

Arrêt N°56/19 – II-CIV

Arrêt civil

Audience publique du vingt-sept mars deux mille dix-neuf

Numéro 30462 du rôle

Composition:

Carine FLAMMANG, premier conseiller, président,
Marianne EICHER, conseiller,
Henri BECKER, conseiller, et
Christian MEYER, greffier.

Entre :

B.), demeurant à (...), reprenant en sa qualité d'héritier à titre universel, l'instance de feu **A.**), décédé le (...), ayant demeuré à (...),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Camille FABER de Luxembourg en date du 18 avril 2005,

comparant par Maître François PRUM, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et :

la SOC.1, en liquidation volontaire, enregistrée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B(...), établie et ayant son siège social à (...), représentée par son liquidateur Heinrich MÜLLER-FEYEN, demeurant à (...),

intimée aux termes du prédit exploit FABER,

comparant par la société anonyme ELVINGER HOSS PRUSSEN SA, établie et ayant son siège social à L-1340 Luxembourg, 2, place

Winston Churchill, immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B209469, 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 Jean HOSS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

LA COUR D'APPEL:

Saisi des appel principal et incident relevés par A.), respectivement par la SOC.1 (ci-après la société SOC.1) contre deux jugements rendus en date des 5 avril 2000 et 16 août 2004 par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, la Cour d'appel, par arrêt du 4 février 2009, après avoir reçu les appels, ainsi que les demandes additionnelles de A.) en la forme, a confirmé le jugement entrepris du 5 avril 2000 en ce qu'il a dit que les juridictions luxembourgeoises sont compétentes pour connaître des demandes de la société SOC.1.

Concernant le jugement entrepris du 16 août 2004, la Cour d'appel a confirmé le chef ayant dit le volet de la demande de la société SOC.1 relatif au volet Pharos fondé pour le montant de 566.250 DM, soit 289.519,02 euros, outre les intérêts légaux à partir du 8 juillet 1997, en ordonnant un sursis à statuer sur la condamnation afférente afin de permettre une éventuelle compensation avec une créance réciproque de A.). Par rapport au volet de l'affaire relatif à la mise en pension et la vente subséquente de titres (opérations dénommées A, B, C et D), la Cour a dit que les relations contractuelles entre parties, ensemble la demande en répétition de l'indu, sont régies par le droit luxembourgeois, dit non fondé le moyen tendant à voir annuler le contrat de fiducie s'étant formé entre parties et confirmé le jugement entrepris en ce que le volet de la demande de la société SOC.1, visant à se voir accorder 25% des bénéfices réalisés, a été déclaré non fondé.

Après avoir dit qu'il y a lieu à révision des décomptes relatifs aux opérations A-D, la Cour a ordonné une expertise en chargeant l'expert d'établir, sur base des pièces justificatives des parties, les décomptes des opérations litigieuses en prenant en considération les décomptes d'ores et déjà établis, les redressements que les parties entendaient y apporter, ainsi que le rapport unilatéral dressé par l'expert Harald Ruhnke le 25 septembre 2007. La Cour a dit que l'expert devait soumettre aux parties un projet de rapport pour leur permettre de formuler leurs observations éventuelles et se prononcer

dans son rapport définitif sur lesdites observations et a autorisé l'expert à se faire communiquer les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission.

Par rapport aux rétroactes des opérations de titres A-D, il est rappelé qu'en juin 1994, A.), moyennant des prêts, avait acquis auprès de la société BQ.1 deux certificats Treuhandanstalt (opérations C et D), ainsi que deux certificats B.R.D (opérations A et B), d'une valeur nominale, chacun, de 100 millions de DM. Lorsque vers la fin de l'année 1994, le cours des titres se détériora, A.) et la société SOC.1 ont convenu, par écrit, que la société SOC.1 reprenait les titres, en qualité de fiduciaire, ce à leur valeur nominale outre les intérêts, pour les placer auprès de tiers à leur valeur nominale, tout profit et perte provenant des opérations de refinancement étant à la charge de A.). Il a été convenu qu'en contrepartie des services rendus, la société SOC.1 avait droit à une commission de 0,05 % par titre, soit un montant de 50.000,00 DM par opération.

En exécution du contrat conclu entre parties, A.), concernant les opérations A et B, a fait transférer, en janvier 1995, les deux certificats B.R.D. à la SOC.1, ce après paiement au profit de son compte bancaire de 206.572.222,22 DM, soit la valeur nominale des titres, ainsi que les « Stückzinsen », alors que le cours de ces deux titres était alors de 93,60 %. Concernant les opérations C et D, A.), en février 1995, a fait transférer à la société SOC.1 l'un des deux certificats Treuhandanstalt, pour le prix de 105.362.500 DM, opération D, et l'autre certificat Treuhandanstalt, pour le prix de 105.850.000 DM, opération C, soit à chaque fois la valeur nominale des titres, ainsi que les « Stückzinsen », alors que le cours de ces deux titres était de 94,26 %, respectivement de 96,07 %.

A la suite du placement des titres par la société SOC.1 auprès de bailleurs de fonds (Zwischenfinanzierer), à leur valeur nominale à 100%, la vente du titre A est intervenue le 21 février 1996, celle des titres B et C est intervenue le 16 novembre 1995 et celle du titre D a eu lieu le 29 novembre 1995.

Ce sont ces opérations de vente qui se trouvent à la base du litige opposant les parties qui sont en désaccord sur les montants devant leur revenir à ce titre.

