Audience publique du cinq février mil neuf cent quatre-vingt-douze.

Numéro 10595 du rôle.

Composition:

Messieurs

KAYSER,	président de chambre,
EVERLING,	président de chambre,
JENTGEN,	1er conseiller,
EDON,	avocat général,
PETTINGER,	greffier.

Entre:

La société (soc. l.) COMPANY N.V., établie et ayant son siège social à (...), représentée par son administrateur- directeur S. (...), demeurant à (...), United Kingdom;

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Roland FUNK de Luxembourg en date du 17 novembre 1987;

comparant par Maître Lucy DUPONG, avocat, demeurant à Luxembourg;

et:

1) la société anonyme Soc. 2.) (LUXEMBOURG) S.A., établie et ayant son siège social à (..) , représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions;

intimée aux fins du prédit exploit FUNK,

comparant par Maître Yves PRUSSEN, avocat, demeurant à Luxembourg;

2) la société de droit suisse Soc. 3.) (...) , en liquidation concordataire, établie et ayant son siège social à (..) , Suisse, représentée par ses liquidateurs Dott. Inzo TONGNOLA, demeurant à Minusio, Enrico BRUGGINI, avocat, demeurant à Locarno, Luciano GUIDICI, avocat, demeurant à Locarno, Ferrucio COMPONOVO, CAVERZASION, demeurant à Vico, MORCOTA, p. adr. FIDUCIARA CAVERZASION, Via Somaini, 5, Lugano (Suisse);

intimée aux fins du prédit exploit FUNK;

comparant par Maître Jacques LOESCH, avocat, demeurant à Luxembourg;

3) le sieur Peter EVANS, expert-comptable, et

4) le sieur Brian F. FREE, administrateur de société, les deux demeurant à Nassau/Bahamas, agissant en leur qualité de liquidateurs de la société de droit bahaméen Soc. 4.) INTERNATIONAL LIMITED, établie et ayant son siège social à (...) ;

5) la société de droit bahaméen actuellement en liquidation Scc.4.) INTERNATIONAL LIMITED, établie et ayant son siège social à (...)
, représentée par ses liquidateurs les sieurs EVANS et FREE, préqualifiés;

intimés aux fins du prédit exploit FUNK;

comparant par Maître Nico SCHAEFFER, avocat, demeurant à Luxembourg.

La Cour d'appel:

Revu l'arrêt rendu le 13 octobre 1982 par lequel la Cour, après avoir reçu en la forme l'appel principal relevé par la société anonyme Scc.2.) LUXEMBOURG (Scc.2.) et l'appel incident, relevé par la société de droit bahaméen en liquidation Scc.4.) INTERNATIONAL LIMITED (Scc.4.), ainsi que par la société du droit des Antilles Néerlandaises Scc.1.) COMPANY N.V. (Scc.1.) d'un jugement rendu le 4 octobre 1979 par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, dans un litige opposant Peter B. EVANS et Brian F. FREE, administrateurs de sociétés, agissant en leur qualité de liquidateurs de Scc.4.), cette dernière société, Scc.2.), Scc.1.) ainsi que la société de droit

suisse Scc.3.) (Scc.3.), actuellement en liquidation concordataire,

- a déclaré l'appel incident de Scc.4.) non fondé;

- a dit l'appel principal de Scc.2.) et l'appel incident de Scc.1.) justifiés et a, par réformation du jugement déféré, nommé 3 experts avec la mission "de concilier les

parties, sinon de se prononcer dans un rapport motivé sur:

" 1) la provenance des fonds litigieux actuellement détenus par Scc.2.) (Luxembourg);

2) les circonstances dans lesquelles les transferts de fonds litigieux (y compris le cas échéant celui de la somme de 400.000.- D.m.) ont été effectués;

3) les usages bancaires, en particulier ceux de la place de Luxembourg, au regard de l'exécution des ordres de paiement et de transfert reçus par une banque de la part de son client ainsi qu'au regard des retards d'exécution apportés à ces opérations;"

- a confirmé le jugement pour le surplus;

Vu le rapport des experts du 25 mars 1985;

