N° 16 / 13.
du 28.2.2013.

Numéro 3102 du registre.

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, vingt-huit février deux mille treize.

Composition:

Georges SANTER, président de la Cour,
Edmée CONZEMIUS, conseiller à la Cour de cassation,
Monique BETZ, conseiller à la Cour de cassation,
Christiane RECKINGER, premier conseiller à la Cour d'appel,
Valérie HOFFMANN, conseiller à la Cour d'appel,
Georges WIVENES, procureur général d'Etat adjoint,
Marie-Paule KURT, greffier à la Cour.

Entre:

la BANQUE ET CAISSE D'EPARGNE DE L'ETAT LUXEMBOURG, établissement public autonome, établie et ayant son siège social à L-2954 Luxembourg, 1, Place de Metz, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, et pour autant que de besoin par son comité de direction actuellement en fonction, immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B3075,

demanderesse en cassation,

comparant par Maître Véronique DE MEESTER, avocat à la Cour, en l'étude de laquelle domicile est élu,

et:

X.), demeurant à F-(…), (…), (…),

défendeur en cassation.

==========

LA COUR DE CASSATION :

Sur le rapport du président Georges SANTER et sur les conclusions du procureur général d'Etat adjoint Georges WIVENES ;

Vu les arrêts attaqués rendus les 10 février 2010 et 27 avril 2011 par la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 27 janvier 2012 par la BANQUE ET CAISSE D'EPARGNE DE L'ETAT à X.), déposé au greffe de la Cour le 7 février 2012 ;

Sur les faits :

Attendu, selon les arrêts attaqués, que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, saisi d'une demande de X.) visant à voir condamner la BANQUE ET CAISSE D'EPARGNE DE L'ETAT à rouvrir ses comptes et à les voir créditer de titres et d'un certain montant, sinon subsidiairement à la voir condamner à lui payer un certain montant à titre de dommages et intérêts pour fautes contractuelles ou délictuelles commises par elle, après avoir par un jugement avant dire droit nommé un expert aux fins de vérification d'écriture, avait, par un jugement définitif, rejeté la demande comme non fondée ;

Que la Cour d'appel a, dans un premier arrêt du 10 février 2010, dit que la BANQUE ET CAISSE D'EPARGNE DE L'ETAT n'est, en sa qualité de dépositaire des avoirs de X.), pas valablement libérée de son obligation de restitution et ordonné une instruction complémentaire ; que, par arrêt du 27 avril 2011, la Cour d'appel a, par réformation, condamné la BANQUE ET CAISSE D'EPARGNE DE L'ETAT à payer à X.) la somme de 7.285,21 euros ;

Sur le premier moyen de cassation :

« en ce que la Cour d'appel a jugé dans son arrêt du 10 février 2010 << que la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat n'est, en sa qualité de dépositaire des avoirs de X.), pas valablement libérée de son obligation de restitution >> ;

aux motifs que << lorsque le banquier exécute un ordre de virement faux, c'est-à-dire donné par une personne non habilitée à faire fonctionner le compte, il n'agit pas en qualité de mandataire de son client puisqu'aucun mandat valable ne lui a été conféré par ce dernier. Dès lors c'est en sa seule qualité de dépositaire que sa responsabilité sera recherchée. En sa qualité de dépositaire irrégulier, devenu propriétaire et donc débiteur des fonds déposés, le banquier ne peut être valablement libéré, par application des articles 1239 et 1937 du code civil, que s'il a remis les fonds au créancier-déposant ou à la personne désignée par lui (JCL Banque - Crédit - Bourse, fasc.390, no 112 s.; Cass.com. 3.11 .2004; RTD corn. 2005,150; CA Paris 21.1.1992 ; Banque 1992,845) >> et encore que l'<< obligation de restitution du banquier dépositaire étant de résultat, il ne peut y échapper qu'en établissant que le

paiement est le résultat d'une faute imputable au client ou d'une cause étrangère qui ne lui est pas imputable (G. Ravarani, La responsabilité civile des personnes privées et publiques, 2e éd. no 529) >> ;

alors que, **première branche,** *l'établissement de crédit qui reçoit de ses clients des dépôts ou d'autres fonds remboursables est tenu d'une obligation de remboursement qui n'est pas une obligation de résultat mais une obligation de remboursement dont les modalités sont déterminées par les dispositions légales et contractuelles propres aux dépôts de fonds dans un établissement de crédit ; qu'en décidant le contraire, l'arrêt de la Cour d'appel viole l'article 1937 du Code civil ainsi que la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier ;*

alors que, **deuxième branche,** *l'article 1239 du Code civil pose le principe qu'un débiteur ne peut être libéré de son obligation que pour autant qu'il se libère entre les mains de son créancier ou du mandataire de celui-ci ce dont la jurisprudence déduit que le débiteur qui paye entre les mains d'un tiers est obligé à s'en libérer une deuxième fois entre les mains du véritable créancier ; que l'article 1239 est étranger à la question du dénouement d'une opération initiée par un faux virement, il ne fait que définir l'exécution de l'obligation par paiement et ne peut constituer le fondement autonome d'une quelconque créance, que la situation dans laquelle se trouve le banquier qui a débité le compte de son client sans ordre de celui-ci est étrangère à l'article 1239, qu'en effet le client n'ayant pas demandé le débit de son compte, la banque n'est tenue ni à une obligation de dare ni de facere ; que partant la banque ne peut avoir exécuté une obligation qu'elle n'avait pas ni au profit de son client ni au profit d'un tiers non désigné, qu'en décidant le contraire, l'arrêt de la Cour d'appel viole l'article 1239 du Code civil ;*

