*Arrêt commercial*

*Audience publique du dix février deux mille dix.*

*Numéro 34399 du rôle.*

*Composition :*

*Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;*
*Carlo HEYARD, premier conseiller;*
*Annette GANTREL, première conseillère;*
*Marcel SCHWARTZ, greffier.*

***E n t r e :***

***AAA,*** *employé privé, demeurant à UUU,*

***appelant*** *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 16 décembre 2008,*

*comparant par Maître François TURK, avocat à Luxembourg ;*

***e t***

***la BBB,*** *établissement public autonome, établi et ayant son siège social à VVV, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, sinon par son comité directeur actuellement en fonctions,*

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

*comparant par Maître Véronique DE MEESTER, avocat à Luxembourg.*

---

## LA COUR D'APPEL :

AAA, titulaire auprès de la BBB d'un compte titres, d'un compte épargne et d'un compte à vue, a conclu le 21 décembre 2000 avec la banque une convention CCC, lui permettant d'effectuer des opérations bancaires via internet et a depuis cette date géré ses comptes à distance moyennant instructions par CCC.

Par un courrier CCC du 21 décembre 2004 le signataire AAA 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 CCC du 27 décembre 2004 il souhaite savoir s'il est possible de transférer l'ensemble de ses actions sur le compte titres BBB de son fils DDD sans coûts supplémentaires et dans l'affirmative souhaite que ce transfert soit effectué et son compte clôturé.

La BBB procède à la clôture du compte épargne demandée dans le courrier du 21 décembre 2004 et donne à AAA les informations requises.

Le 28 janvier 2005 un courrier à en-tête AAA, portant la signature de AAA est adressé à la banque. Dans ce courrier, qui se réfère aux courriers CCC du mois de décembre 2004, il est demandé à la banque de clôturer le dépôt titres et de transférer les titres restants sur le dépôt titres détenu par DDD auprès de la BBB, de clôturer le compte à vue ouvert au nom de AAA et de transférer le solde restant au compte à vue de DDD auprès de la BBB.

La banque exécute ces ordres le 1er février 2005.

Par exploit d'huissier du 12 juillet 2006 AAA a fait comparaître la BBB devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale aux fins de lui voir donner acte qu'il désavoue sa signature figurant sur le courrier du 28 janvier 2005, voir constater que cette signature est falsifiée, s'entendre condamner à rouvrir sous peine d'astreinte un compte titres et un compte à vue en euros au nom de AAA et à créditer lesdits comptes de 280 titres EEE ainsi que de la somme de 2.737,52 euros, sinon s'entendre condamner à payer au demandeur une somme de 14.895,12 euros à titre de dommages et intérêts pour fautes contractuelles ou délictuelles commises par la banque. Il a encore demandé la condamnation de la BBB à lui payer une indemnité de procédure de 1.000.- euros.

Par jugement rendu le 16 mai 2007 le tribunal a nommé un expert avec la mission de vérifier si la signature figurant sur le courrier du 28 janvier 2008 émane de AAA.

Dans son rapport dressé le 10 août 2007 l'expert Francine Silvestri, tout en constatant que la signature figurant sur le document litigieux offre à première vue un aspect relativement naturel et spontané, conclut que cette signature constitue une imitation de celle de AAA, réalisée à main libre et par entraînement.

Par jugement rendu le 27 novembre 2008 le tribunal a débouté AAA de sa demande.

Par exploit d'huissier du 16 décembre 2008 AAA a régulièrement relevé appel de ce jugement non signifié.

Dans le jugement du 27 novembre 2008 les premiers juges ont dit qu'il est de principe que le banquier dépositaire est tenu vis-à-vis de ses clients d'une obligation de résultat et qu'il doit à priori supporter les conséquences de l'ordre faux ou falsifié qu'il a exécuté et doit partant rétablir la somme au crédit du client dès que le faux est établi, qu'il est cependant également admis qu'en qualité de mandataire le banquier ne doit supporter le poids du virement effectué sur ordre faux ou falsifié que si une faute peut lui être reprochée. Ils ont dit qu'afin de concilier ces deux principes et dans l'hypothèse où le banquier a, comme en l'espèce, à la fois assumé le rôle de dépositaire et de mandataire ayant exécuté un ordre faux, la jurisprudence tend à mettre en balance les fautes commises de part et d'autre et de retenir ensuite la responsabilité de l'un des intéressés, sinon d'opérer un partage de responsabilité.