En ce qui concerne la mesure d'instruction ordonnée par la Cour d'appel, l'expert Jean-Marie Demeure, nommé en remplacement de l'expert initialement nommé, après avoir dressé un projet de rapport en date du 8 juillet 2010 qui a été soumis aux parties afin de leur permettre de formuler leurs observations, a dressé son rapport définitif en date du 9 janvier 2014, en informant les parties, qu'en l'absence d'observations ou de critiques jusqu'au 25 janvier 2014, le

rapport serait déposé auprès du greffe de la Cour, ce qui a été fait le 28 janvier 2014.

Dans son rapport, l'expert renvoie, tout d'abord, aux pièces qui lui ont été remises par les parties lors d'une réunion du 12 janvier 2010, ainsi qu'aux pièces qui lui ont été communiquées au fur et à mesure des opérations d'expertise et énonce ensuite les démarches qu'il a effectuées afin de dresser son rapport.

Après une analyse détaillée des opérations A-D, en procédant au chiffrage des opérations, l'expert retient que le montant redû par la société SOC.1 à A.) au titre des opérations A, C et D se chiffre à $(6.071.632,90 + 23.353,07 + 913.274,43 =) 7.008.260,30$ DM, soit 3.583.266,59 euros, tandis que le montant redû par A.) à la société SOC.1 au titre de l'opération B se chiffre à 725.664,33 DM, soit 371.026,28 euros.

L'expert en arrive à la conclusion que la société SOC.1 redû à A.) le montant de 3.204.124,00 euros avec effet au 31 décembre 2013.

Lors de la continuation des débats, B.) qui, par conclusions du 12 mai 2014, a repris l'instance de feu son père A.), décédé le (...), conclut à voir entériner les conclusions de l'expert et à voir condamner la société SOC.1 à lui payer le montant de 3.204.124,00 euros et il sollicite l'allocation d'une indemnité de procédure de 50.000,00 euros pour l'instance d'appel.

La société SOC.1 conclut principalement à voir annuler le rapport d'expertise du 9 janvier 2014, qu'elle qualifie de projet, au motif qu'il ne tient pas compte des observations formulées dans les courriers adressés par ses liquidateurs à l'expert en date des 26 mars et 28 mai 2014 et qu'il ne respecte pas le principe du contradictoire. Il y aurait, partant lieu de constater un manquement de l'expert par rapport aux devoirs lui confiés par l'arrêt du 4 février 2009 et de nommer un nouvel expert en application de l'article 435, alinéa 2, du nouveau code de procédure civile. La société SOC.1 conclut à voir condamner B.), en qualité d'héritier de feu A.) à lui payer le montant de 289.519,02 euros, au titre de l'affaire dite Pharos, ainsi que le montant de 276.019,10 euros au titre de somme redûe du chef des opérations A, B, C, D, avec les intérêts légaux à partir du 8 juillet 1997, date de l'assignation, jusqu'à solde.

La société SOC.1 sollicite l'allocation d'une indemnité de procédure de 15.000,00 euros pour l'instance d'appel.

Concernant les griefs invoqués par rapport aux opérations d'expertise menées, la société SOC.1 fait valoir que le délai de 15 jours imparti par l'expert aux parties pour se manifester jusqu'au 25 janvier 2014 est trop court pour permettre une prise de position. En

présence d'opérations d'expertise s'étant étendues sur quatre années, ce délai ne serait pas raisonnable, aucune règle de procédure ne prévoyant que l'expert impose aux parties un délai pour formuler leurs observations. Tout porterait à croire que l'expert voulait éviter d'avoir à se prononcer sur d'éventuelles observations.

La société SOC.1 souligne que ce n'est que lorsque l'actuel liquidateur a été nommé, soit le 24 mars 2014, que celui-ci a pris connaissance du projet de rapport et a contacté l'expert par le biais de l'avocat constitué à cette époque pour défendre les intérêts de la société SOC.1, un courrier sollicitant la lecture du projet ayant été adressé à l'expert le 13 mai 2014, ce après un courrier adressé dans le même sens à l'expert le 26 mars 2014. Ce serait à cause de la carence de son ancien litismandataire (qui aurait eu des difficultés au niveau du recouvrement de ses honoraires et aurait, à un certain moment cessé toute coopération et notamment refusé la transmission de pièces), que l'ancien liquidateur a reçu, le 6 mars 2014, le projet de rapport ainsi que le courrier de l'expert invitant les parties à formuler leurs observations. Le 28 mai 2014, l'actuel liquidateur aurait une nouvelle fois écrit à l'expert afin qu'il soit procédé à la lecture du projet de rapport. Nonobstant ces demandes, aucune lecture du rapport ne serait intervenue.

Compte tenu de ce qui précède, l'expert aurait violé l'article 472 du nouveau code de procédure civile en ce que le principe du contradictoire n'a pas été respecté, la société SOC.1 soulignant qu'à plusieurs reprises l'expert, dans son « projet » de rapport, a dit que les opérations A, B, C, D ne sauraient être reconstituées sans le concours des liquidateurs de la société SOC.1.

La société SOC.1 critique encore l'expert pour avoir entendu deux témoins (D.) et E.) sans en informer son liquidateur et sans le convoquer. Ce faisant, l'expert aurait dépassé la mission lui confiée par l'arrêt du 4 février 2009, la société SOC.1 soulignant que nonobstant son opposition formelle à propos de l'idée de l'expert d'organiser une rencontre avec D.) (ancien employé de la banque BQ.1), en présence de A.), une telle réunion s'est tenue le 25 novembre 2010 à la BQ.2, en présence d'un représentant de cette banque et A.), qui aurait remis à D.) ses propres décomptes des opérations A, B, C, D. Le rapport de cette réunion n'aurait été montré au liquidateur qu'un an plus tard. Concernant E.), ancien fondé de pouvoir de la société SOC.1 de droit allemand, protagoniste des opérations qui se seraient trouvées à la base de la faillite de cette société, la société SOC.1 souligne que l'expert l'a rencontré le 1^{er} octobre 2013, à l'insu du liquidateur de SOC.1 qui s'y était formellement opposé. Les déclarations de ce témoin seraient sujettes à caution, alors qu'il n'a pas participé auxdites opérations.