alors que, **troisième branche,** *l'article 1239 du Code civil pose le principe qu'un débiteur ne peut-être libéré de son obligation que pour autant qu'il se libère entre les mains de son créancier ou du mandataire de celui-ci ce dont la jurisprudence déduit que le débiteur qui paye entre les mains d'un tiers est obligé à s'en libérer une deuxième fois entre les mains du véritable créancier ; que l'article 1239 est étranger à la question du dénouement d'une opération initiée par un faux virement, il ne fait que définir l'exécution de l'obligation par paiement et ne peut constituer le fondement autonome d'une quelconque créance, que la situation dans laquelle se trouve le banquier qui a débité le compte de son client sans ordre de celui-ci est étrangère à l'article 1239, qu'en effet le client n'ayant pas demandé le débit de son compte, la banque n'est tenue ni à une obligation de dare ni de facere ; que partant la banque ne peut avoir exécuté une obligation qu'elle n'avait pas ni au profit de son client ni au profit d'un tiers non désigné, que l'article 1239 suppose une dette, un paiement et un accipiens qui n'avait pas pouvoir de recevoir, que l'article 1937 du Code civil en est la réitération dans le domaine du dépôt, qu'en faisant application des articles 1239 et 1937 du Code civil sans constater l'existence concrète de ces trois éléments, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1239 et 1937 du Code civil. »*

Sur la première branche du moyen :

Mais attendu qu'en décidant sur base des motifs visés au moyen que la BANQUE ET CAISSE D'EPARGNE DE L'ETAT n'est, en sa qualité de dépositaire

des avoirs de X.), pas valablement libérée de son obligation de restitution, les juges du fond n'ont pas violé l'article 1937 du Code civil ;

Que la première branche du moyen n'est pas fondée sous ce point ;

Attendu que pour autant que la demanderesse en cassation invoque une violation de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier, le moyen n'indique pas par rapport à quelle disposition ni en quoi les juges d'appel auraient commis une violation de cette loi ;

Que sous ce point, le moyen ne saurait être recueilli ;

Sur la deuxième branche du moyen :

Mais attendu que c'est l'article 1937 du Code civil qui constitue la base juridique de la décision d'accueillir la demande en restitution du défendeur en cassation, la référence à l'article 1239 du Code civil s'expliquant par la considération des juges d'appel que la banque ne s'était pas libérée valablement entre les mains de l'auteur du faux ordre et que le virement effectué n'était pas libératoire en ce qu'il ne modifiait pas la situation juridique du dépositaire qui reste tenu à restitution ;

Que la référence à l'article 1239 du Code civil n'est pas en contradiction avec celle à l'article 1937 du Code civil et n'est pas étrangère à la question du dénouement d'une opération initiée par un faux virement ;

D'où il suit que le moyen en sa deuxième branche n'est pas fondé ;

Sur la troisième branche du moyen :

Attendu que le moyen en sa troisième branche, reproche aux juges d'appel une insuffisance dans la constatation des faits qui sont nécessaires pour statuer en droit sur l'application des articles 1239 et 1937 du Code civil ;

Mais attendu que dans la motivation reproduite au moyen, les juges d'appel ont relevé tous les éléments factuels nécessaires au fondement de leur décision ;

Que sous ce point, la troisième branche du moyen n'est pas fondée ;

Attendu que quant au grief en tant qu'il vise l'application de l'article 1239 du Code civil, la troisième branche du moyen manque en fait, les juges d'appel ayant retenu comme base juridique de la décision de condamnation l'article 1937 du Code civil ;

Que sous ce point, la troisième branche du moyen ne saurait être accueillie ;

Sur le deuxième moyen de cassation :

« en ce que la Cour d'appel a jugé dans son arrêt du 10 février 2010 << que la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat n'est, en sa qualité de dépositaire des avoirs de X.), pas valablement libérée de son obligation de restitution >> ;

aux motifs que << lorsque le banquier exécute un ordre de virement faux, c'est-à-dire donné par une personne non habilitée à faire fonctionner le compte, il n'agit pas en qualité de mandataire de son client puisqu'aucun mandat valable ne lui a été conféré par ce dernier » et encore qu'il « apparaît comme acquis en cause et peut être déduit des pièces versées par la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat que la signature figurant sur le courrier du 28 janvier 2005 est l'oeuvre de ..., fils de l'appelant. ... disposait par ailleurs d'une procuration sur les comptes détenus par son père auprès de la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat. [...] La procuration sur ses comptes donnée par l'appelant à son fils témoigne encore de la confiance que X.) estimait pouvoir avoir en son fils. Dans ces circonstances on ne peut déceler une négligence coupable, respectivement faute commise par X.) dans le fait que ... ait pu se procurer les éléments nécessaires pour commettre les faux ».

alors que, **première branche,** *la contradiction de motifs équivaut à un défaut de motifs, que la Cour d'appel ne pouvait sans se contredire, décider d'une part que le fils ... qui a donné ordre à la banque de débiter le compte du père X.) avait pouvoir sur le compte et d'autre part qu'en exécutant cet ordre, la banque ne s'était pas valablement libérée de son obligation de restitution, qu'en effet la banque n'a fait qu'exécuter un ordre provenant d'une personne habilitée à le donner en vertu d'une procuration dont les effets sont opposables au titulaire du compte, la Cour d'appel s'est ainsi contredite privant sa décision de motivation en violation de l'article 89 de la Constitution et 249 du Nouveau code de procédure civile ;*

alors que, **deuxième branche,** *la Cour d'appel ne pouvait décider d'une part que la personne qui a donné ordre à la banque avait pouvoir sur le compte et d'autre part qu'en exécutant cet ordre, la banque ne s'était pas valablement libérée de son obligation de restitution, qu'en effet la banque n'a fait qu'exécuter un ordre provenant d'une personne habilitée à le donner en vertu d'une procuration dont les effets sont opposables au sieur X.), qu'en décidant le contraire, l'arrêt de la Cour d'appel viole les articles 1239 et 1937 et 1998 du Code civil » ;*

