

**N° 66 / 14.
du 10.7.2014.**

Numéro 3359 du registre.

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, dix juillet deux mille quatorze.

Composition:

Georges SANTER, président de la Cour,
Edmée CONZEMIUS, conseiller à la Cour de cassation,
Irène FOLSCHEID, conseiller à la Cour de cassation,
Romain LUDOVICY, conseiller à la Cour de cassation,
Marie MACKEL, conseiller à la Cour d'appel,
Georges WIVENES, procureur général d'Etat adjoint,
Marie-Paule KURT, greffier à la Cour.

Entre :

la société anonyme de droit portugais SOC1.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au Registre de Commerce de (...) sous le numéro (...) (actuellement n° (...), établie et ayant son siège social à (...), (...), (...),

demanderesse en cassation,

comparant par Maître Anne-Laure JABIN, avocat à la Cour, en l'étude de laquelle domicile est élu,

et:

1)A.), demeurant à P-(...), (...), (...), (...),

2)B.), demeurant à P-(...), (...), (...), (...),

3)C.), demeurant à P-(...), (...), (...),

défendeurs en cassation,

comparant par Maître Philippe-Fitzpatrick ONIMUS, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu.

=====

LA COUR DE CASSATION :

Vu l'arrêt attaqué rendu le 13 novembre 2013 sous le numéro 39427 du rôle par la Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 3 février 2014 par la société anonyme de droit portugais SOC1.) à A.), à B.) et à C.), déposé au greffe de la Cour le 4 février 2014 ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 1er avril 2014 par A.), B.) et C.) à la société anonyme de droit portugais SOC1.), déposé au greffe de la Cour le 3 avril 2014 ;

Sur le rapport du conseiller Romain LUDOVICY et sur les conclusions du procureur général d'Etat adjoint Georges WIVENES ;

Les faits :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le juge des référés de Luxembourg avait déclaré irrecevable la demande de A.), de B.) et de C.) tendant à la condamnation de la société anonyme SOC1.) à leur payer par provision la somme de 3.527.000 € ; que sur appel des demandeurs originaires, la Cour d'appel a, par réformation, condamné la société intimée à leur payer par provision le montant réclamé ;

Sur la recevabilité du pourvoi, qui est contestée :

Attendu que les défendeurs en cassation concluent à l'irrecevabilité du pourvoi au motif que le mémoire ne contient ni un inventaire des pièces, ni même les pièces en question annexées ;

Mais attendu que la sanction de l'inobservation par le demandeur en cassation de la prescription de l'article 10, alinéa 4 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation d'indiquer dans son mémoire les pièces déposées à l'appui du pourvoi n'est pas l'irrecevabilité du pourvoi, mais le rejet des pièces du débat ;

Attendu que les défendeurs en cassation concluent encore à l'irrecevabilité du pourvoi au motif que celui-ci tendrait à demander un nouvel examen en fait de l'affaire par la Cour de cassation et qu'il ne serait pas suffisamment précis quant aux moyens de cassation soulevés ;

Mais attendu que les causes d'irrecevabilité invoquées se rapportent aux moyens de cassation et ne sauraient affecter la recevabilité du pourvoi en lui-même ;

Que le pourvoi, introduit dans les forme et délai de la loi, est partant recevable ;

Sur le premier moyen, pris en ses trois branches, ainsi que sur les quatrième et cinquième moyens de cassation réunis :

le premier, première branche, « Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir violé l'article 933 alinéa 2 du Nouveau code de procédure civile,

en ce que, par réformation, l'arrêt attaqué a considéré que les contestations de la Banque << ne peuvent pas être considérées comme sérieuses, à défaut de tout début de preuve d'un quelconque ordre oral ou écrit de transférer la somme litigieuse en Suisse >>,

que selon l'arrêt dont cassation << d'après les explications du directeur (...), pourtant la seule personne susceptible de témoigner à ce sujet, et contrairement aux affirmations répétées de l'intimée notamment sur question spéciale de la Cour, A.) n'a jamais passé un ordre oral de transférer la somme litigieuse sur le compte '(...)' en Suisse. Il n'existe par ailleurs aucune trace d'un ordre écrit signé de la cliente en ce sens >>,

de sorte qu'en statuant ainsi, l'arrêt attaqué a violé l'article 933 alinéa 2 du Nouveau code de procédure civile, disposant que : << Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier >>,

