fait de la mauvaise foi de la Banque depuis le début du dossier. Malgré le paiement intervenu en 2018, la société SOCIETE1.) aurait émis des réserves et elle se serait réservée le droit de réclamer le remboursement des fonds dans le cadre du procès au fond. Ils soutiennent que ce n'est que dix ans après les faits qu'elle a levé

le doute et la menace qu'elle a fait peser sur eux. La Banque aurait encore insinué leur implication dans la fraude et aurait maintenu ses affirmations en ce sens même après avoir pris connaissance de l'absence d'implication de leur part. Ainsi, la Banque serait malvenue d'affirmer qu'une telle « défense en justice » ne constitue pas une faute de nature à engager sa responsabilité. Il y aurait lieu de considérer que la somme détournée est d'un montant non-négligeable, même si elle ne représente pas l'entièreté de leur patrimoine, de sorte que toute personne serait anxieuse de ne pas être sûre de la recouvrer.

Pour le cas où le préjudice moral réclamé au civil se confondrait avec l'indemnisation allouée par le juge au pénal, les consorts ALIAS1.) demandent à titre subsidiaire de considérer la Banque comme solidairement tenue à les indemniser.

Les consorts ALIAS1.) demandent principalement à être entièrement dédommagés de tous les frais engagés pour faire valoir leurs droits en fournissant à cet effet copie de toutes les factures et justificatifs relatifs aux frais exposés. Subsidiairement, ils sollicitent une indemnité de procédure de 100.000 EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

En ce qui concerne la demande des consorts ALIAS1.), la société SOCIETE1.) ne conteste pas l'application des règles régissant le contrat de dépôt. La Banque constate qu'il est désormais établi en justice que les consorts ALIAS1.) n'ont pas donné l'ordre de virement litigieux et n'ont pas été destinataires de l'argent.

Elle déclare qu'elle a payé le 7 mars 2018 aux consorts ALIAS1.) la somme de 3.527.000 EUR au principal, majorée des intérêts légaux, soit un montant total de 4.134.561,98 EUR. Elle demande à voir déclarer pleinement libératoire ce paiement à son profit et soutient qu'elle ne peut pas être condamnée une seconde fois à payer ce même montant aux parties demanderesse. Elle prend acte du fait que les consorts ALIAS1.) renoncent à leur demande y relative.

Concernant le préjudice moral invoqué par les consorts ALIAS1.), la société SOCIETE1.) soutient que les demandeurs restent en défaut de prouver que le montant détourné représente « la majeure partie » de leurs liquidités et que le projet agro-industriel ne pouvait pas être lancé à cause de la fraude.

Les demandeurs auraient par ailleurs déjà obtenu réparation du préjudice qu'ils invoquent actuellement dans le cadre du volet pénal de cette affaire dans la mesure où PERSONNE4.) a été condamné à payer le montant de 10.000 EUR à PERSONNE1.) et 1 EUR à chacun des enfants PERSONNE2.) et PERSONNE3.). Il aurait été jugé en instance pénale que le dommage moral invoqué par les consorts ALIAS1.) du chef de « tracas et de craintes », qui est le même que celui invoqué à l'égard de la Banque, a été causé par PERSONNE4.) et non par la Banque. Les consorts ALIAS1.) ne seraient dès lors pas recevables à demander indemnisation du même préjudice au cours de la présente instance. La Banque conteste encore tout lien de causalité entre la faute invoquée et le dommage subi.

Concernant les propos tenus par elle lors d'une audience du 22 octobre 2012 devant le juge des référés et dont les consorts ALIAS1.) estiment qu'ils étaient dénigrants, la société SOCIETE1.) conteste toute faute dans son chef susceptible d'engager sa responsabilité au motif qu'elle n'a fait qu'user son droit de se défendre en justice en soutenant une thèse qui s'est certes avérée fautive par la suite mais qui n'était pas dénuée de pertinence à l'époque.

La société SOCIETE1.) conteste le quantum des montants réclamés par les demandeurs pour n'être étayés par aucune pièce.

Elle conclut au rejet de la pièce n°61 des demandeurs au motif qu'il s'agit d'une attestation testimoniale de PERSONNE5.), épouse du demandeur PERSONNE2.). L'attestation se heurterait aux intérêts financiers communs des époux et serait dénuée de valeur probante.

Concernant la demande relative au gain manqué, la société SOCIETE1.) conteste principalement tout lien de causalité direct entre le préjudice allégué et son manquement contractuel.

Pour prospérer dans leur demande, il appartiendrait aux consorts ALIAS1.) de démontrer d'une part que c'est l'absence de remboursement par la Banque en octobre 2011 qui a empêché directement et nécessairement le lancement du projet à cette date comme prévu et d'autre part que si le projet n'a pu être lancé depuis lors, c'est toujours en raison de l'absence de remboursement par la Banque. Elle renvoie à la théorie de la causalité adéquate.

Il résulterait du plan d'affaires versé par les consorts ALIAS1.) que l'investissement total nécessaire pour le projet était estimé à 11.700.000 EUR au minimum et devait se faire progressivement sur une période de 2011 à 2021 et était donc largement supérieur au montant détourné de 3.527.000 EUR dont la Banque était débitrice. En octobre 2011, seul un investissement de 100.000 EUR aurait été nécessaire et en 2012 de 1.500.000 EUR. Il ressortirait de la lecture des pièces adverses que la réalisation de ce projet commercial était possible même sans la restitution des avoirs en 2011. Les consorts ALIAS1.) auraient une situation patrimoniale très confortable qui leur aurait, d'après leurs propres aveux, permis de lancer le projet avec ou sans la participation des fonds dérobés. Ils auraient notamment le 23 mars 2012 souscrit un contrat de dépôt à termes auprès de la SOCIETE6.) pour un montant de 1.500.000 EUR, montant devant être placé pendant 283 jours à un taux de 7,6%. Cet argent aurait dès lors été en liquide et à leur disposition à un moment où ils avaient connaissance de la fraude. Ils auraient décidé en connaissance de cause de ne pas mobiliser leur important patrimoine pour réaliser leur projet agro-alimentaire en 2012. Ils seraient ainsi de manière décisive intervenus dans la chaîne causale et seraient seuls à l'origine de la non-réalisation du projet qui ne serait en rien la suite nécessaire et directe de l'absence de restitution de la somme par la Banque.

Malgré le remboursement de la Banque en date du 7 mars 2018, aucun investissement ne serait intervenu depuis lors.

La société SOCIETE1.) conclut subsidiairement que la notion de gain manqué est inapplicable au préjudice allégué et reproche aux demandeurs une confusion totale entre les notions de gain manqué et de perte de chance et de leurs régimes juridiques respectifs. La réalisation du bénéfice espéré de leur projet de production et de commercialisation de noix aurait été soumise à de nombreux et importants aléas ne pouvant sérieusement permettre de considérer la réalisation de ce gain comme un événement certain. Les parties adverses reconnaîtraient elles-mêmes qu'elles n'avaient que de fortes chances de réaliser les profits décrits, excluant ainsi toute certitude dans la réalisation du bénéfice dont elles demandent réparation. Même si un tel préjudice existait, il ne saurait être qualifié juridiquement de gain manqué.

Encore plus subsidiairement, la Banque soutient que la demande doit également être rejetée sur le fondement de la notion de perte de chance, faute d'être fondée dans son principe. Les consorts ALIAS1.) ne démontreraient pas le principe de leur préjudice, faute d'établir la perte effective et définitive de la chance d'investir dans le projet. Leur chance d'investir dans le projet de production et de commercialisation des noix au Portugal n'aurait en rien été anéantie dans la mesure où il ne leur était pas impossible de lancer le projet en octobre 2011. La chance d'investir dans le projet aurait existé en 2011, tout comme il aurait existé après le remboursement des fonds en 2018, tout comme il existerait encore à l'heure actuelle. Les demandeurs ne démontreraient ainsi pas la perte effective et définitive de la chance d'investir dans le projet.

A titre infiniment subsidiaire, la société SOCIETE1.) conteste le quantum du préjudice allégué. Les consorts ALIAS1.) réclameraient une indemnisation égale à l'avantage que la chance leur aurait procuré selon eux si elle s'était réalisée. Or, ce serait la perte de chance qui constitue un dommage en lui-même. Ce ne seraient pas les montants convoités qui constituent le dommage mais l'espoir de les gagner. Ainsi, ils ne seraient pas en droit de réclamer la totalité du bénéfice net de l'investissement, estimé selon eux, sur une période de plus de six ans.

Le calcul effectué par les consorts ALIAS1.) serait erroné dans la mesure où la « *valeur actuelle nette* », donc le profit net réalisé, a été calculée sur base d'un investissement représentant au minimum 11.700.000 EUR sur la période de 31 ans et non uniquement 3.527.000 EUR. Dans la mesure où le projet nécessitait des investissements beaucoup plus importants, les 3.527.000 EUR manquants ne leur auraient pas rapporté la somme actuellement avancée.

Suivant le plan d'affaires versé, les consorts ALIAS1.) n'auraient pas dû toucher des dividendes durant les premières années. Il aurait été précisé que les premiers bénéfices seront consacrés au remboursement progressif et proportionnel du financement externe, des associés ou de la banque, jusqu'à ce que la société atteigne une situation financière nette qui soit positive. Ainsi, si le projet avait véritablement pu être lancé, les demandeurs

auraient été dans une situation d'associés - endettés - d'une société qui attendaient un retour sur investissement, hypothétique par principe, et ce après plusieurs années.

Les parties adverses resteraient en outre extrêmement vagues en ce qui concerne les conditions de financement qui auraient dû s'appliquer, auprès de quelles banques et à quels taux. D'après le plan d'affaires, quatre autres sociétés auraient dû intervenir dans la structure sans que rien n'est dit sur qui sont les actionnaires de chaque société, comment le chiffre d'affaires global projeté devait être ventilé entre les différentes sociétés, ni quel était réellement l'objet social de ces différentes sociétés.

Concernant la demande des consorts ALIAS1.) en paiement de tous les frais et dépens de l'instance sur base de pièces justificatives, la Banque donne à considérer que les demandeurs restent en défaut de verser de tels justificatifs. Elle s'oppose encore à la demande adverse en allocation d'une indemnité de procédure de 100.000 EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

En ce qui concerne la demande des consorts ALIAS1.) en paiement de la somme de 194.400,27 EUR au titre des frais d'avocat au Luxembourg et de 714 EUR au titre des frais de justice au Portugal, la société SOCIETE1.) leur reproche de ne pas faire la distinction entre les frais engagés dans le cadre de la procédure civile (référé ou fond) et ceux engagés dans la procédure pénale.

Elle conteste que les frais d'avocat engagés par les consorts ALIAS1.) dans le cadre de la procédure de référé trouvent leur origine dans un comportement abusif de sa part. Elle n'aurait fait que se défendre en justice, avec succès en première instance. L'obligation de paiement dans son chef n'aurait été consacrée que plus tard. Le simple fait de se pourvoir en cassation ne saurait être considéré comme un abus de droit d'agir en justice. Ainsi, tous les frais de justice qui ont été engendrés antérieurement à l'arrêt de la Cour de cassation du 10 juillet 2014 et s'élevant au montant de 126.766,75 EUR seraient à écarter.

La société SOCIETE1.) soutient que si le paiement a tardé après la fin de la procédure de référé, c'est parce qu'elle a voulu attendre l'avancement de l'enquête pénale qui devait faire toute la lumière sur l'affaire, avant de procéder enfin au paiement. L'enquête aurait en effet mis en avant des éléments troublants concernant la possible implication des consorts ALIAS1.) dans le détournement et au début, la police n'aurait pas totalement exclu qu'ils avaient été préalablement informés de la fraude. L'enquête aurait duré longtemps et le réquisitoire de renvoi ne serait intervenu que le 13 juillet 2017. Concomitamment à l'ordonnance de renvoi du 25 avril 2018, qui a définitivement levé les doutes quant à une éventuelle complicité des consorts ALIAS1.), elle aurait procédé au remboursement des fonds détournés.

La société SOCIETE1.) conteste encore les montants réclamés par les consorts ALIAS1.) qui ont été déboursés postérieurement au remboursement des fonds et s'élevant au montant de 34.982,52 EUR. Ces frais n'auraient aucun lien causal avec la faute qu'ils allèguent.

Concernant les frais d'avocat exposés par les consorts ALIAS1.) dans la procédure pénale, la Banque soutient que les demandeurs n'avaient aucune obligation d'assister au procès pénal dans la mesure où ils n'étaient pas inculpés. Le choix de se constituer partie civile aurait été un choix propre, personne ne les aurait obligés de le faire. Ils auraient pu apprendre dès la première audience correctionnelle que la Banque n'entendait pas faire de reproches à leur encontre. L'appel au civil interjeté par les consorts ALIAS1.) n'aurait pas été nécessaire dans la mesure où ils avaient obtenu gain de cause en première instance. Aucune nécessité n'aurait existé pour eux d'assister au procès pénal devant la Cour d'appel dans la mesure où la position de la Banque leur était connue depuis longtemps.

Le seul intérêt pour les consorts ALIAS1.) pour se constituer partie civile aurait été de présenter une demande d'indemnisation pour leur préjudice moral contre PERSONNE4.).

Les consorts ALIAS1.) ne pourraient en tout état de cause pas obtenir le paiement des frais d'avocat engagés dans une procédure distincte de celle en cours entre les parties. Ainsi, ils auraient dû réclamer leurs frais d'avocat engagés dans la procédure pénale aux prévenus dans le procès pénal.

La société SOCIETE1.) donne encore à considérer que le poste de préjudice relatif aux frais d'avocat n'est pas ventilé entre les trois parties demanderesse de sorte qu'il n'est pas possible de déterminer qui a payé les factures d'avocat. Certaines factures ne seraient adressées qu'à l'une des parties et certaines preuves de paiement ne feraient apparaître qu'un seul nom.

Subsidiairement et pour le cas où la demande serait fondée en son principe, la Banque conteste le quantum de la demande.

Toutes les demandes en paiement des frais d'avocat qui ne sont pas accompagnées d'un justificatif devraient être rejetées. Un mémoire d'honoraires global, sans précision du temps consacré à chaque prestation, ne permettrait pas de vérifier son bien-fondé.