Sur la première branche du moyen :

Mais attendu que le grief de la contradiction de motifs, équivalant à un défaut de motifs, ne peut être retenu que si les motifs incriminés sont contradictoires à un point tel qu'ils se détruisent et s'annihilent réciproquement, aucun ne pouvant être retenu comme fondement de la décision ;

Attendu que le moyen en cette branche procède d'une lecture erronée de l'arrêt attaqué ; qu'en effet la référence à l'existence d'une procuration donnée par le défendeur en cassation à l'auteur des faux ordres ne constitue pas la base de la

condamnation de la demanderesse en cassation fondée sur la qualification du banquier comme dépositaire tenu d'une obligation de restitution ;

D'où il suit que le moyen, en sa première branche, manque en fait et ne saurait être accueilli ;

Sur la deuxième branche du moyen :

Mais attendu que le grief tiré de la violation combinée des articles visés manque encore en fait, eu égard à la réponse donnée à la première branche du moyen ;

D'où il suit que le moyen, en sa deuxième branche, ne saurait être accueilli ;

Sur le troisième moyen de cassation :

« en ce que la Cour d'appel a jugé dans son arrêt du 10 février 2010 << que la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat n'est, en sa qualité de dépositaire des avoirs de X.), pas valablement libérée de son obligation de restitution >> ;

aux motifs que les << premiers juges ont dit que X.) a été négligent dans la garde des documents portant ses coordonnées bancaires et codes d'accès au service S-Net, sinon a témoigné au faussaire trop de confiance en lui communiquant ces mêmes coordonnées et codes censés demeurer secrets, contribuant ainsi par sa faute à la confection des e-mails annonçant la clôture des comptes ainsi qu'à la confection du document portant une signature fausse, mais régulière en l'apparence. Il apparaît comme acquis en cause et peut être déduit des pièces versées par la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat que la signature figurant sur le courrier du 28 janvier 2005 est l'oeuvre de ... fils de l'appelant. ... disposait par ailleurs d'une procuration sur les comptes détenus par son père auprès de la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat. Il faut admettre qu'en sa qualité de parent proche de l'appelant ... avait accès au domicile de ce dernier et pouvait donc se procurer les coordonnées bancaires de son père, ainsi que les codes d'accès au service S-Net. On ne peut imposer au titulaire d'un compte de garder les données y relatives dans un coffre-fort installé dans son domicile. La procuration sur ses comptes donnée par l'appelant à son fils témoigne encore de la confiance que X.) estimait pouvoir avoir en son fils. Dans ces circonstances on ne peut déceler une négligence coupable, respectivement faute commise par X.) dans le fait que ... ait pu se procurer les éléments nécessaires pour commettre les faux >>,

alors que, **première branche,** *la contradiction de motifs équivaut à un défaut de motifs, que la Cour d'appel ne pouvait sans se contredire, décider d'une part que le fils ... qui a donné ordre à la banque de débiter le compte du père X.) avait pouvoir sur le compte et d'autre part que le fils ... avait pu se procurer les coordonnées bancaires de son père, ainsi que les codes d'accès au service S-Net, sans le consentement de son père, qu'en effet ayant procuration sur le compte le fils ... avait toutes les informations nécessaires pour le mouvementer, la cour d'appel s'est ainsi contredite privant sa décision de motivation en violation de l'article 89 de la Constitution et 249 du Nouveau code de procédure civile ;*

alors que, **deuxième branche,** *les présomptions sont des conséquences que le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu, que la Cour d'appel a déduit du lien de parenté entre le père X.) et le fils ... (fait connu) que ... avait accès au domicile de son père (premier fait inconnu) et à déduit de ce premier fait inconnu que ... pouvait ainsi se procurer les codes de son père (second fait inconnu), qu'en déduisant de la sorte un fait inconnu d'un autre fait inconnu, la Cour d'appel a violé l'article 1349 du Code civil ;*

alors que, **troisième branche,** *l'article 4.1 de la Convention S-net stipule que le << client assume l'entière responsabilité de l'usage du logiciel ainsi que des éléments d'identification et de sécurité, définis à l'article 6, qui sont strictement personnels et intransmissibles. Il s'engage à ne pas les céder ou communiquer à des tiers et à aviser d'urgence la BCEE en cas de perte ou de vol ou lorsqu'il aura constaté un usage frauduleux. >>, que cet article a été invoqué notamment en page 6 des conclusions du 24 février 2009 du demandeur en cassation, qu'en communiquant ses codes secrets à une autre personne, fut-il son fils, ou en ne prenant pas les mesures adéquate pour que ses codes restent secrets même pour les personnes ayant accès à son domicile, le titulaire du compte commet une faute, une négligence grave, qui libère la Banque, qu'en décidant le contraire, l'arrêt de la Cour d'appel viole les articles 1134 et 1142 et s. du Code civil et 68 de la loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique » ;*

Sur la première branche du moyen :

Mais attendu que le moyen en sa première branche procède d'une lecture erronée de l'arrêt attaqué ;

Qu'en effet la décision d'accueillir la demande en restitution du défendeur en cassation se fonde, non sur le fait par les juges d'appel de constater que l'auteur des faux ordres avait procuration sur les comptes du défendeur en cassation et de considérer que le faussaire s'était procuré accès aux coordonnées bancaires et au code d'accès des comptes sans le consentement du titulaire, mais sur la constatation que la banque, en sa qualité de dépositaire des avoirs du défendeur en cassation, ne s'était pas libérée de son obligation de restitution ;

D'où il suit que le moyen en sa première branche manque en fait et ne saurait être accueilli ;

