- A r r ê t c i v i l -

Audience publique du mercredi, sept juillet deux mille dix

Numéros 32046 et 32219 du rôle

Composition :

Edmée CONZEMIUS, présidente de chambre ;
Marc KERSCHEN, premier conseiller ;
Camille HOFFMANN, premier conseiller ;
Antoinette PASCUCCI, greffier.

Entre

I.

1) A, conseiller économique, demeurant à (…),

2) la société de droit français B. s.à r.l., établie et ayant son siège social à (…),, représentée par son gérant actuellement en fonctions, étant inscrite au RC de Paris sous le numéro RCS Paris (…),

appelants aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg en date du 6 octobre 2006,

comparant par Maître Jean KAUFFMAN, avocat, demeurant à Luxembourg,

e t :

1) C, avocat, demeurant à (…),
2) D, retraitée, épouse I, demeurant à (…),
3) E, administrateur de sociétés, demeurant à (…),

intimés aux fins du prédit exploit THILL,

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

4) la société F S.A., établie et ayant eu son siège social à (…) (Fiduciaire G S.A.), de fait sans domicile ni résidence connus,

intimée aux fins du prédit exploit THILL,

comparant par Maître Lydie LORANG, avocat, demeurant à Luxembourg,

II.

1) C, avocat, demeurant à (…)

2) D, retraitée, épouse I, demeurant à (…)

3) E, administrateur de sociétés, demeurant à (…)

appelants aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg en date du 2 février 2007,

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

e t :

1) A, conseiller économique, demeurant à F-75009 PARIS, 14, rue de Liège,

2) la société de droit français B. s.à r.l., établie et ayant son siège social à (…),, représentée par son gérant actuellement en fonctions, étant inscrite au RC de Paris sous le numéro RCS Paris (…),

intimés aux fins du prédit exploit THILL,

comparant par Maître Jean KAUFFMAN, avocat, demeurant à Luxembourg,

3) la société F S.A., établie et ayant eu son siège social à (…) (Fiduciaire G S.A.), de fait sans domicile ni résidence connus,

intimée aux fins du prédit exploit THILL,

comparant par Maître Lydie LORANG, avocat, demeurant à Luxembourg.

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

Suivant exploit d'huissier du 12 juin 2002, C avait pratiqué saisie-arrêt entre les mains de la BANQUE GENERALE DU Luxembourg sur toutes sommes, avoirs, deniers et effets lui redus en vertu d'un certificat représentant 49 % des actions de

la S.A. F, déposé sur un compte ouvert sous le nom de B (A s.àr.l.) dont A est personnellement garant. Par exploit du 18 juin 2002, il donna assignation à A aux fins de s'entendre condamner à lui restituer ledit certificat et pour s'entendre valider la saisie-arrêt.

Par requête en intervention volontaire du 17 octobre 2002, la s. à r. l. B intervient volontairement au litige aux fins de voir ordonner la mainlevée de la saisie-arrêt.

Par exploit d'huissier du 5 juin 2003, la s. à r. l. B et A assignent C pour voir déclarer que complémentairement aux 2450 actions appartenant à la s. à r. l. B, 1276 actions appartiennent à A. Pour autant que de besoin, ils demandent à ce que l'assigné intervienne auprès d'F afin que les certificats d'actions documentant les droits de propriété sur les 1276, respectivement 2450 actions, soient remis ou bien créés en faveur des demandeurs, sinon autoriser ceux-ci à se faire établir ces certificats.

La S.A. F est assignée aux fins de déclaration de jugement commun.

Par exploit d'huissier des 25 et 29 septembre 2003, C, D et E assignent la s. à r. l. B et A pour voir dire C est le propriétaire réel de la totalité des actions de F et condamner les assignés à lui remettre le certificat donnant droit à 2.450 actions de cette société.

Ils requièrent en outre la condamnation à des dommages et intérêts d'un import de 250.000.- euros.

Par jugement contradictoire du 17 janvier 2006, le tribunal ordonna un complément d'instruction invitant les parties à conclure plus amplement sur l'évolution et la composition de l'actionnariat.

Le jugement du 27 juin 2006 annula la saisie-arrêt pratiquée, débouta C de sa demande en restitution du certificat représentant 49% des actions d'F, débouta A de sa demande en revendication de 1276 actions, débouta C de sa demande en revendication du certificat représentant 2450 actions de F, dit que la s. à r. l. B est propriétaire de 2450 actions et C de 2550 actions, et débouta D et E de leur demande en octroi de dommages et intérêts.

Le tribunal annula la saisie-arrêt pratiquée sur le fondement de l'article 701 du NCPC, faute de dénonciation et d'assignation de la s. à r. l. B qui serait la véritable partie saisie.

La demande en restitution dirigée à l'égard de A, personne juridique distincte de la société B, a été déclarée non fondée dans la mesure où l'assigné n'est pas détenteur matériel du certificat litigieux.

Le tribunal a ensuite considéré comme étant constant en cause que B détient en qualité de possesseur le certificat représentant 2450 actions d'F dès lors qu'il est déposé sur son compte bancaire auprès de la BANQUE GENERALE DU

LUXEMBOURG. Il y aurait lieu à application de l'article 2279 du Code civil, lequel est invoqué par B à titre de règle de preuve.

Pour détruire la présomption y attachée, il incomberait aux adversaires de prouver soit que B ne détient pas le document en qualité de propriétaire, l'animus domini faisant défaut, soit qu'elle est détenteur précaire de celui-ci, soit que la possession est atteinte d'un vice. E et C n'affirmeraient pas avoir exercé la possession du certificat litigieux avant sa prétendue remise à B de sorte que même s'ils arrivaient à établir que la possession par celle-ci du certificat était viciée ou non, ce seul fait n'entraînerait pas une obligation de restitution.

Le contrat de portage qui comporterait l'obligation dans le chef de B de restituer le certificat d'actions ne serait pas établi de sorte que la demande d'Elias Fadel serait à déclarer non fondée, B bénéficiant d'une présomption de titre de propriété de 2.450 actions. D aurait rapporté la preuve de la propriété de 2.800 actions jusqu'au jour de la cession de 5.000 actions à E lequel aurait vendu 2.550 actions à C.