alors que l'arrêt dont cassation aurait dû décider au contraire que, dans la mesure où les parties défenderesses en cassation ont renoncé expressément en instance d'appel à se voir communiquer << l'ordre de transfert de la somme de 3.527.000 € >>, ce document n'ayant plus été exigé dans l'acte d'appel du 21 décembre 2012, alors même que l'ordonnance du 30 octobre 2012 avait retenu notamment que << dans l'hypothèse où le transfert serait le fruit d'une opération frauduleuse de (...), celui-ci aurait certainement fait disparaître le document en question >>, << dans l'hypothèse où le transfert serait le fruit d'une opération frauduleuse des conjoints A.),B.) et C.), la S.A. SOCI.) n'aurait à première vue pas d'intérêt à en cacher la réalité >>,

dans la mesure où les parties défenderesses en cassation ont prétendu avoir été en contact téléphonique régulier avec les clients (page 4 de l'acte d'appel - pièce n°1),

dans la mesure où l'arrêt dont cassation retient que Monsieur (...) a eu Madame A.) au téléphone la veille du virement litigieux,

et dans la mesure où l'instruction pénale est toujours en cours, la Banque étant tenue au secret de l'instruction,

ainsi que dans la mesure où Monsieur (...) a été inculpé au même titre que Monsieur (...),

l'arrêt attaqué aurait dû confirmer l'ordonnance du 30 octobre 2013 qui n'avait pas jugé s'il existait ou non un ordre oral ou écrit mais avait retenu que la Banque n'avait pas d'intérêt à en cacher la réalité,

et que l'arrêt attaqué aurait dû à tout le moins prendre en compte les affirmations de la Banque concernant le refus de Madame (...), juge d'instruction, communiqué par email le 15 octobre 2013, de lever le secret de l'instruction sur des appels téléphoniques,

de sorte que l'arrêt ne pouvait pas reprocher à la Banque de ne pas pouvoir rapporter << tout début de preuve d'un quelconque ordre oral ou écrit de transférer la somme litigieuse en Suisse >>

et partant aurait dû, en tant que juge de l'évident et de l'incontestable, considérer qu'il existe une incertitude, si faible soit-elle, sur les preuves concernant l'ordre oral donné par Madame A.) le 16 septembre 2011,

qu'en refusant de statuer ainsi, l'arrêt dont cassation a violé l'article 933 alinéa 2 du Nouveau code de procédure civile »,

deuxième branche, *« Il est encore fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir violé l'article 933 alinéa 2 du Nouveau code de procédure civile, ainsi que l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, ce dernier disposant que les conventions doivent être exécutées de bonne foi par les parties,*

En ce que, par réformation, l'arrêt dont cassation n'aurait pas dû exiger un début de preuve d'un ordre oral passé par Madame A.),

Alors qu'en procédant ainsi, l'arrêt dont cassation dénature la convention télécopie et téléphone prévoyant expressément que :

<< 4. Le Client qui donne à la Banque des ordres téléphoniques est pleinement conscient de tous les risques relatifs à l'usage du téléphone et se déclare prêt à les assumer intégralement, particulièrement ceux inhérents à d'éventuelles erreurs d'identification ou d'interprétation, à l'abus de tiers non autorisés, (...) et prend l'entière responsabilité de l'interprétation ou de l'exécution erronée ou encore de la non-exécution de tels ordres.

5. Le Client décharge la Banque de toute responsabilité pour d'éventuelles conséquences à lui défavorables pouvant résulter de l'exécution, inexécution, mauvaise ou partielle exécution de ses instructions et renonce à intenter contre la Banque toutes actions légales dans ces cas.

6. La Banque se réserve le droit d'exiger et d'attendre la confirmation écrite ou télécopiée des ordres téléphoniques avant de les exécuter >>,

dès lors que la convention télécopie et téléphone ne prévoit pas l'obligation pour la Banque d'obtenir une preuve écrite d'un ordre oral passé par un client,

de sorte que l'arrêt dont cassation ne pouvait pas, en tant que juge de l'évident et de l'incontestable, exiger un début de preuve de l'existence d'un ordre oral de Madame A.), d'autant plus après avoir souverainement constaté que Madame A.) avait pris la décision de transférer son argent ailleurs, auprès d'une autre banque de la place luxembourgeoise ou en Suisse » ;

troisième branche, *« Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir violé l'article 933 alinéa 2 du Nouveau code de procédure civile,*