Les factures versées ne comporteraient pas de décompte des prestations correspondantes ce qui empêcherait une vérification exacte du temps passé pour chaque prestation. La Banque conclut au rejet de ces mémoires d'honoraires d'un montant de 39.900,30 EUR pour manque de précisions.

La Banque conteste encore un montant de 618,49 EUR au motif qu'il inclut des frais de taxi, de photocopies et de sandwiches, frais qui ne sauraient être mis à sa charge ainsi que les honoraires de l'huissier CALVO pour la signification de l'assignation du 17 mai 2013 dans le cadre de la présente affaire (et qui relève des dépens) et pour la signification de l'acte d'appel en référé du 21 décembre 2012, déjà couvert par la condamnation aux dépens prononcée dans l'arrêt de référé du 13 novembre 2013.

Elle conteste encore le « *mémoire d'honoraires PERSONNE6.)* ».

Pour les mémoires d'honoraires où des décomptes sont produits, la Banque reproche un manque de précision dans la rédaction des narratifs empêchant d'avoir une idée claire sur les prestations réellement effectuées, de savoir si celles-ci se rattachent à la procédure civile ou pénale et si le temps passé sur certaines prestations est justifié au regard des usages de la profession. Ainsi seraient utilisés des termes très généraux tels que « *telephone conversation with client* », « *réunions* », « *divers recherches de pièces* », « *letter to client* », « *divers décompte* », « *divers recherche + partie conclusions* » sans plus de précisions. Une vérification de la proportionnalité des montants mis en compte s'avérerait ainsi impossible.

La Banque demande de réduire toute condamnation à intervenir au titre des frais d'avocat de la somme de 41.323,79 EUR et de ramener le restant des honoraires à tout autre montant plus raisonnable à établir *ex aequo et bono* par le tribunal.

La société SOCIETE1.) s'oppose à la demande en exécution provisoire du jugement.

En ce qui concerne la demande dirigée contre la société SOCIETE2.), la société SOCIETE1.) sollicite, au dernier état de ses conclusions,

- principalement sa condamnation à la tenir quitte et indemne de toute condamnation en restitution de la somme détournée de 3.527.000 EUR au profit des consorts ALIAS1.),
- sinon subsidiairement, à retenir la responsabilité de la société SOCIETE2.) pour le détournement commis par PERSONNE4.) le 16 septembre 2011 et ce en application du Contrat d'assurance sur le fondement de la responsabilité contractuelle, sinon sur le fondement de la responsabilité délictuelle, c'est-à-dire indépendamment de toute condamnation de la Banque envers les consorts ALIAS1.),
- en tout état de cause, sa condamnation au paiement du montant de 2.450.000 EUR, augmenté des intérêts au taux légal à compter du 16 septembre 2011 (date du décaissement) sinon du 18 octobre 2011 (date de la déclaration du sinistre), sinon du 5 juillet 2012 (date de l'assignation en intervention dans le cadre de la procédure de référé-provision), sinon du 25 juillet 2013 (date de l'assignation en intervention dans le cadre de la procédure au fond) sinon du 8 mars 2021 (date du jugement pénal), sinon du jugement jusqu'à solde, avec majoration dudit taux de trois points à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la signification du jugement à intervenir,
- sa condamnation à lui payer une indemnité de procédure de 5.000 EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

- sa condamnation à tous les frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de son mandataire,
- dans l'hypothèse où l'exécution provisoire est accordée aux consorts ALIAS1.), ordonner l'exécution provisoire du jugement à l'encontre de l'Assureur.

A l'appui de sa demande, la société SOCIETE1.) soutient que le Contrat d'assurance conclu avec la société SOCIETE2.) couvre un dommage jusqu'à hauteur de 2.450.000 EUR causé par un préposé de la Banque du fait notamment d'une escroquerie qu'il a commis à l'aide de faux et d'usage de faux.

Il ressortirait clairement du jugement pénal et de l'arrêt pénal qu'elle a été victime d'une telle escroquerie commise par son préposé PERSONNE4.). Le tribunal, après avoir analysé en détail la manière d'opérer de PERSONNE4.), serait arrivé à la conclusion que ce dernier avait « *mis en place une véritable machination complexe comportant des mensonges, un faux ordre de virement, ainsi que des pressions psychologiques, notamment, et l'usage de manœuvres frauduleuses est donc établi en l'espèce* ».

La Banque soutient que sa qualité de victime a été pleinement reconnue par le tribunal correctionnel alors que PERSONNE4.) a été condamné au paiement du montant détourné de 3.527.000 EUR. Le tribunal correctionnel aurait de même retenu que son préjudice est en relation causale avec les infractions de faux, d'usage de faux, d'escroquerie et de blanchiment-détention retenues à charge de PERSONNE4.).

Tous ces éléments auraient été confirmés en instance d'appel de sorte que tant la réalité de la fraude que sa qualité de victime seraient juridiquement établies, faits couverts par le Contrat d'assurance et justifiant l'indemnisation par l'Assureur.

La société SOCIETE1.) affirme qu'en application du Contrat d'assurance, le montant détourné de 3.527.000 EUR qui était sa propriété au jour du détournement en vertu du contrat de dépôt, constitue un bien assuré de sorte que la société SOCIETE2.) est tenue de l'indemniser.

La société SOCIETE1.) estime que le fait que les consorts ALIAS1.) renoncent actuellement à réclamer le paiement de la somme de 3.527.000 EUR ainsi que des intérêts moratoires après le 7 mars 2018 ne change pas le bien-fondé de sa demande en condamnation contre la société SOCIETE2.) à se voir tenir quitte et indemne au motif que leur renonciation ne concerne pas le bien-fondé de leur droit au remboursement suite au détournement mais le fait qu'en exécution de la décision de référé-provision, ils considèrent que le remboursement a déjà eu lieu.

La Banque soutient que l'arrêt pénal n'a certes pas autorité de chose jugée contre l'Assureur mais il aurait un effet *juris tantum* à l'égard des tiers ayant pour conséquence que les faits établis dans le procès pénal sont présumés être vrais. Il s'agirait de la vérité

judiciaire de sorte que la société SOCIETE2.) serait malvenue de tenter de s'appuyer sur des

éléments du dossier répressif pour aller à l'encontre des conclusions de la Cour d'appel elle-même.

L'arrêt pénal aurait, de manière claire et nette établi, que la Banque a été victime de l'escroquerie commise par PERSONNE4.) seul, que la Banque avait une procédure en place pour ce type de virement qui comportait une double vérification, procédure qui a été suivie par PERSONNE7.) qui a été abusé par les faux et manœuvres réalisées par PERSONNE4.) et que la Banque n'a aucune responsabilité dans la commission de l'escroquerie.

Contrairement aux affirmations de la société SOCIETE2.), il y aurait bien eu une procédure en place pour les virements au moment du détournement. Cette procédure aurait été suivie mais détournée par PERSONNE4.).

En application de l'article 8 des conditions générales de banque, une « convention télécopie et téléphone » aurait été conclue entre les consorts ALIAS1.) et la Banque lors de leur demande d'entrée en relation de compte, autorisant un ordre de transfert par fax (bien qu'en l'espèce ledit ordre de transfert par fax fut un faux).

Le fait d'avoir été débouté devant le juge pénal de sa demande indemnitaire formulée au titre de son préjudice moral ne serait pas pertinent en l'espèce au motif que le préjudice moral n'est pas couvert par le Contrat d'assurance.

La société SOCIETE1.) conclut à l'absence de nullité du Contrat d'assurance au motif qu'elle n'a pas intentionnellement fait de fausses déclarations dans un questionnaire daté de décembre 2010, déclarations qui aient eu une incidence sur l'appréciation du risque de l'Assureur.

La Banque se rapporte à prudence de justice concernant l'opposabilité du questionnaire à son égard alors que celui-ci est rédigé en langue anglaise, ce en contradiction avec les articles 10, 16 et 17-1 de la loi amendée du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance (ci-après « la Loi de 1997 »).

La société SOCIETE2.) aurait la charge de prouver que les déclarations dans ce questionnaire de décembre 2010 étaient fausses, ce notamment au regard de la situation de l'époque. Il s'ajouterait que les questions doivent être précises pour permettre à l'Assureur de se prévaloir de la réponse donnée.

La Banque soutient que l'assuré n'encourt pas de sanction pour une déclaration inexacte si la formule employée dans le questionnaire était de nature à prêter à confusion ou était imprécise.

Or, il y aurait lieu de constater que la plupart des questions dans le questionnaire étaient formulées de manière vague et imprécise et l'Assureur ne prouverait pas que les réponses du directeur PERSONNE8.) qui a rempli le formulaire pour le compte de la société SOCIETE1.), aient été fausses.

La Banque soutient qu'il n'existait aucune intention dans son chef de faire de fausses déclarations. La bonne foi du preneur d'assurance serait présumée et en application de l'article 11 de la Loi de 1997, il ne devrait déclarer que ce qu'il connaît effectivement. Ainsi, il appartiendrait à l'Assureur d'établir le caractère éventuellement intentionnel du manquement, c'est-à-dire de démontrer que l'assuré avait connaissance du risque. Une éventuelle « fausse » déclaration de PERSONNE8.) en décembre 2010 pourrait tout au plus résulter d'une différence d'interprétation des questions de la société SOCIETE2.) et en aucun d'un mensonge grossier et évident dont on pourrait présumer la mauvaise foi du répondant. La jurisprudence invoquée par la partie adverse en matière d'assurance-vie ne serait pas transposable au cas d'espèce.

La société SOCIETE2.) resterait encore en défaut de démontrer que les prétendues fausses déclarations intentionnelles ont eu une incidence sur son appréciation du risque. La société SOCIETE1.) doute que l'ensemble des questions posées dans le questionnaire ait été nécessaire pour l'appréciation du risque. Elle fait valoir que la société SOCIETE2.) reste en défaut de prouver qu'elle a été induite en erreur et que les prétendues fausses déclarations aient eu une incidence sur l'appréciation du risque et la décision de la société SOCIETE2.) d'assurer la succursale de la Banque. En effet, même après la fraude et après que l'Assureur a invoqué de prétendues fausses déclarations dans ce questionnaire ainsi que la nullité du Contrat d'assurance dans le cadre de la procédure de référé en 2014, il n'aurait jamais résilié le Contrat d'assurance, continuant de souscrire d'année en année au renouvellement tacite de celui-ci et ce jusqu'à la fermeture de la succursale de la Banque au Luxembourg en 2020. La prime annuelle n'aurait pas évolué entre 2011 et 2012.

Si, tel que le prétend la société SOCIETE2.), les prétendues fausses déclarations portaient sur des éléments d'appréciation du risque et qu'elle n'aurait jamais souscrit en connaissance de cause de ces risques, la logique voudrait qu'elle ait résilié le Contrat d'assurance dès que possible après leur découverte. Or, tel n'aurait pas été le cas.

La société SOCIETE1.) soutient que les clauses 2.3 16/ et 3.1 du Contrat d'assurance, invoquées par la société SOCIETE2.) comme clauses d'exclusion de garantie, doivent être qualifiées de clause de déchéance. En application de l'article 18 de la Loi de 1997, le contrat d'assurance ne pourrait prévoir la déchéance partielle ou totale du droit à la prestation d'assurance qu'en raison de l'inexécution d'une obligation déterminée, imposée par le contrat et à la condition que le manquement soit en relation causale avec la survenance du sinistre. Cette obligation ne serait déterminée que lorsqu'elle est qualifiée de manière suffisamment précise. Ainsi, les clauses de déchéance ne sauraient être libellées en des termes généraux. Or, en l'espèce les obligations à charge de l'assuré par les clauses 2.3 16/ et 3.1 seraient rédigées en des termes généraux et la société SOCIETE1.) demande à les déclarer nulles et inopposables à son égard.

Dans l'hypothèse où ces clauses n'encourraient pas la nullité et pour le cas où une quelconque violation desdites dispositions serait établie, ce que la Banque conteste, les manquements allégués ne sauraient avoir causé le sinistre. Le détournement de l'argent ne serait que de la responsabilité exclusive de PERSONNE4.) qui a usé des manœuvres sciemment orchestrées et de faux pour tromper la vigilance de ses collègues. L'Assureur n'établirait pas comment un prétendu manquement aux obligations de prévention du terrorisme aurait pu changer la situation, respectivement en quoi un prétendu défaut de qualification professionnelle de PERSONNE4.) aurait eu un quelconque rapport avec la réalisation de la fraude. Ce ne seraient pas ses compétences professionnelles mais la commission d'une infraction pénale qui serait la cause unique du sinistre.

Pour le cas où une faute lourde lui serait reprochée, la société SOCIETE1.) fait valoir qu'en application de l'article 14 de la Loi de 1997, même la faute lourde de l'assuré reste en principe couverte. Par exception, la compagnie d'assurance pourrait exclure certains faits qu'elle considère constituer une faute lourde et qu'elle détermine expressément et limitativement. Or, les clauses litigieuses ne qualifieraient pas expressément les faits visés de fautes lourdes. Toutes les fautes éventuelles, à l'exception de celles qui seraient intentionnelles ou dolosives, seraient donc couverts par le Contrat d'assurance.

Il s'ajouterait que les obligations mises à charge de l'Assuré dans les clauses visées seraient libellées en des termes généraux, ne remplissant pas la condition légale de détermination expresse et limitative des fautes lourdes susceptibles d'entraîner l'exclusion de garantie.

La Banque base sa demande en allocation des intérêts de retard sur la somme de 2.450.000 EUR sur l'article 1153 du Code civil.

La société SOCIETE2.) se rapporte à prudence de justice quant à la recevabilité en la pure forme des assignations dirigées à son encontre.

Elle soutient que le Contrat d'assurance souscrit par la Banque est une assurance de dommages destinée à garantir la Banque d'une perte pécuniaire causée par une fraude sous réserve de toute cause de nullité du Contrat d'assurance, de refus de couverture, d'exclusion ou de réduction de la garantie, ainsi que de toute franchise et/ou limite de garantie prévue au contrat et non pas une assurance de responsabilité civile.