Ce jugement a été entrepris en premier lieu le 6 octobre 2006 par A et la sàrl de droit français B pour voir dire que les 1276 actions revendiquées par A lui appartenaient en sus des 2450 actions qui appartiennent à B. Un second appel a été interjeté le 2 février 2007 par C, D et E pour voir valider la saisie-arrêt pratiquée et pour voir dire qu'C est propriétaire des 5.000 actions de la S.A. F avec obligation pour lui de remettre à la BGL la somme de 1.300.000 FRF versée à F à la suite du remboursement par B du prêt fiduciaire que la banque avait accordé et à charge pour B de réclamer cette somme à la banque.

Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice il y a lieu à jonction de deux recours.

Pour plus de clarté et afin d'élucider la position des parties, la Cour d'appel commencera par analyser les pièces soumises par les parties pour ensuite résumer les conclusions des parties litigantes.

Les faits de l'espèce – selon les pièces soumises au magistrat de la mise en état – sont chronologiquement les suivants :

Le 8 janvier 1991, D en sa qualité d'actionnaire et/ou promoteur et/ou mandataire des actionnaires d'F signe avec la S.A. G un contrat de domiciliation.

Selon attestation de la Banque privée Rothschild de Genève du 4 novembre 2002 D aurait donné instruction de transférer le 27 mars 1991 sur le compte d'F auprès de la Banca Popolare di Novara la somme de 476.000 francs suisses, soit 11.557.280 francs Cette dernière banque atteste le 27 mars 1991 que le montant de 2.800.000 francs aurait été bloqué par elle et serait destiné à la libération du capital social d'F. Le montant de 8.757.280 francs aurait été versé au compte F, créditeurs divers.

La S.A. F a été constituée le 19 avril 1991 entre G et X, un employé de G, avec un capital social de 2.800.000 francs, représenté par 2.800 actions d'une valeur nominale de 1.000 francs. Les actions ont été souscrites à raison de 2.799 actions par G et à raison d'une action par X. Les actions pouvaient être nominatives ou au porteur au choix de l'actionnaire.

Le même 19 avril 1991 G cède ses 2.799 actions à D. Sur l'acte en possession de la Cour d'appel, le nom de D a été remplacé par ceux de A et E. Une seule signature, il s'agit de celle de D, y figure néanmoins sous le nom des cessionnaires. Le même 19 avril 1991 X et D signent une option sur une action et X accuse réception de la somme de 1.000 francs.

Le même jour encore X et A signent une option d'achat pour cette même action et X accuse encore réception de la somme de 1.000 francs. Cette pièce, tout comme celle portant cession à A et E, aurait été antidatée. Toutes les parties en cause sont d'accord à l'admettre.

Lors d'une assemblée générale du 25 août 1993 F procède à une augmentation de capital d'un montant de 2.200.000 francs par la création et l'émission de 2.200 actions d'une valeur nominale de 1.000 francs. Ces actions sont souscrites par H (Bahamas) LTD qui serait une émanation de G. Dorénavant le capital social est donc de 5.000.000 francs représenté par 5.000 actions. Un montant de 1.250.000 francs français, soit 7.627.500 francs lux. a été transféré selon attestation de la Banque Rothschild le 25 août 1993 sur le compte F sur ordre de D. Les faits relatifs au transfert des fonds sur ordre de D sont confirmés par une attestation testimoniale de Y.

Le même 25 août 1993 H cède ses actions à E et à A. Selon les parties, cette pièce aussi serait antidatée. La date réelle des pièces antidatées serait celle du 22 août 1995.

Le 16 juin 1994 un montant de 800.000 francs français, 4.613.715 flux, est viré sur ordre de D sur le compte F pour être porté sur le compte Créditeurs divers.

Le 7 juin 1995, F cède à E la totalité des 5.000 actions qu'elle déclare détenir dans FR. L'authentification de la signature de D a été faite le 5 novembre 2002 par la Société Générale de banque au Liban.

Un rapport de visite de X certifie le désire de A de rentrer dans 51% du capital d'F et un achat via Cregelux est proposé, proposition qui a été acceptée.

Le 22 août 1995 sont établies les pièces antidatées dont la cession par Manaco à E et à A de 2.799 actions avec déclaration que les cessionnaires déclarent donner décharge à G et reprendre toute responsabilité pouvant incomber à G à raison de la collaboration dans la constitution de la société.

Le 22 août 1995 est établi un titre au porteur représentatif de 2.549 actions de la S.A. F assurant à son porteur tous droits afférents à la propriété de 2.549 actions et

à un autre titre au porteur représentatif d'une action. Un titre no 3 portant sur 2.450 actions été établi en troisième lieu.

Selon attestation testimoniale de I, époux de D, il aurait conseillé E avec Maître Martin Schwartz, avocat au Barreau de Genève et il aurait été décidé de faire entrer un Français dans le capital d'F et A aurait été retenu comme porteur. Comme E et A devaient apparaître comme étant les détenteurs indivis du capital d'F depuis sa création, des documents antidatés auraient été confectionnés en août 1995. Pour rendre la présence de A plus officiellement opposable, les trois titres au porteur auraient été créés. I en serait resté le donneur d'ordre pour compte de E et pouvait les récupérer à tout moment. De même aurait été décidé la création de la s. à r. l. B, nouvelle actionnaire à titre fiduciaire. Pour parfaire l'opération de portage, le titre représentatif des 2.450 actions aurait été cédé dans un cadre fiduciaire et garanti par un accord fiduciaire entre J Ltd, encore une émanation de G, et la BGL.

Par lettre de Manaco du 22 août 1995 la BGL est informée de la transaction consistant à vendre 51 % des actions à un résidant fiscal français pour la somme de 1.300.000 FRF par l'intermédiaire de H vers la banque et de la banque vers le nouveau promoteur.

Un rapport de visite établi le 22 août 1995 par X de G fait état du désir de A de vouloir acquérir 51% du capital d'F et de sa proposition d'un achat via Cregelux, (une filiale de la BGL). « Ainsi nous aurions H ltd qui vendra à Gregelux et Cregelux à Monsieur A. ».