Sur la deuxième et la troisième branches réunies du moyen :

Mais attendu que l'analyse du déroulement des faits par les juges d'appel est opérée non pas pour dégager le fait susceptible de fonder la condamnation de la banque, mais pour écarter l'existence d'une faute du titulaire de nature à exonérer la banque de l'obligation de restitution ;

Que l'appréciation de la faute ressort du pouvoir souverain du fond et échappe au contrôle de la Cour de cassation ;

Que cette dernière ne saurait y procéder sous prétexte de violation des articles visés dans les deuxième et troisième branches du moyen qui ne sauraient partant être accueillies ;

Sur le quatrième moyen de cassation :

« en ce que la Cour d'appel a jugé dans son arrêt du 10 février 2010 << que la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat n'est, en sa qualité de dépositaire des avoirs de X.), pas valablement libérée de son obligation de restitution >> ;

aux motifs que par << un courrier S-Net du 21 décembre 2004 le signataire X.) demande à la banque de clôturer son compte épargne et de virer la totalité sur son compte à vue. Il demande également des informations sur les coûts relatifs aux transferts de lignes d'actions entre dépôts titres détenus à la banque. Par un courrier S-Net du 27 décembre 2004 il souhaite savoir s'il est possible de transférer l'ensemble de ses actions sur le compte titres BCEE de son fils ... sans coûts supplémentaires et dans l'affirmative souhaite que ce transfert soit effectué et son compte clôturé » et que ... avait pu en raison de sa qualité de proche parent de X.) et de la confiance que ce dernier portait à son fils, lui ayant donné procuration sur ses comptes, se procurer les coordonnées bancaires de son père, ainsi que les codes d'accès au service S-Net ;

alors que la Cour d'appel devait nécessairement déduire de ces constatations que le titulaire du compte était lié par l'ordre donné conformément à la théorie de l'apparence ; qu'en décidant malgré ses propres constatations que la banque avait manqué à son obligation de restitution, la Cour n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé la théorie de l'apparence, ensemble avec les articles 1998 et 1142 et s. et 1937 du Code civil » ;

Mais attendu qu'eu égard à la réponse donnée aux deux branches du deuxième moyen, le quatrième moyen manque encore en fait ;

D'où il suit que le moyen ne saurait être accueilli ;

Sur le cinquième moyen de cassation :

« en ce que la Cour d'appel a jugé dans son arrêt du 10 février 2010 << que la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat n'est, en sa qualité de dépositaire des avoirs de X.), pas valablement libérée de son obligation de restitution >> ;

aux motifs que << la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat se prévaut dans ce contexte de l'article 5.6 de la convention S-Net conclue entre parties, spécialement accepté par le client, aux termes duquel "La BCCE ne peut être rendue responsable de la mauvaise utilisation ou de l'utilisation frauduleuse des données secrètes, que ce soit par le client ou par un tiers". Cette clause a uniquement pour objet d'exonérer la banque de sa responsabilité contractuelle, elle ne fait pas obstacle à la demande en restitution du client qui exige que son compte soit recrédité à la suite de l'exécution d'un faux paiement en se fondant sur le droit du paiement et de l'application du principe suivant lequel "qui paie mal, paie deux fois" (Olivier

Poelmans, La responsabilité du banquier luxembourgeois teneur de comptes, Bulletin Droit et Banque, ALJB No 33, p. 31 , no 57). >>

alors que, **première branche,** *l'article 5.6 de la convention S-Net stipule que la banque ne peut être tenue responsable de la mauvaise utilisation ou de l'utilisation frauduleuse des données secrètes, qu'en droit commun de la responsabilité, l'utilisation frauduleuse des données secrètes ne pourrait constituer une faute dans le chef de la Banque, que la clause ne peut partant avoir pour but d'exonérer la Banque d'une faute qui ne pourrait en aucun cas lui être imputable, que la susdite clause est claire et précise et vise uniquement à mettre à charge du client le risque résultant de la mauvaise utilisation ou de l'utilisation frauduleuse des données secrètes, qu'en décidant le contraire, la Cour d'appel a dénaturé cet acte (violation de l'article 1134 du Code civil), ou méconnu la foi due à cet acte (violation des articles 1319, 1320 et 1322 du Code civil) ;*

alors que, **deuxième branche,** *l'article 5.6 de la convention S-Net stipule que la banque ne peut être tenue responsable de la mauvaise utilisation ou de l'utilisation frauduleuse des données secrètes, qu'en droit commun de la responsabilité, l'utilisation frauduleuse des données secrètes ne pourrait constituer une faute dans le chef de la Banque, que la clause ne peut partant avoir pour but d'exonérer la Banque d'une faute qui ne pourrait en aucun cas lui être imputable, que la susdite clause vise uniquement à mettre à charge du client le risque résultant de la mauvaise utilisation ou de l'utilisation frauduleuse des données secrètes, qu'en décidant que cette clause ne faisait pas obstacle à la demande en restitution du client qui exige que son compte soit recrédité à la suite de l'exécution d'un faux virement en se fondant sur le droit du paiement et de l'application du principe suivant lequel "qui paie mal , paie deux fois", la Cour d'appel a violé ledit principe contenu à l'article 1239 du Code civil par fausse application ainsi que les articles 1134 et 1142 et s. du Code civil par refus d'application ;*

alors que, **troisième branche,** *l'article 5.6 de la convention S-Net stipule que la banque ne peut être tenue responsable de la mauvaise utilisation ou de l'utilisation frauduleuse des données secrètes, qu'en droit commun de la responsabilité, l'utilisation frauduleuse des données secrètes ne pourrait constituer une faute dans le chef de la Banque, qu'en décidant, sans avoir préalablement constaté une faute lourde dans le chef de la banque, que cette clause ne faisait pas obstacle à la demande en restitution du client qui exige que son compte soit recrédité à la suite de l'exécution d'un faux paiement, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134 et 1142 et s. du Code civil » ;*

