

-Arrêt civil-

Audience publique du sept mai deux mille quinze

Numéro 37382 du rôle

Composition:

Eliane EICHER, président de chambre,
Agnès ZAGO, conseiller,
Carole KERSCHEN, conseiller,
Josiane STEMPEL, greffier.

E n t r e :

la société anonyme de droit espagnol **SOC.1.**), établie et ayant son siège social à E-(...) (Espagne), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, agissant en sa qualité de gestionnaire du fonds commun de placement de droit espagnol **SOC.2.**),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Tom NILLES d'Esch-sur-Alzette du 30 mars 2011,

comparant par Maître Pierre METZLER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1) la société d'investissement à capital variable **SOC.3.**), déclarée en état de liquidation judiciaire par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 30 avril 2009 sur base de l'article 104 (1) de la loi modifiée du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif, établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par ses liquidateurs judiciaires actuellement en fonctions, sinon par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

2) **Maître Alain RUKAVINA**, avocat à la Cour, demeurant à L-1528 Luxembourg, 10A, boulevard de la Foire, pris en sa qualité de liquidateur judiciaire de la société d'investissement à capital variable **SOC.3.**), en liquidation judiciaire,

3) **X.**), réviseur d'entreprise, demeurant à L-(...), pris en sa qualité de liquidateur judiciaire de la société d'investissement à capital variable **SOC.3.)**, en liquidation judiciaire,

intimés aux fins du susdit exploit NILLES,

comparant par Maître Alain RUKAVINA, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

4) la société anonyme **SOC.4.)**, établie et ayant son siège social à L-(...),

intimée aux fins du susdit exploit NILLES,

comparant par Maître Marc ELVINGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

L A C O U R D ' A P P E L :

En vertu d'une autorisation présidentielle du 24 mars 2009 et par exploit d'huissier du 25 mars 2009, la société anonyme de droit espagnol **SOC.1.)** S.A. (ci-après **SOC.1.)**), en sa qualité de gestionnaire du fonds communs de placement espagnol **SOC.2.)** (ci-après **SOC.2.)**), a fait pratiquer saisie-arrêt entre les mains de la société anonyme **SOC.4.)** S.A. (ci-après **SOC.4.)**) sur les sommes que celle-ci pourrait redevoir à la société d'investissement à capital variable **SOC.3.)** (ci-après **SOC.3.)**), pour sûreté et avoir paiement de la somme de 1.668.500.- USD, avec les intérêts légaux depuis le 12 décembre 2008, sinon le 24 mars 2009.

Cette saisie-arrêt a été dénoncée à **SOC.3.)** par exploit d'huissier de justice du 1^{er} avril 2009, ce même exploit contenant assignation en validation de la saisie-arrêt et demande en condamnation de **SOC.3.)** à payer à **SOC.1.)**, en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**, la somme pour laquelle la saisie-arrêt a été pratiquée ainsi qu'à payer une indemnité de procédure de 5.000.- euros, ainsi que les frais de l'instance.

SOC.1.), agissant en tant que société gestionnaire de **SOC.2.)**, a, afin de donner des ordres de rachat d'actions de **SOC.3.)**, régulièrement envoyé ces ordres de rachat à **BQUE.1.)**, qui agit en tant que plateforme de règlement de fonds, laquelle était chargée de continuer les ordres à l'agent administratif de **SOC.3.)**, soit la société **SOC.4.)** FUND Service (Luxembourg) S.A.

En effet, suivant le prospectus de **SOC.3.)**, **SOC.4.)** agit en tant que banque dépositaire et la société **SOC.4.)** Fund Service (Luxembourg) S.A. en tant qu'agent administratif de **SOC.3.)**.

Le 11 novembre 2008, **SOC.1.)** aurait envoyé un ordre groupé de rachat de 1.296,968 actions de **SOC.3.)** à **BQUE.1.)**, entre autre de 1.250 actions pour compte de **SOC.2.)**, à la valeur nette d'inventaire (ci-après VNI) au 28 novembre 2008.