Le 23 août 1995 la BGL marque son accord à la transaction.

Selon note X de G du 22 janvier 1996 A achètera via une s. à r. l. française 49% des actions d'F et 2% en nom personnel. Les contrats se feront via H et Gregelux. A préparer la cession.

Le 26 mars 1997 G informe la BGL que la société J ltd, aurait reçu en dépôt la somme de 1.300.000 FRF qui devra être nantie en faveur de la BGL qui en contrepartie émettrait un prêt en faveur de B. Cette dernière avec ce financement achèterait par l'intermédiaire de Cregelux les 49% de la société F ainsi qu'une créance de 875.000 FRF.

Le 15 avril 1996 un montant de 1.300.000 FRF est versé sur le compte de la société K Ltd de la part « d'un de nos clients ». Le même jour G s'adresse à I en les termes suivants : « Par la présente nous vous prions de bien vouloir trouver en annexe le projet sociétaire discuté ensemble. Nous confirmons l'intérêt de Gregelux à céder au prix convenu les actions et créances intéressant votre client. La transaction devra s'effectuer par l'intermédiaire du compte….. de Gregelux et le paiement se fera contre remise des actions et créance ».

Le 25 avril 1996, A s'adresse à Cregelux pour manifester son intérêt à l'achat de 2.450 actions F pour le prix de 425.000 FRF et pour l'achat d'une créance sûre d'F s'élevant au montant de 875.000 FRF.

Selon pièces du dossier, la BGL accorde le 3 juillet 1997 à la s. à r. l. B un crédit de 1.300.000 FRF destiné à l'acquisition de 2.450 parts F, crédit à garantir par le nantissement des 2.450 parts F à déposer au porte-feuille-titres 772962/70 de B et un acte de cautionnement de A. Le même 3 juillet 1997 un contrat de fiducie est conclu entre la société J Ltd et la BGL portant sur le montant de 1.300.000 FRF destiné à être mis à disposition de l'emprunteur la s. à r. l. B. (Le 13 mars 2002 G informe Me Schwartz qu'il s'agirait là du montant de 1.300.000 FRF reçu par Arodene qui les aurait transférés à J laquelle les aurait bloqués en faveur d'un crédit fiduciaire accordé à B).
Selon un extrait de compte du 23 juillet 1997, B est créditée de la somme de 1.300.000 FRF. Un extrait de compte du 3 septembre démontre le débit du même montant à destination de Crégélux.

Le 7 août 1997 la s. à r. l. B demande à la BGL le transfert de la somme de 1.300.000 FRF par le débit du compte 30-772962-3 en faveur de CREGELUX avec la mention F.

Le 22 août 1997 J ltd remet à la BGL le titre no 3 sur 2450 actions pour le voir déposer sous le compte 30-059033-19-5 de Cregelux avec la mention « conformément à nos accords opération FS.A. ».

Le 30 septembre 1997, la BGL informe B du versement des 2450 actions F.

F demande le 24 octobre 1997 à la Banca Popolare di Novara le transfert de la somme de 900.000 FRF en faveur de la société L avec la mention « financement en compte courant ». Un rapport de visite du même jour de I chez G précise que sur le solde de 1.300.000 FRF de H ltd 400.000 FRF seraient à garder sur les comptes « qui représenteraient un accord entre A et Z pour la cession M. Nous recevrons des instructions par écrit par le promoteur respectivement I. Le solde de 900.000 FRF est à transférer à F (financement créditeur) puis à transférer à L qui, à son tour, élargira ses participations ».

B est informée le 13 juillet 2000 par la BGL par référence à la lettre du 3 juillet 1997 de l'augmentation du taux des intérêts et copie de cette lettre est adressée à la caution solidaire. En date du 28 août 2000 la BGL fait un rappel de régularisation du solde-débiteur du compte B et demande le remboursement annuel de 260.000 FRF. B transmet le 13 septembre 2000 un chèque de 72.317 FRF en règlement des intérêts débiteurs.

Le 11 janvier 2001, la fiduciaire G informe la Banca Popolare di Novara que les « Beneficial owner » de F sont E et A.

Le 13 janvier 2001 E cède la totalité du capital d'F, soit, les 5.000 actions, à C.

Le 12 octobre 2001 B informe la BGL de sa décision de rembourser la totalité du crédit de 1.300.000 FRF avec les intérêts de 18.000 FRF figurant sur le compte 30-772962-0 et le 1er mars 2002 elle est informée par la BGL de la suppression du crédit en ses livres.

Un fax message du 13 mars 2002 de la Fiduciaire G à Maître Schwartz précise qu'K aurait été créditée de 1.300.000 FRF, qu'elle les a aurait transférés à J qui les aurait bloqués en faveur d'un crédit fiduciaire accordé à B (Monsieur A), que le crédit a été remboursé en octobre 2001, que les fonds ont été débloqués et crédités à F qui présenterait un solde créditeur de 221.316,84 €.

Le 13 décembre 2001, C informe Maître Schwartz qu'il aurait repris les parts de E.

Une attestation testimoniale de W établit qu'il aurait investi avec A en 1983 dans une société de tourisme dénommée « N ». La marque « F » aurait été créée dans le cadre de cette société et aurait été utilisée par A pour constituer une société au Luxembourg destinée à coiffer ses différentes sociétés en France.

Georg LECHLEITER, avocat à Zurich, certifie le 7 juin 2004 qu'il aurait créé les conditions pour que les 1.300.000 FRF lui confiés par E par l'intermédiaire de I soient transférés à la BGL au profit de la société J. Un débit de la SBS (Société de Banque suisse) du montant indiqué, daté au 26 février 1997, se référant à un ordre du 19 février 1997 est joint.

Une déclaration solennelle de Maître Schwartz, faite devant notaire le 15 mars 2005, atteste que Maître C a repris le 13 janvier 2001 les actions de E et toute la structure juridique faite aurait été rappelée à G lors d'une réunion du 28 mai 2002.