La société SOC.1 estime dès lors qu'elle n'a pas été à même de débattre contradictoirement des allégations faites par les deux témoins, de sorte que l'expert ne saurait en tenir compte. L'expert se serait exclusivement basé sur les déclarations de A.) et se serait laissé influencer par celui-ci. Les droits de la défense de la société SOC.1 seraient dès lors lésés, de sorte que le « projet » encourrait l'annulation.

En ordre subsidiaire, la société SOC.1 conteste les conclusions de l'expert en soulignant qu'à l'époque où elle a repris les titres, elle a payé la valeur nominale, alors que le cours des titres était nettement inférieur. Le prix payé serait dès lors largement surfait et ce serait à tort que l'expert n'en a pas tenu compte, les opérations ayant exclusivement servi les intérêts de A.). Il y aurait une répartition disproportionnée des bénéfices entre A.) et la société SOC.1, les opérations A, B, C, D ayant engendré un gain de 22,47 millions DM dans le chef de A.), alors que la société SOC.1 n'a droit qu'à une commission de 50.000,00 DM par titre.

La société SOC.1 critique l'expert pour avoir appliqué le cours moyen du marché à l'époque de la vente des 4 titres, alors que pour ce genre de titres (obligations) les cotations boursières officielles ne s'appliqueraient pas, leur négociation se faisant *hors cote*. Les cours retenus par l'expert n'auraient aucune valeur probante. Ce serait à tort que l'expert applique des intérêts de retard sur les demandes en paiement de A.), impute des intérêts sur encaissements de coupons en les créditant à A.). Les intérêts sur titres, calculés à la date du transfert des titres par A.) à la société SOC.1 auraient été versés à A.) au moment des opérations et les intérêts courus lors des opérations de mise en pension des titres auraient été utilisés pour le refinancement des opérations, dont notamment le paiement d'intérêts débiteurs au titre des prêts contractés. Ce serait dès lors à tort que l'expert dit que ces intérêts se trouvaient à la disposition de la société SOC.1 et pouvaient être placés. Il serait étonnant que tout en retenant pour l'opération C, que les revenus d'intérêts ont été utilisés pour le refinancement, l'expert ignore les frais de refinancement pour les opérations A, B, D et calcule des intérêts sur coupons au profit de A.). Il serait encore curieux que l'expert majore les intérêts d'intérêts, la capitalisation d'intérêts n'ayant pas été envisagée.

En faisant valoir que dans le cadre d'un contrat de fiducie, le mandataire n'est obligé de restituer que ce qu'il a reçu, la société SOC.1 estime que seuls les montants réellement perçus lors de la vente, déduction faite des intérêts de refinancement, commissions et frais de banque, sont dus, sans qu'il y ait lieu de recourir à des taux fictifs pour la vente des titres.

Il y aurait, en tout état de cause, lieu de tenir compte du montant de 12.238.771,76 DM payé par la société SOC.1 à A.) le 20 décembre 1995, montant qui correspondrait à la totalité des bénéfices revenant à A.) au titre des opérations B, C, D. Ce serait dès lors à tort que l'expert ne tient pas compte de ce paiement, alors qu'en en tenant compte, force serait de constater qu'à supposer que l'expert ait correctement chiffré les bénéfices des opérations A-D, ce qui est contesté, la société SOC.1 est créancière de A.) à hauteur du montant de 5.956.175,69 DM.

L'expert aurait appliqué un taux erroné pour convertir les devises DM en euros.

Concernant les différentes opérations, la société SOC.1 prend position comme suit :

Par rapport à l'opération A, la société SOC.1 fait valoir que seul le cours retenu par la Banque BQ.1 peut être retenu et souligne que la vente des titres a été réalisée moyennant un bénéfice de 1.400.000 DM, sur base d'un cours de 101,4. En appliquant à cette opération les principes ci-avant décrits, la société SOC.1 estime qu'au vu des intérêts qu'elle a perçus, déduction faite des intérêts de refinancement, des intérêts perçus par A.) et de la commission non payée de 50.000,00 DM, il reste un solde de 2.458.197,37 DM en faveur de A.).

En ce qui concerne l'opération B, la société SOC.1 fait valoir que seul le cours retenu par la Banque BQ.1 peut être retenu et souligne que la vente des titres a été réalisée moyennant un bénéfice de 2.405.000 DM, sur base du cours 102,45. En appliquant à cette opération les principes ci-avant décrits, la société SOC.1 estime qu'au vu des intérêts qu'elle a perçus, déduction faite des intérêts de refinancement, des intérêts perçus par A.) et de la commission non payée de 50.000,00 DM, il reste un solde de 2.922.230,10 DM en faveur de A.).

Concernant l'opération C, la société SOC.1 fait valoir qu'il y a accord entre parties, que cette opération s'est soldée avec un bénéfice de 3.038.237,05 DM, qui aurait été perçu par A.) qui n'aurait pas contesté le décompte établi par le liquidateur, versé à l'expert. Ce serait dès lors à tort que l'expert a procédé à un chiffrage de cette opération. Seul le susdit montant serait dès lors à retenir et il y aurait lieu de tenir compte de la commission non payée de 50.000,00 DM.