en ce que l'arrêt dont cassation, pour rejeter toute contestation sérieuse de la Banque, a écarté toute discussion concernant la nature et la portée de la décision de Madame A.) de retirer tout actif de la Banque pour les transférer en Suisse ou dans une autre banque au Luxembourg,

alors qu'il est non contesté que Madame A.) a manifesté son intention non équivoque de retirer ses avoirs sur son compte euro auprès de la Banque,

alors que l'arrêt dont cassation n'a ni pris en compte ni analysé la nature et la portée d'une telle décision,

qu'en statuant ainsi, alors que les moyens fondés sur la nature et la portée de la décision de Madame A.) rendaient son obligation sérieusement contestable, la Cour d'appel a violé le texte susvisé » ;

le quatrième, *« Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir violé l'article 1915 du Code civil ainsi que l'article 1929 du Code civil, ensemble avec l'article 933 alinéa 2 du Nouveau code de procédure civile,*

En ce que l'arrêt dont cassation a retenu << qu'il est constant en cause que les appelants détenaient des avoirs relativement importants auprès de l'intimée >> et << l'obligation pour l'intimée de restituer aux appelants la somme litigieuse >>, retenant implicitement, à l'instar de l'ordonnance du 30 octobre 2012, que la Banque serait tenue, vis-à-vis du montant de 3.527.000 EUR de << toutes les obligations du dépositaire de fonds dont notamment celles de rendre compte et d'assurer la restitution des avoirs déposés >> (page 38),

Alors que la Banque avait soulevé, au titre de contestations sérieuses, qu'il ne s'agissait, pour ce montant de 3.527.000 EUR objet du virement, que d'un contrat de mandat,

Au motif que l'exécution d'un ordre d'un client relève du contrat de mandat (Lux. 16 juin 1988, n°268/88 VI ; Cour 10 juin 1998, Lux. 8 novembre 2005, n°191/2005 ; cité dans Ravarani, 2ème édition, la Responsabilité Civile. N°526),

que si les fonds sont remis dans un but de spéculation, alors il ne peut s'agir que d'un contrat de mandat et non d'un contrat de dépôt (Lux. 30 avril 1998, n°296/98 VI), qu'en l'espèce les fonds avaient fait l'objet d'investissement spéculatif avec la souscription à court terme de contrats d'assurance vie, de dépôts à terme de quelques jours, ainsi que l'achat de titres en EUR et USD,

qu'il s'agit en l'espèce d'un compte titres, vu l'activité décrite ci-avant sur le compte,

qu'un ordre de virement est un simple mandat de payer (Ravarani préc. N°528),

alors que l'arrêt dont cassation n'a pas qualifié le contrat de dépôt et n'a pas rejeté le contrat de mandat et a pourtant décidé de la restitution du montant des avoirs au seul motif << qu'il serait constant en cause que les appelants détenaient des avoirs >>,

qu'en procédant ainsi l'arrêt dont cassation a violé les articles 1915 et 1929 du Code civil en statuant sur la restitution sans constater le contrat de dépôt et l'obligation de restitution du dépositaire,

de sorte qu'il existait une contestation sérieuse sur l'existence de l'obligation invoquée (1^{ère} Civ. Fr, 5 avril 2012, n°11-12000 du pourvoi),

la Cour d'appel a dès lors violé l'article 933 alinéa 2 du Code civil » ;

le cinquième, *« Il est encore fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir violé l'article 933 alinéa 2 du Nouveau code de procédure civile et l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, ce dernier disposant que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites,*

En ce que, par réformation, l'arrêt dont cassation n'était pas en droit de retenir, contrairement à l'ordonnance du 30 octobre 2012, que << la clause limitative de responsabilité invoquée par l'intimée ne saurait dès lors être considérée comme contestation sérieuse, échappant à l'appréciation du juge des référés, alors qu'elle ne s'applique qu'aux ordres oraux >>,

Alors qu'en procédant ainsi, l'arrêt dont cassation dénature la convention télécopie et téléphone prévoyant expressément que :

<< 3. Le Client se reconnaît valablement engagé par la copie de la signature de l'expéditeur telle qu'elle est portée sur le document reçu du système de télécopie du Client par la Banque. Il supporte seul les conséquences dommageables de fraude ou d'erreurs affectant les messages transmis par télécopieur, sauf pour le

client à démontrer que l'erreur ou la fraude émanent de la Banque ou de son personnel >>

4. Le Client qui donne à la Banque des ordres téléphoniques est pleinement conscient de tous les risques relatifs à l'usage du téléphone et se déclare prêt à les assumer intégralement, particulièrement ceux inhérents à d'éventuelles erreurs d'identification ou d'interprétation, à l'abus de tiers non autorisés, (...) et prend l'entière responsabilité de l'interprétation ou de l'exécution erronée ou encore de la non-exécution de tels ordres.