G confirme le 11 juin 2004 à I que jusqu'au 30 juin 1998 elle n'aurait reçu d'instructions pour F que de la part de lui-même, donc de I.
Le 8 juin 2004, Y, commissaire aux comptes, atteste que durant son mandat d'avril 1991 à 2001, il n'a jamais été en rapport avec A.

Sur la base de ces pièces, la position de C, de D et de E est la suivante :

F aurait été financée par D qui aurait vendu ses actions à E lequel les aurait cédées à C.

Afin de faciliter les contacts bancaires en France, E aurait voulu faire apparaître un actionnariat domicilié en France à ses côtés. A cette fin, et pour faire apparaître A, qui assumait des fonctions de prête-nom similaires dans des filiales françaises d'F, il aurait été convenu de procéder à la confection d'actes de cession antidatés consistant à faire apparaître leurs deux noms sur les actes de cession lors de la création et lors de l'augmentation du capital de la société. Dans la même optique, les conditions auraient été créées pour que la société B puisse acquérir en tant que prête-nom dans le cadre d'un portage, pour le compte du propriétaire d'F, 2.450 des 5.000 actions de la holding luxembourgeoise. B n'aurait acquis ces actions qu'en raison du dépôt effectué par le propriétaire du capital d'F, E , à la banque des fonds que celle-ci s'engageait, par accord fiduciaire en date du 3 juillet 1997 à mettre à la disposition de B, sous la forme d'un prêt fiduciaire, la banque jouant le rôle d'un pur prêteur pour compte, sans engagement de ses propres fonds. En

remboursant en octobre 2001 le prêt fiduciaire, qui n'avait pas à l'être puisqu'il s'agissait d'une pure fiction, A se serait prévalu de la qualité de véritable propriétaire.

Ce serait à juste titre que le tribunal aurait considéré C comme étant propriétaire des actions relevant des titres no 1 (2.549 actions) et no 2 (1 action). B et A ne seraient pas fondés à se prévaloir de l'article 2279 du Code civil, à travers le dépositaire commun G qui ne les aurait détenues que pour le compte d'autrui et n'aurait jamais prétendu en être le possesseur. G n'aurait jamais détenu les certificats pour compte de A ou de E.
Le tribunal aurait encore à raison retenu comme établi le droit de propriété de D sur les 2.800 actions émises lors de la constitution d'F, les actes de cession d'actions et d'options en août 1995 au profit de A et de E n'ayant pas correspondu à une véritable transaction, A n'étant entré en contact avec F qu'à cette date et G et X n'étant à cette date plus propriétaires des actions.
Ce serait encore à bon escient que le tribunal aurait admis comme établi le droit de propriété de D sur les 2.200 actions émises le 25 août 1993 lors de l'augmentation du capital et ce jusqu'à la date du 7 juin 1995, ces actions ayant été libérées non pas par un apport extérieur, mais par compensation de créance avec le compte Créditeurs divers. H serait devenu titulaire des 2.200 actions nouvelles pour le compte de D. Le 22 août 1995 les 5.000 actions F ont donné lieu à la création de trois certificats d'action. Il serait certain C serait propriétaire des 2.550 actions représentées par les certificats 1) et 2) pour les avoir acquis de E et le jugement entrepris serait à confirmer sur ce point.

Le jugement de 1re instance serait néanmoins à réformer en ce qu'il a retenu le droit de propriété de B sur les 2.450 actions représentés par le certificat 3). Le titre d'acquisition de B ne constituerait qu'un titre apparent. B n'aurait acquis qu'en tant que prête-nom dans le cadre d'un portage. Ce prête-nom se dégagerait en premier lieu du contenu du « Fiduciay agreement » conclu entre J Ltd et la BGL en date du 3 juillet 1997. J aurait agi pour compte de E, propriétaire du capital d'F. Ce « Fiduciary agreement » serait à placer dans le contexte du prêt conclu le même jour entre la BGL et B. Le Fiduciary agreement révèlerait dans son contenu que le contrat de prêt n'aurait qu'un caractère fictif dès lors qu'il prévoirait le dépôt par J de la somme de 1.300.000 FRF, montant que la banque a mis à la disposition de B pour acquérir les 2.450 actions. La somme de 1.300.000 FRF aurait donc été avancée par E à B derrière l'écran de la BGL pour donner à B la possibilité d'acquérir en tant que prête-nom les 2.450 actions dans le cadre d'un portage. Aussi lors du remboursement du prêt, la banque n'aurait-elle pas gardé l'argent, mais l'aurait retourné à G (J), ceci en conformité avec le « Fiduciary agreement ». Pour cette raison aussi C s'engagerait à restituer la somme de 1.300.000 FRF à B via la BGL tandis que le certificat no 3 portant sur les 2.450 actions lui serait restitué.
Le prête-nom de B résulterait ensuite de l'origine des fonds ayant permis l'acquisition des titres. Il se dégagerait de l'attestation LECHLEITER que le montant de 1.300.000 FRF serait parvenu à J sur ordre de E, et DPM n'aurait pas pu emprunter le montant en question. La mise en gage du certificat no3, caractéristique de l'opération de portage, serait destinée à protéger E contre tout risque d'aliénation frauduleuse de ses actions.

Le prête-nom ressortirait en 3me lieu de l'impossibilité où se trouvent A et B d'expliquer la provenance des 2.450 actions au regard des deux actes antidatés portant sur 2.800 et 2.200 actions et encore finalement de la réaction de la BGL lors du remboursement du prêt fiduciaire par B en continuant l'argent à F (pièce 19 Me Turk).