BQUE.1.) aurait continué le 24 novembre 2008 cet ordre de rachat à l'agent administratif de **SOC.3.)**.

SOC.1.), en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**, allègue que selon le prospectus de **SOC.3.)**, le paiement de l'ordre de rachat à la VNI au 28 novembre aurait dû intervenir au plus tard 10 jours ouvrables après le jour de calcul de la VNI, à savoir pour le 12 décembre 2008 au plus tard. Aucun paiement ne serait intervenu.

En date du 28 novembre 2008, aucun calcul de la VNI n'aurait eu lieu, ce qui n'aurait pas été imputable à **SOC.1.)**, en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**: le dernier calcul aurait été celui du 14 novembre 2008, respectivement du 17 novembre 2008, et s'élevait à 1.334,8 USD. Le prix de rachat de 1.250 actions de **SOC.3.)** serait à évaluer à 1.668.500.- USD, ou 1.221.449,40 euros, valeur au 24 mars 2009.

SOC.1.) dit ainsi disposer, pour compte de **SOC.2.)**, d'une créance certaine, liquide et exigible de 1.221.449,40 euros à l'encontre de **SOC.3.)**.

Par jugement du 19 janvier 2011, rendu entre **SOC.1.)**, en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**, et **SOC.3.)** en présence d'**SOC.4.)**, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a déclaré la demande de **SOC.1.)**, en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**, dirigée contre **SOC.3.)** recevable en la forme, mais non fondée et a partant rejeté tant la demande en paiement que la demande en validation de la saisie-arrêt.

Par exploit d'huissier du 30 mars 2011, **SOC.1.)**, en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**, a signifié et déclaré à **SOC.3.)**, à Maître Alain RUKAVINA et à **X.)**, tous deux pris en leur qualité de liquidateurs judiciaires de **SOC.3.)**, ainsi qu'à **SOC.4.)** qu'elle relevait appel du jugement du 19 janvier 2011, pour

- à titre principal, dire que la demande de **SOC.1.)**, en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**, est recevable en ce qu'elle a qualité à agir, la qualité à agir ne relevant pas du fond, mais de la recevabilité de sa demande et partant renvoyer les parties devant le tribunal d'arrondissement;
- à titre subsidiaire, dire que **SOC.1.)**, en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**, est fondée à agir, en ce qu'elle a qualité à agir et, en premier ordre de subsidiarité, renvoyer le litige devant le tribunal d'arrondissement, sinon, en second ordre de subsidiarité, évoquer le litige et dans ce cas:
 - condamner **SOC.3.)** à lui payer la somme de 1.668.500.- USD, évaluée à 1.221.449,40 euros, valeur au 24 mars 2009, avec les intérêts légaux à

- compter du 12 décembre 2008, sinon du 24 mars 2009, à chaque fois jusqu'à solde;
- voir déclarer bonne et valable l'opposition formée entre les mains de **SOC.4.)**;
 - condamner **SOC.3.)** à lui payer une indemnité de procédure de 5.000.- euros pour la première instance et les quatre parties intimées solidairement sinon in solidum à lui payer une indemnité de procédure de 5.000.- euros pour l'instance d'appel, ainsi qu'aux frais et dépens des deux instances.

I-Quant à la recevabilité de l'appel

Maître Alain RUKAVINA et **X.)**, pris ès qualités, concluent à l'irrecevabilité de l'appel en tant que dirigé contre eux, parce qu'ils n'auraient pas été parties au jugement entrepris.

SOC.1.), en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**, se rapporte à prudence de justice quant à la recevabilité de l'appel contre les parties Maître Alain RUKAVINA et **X.)**.