Après analyse des comportements de part et d'autre les premiers juges ont retenu des fautes dans le chef de AAA, mais on dit que la banque n'a pas commis de faute en exécutant l'ordre de virement et en ont déduit que la banque est valablement libérée de son obligation de restitution.

L'appelant reproche aux premiers juges d'avoir considéré qu'il fallait concilier les principes relatifs au banquier dépositaire et mandataire de son client en mettant en balance les fautes commises de part et d'autre. Il soutient que les parties étaient liées en l'espèce par un seul contrat de dépôt et qu'en tant que dépositaire d'avoirs de son client le banquier contracte une obligation de restitution des fonds qui est de résultat, que le banquier ne saurait se retrancher derrière le fait que l'ordre qu'il a exécuté émane d'un faussaire étant donné que les ordres de paiement ne sont opposables au titulaire du compte que s'ils ont été exécutés sur son ordre.

L'appel est fondé sur ce point.

En effet, 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, n° 112 s.; Cass.com. 3.11.2004; RTD com. 2005,150; CA Paris 21.1.1992; Banque 1992,845).

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. n° 529).

L'appelant reproche d'autre part aux premiers juges d'avoir retenu une faute dans le chef de AAA, alors que, selon lui, la BBB n'a rapporté aucun élément de preuve permettant de démontrer une négligence ou faute positive dans le chef de ce dernier ayant permis la réalisation par un faussaire d'ordres faux.

Il faut relever que AAA conteste avoir rédigé les e-mails envoyés à la banque au mois de décembre 2004.

Les premiers juges ont dit que AAA a été négligent dans la garde des documents portant ses coordonnées bancaires et codes d'accès au service CCC, 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 BBB que la signature figurant sur le courrier du 28 janvier 2005 est l'œuvre de DDD, fils de l'appelant. DDD disposait par ailleurs d'une procuration sur les comptes détenus par son père auprès de la BBB. Il faut admettre qu'en sa qualité de parent proche de l'appelant DDD 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 CCC. 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 AAA estimait pouvoir avoir en son fils. Dans ces circonstances on ne peut déceler une négligence coupable, respectivement faute commise par AAA dans le fait que DDD ait pu se procurer les éléments nécessaires pour commettre les faux.

La BBB se prévaut dans ce contexte de l'article 5.6 de la convention CCC 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 N° 33, p. 31, n° 57).

Il s'en suit que la BBB n'est pas valablement libérée de son obligation de restitution.

AAA conclut en ordre principal à la condamnation de la banque à rouvrir un compte titres et un compte à vue en euros au nom de AAA, sous peine d'une astreinte non comminatoire de 500.- euros par jour de retard commençant à courir un mois à partir de la signification de l'arrêt à intervenir, et à créditer le nouveau compte titres de 280 titres EEE et le nouveau compte à vue du montant de 2.737,52 euros. En ordre subsidiaire il demande la condamnation de la banque à lui payer la somme de 14.895,12 euros avec les intérêts légaux à partir du 8 mars 2006, jour d'une mise en demeure jusqu'à solde.

La BBB n'a pas pris position relativement à cette demande que la Cour juge non suffisamment instruite.

Il y a lieu de renvoyer le dossier devant le magistrat de la mise en état aux fins d'instruction supplémentaire.

## PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel en la forme;

dit que la BBB n'est, en sa qualité de dépositaire des avoirs de AAA, pas valablement libérée de son obligation de restitution;

renvoie le dossier devant le magistrat de la mise en état en vue de son instruction supplémentaire;

réserve les frais et les demandes basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur Carlo HEYARD, premier conseiller, commis à ces fins, en présence de Monsieur Marcel SCHWARTZ, greffier.