Attendu que par exploit du 24 septembre 1986 Scc.1) reprenant les moyens et arguments exposés à l'appui de ses demandes formées contre Scc.2), Scc.4.)et les liquidateurs de cette dernière dans les exploits du 24 février et du premier mars 1978 et, faisant valoir en outre, que Scc.2.) ayant accusé réception, le 31 mars 1977, de la communication de S.) du 30 mars 1977 l'informant du caractère fiduciaire des dépôts effectués auprès de Scc.2.) par Scc.3.)sur ordre de Scc.4.)et la sommant d'exécuter l'ordre de transfert du 11 mars 1977, avait, par son "mutisme", acquiescé à ce qui "fut pour elle une nouvelle situation juridique, qui eut pour conséquence de la lier contractuellement à Scc.1.) COMPANY, pour autant qu'elle ne le fut pas déjà auparavant", et lui avait, par son attitude, causé, entre autres, un préjudice résultant

"du coût énorme de ses démarches au Luxembourg, aux Bahamas et en Suisse pour rentrer dans ses fonds", a assigné 1. Soc.2.), 2. Soc.4.), 3. les liquidateurs judiciaires de celle-ci ainsi que 4. Soc.3.) devant le même tribunal d'arrondissement pour:

- les défendeurs sub 2), 3) et 4), s'entendre dire qu'ils sont tenus d'intervenir au litige pour s'entendre déclarer commun le jugement à venir, voir dire que les montants déposés auprès de Soc.2.) par Soc.4.) de 2.000.000 de dollars américains (USD) et 280.000 USD et de 400.000 DM l'avaient été à titre fiduciaire pour compte et aux risques de Soc.1.), qu'ils lui appartiennent en propre et ne tombent pas dans la masse du fiduciaire Soc.4.) en voie de liquidation judiciaire,

- Soc.2.) s'entendre condamner au paiement des susdits montants avec les intérêts en USD et en DM payés sur l'euromarché bancaire, à partir du jour de

valeur du dépôt jusqu'au jour du remboursement, et au paiement de 30.000.000 frs à titre de dommages-intérêts pour perte essuyée et manque à gagner avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice, principalement sur le fondement de la responsabilité contractuelle, subsidiairement, sur le fondement de la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle, les intérêts créditeurs étant dus à partir du 30 mars 1977, date à laquelle le refus de Soc.2.) d'exécuter les ordres de transfert du 11 mars 1977 serait devenu gravement fautif, en dernière subsidiarité, pour le cas où aucune faute contractuelle ou délictuelle ne pourrait être retenue à charge de Soc.2.), sur le fondement de l'enrichissement sans cause au moyen de l'action "de in rem verso";

Attendu qu'en cours d'instance, Soc.4.) a déclaré renoncer à sa demande en paiement de 2.000.000 USD, tandis que Soc.3.) a réduit sa demande de revendication des sommes déposées auprès de Soc.2.) et celle de condamnation de Soc.4.) à 2.280.000 USD;

qu'après avoir décliné la compétence du tribunal, Soc.1.) a conclu à l'irrecevabilité de la demande de Soc.3.), au motif notamment qu'elle serait contraire à l'ordre public luxembourgeois;

Attendu que par jugement du 10 juillet 1987 le tribunal,

- a joint la demande de Soc.1.) introduite par exploit du 24 septembre 1986 à celles pendantes devant le même tribunal,

- a donné acte à Soc.4.) "de la réduction de sa demande à zéro", et à Soc.3.) de la réduction de la sienne à 2.280.000 USD,

- a écarté les moyens d'incompétence et d'irrecevabilité proposés,

- a dit la demande de Soc.3.) fondée, a annulé les opérations de transfert en faveur de Soc.4.) des montants déposés auprès de Soc.2.) a dit que la somme de 2.280.000 USD en principal déposée auprès de Soc.2.) était la propriété de Soc.3.) et a dit que celle-ci avait droit à cette somme avec les intérêts légaux accrus jusqu'au jour du jugement;

- a dit l'action de Soc.1.) non fondée et

- a imposé les frais et dépens de l'instance pour moitié à Soc.4.) et pour moitié à Soc.1.);

Attendu que pour statuer ainsi, le tribunal a considéré notamment:

- que les moyens tirés de l'irrecevabilité de la demande de Soc.3) n'étaient pas fondés, alors que le principe de l'universalité de la faillite, respectivement de la reconnaissance des effets d'une faillite prononcée à l'étranger était admis tant par la jurisprudence luxembourgeoise que suisse, que Soc.1.) ne prouvait pas en quoi l'ordre public luxembourgeois était concerné par l'action de Soc.3.) au Luxembourg, mais qu'il apparaissait au contraire que les dispositions de la loi suisse invoquées par Soc.3.) à l'appui de sa demande présentaient "une ressemblance certaine avec les articles 445 à 448 du Code de commerce luxembourgeois";