La signification de l'acte d'appel aux liquidateurs de **SOC.3.)** n'entache pas l'appel d'irrecevabilité. Elle n'est que superfétatoire, étant donné que la partie au litige est **SOC.3.)**, en état de liquidation depuis un jugement du 30 avril 2009, dûment représentée par ses liquidateurs, Maître Alain RUKAVINA et **X.)**.

Le moyen d'irrecevabilité est à rejeter.

Le litige à trancher se meut entre les parties **SOC.1.)**, en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**, comme appelante, et **SOC.3.)**, représentée par Me Alain RUKAVINA et **X.)**, comme intimée, en présence d'**SOC.4.)**.

L'appel, par ailleurs interjeté dans les forme et délai de la loi - le jugement de première instance n'a pas fait l'objet d'une signification - est à déclarer recevable.

SOC.4.) critique le jugement de première instance en ce qu'il a déclaré la demande non fondée au lieu de la déclarer irrecevable. Elle qualifie ces conclusions erronément d'appel incident. Il s'agit d'un moyen qu'**SOC.4.)** peut réitérer régulièrement en instance d'appel.

II-Quant à la recevabilité de la demande

SOC.3.) et **SOC.4.)** contestent principalement la recevabilité de la demande de **SOC.1.)**, en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**, qui n'aurait pas la qualité d'actionnaire de **SOC.3.)** et partant pas de qualité à agir.

Ces parties expliquent que pour être qualifié d'actionnaire de **SOC.3.)**, il faudrait être inscrit au registre des actions de cette dernière (par application de l'article 40 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales), puisque toutes les actions émises sont nominatives.

Seule **BQUE.1.)** y serait inscrite, mais non pas **SOC.1.)**, en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**, ni **SOC.2.)**, qui ne chercheraient qu'à démontrer qu'ils sont investisseurs et bénéficiaires économiques, ce qui ne leur conférerait aucun intérêt juridiquement protégé à pouvoir agir contre **SOC.3.)**.

De plus, si à l'origine, soit le 23 octobre 2006, **SOC.2.)** a acquis 20.767,6840 actions de **SOC.3.)**, moyennant paiement de la somme de 23.249.999,66 USD, inscrites sur le compte 3735, devenu suite à une renumérotation le compte 9140474, au nom de **SOC.2.)**, une cession serait intervenue le 10 octobre 2008. Suite à cette cession, l'ensemble des actions inscrites au bénéfice du compte 9140474 aurait été transféré sur le compte (...), ouvert au nom d'**BQUE.1.)/ SOC.1.)**.

SOC.3.) et **SOC.4.)** en concluent que depuis le 10 octobre 2008, **SOC.2.)** n'avait plus de qualité d'actionnaire.

Les parties intimées demandent donc de déclarer irrecevable la demande de **SOC.1.)**, en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**. Le défaut de qualité d'actionnaire et donc de qualité à agir, constituerait une fin de non-recevoir de l'action introduite en son propre nom et pour son propre compte.

Les intimés soulèvent l'absence de qualité et d'intérêt à agir de l'appelante pour conclure à l'irrecevabilité de la demande de l'appelante.

Tel que l'ont rappelé les juges de première instance, « a qualité pour agir celui qui a un intérêt personnel au succès ou au rejet d'une prétention. Toute personne qui prétend qu'une atteinte a été portée à un droit lui appartenant et qui profitera personnellement de la mesure qu'elle réclame, a un intérêt personnel à agir en justice et donc qualité à agir. La qualité pour agir constitue ainsi pour le sujet de droit l'aptitude à saisir la justice dans une situation concrète donnée. La qualité n'est pas une condition particulière de recevabilité lorsque l'action est exercée par celui-là même qui se prétend titulaire du droit, l'existence effective du droit invoqué n'étant pas une condition de recevabilité de la demande, mais uniquement la condition de son succès au fond ou en d'autres termes de son bien-fondé. »

La Cour constate que tous les moyens des intimés, tendant à voir constater l'absence de qualité et d'intérêt à agir de **SOC.1.)**, en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**, relèvent du fond du droit. Or, il résulte des principes énoncés ci-dessus, qu'il n'est pas nécessaire pour une personne qui agit en justice de prouver le bien-fondé de sa demande pour que la qualité à agir lui soit reconnue, mais il suffit qu'elle affirme qu'une atteinte a été portée à ses droits et qu'elle profitera personnellement de la mesure qu'elle réclame.