A et la s. à r. l. B procèdent à une analyse détaillée et critique des pièces dont ils déduisent ce qui suit :

D invoquerait à tort une cession des actions de la part de G en sa faveur le 19 avril 1991, son nom ayant été rayé le 22 août 1995 pour être remplacé par ceux de A et E, qui seraient donc les cessionnaires. Elle ne serait donc pas le véritable actionnaire de la société. Elle ne disposerait de surplus d'aucun document lui accordant un droit quelconque sur les nouvelles actions souscrites lors de l'augmentation du capital le 25 août 1993. Ne disposant pas des actions, elle ne pouvait pas les céder à E le 7 juin 1995. Lors de la réunion de régularisation du 22 août 1995, pendant laquelle tous les intéressés étaient présents ou représentés, il fut constaté que l'ensemble des actions appartenait à A et E et les cessions furent datées ou jour de la cession et à celui de l'augmentation du capital, A disposant ainsi de 2.500,5 actions et E de 2.499,5. Cette situation serait considérée à tort par les parties adverses comme étant l'expression d'un portage d'actions par A en faveur de E. Pour établir leur version, elles devraient prouver outre et contre les écrits et non simplement affirmer l'existence d'une fiducie non documentée. Les documents antidatés ne seraient pas nuls et sans effet, mais seulement inopposables aux tiers en ce qui concerne la date. Les antidates auraient été faites de l'accord de E qui était actionnaire avec A. Entre eux les antidates seraient bien valables.

Après la réunion de régularisation, B aurait acquis en 1997 2.450 actions, acquisition financée par un prêt de la BGL à B, remboursé en 2001. Le certificat relatif à ces actions aurait été remis par G via H à Cregelux qui les aurait transférés à la BGL pour compte de B. Les actions seraient inscrites au compte titre de B auprès de la BGL depuis 1997 et inscrits au bilan de B depuis lors. Le bilan B montrerait aussi le prêt BGL de 1.300.000 FRF. DPM serait le propriétaire physique et incontestable des 2.450 actions. B et A admettent néanmoins que l'origine des actions n'est pas clairement définie. Deux schémas seraient possibles, soit une vente à B par l'indivision A-ES à charge de chacun de fournir la moitié des 2.450 actions, soit une vente par A seul. Dans cette dernière alternative, A aurait droit au montant de 1.300.000 FRF payé par B et attribué à F.

Pour ce qui est de l'acquisition par C des actions de E aucun contrat de cession en bonne et due forme ne serait produit. Ni la date de cession exacte, ni le nombre d'actions, ni le prix ne seraient précisés. La cession serait des plus douteuses ce d'autant plus que E ne pouvaient céder que le nombre d'actions qui lui revenaient. Si E prétend que E était son homme de paille il en aurait la charge de la preuve. Son affirmation irait à l'encontre des pièces du dossier.

Dans leur réplique C, D et E contestent la thèse développée par B et A selon laquelle les actes antidatés de 1991 et 1993 et confectionnés le 22 août 1995

constitueraient une régularisation de l'état du partage du capital depuis la création d'F. A ne démontrerait pas être investisseur dès la création, aucun apport financier n'étant établi de sa part. La propriété des 2.450 actions ne pourrait pas se justifier sur base de pièces antidatées et aucune cession d'actions ne serait établie. Un prêt fiduciaire ne saurait être qualifié de simple financement bancaire. B aurait bénéficié d'un prêt de 1.300.000 FRF de la part de J agissant pour compte de E. Cette somme n'aurait jamais servi de « dépôt de garantie » ou de « fiducie-garantie » pour un prêt que la BGL aurait consenti à B. Au terme du processus d'achat par B du titre no 3 déposé par H chez Cregelux, la somme de 1.300.000 FRF qui en a permis l'achat serait revenu chez H (G).

Selon B, elle aurait acheté, payé et reçu en 1997 sur son compte titres auprès de la BGL les 2.450 actions F qu'elle détient encore aujourd'hui. Ces actions auraient été financées par le biais du prêt accordé par la BGL. En garantie du prêt B aurait donné en gage les actions et apporté le cautionnement personnel de A. B et A aurait tout ignoré d'un montage. Mais même l'existence d'une telle fiducie pour ce prêt n'établirait pas que l'acquisition des titres aurait été faite à titre fiduciaire. Aucune pièce ne le prouverait.

Décision

L'assemblée générale extraordinaire du 25 août 1993 destinée à l'augmentation du capital d'Eurocharter, ayant réuni les actionnaires d'F sans précision de leur nom et ayant créé 2.200 actions nouvelles souscrites par H précise : « L'unique autre actionnaire, à savoir, Monsieur X…..a déclaré renoncer à son droit de souscription préférentiel ». Le même acte prévoit en son point II que les actionnaires présents ou représentés, les procurations des actionnaires représentés et le nombre d'actions qu'ils détiennent sont renseignés sur une liste de présence qui est signée par les actionnaires, les mandataires des actionnaires représentés, le bureau et le notaire instrument. Cette liste, versée à la suite d'une rupture du délibéré, renseigne comme étant actionnaire outre X, la société H (Bahamas) ltd comme détentrice de 2.799 actions. Par cette souscription H est devenu actionnaire de 4.999 actions. Il ressort de même de l'acte notarié que les 2.200 actions nouvelles ont été libérées intégralement en numéraire de sorte que le montant de 2.200.000 francs se trouvait à disposition de la société. Dès lors que H et X n'ont jamais revendiqué la propriété des actions, il faut admettre qu'ils les ont détenues pour compte. Le propriétaire des actions, faute d'autres éléments et surtout faute de détention matérielle par une partie au litige, devra être recherché par le biais du financement.

Le contrat de domiciliation conclu entre D et G qualifie D comme étant soit actionnaire et/ou promoteur et/ou mandataire des actionnaires. Cette pièce à elle seule n'est donc pas de nature à établir sa qualité d'actionnaire. Toujours est-il que les transferts de fonds certifiés par la Banque Rothschild ont été faits sur son ordre. La Cour d'appel ne saurait admettre qu'un tiers non titulaire du compte ou non doté d'une procuration puisse donner un ordre de transfert de fonds qui encore serait exécuté. Une nouvelle attestation de la Banque Rotschild du 17 novembre 2009 établit la destruction des fichiers et l'impossibilité de produire copie du transfert des fonds. Les parties C, D et E versent néanmoins aux débats un

transfert du 6 mai 1991 de la somme de 476.000 francs suisses sur le compte de la Banca Popolare di Novara provenant de la Banque Rotschild, ce qui confirme l'attestation de la banque Rotschild du 4 novembre 2002 qu'elle aurait transféré :
le 27.03.1991 la somme de 476.000 CHF
le 25.08.1993 la somme de 1.250.000 FF
le 16.06.1994 la somme de 800.000 FF
La banque n'indique pas le compte par l'intermédiaire duquel le débit a été opéré. Selon pièces soumises à la Cour le compte de Me Martin SCHWARTZ auprès de la Banca Populare di Novara a été débité de 315.625 francs suisses le 23 août 1993 et de 800.000 francs français le 14 juin 1994 pour être transférés à Eurocharter. Le montant de 315.625 francs suisses correspond à environ 11.900.000 Flux ou 1.990.000 FF. Les parties C, D et E produisent un virement portant sur le montant de 476.000 FS transféré de la Banque Rotschild à la Banca Popolare di Novara du 7 mai 1991. Les parties A ne font preuve d'aucun paiement.