Par rapport à l'opération D, la société SOC.1 estime que le décompte dressé par l'expert est à rejeter, l'expert retenant sans explication à l'appui le montant indiqué par F.), ancien fondé de pouvoir de SOC.1, condamné à une peine d'emprisonnement de 5 ans et demi pour des opérations frauduleuses se trouvant à la base du présent

litige, de sorte que ses affirmations seraient sujettes à caution. L'ancien administrateur n'aurait, de surcroît, pas tenu compte des frais de refinancement. Ce serait encore à tort que l'expert a appliqué un cours fictif à cette opération, le bénéfice se chiffrant, selon SOC.1 au montant de 2.550.000,00 DM. La société SOC.1 estime qu'au vu des intérêts qu'elle a perçus, déduction faite des intérêts de refinancement et des intérêts perçus par A.), il reste un solde de 3.430.262,81 DM en faveur de A.), dont il faut déduire la commission non payée de 50.000,00 DM.

La société SOC.1 souligne finalement que ce serait à tort que l'expert a dit qu'au niveau des opérations B, C, D, la commission a été payée, tel n'étant pas le cas, toute preuve de paiement laissant d'être établie.

Compte tenu de ce qui précède, la société SOC.1 estime qu'au vu, d'une part, du paiement de 12.238.771,76 DM fait à A.) le 20 décembre 1995, ainsi que des commissions lui redues (3 x 50.000,00=) 150.000,00 DM et, d'autre part, du montant rendu à A.), soit 11.848.925,33 DM, il reste un solde en sa faveur de 539.846,43 DM au titre des opérations A, B, C, D.

Toute demande de A.) serait dès lors à rejeter.

A.) fait répliquer que l'expert a parfaitement rempli sa mission en donnant à considérer qu'il est surprenant que nonobstant le fait que l'expert avait demandé à l'ancien litismandataire de prendre position par rapport aux conclusions de l'expert, celui-ci s'est totalement désintéressé de l'affaire et n'a pas jugé opportun de répondre à l'expert, de sorte que celui-ci a, bien évidemment, finalisé ses conclusions dans le rapport du 9 janvier 2014. Ce ne serait que lorsque le litismandataire actuel de la société SOC.1 a pris sa défense que le rapport a été critiqué, par le biais des conclusions de janvier 2016, soit deux années après la finalisation du rapport. Le moyen tendant à voir annuler le rapport serait, dès lors, à rejeter, B.) demandant, en ordre tout à fait subsidiaire, le renvoi du dossier devant l'expert afin de lui permettre de prendre position par rapport aux griefs formulés par la société SOC.1, sinon d'ordonner la comparution de l'expert pour procéder à la lecture de son rapport en présence des parties.

Appréciation de la Cour

Il est d'abord à noter que l'instance de feu A.) décédé le (...), a été régulièrement reprise par son fils B.).

Concernant les chefs des décisions entreprises restant à toiser, il est rappelé que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, par jugement du 5 avril 2000, avait ordonné la mainlevée de la saisie-

arrêt diligentée par la société SOC.1 au préjudice de feu A.). Par jugement du 16 août 2004, concernant les opérations A, B, C, D, la demande de la société SOC.1 a été déclarée fondée, sur base de la répétition de l'indu, à concurrence des montants de 820.226,83 DM (opération B) et 1.064.952,00 DM (opération D), soit un montant total de 1.885.178,80 DM (963.876,62 euros), tandis que la demande de A.) a été déclarée fondée pour le montant de 2.508.195,37 DM (opération A), soit 1.282.419,93 euros.

Lors des débats ayant abouti à l'arrêt du 4 février 2009, la société SOC.1 avait conclu à voir dire, par réformation du jugement entrepris du 5 avril 2000, que c'est à tort que la mainlevée de la saisie-arrêt pratiquée à l'encontre de A.) a été ordonnée et, par réformation du jugement entrepris du 16 août 2004, à voir condamner A.) à lui rembourser le montant de 3.159.944,75 DM, soit 1.666.783,28 euros, sur base de la répétition de l'indu, au titre des opérations A, B, C, D.

A.), pour sa part, avait fait valoir que, le cours des titres ayant été plus élevé que celui appliqué aux ventes respectives des titres, la société SOC.1 devait lui payer le montant de 3.217.806,47 DM, soit 1.645.238,32 euros au titre de l'opération A, outre les intérêts à partir du 26 février 1996, date de finalisation de l'opération, le montant de 2.050.517,93 DM, soit 1.048.413,17 euros au titre des opérations C-D, outre les intérêts à partir du 29 novembre 1995. A.) avait sollicité l'octroi d'intérêts sur les coupons des opérations B-D, soit 408.777,78 DM, respectivement 209.004,76 euros, à majorer d'intérêts légaux et il avait encore sollicité des intérêts de retard pour les opérations A-D, à partir du 20 décembre 1995. Il avait finalement demandé le remboursement du montant de 307.706,49 euros au titre de frais d'honoraires et de justice exposés depuis 1997. Le montant total des prétentions financières principales de A.) se chiffrait donc au montant de $(1.645.238,32 + 1.048.413,17 =)$ 2.693.651,49 euros, outre les intérêts sur coupons, ainsi que les intérêts légaux.

Concernant le moyen de nullité du rapport d'expertise Demeure, il est rappelé que l'expert nommé dans le cadre d'une procédure judiciaire est tenu des mêmes obligations que le juge et doit ainsi accomplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité et veiller à préserver le caractère contradictoire de ses opérations tout en gardant une grande latitude dans les moyens qu'il met en œuvre pour accomplir sa mission. L'expert doit sinon associer les parties aux différentes étapes de son exécution, du moins leur donner l'occasion de prendre position sur le résultat des démarches effectuées avant le dépôt du rapport et répondre aux observations éventuelles des parties, étant observé qu'aucune règle de procédure n'interdit à l'expert d'accorder aux parties un délai pour leur permettre de formuler d'éventuelles observations. Le rapport d'expertise qui ne respecte pas le principe du contradictoire encourt l'annulation.