Tel est le cas en l'espèce puisque l'appelante affirme que les droits découlant pour elle de son statut d'actionnaire de **SOC.3.)** n'ont pas été respectés par cette dernière et qu'elle conclut à en voir tirer les conséquences de droit. Il ne peut pas non plus être contesté que **SOC.1.)**, en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**, profite personnellement de la condamnation qu'elle réclame à l'égard de **SOC.3.)**. **SOC.1.)**, en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**, a partant établi à suffisance de droit sa qualité à agir contre **SOC.3.)**, en présence d'**SOC.4.)**.

Par confirmation de la décision de première instance, le moyen d'irrecevabilité de la demande est à rejeter.

SOC.3.) et **SOC.4.)** demandent, si l'appel principal devait être déclaré fondé, de renvoyer l'affaire en continuation devant les juges de première instance.

A défaut de réformation du jugement de première instance en ce qui concerne la recevabilité de la demande, il n'y a pas lieu d'examiner les conclusions relatives à l'évocation de l'affaire.

III- Quant au fond

SOC.3.) et **SOC.4.)** demandent principalement de réformer le jugement en disant que ni **SOC.1.)**, en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**, ni **SOC.2.)**, n'ont la qualité d'actionnaire de **SOC.3.)**, puisqu'aucun des deux n'est inscrit au registre d'actions de **SOC.3.)**.

En premier lieu, il convient de rechercher la loi applicable à la détermination de la propriété des actions en cause.

Tel qu'indiqué par les juges de première instance, « *c'est la loi régissant la société qui régira également la création des titres qu'elle émet et, du moins s'il s'agit de titres nominatifs, les droits réels dont ils peuvent être grevés et les conditions dans lesquelles leur transfert est opposable à la société* » (Fernand SCHOCKWEILER, Les Conflits de lois et les conflits de juridictions en droit international privé luxembourgeois, n° 600).

En l'occurrence, les titres en cause sont nominatifs et ils ont été émis par **SOC.3.)**, une société de droit luxembourgeois: il s'ensuit que la qualité de propriétaire des actions est soumise à la loi luxembourgeoise.

Aux termes de l'article 40 du texte coordonné de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, la propriété de l'action nominative s'établit par une inscription sur le registre prescrit à l'article 39 de ladite loi, à savoir le registre des actions nominatives, tenu au siège de la société, qui contient la désignation précise de chaque actionnaire et le nombre de ses actions, tout comme les transferts avec leur date.

L'article 40, alinéa 3, ajoute que la cession s'opère par une déclaration de transfert inscrite sur le même registre, datée et signée par le cédant et le

cessionnaire ou leurs fondés de pouvoirs. Il est loisible à la société d'accepter et d'inscrire sur le registre un transfert qui serait constaté par la correspondance ou d'autres documents établissant l'accord du cédant et du cessionnaire.

L'inscription au registre des actions nominatives constitue un moyen de preuve de la propriété.

Il ne s'agit pas d'une présomption irréfragable et l'inscription, qui n'a pas de caractère sacramentel, n'est pas à considérer comme titre de propriété.

Néanmoins, lorsque la société a inscrit sur son registre la mention qu'une personne est actionnaire, celle-ci peut s'en prévaloir et l'inscription fait preuve contre la société. Ce serait à cette dernière à établir que l'inscription a été faite par erreur ou à la suite de manœuvres dolosives (Ch. RESTEAU, Traité des Sociétés Anonymes, n° 626).