Elle fait valoir que le Contrat d'assurance n'est pas destiné à couvrir les conséquences dommageables d'une responsabilité professionnelle de la Banque mais des « pertes pécuniaires directes » subies par la Banque et résultant d'une fraude commise par un ou plusieurs préposés avec ou sans collusion des tiers. La garantie d'assurance des pertes pécuniaires directes liées à une fraude ne saurait donc être activée qu'en cas d'infractions pénales déterminées, ce qui suppose en premier lieu que la commission d'une telle infraction soit établie. Tel serait le cas en l'espèce.

La société SOCIETE2.) soutient que la demande en garantie formulée par la société SOCIETE1.) à son encontre n'est recevable que pour le cas où une condamnation de la Banque au bénéfice des conjoints ALIAS1.) soit prononcée par le tribunal.

L'Assureur soulève principalement la nullité du Contrat d'assurance pour défaut intentionnel de déclaration exacte du risque à la souscription. Afin de permettre à l'Assureur de circonscrire les risques et de déterminer le montant des primes, il devrait analyser un certain nombre de paramètres. Une telle analyse nécessiterait que le preneur d'assurance déclare exactement tous les éléments et circonstances d'appréciation du risque. L'Assureur devrait être en mesure de donner son consentement en connaissance de cause et, pour ce faire, il devrait être en mesure d'apprécier exactement le risque qui lui est présenté afin de pouvoir décider s'il accepte de garantir le risque et sous quelles conditions.

Pour s'épargner des discussions sur le point de savoir si l'assuré devait considérer que telle ou telle information constitue pour l'assureur des éléments d'appréciation du risque, les assureurs demanderaient habituellement à leurs assurés de répondre à un questionnaire. L'assuré serait tenu de répondre exactement et précisément aux questions contenues dans un tel questionnaire établi par l'assureur.

Concernant le moyen d'inopposabilité du questionnaire à la Banque parce ce qu'il a été rédigé en langue anglaise, la société SOCIETE2.) soutient qu'il n'est pas plausible que le directeur de la Banque, PERSONNE8.) ne maîtrisait pas la langue anglaise au moment où il a rempli le formulaire. Si tel avait été le cas, il lui aurait été loisible de demander à son assureur la communication d'un formulaire établi en langue française, allemande ou luxembourgeoise. Or, une telle demande n'aurait pas été présentée.

La société SOCIETE2.) conteste que les questions dans le questionnaire ont présenté un caractère imprécis. Les questions posées auraient été très précises et parfaitement adaptées à l'activité bancaire et au risque assuré.

Un contrat d'assurance se caractériserait par l'aléa de l'évènement qu'il vise à garantir. En tant que professionnel du secteur bancaire réglementé, la Banque ne saurait raisonnablement soutenir qu'elle ignorait l'importance des questions spécifiques, propres à son domaine d'activité, posées pour l'appréciation du risque.

Il résulterait du rapport d'audit interne réalisé par la Banque après la survenance de la fraude que les réponses fournies par la Banque au questionnaire ne correspondaient pas à la réalité de son organisation et de son fonctionnement opérationnel. Ses réponses erronées auraient induit l'Assureur en erreur sur le risque que la Banque lui demandait d'assurer.

La société SOCIETE2.) renvoie aux différentes questions posées à la société SOCIETE1.).

Ainsi, malgré le fait que la Banque avait indiqué dans le questionnaire qu'un seul employé ne pouvait pas contrôler seul une transaction du début à la fin, il résulterait des éléments de la cause que PERSONNE4.) a pu commettre la fraude en pilotant sous son seul et unique contrôle toute l'opération de transfert des fonds litigieux.

Le directeur de la Banque, PERSONNE8.) aurait encore relevé lors de l'audit interne qu'il n'existait pas de normes depuis l'ouverture de la succursale qui établissent des procédures permettant de baliser les activités des autres organes de la structure.

PERSONNE9.), également gestionnaire de compte et collègue de PERSONNE4.), aurait encore confirmé que l'exécution des opérations de virement (décomposée en dix phases) permettait à chaque gestionnaire d'avoir le plein contrôle de l'opération dans son intégralité.

L'Assureur soutient que malgré une déclaration affirmative dans le questionnaire, la Banque n'aurait pas eu de politique de recrutement conforme à celle que doit appliquer un établissement bancaire pour s'assurer que chaque employé a les qualités et les compétences requises pour assumer les responsabilités professionnelles qui lui sont confiées.

PERSONNE4.) n'aurait pas eu le profil correspondant aux responsabilités qui lui ont été confiées par avenant du 17 novembre 2009 au contrat à durée déterminée du 12 mai 2009. Ainsi, sa promotion serait passée en moins de six mois d'ancienneté et d'expérience dans la Banque d'un poste d'« employé administratif polyvalent » à « Responsable Département Clientèle Préférentielle » en charge des clients les plus fortunés. Il aurait auparavant accumulé un nombre important de postes en dehors du secteur bancaire et sa courte expérience déclarée, mais non vérifiée, dans le secteur bancaire n'aurait pas justifié qu'une telle responsabilité lui soit confiée.

La société SOCIETE2.) fait encore valoir que le parcours professionnel de PERSONNE4.) n'a, à aucun stade, été vérifié, notamment pour ce qui est de ses prétendues expériences dans le secteur bancaire chez SOCIETE7.), SOCIETE8.) et SOCIETE9.). Il ressortirait encore de l'audit interne qu'il n'était pas d'usage de procéder à de telles vérifications.

L'affirmation de la Banque dans le questionnaire selon laquelle les références des nouveaux employés de la Banque étaient vérifiées aurait donc été manifestement erronée.

La Banque aurait encore répondu par l'affirmative à la question de savoir si les départs de salariés sont communiqués au département informatique afin de couper immédiatement l'accès de ces personnes au système de la Banque. Or, PERSONNE4.) aurait, après son licenciement, eu accès au système informatique de la Banque jusqu'au 16 septembre 2011 au soir, lui permettant de mettre en œuvre le transfert frauduleux et ce bien qu'il ait été licencié en date du 13 septembre 2011 et que sa présence pour quelques jours au sein de la Banque ne devait se justifier que pour les besoins de

transmission des dossiers au gestionnaire qui le remplaçait. Si ses droits d'accès avaient été bloqués dès son licenciement, il n'aurait pas pu effectuer le virement litigieux.

En considération de cette situation, la Banque aurait manifestement failli à son obligation de déclaration des risques à la souscription de la police d'assurance.

Compte tenu de l'attitude des employés de la Banque dans cette affaire, la société SOCIETE2.) considère qu'ils n'ont, malgré déclaration contraire de la Banque dans le questionnaire, manifestement pas suivi de formation de sensibilisation aux fraudes ou que, si cette formation avait eu lieu, elle n'aurait manifestement pas été adaptée compte tenu du comportement indolent des employés de la Banque dans le traitement du virement frauduleux.

Il résulterait de l'interrogatoire des employés de la Banque, y compris des responsables, qu'il n'existait pas de normes et que les opérations s'effectuaient selon les « pratiques en cours » dont l'insuffisance serait pleinement révélée en l'espèce. Ainsi, la réponse de la Banque sur la question de savoir s'il existe des règles formelles et des normes n'aurait correspondu à aucune réalité et elle en aurait eu conscience. L'instruction de service pour une procédure interne intitulée « Virements – Délégation de compétences/contrôles » dont la Banque se serait prévaluée dans le cadre de la procédure de référé n'aurait été émise par la Direction que le 6 juillet 2012 et ne serait entrée en vigueur que le 9 juillet 2012, soit près d'une année après la fraude du 16 septembre 2011.

L'instruction de service intitulée « Vérification des signatures de clients » se limiterait à identifier qui est autorisé à vérifier la signature d'un client de la Banque et selon quelles modalités cette vérification est effectuée. Elle ne porterait cependant nullement sur la procédure à suivre pour l'exécution d'opérations de transfert de valeur.

Il en résulterait qu'au moment de l'opération litigieuse et au moins jusqu'au 9 juillet 2012, il n'aurait existé au sein de la banque aucune règle opérationnelle à respecter dans le cadre de l'exécution d'opérations de transfert de valeur, contrairement à ce qu'aurait affirmé la Banque lors de la souscription du contrat d'assurance.

L'Assureur soutient que l'enquête pénale ainsi que l'audit interne ont révélé que les instructions de virement de fonds ne faisaient pas l'objet d'une procédure adéquate de vérification et d'authentification, respectivement de validation.

Une procédure de « call back », consistant à vérifier et confirmer auprès du donneur d'ordre l'opération de virement n'aurait été instituée qu'à partir de juillet 2012. PERSONNE7.) n'aurait pas vérifié avec les clients s'ils avaient effectivement ordonné le transfert et s'ils connaissaient le bénéficiaire du virement litigieux. Le transfert n'aurait interpellé aucun autre service de la Banque, celle-ci permettant que soient passés des ordres de virement sur base d'un simple appel téléphonique non enregistré et non suivi d'une quelconque vérification.

En répondant par l'affirmative à la question « *Do you always secure fund transfers instructions (e.g. through passwords, encryption, testing, call back or other authentication)* », la Banque l'aurait manifestement induit en erreur.

La société SOCIETE2.) soutient qu'il n'y avait pas d'ordre de virement écrit et que PERSONNE7.) s'est fié aux déclarations de PERSONNE4.).

L'Assureur soutient qu'en répondant systématiquement de manière inexacte aux questions posées dans le questionnaire, la mauvaise foi de la Banque dans ses déclarations du risque est établie. Ces déclarations inexactes auraient toutes eu en l'espèce une influence sur l'appréciation du risque et une influence directe sur le sinistre.

La Banque invoquerait à tort l'absence de résiliation du Contrat d'assurance après la survenance de la fraude. Le Contrat d'assurance aurait été renouvelable annuellement par tacite reconduction et tel que la Banque l'indiquerait elle-même, la tacite reconduction n'entraînerait pas la prolongation du contrat initial mais la conclusion d'un nouveau contrat. Si le Contrat d'assurance a bien été renouvelé après le sinistre, les conditions auxquelles il l'a été n'auraient pas été les mêmes que celles ayant eu cours au moment du sinistre. Outre l'augmentation plus que conséquente du montant de la prime d'assurance, la Banque aurait adopté de nouvelles procédures internes visant à éviter que les circonstances qui ont permis la fraude ne se renouvellent pas.

Subsidiairement et pour le cas où la nullité du Contrat d'assurance ne serait pas prononcée, l'Assureur fait valoir que le sinistre est exclu de la garantie d'assurance au regard des fautes commises par la Banque. L'instruction pénale aurait clairement mis à jour un nombre saisissant de négligences fautives de sa part au regard de ses obligations légales et prudentielles. Ces manquements auraient permis de faciliter la commission de la fraude. Elle renvoie aux articles 2.3 16/ et 3.1 du Contrat d'assurance.

Ces manquements auraient été constatés aussi bien au cours du procès pénal que dans le cadre de l'audit interne. Le fait que la Banque ait été reconnue judiciairement victime (en tant que propriétaire des fonds déposés au moment du dépôt) des manœuvres frauduleuses de PERSONNE4.) n'enlèverait rien au fait que la fraude a également et largement été permise par ses propres fautes caractérisées.

Les manquements de la Banque pourraient être présentés en distinguant deux catégories de normes. Elle aurait d'abord commis des manquements par rapport à la législation relative aux services de paiement et à la législation SOCIETE10.) et plus particulièrement aux articles 3, 3-2, 3-2 et 2-2 de la loi SOCIETE10.) prévoyant des obligations de vigilance à l'égard de la clientèle ainsi qu'à l'article 4 de la loi SOCIETE10.) prévoyant l'obligation de disposer d'une organisation interne adéquate.

L'Assureur répète qu'à l'époque du virement frauduleux et au moins jusqu'au 9 juillet 2012, il n'existait au sein de la Banque aucune règle opérationnelle à respecter dans le cadre de l'exécution d'opérations de transfert de valeur et que la Banque n'a ni adopté ni appliqué des mesures de vigilance par rapport au virement litigieux et qu'elle ne disposait

pas d'une organisation interne adéquate pour sensibiliser et permettre à ses employés d'empêcher et de détecter des opérations douteuses.

La Banque aurait ensuite commis des manquements aux exigences organisationnelles et aux règles de conduite dans le secteur financier et plus particulièrement à l'article 37-1 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier, obligeant les acteurs du secteur financier à engager du personnel disposant des qualifications, des connaissances et de l'expertise requises pour exercer les responsabilités qui lui sont confiées. Il serait manifeste que PERSONNE4.) ne disposait pas des qualifications et compétences requises pour assumer ses responsabilités en tant que gestionnaire de la clientèle préférentielle de la Banque.

Il résulterait encore du rapport d'audit interne que les rapports d'évaluation de la prestation professionnelle de PERSONNE4.) en 2009 et 2010 étaient passables, qu'il s'est même vu attribuer une note négative (inférieure à la moyenne) à la plupart des critères d'évaluation en 2009. En 2010, il se serait vu attribuer une note globale provisoire de 1,18 sur une échelle de 1 à 6. La direction de la Banque aurait eu connaissance de ses difficultés financières personnelles.

Une circulaire de la CSSF prévoirait encore que le professionnel doit veiller à ce qu'il ne se crée pas de lien de dépendance du client par rapport à l'employé qui en a la charge et que notamment le client ne relève pas de la compétence exclusive d'un employé. Or, le lien de dépendance entre les conjoints ALIAS1.) et PERSONNE4.) aurait été total, accepté et même entretenu par la Banque. Les conjoints ALIAS1.) n'auraient pas été informés que PERSONNE4.) quittait la Banque et qu'il n'était donc plus en charge de leur portefeuille, alors que PERSONNE4.) avait été autorisé à informer lui-même les clients de son départ. La Banque aurait a posteriori reconnu qu'elle n'aurait jamais dû autoriser ceci, ne serait-ce que pour éviter un détournement de clientèle. Ainsi, les conjoints ALIAS1.) auraient continué à s'entretenir avec PERSONNE4.) plus de deux semaines après son départ sans se douter de rien. Si les clients avaient été informés du licenciement de PERSONNE4.) et du dépôt de leurs avoirs sur leur compte-courant depuis deux mois et demi, il aurait été possible de prévenir la commission de la fraude, voire à défaut, de récupérer les fonds détournés.