Sur les trois branches réunies du moyen :

Mais attendu que la Cour d'appel, après avoir procédé souverainement à l'interprétation des clauses d'un contrat et à leur application aux faits de l'espèce pour écarter l'invocation de la clause visée par la demanderesse en cassation, a fait une application correcte des articles visés au moyen ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le sixième moyen de cassation :

« en ce que la Cour d'appel a jugé dans un arrêt du 27 avril 2011 que << par réformation du jugement entrepris, la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat [est condamnée] à payer à X.) la somme de 7.285,21 euros avec les intérêts légaux à partir du 8 mars 2006 jusqu'à solde >>,

aux motifs que << X.) demande sur le montant dont condamnation l'allocation des intérêts légaux à partir du 8 mars 2006, jour d'une mise en demeure adressée à la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat. La Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat s'oppose à cette demande. Elle soutient qu'à ce jour elle n'est obligée à aucune dette de sommes, X.) s'en étant toujours tenu à réclamer la réinscription sur son compte des valeurs débitées mais n'ayant jamais demandé à disposer de ces sommes. En demandant la réinscription sur son compte des valeurs débitées et en ordre subsidiaire la condamnation de la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat à lui payer l'équivalent en argent, X.) demande bien évidemment à disposer de ces valeurs, respectivement sommes et il le fait depuis sa mise en demeure du 8 mars 2006. La contestation de l'intimée est à rejeter.>> ;

alors que la cassation à intervenir sur l'un des moyens précités entraînera, par voie de simple conséquence, la cassation de l'arrêt attaqué du 27 avril 2011, en application de l'article 28 de la loi du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation. »

Mais attendu que le grief, tiré d'une prétendue violation d'une disposition se rapportant aux règles sur la procédure de cassation, n'indique pas en quoi la décision critiquée encourt le reproche allégué en relation avec la disposition visée ;

D'où il suit que le moyen est irrecevable ;

Sur le septième moyen de cassation :

« en ce que la Cour d'appel a jugé dans un premier arrêt du 10 février 2010 que << la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat n'est, en sa qualité de dépositaire des avoirs de X.), pas valablement libérée de son obligation de restitution >> et dans un second arrêt du 27 avril 2011 que << par réformation du jugement entrepris, la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat [est condamnée] à payer à X.) la somme de 7.285,21 euros avec les intérêts légaux à partir du 8 mars 2006 jusqu'à solde >>,

aux motifs pris dans son premier arrêt du 10 février 2010 que la << Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat se prévaut dans ce contexte de l'article 5.6 de la convention S-Net conclue entre parties, spécialement acceptée par le client, aux termes duquel "La BCCE ne peut être rendue responsable de la mauvaise utilisation ou de l'utilisation frauduleuse des données secrètes, que ce soit par le client ou par un tiers". Cette clause a uniquement pour objet d'exonérer la banque de sa responsabilité contractuelle, elle ne fait pas obstacle à la demande en restitution du client qui exige que son compte soit recrédité à la suite de l'exécution d'un faux paiement en se

fondant sur le droit du paiement et de l'application du principe suivant lequel "qui paie mal, paie deux fois" (Olivier Poelmans, La responsabilité du banquier luxembourgeois teneur de comptes, Bulletin Droit et Banque, ALJB No 33, p. 31 , no 57). Il s'en suit que la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat n'est pas valablement libérée de son obligation de restitution. >> ainsi que dans son second arrêt du 27 avril 2011 que << contrairement à ce qu'admet la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat, la Cour a dans l'arrêt du 10 février 2010 retenu la responsabilité contractuelle de la banque dépositaire >> ;

alors que la Cour d'appel ne pouvait sans se contredire d'une part refuser d'appliquer l'article 5.6 de la Convention S-Net pour le motif que cette clause exonère la banque de sa responsabilité contractuelle alors que, selon la Cour, la Banque est tenue de restituer non en raison d'une responsabilité contractuelle mais par application du principe selon lequel << qui paie mal, paie deux fois >>, et d'autre part décider dans son arrêt du 27 avril 2011 que la Cour avait retenu la responsabilité contractuelle de la Banque dans son premier arrêt, la Cour d'appel s'est ainsi contredite privant sa décision de motivation en violation de l'article 89 de la Constitution et 249 du Nouveau code de procédure civile » ;

Mais attendu que le moyen procède d'une lecture erronée de l'arrêt du 27 avril 2011 qui a considéré *« que l'argumentation de l'intimée* (la demanderesse en cassation) *se heurte à l'autorité attachée à l'arrêt du 10 février 2010 qui a retenu dans son dispositif que la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat n'est, en sa qualité de dépositaire des avoirs de X.), pas valablement libéré de son obligation de restitution »* ;

Qu'en effet, la Cour d'appel s'est déterminée par cette seule considération décisive, les autres considérations étant superfétatoires pour ne pas constituer le support nécessaire du dispositif ;

D'où il suit que le moyen manque en fait et ne saurait être accueilli ;

Sur le huitième moyen de cassation :