En revanche, il est admis que le registre des actions nominatives n'a pas force probante vis-à-vis de l'actionnaire au profit de la société. Cette dernière est auteur de l'inscription et le prétendu actionnaire n'y a en rien participé. Il serait inadmissible de permettre à la société de se créer elle-même un titre, à la confection duquel ne participe pas le prétendu débiteur (Ch. RESTEAU, Traité des Sociétés Anonymes, n° 627).

Ainsi que l'a retenu le tribunal, **SOC.3.)** et **SOC.4.)** ne peuvent donc se prévaloir des inscriptions du registre des actionnaires pour renier la qualité d'actionnaire à **SOC.1.)**, en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**.

SOC.3.) et **SOC.4.)** demandent la confirmation pure et simple dudit jugement, par rapport aux conséquences tirées d'un « share transfer order », à savoir qu'une cession d'actions ne pourrait être contestée et que **SOC.3.)** a procédé à bon droit à la nouvelle inscription dans ses registres suite à la réception de cette pièce, tout comme de la motivation qui n'a pas retenu la qualité d'actionnaire de **SOC.1.)**, en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**, ni de **SOC.2.)**, a retenu celle de « *nominee* » auquel elle a appliqué les règles du mandat pour en déduire qu'**BQUE.1.)**, respectivement **SOC.1.)**, est actionnaire et par conséquent que **SOC.3.)** n'avait aucune connaissance de l'identité de **SOC.1.)**, en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**, ou de **SOC.2.)**.

La demande de **SOC.1.)**, en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**, ne serait pas fondée.

Au vu de ce qui précède en ce qui concerne les moyens de preuve de la propriété des actions nominatives, il appartient à la partie qui se prévaut de sa qualité d'actionnaire de **SOC.3.)** de l'établir, à savoir à **SOC.1.)**, en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**, alors qu'elle n'est pas inscrite sur le registre des actionnaires.

SOC.1.), en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**, affirme qu'un «stock transfer order» aurait été signé le 10 octobre 2008, pour procéder au transfert dans le registre de **SOC.3.)** de l'inscription des actions appartenant au **SOC.2.)**, à savoir pour les transférer du compte « **SOC.4.) SOC.2.)** » vers le compte « **BQUE.1.)/SOC.1.)** », soit d'un compte de nommée (**SOC.4.) Fund Services**) vers un autre nommée (**BQUE.1.)**).

SOC.1.), en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**, allègue sa qualité d'actionnaire sur base d'un contrat de « *nominee* », conclu en date du 10 juillet 2004 entre **BQUE.1.)** et **SOC.1.)** : ce contrat aurait pour objet d'établir entre **BQUE.1.)** et **SOC.1.)** une relation juridique aux termes de laquelle **BQUE.1.)** interviendrait comme intermédiaire des entités dont **SOC.1.)** est la société de gestion, pour les besoins de la souscription par ces entités dans des organismes de placement collectifs divers. **SOC.1.)** y aurait agi pour le compte d'organismes de placement collectifs, définis comme « *les Clients* ». Ce terme de « *Clients* » désignerait entre autres **SOC.2.)**.

L'article 10 du contrat de 2004 prévoirait que la qualité de « *nominee* » d'**BQUE.1.)** et ses effets devraient s'apprécier selon le droit espagnol. Un cabinet d'avocats espagnols aurait établi une opinion juridique selon laquelle **BQUE.1.)** n'acquerrait pas la propriété des valeurs faisant l'objet de souscription dans la plateforme mise en place à cet effet (article 4.5 de l'opinion juridique). Ce seraient « *les Clients* », dont **SOC.1.)**, en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**, qui auraient la propriété des actions acquises dans **SOC.3.)**.

BQUE.1.) aurait agi, dans le cadre de la détention des actions **SOC.3.)**, inscrites sur le compte (...) du registre d'actionnaires de **SOC.3.)**, pour le compte de **SOC.1.)**, en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**, à hauteur de 1.250 actions.