En l'espèce l'expert Demeure a dressé son pré-rapport le 8 juillet 2010, les parties ayant pu prendre position par rapport à ce document et a rendu son rapport définitif en date du 9 janvier 2014, l'expert, avant de déposer son rapport au greffe, ayant invité les parties à lui faire parvenir d'éventuelles observations jusqu'au 25 janvier 2014. Même si ce délai peut paraître court, il n'est pas déraisonnable, étant précisé que pour autant que la société SOC.1 estimait ce délai insuffisant il aurait suffi d'adresser un courrier en ce sens à l'expert, ce qui laisse toutefois d'être le cas en l'espèce. Les problèmes dont la société SOC.1 fait état pour voir dire qu'il ne lui était pas possible de réagir avant mars 2014 ne sont pas pertinents alors qu'il s'agit de difficultés touchant à l'organisation de la société SOC.1 qui ne sont opposables ni à A.), ni à l'expert, ce dernier ayant tout mis en œuvre afin d'être en mesure d'accomplir la mission lui confiée par la Cour.

Le rapport du 9 janvier 2014 ayant un caractère définitif, c'est en vain que la société SOC.1 le qualifie de simple projet.

S'agissant du reproche à l'expert d'avoir entendu deux tierces personnes, il est rappelé que l'expert a une grande latitude dans les moyens qu'il met en œuvre pour accomplir sa mission, l'expert pouvant prendre des renseignements et entendre de tierces personnes, sauf à donner aux parties l'occasion de prendre position sur le résultat des démarches effectuées avant le dépôt du rapport.

En l'espèce si les pièces annexées établissent qu'une réunion s'est tenue en date du 25 novembre 2010 entre A.), D.) et un représentant de la BQ.2, aucun élément de la cause n'établit que l'expert y ait assisté. Le reproche tenant à l'audition d'une personne en présence de A.) et en l'absence de la société SOC.1 ne tient dès lors pas. S'il résulte, d'autre part, de ces mêmes pièces que l'expert s'est entretenu le 1^{er} octobre 2013 avec E.), aucun élément de la cause n'établit que A.) y aurait assisté. Le reproche à l'expert d'avoir entendu un témoin en présence d'une seule des parties est dès lors vain. Le fait que E.) a été condamné, par jugement du Landgericht München du 7 août 1998, à une peine d'emprisonnement de 8 ans et 6 mois du chef de faux, d'escroquerie et d'abus de confiance au préjudice de la société SOC.1 de droit allemand établie à Munich est, par ailleurs, sans incidence à cet égard, aucun élément de la cause ne prouvant que les déclarations de celui-ci auraient été faites dans l'intérêt exclusif d'une des parties au litige. Le même raisonnement vaut par rapport au reproche à l'expert de s'être basé sur un courrier adressé à A.) par F.), fondé de pouvoir de la société SOC.1 à l'époque des opérations litigieuses, faute de preuve que ce document est un faux.

Dans la mesure où, avant le dépôt de son rapport, l'expert Demeure avait invité les parties de prendre position, afin d'émettre d'éventuelles critiques tant en ce qui concerne les conclusions de l'expert, qu'en ce qui concerne les pièces et déclarations de tiers jointes au rapport, l'expert était en droit, en l'absence de manifestation de leur part dans le délai leur accordé pour formuler leurs observations, de déposer son rapport auprès du greffe de la Cour le 28 janvier 2014.

Par rapport au reproche de partialité de l'expert, la Cour ne peut que constater qu'il se dégage de son rapport que l'expert a tenu compte des pièces versées par les deux parties au litige et les a analysées de façon critique en tenant compte des intérêts tant de la société SOC.1 que de ceux de A.). La circonstance que confronté à partir d'un certain moment à l'absence de coopération de la part de la société SOC.1, l'expert a émis ses conclusions sur base des pièces qui se trouvaient à sa disposition n'établit pas, à elle seule et en l'absence d'élément de preuve établissant le contraire, un manque de partialité dans le chef de l'expert. A noter par ailleurs que le reproche de partialité de l'expert à l'égard de A.) se trouve contredit par le rapport d'expertise, l'expert ayant retenu que les demandes complémentaires formulées par l'intéressé dans le cadre des opérations B et C n'étant pas justifiées, il y avait lieu d'en faire abstraction et n'ayant en outre pas tenu compte de la demande complémentaire de A.) au niveau de l'opération D.

Le moyen tiré d'une violation de l'article 472 du nouveau code de procédure civile ne tient dès lors pas, la Cour notant au passage qu'à supposer que des questions demeurent ouvertes, un renvoi du dossier auprès du technicien peut être ordonné.

En ce qui concerne le grief tenant au défaut de lecture du rapport, il est à noter que s'il est loisible à une partie de demander au technicien de réunir les parties en vue d'obtenir des éclaircissements supplémentaires ou des informations complémentaires, la lecture du rapport d'expertise, sous l'empire du nouveau code de procédure civile, n'est pas obligatoire, la Cour, dans son arrêt du 4 février 2009 n'ayant d'ailleurs pas ordonné une lecture du rapport d'expertise. Il est rappelé que nonobstant le fait que l'expert avait demandé aux parties de présenter leurs observations, dont la demande de lecture du rapport fait partie, aucune demande en ce sens n'a été formulée dans le délai accordé par l'expert aux parties, de sorte qu'à ce titre c'est encore de manière régulière que le rapport a été déposé, étant souligné qu'à la supposer nécessaire, une lecture du rapport est susceptible d'être ordonnée.