- qu'il ressortait du rapport d'expertise que Soc.4.) et Soc.3.) n'avaient pas agi de leur propre initiative en transférant les fonds litigieux auprès de Soc.2.), mais avaient exécuté des instructions émanant du groupe S.) dont Soc.1.) était la filiale à 100 %; que le dépôt de 280.000 USD était un dépôt fiduciaire effectué pour compte de S.), Soc.4.) ayant par lettre du 24 février 1977 confirmé à S.) le dépôt fiduciaire de ce montant: que le dépôt de 3.000.000 USD était, à concurrence de 2.000.000 USD, un dépôt fiduciaire effectué pour compte de Soc.1.), Soc.4.) ayant informé celle-ci par lettre du 1er mars 1977 qu'elle lui cédait une participation de 2.000.000 USD sur le dépôt qu'elle venait de faire auprès de Soc.2.), la cession se faisant aux risques de Soc.1.) et Soc.4.) étant rémunérée au moyen d'une commission fiduciaire et les avis de débit et de crédit redressés par Soc.4.) à Soc.1.) employant encore expressément le terme de "dépôt fiduciaire" et qu'il en était de même en ce qui concernait le dépôt de 400.000 DM, Soc.4.) ayant, dans une lettre explicite du 1er mars 1977,

confirmé à Soc. 1.) ce dépôt fiduciaire;

- que les conséquences juridiques de la nature fiduciaire de ces dépôts, ainsi que la régularité des transferts incriminés devaient s'apprécier au regard des critères dégagés par la loi applicable, c'est-à-dire par celle du lieu d'exécution du contrat de fiducie, en l'espèce par la loi suisse, dès lors que les transferts litigieux avaient été effectués en Suisse et que cette loi permettrait de prouver si le revendiquant Soc. 1.) était propriétaire en déterminant à qui la propriété s'était trouvée transférée à l'époque de la déclaration de la liquidation des biens;

- qu'en droit suisse, la convention de fiducie opère le transfert intégral du droit du fiduciant au fiduciaire, que ce dernier devient propriétaire de la chose et titulaire de la créance transférée en fiducie, l'acte fiduciaire ne conférant au fiduciant qu'une action personnelle contre le fiduciaire, qui est seul titulaire des droits sur le bien qu'il détient à titre fiduciaire, tant à l'égard du fiduciant qu'à l'égard des tiers, de sorte que le fiduciant est privé de tout droit direct sur le bien et que dans la faillite du fiduciaire, il n'a pas de privilège par rapport aux autres créanciers, qu'il ne peut notamment pas revendiquer la chose par rapport à la masse et que les biens, dont la propriété a été transférée au fiduciaire ne peuvent être saisis qu'au profit des créanciers du fiduciaire, quels qu'ils soient;

- que si, en application de l'article 401 du Code des obligations suisse, le fiduciant peut revendiquer dans la faillite du fiduciaire les droits acquis par le fiduciaire pour son compte et se trouve d'ailleurs subrogé dans les droits acquis par le fiduciaire, une telle subrogation n'a lieu qu'au cas où le fiduciaire

a exécuté ses obligations à l'égard du fiduciaire, à savoir le remboursement en principal et intérêts des avances et frais faits pour l'exécution régulière du mandat et le paiement de la commission convenue, ce qui, en l'espèce, n'était ni établi, ni même allégué par Soc.1);

- que dès lors, le caractère fiduciaire des dépôts n'avait pas eu pour conséquence de rendre Soc.1) créancière de Soc.3) et qu'à l'époque des virements litigieux c'était Soc.4) seule qui était créancière de celle-ci pour les montants litigieux;