Pour le cas où l'exclusion de garantie invoquée devrait être requalifiée de clause de déchéance de garantie, il serait manifeste que la Banque a manqué aux obligations légales et réglementaires précitées et que la fraude a pu être planifiée et exécutée grâce aux manquements avérés et systématiques de la Banque à ses obligations. Il serait incontestable que la fraude est imputable aux manquements constatés par la Banque elle-même.

La société SOCIETE2.) estime que la Banque ne peut pas se retrancher derrière l'allégation selon laquelle la clause d'exclusion sinon de déchéance de garantie n'a pas été formulée dans des termes selon elle suffisamment précis et détaillés pour comprendre dans quels cas une telle exclusion sinon déchéance pourrait lui être opposée dans la mesure où elle doit connaître et respecter la législation spécifique qui s'applique

à son activité spécifique et notamment ses obligations en matière de contrôle pour permettre la sauvegarde des fonds lui confiés et il ne saurait être reproché à l'Assureur de ne pas édicter l'ensemble des dispositions légales et réglementaires applicables au secteur bancaire dans le contrat d'assurance.

Le fait que les manquements de la Banque soient constatés, entre autres, par rapport à une législation qui était à l'origine édictée dans le cadre d'une politique de lutte contre le financement du terrorisme, n'enlèverait rien au fait que lesdits manquements ont permis la réalisation de la fraude.

A titre plus subsidiaire, à supposer que la garantie fraude soit acquise, l'Assureur fait valoir que la garantie ne couvre que les pertes pécuniaires directes liées à la fraude dans la limite du plafond d'assurance après déduction de la franchise.

Le Contrat d'assurance ne couvrirait pas une éventuelle condamnation en responsabilité de la Banque en indemnisation d'un éventuel dommage moral et d'une perte de chance d'avoir pu investir le montant du dépôt perdu. De tels dommages ne constitueraient pas des pertes pécuniaires directes liées à une fraude. La Banque ne contesterait pas ceci dans la mesure où elle ne demande pas garantie d'une éventuelle condamnation prononcée à son encontre au titre du préjudice moral sinon d'une perte de chance dont la réparation est recherchée par les consorts ALIAS1.).

La société SOCIETE2.) conteste que la garantie fraude couvre les intérêts compensatoires au motif qu'un tel dommage ne peut être qualifié de perte pécuniaire directe liée à une fraude, seul le montant détourné étant susceptible d'être garanti. Les intérêts compensatoires résulteraient en l'espèce d'un défaut de l'assuré de limiter les conséquences du sinistre et un tel manquement ne pourrait en aucun cas être mis à la charge de l'Assureur. Pour le cas où la demande aboutirait, les intérêts au taux légal seraient à allouer à partir de la demande en justice.

Dans la mesure où, aux termes de l'arrêt de la Cour d'appel du 12 juillet 2022, la Banque a obtenu la condamnation des prévenus au paiement du montant de 3.527.000 EUR avec les intérêts légaux et à une indemnité de procédure de 10.000 EUR et dans la mesure où elle s'est vue attribuer les montants de 295.062,07 EUR et 10.900 USD ainsi que certains objets, la société SOCIETE2.) se réserve le droit, au cas où par impossible elle était condamnée à garantir le sinistre, à demander à la Banque de justifier de tous montants et valeurs récupérés et toutes démarches entreprises pour voir exécuter les décisions de condamnation obtenues sur sa constitution de partie civile, ceci en application de l'article 3.12 du Contrat d'assurance qui prévoit qu'avant paiement, toute récupération sera déduite du sinistre.

La société SOCIETE2.) conteste la demande de la Banque en allocation d'une indemnité de procédure et s'oppose à l'exécution provisoire du jugement.

Motifs de la décision

Demande des consorts ALIAS1.) contre la société SOCIETE1.)

1. Renonciation à la demande principale

Aux termes de leurs conclusions notifiées le 18 mars 2024, les consorts ALIAS1.) ont renoncé à leur demande en condamnation de la BANQUE au paiement de la somme de 3.527.000 EUR ainsi que des intérêts moratoires après le 7 mars 2018, de sorte qu'il n'y a plus lieu de statuer sur cette demande.

D'un commun accord des parties, il y a lieu de déclarer pleinement libératoire en principal et intérêts le paiement effectué en date du 7 mars 2018 par la Banque.

2. Perte subie et gain manqué

En matière de responsabilité, il incombe au demandeur de rapporter la triple preuve d'une faute, d'un préjudice et du lien de causalité entre la faute et le préjudice.

Les parties sont en accord pour dire qu'elles étaient liées par un contrat de dépôt.

Aux termes de l'article 1915 du Code civil, le dépôt est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature.

Le banquier ne peut être déchargé de son obligation de restitution qu'en effectuant les paiements entre les mains soit du véritable créancier, soit de celui qui a reçu pouvoir de celui-ci.

L'obligation de restitution à charge de la banque s'analyse en une obligation de résultat.

En l'espèce, il n'est pas contesté par la société SOCIETE1.) qu'elle ne s'est conformée à son obligation de restitution qu'en date du 7 mars 2018, moment où elle a payé la somme de 4.134.561,98 EUR (somme principale de 3.527.000 EUR majorée des intérêts légaux de 607.561,98 EUR) aux consorts ALIAS1.) et ceci malgré le fait qu'elle a été condamnée par arrêt de la Cour d'appel du 13 novembre 2013 à payer la somme principale aux demandeurs à titre de provision et qu'il lui a été d'ores et déjà suggéré dans un rapport interne du 9 décembre 2011 de restituer le montant litigieux aux consorts ALIAS1.).

La faute contractuelle de la société SOCIETE1.), consistant en une restitution tardive des fonds aux demandeurs est partant établie en l'espèce.

La preuve du dommage obéit aux règles ordinaires de preuve telles qu'elles se dégagent des articles 1315 et suivants du Code civil, ce qui signifie que la victime est obligée de prouver l'existence et l'import de son préjudice (G. Ravarani, La responsabilité civile des personnes privées et publiques, no. 1085, Pasicrisie 2006).

Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé (article 1149 du Code civil).

Le préjudice réparable comprend donc non seulement la perte subie, mais encore, le cas échéant, le gain manqué. Le préjudice matériel résultant d'une atteinte aux biens, peut se manifester, non seulement sous la forme d'une perte éprouvée, le « *damnum emergens* », mais également sous celle d'un gain manqué, le « *lucrum cessans* » (Cour d'appel, 20 mars 2013, n° 38168 du rôle).

La perte éprouvée consiste en l'appauvrissement injustifié de la victime, le gain manqué est le bénéfice net que le créancier de la réparation n'a pas réalisé. N'est toutefois indemnisable que le préjudice certain à l'exception d'un dommage éventuel ou hypothétique. Le gain qu'on escomptait ne doit partant pas être hypothétique, mais sa concrétisation dans un temps proche doit être vraisemblable (Cour d'appel 20 mars 2013, n° 38168 du rôle).

S'agissant du gain manqué (*lucrum cessans*), il est admis qu'il s'agit du bénéfice que le créancier de la réparation n'a pas réalisé. La réparation intégrale inclut la prise en compte du manque à gagner (Cour d'appel, 3 novembre 1972, Bull. civ. II, no 268).

En l'espèce, les consorts ALIAS1.) demandent réparation de leur préjudice consistant en une perte de chance de gain, résultant du fait qu'ils ne pouvaient pas réaliser leur projet d'investissement, faute d'avoir à leur disposition les fonds dérobés par PERSONNE4.) et non restitués par la BANQUE d'un montant de 3.527.000 EUR.

Le gain manqué ne peut être indemnisé que lorsqu'il constitue un préjudice certain. Il faut donc retenir ce que le créancier était raisonnablement en droit d'espérer.

La perte d'une chance peut être définie comme la « disparition de la probabilité d'un événement favorable » (Ph. Le Tourneau, La responsabilité civile, n° 1418, p. 337).

« En matière d'indemnisation de la perte d'une chance le demandeur n'a pas à établir que l'événement dont il se plaint de la non-réalisation se serait effectivement réalisé si la faute du responsable n'avait pas été commise. Il n'a qu'à établir qu'il avait des chances réelles et sérieuses que l'événement se produise et il rapporte cette preuve en soumettant les éléments dont résulte la réalité de la chance. L'auteur responsable peut se prévaloir d'éléments en sens contraire et il appartient au juge d'apprécier sur base des éléments produits, dont il examinera la pertinence, la réalité de la chance invoquée » (Cour d'appel, 7 juin 2007, rôle n° 30680)

L'étendue d'une perte de chance de gain est donc appréciée à partir de sa chance de réalisation et des éléments pertinents de preuve disponibles.

La perte d'une chance peut être définie comme la disparition de la probabilité d'un événement favorable. La chance étant par nature aléatoire, la réparation de la perte d'une chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'elle aurait procuré si elle s'était réalisée (Cour d'appel, 7 février 2018, n°40382 du rôle).

Il découle encore du principe de la réparation intégrale, constituant la directive essentielle en ce qui concerne l'indemnisation des dommages, que l'indemnisation ne doit pas excéder la valeur du préjudice et qu'elle ne saurait procurer un enrichissement à la victime. La somme due au titre des dommages et intérêts doit correspondre rigoureusement à la perte causée par le fait dommageable (G. Viney et P. Jourdain, les effets de la responsabilité, L.G.D.J., 2ème édition, no.57).

En l'espèce, il résulte des pièces versées au dossier que les consorts ALIAS1.) ont en 2010, par l'acquisition de la société SOCIETE11.) de SOCIETE12.), dont ils sont devenus les seuls actionnaires, acquis des terrains au sud du Portugal. Ils ont à cette fin déboursé le montant de 1.700.000 EUR.

Ces terrains ont été acquis en vue de la réalisation du projet d'exploitation d'un verger de noyers, et plus particulièrement en vue de l'installation du verger principal et de l'unité industrielle principale, projet qui, selon leurs dires, ne pouvait pas se réaliser en 2011 au vu du détournement frauduleux du montant de 3.527.000 EUR en septembre 2011 et de sa non-restitution subséquente par la BANQUE jusqu'en mars 2018.

En se basant sur un plan d'affaires qui a été élaboré par leurs soins en vue de la réalisation dudit projet, ils évaluent actuellement leur préjudice relatif au gain manqué au montant de 13.833.518,75 EUR, à savoir 2.169.848 EUR X 6,37534 années (période du 16 septembre 2011 au 7 mars 2018), évaluation étant, selon eux, la plus réaliste et la plus probable.

Les consorts ALIAS1.) restent en défaut de fournir des éléments quant à l'utilisation respectivement la destination des terrains acquis en 2010 via la société SOCIETE5.) en vue de l'exploitation du verger de noyers, projet abandonné en 2012, faute d'avoir disposé du montant détourné de 3.527.000 EUR et selon leurs dires non repris jusqu'à l'heure actuelle.

Dans l'hypothèse où ces terrains, dont les consorts ALIAS1.) n'affirment pas qu'ils ont été entretemps vendus, ont été mis en location ou ont fait l'objet d'une autre affectation pendant la période pour laquelle les consorts ALIAS1.) sollicitent actuellement indemnisation, ils ont nécessairement procuré des revenus aux demandeurs qu'il y aurait lieu de déduire du préjudice subi en raison de la perte de chance de gain dans le cadre du projet agro business, ceci en application du principe que les victimes ne sauraient s'enrichir par l'allocation de dommages et intérêts.

A défaut de fournir de quelconques éléments concernant la destination des terrains en question, ayant fait partie du projet agro business qui a dû être abandonné selon les dires des consorts ALIAS1.) en raison du comportement fautif de la Banque, le tribunal ne dispose pas des données nécessaires pour chiffrer le bénéfice net qu'ils n'ont pas pu réaliser.

En considération de cette situation, le tribunal n'est pas en mesure d'évaluer une éventuelle perte de chance de gain, de sorte que les consorts ALIAS1.) sont à débouter de leur demande y relative.

3. Préjudice moral

Dans le cadre de la demande des consorts ALIAS1.) en indemnisation de leur préjudice moral, la BANQUE demande le rejet de la pièce n°61 des demandeurs au motif qu'il s'agit d'une attestation testimoniale de l'épouse d'PERSONNE2.) qui a un intérêt financier commun avec ce dernier.

Le tribunal souligne que l'article 405 du Nouveau Code de procédure civile pose comme principe que chacun peut être entendu comme témoin, à moins d'être frappé d'une incapacité de témoigner en justice. L'article 399 du Nouveau Code de procédure civile, qui admet le témoignage de tout tiers, n'exclut que celui d'une partie en cause.

La notion de partie en cause doit être interprétée restrictivement comme ne visant, en principe, que les personnes directement engagées dans l'instance judiciaire, les nouvelles dispositions légales sur les mesures d'instruction tendant à la simplification et à la libéralisation des modes de preuve ayant élargi le plus possible les moyens susceptibles de conduire à la manifestation de la vérité et ayant aboli de façon significative la possibilité de reproche de témoins (Cour d'appel, 23 novembre 1994, Pas. 29, 359 ; Cour d'appel 2 juillet 2009, 8e chambre, n° 33311 du rôle). Le conjoint d'une des parties en cause, même commun en biens et pouvant de ce fait avoir un intérêt à l'issue du procès, n'est pas à considérer comme partie en cause et son témoignage ne peut être écarté (Cour d'appel 23 février 2000, 4e chambre, n° 22189 du rôle).

En l'espèce, PERSONNE5.) n'est pas partie à l'instance. En application des principes énoncés ci-dessus, la seule circonstance qu'elle est l'épouse d'un des demandeurs n'est pas de nature à faire écarter l'attestation testimoniale rédigée par elle.

Son attestation répond aux conditions de forme de l'article 402 du Nouveau Code de procédure civile, de sorte que son témoignage n'est pas à écarter des débats.

Le préjudice moral est celui qui ne se traduit pas par une perte en argent, parce qu'il porte atteinte à un droit extrapatrimonial.

Les consorts ALIAS1.) sollicitent la condamnation de la société SOCIETE1.) au paiement du montant de 160.000 EUR au titre de leur préjudice moral soit :

- 120.000 EUR au profit de PERSONNE1.),
- 20.000 EUR au profit d'PERSONNE2.),
- 20.000 EUR au profit d'PERSONNE3.).