« en ce que la Cour d'appel a jugé dans son arrêt du 27 avril 2011 que << par réformation du jugement entrepris, la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat (est condamnée) à payer à X.) la somme de 7.285,21 euros avec les intérêts légaux à partir du 8 mars 2006 jusqu'à solde >>

aux motifs que << Par conclusions notifiées le 23 avril 2010 la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat fait plaider qu'il résulte des articles 50.4, 52.1 et 52.2 de ses conditions générales que les titres Gemini qu'elle avait pris en dépôt sont des choses individualisées, que ces titres ne sont actuellement plus détenus par elle, qu'il est

certes constant que le dépositaire est tenu à restitution lorsque le dépôt est irrégulier, conformément à l'adage "genera non pereunt", que toutefois, lorsque les choses sont individualisées, c'est à la règle "res perit domino" qu'il faut avoir égard, conformément aux articles 1929 et 1302 du Code civil.
Selon l'intimée, étant donné par ailleurs que dans l'arrêt du 10 février 2010 la Cour ne s'est, sauf erreur, pas orientée vers une responsabilité contractuelle de la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat, mais vers une application rigoureuse de l'article 1239 du code civil, il y a lieu d'examiner, sur base de la seule théorie du paiement, si l'exécution de l'obligation est encore possible et quelles sont les conséquences d'une impossibilité d'exécution. La Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat observe à ce sujet qu'elle a été mise dans l'impossibilité de remplir son obligation de restitution en raison d'une cause étrangère, à savoir le faux commis par le fils ... en imitant la signature de son père dans un ordre transmis à la Banque, faux présentant toutes les caractéristiques de la force majeure, et que, conformément au droit commun de la responsabilité, "il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit" (article 1149 du Code civil).
X.) conclut au rejet de cette argumentation. Il fait valoir que l'intimée veut revenir sur sa possibilité d'obtenir exonération de sa responsabilité en invoquant la faute d'un tiers, respectivement la survenance d'un cas de force majeure, que cette question a toutefois d'ores et déjà tranchée par la Cour qui, dans l'arrêt du 10 février 2010, a retenu que la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat n'est pas valablement libérée de son obligation de restitution.
Abstraction faite de ce que d'après l'article 52.2 des conditions générales de la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat " le Client reconnaît à la Banque le droit de lui restituer des valeurs mobilières de même nature et quantité, sans concordance de numéros", que partant, dans les relations entre parties, les titres litigieux sont considérés comme des choses de genre, abstraction faite d'autre part de ce que, contrairement à ce qu'admet la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat, la Cour a dans l'arrêt du 10 février 2010 retenu la responsabilité contractuelle de la banque dépositaire, c'est à bon droit que X.) fait valoir que l'argumentation de l'intimée se heurte à l'autorité attachée à l'arrêt du 10 février 2010 qui a retenu dans son dispositif que la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat n'est, en sa qualité de dépositaire des avoirs de X.), pas valablement libérée de son obligation de restitution. >>

alors que, **première branche,** *la Cour d'appel ne pouvait décider dans son arrêt du 27 avril 2011 s'être prononcé sur une responsabilité contractuelle sans violer l'autorité de la chose jugée par l'arrêt du 10 février 2010 qui déclarait s'être prononcé non sur la responsabilité contractuelle mais sur le principe qui paie mal paie deux fois, la Cour d'appel a partant méconnu l'autorité de la chose jugée de l'arrêt du 10 février 2010 en violation de l'article 1351 du code civil ;*

alors que, **deuxième branche,** *la Cour d'appel en se prononçant comme elle l'a fait a retenu une responsabilité contractuelle de la banque sans en constater les conditions d'existence, ce faisant la cour d'appel a privé sa décision de base légale eu égard aux articles 1134 et 1142 et s. et 1239 du Code civil ;*

alors que, **troisième branche,** *l'arrêt du 10 février 2010 s'est prononcé non en raison d'une responsabilité contractuelle mais par application du principe selon lequel qui paie mal, paie deux fois sur la base de l'article 1239 du Code civil, qu'à la*

suite de cet arrêt, la Cour d'appel devait constater que bien que la Banque ne se soit pas valablement libérée de son obligation de restitution, comme tranché par l'arrêt du 10 février 2010, l'obligation de la banque était néanmoins éteinte en raison de la perte de la chose conformément à l'article 1149 du Code civil et aux articles 5.6 et 4.1 de la Convention S-net, qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les articles 1149, 1134 et 1142 et s. et 1239 du Code civil » ;

Sur la première branche du moyen :

Mais attendu qu'il résulte de la réponse donnée au septième moyen que le moyen en cette branche manque en fait et ne saurait être accueilli ;

Sur la deuxième branche du moyen :

Mais attendu que la Cour d'appel, en se déterminant dans son arrêt du 27 avril 2011 par l'autorité attachée à l'arrêt antérieur, ne saurait se voir reprocher de ne pas avoir caractérisé les conditions d'application des articles visés qui ne constituent pas le fondement de la condamnation prononcée ;

D'où il suit que le moyen en cette branche ne saurait être accueilli ;

Sur la troisième branche du moyen :

Mais attendu que le grief fait aux juges d'appel de ne pas avoir jugé que l'obligation de restitution était éteinte en raison de la perte de la chose procède d'une lecture erronée des arrêts ;

Qu'en effet, dans l'arrêt du 10 février 2010, la Cour d'appel a jugé que la banque est tenue par une obligation de restitution en sa qualité de dépositaire sur la base de l'article 1937 du Code civil, et que, dès lors, la demanderesse en cassation ne saurait reprocher aux juges d'appel de ne pas avoir, dans l'arrêt du 27 avril 2011, retenu les articles visés comme fondement juridique de la condamnation à restituer la chose remise ;

D'où il suit que le moyen, en sa troisième branche, manque en fait et ne saurait être accueilli ;

Sur le neuvième moyen de cassation :