SOC.1.), en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**, estime, à titre subsidiaire, que le concept de « *nominee* » serait admis en droit luxembourgeois, pour en conclure que lors de la souscription d'actions par un « *nominee* », celui-ci interviendrait en qualité de commissionnaire.

Il est constant en cause que **SOC.2.)** a souscrit en date du 23 octobre 2006 des actions de **SOC.3.)**, catégorie C, US Equity Plus, pour un montant de 23.249.999,66.- USD, correspondant à 20.769,68 actions, inscrites au seul nom de **SOC.2.)** au compte 3735, devenu par après le compte 9140474.

Il découle d'un document intitulé « *stock transfer form* » daté du 10 octobre 2008, que 2.500 actions sont à transférer du compte 9140474 vers le compte (...). Il est précisé dans ce document que les actions étaient enregistrées au nom de « **SOC.4.) (SOC.2.)** » et qu'elles sont à transférer vers « *person to whom the security is transferred-BQUE.1.)/SOC.1.)* », sachant que ces indications ont été données par la personne qui a rempli ce formulaire. L'indication « **SOC.4.)** » est manifestement erronée, car, comme indiqué ci-avant, les actions en cause appartenaient jusqu'à ce moment à la seule **SOC.2.) (SOC.2.)**.

Ce « *stock transfer form* » portant tant la signature du « *transferor* » que du « *buying broker* », tout comme la stipulation « *We request that such entries be made in the register as are necessary to give effect to transfer* », c'est partant à bon droit que **SOC.3.)** a procédé à la modification requise dans son registre des actionnaires, par application de l'article 40, alinéa 3 de la loi du 10 août 1915.

A partir de ce transfert, **SOC.2.)** n'a plus la qualité d'actionnaire de **SOC.3.)**.

Il convient d'analyser si **SOC.1.)**, en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**, est actionnaire de **SOC.3.)**.

SOC.1.), en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**, se réfère au contrat qu'elle qualifie de « *nominee* » et qui a été conclu en date du 10 juillet 2004 entre **BQUE.1.)** et **SOC.1.)**.

Outre que ce contrat de 2004 est intitulé «*contrat relatif à divers organismes de placement collectif* » et qu'il n'y est pas question du terme de « *nominee* », ce contrat est à qualifier de contrat de services.

Tant dans son préambule que dans son article premier, ce contrat de 2004 explique qu'**BQUE.1.)** met à disposition des sociétés qui auront confié leur gestion à **SOC.1.)** (désignés comme « les clients »), les divers OPC qu'elle pourra distribuer à chaque instant.

BQUE.1.) ne bénéficie toutefois d'aucune délégation de fonction de la part de **SOC.3.)** ou en relation avec **SOC.3.)** ni n'est distributeur des parts de **SOC.3.)**. La susdite prémisses ne concerne par conséquent pas **SOC.3.)**, qui n'a aucunement autorisé **BQUE.1.)** à distribuer à chaque instant ses actions.

Le contrat du 10 juillet 2004, qui est soumis au droit espagnol, suivant son article 10, n'est pas à prendre en compte en l'espèce, parce qu'il traite d'une hypothèse différente, à savoir celle où **BQUE.1.)** est habilité à distribuer les parts d'OPC.

Il n'y a dès lors pas lieu d'examiner la question de savoir si la notion de « *nominee* » est à analyser suivant le droit espagnol, ni l'opinion juridique émise en janvier 2010 par le cabinet espagnol **CABINET.)**, intitulé « *rapport établi dans l'intérêt de SOC.1.)* ».

Le terme « *nominee* », notion originellement développée dans la pratique anglo-saxonne, désigne une personne qui détient des actions - par un moyen juridique ou un autre - pour le compte d'autrui. Le recours à de tels « *nominees* » est devenu assez commun dans la pratique d'autres pays, y compris au Luxembourg, sans que pour autant celle-ci soit associée à une qualification juridique bien précise.

