Arrêt commercial

Audience publique du seize novembre deux mille onze.

Numéro 31289 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Marie-Anne STEFFEN, première conseillère;
Eliane ZIMMER, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

***AAA**, avocat, demeurant à D-….. UUU, pris en sa qualité de Insolvenzverwalter über das Vermögen der BBB,*

***appelant** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Frank SCHAAL d'Esch-sur-Alzette du 9 mars 2006,*

comparant par Maître Yves WAGENER, avocat à Luxembourg ;

e t :

***la société anonyme CCC S.A.,** anciennement dénommée CCC1 S.A., établie et ayant son siège social à L-…. VVV, inscrite au Registre de Commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

***intimée** aux fins du prédit exploit SCHAAL,*

comparant par Maître François KREMER, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Revu l'arrêt rendu en cause le 12 novembre 2008 ayant nommé expert MMM avec la mission

de renseigner la Cour sur la question de savoir si, sur base des faits exposés dans la motivation de l'arrêt, BBB est, d'après les textes législatifs allemands en la matière, notamment le § 22 du Depotgesetz, à considérer comme propriétaire des parts de fonds acquises pour son compte par CCC,

en examinant la question d'une incidence du remboursement du prix d'acquisition des parts aux commettants allemands de BBB sur une qualité de propriétaire de BBB, au regard notamment de la disposition contenue au point 12 des Sonderbedingungen für Wertpapiergeschäfte.

Vu le rapport déposé le 28 novembre 2009 par l'expert MMM en exécution de cet arrêt.

Les faits qui sont à la base du litige entre parties sont les suivants:

La société CCC1, ayant changé sa dénomination sociale en cours d'instance d'appel en CCC a été engagée par la société anonyme DDD en tant qu'agent de service et de transfert d'un fonds commun de placement en valeurs mobilières DDD, la garde des actifs du fonds ayant été confiée à la banque EEE.

La BBB a exercé la fonction de distributeur de parts du fonds et d'agent de paiement final à l'occasion de l'acquisition des parts. Elle a géré dans ce contexte ses propres produits financiers et des comptes permettant aux salariés allemands d'investir un montant fixe en parts d'investissement en faisant parvenir l'argent à investir à la BBB qui a fait l'acquisition des parts et a continué le prix d'acquisition à la banque dépositaire du fonds.

Par fax du 4 avril 2003 la BBB1, succursale de la BBB, a donné l'ordre à la société CCC d'acquérir des parts DDD pour un montant de 352.550,87 euros. Par fax du 7 avril 2003 CCC a confirmé l'achat des parts et a demandé le paiement sur un compte fiduciaire de la FFF à Francfort. Les parts achetées ont été inscrites sur le dépôt titres de la BBB1 auprès de CCC. L'argent destiné à l'acquisition des titres a été déposé par les investisseurs particuliers à la FFF et continué sur le compte bancaire de BBB1 auprès de BBB. En attendant que le versement du prix des parts soit effectué, CCC a avancé le montant en question et a été enregistrée auprès de la société de gestion comme détentrice des parts nouvellement émises.

Le 15 juillet 2003 BBB a été déclarée en faillite en Allemagne. A la suite de cette mise en faillite les fonds des particuliers destinés à payer les parts ont été bloqués sur un compte de la GGG ouvert à l'occasion de la faillite et ont par la suite été restitués aux investisseurs particuliers. Le fonds DDD a été liquidé par la société Ernst & Young et le résultat de la liquidation des parts de fonds litigieuses a été versé sur le compte de dépôt auprès de EEE.

AAA, en sa qualité de Insolvenzverwalter de BBB, réclame la remise du prix des parts litigieuses, soutenant que BBB est propriétaire de ces parts, ce qui est contesté par CCC.

Il a été dit dans l'arrêt du 12 novembre 2008 que la société CCC, après avoir admis que dans les relations gestionnaire du fonds – CCC – BBB où CCC a joué le commissionnaire de BBB, il y a eu transfert de propriété des parts de fonds vers BBB du fait que les parts ont été inscrites par CCC sur le compte dépôt BBB auprès de CCC, a remis en question la qualité de propriétaire de BBB par une argumentation qui a toutefois été rejetée par la Cour. Il est vrai que cette qualité de propriétaire de BBB n'a pas été expressément retenue dans l'arrêt, ce qui a amené l'expert à dire dans son rapport que cette question de droit luxembourgeois ne lui a pas été soumise et que dans la réponse aux questions lui soumises il part de l'hypothèse que d'après le droit luxembourgeois BBB est devenue propriétaire des parts litigieuses. Ainsi que l'expert le note toutefois pertinemment "*Hat die BBB niemals Eigentum von der CCC oder Dritten in Luxemburg erworben, und ist auf diese Beziehung luxemburgisches Recht anwendbar, erübrigt sich die Frage nach der Bedeutung des § 22 DepotG."* Cette question lui a toutefois été soumise par l'arrêt du 12 novembre 2008.

Pour être complète la Cour retient donc que par l'inscription des parts de fonds Eagle Fund sur son dépôt titres auprès de CCC BBB est devenue propriétaire et par ailleurs possesseur de ces parts de fonds. La circonstance que dans ses relations avec la société de gestion CCC, qui a avancé le prix des parts, est enregistrée comme détentrice de ces parts ne change rien au fait que dans les relations CCC - BBB la propriété et la possession des parts de fonds a été transmise à BBB.

Dans son rapport l'expert, après avoir analysé une éventuelle incidence sur la qualité de propriétaire de BBB des dispositions contenues aux paragraphes 22 du *Depotgesetz* et 12 des *Sonderbedingungen für Wertpapiergeschäfte*, ainsi que du remboursement aux clients du prix d'acquisition des parts de fonds, arrive à la conclusion suivante:

"Wenn die BFI nach luxemburgischem Recht Eigentümerin der Wertpapiere geworden ist, so ist sie (bzw. die Insolvenzmasse) dies nach wie vor."