« aux motifs que abstraction << faite de ce que d'après l'article 52.2 des conditions générales de la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat " le Client reconnaît à la Banque le droit de lui restituer des valeurs mobilières de même nature et quantité, sans concordance de numéros", que partant, dans les relations entre parties, les titres litigieux sont considérés comme des choses de genre, abstraction faite d'autre part de ce que, contrairement à ce qu'admet la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat, la Cour

a dans l'arrêt du 10 février 2010 retenu la responsabilité contractuelle de la banque dépositaire, c'est à bon droit que X.) fait valoir que l'argumentation de l'intimée se heurte à l'autorité attachée à l'arrêt du 10 février 2010 qui a retenu dans son dispositif que la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat n'est, en sa qualité de dépositaire des avoirs de X.), pas valablement libérée de son obligation de restitution. Ce moyen de l'intimée ne peut donc être accueilli. >>

alors que, **première branche,** *les arrêts qui ne contiennent pas de motifs sont déclarés nuls ; que le défaut de réponse à conclusions constitue un défaut de motifs, qu'une motivation de pure forme ou une insuffisance de motifs en réponse à un moyen équivaut à une absence de motifs, que dans ses conclusions du 23 avril 2010 page 3 et du 5 octobre 2010, page 2, la demanderesse invoquait le fait que sans porter atteinte à l'autorité de chose jugée de l'arrêt du 10 février 2010 qui a décidé que la banque ne s'était pas valablement libérée de son obligation de restitution donc n'avait pas exécuté ses obligations, la Cour d'appel pouvait encore constater sur le plan de la responsabilité contractuelle de la Banque, que celle-ci n'était plus en mesure de restituer in specie les titres disparus en raison d'un fait non fautif exonératoire de sa responsabilité emportant suppression d'une obligation de réparation par équivalent, qu'en répondant sommairement que << c'est à bon droit que X.) fait valoir que l'argumentation de l'intimée se heurte à l'autorité attachée à l'arrêt du 10 février 2010 qui a retenu dans son dispositif que la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat n'est, en sa qualité de dépositaire des avoirs de X.), pas valablement libérée de son obligation de restitution. >> la Cour d'appel n'a pas répondu au moyen clair et précis de la demanderesse, qu'ainsi la Cour d'appel a violé l'article 89 de la Constitution et 249 du Nouveau code de procédure civile ;*

alors que, **deuxième branche,** *dans ses conclusions du 23 avril 2010 p.3 et du 5 octobre 2010, p.2, la demanderesse invoquait le fait que sans porter atteinte à l'autorité de chose jugée de l'arrêt du 10 février 2010 qui a décidé que la banque ne s'était pas valablement libérée de son obligation de restitution donc n'avait pas exécuté ses obligations, la Cour d'appel pouvait encore constater sur le plan de la responsabilité contractuelle de la Banque, que celle-ci n'était plus en mesure de restituer in specie les titres disparus en raison d'un fait non fautif exonératoire de sa responsabilité emportant suppression d'une obligation de réparation par équivalent, qu'en répondant sommairement que << c'est à bon droit que X.) fait valoir que l'argumentation de l'intimée se heurte à l'autorité attachée à l'arrêt du 10 février 2010 qui a retenu dans son dispositif que la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat n'est, en sa qualité de dépositaire des avoirs de X.), pas valablement libérée de son obligation de restitution. >> or il ne résulte pas des constatations de la Cour d'appel que l'autorité de chose jugée s'opposait au moyen de la demanderesse en cassation, la Cour d'appel a partant privé sa décision de base légale au regard dudit principe de l'autorité de chose jugée contenu à l'article 1351 du Code civil ;*

alors que, **troisième branche,** *dans ses conclusions du 23 avril 2010 p.3 et du 5 octobre 2010, p.2, la demanderesse invoquait le fait que sans porter atteinte à l'autorité de chose jugée de l'arrêt du 10 février 2010 qui a décidé que la banque ne s'était pas valablement libérée de son obligation de restitution donc n'avait pas exécuté ses obligations, la Cour d'appel pouvait encore constater sur le plan de la responsabilité contractuelle de la Banque, que celle-ci n'était plus en mesure de restituer in specie les titres disparus en raison d'un fait non fautif exonératoire de sa*

responsabilité emportant suppression d'une obligation de réparation par équivalent, qu'en répondant sommairement que << c'est à bon droit que X.) fait valoir que l'argumentation de l'intimée se heurte à l'autorité attachée à l'arrêt du 10 février 2010 qui a retenu dans son dispositif que la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat n'est, en sa qualité de dépositaire des avoirs de X.), pas valablement libérée de son obligation de restitution. >> la Cour d'appel a violé ledit principe de l'autorité de chose jugée contenu à l'article 1351 du Code civil » ;

Sur la première branche du moyen :

Mais attendu que le grief de défaut de réponse à conclusions équivaut à un défaut de motifs constitutif d'un vice de forme ;

Attendu qu'en se déterminant par les motifs visés au moyen, la Cour d'appel a répondu aux conclusions de la demanderesse en cassation ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé en sa première branche ;

Sur les deuxième et troisième branches du moyen :

Mais attendu que pour répondre aux conclusions de la demanderesse en cassation, la Cour d'appel a pu, dans son arrêt du 27 avril 2011, se borner, pour rejeter les conclusions qui tendaient à mettre en cause l'autorité de chose jugée attachée à l'arrêt du 10 février 2010, à répondre par la considération que l'autorité attachée à cet arrêt interdit d'y donner suite, sans encourir le grief de défaut de base légale au regard du principe de l'autorité de chose jugée énoncé dans l'article 1351 du Code civil ni celui de violation dudit principe ;

D'où il suit que le moyen en ses deuxième et troisième branches n'est pas fondé ;

Sur le dixième moyen de cassation :