Le dossier soumis à la Cour contient plusieurs attestations testimoniales et lettres soumises par les parties C, D et E, attestations qui sont critiquées par les parties A d'irrecevables pour n'être pas conformes à l'article 402 du NCPC. Or les règles de forme de cet article n'étant pas prescrites à peine de nullité, il appartient au juge du fond d'apprécier souverainement si une attestation non conforme aux règles de l'article 402 présente ou non des garanties suffisantes pour emporter sa conviction et ne pas l'écarter des débats. De même une attestation critiquée, faite sur l'honneur et devant notaire et par là authentifiée, constitue un élément de preuve tout comme une déclaration dactylographiée peut emporter la conviction du juge. La Cour d'appel ne disposant d'aucun argument de nature à dire que les irrégularités dont sont attachées diverses attestations ne lui permettraient pas d'y attacher foi, elle n'entend pas les rejeter des débats. L'attestation de I n'est pas à rejeter non plus au motif qu'il est l'époux commun en biens de D, cette dernière ne prétendant pas sa propriété sur les actions et le témoin n'ayant aucun intérêt direct ou indirect prouvé à l'issue du litige.

Maître Martin Schwartz atteste que D a été jusque fin 1994 sa seule et unique interlocutrice et donneuse d'ordres dans la construction et la mise en œuvre de la structure juridique devenue F. Cette attestation corroborée par les virements et la cession de 2.799 actions à D confirme à suffisance de droit sa qualité d'actionnaire et de propriétaire de l'intégralité des 2.800 actions existant à l'époque de la création de la société le 19 avril 1991 à la suite de la cession de son action par X. L'attestation de W n'est pas de nature à énerver cette constatation. Le témoin certifie uniquement qu'il aurait créé dans le cadre d'une société de tourisme la marque F avec A qui lui aurait demandé en 1991 la possibilité d'utiliser ce nom pour une société luxembourgeoise à créer. Cette attestation n'est toutefois pas de nature à établir dans le chef de A la propriété des actions.

Le 23 août 1993 la Banque Rotschild a transféré du compte de Maître Schwartz la somme de 315.625 CHF sur le compte F auprès de la Banca Popolare di Novara.

Intervient alors le 25 août 1993 l'augmentation de capital d'un montant de 2.200.000 FLUX. Le notaire certifie que le capital social est libéré et la banque

Rotschild atteste avoir viré le 25.08.1993 la somme de 1.250.000 FF. Y, commissaire aux comptes, certifie que les transferts de fonds ont été faits sur ordre de D. Il faut donc admettre que H et X ont détenu les actions pour compte de D qui était actionnaire unique, ce qui est encore confirmé par le virement du 16 juin 1994 d'un montant de 800.000 francs français, 4.613.715 flux, sur le compte F pour être porté sur le compte Créditeurs divers Le 7 juin 1995 D cède ses 5000 actions à E. Depuis cette date E en est le propriétaire.

Toutes les parties sont d'accord à admettre que les actes antidatés au 25 août 1993 portant notamment cession par G à E et A de 2.799 actions ont été signés le 22 août 1995. Ces actes ne sauraient valoir vente, faute par G d'avoir été propriétaire et détentrice des actions et faute de preuve de mandat de vendre dans son chef et encore en présence de la qualité de propriétaire d'ores et déjà établie dans le chef de E qui tient ses droits de D, non partie au contrat antidaté, raison pour laquelle ce nouveau contrat ne saurait valoir contre-lettre. A reconnaît au demeurant n'être entré en contact avec les actionnaires d'F qu'au mois d'août 1995. Aucune cession entre E et A n'est établie, ni alléguée. A ne prouve aucun paiement de sa part et ces actes de cession ne comportent aucun prix. Il ne prouve pas que G ou D aient agi pour son compte, ni qu'il ait mis les fonds nécessaires à leur disposition. Aucun élément juridique ne plaide en faveur d'une annulation des transferts d'actions antérieurs, ni en faveur d'une « régularisation » comme l'affirment les parties A qui ne précisent pas autrement leur pensée. Il ressort de ces éléments que A ne saurait tirer de ce contrat aucun droit de propriété sur les actions. Il peut tout au plus être considéré comme porteur précaire et à titre fiduciaire des actions, ce qui est encore confirmé par la déposition de I. A et B en tant que revendiquant n'ont pas établi leur droit de propriété sur les actions.

La Cour d'appel n'est pas en possession d'un procès-verbal relatif à une assemblée générale ayant eu lieu entre le 18 et le 26 octobre 1993 et pour laquelle A a été mandaté et ne saurait tirer la moindre conséquence de la lettre non datée de D.