Dans ses conclusions prises après le dépôt du rapport d'expertise, la société CCC reprend son moyen tiré du § 103 de la *Insolvenzordnung* allemande, qui dispose:

"(1)Ist ein gegenseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Schuldner und vom anderen Teil nicht oder nicht vollständig erfüllt, so kann der Insolvenzverwalter anstelle des Schuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung vom anderen Teil verlangen.

(2)Lehnt der Verwalter die Erfüllung ab, so kann der andere Teil eine Forderung wegen der Nichterfüllung nur als Insolvenzgläubiger geltend machen. Fordert der andere Teil den Verwalter zur Ausübung seines Wahlrechts auf, so hat der Verwalter unverzüglich zu erklären, ob er die Erfüllung verlangen will. Unterlässt er dies, so kann er auf die Erfüllung nicht bestehen."

La société CCC fait plaider que malgré demandes en ce sens lui adressées en août et octobre 2003 le curateur n'a pas fait savoir s'il entendait poursuivre l'exécution du contrat et que c'est dès lors à bon droit que CCC a procédé à une écriture en annulation du compte d'investissement de BBB en ses livres.

C'est à juste titre que AAA réplique que le § 103 vise le contrat qui n'est pas exécuté "*vom Schuldner und vom andern Teil"* et qu'en l'espèce le contrat a été exécuté intégralement par CCC par l'inscription des parts de fonds sur le dépôt titres de BBB, la seule obligation non exécutée étant l'obligation de BBB de payer le prix des parts. Le curateur n'avait dès lors pas besoin de faire savoir qu'il entendait exiger une exécution du contrat de la part de CCC, tel que prévu à l'alinéa 2 du § 103.

L'absence de prise de position du curateur n'entraînait donc pas une résiliation du contrat permettant à CCC de reprendre les parts de fonds d'ores et déjà livrées par elle, mais il lui appartient de produire dans la faillite BBB pour le prix de ces parts.

La société CCC ne peut non plus justifier l'inscription en annulation en s'emparant de l'article 13 de ses conditions générales du compte d'investissement aux termes duquel *"CCC1 shall be as well entitled to close the account if the customer becomes insolvent or goes into liquidation",* la faculté de clôturer le compte n'impliquant pas pour CCC le droit de s'approprier les actifs figurant sur le compte.

La société CCC fait enfin valoir que le contrat de commission conclu entre elle et BBB est régi par le droit luxembourgeois et qu'en sa qualité de commissionnaire elle dispose en vertu de l'article 92 du Code de commerce d'un privilège pour tous prêts, avances ou paiements faits par elle, que ce privilège existe du seul fait que le commissionnaire a la possession des marchandises, cette possession se démontrant par la réunion de deux éléments, un élément matériel (le pouvoir sur la chose) et un élément intentionnel (comportement du possesseur comme le véritable propriétaire).

Elle soutient qu'il est constant en cause que CCC avait tout pouvoir sur les parts de fonds et se comportait comme le véritable propriétaire des parts acquises, en avait payé le prix d'acquisition et était inscrite dans le registre de de la société de gestion.

Cette argumentation ne tient pas compte du fait que dans ses relations avec le commettant, envers lequel CCC veut se prévaloir du privilège du commissionnaire, elle n'était plus possesseur des parts, ayant opéré leur inscription sur le compte titres de BBB. Et elle ne pouvait rentrer dans une possession légitime de ces parts en opérant l'annulation irrégulière de l'inscription.

L'article 114 (3) ancien du Code de commerce, auquel renvoie dans ce contexte la société CCC, est étranger aux relations existant entre parties, cette

disposition traitant de la constitution d'un gage par le débiteur, ce que n'a pas fait la société BBB.

AAA se prévaut par contre à juste titre de l'article 114 (1) du Code de commerce, auquel l'article 92 du Code de commerce soumet le privilège du commissionnaire et qui dispose que *"le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté ou est réputé être en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre parties".*

La société CCC ne peut donc se prévaloir à l'encontre du curateur de BBB ni d'un privilège, ni d'un droit de rétention.

La référence au devoir de loyauté dans l'exécution du contrat synallagmatique en vertu duquel aucune partie ne peut réclamer à l'autre l'exécution de ses engagements sans offrir elle-même ce qu'elle doit ne tient pas compte de ce qu'en l'espèce l'engagement a été exécuté de la part de CCC et qu'avant de pouvoir s'exécuter BBB est tombée en faillite, ce qui entraîne l'application des règles de la faillite.

Il s'en suit que l'appel est fondé et que AAA, ès-qualité, a droit au prix des parts litigieuses.

Dans son acte d'appel AAA évalue provisoirement ce prix à 383.000.- euros en demandant qu'il soit ordonné à la société CCC de préciser, pièces à l'appui, le montant exact retenu suite à la liquidation des parts.

Il y a lieu de refixer l'affaire à l'audience afin de permettre à la société CCC d'indiquer ce montant.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, en continuation de l'arrêt du 12 novembre 2008 et sur le rapport du magistrat de la mise en état,

dit que la société BBB était et est restée propriétaire des parts de fonds DDD1, DDD2 et DDD3 acquises le 7 avril 2003 pour son compte par la société anonyme CCC et que la société CCC est créancière de BBB pour le prix d'acquisition des parts;

refixe l'affaire à l'audience du **mardi, 13 décembre 2011**, à 9.00 heures, pour permettre à la société CCC d'indiquer, pièces à l'appui, le prix obtenu lors de la liquidation de ces parts;

réserve les frais.