La BANQUE s'oppose à cette demande au motif que les demandeurs ont d'ores et déjà obtenu réparation de leur préjudice moral dans le cadre de l'instance pénale dirigée contre PERSONNE4.).

S'il est vrai que PERSONNE1.) s'est vu allouer, par jugement rendu en date du 8 mars 2021 par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle, au civil le montant de 10.000 EUR et PERSONNE2.) et PERSONNE3.) chacun le montant de 1 EUR, pour les tracas et craintes endurés et résultant de la fraude opérée par l'employé de la société SOCIETE1.), PERSONNE4.), force est de constater que la BANQUE a commis une faute distincte de celle de son employé en refusant de restituer le montant litigieux aux consorts ALIAS1.) et ceci malgré des conclusions et des instructions claires contenues dans le rapport interne de la BANQUE du 14 décembre 2011 qui indique que « 8. *Aucune responsabilité de la cliente dans la réalisation du virement en question n'ayant été établie, la succursale ne peut que procéder à son remboursement, avec effet rétroactif au 16.09.2011, reconstituant les deux dépôts à terme (de 321.149,30 € et 463.808,33 €. Liquidés de façon indue le 14.09.2011* » et malgré condamnation par arrêt rendu en date du 13 novembre 2013 par la Cour d'appel, siégeant en matière de référé. Le recours à des mesures d'exécution forcée a même été nécessaire.

La BANQUE fait encore plaider que les propos tenus lors d'une audience de plaidoiries devant le juge des référés ne sauraient constituer une faute dans son chef mais seraient à analyser comme une simple défense en justice.

Il résulte de l'ordonnance de référé du 30 octobre 2012, donc rendue postérieurement au prédit rapport interne de la BANQUE ayant retenu qu'aucune responsabilité des consorts ALIAS1.) dans la réalisation de la fraude n'est établie, que la BANQUE a plaidé en date du 22 octobre 2012 que le transfert de la somme de 3.527.000 EUR a été fait sur ordre et conformément aux instructions des consorts ALIAS1.).

La société SOCIETE1.) a maintenu cette version des faits dans le cadre de l'audience devant la Cour d'appel, siégeant en matière de référé qui a noté : « *La partie intimée soutient, et maintient sur demande expresse de la Cour, que lors d'un entretien téléphonique du 15 septembre 2011, entre PERSONNE7.) et l'appelante PERSONNE1.), cette dernière aurait donné l'ordre oral de transférer la somme litigieuse sur le compte SOCIETE13.) en ADRESSE8.). Dès lors PERSONNE7.) aurait signé le lendemain l'ordre de transfert de ladite somme que lui a soumis PERSONNE4.). En d'autres termes, l'intimée affirme que ce sont les appelants qui ont donné l'ordre de virer la somme litigieuse en ADRESSE8.) et qu'ils tentaient actuellement de manière frauduleuse de se faire restituer ledit montant par l'intimée en s'appuyant sur un détournement commis par PERSONNE4.)* » (p. 5 de l'arrêt du 13 novembre 2013).

Il ne résulte d'aucun élément du dossier que l'enquête pénale qui était à ce moment en cours, donnait des indices en ce sens et cette version des faits soutenue par la BANQUE devant les juridictions de référé était contredite par ses propres documents internes.

Le tribunal arrive à la conclusion que ces déclarations faites dans deux instances judiciaires vont au-delà d'une simple défense en justice telle que l'allègue la BANQUE et sont constitutives d'une faute dans son chef.

Même si le montant dérobé ne constituait pas la majeure partie des liquidités des conjoints ALIAS1.), il y a lieu de retenir qu'il s'agissait d'une somme conséquente dont la crainte du non-recouvrement a nécessairement créé des sentiments d'angoisse chez les demandeurs, ce d'autant plus que la période d'incertitude durait plus de six ans, période pendant laquelle la BANQUE essayait de se dérober avec tous moyens à ses obligations contractuelles.

Il résulte d'une attestation testimoniale d'PERSONNE10.), amie de longue date de PERSONNE1.), qu'elle a trouvé son amie au début de l'année 2012 dans un état particulier d'angoisse et de colère. PERSONNE1.) se serait sentie profondément humiliée et offensée après une réunion à la BANQUE où on l'aurait interrogé dans une pièce fermée sans témoins. PERSONNE10.) relate qu'après le refus de la BANQUE de restituer l'argent, le niveau d'angoisse et d'anxiété de PERSONNE1.) n'a cessé d'augmenter de sorte qu'elle a dû avoir recours à l'aide professionnelle d'un psychiatre. PERSONNE1.) aurait dû faire face à ses employés et ses fournisseurs pour les informer qu'elle ne pouvait plus respecter ses engagements ce qui aurait été pour une personnalité comme la sienne, fière de sa réputation et connue pour toujours tenir sa parole, une humiliation douloureuse. À la suite des accusations de la BANQUE d'avoir été impliquée dans la fraude, PERSONNE1.) n'aurait plus quitté la maison, aurait perdu du poids et serait tombée dans une dépression profonde.

Ces observations sont confirmées par le témoin PERSONNE5.) qui a constaté un état de détresse et d'anxiété chez PERSONNE1.) qui s'est empiré en mars 2012 en apprenant la position de la BANQUE, l'informant de son intention de retarder le remboursement de l'argent au maximum. Son état se serait encore aggravé en octobre 2012 lorsque la société SOCIETE1.) l'accusait frontalement, lors d'une audience en justice, d'avoir elle-même détourné son argent en ADRESSE8.).

Il résulte d'une attestation médicale du 19 décembre 2012 délivrée par le docteur PERSONNE11.), psychiatre, que PERSONNE1.) a suivi, à partir d'avril 2012, un traitement médical en raison de son affection, caractérisée par une forte anxiété, désespoir et angoisse avec des troubles du sommeil.

Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que le comportement de la BANQUE, ayant consisté à accuser pendant de longs mois, en l'absence d'éléments en ce sens, les conjoints ALIAS1.) d'être impliqués dans la fraude et son refus prolongé de restituer l'argent détourné, a eu un impact moral sur toute la famille et particulièrement sur PERSONNE1.).

Les demandeurs étaient en effet pendant des années exposés aux tracasseries et à la crainte de ne pas récupérer leur argent et devaient pour le surplus faire face aux accusations de la BANQUE qui, dès le début, n'étaient fondées sur aucun élément concret.

Le tribunal évalue *ex aequo et bono* le préjudice moral de PERSONNE1.) au montant de 20.000 EUR et le préjudice moral d'PERSONNE2.) et d'PERSONNE3.) chaque fois au montant de 5.000 EUR.

Il y a partant lieu de condamner la société SOCIETE1.) à payer à PERSONNE1.) le montant de 20.000 EUR et à PERSONNE2.) et PERSONNE3.) chaque fois le montant de 5.000 EUR.

4. Frais et honoraires d'avocat

Les consorts ALIAS1.) sollicitent la condamnation de la BANQUE au paiement du montant de 194.400,27 EUR au titre de frais d'avocat et du montant de 714 EUR au titre de frais de justice au Portugal.

Il est aujourd'hui de principe que les honoraires que le justiciable doit exposer pour obtenir gain de cause en justice constituent un préjudice réparable qui trouve son origine dans la faute de la partie qui succombe (Cour de cassation, 9 février 2012, arrêt n° 5/12, JTL 2012, n° 20, page 54 ; Cour d'appel, 9ème chambre, 20 novembre 2014, n° 39.462 du rôle). Les frais et honoraires d'avocat peuvent ainsi donner lieu à indemnisation sur base de la responsabilité civile de droit commun en dehors de l'indemnité de procédure.

Les articles 1382 et 1383 du Code civil imposent à celui qui cause à autrui un dommage par sa faute ou négligence, de le réparer.

Les frais et honoraires d'avocat exposés dans le cadre d'une instance sont indemnisables lorsqu'ils trouvent leur origine dans la faute commise par l'une des parties et ils font partie du préjudice subi suite à cette faute, sans laquelle ils n'auraient pas dû être exposés.

Il appartient partant aux consorts ALIAS1.) de rapporter la triple preuve d'une faute, d'un préjudice et du lien de causalité entre la faute et le préjudice.

Concernant la faute, il y a lieu de se référer aux développements qui précèdent et de retenir que le comportement de la BANQUE a été fautif dans la mesure où elle n'a pas respecté son obligation de restitution des fonds dérobés lui ayant incombé en application du contrat de dépôt l'ayant liée aux consorts ALIAS1.), ainsi qu'en vertu de la décision de justice la condamnant au paiement d'une provision de 3.527.000 EUR.

Ainsi, il y a lieu de retenir que les frais qui ont été exposés par les consorts ALIAS1.) afin de récupérer le montant détourné de 3.527.000 EUR et qui constituent un préjudice dans leur chef sont en relation causale avec la faute commise par la BANQUE. Il s'agit des frais d'avocat engagés et justifiés par pièces aussi bien dans le cadre de la procédure de référé que dans le cadre de la procédure au fond dans le cadre de laquelle les consorts

ALIAS1.) sollicitent, outre la restitution du montant litigieux, la réparation de l'intégralité de leur préjudice aussi bien matériel que moral, résultant du comportement fautif de la BANQUE.

Concernant les frais d'avocat engagés dans le cadre de la procédure pénale, il y a lieu de constater que les consorts ALIAS1.) ont assisté au procès pénal par l'intermédiaire de leur avocat, ce qui a engendré des frais dans leur chef, frais qui constituent leur dommage et pour lequel ils sollicitent réparation.

Or, ils restent en défaut d'établir le lien de causalité entre la faute de la BANQUE et le préjudice invoqué dans la mesure où ils affirment qu'ils ont assisté au procès pénal afin de vérifier si « *quoi que ce soit pouvait leur être reproché au pénal* » (page 16 des conclusions de synthèse du 18 mars 2024 de Maître ONIMUS). Etant donné qu'ils n'ont pas été inculpés et n'ont même pas été cités comme témoins dans le cadre de l'instance pénale, des affirmations de la BANQUE en ce sens, si elles avaient été faites, n'auraient eu aucune incidence sur le plan pénal dans la mesure où ils n'y étaient pas parties. Les frais relatifs au procès pénal ne sont donc pas en lien causal avec le comportement fautif de la BANQUE de sorte que les demandeurs ne sauraient être indemnisés de ce chef.

Il y a lieu d'analyser les différents mémoires d'honoraires produits afin de vérifier si les conditions ci-avant énoncées sont remplies.

- Mémoires d'honoraires VANDENBULKE couvrant la période du 25 janvier 2012 au 13 septembre 2012

Les consorts ALIAS1.) sollicitent le remboursement de leurs frais d'avocat couvrant la période du 25 janvier 2012 au 13 septembre 2012 pour un montant total de 30.663,15 EUR.

Ils versent à l'appui de leur demande le relevé des prestations de manière détaillée qui se rapportent toutes au litige pour lequel la responsabilité de la BANQUE est retenue, de sorte que leur demande est fondée pour le montant réclamé de 30.663,15 EUR.

- Mémoire d'honoraire de l'étude TABERY & WAUTHIER du 7 février 2013

L'étude TABERY & WAUTHIER a facturé des prestations pour un montant de 1.705,60 EUR.

A défaut de fournir le détail des prestations, le tribunal n'est pas en mesure de vérifier si elles sont en lien avec le présent litige.

Les consorts ALIAS1.) sont à débouter de leur demande.

- Mémoires d'honoraires de Maître ONIMUS pour la période du 1^{er} juin 2012 au 24 juillet 2013 (mémoires des 11 février 2013 et 29 mai 2013)

Les consorts ALIAS1.) sollicitent le remboursement de leurs frais d'avocat pour cette période pour un montant total de 40.250 EUR.

Le détail des prestations fourni en annexe renseigne des prestations d'avocat pour un montant de 38.399,78 EUR en rapport avec le présent litige, prestations qui sont énumérées de manière détaillée.

Le surplus de 1.850,22 EUR se rapporte à des frais de taxis, de sandwiches et de copies dont les demandeurs ne justifient pas l'obligation de la BANQUE de les prendre en charge. Ils versent encore des factures d'huissier se rapportant à des frais d'assignation qui font partie des dépens et ne seront pas indemnisés dans le cadre des frais d'avocat.

En considération de ces éléments, leur demande est à déclarer fondée pour le montant de 38.399,78 EUR.

- Mémoires d'honoraires de Maître ONIMUS pour la période du 24 septembre 2013 au 9 avril 2014 (mémoires des 1^{er} août 2013 et 10 avril 2014)

Au vu du détail des prestations fournies pour la période précitée, la demande des consorts ALIAS1.) est fondée pour le montant de 21.983,35 EUR.

- Mémoires d'honoraires de l'étude DEYN COURT des 6 août 2014, 8 juillet 2015 et 11 avril 2016

Les consorts ALIAS1.) sollicitent le montant total de 38.194,76 EUR (17.250 + 18.386,06 + 2.558,70) du chef de ces trois mémoires d'honoraires.

Ils justifient des prestations qui sont détaillées dans un relevé pour la période du 9 avril 2014 au 30 juin 2015 pour un montant de 32.191,25 EUR. Au-delà du 30 juin 2015, aucun détail n'est fourni de sorte que le tribunal n'est pas en mesure de vérifier si les prestations fournies postérieurement à cette date se rapportent au présent litige.

La demande des consorts ALIAS1.) est dès lors fondée pour le montant de 32.191,25 EUR.

- Mémoire d'honoraires de Maître ONIMUS du 23 octobre 2018

Les consorts ALIAS1.) réclament un montant de 5.651,10 EUR. Le détail des prestations qui sont en relation avec le présent litige étant annexé audit mémoire d'honoraires, la demande est fondée pour le montant de 5.651,10 EUR.

- Mémoires d'honoraires des 14 octobre 2020, 1^{er} octobre 2021 et 14 août 2023

Maître ONIMUS a émis trois notes d'honoraires en date des 14 octobre 2020, 1^{er} octobre 2021 et 14 août 2023 avec des demandes d'acomptes de 17.550 EUR et de 11.700 EUR, respectivement un solde de 11.781,42 EUR.