En instance d'appel, **SOC.1.)**, en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**, dit que les juges de première instance auraient erronément qualifié la relation de

« *nominee* » entre **BQUE.1.)** et **SOC.1.)** de mandat. **SOC.1.)**, en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**, conclut que le « *nominee* » serait un commissionnaire : la banque exécuterait un ordre de souscription en son nom, mais pour le compte de son client, le commettant. Le commissionnaire serait lié au commettant par un contrat de commission et serait rémunéré par une commission. Le commissionnaire agirait en son nom propre et prendrait l'engagement d'exécution du contrat.

Le contrat de commissionnement impliquerait la propriété du commettant, et non pas du commissionnaire, sur les biens acquis par le commissionnaire pour le compte du commettant.

L'article 91 du code de commerce dispose que « *le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant* ».

Selon une définition largement admise, « la commission est le contrat par lequel une personne, appelée le commissionnaire, s'engage, moyennant rémunération, à accomplir, en son nom mais pour le compte d'une autre, le commettant, une ou plusieurs opérations juridiques intéressant la circulation de biens(...) Le commissionnaire ne cherche pas à cacher sa qualité d'intermédiaire et se contente de taire le nom du commettant. (Patrick Wéry, Droit des contrats -Le mandat- éd. Larcier 2000).

Il ressort de ce qui précède que l'ensemble des actions du **SOC.2.)** ont été transférées à « **BQUE.1.)/SOC.1.) de Fondos** ».

L'ordre de rachat daté du 24 novembre 2008, portant sur 1.296,9680 actions, émane d'**BQUE.1.)**, toujours avec la mention « *on behalf of : SOC.1.) de Fondos* ».

Ces ordres d'achat et de rachat établissent qu'**BQUE.1.)** n'a pas agi en son nom et pour son compte, mais n'établissent cependant pas un lien juridique direct entre **SOC.3.)** et **SOC.1.)**, en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**, et donc avec **SOC.2.)**.

A supposer que le contrat du 10 juillet 2004 entre **BQUE.1.)** et **SOC.1.)** soit qualifié de contrat de commissionnement, l'absence d'indication du nom du commettant allégué **SOC.1.)**, en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**, empêche l'établissement d'une relation juridique directe entre ce commettant **SOC.2.)** et le cocontractant du commissionnaire, en l'espèce **SOC.3.)**.

Les nouveaux arguments invoqués en instance d'appel ne démontrent toujours pas l'existence dans le chef de **SOC.1.)**, en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**, de la qualité de propriétaire des actions de **SOC.3.)** et de la qualité d'actionnaire de **SOC.1.)**, en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**, respectivement du **SOC.2.)**.

L'appel est à rejeter comme non fondé.

Tant **SOC.1.)**, en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**, que **SOC.3.)** réclament l'allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile, à hauteur de 10.000.- euros.

SOC.1.), en sa qualité de gestionnaire de **SOC.2.)**, ayant succombé dans ses prétentions en instance d'appel, elle est à débouter de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure.

Etant donné qu'il ne paraît en l'espèce pas inéquitable de laisser à charge de **SOC.3.)** des sommes exposées par elle et non comprises dans les dépens, il convient également de la débouter de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS

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

reçoit l'appel,

le dit recevable, mais non fondé,

confirme le jugement du 19 janvier 2011,

dit les demandes de la société anonyme de droit espagnol **SOC.1.)**, en sa qualité de gestionnaire du fonds commun de placement de droit espagnol **SOC.2.)**, et de la société d'investissement à capital variable **SOC.3.)** en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile non fondées,

en déboute,

met les frais et dépens de l'instance d'appel à charge de la société anonyme de droit espagnol **SOC.1.)**, en sa qualité de gestionnaire du fonds commun de placement de droit espagnol **SOC.2.)**, avec distraction au profit de Maître Alain RUKAVINA, avocat constitué, qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Eliane EICHER, président de chambre, en présence du greffier Josiane STEMPER.