« en ce que la Cour d'appel a jugé dans son arrêt du 27 avril 2011 que << par réformation du jugement entrepris, la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat [est condamnée] à payer à X.) la somme de 7.285,21 euros avec les intérêts légaux à partir du 8 mars 2006 jusqu'à solde >> ;

aux motifs que << d'après l'article 52.2 des conditions générales de la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat " le Client reconnaît à la Banque le droit de lui restituer des valeurs mobilières de même nature et quantité, sans concordance de numéros", que partant, dans les relations entre parties, les titres litigieux sont considérés comme des choses de genre >> ;

alors que, **première branche,** *la demanderesse en cassation soutenait dans ses conclusions du 23 avril 2011 p. 2 que cet article laissait une simple faculté à la banque de restituer des valeurs mobilières de même nature et quantité, sans*

concordance de numéros et non une obligation au profit du client, que partant la banque tant qu'elle n'avait pas opté pour une restitution en valeur semblable était tenue de restituer les mêmes choses que déposées, qu'en décidant par un motif de pure forme << que d'après l'article 52.2 des conditions générales de la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat " le Client reconnaît à la Banque le droit de lui restituer des valeurs mobilières de même nature et quantité, sans concordance de numéros", que partant, dans les relations entre parties, les titres litigieux sont considérés comme des choses de genre >>, la Cour d'appel n'a pas répondu au moyen clair et précis de la demanderesse, qu'ainsi la Cour d'appel a violé l'article 89 de la Constitution et 249 du Nouveau code de procédure civile ;

alors que, **deuxième branche,** *l'article 52.2 des conditions générales de la banque stipule que << par dérogation à l'article 1932 du Code civil et en conformité avec la législation concernant la circulation des valeurs mobilières et avec la loi du 3 septembre 1996 concernant la dépossession involontaire de titres au porteur, le Client reconnaît à la Banque le droit de lui restituer des valeurs mobilières de même nature et quantité, sans concordance de numéros >>, qu'il se déduit de cette clause claire et précise que la banque a le droit et non l'obligation de restituer au client des valeurs mobilières de même nature et quantité, sans concordance de numéros, qu'en déduisant de cet article l'exact contraire de ce qu'il dit la Cour d'appel a dénaturé cet acte (violation de l'article 1134 du Code civil), ou méconnu la foi due à cet acte (violation des articles 1319, 1320 et 1322 du Code civil).*

alors que, **troisième branche,** *l'article 52.1 des conditions générales stipule que << Les valeurs mobilières confiées à la Banque sont conservées soit dans des dépôt fongibles, soit dans des dépôts non fongibles à la discrétion de la banque [...] >>, que l'article 52.2 des conditions générales de la banque stipule que << par dérogation à l'article 1932 du Code civil et en conformité avec la législation concernant la circulation des valeurs mobilières et avec la loi du 3 septembre 1996 concernant la dépossession involontaire de titres au porteur, le Client reconnaît à la Banque le droit de lui restituer des valeurs mobilières de même nature et quantité, sans concordance de numéros >>, qu'en décidant qu'entre parties les titres litigieux sont considérés comme des choses de genre sans s'expliquer sur l'incidence de la création par l'article 52.2 d'une obligation facultative et non alternative, comme l'y invitait le demandeur en cassation, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1932 du Code civil, de la loi du 3 septembre 1996 et des articles 1134 et 1189 et suivants du Code civil.*

alors que, **quatrième branche,** *l'article 52.2 des conditions générales de la banque stipule que << par dérogation à l'article 1932 du Code civil et en conformité avec la législation concernant la circulation des valeurs mobilières et avec la loi du 3 septembre 1996 concernant la dépossession involontaire de titres au porteur, le Client reconnaît à la Banque le droit de lui restituer des valeurs mobilières de même nature et quantité, sans concordance de numéros >>, que cette clause crée à l'égard de la banque une obligation facultative et non alternative, qu'en décidant le contraire la Cour d'appel a violé les articles 1134 et 1193 du Code civil ».*

Sur la première branche du moyen :

Mais attendu que le grief de défaut de réponse à conclusions équivaut à un défaut de motifs constitutif d'un vice de forme ;

Attendu qu'en se déterminant par les motifs visés au moyen, la Cour d'appel a répondu aux conclusions de la demanderesse en cassation ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé en sa première branche ;

Sur la deuxième branche du moyen :

Mais attendu que l'interprétation des dispositions d'un contrat et leur application aux faits de l'espèce relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond ;

Que le moyen, sous le couvert du grief de dénaturation de l'acte invoqué, ne tend qu'à méconnaître la limite du pouvoir de contrôle de la Cour de cassation et ne saurait être accueilli ;

Que la Cour d'appel n'était pas appelée à se prononcer sur la foi due à l'acte (article 52.2 des conditions générales de la banque) et l'invocation de la clause visée par la banque n'a pas été écartée au motif qu'il n'y aurait pas lieu d'y porter foi, de sorte que le grief de la méconnaissance de la foi due à l'acte ne saurait pas non plus être accueilli ;

Sur la troisième branche du moyen :

Mais attendu qu'après avoir constaté que la banque dépositaire n'est, en cette qualité, pas valablement libérée de son obligation de restitution, la Cour d'appel a pu, sans encourir le grief de défaut de base légale au regard des dépositions légales visées décider qu'entre parties, les titres litigieux sont considérés comme des choses de genre ;

D'où il suit que le moyen, en sa troisième branche, n'est pas fondé ;

Sur la quatrième branche du moyen :

Mais attendu que l'interprétation des dispositions d'un contrat et leur application aux faits de l'espèce relèvent du pouvoir d'appréciation des juges du fond ;

Attendu que la Cour de cassation ne saurait, sous le couvert du grief de violation des articles 1134 et 1193 du Code civil, étendre son contrôle à cette appréciation ;

D'où il suit que le moyen, en sa quatrième branche, est à rejeter ;

Par ces motifs :

rejette le pourvoi ;

condamne la demanderesse en cassation aux frais et dépens de l'instance en cassation.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président Georges SANTER, en présence de Monsieur Georges WIVENES, procureur général d'Etat adjoint et de Madame Marie-Paule KURT, greffier à la Cour.