Aucun détail n'est annexé aux prédicts mémoires d'honoraires mais le mandataire des consorts ALIAS1.) verse en tant que pièce un décompte des prestations pour la période comprise entre le 16 octobre 2018 et le 26 juillet 2023.

Dans la mesure où le procès pénal se situe dans cette période (plaidoiries en première instance entre le 13 octobre 2020 et le 28 octobre 2020 et en instance d'appel entre le 3 mai 2022 et le 17 mai 2022) pour lequel aucune indemnisation n'est redue de la part de la BANQUE pour les frais d'avocat occasionnés et à défaut pour les consorts ALIAS1.) de ventiler leur demande entre le volet pénal et le volet civil, le tribunal n'est pas en mesure de rattacher les divers postes à l'une ou l'autre instance.

Il est partant impossible de vérifier, en présence des contestations de la partie adverse, le bien-fondé des montants réclamés, de sorte que la demande des consorts ALIAS1.) est à déclarer non-fondée.

En conclusion, la demande des consorts ALIAS1.) est fondée à concurrence du montant de 128.888,63 EUR (30.663,15 + 38.399,78 + 21.983,35 + 32.191,25 + 5.651,10).

Dans la mesure où les consorts ALIAS1.) sollicitent chacun un tiers du montant, sans tenir compte de leur participation effective aux coûts, il y a lieu de condamner la société SOCIETE1.) à payer le montant de 42.962,88 EUR (128.888,63 EUR / :3) à chacun d'eux.

En ce qui concerne les frais de justice au Portugal, face aux contestations de la partie adverse, le tribunal n'est pas en mesure de vérifier, au vu des pièces versées, s'ils sont en lien avec le présent litige, de sorte que les consorts ALIAS1.) sont à débouter de leur demande y afférente.

5. Indemnité de procédure

Les consorts ALIAS1.) sollicitent principalement la condamnation de la société SOCIETE1.) à la totalité des frais exposés par eux non compris dans les dépens et qu'il serait inéquitable de laisser à leur charge sur base de la production de justificatifs, sinon subsidiairement au paiement d'une indemnité de procédure de 100.000 EUR.

Aux termes de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, « lorsqu'il apparaît inéquitable de laisser à la charge d'une partie les sommes exposées par elle et non comprises dans les dépens, le juge peut condamner l'autre partie à lui payer le montant qu'il détermine. »

L'application de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile relève du pouvoir discrétionnaire du juge.

Les consorts ALIAS1.) ne produisent pas d'autres pièces justificatives que celles qui ont d'ores et déjà été analysées dans le cadre de leur demande en remboursement des frais d'avocat et des frais de justice, demande à laquelle il a été fait droit partiellement.

A défaut de justifier d'autres frais, ils sont à débouter aussi bien de leur demande principale en condamnation de la société SOCIETE1.) à la totalité des frais exposés par eux non compris dans les dépens sur base de la production de justificatifs que de leur demande en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

6. Frais et dépens

Aux termes des articles 238 et 242 du Nouveau Code de procédure civile, toute partie qui succombera sera condamnée aux dépens et les avoués pourront, dans les instances où leur ministère est obligatoire, demander la distraction des dépens à leur profit.

Vu l'issue du litige, il y a lieu de condamner la société SOCIETE1.) aux frais et dépens de l'instance dirigée à son encontre par les consorts ALIAS1.) et d'en ordonner la distraction au profit du mandataire des consorts ALIAS1.) qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

Demande de la société SOCIETE1.) contre la société SOCIETE2.)

1. Assignation du 25 juillet 2013 inscrite au rôle sous le numéro 156.564

Aux termes de ses conclusions de synthèse notifiées en date du 3 novembre 2023 qui, suivant les dires de la société SOCIETE1.), remplacent et annulent ses précédentes conclusions, elle demande à « *condamner le SOCIETE2.) à tenir quitte et indemniser la Banque de toute condamnation en restitution de la somme détournée de 3.527.000 EUR au profit des consorts ALIAS1.)* » (page 59 de ses conclusions de synthèse).

Dans la mesure où aucune condamnation en restitution de la somme détournée de 3.527.000 EUR n'est prononcée, l'appel en garantie dirigée par la Banque contre son Assureur est sans objet.

Vu l'issue du litige, il y a lieu de condamner la société SOCIETE1.) aux frais et dépens de cette instance.

2. Assignation du 21 janvier 2022 inscrite au rôle sous le numéro TAL-2022-00750

▪ Demande principale

La société SOCIETE1.) sollicite la condamnation de la société SOCIETE2.) à lui payer le montant de 2.450.000 EUR outre les intérêts légaux sur base du Contrat d'assurance.

En vertu de l'article 1134 du Code civil, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Le Contrat d'assurance, ayant lié les parties au moment du virement frauduleux, stipule à la clause « 2.2 Objet de l'assurance » « 2/ Fraude » A/ Fraude par Préposé » : « Les pertes pécuniaires directes subies par l'Assuré et/ou les Assurés additionnels ainsi que les Frais Annexes résultant d'une Fraude commise PAR UN (OU PLUSIEURS) PREPOSE(S) AVEC OU SANS COLLUSION DE TIERS.

Lorsqu'il s'agit d'une Fraude :

- Commise lors d'opérations sur des valeurs, marchandises, d'opérations à terme, à prime, d'opérations sur devises, d'opérations de change extérieur et d'opérations de même nature ;
- Commise lors d'opérations de financement ou de transactions ayant la nature d'un prêt ou d'un crédit (y compris par exemple des prolongations/extensions d'accréditifs) ;

la garantie n'est accordée que dans la mesure où la Fraude a été commise dans l'intention de générer un Gain illicite pour son auteur et qu'elle a pour résultat un tel Gain illicite ».

Constitue un gain illicite au sens de l'article 2.1.10 du Contrat d'assurance « (...) Pour les Préposés, on entend par Gain Illicite tout avantage pécuniaire indu autre que salaire, commission, prime, participation aux bénéfices ou autre forme d'émoluments accordé dans le cadre normal des fonctions du Préposé ».

Concernant finalement la définition de fraude, l'article 2.1.8 du Contrat d'assurance stipule « tout acte délictueux commis dans le but de nuire à l'Assuré, résultant dans une perte pécuniaire directe pour l'Assuré.

Sont considérés comme Fraude :

- Le vol, à l'exclusion du vol qualifié, (par vol qualifié on entend le vol par agression, effraction, escalade, usage de fausses clés, introduction clandestine ou maintien clandestin dans les locaux)
- Le détournement,
- L'escroquerie,
- L'abus de confiance,
- La Fraude et/ou Sabotage Informatique,
- Le faux et l'usage de faux.

N'est pas considéré comme Fraude : le dépassement d'autorité, même intentionnel. »

En considération de la condamnation de PERSONNE4.) pour escroquerie, faux et usage de faux et de la reconnaissance de la qualité de victime de la Banque, le Contrat d'assurance couvre en principe le dommage subi par la Banque du chef de la fraude commise par son préposé. En effet, indépendamment de tout jugement condamnant la Banque à restituer le montant de 3.527.000 EUR aux consorts ALIAS1.), la Banque avait, en sa qualité de dépositaire, l'obligation de restituer le montant litigieux à ses clients, ce qu'elle a fait en date du 7 mars 2018. Du fait de cette restitution, elle a subi une perte pécuniaire rentrant dans le champ d'application du Contrat d'assurance.

Suivant l'article 1.8 du Contrat d'assurance, le montant de la garantie d'assurance est fixé à 2.500.000 EUR par sinistre et par période d'assurance et en application de l'article 1.9 dudit contrat, l'assuré a à sa charge une franchise de 50.000 EUR.

La société SOCIETE2.) invoque la nullité du Contrat d'assurance respectivement soutient que le sinistre est exclu de la garantie d'assurance.

a. Nullité du Contrat d'assurance

L'Assureur soulève la nullité du Contrat d'assurance au motif que la Banque a intentionnellement fait de fausses déclarations quant au risque assuré au moment de la souscription de l'assurance.

L'article 3.2.1 du Contrat d'assurance stipule que « *Le preneur d'assurance a l'obligation de déclarer exactement, lors de la conclusion du contrat, toutes les circonstances connues de lui et qu'il doit raisonnablement considérer comme constituant pour l'assureur des éléments d'appréciation du risque. Toutefois, il ne doit pas déclarer à l'Assureur les circonstances déjà connues de celui-ci ou que celui-ci devrait raisonnablement connaître* ».

Le directeur de la société SOCIETE1.), PERSONNE8.) a, en date du 2 décembre 2010, envoyé à PERSONNE12.), courtier en assurances, un courrier par lequel il lui est retourné en annexe un questionnaire de la société SOCIETE2.) dénommé « *Financial Institutions Crime* » dans lequel il a déclaré « *I declare that statement and particulars in this proposal form are true and no material facts have been misstated or suppressed after full enquiry. I agree that this proposal, together with any other information supplied shall form the basis of the contract of Insurance affected thereon. I undertake to inform insurers of any material alteration to those facts occurring before the completion of the contract of Insurance* ».

La Banque se rapporte à prudence de justice en ce qui concerne l'opposabilité de ce questionnaire à son égard au motif qu'il est rédigé en langue anglaise, ce en contradiction avec les articles 10, 16 et 17-1 de la Loi de 1997.

L'article 10 de la Loi 1997 porte sur l'information du preneur d'assurance avant la conclusion du contrat. L'article 16 de la même loi traite de la preuve et du contenu du contrat et l'article 17-1 détaille les modalités d'information du preneur d'assurance en cours du contrat.

En ce qui concerne la langue à utiliser, les articles 10 et 17 de la Loi de 1997 disposent : « Les informations visées au présent article doivent être formulées de manière claire et précise, par écrit, et être fournies dans une des langues officielles du Grand-Duché de Luxembourg.

Toutefois, ces informations peuvent être rédigées dans une autre langue comprise par le preneur d'assurance, si celui-ci le demande ou s'il a la liberté de choisir la loi applicable ».

L'article 16 de la même loi prévoit que « Les contrats ne sont valables que s'ils sont rédigés dans l'une des langues officielles du Grand-Duché de Luxembourg ou dans une langue comprise par le preneur d'assurance ».

Il est ainsi possible pour les parties contractantes de rédiger le contrat, respectivement les documents faisant partie intégrante du contrat, dans une langue autre que les trois langues officielles du pays pour autant que la langue utilisée est comprise par le preneur d'assurance.

Il n'est pas établi en l'espèce et il n'est même pas allégué par la société SOCIETE1.) que son représentant, ayant été chargé de remplir le questionnaire, ne maîtrisait pas la langue anglaise et si tel avait été le cas, il aurait appartenu à la Banque de demander à son Assureur un questionnaire en langue française.

Il y a partant lieu de retenir que le questionnaire est opposable à la société SOCIETE1.).

En vertu de l'article 11 de la Loi de 1997 « Le preneur d'assurance a l'obligation de déclarer exactement, lors de la conclusion du contrat, toutes les circonstances connues de lui et qu'il doit raisonnablement considérer comme constituant pour l'assureur des éléments d'appréciation du risque. Toutefois, il ne doit pas déclarer à l'assureur les circonstances déjà connues de celui-ci ou que celui-ci devrait raisonnablement connaître (...).

S'il n'est point répondu à certaines questions écrites de l'assureur et si ce dernier a néanmoins conclu le contrat, il ne peut, hormis le cas de fraude, se prévaloir ultérieurement de cette omission. »

L'article 12 de ladite loi dispose que lorsque l'omission ou l'inexactitude intentionnelles dans la déclaration induisent l'assureur en erreur sur les éléments d'appréciation du risque, le contrat est nul.

Ces dispositions sont destinées à protéger l'assureur qui, pour se former une opinion raisonnée au sujet du risque et calculer la prime, doit se fonder essentiellement sur les déclarations du preneur d'assurance. Celui-ci a l'obligation de donner à l'assureur une connaissance exacte des éléments du risque qu'il veut faire couvrir.

Le preneur d'assurance est tenu de déclarer lors de la conclusion du contrat toutes les circonstances connues de lui et qu'il doit raisonnablement considérer comme constituant pour l'assureur des éléments d'appréciation du risque.

L'abstention de déclarer une circonstance légitimement ignorée par l'assureur et susceptible d'aggraver l'opinion du risque constitue une réticence rendant l'assurance nulle. La circonstance omise ou inexactement déclarée ne doit pas nécessairement avoir exercé une influence sur le sinistre ; une influence sur l'appréciation du risque suffit.

En revanche, si le preneur d'assurance omet de déclarer quelque circonstance dont l'importance ne peut raisonnablement lui apparaître, il n'y aura pas de sanction. De même, le preneur d'assurance ne doit pas déclarer les circonstances déjà connues de l'assureur ou que celui-ci devrait raisonnablement connaître.

Il appartient à l'assureur de prouver que les éléments sur lesquels il n'a pas été informé étaient pour lui un facteur d'appréciation du risque, que le preneur pouvait raisonnablement les considérer comme tels et que le preneur en avait connaissance. De même, il incombe à l'assureur d'établir le caractère intentionnel du manquement, c'est-à-dire la volonté de la Banque de tromper son Assureur.

La déclaration de l'assuré se fait en principe sur la base d'un questionnaire transmis par l'assureur, dont le contenu doit être limitatif et précis. Faute de précision ou de clarté suffisante du questionnaire, l'assureur ne peut se prévaloir d'une déclaration inexacte du risque pour refuser sa garantie (Cass. 1re civ., 15 oct. 1991, n° 90-11.725).

Le tribunal relève que le fait par l'Assureur d'énumérer dans un formulaire différentes questions qu'il soumet à son assuré, démontre que ces éléments sont, à ses yeux, des éléments importants d'appréciation du risque et influent sur sa décision.

La société SOCIETE2.) affirme que la société SOCIETE1.) a fait intentionnellement plusieurs fausses déclarations dans le cadre de l'établissement du questionnaire, entraînant la nullité du Contrat d'assurance.

Il s'agit dès lors d'analyser ces déclarations de la Banque et de vérifier si, sur base des principes ci-avant exposés, la nullité du Contrat d'assurance sera prononcée.