5. Le Client décharge la Banque de toute responsabilité pour d'éventuelles conséquences à lui défavorables pouvant résulter de l'exécution, inexécution, mauvaise ou partielle exécution de ses instructions et renonce à intenter contre la Banque toutes actions légales dans ces cas.

6. La Banque se réserve le droit d'exiger et d'attendre la confirmation écrite ou télécopiée des ordres téléphoniques avant de les exécuter »

dans la mesure où l'article 3 ci-dessus de la convention télécopie et téléphone prévoit une clause exonératoire de responsabilité tant concernant les télécopies adressées que les ordres oraux donnés,

qu'en statuant ainsi, l'arrêt dont cassation a violé l'article 1134 du Code civil ainsi que partant l'article 933 alinéa 2 du Nouveau code de procédure civile » ;

Attendu que l'appréciation du caractère sérieux de la contestation, ainsi que celle des rapports contractuels et des obligations qui en découlent, relèvent du pouvoir souverain du juge des référés et échappent au contrôle de la Cour de cassation ;

D'où il suit que les moyens ne sauraient être accueillis ;

Sur les deuxième et troisième moyens de cassation réunis :

le deuxième, *« Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir violé l'article 3 du Code d'instruction criminelle, pris ensemble avec l'article 6§2 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales du 4 novembre 1950,*

En ce que, par réformation, l'arrêt dont cassation a retenu que << (...) se trouve en détention préventive à la suite d'une plainte déposée par l'intimée >> (...) et que << la plainte déposée par l'intimée contre (...) est en contradiction flagrante avec la version fournie par (...) dans deux rapports versés en cause >>,

Aux motifs qu'il est de jurisprudence constante que << l'article 3 du Code d'instruction criminelle a pour but d'éviter la contrariété des jugements civil et pénal >> et que tant qu'aucune condamnation pénale n'est intervenue il n'existe pas de faute civile, par application du principe d'unicité des fautes pénale et civile tiré de ce prédit article 3,

Et que l'article 6§2 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales du 4 novembre 1950 dispose que : << Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie >>,

Alors qu'en statuant ainsi, l'arrêt de la Cour d'appel dont cassation a accordé une plus grande valeur au rapport de Monsieur (...) qu'à la plainte pénale de la Banque ;

Et a estimé que dans la mesure où Monsieur (...) est en détention préventive, et au vu des << explications claires et précises de (...) >>, les contestations de la Banque ne pourraient pas être considérées comme sérieuses,

Dès lors qu'en procédant ainsi l'arrêt dont cassation a implicitement mais nécessairement retenu que le seul auteur du détournement serait Monsieur (...), au seul motif qu'il est en détention préventive, en excluant l'inculpation comme co-auteur ou complice de Monsieur (...),

Qu'en procédant ainsi, il y a dès lors eu violation de l'article 3 du Code d'instruction criminelle alors qu'il n'y a pas (encore) de condamnation pénale à ce jour, et violation de l'article 6§2 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales du 4 novembre 1950 en portant atteinte à la présomption d'innocence »,

le troisième, *« Il est fait grief à l'arrêt dont cassation d'avoir violé l'article 8 du Code d'instruction criminelle,*

en ce que, par réformation, l'arrêt attaqué a considéré que les contestations de la Banque << ne peuvent pas être considérées comme sérieuses, à défaut de tout début de preuve d'un quelconque ordre oral ou écrit de transférer la somme litigieuse en Suisse >>,

alors que l'article 8 du Code d'instruction criminelle dispose que

<< (1) Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète.

(2) (L. 11 avril 2005) Sous réserve des dérogations découlant en droit interne notamment des engagements internationaux en matière de coopération internationale, toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines de l'article 458 du Code pénal.