Compte tenu des développements qui précèdent le moyen de nullité du rapport d'expertise Demeure, encourt un rejet.

S'agissant du reproche de la société SOC.1 que le rapport est incomplet, il se dégage des constatations consignées par l'expert dans son rapport, que celui-ci a été confronté à maintes difficultés, dont notamment la désorganisation de la société SOC.1 ayant rendu difficile la reconstitution des opérations, ainsi que le défaut d'accès aux documents internes des banques, il n'en reste pas moins qu'il a utilisé tous les moyens légaux se trouvant à sa disposition pour accomplir sa mission et trouver des réponses aux questions à toiser. L'expert, avant de procéder à l'analyse et au chiffrage individuels de chaque opération a expliqué les règles servant à faire le décompte des opérations et a relevé qu'il appliquait le cours moyen pour chaque opération et que pour les intérêts de retard il appliquait le taux d'intérêt légal applicable au Luxembourg. Le reproche formulé ne tient dès lors pas, étant précisé que pour autant qu'il s'avère que des questions touchant au fond du litige restent ouvertes, il est toujours possible d'ordonner un complément d'expertise.

Quant au fond du litige, il est rappelé que concernant les obligations des parties en exécution du contrat de fiducie qui s'est formé entre elles, la société SOC.1 s'était engagée à placer les titres auprès des bailleurs de fonds, l'ensemble du risque de ce placement ayant été à charge de A.) qui en assumait les charges financières et en tirait les profits et il avait été convenu qu'en contrepartie des services rendus, la société SOC.1 avait droit à une commission de 50.000 DM par titre.

Dans son arrêt du 4 février 2009, la Cour a dit que *les conclusions de la partie SOC.1 visant à se voir attribuer 25 % des bénéfices que les opérations spéculatives ont finalement permis de réaliser, étaient mal fondées comme étant contraires au contrat fiduciaire conclu entre parties, et que l'attribution de l'entièreté des bénéfices à A.) n'est pas critiquable, sachant que celui-ci portait également tous les risques de pertes. Il a encore été retenu qu'il était faux d'affirmer que SOC.1 aurait subi une perte par le simple fait de l'attribution des bénéfices à A.), que la teneur du contrat n'était, en soi, pas préjudiciable à SOC.1 et que si A.) s'était d'avance vu attribuer un avantage du fait de la reprise des titres à un cours supérieur à celui du marché, SOC.1 n'en a finalement pas subi de pertes (cf arrêt pages 31 et 32).*

C'est, partant, en vain que la société SOC.1 fait état d'une disproportion entre les bénéfices engendrés par les opérations litigieuses et le montant de sa commission, l'accord trouvé entre parties en vertu duquel la société SOC.1 a uniquement droit à la perception d'une commission de 50.000,00 DM par titre indépendamment du résultat de la vente des titres, résultant de leurs consentements réciproques librement exprimés.

Si pour des raisons qui lui sont propres la société SOC.1 a repris les titres de la part de A.) à 100% de leur valeur nominale nonobstant le

fait que la valeur réelle des titres était inférieure à la valeur nominale, ceci procède de sa volonté et est, face au constat que A.) assumait seul l'ensemble du risque financier lors de la mise en pension des titres, sans incidence sur l'attribution exclusive à celui-ci des bénéfices réalisés lors de la vente des titres.

Par rapport aux commissions stipulées au profit de la société SOC.1, il est rappelé que le jugement entrepris du 16 août 2004 avait condamné A.) à payer à la société SOC.1 la commission relative à l'opération A, soit le montant de 50.000,00 DM, respectivement 25.564,59 euros, étant observé que ce chef du jugement n'a pas été entrepris par A.).

Compte tenu de ce qui précède, c'est à bon droit que l'expert Demeure, dans son rapport du 9 janvier 2014, retient pour l'opération A, que la commission est due par A.).

Dans la mesure où la société SOC.1, lors des débats ayant mené à l'arrêt du 4 février 2009, avait fait valoir qu'elle avait déjà perçu trois commissions (cf arrêt page 21 : *En imputant les commissions de 3 fois 50.000 DM déjà perçues par SOC.1... Soustrayant de ce montant les commissions de 150.000 DM payées par A.), SOC.1 revendique envers A.) un montant de 3.159.944,76 DM à titre de trop-payé*), la Cour ne peut que constater que c'est à bon droit que l'expert a dit dans son rapport que concernant les opérations B, C, D, les commissions ont fait l'objet d'un règlement. Sous peine de se contredire dans le cadre d'une même instance, la société SOC.1 ne saurait, après avoir reconnu le paiement de 150.000,00 DM au titre de commissions redues du chef de trois opérations, actuellement faire valoir qu'aucun paiement n'est intervenu.

La critique à l'expert d'avoir tenu compte d'un paiement de 150.000,00 DM au titre des opérations B, C, D ne tient dès lors pas.

Par rapport à la critique à l'expert de ne pas avoir tenu compte, dans le décompte dressé, du paiement du montant de 12.238.771,76 DM, effectué par la société SOC.1 au profit de A.) en date du 20 décembre 1995, il se dégage du rapport d'expertise Demeure que celui-ci a tenu compte des paiements suivants intervenus au profit de A.): 3.732.756,93 DM au titre de l'opération B, 3.038.237,05 DM au titre de l'opération C et 5.467.777,78 DM au titre de l'opération D, soit le montant total de 12.238.771,76 DM payé à A.) par virement collectif du 20 décembre 1995.

La critique de la société SOC.1 ne tient dès lors pas.