- 1) Are the duties of each employee arranged so that no one employee is permitted to control any transaction from commencement to completion?

La société SOCIETE1.) a répondu par « yes » à cette question.

Elle soutient actuellement que le terme « *control* » est trop imprécis de sorte que l'Assureur ne peut pas se prévaloir de la réponse apportée à cette question.

Dans la mesure où il est *indiqué* « *to control any transaction from commencement to completion* », la formulation de la question est suffisamment précise et vise la possibilité pour un employé de réaliser entièrement seul une transaction du début à la fin, sans l'intervention d'un autre employé.

Il résulte du jugement pénal du 8 mars 2021 que selon la procédure interne de la SOCIETE14.) pour les virements à l'étranger (instruction n°14-2011 du 2 mai 2011), il fallait deux signatures, à savoir une signature du gestionnaire du compte et une signature d'un membre de la direction de même qu'un relevé actualisé du compte destiné à prouver la disponibilité des fonds ainsi qu'un ordre écrit du client (p. 90 du jugement).

PERSONNE7.) a contresigné le virement litigieux qui lui a été présenté par PERSONNE4.).

La nécessité d'une double signature est confirmée par l'employée de la société SOCIETE1.), PERSONNE9.) qui indique dans le rapport d'audit de la Banque du 13 décembre 2011 que la 7^{ème} phase d'une opération de virement international consiste à recueillir les signatures nécessaires à la réalisation de l'opération à savoir les signatures de PERSONNE4.) et de l'un des directeurs, PERSONNE8.) ou PERSONNE7.).

Il n'est partant pas établi que la Banque ait, en répondant par l'affirmative à la question susmentionnée, fait une fausse déclaration entraînant la nullité du Contrat d'assurance.

- 2) Do you have an established group recruitment policy which assesses the suitability for all positions?

La société SOCIETE2.) voulait savoir si la Banque avait mis en place une politique de recrutement pour les différents postes et la société SOCIETE1.) a répondu par « yes » à cette question.

La société SOCIETE2.) n'a pas demandé plus de précisions quant à cette politique de recrutement et le fait que PERSONNE4.) n'avait, selon l'Assureur, pas les compétences et les qualités requises pour le poste qu'il occupait au sein de la Banque ne contredit pas les affirmations de celle-ci dans la mesure où elle s'est uniquement prononcée sur l'existence d'une politique de recrutement.

Le Contrat d'assurance n'encourt partant pas la nullité du fait de cette déclaration de la société SOCIETE1.).

- 3) Are references for new employees requested and verified?

La société SOCIETE1.) a répondu par l'affirmative.

La société SOCIETE2.) reproche à son assuré de ne pas avoir vérifié les références de PERSONNE4.) au moment de son embauchage et d'avoir ainsi fait une fausse déclaration en indiquant que les références des futurs employés sont vérifiées.

PERSONNE4.) a été embauché en mai 2009, donc antérieurement à l'établissement du questionnaire en date du 2 décembre 2010 par PERSONNE8.).

Ainsi, même si les références de PERSONNE4.) n'avaient pas été vérifiées en mai 2009, aucune fausse déclaration de la Banque n'est établie dans la mesure où l'affirmation dans le questionnaire concerne les recrutements postérieurs au 2 décembre 2010.

Le moyen de nullité du Contrat d'assurance par rapport à cette question est à rejeter.

- 4) Are departures communicated to the EDP Department for immediate code access to system cancellation?

La société SOCIETE1.) a répondu par « yes » à cette question.

Elle conclut actuellement à l'inopposabilité de la réponse apportée à cette question pour manque de précision du terme « *departure* ».

En effet, le terme « *departure* » peut prêter à confusion dans la mesure où il n'est pas précisé dans le questionnaire s'il vise le moment où le licenciement pour motif économique est notifié à l'employé ou le moment où ce dernier quitte effectivement et définitivement la Banque. Rien dans la formulation de la question ne laisse présupposer que les accès informatiques devaient être immédiatement résiliés le jour du licenciement tel que le prétend actuellement la société SOCIETE2.).

Il en résulte qu'aucune conséquence juridique ne saurait être tirée de la réponse de la Banque à cette question.

5) Are all employes trained on (b) fraud awareness?

La société SOCIETE1.) a répondu par l'affirmative.

Au vu du comportement des employés de la Banque dans le cadre du virement litigieux, la société SOCIETE2.) est d'avis qu'ils n'ont pas été sensibilisés à la fraude ou si une telle formation de sensibilisation a eu lieu, elle n'était pas adaptée.

L'assureur reste cependant en défaut de prouver le caractère faux de la réponse de la Banque, la seule énumération des fautes commises par les employés dans l'exécution du virement litigieux n'étant pas suffisante pour prouver qu'ils n'ont pas été sensibilisés à la fraude.

A défaut de preuve d'une fausse réponse intentionnelle de la Banque à cette question, le Contrat d'assurance n'encourt pas la nullité de ce chef.

6) Are there any written Group Policies (norms, standards, golden rules, ... not procedures) that cover ALL business processes?

La société SOCIETE1.) relève le caractère incompréhensible et imprécis de cette question. Elle s'interroge ce qu'il faut entendre par « *norms* » qui ne sont pas des « *procedures* » mais qui couvrent « *ALL Business processes* ».

Dans le cadre de ses conclusions de synthèse notifiées le 19 janvier 2024, l'Assureur se base sur les témoignages des employés de la Banque pour affirmer que les opérations s'effectuaient selon les « pratiques en cours » et qu'il n'existait pas de normes. Il reproche encore à la Banque d'avoir versé une note de service qui porte uniquement sur la procédure de vérification des signatures mais pas sur les procédures à suivre pour exécuter des transferts de fonds (p. 34, point 203 de ses conclusions de synthèse du 19 janvier 2024).

La société SOCIETE2.) ne fournit pas de précisions quant aux informations qu'elle visait à obtenir en posant la question dans le formulaire, notamment en considération du fait qu'elle reproche actuellement à la Banque de ne pas avoir disposé de procédures à suivre pour exécuter des transferts de fonds mais que dans le cadre de la question posée, les « *procedures* » étaient expressément exclues.

En ce qui concerne les éventuelles « norms » visées, la société SOCIETE2.) a uniquement demandé confirmation de leur existence mais pas de leur contenu.

Il résulte des pièces versées par la Banque qu'elle disposait au moment des faits litigieux au moins d'une procédure concernant la vérification des signatures des clients pour les transferts de fonds ainsi que d'une liste des signatures nécessaires à obtenir au niveau de la succursale luxembourgeoise, selon le type d'opération.

Faute de précisions dans le questionnaire quant aux « *norms, standards, golden rules* » visés, il y a lieu de retenir que la réponse fournie par la Banque ne peut pas être considérée comme une fausse déclaration intentionnelle de sa part, entraînant la nullité du Contrat d'assurance.

7) Are all the fund transfer instructions subject to a verification and authentication process?

La Banque a répondu par l'affirmative à cette question.

L'Assureur affirme qu'il n'existait pas à l'époque des faits au sein de la Banque de procédure de validation et de contrôle des opérations de virement.

Il a été retenu dans le jugement pénal du 8 mars 2021 et il résulte d'une note de service de la Banque, entrée en vigueur le 10 juillet 2010, qu'il fallait un ordre écrit du client dont la signature devait être contrôlée par le gestionnaire de compte, et le cas échéant, en cas de doute, être confirmée par téléphone.

Dans le cadre de l'instruction pénale, des incertitudes sont apparues quant à l'existence physique de l'instruction de virement de la part de la cliente.

La Cour d'appel a, à ce sujet, retenu dans son arrêt du 12 juillet 2022 que « S'agissant des contestations de la défense de PERSONNE13.) par rapport à l'existence d'un ordre de transfert écrit de la cliente « PERSONNE1.) », la Cour, au vu des déclarations faites par PERSONNE7.) lors de l'instruction, déclarations suivant lesquelles PERSONNE13.) lui a présenté le 16 septembre 2011 l'instruction écrite de transfert de la cliente « PERSONNE1.) », déclarations qui se trouvent corroborées par celles de PERSONNE9.) (employée de la banque SOCIETE15.), retient que ces contestations sont vaines et sont, partant, inopérantes.

Il faut souligner que c'est notamment sur base de cet ordre de transfert écrit, ordre dont l'enquête a révélé qu'il n'a précisément pas été donné par la cliente « PERSONNE1.) », que PERSONNE7.) a apposé sa contre-signature sur le formulaire de transfert des fonds,

formulaire également pourvu de la signature de PERSONNE13.) et contenant les instructions en vue d'effectuer le virement Swift du montant de 3.527.000 euros du compte « PERSONNE1.) » auprès de la SOCIETE15.), vers le compte « SOCIETE13.) » de PERSONNE13.) en ADRESSE8.), la Cour renvoyant au jugement entrepris pour ce qui concerne le comportement, le jour en question, de PERSONNE13.), le prévenu ayant tout mis en œuvre pour veiller au bon déroulement de l'opération de transfert et récupérer par la suite l'ensemble des documents pertinents. »

Il en résulte que la Banque avait mis en place une procédure de validation et de contrôle des opérations de virement, de sorte qu'en répondant par l'affirmative à la question prémentionnée, aucune fausse déclaration dans son chef n'est à retenir.

La question de savoir si ces procédures ont été suivies par les employés de la Banque n'est pas un critère à prendre en considération dans l'appréciation de la demande en nullité du Contrat d'assurance mais se pose le cas échéant dans le cadre de l'analyse des causes d'exclusion/de déchéance de garantie.

- 8) Do you always secure fund transfers instructions (e.g. through passwords, encryption, testing, call back, or other authentication)?

La Banque a répondu par l'affirmative à cette question.

Tel qu'il résulte des développements sub 7), une procédure de vérification de la signature du client, donneur d'ordre, était en place et en cas de doute, en application de l'article 6 de la note de service de la Banque, entrée en vigueur le 10 juillet 2010, la confirmation de la signature devait être effectuée, soit par deux autres collaborateurs, soit en entrant en contact avec le client afin d'éclaircir la situation et/ou d'obtenir une nouvelle signature.

A défaut de preuve d'une fausse réponse de la Banque à cette question, le Contrat d'assurance n'encourt pas la nullité de ce chef.

- 9) Are all funds transfer systems (both domestic and foreign) subject to a dual control process requiring the intervention of two different employees?

Le tribunal renvoie aux développements sub1).

Dans la mesure où l'exécution d'un ordre de transfert de fonds nécessitait la double signature d'un employé et d'un responsable de la Banque et que PERSONNE7.) a contresigné l'ordre de virement litigieux, il n'est pas établi que la Banque ait, en répondant par l'affirmative à la question susmentionnée, fait une fausse déclaration entraînant la nullité du Contrat d'assurance.

Il résulte de l'ensemble des développements qui précèdent que l'Assureur reste en défaut de rapporter la preuve que la société SOCIETE1.) a fait intentionnellement des fausses déclarations dans le cadre de l'établissement du questionnaire.

Il est partant à débouter de son moyen de nullité du Contrat d'assurance et il y a lieu de retenir que le Contrat d'Assurance a été valablement conclu entre parties.

b. Exclusion / déchéance de la garantie

La société SOCIETE2.) conclut à l'exclusion de la garantie en invoquant l'article 2.3 16/ du Contrat d'assurance qui prévoit l'exclusion des « *pertes pécuniaires résultant du non-respect d'obligations légales incombant à l'assuré* » dans la mesure où la société SOCIETE1.) s'est engagée en vertu de l'article 3.1 du Contrat d'assurance « *à prendre toutes les mesures possibles pour la sauvegarde des biens assurés et en particulier – en effectuant soigneusement tous les contrôles imposés par la loi ou qui sont d'usage dans le secteur bancaire* ».

La Banque aurait manqué à ses obligations légales et prudentielles applicables dans le secteur bancaire, excluant ainsi la garantie d'assurance.

La société SOCIETE1.) conteste que la clause prémentionnée constitue une clause d'exclusion de garantie mais elle soutient qu'il s'agit en réalité d'une clause de déchéance de garantie.

Il est de jurisprudence qu'« il appartient au juge de vérifier si une clause du contrat d'assurance présentée sous une autre qualification ne constitue pas une clause de déchéance » (Cass. 20 septembre 2012, Pas. belge 2012 p. 1704 et Cass. 11 février 2016 Pas. belge 2016 p. 353).

Dans l'hypothèse d'une exclusion « la police délimite la couverture, puis elle en retranche certaines circonstances » (note PERSONNE14.) sous Cass. 18 janvier 2002, Revue critique de jurisprudence belge 2003 N° 74 p. 52).

La déchéance sanctionne par la perte de ses droits l'assuré qui n'a pas exécuté une obligation à lui imposée par le contrat et qui ne justifie pas avoir été mis dans l'impossibilité d'agir par suite d'une situation de force majeure. Elle s'analyse en l'extinction d'un droit (Sallé de la Marnière : RTD civ. 1933, 1037).

C'est une peine subjective dont l'origine ne se situe pas à la formation du contrat mais dans son fonctionnement, qui est indépendante du risque proprement dit et de son évolution, et qui frappe l'assuré en raison d'une carence de sa part dans l'exécution de ses obligations en cours de contrat.

Il y a encore lieu de relever à cet égard que « la clause prévoyant la sanction de la méconnaissance d'une obligation incombant à l'assuré, le risque ayant été assuré à l'origine, constitue une clause de déchéance définie comme étant « un moyen ou une exception qui permet à l'assureur, bien que le risque prévu au contrat se soit réalisé, de refuser en raison d'un fait reprochable à l'assuré, l'indemnité stipulée ».(Picard et PERSONNE15.), Traité général des assurances terrestres, tome 1er, n° 212, p. 439).

« On dit généralement que l'exclusion est une absence de droit, la déchéance un retrait de droit ». Dans le cadre de l'exclusion, « le sinistre se produit en dehors des engagements de l'assureur ». En matière de déchéance, « le preneur ou l'assuré étaient en principe couverts, mais ils ont perdu leur droit en raison de leur comportement » (note citée N° 78 p. 53).

L'article 2.3 16/ du Contrat d'assurance prévoit que sont exclues, au titre de la garantie, les pertes pécuniaires qui résultent du non-respect d'obligations légales incombant à la Banque.