Le même 22 août 1995 sont établis outre les actes antidatés les trois titres au porteur. Ces titres au porteur appartiennent nécessairement à E, propriétaire des actions, ce qui encore est confirmé par I qui affirme qu'il en serait resté le donneur d'ordre pour compte de E qui pouvait, par son intermédiaire les récupérer à tout moment. Selon I encore, pour parfaire l'opération de portage, le titre représentatif des 2.450 actions aurait été cédé dans un cadre fiduciaire et garanti par un accord fiduciaire entre J ltd et la BGL. Cette construction n'est pas contredite par le rapport de visite établi par X à la suite d'une entrevue avec I le 22 août 1995.
A cette fin et en exécution du projet négocié lors de la visite, G s'est adressée le même 22 août 1995 à la BGL pour l'informer du fait qu'une société domiciliée chez elle vendra via achat et vente hors bourse 51% des ses actions à un résident français pour le montant de 1.300.000 FF et que la vente s'effectuera de H vers la banque et de la banque vers le nouveau promoteur. Le montant de 1.300.000 FF est transféré le 11 avril 1996 du compte de Maître Martin Schwartz en faveur du compte d'K ltd. Selon téléfax de G, K aurait retransféré le montant de 1.300.000 FF à J ltd qui les aurait bloqués en faveur d'un crédit fiduciaire accordé à B. Le 26 février 1997 un autre montant de 1.300.000 FF est transféré du compte de Georg

Lechleiter à la BGL. Georg Lechleiter affirme qu'il aurait agi sur instructions de I, mandaté par E, pour que les fonds en question, confiés par ce dernier, soient apportés à la BGL en faveur de J.

Le 3 juillet 1997 avec effet au 15 juillet 1997 est signé le Fiduciary agreement entre J ltd et la BGL en vertu duquel J a déposé auprès de la BGL la somme de 1.300.000 FF en contrepartie d'un prêt à accorder à la s. à r. l. B au taux débiteur de 5 1/8% conformément au contrat de prêt du 3 juillet 1997. Le contrat fiduciaire est un contrat par lequel une personne, le fiduciant, convient avec une autre personne, le fiduciaire, que celui-ci sous les obligations déterminées par les parties devient propriétaire de biens formant un patrimoine fiduciaire. Entre parties les règles du mandat sont en principe applicables et ni le fiduciant ni le tiers ne peuvent se prévaloir du contrat fiduciaire pour créer un lien direct entre eux. Le contrat de fiducie était régi à l'époque par le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 qui le définissait en son article 2 comme étant un contrat par lequel une personne, le fiduciant, *en l'occurrence J,* convient avec un établissement de crédit, le fiduciaire, *la BGL*, que le fiduciaire sera rendu titulaire de droits patrimoniaux, l´actif fiduciaire, mais que l´exercice de ces droits patrimoniaux sera limité par des obligations, le passif fiduciaire, déterminées par le contrat fiduciaire. L'objet du contrat de fiducie était en l'espèce de mettre à disposition d'un emprunteur, à savoir la s. à r. l. B le montant du dépôt de 1.300.000 FF sous forme d'un prêt à raison d'un taux d'intérêt de 5 1/8 %. Le prêt en question devait être celui déterminé dans le contrat de prêt du 3 juillet 1997 pour la période du 15 juillet 1997 au 17 juillet 2000. La commission fiduciaire était de 12.000 FF par an. Les obligations de la banque se limitaient à mettre le dépôt à la disposition de l'emprunteur et de rendre disponible pour le fiduciant les montants payés à la banque par l'emprunteur.
Le contrat de prêt du 3 juillet, conforme aux stipulations du contrat de fiducie, a pour objet l'acquisition de 2.450 parts F S.A. Le crédit était à garantir par le nantissement des 2.450 parts à déposer au portefeuille de B. Le prêt était encore garanti par le cautionnement solidaire et indivisible de A et était accordé pour une durée de 5 ans à partir de son tirage qui devait être le 15 juillet 1997 et était remboursable par des annuités de 260.000 FF. Le versement devait se faire par le biais du compte-courant de la s. à r. l. B no 30-772962-03. Un agrément complémentaire conclu entre J et la BGL a prorogé le prêt fiduciaire au 17 juillet 2002 conformément au contrat de prêt. En exécution de ces contrats B est créditée le 23 juillet 1997 de la somme de 1.300.000 FF.
La mise en gage des titres F porte la même date que le contrat de fiducie et le prêt qui est celle du 3 juillet 1997.
Le 7 août B sollicite par le biais de son compte-courant préindiqué le transfert de la somme de 1.300.000 FF avec la mention F en faveur de Cregelux sur le compte 30-059033-19-5, une émanation de la BGL. B a partant restitué la somme « prêtée ». Le 22 août 1997 J remet le certificat no 3 portant sur 2.450 actions à la BGL avec prière de le déposer sous le compte cité de la société Cregelux avec la mention « conformément à nos accords opération F ». Le 30 septembre 1997 la BGL certifie à B p.a Fiduciaire G le versement de 2.450 actions F avec la mention « acquisition » sous le dépôt 772962, qui n'est pas le compte de Cregelux, mais celui de B.

Il se dégage des pièces produites en cause et de l'analyse des faits que le contrat de fiducie, le contrat de crédit et le nantissement constituent une construction juridique unique par laquelle E, propriétaire des actions, a prêté fiduciairement par le biais de J à A et à la s. à r. l. B la somme de 1.300.000 FF pour l'acquisition à titre fiduciaire de 2.450 actions F, ces actions ayant été déposées par E par le biais de J. Cette acquisition à titre fiduciaire n'a pas rendu les parties A propriétaires des actions, mais seulement détenteur à titre précaire et fiduciaire. Il n'y a en effet pas eu achat régulier par paiement des actions. En tant que porteur B a l'obligation de rendre les actions à son véritable propriétaire qui était à l'époque E. Il ressort encore de ces pièces que B et/ou A n'ont pas pu procéder au nantissement des titres qui ne leur appartenaient pas en propre et qui n'étaient pas en leur possession, mais que le dépôt a été fait par J. J voulait le faire sur le compte Cregelux, mais son ordre a été exécuté en ce sens que le dépôt a été fait par la BGL sur le compte B, conformément au contrat de fiducie. Le 12 octobre 2001 B désire rembourser le prêt figurant sur le compte 30-772962-0. Or, B n'avait en fait pas bénéficié d'une avance de fonds et aucun débit du chef d'un principal de 1.300.000 FF ne devait exister sur ses comptes. Les extraits de compte de juin et juillet 1997 de la s. à r. l. B démontrant les transferts de fonds, prouvent effectivement l'absence de tout débit sur le compte B, ce compte étant tout simplement à zéro après le transfert à Cregelux. Cette déduction est encore confirmée par une lettre de la BGL du 28 août 2000 qui ne fait que réclamer un solde débiteur de 72.317 FF. Aucun remboursement annuel n'a été effectué. Aussi la BGL a-t-elle continué les fonds à K qui les a transférés à J qui de nouveau les a bloqués en faveur et en exécution du crédit financier accordé à B.