En l'absence d'élément probant, la Cour ne saurait par ailleurs suivre l'argumentation de la société SOC.1 consistant à dire que la vente des titres se faisait hors cote, alors qu'au vu des éléments soumis à

la Cour, dont le rapport d'expertise fait partie, force est d'admettre que la vente se faisait sur base du cours du marché financier en vigueur à cette date. Concernant le reproche de la société SOC.1 à l'expert d'avoir procédé au calcul des bénéfices réalisés, sur base d'un taux « fictif », la Cour constate que dans son rapport l'expert a tenu compte du cours moyen applicable à la date des opérations, de sorte que le reproche ne tient pas, étant rappelé que c'est précisément parce que les parties étaient notamment en désaccord sur le cours appliqué à la vente qu'une expertise a été instituée afin de pouvoir départager les parties.

Le même raisonnement vaut par ailleurs en ce qui concerne le reproche à l'expert d'avoir procédé au chiffrage de l'opération C, alors que c'est au vu du désaccord entre parties par rapport aux décomptes dressés par la société SOC.1 que la Cour a dit que les décomptes donnaient lieu à révision, l'expert nommé ayant été précisément chargé de dresser le décompte sur les 4 opérations litigieuses, dont l'opération C fait partie.

S'agissant de la nature des opérations litigieuses de mise en pension de titres, l'expert, compte tenu de ce qui a été dit ci-avant, a, à juste titre, constaté que cet outil financier, utilisé comme moyen tendant au refinancement des titres et des prêts s'y rapportant dans le but de les revendre en attendant une évolution favorable du marché, faisait supporter au propriétaire, soit A.), l'ensemble des gains ou pertes en résultant.

Concernant les conclusions de l'expert par rapport aux décomptes dressés, il est rappelé que les parties étant libres de contester les données du rapport du technicien en invoquant tout élément de nature à les mettre en doute, la société SOC.1, en contestant les conclusions de l'expert Demeure, ne fait qu'user d'un droit se trouvant à sa disposition.

Une mesure d'instruction est ordonnée par une juridiction en vue de lui fournir des éléments de renseignement nécessaires à la solution du litige, étant observé que si son contenu peut avoir une influence sur l'issue du litige, celle-ci n'est pas déterminante, l'article 446 du nouveau code de procédure disposant que le juge n'est pas lié par les constatations ou les conclusions du technicien. Les conclusions de l'expert n'ont dès lors qu'une valeur consultative, les juges auxquels est soumis l'examen d'un rapport disposant d'un pouvoir d'appréciation souverain et n'ayant à tenir compte de l'avis du technicien que dans la mesure où il leur paraît fondé. Si les juges sont libres de ne pas suivre l'avis de l'expert si leur conscience s'y oppose, il n'en reste pas moins qu'ils ne doivent s'écarter des conclusions de l'expert judiciaire qu'avec la plus grande circonspection et uniquement dans le cas où il existe des éléments

sérieux permettant de conclure qu'il n'a pas correctement analysé toutes les données qui lui ont été soumises.

Aucun élément de la cause ne permettant de douter de la conclusion motivée de l'expert que le cours des titres lors de leur vente a été sous-évalué. A.) ayant droit à la valeur réelle des titres lors de la vente, l'argument de la société SOC.1 consistant à dire qu'elle devrait payer plus que ce qu'elle a reçu tombe à faux.

En l'absence d'élément permettant d'admettre que l'expert se soit trompé au niveau des décomptes dressés, il n'y a pas lieu de s'écarter de ses conclusions, étant observé qu'il se dégagera de ce qui suit que le grief tenant à la capitalisation d'intérêts ne tient pas, l'expert ayant uniquement majoré d'intérêts légaux le montant total réduit pour chacune des opérations à partir d'une certaine date.

Il résulte du rapport d'expertise que s'agissant de l'opération A, l'expert Demeure a constaté que, comparé aux cours pratiqués à la date de l'opération, le cours appliqué de 101,4 était sous-évalué, l'expert ayant retenu le cours de 101,9775 en retenant un gain réévalué de 3.085.695,36 DM. L'expert a en outre tenu compte de la rémunération des coupons. Compte tenu de la date de la vente du titre, l'expert a mis en compte des intérêts légaux sur le montant total réduit depuis le 26 février 1996, date non critiquée, jusqu'au 31 décembre 2013.

Aucun élément de la cause ne permettant de douter des conclusions de l'expert qui, compte tenu de ce qui précède, a retenu un solde créditeur de 6.071.632,90 DM au profit de B.), au titre de l'opération A, il y a lieu de les entériner.

Concernant l'opération B, il se dégage du rapport judiciaire que l'expert a tenu compte du paiement de 3.732.756,93 DM effectué par la société SOC.1 au profit de A.) le 20 décembre 1995, l'expert, après avoir expliqué les différences de calcul des parties par rapport au bénéfice de cette opération, ayant dit qu'il y avait lieu, d'une part, de déduire le coût de refinancement nécessaire, et, d'autre part, de rectifier le cours appliqué à la vente (102,52 et non 102,405) et de rajouter la rémunération du dépôt de 3 millions de DM effectué par A.) en vue de faire face à une éventuelle baisse du cours du titre, ainsi que la rémunération des coupons. L'expert a majoré le montant total réduit depuis le 20 décembre 1995, date non critiquée, d'intérêts légaux jusqu'au 31 décembre 2013.

Aucun élément de la cause ne permettant de douter des conclusions de l'expert qui, compte tenu de ce qui précède, a retenu un solde créditeur de 725.664,33 DM au profit de la société SOC.1, au titre de l'opération B, il y a lieu de les entériner.