Sur base des critères énumérés ci-avant, cette clause consacre une déchéance de garantie et non pas une exclusion de garantie.

La société SOCIETE1.) conclut à la nullité et à l'inopposabilité de la clause 2.3 16/ pour défaut de précision.

L'article 14 alinéa 2 de la Loi de 1997 dit que l'assureur répond des sinistres causés par la faute, même lourde, du preneur d'assurance, de l'assuré ou du bénéficiaire. Toutefois l'assureur peut s'exonérer de ses obligations pour les cas de fautes lourdes déterminés expressément et limitativement dans le contrat.

Conformément à l'article 18 de la Loi de 1997, le contrat d'assurance ne peut prévoir la déchéance partielle ou totale du droit à la prestation d'assurance qu'en raison de l'inexécution d'une obligation déterminée imposée par le contrat et à la condition que le manquement soit en relation causale avec la survenance du sinistre.

Le législateur n'a pas interdit la stipulation conventionnelle de clause de déchéance, mais il en a circonscrit la portée. De telles clauses ne peuvent être stipulées qu'à deux conditions : 1) la clause ne peut sanctionner que l'inexécution d'une obligation déterminée, imposée par le contrat. Ainsi les clauses de déchéance formulées en termes généraux ne sont donc plus possibles ; 2) le manquement doit être en relation causale avec le sinistre.

Il est dès lors loisible à l'assureur de s'exonérer de ses obligations non pas en cas de faute lourde en général, mais pour certains cas de faute lourde déterminés expressément et limitativement dans le contrat.

Les clauses de déchéance doivent être interprétées restrictivement, puisque ces clauses dérogent au droit commun.

L'interprétation doit également être conforme à l'article 1162 du Code civil, c'est-à-dire en faveur de celui qui s'oblige, c'est-à-dire l'assuré. L'assureur doit convenir expressément avec l'assuré de façon claire et précise les hypothèses où la déchéance jouera automatiquement (Novelles, éd. 1966, Les assurances, tome V, n° 560, p. 125)» (Trib. Lux. 13 mai 1988, n° 212/88, n° 37201 du rôle).

Le libellé de l'article 14 de la Loi de 1997 est identique à l'article 62, alinéa 2 de la loi belge du 4 avril 2014 sur le contrat d'assurance terrestre (ancien article 8, alinéa 2 de la loi belge du 25 juin 1992).

Le législateur luxembourgeois, à l'instar du législateur belge, exige donc que ces cas d'exonération soient déterminés expressément et limitativement dans le contrat.

La jurisprudence belge se montre, de manière générale, relativement sévère dans son appréciation des exclusions conventionnelles de cas de faute lourde formulées en termes trop généraux, notamment lorsque cette clause sanctionne la méconnaissance d'une obligation de prudence ou exclut de la couverture un manquement aux lois, règlements et usages qui régissent l'activité concernée (Cour de cassation belge, 26 juin 2009, Revue de Droit commercial Belge 2010/1-1 janvier 2010 ; Cour de cassation belge du 12 janvier 2011 et Cour de cassation belge du 4 décembre 2013 ; voir également Marcel FONTAINE, Droit des assurances, Edition LARCIER 2016, n° 401).

En vertu de cette jurisprudence, la clause contractuelle par laquelle l'assureur exclut sa garantie en cas de faute lourde est contraire à la loi lorsqu'elle est rédigée en des termes généraux qui ne permettent pas à l'assuré, à la lecture de la police, de savoir si la survenance d'un sinistre donnera lieu à la prestation d'assurance (en ce sens Cour d'appel de Liège, 14 mai 2004, RGAR 2006, p. 14112).

En l'occurrence, force est de constater que la clause de déchéance prévue à l'article 2.3 16/ du Contrat d'assurance est libellée en des termes généraux. En effet, la stipulation contractuelle impose à l'assuré de respecter les dispositions légales. Cette contrainte impose un objectif général à atteindre, sans déterminer avec précision des obligations précises que l'assuré doit respecter.

Faute de précision, cette formulation ne remplit pas la condition légale de déterminer expressément et limitativement des fautes lourdes susceptibles d'entraîner la déchéance de garantie.

La stipulation de l'article 2.3 16/ du Contrat d'assurance est partant contraire à la loi et ne peut recevoir application. Par conséquent, le moyen de la société SOCIETE2.) tiré de la stipulation contractuelle précitée est à rejeter pour être non fondé.

Comme la société SOCIETE2.) ne fait pas valoir d'autres moyens aux fins de s'opposer à la prise en charge du sinistre, il y a lieu de retenir que la demande de la société SOCIETE1.) est fondée en son principe sur base de la responsabilité contractuelle.

En vertu de l'article 1.8 du Contrat d'assurance, la limite d'indemnisation s'élève à 2.500.000 EUR par sinistre et par période d'assurance avec une franchise de 50.000 EUR par sinistre.

La perte pécuniaire subie par la société SOCIETE1.) du chef des actes frauduleux de son préposé PERSONNE4.) s'élève au montant principal de 3.527.000 EUR, dépassant

d'ores et déjà la limite de garantie, outre les indemnités auxquelles elle est condamnée pour préjudice moral et frais d'avocat des consorts ALIAS1.).

Il y a partant lieu de déclarer sa demande fondée pour le montant réclamé et de condamner la société SOCIETE2.) à lui payer le montant de 2.450.000 EUR.

L'article 1153 du Code civil dispose que « dans les obligations qui se limitent au paiement d'une somme d'argent, les dommages et intérêts qui résultent du retard dans l'exécution consistent dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi. [...] Ils ne sont dus que du jour de la sommation de payer, excepté dans les cas où la loi les fait courir de plein droit. »

La société SOCIETE2.) n'a, ni au jour du décaissement le 16 septembre 2011 ni à la date de la déclaration du sinistre le 18 octobre 2011, été mis en demeure de payer le montant litigieux.

Une sommation de la société SOCIETE1.) à l'encontre de la société SOCIETE2.) ne résulte par ailleurs ni de l'assignation en intervention dans le cadre de la procédure de référé-provision du 5 juillet 2012, ni de l'assignation en intervention dans le cadre de la procédure au fond du 25 juillet 2013.

La société SOCIETE2.) n'a pas été partie au procès pénal, de sorte que les intérêts de retard ne sauraient courir à son encontre à partir du jugement pénal du 8 mars 2021.

Il y a partant lieu d'allouer les intérêts de retard à partir du présent jugement, tel que sollicité en dernier ordre de subsidiarité par la Banque dans ses conclusions de synthèse notifiées le 3 novembre 2023, jusqu'à solde.

L'article 15-1 de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard dispose que, dans tous les cas non visés aux chapitres I et I, autrement dit, en présence d'une créance ne résultant ni d'une transaction commerciale ni d'un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, l'article 15 est applicable.

L'article 15 dispose ce qui suit : « En cas de condamnation, le tribunal ordonnera, dans le jugement, à la demande du créancier, que le taux de l'intérêt légal sera majoré de trois points à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la signification du jugement ».

Il y a partant lieu de faire droit à la demande de la Banque en majoration du taux de l'intérêt légal de trois points à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la signification du jugement.

La société SOCIETE2.) demande encore acte qu'elle se réserve tous droits notamment celui de faire valoir les dispositions prévues à l'article 3.12 du Contrat d'assurance qui traite de l'imputation des récupérations opérées avant sinon après le paiement, ainsi que de faire valoir en temps et lieux utiles tous autres droits, dus, moyens et actions.

Dans la mesure où la demande de « donner acte » ne constitue pas une prétention mais un moyen et que les réserves sont de droit, le tribunal retient qu'il n'y a pas lieu d'y faire droit.

- Demands accessoires

La société SOCIETE1.) sollicite l'allocation d'une indemnité de procédure de 5.000 EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

L'application de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile relève du pouvoir discrétionnaire du juge (Cass. lux. n° 26/17 du 16 mars 2017, n° 3763 du registre).

Eu égard à l'issue du litige, il serait inéquitable de laisser à l'unique charge de la société SOCIETE1.) l'entière des frais de justice exposés, mais non compris dans les dépens. Il convient donc de faire droit à sa demande en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et de lui allouer à ce titre la somme de 2.500 EUR en considération de l'envergure de l'affaire, de son degré de difficulté et des soins y requis. Il y a partant lieu de condamner la société SOCIETE2.) à lui payer le montant de 2.500 EUR.

Aux termes des articles 238 et 242 du Nouveau Code de procédure civile, toute partie qui succombera sera condamnée aux dépens et les avocats à la Cour pourront, dans les instances où leur ministère est obligatoire, demander la distraction des dépens à leur profit.

Au vu de l'issue du litige, la société SOCIETE2.) est à condamner à tous les frais et dépens de l'instance inscrite au rôle sous le numéro TAL-2022-00750, avec distraction au profit du mandataire de la société SOCIETE1.), qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

Les consorts ALIAS1.) et la société SOCIETE1.) sollicitent l'exécution provisoire du jugement.

Aux termes de l'article 244 du Nouveau Code de procédure civile, l'exécution provisoire, sans caution, sera ordonnée même d'office, s'il y a titre authentique, promesse reconnue, ou condamnation précédente par jugement dont il n'y ait point appel. Dans tous les autres cas, l'exécution provisoire pourra être ordonnée avec ou sans caution.

L'exécution provisoire étant en l'espèce facultative, son opportunité s'apprécie selon les circonstances particulières de la cause, en tenant compte des intérêts respectifs des parties, du degré d'urgence, du péril en la demeure ainsi que des avantages ou inconvénients que peut entraîner une telle mesure pour l'une ou l'autre des parties (Cour d'appel, 8 octobre 1974, Pas. 23, page 5 ; Cour d'appel, 7 juillet 1994, N° 16604 et 16540 du rôle).

En l'espèce, les consorts ALIAS1.) et la société SOCIETE1.) ne justifient pas qu'il y ait urgence ou péril en la demeure ou pour quelle autre raison l'exécution provisoire du présent jugement s'imposerait, de sorte qu'il n'y a pas lieu de l'ordonner.

Par ces motifs

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, dix-septième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement,

statuant en continuation du jugement civil no 102/2015 du 18 mars 2015,

reçoit la reprise d'instance de la société anonyme de droit portugais SOCIETE1.) SA dans l'instance inscrite sous les numéros de rôle 154470 et 156564,

quant à la demande de PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.) contre la société anonyme de droit portugais SOCIETE1.) SA

constate que PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.) renoncent à leur demande en paiement de la somme de 3.527.000 EUR avec les intérêts moratoires après le 7 mars 2018,

déclare pleinement libératoire en principal et intérêts le paiement effectué en date du 7 mars 2018 par la société anonyme de droit portugais SOCIETE1.) SA,

déboute PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.) de leur demande en indemnisation pour perte de chance de gain manqué,

dit que l'attestation testimoniale de PERSONNE5.) n'est pas écartée des débats,

déclare la demande de PERSONNE1.), d'PERSONNE2.) et d'PERSONNE3.) en indemnisation de leur préjudice moral partiellement fondée,

condamne la société anonyme de droit portugais SOCIETE1.) SA à payer à PERSONNE1.) le montant de 20.000 EUR au titre de son préjudice moral,

condamne la société anonyme de droit portugais SOCIETE1.) SA à payer à PERSONNE2.) le montant de 5.000 EUR au titre de son préjudice moral,

condamne la société anonyme de droit portugais SOCIETE1.) SA à payer à PERSONNE3.) le montant de 5.000 EUR au titre de son préjudice moral,

déclare la demande de PERSONNE1.), d'PERSONNE2.) et d'PERSONNE3.) en indemnisation de leurs frais d'avocat partiellement fondée,

condamne la société anonyme de droit portugais SOCIETE1.) SA à payer à PERSONNE1.) le montant de 42.962,88 EUR au titre de ses frais d'avocat,

condamne la société anonyme de droit portugais SOCIETE1.) SA à payer à PERSONNE2.) le montant de 42.962,88 EUR au titre de ses frais d'avocat,

condamne la société anonyme de droit portugais SOCIETE1.) SA à payer à PERSONNE3.) le montant de 42.962,88 EUR au titre de ses frais d'avocat,

déboute PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.) de leur demande en indemnisation des frais exposés par eux non compris dans les dépens sur base de la production de justificatifs,

déboute PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.) de leur demande en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

condamne la société anonyme de droit portugais SOCIETE1.) SA aux frais et dépens de l'instance dirigée à son encontre par PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.) et inscrite au rôle sous le numéro 154470, avec distraction au profit de Maître Philippe-Fitzpatrick ONIMUS qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance,

quant à la demande de la société anonyme de droit portugais SOCIETE1.) SA contre la société anonyme SOCIETE2.) SA

dit l'appel en garantie dirigée suivant assignation du 25 juillet 2013, inscrite au rôle sous le numéro 156.564, par la société anonyme de droit portugais SOCIETE1.) SA contre la société anonyme SOCIETE2.) SA sans objet,

condamne la société anonyme de droit portugais SOCIETE1.) SA aux frais et dépens de l'instance inscrite au rôle sous le numéro 156.564,

reçoit la demande inscrite au rôle sous le numéro TAL-2022-00750 en la forme,

déboute la société anonyme SOCIETE2.) SA de son moyen de nullité du contrat d'assurance ayant lié les parties,

dit la demande de la société anonyme de droit portugais SOCIETE1.) SA fondée sur base de la responsabilité contractuelle,

condamne la société anonyme SOCIETE2.) SA à payer à la société anonyme de droit portugais SOCIETE1.) SA le montant de 2.450.000 EUR avec les intérêts légaux à partir du 29 janvier 2025 jusqu'à solde,

dit que le taux de l'intérêt légal sera majoré de trois points à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la signification du présent jugement,

condamne la société anonyme SOCIETE2.) SA à payer à la société anonyme de droit portugais SOCIETE1.) SA une indemnité de procédure de 2.500 EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

dit qu'il n'y a pas lieu à exécution provisoire du présent jugement,

condamne la société anonyme SOCIETE2.) SA aux frais et dépens de l'instance inscrite au rôle sous le numéro TAL-2022-00750 avec distraction au profit de Maître Guy LOESCH qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.