(3) (L. 6 octobre 2009) Le procureur général d'Etat ou le procureur d'Etat peut rendre publiques des informations sur le déroulement d'une procédure, en respectant la présomption d'innocence, les droits de la défense, le droit à la protection de la vie privée et de la dignité des personnes ainsi que les nécessités de l'instruction. >>

Alors que la Banque s'est constituée partie civile dans le cadre de l'instruction pénale diligentée par Madame (...) concernant ce virement du 16 septembre 2011 d'un montant de 3.527.000 EUR ;

Que la Banque s'est vu refuser une levée du secret de l'instruction sur une partie du dossier répressif par Madame (...) la veille des plaidoiries devant la Cour d'appel,

Que si cette levée de l'instruction avait été accordée, la Banque aurait pu rapporter des preuves de cet ordre oral,

Qu'en décidant que la Banque n'a pas rapporté un début de preuve oral de transférer la somme litigieuse en Suisse, la Cour a refusé de prendre en compte le secret de l'instruction pénale auquel la Banque est tenue par application de l'article 8 du Code d'instruction criminelle,

Et alors que la contestation sérieuse est celle que le juge ne peut pas rejeter sans hésitation en quelques mots, que le défaut d'évidence provient le plus souvent d'une incertitude sur l'existence ou sur l'appréciation des faits, la validité ou l'interprétation des actes ou sur l'évaluation de leur portée (RTDC 1979, p 654 et ss),

Que face au secret de l'instruction, l'arrêt dont cassation aurait dû considérer qu'au vu du secret de l'instruction il y avait une incertitude sur l'existence de cet ordre oral,

Qu'en procédant ainsi en refusant de prendre en compte le secret de l'instruction l'arrêt dont cassation a violé l'article 8 du Code d'instruction criminelle »

Attendu que la Cour d'appel n'a pas appliqué les dispositions visées du Code d'instruction criminelle, qui sont étrangères au litige, et n'a donc pu porter atteinte à la présomption d'innocence consacrée par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Que les moyens sont partant inopérants ;

Sur les sixième et septième moyens de cassation réunis :

le sixième, *« Il est encore fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir violé l'article 933 alinéa 2 du Nouveau code de procédure civile ensemble avec l'article 3 du Code d'instruction criminelle alors que le juge du référé est le juge de l'évident et qu'il n'est pas autorisé, sauf à commettre un abus de droit, à trancher des questions du fond,*

En ce que par réformation l'arrêt dont cassation a retenu que << en tout état de cause la clause limitative de responsabilité est exclue contractuellement sub 3 de la "convention télécopie et téléphone" lorsque l'erreur ou la fraude émanent de la Banque ou de son personnel >>.

Alors qu'en statuant ainsi la Cour d'appel a violé l'article 933 alinéa 2 du Nouveau code de procédure civile ensemble avec l'article 3 du code d'instruction criminelle,

Dans la mesure où aucun jugement de condamnation pénale n'est intervenu,

Et dans la mesure où en tant que juge des référés la Cour d'appel n'est pas en droit de retenir une faute civile, faute à ce jour d'unicité des fautes pénale et civile,

Que l'arrêt encourt dès lors cassation » ;

le septième, *« Il est encore fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir violé l'article 933 alinéa 2 du Nouveau code de procédure civile alors que le juge du référé est le juge de l'évident et qu'il n'est pas autorisé, sauf à commettre un abus de droit, à trancher des questions du fond,*

En ce que par réformation l'arrêt dont cassation a retenu que << en outre il est de principe que les clauses exonératoires de responsabilité ne sont de nature à décharger le banquier qu'en cas de fautes légères, à l'exclusion des fautes intentionnelles et lourdes >>,

Qu'en procédant ainsi, la Cour d'appel a qualifié la nature de la faute,

Alors qu'en tant que juge des référés, la Cour d'appel n'est pas autorisée à trancher des questions de fond,

Que la question de savoir si la faute est légère, intentionnelle ou lourde relève exclusivement du juge du fond,

Que l'arrêt encourt dès lors cassation de ce chef » ;

Attendu que les juges d'appel se sont déterminés par le motif que la clause limitative de responsabilité ne s'applique qu'aux ordres oraux et qu'à défaut de preuve d'un tel ordre oral, celle-ci ne s'applique pas ;

Que les considérations visées aux moyens constituent des motifs surabondants ;

Que les moyens sont partant inopérants ;

Par ces motifs :

rejette le pourvoi ;

condamne la demanderesse en cassation aux frais et dépens de l'instance en cassation et en ordonne la distraction au profit de Maître Philippe-Fitzpatrick ONIMUS sur ses affirmations de droit.

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.