Dès lors que ni J, ni B ne peuvent se prévaloir du contrat fiduciaire pour créer un lien entre eux, il n'appartenait pas à B de procéder au règlement de la somme de 1.300.000 FF dont elle n'était réellement pas débitrice. Ce paiement, faute d'accord du propriétaire hors contrat fiduciaire ne lui permettait pas de se rendre acquéreuse des actions F données en nantissement par J pour compte de E de sorte que le bénéficiaire économique de F est resté E. Aucun contrat de vente entre E et A respectivement entre E et la s. à r. l. B n'est alléguée ni a fortiori établi ou versé en cause. La déduction que E est l'actionnaire d'F est par ailleurs confirmée par l'attestation du commissaire aux comptes Y que durant son mandat d'avril 1991 à 2001, il n'a jamais été en rapport avec A. Aussi la BGL, prêteur apparent, n'a-t-elle pas retenu la somme de 1.300.000 FF à titre d'apurement d'un crédit concédé, mais a continué le montant en question à K qui l'a viré à J. La lettre de G du 17 novembre 2004 est trop imprécise pour valoir preuve notamment pour ce qui est de la première apparition de A. Le fait que A s'est présenté une fois par an à partir de 1995 dans les locaux de G avec I ne prouve pas sa qualité de propriétaire réel et effectif ce d'autant moins que Madame V et U qui ont signé cette lettre, n'étaient pas informés de tous les détails de la convention entre parties et qu'ils ignoraient la cession intervenue entre D et E et surtout le contrat de fiducie signé en cause, ce qui les a au demeurant amenés à conseiller le remboursement d'un prêt qui n'existait pas. Toute la construction juridique, étayée par les pièces analysées, est confirmée par une attestation de I du 20 mai 2005.

Suivant contrat de vente du 13 janvier 2001, allégué de faux par la partie A, E a vendu les 5000 actions F à C. Selon les parties A cette cession serait à rejeter des

débats pour n'avoir pas date certaine et pour n'avoir été produite que sur demande de la Cour d'appel et non spontanément dès le début de la procédure. Le contrat de vente est confirmé par l'attestation de I. Comme les parties A n'ont aucun droit sur les actions, elles n'ont aucun intérêt à soulever la nullité de la cession, ce d'autant moins que A et B ont précisément assigné C en sa qualité de co-actionnaire pour voir dire qu'eux-mêmes sont propriétaires d'une quote-part des actions, lui reconnaissant ainsi un droit de propriété. Même si le contrat de vente n'avait pas été soumis ou signé, C avait déjà par courrier du 13 décembre 2001 attesté être propriétaire des actions pour les avoir repris de E. Lors de l'audience du 2 juin 2010 l'original du contrat a été remis à la Cour. Il n'a plus fait l'objet de contestations. La totalité des actions et des titres représentatifs appartient en conséquence à C.

D n'a pas émis de prétentions au sujet des actions, mais se borne à réclamer des dommages-intérêts dans la mesure où la validité de sa cession a été mise en doute. Elle a donc intérêt à agir. Le moyen tiré du défaut de qualité et du défaut d'intérêt est à rejeter. La qualité d'agir de E n'a pas fait l'objet d'une contestation.

C a assigné A le 18 juin 2002 en validation de la saisie pratiquée le 12 juin 2002 sur le certificat no 3 représentant 2450 actions F selon autorisation présidentielle du 7 juin 2002 Cette saisie a été annulée par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg au motif que B et non pas A serait la partie saisie et que la saisie n'a pas été dénoncée dans le délai légal à B. Cette décision est à confirmer par adoption de la motivation des premiers juges. Même si A est l'actionnaire unique de B, il n'est pas le saisi, le titre saisi ayant été déposé sur le compte de la société B qui jouit d'une personnalité juridique autonome.

C conclut dans son acte d'appel à voir condamner A à la restitution du certificat représentant 49% des actions F. Il se dégage des pièces versées et examinées que ce n'est pas A, mais la société B qui est en possession des titres, la Cour ne saurait en conséquence pas faire droit à la demande.

D et E réclament la somme de 250.000 € à titre de dommages-intérêts sans néanmoins établir le moindre préjudice. Leurs demandes sont à rejeter.

Suite à sa demande, il est donné acte à C qu'une fois dans ses droits, il donnera instruction à F de restituer à B la somme de 1.300.000 FF.

La demande en octroi d'une indemnité de procédure de A et de DPM est à rejeter, ces appelants n'obtenant pas gain de cause dans leur recours.

Les appelants C, D et E ne justifiant pas de l'iniquité requise et ne précisant pas à qui l'indemnité de procédure sollicitée est à verser, ils sont à débouter de leur demande.

P a r c e s m o t i f s :

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

déboutant de toutes conclusions plus amples ou contraires comme non fondées,

reçoit les appels en la forme,

rejette l'appel de la s. à r. l. de droit français B et de A,

R E F O R M A N T

dit fondé l'appel d'C,

dit qu'C est propriétaire des 5.000 actions de la S.A. Eurocharter,

confirme le jugement entrepris en ce qu'il a annulé la saisie pratiquée,

par confirmation du jugement entrepris, déboute E et D de leur demande en octroi de dommages-intérêts,

rejette les demandes en octroi d'une indemnité de procédure,

déclare le présent arrêt commun à E, D et la S.A. F.

condamne A et la s. à r. l. de droit français B solidairement aux dépens des deux instances à l'exception des frais engagés par la saisie annulée qui resteront à charge d'C.

La lecture du présent arrêt a été faite en la prédite audience publique par Edmée CONZEMIUS, présidente de chambre, en présence d'Antoinette PASCUCCI, greffier.