Concernant l'opération C, il est à noter que la circonstance que l'expert a dit que ce montant a été reconnu comme « globalement » exact par A.) ne signifie pas, face aux contestations émises, que celui-ci ait été d'accord à voir limiter le montant rendu à cette somme. Il se dégage du rapport judiciaire que l'expert a tenu compte du paiement de 3.038.237,05 DM effectué par la société SOC.1 au profit de A.) le 20 décembre 1995 et que c'est sur base d'une analyse détaillée que l'expert, après avoir révisé le cours du titre (102,4463 au lieu de 102,43), a procédé au chiffrage de cette opération. L'expert a majoré le montant total rendu à partir du 20 décembre 1995, date non critiquée, d'intérêts légaux jusqu'au 31 décembre 2013.

Aucun élément de la cause ne permettant de douter des conclusions de l'expert qui a retenu un solde créditeur de 23.353,07 DM au profit de B.), au titre de l'opération C, il y a lieu de les entériner.

Concernant l'opération D, il se dégage du rapport d'expertise que l'expert a tenu compte du paiement de 5.467.777,78 DM effectué par la société SOC.1 au profit de A.) le 20 décembre 1995. L'expert, après avoir décrit les difficultés rencontrées pour évaluer l'opération, ainsi que les pièces sur lesquelles il se base pour dresser le décompte, a procédé au chiffrage après avoir révisé le cours du titre (103,4 au lieu de 102,55). L'expert a majoré le montant total rendu à partir du 20 décembre 1995, date non critiquée, d'intérêts légaux jusqu'au 31 décembre 2013.

Aucun élément de la cause ne permettant de douter des conclusions de l'expert qui a retenu un solde créditeur de 913.274,43 DM au profit de B.), au titre de l'opération D, il y a lieu de les entériner.

Les conclusions de l'expert Demeure, étant suffisamment claires pour toiser le litige, il n'y a pas lieu d'ordonner un complément d'expertise, ni la lecture du rapport.

Au vu des considérations qui précèdent, le solde rendu à B.) au titre des opérations A, B, C, D se chiffre au montant de $(6.071.632,90 - 725.664,33 + 23.353,07 + 913.274,43 =) 6.282.596,07$ DM. Le fait que l'expert, pour la conversion de DM en euros, a appliqué le taux de 0,51 pour retenir que le montant rendu se chiffre à 3.204.124,00 euros, ne porte pas à conséquence dans le chef de la société SOC.1, alors qu'il s'agit d'un taux de change qui lui est favorable, étant donné que sur base du taux de conversion de 0,51129 le montant converti se serait chiffré à 3.212.240,36 euros.

Il suit de ce qui précède que tandis que, par réformation du jugement entrepris du 16 août 2004, la demande de la société SOC.1 est à dire non fondée, la demande de B.) est à dire fondée, sur base de la responsabilité contractuelle, à concurrence du montant de

3.204.124,00 euros, étant observé que celui-ci ne demande pas à voir majorer ce montant d'intérêts légaux et que s'il avait sollicité, lors des débats ayant abouti à l'arrêt du 4 février 2009, d'autres montants que ceux relatifs aux opérations A, B, C, D, force est de constater qu'à l'heure actuelle seule la demande en paiement relative au prêt montant est maintenue.

Il est rappelé que la Cour d'appel dans son arrêt du 4 février 2009, a déclaré fondée la demande de la société SOC.1 à l'encontre de feu A.) au titre de l'affaire Pharos à concurrence du montant de 298.519,02 euros, outre les intérêts légaux, la condamnation y afférente ayant été tenue en suspens dans l'attente des conclusions de l'expert relatives aux opérations A, B, C, D.

Chacune des parties disposant dès lors d'une créance à l'égard de l'autre, il y a lieu d'ordonner la compensation entre les créances réciproques.

La société SOC.1 ne disposant, après compensation des créances réciproques, d'aucune créance à l'égard de B.), c'est à bon droit que la mainlevée de la saisie-arrêt pratiquée au préjudice de feu A.) a été ordonnée par le jugement entrepris du 5 avril 2000, le jugement entrepris étant à confirmer sur ce point.

Il suit des considérations qui précèdent que tandis que l'appel principal de B.) est fondé pour le surplus, l'appel incident de la société SOC.1 n'est pas fondé pour le surplus.

La condition d'iniquité requise pour l'application de l'article 240 du nouveau code de procédure civile n'étant donnée dans le chef d'aucune des parties au litige, elles sont à débouter de leur demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, deuxième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, le magistrat de la mise en état entendu en son rapport,

vidant l'arrêt du 4 février 2009,

condamne B.) à payer à la SOC.1 le montant de 298.519,02 euros, avec les intérêts légaux à partir du 8 juillet 1997,

quant au surplus des recours exercés par les parties au litige,

dit l'appel principal fondé et l'appel incident non fondé,

confirme le jugement entrepris du 5 avril 2000 en ce qu'il a ordonné la mainlevée de la saisie-arrêt pratiquée par la SOC.1,

par réformation du jugement entrepris du 16 août 2004 relatif aux opérations A, B, C, D,

dit la demande de la SOC.1 non fondée et la demande de B.) fondée à concurrence du montant de 3.204.124,00 euros,

condamne la SOC.1 à payer à B.) le montant de 3.204.124,00 euros,

ordonne la compensation entre les créances réciproques,

déboute les parties de leurs demandes en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne la SOC.1 à deux tiers des frais et dépens de l'instance d'appel, avec distraction au profit de Maître François PRUM, avocat concluant affirmant en avoir fait l'avance, et condamne B.) à un tiers des frais et dépens de l'instance d'appel.