- en ce qui concerne la demande de Soc.3), que celle-ci invoquait entre autres l'article 288 de la loi suisse de la poursuite pour dettes et la faillite, aux termes duquel "sont nuls, quelle que soit leur date, tous actes faits par le débiteur dans l'intention de porter préjudice à ses créanciers ou de favoriser certains créanciers avec leur connivence, au détriment des autres", disposition applicable aux actes juridiques accomplis par le débiteur avant l'homologation du concordat, que l'action révocatoire en droit suisse exige l'intention de porter préjudice aux créanciers ou à certains d'entre eux, intention dolosive qui est à admettre du moment que ce résultat devait apparaître comme la conséquence naturelle de l'acte et qu'il suffit pour que la mauvaise foi ou la connivence du bénéficiaire soit admise, que celui-ci ait pu, eu égard aux circonstances, reconnaître que l'acte était de nature à porter préjudice aux créanciers, une circonstance propre à éveiller le soupçon d'un acte frauduleux étant la situation financière critique du débiteur, que le paiement d'une dette de la part d'un débiteur sur lequel pèse seulement la menace d'une déconfiture constitue un acte préjudiciable pour les créanciers puisqu'il leur soustrait une partie de l'actif

destiné à les satisfaire; que si l'action révocatoire est soumise à la condition objective que l'acte attaqué porte préjudice aux créanciers ou à certains d'entre eux, en diminuant le résultat de l'exécution ou leur part à ce résultat ou en aggravant d'une autre manière leur situation dans la procédure d'exécution, un tel préjudice est présumé en faveur de la masse en faillite, la contre-preuve étant ouverte au défendeur;

- qu'en l'occurrence, il ressortait des déclarations de Z.) (président de Soc.4.) et directeur de Soc.3.), faites au procureur public de Lugano respectivement les 6 et 23 mars 1977 que Z.) et son père connaissaient depuis 1973 la situation d'insolvabilité de la " Soc.5.) (Soc.5.) qui détenait les actions de Soc.3.) tout en conseillant aux clients de Soc.3.) d'investir dans cette société, qu'en ce qui concernait les ordres de transfert du 28 février et du 1er mars 1977 pour les dépôts de Soc.4.), l'administrateur de celle-ci avait donné l'ordre de virer ces dépôts à Soc.2.) pour éviter qu'ils ne fussent bloqués après la fermeture des guichets de Soc.3.) ordonnée par la Commission fédérale des banques le 1er mars 1977, qu'au cours de la dernière semaine de février 1977 P.) (administrateur de Soc.4.), avisé par Z.) du concordat de la Soc.5.) société-soeur de Soc.3.) lui avait dit qu'il jugeait préférable de retirer ces fonds de Soc.3.);

- que les experts avaient relevé que les transferts des dépôts avaient été effectués sur les instructions du groupe S.) qui, au mois de février 1977, "se dégageait du risque du groupe Soc.3.) en conférant un caractère fiduciaire aux dépôts faits à travers Soc.4.) et en ordonnant leur replacement auprès d'eurobanques étrangères au groupe";

- que le préjudice subi par Scc.3) du chef des transferts incriminés consistait en la diminution de ses actifs, la situation des comptes entre Scc.4) et Scc.3) avant ces transferts ayant fait apparaître un solde de 1.135.509 frs suisses en faveur de Scc.3) outre un dépôt fiduciaire de 5.930.400 USD, lequel, en application du droit suisse en matière de fiducie, constituait une créance de Scc.3) contre Scc.4);

- que, partant, les conditions d'application de l'article 288 de la loi suisse prémentionnée étaient réunies et que les transferts litigieux étaient à annuler;

- que cette nullité des transferts avait pour conséquence que Scc.2) n'avait pas commis la faute qui lui était reprochée par Scc.1) et Scc.4), à savoir d'avoir refusé d'exécuter l'ordre de transfert de Scc.4) du 11

mars 1977 et que l'action de Scc.1) n'était dès lors justifiée ni sur le fondement de la responsabilité contractuelle, ni sur celle des articles 1382 et 1383 du Code civil;

- que cette action, en tant que basée sur l'enrichissement injuste de Scc.3), était encore à rejeter, la condition d'un enrichissement injuste n'étant pas établie;

Attendu que Scc.1) a relevé appel de ce jugement dans les formes et délai légaux, qu'elle prie la Cour de le réformer et de faire droit à sa demande;

Attendu que Scc.2) et Scc.3) concluent à la confirmation du jugement entrepris;

Attendu que Scc.4) et ses liquidateurs déclarent se rallier

aux conclusions de l'appelante;

Attendu que Soc.1), tout en admettant que les relations entre Soc.4.) et Soc.3) sont régies par le droit suisse et en faisant valoir que le contrat de fiducie entre Soc.1) et Soc.4.) est soumis au droit bahaméen, reproche aux premiers juges d'avoir fait application de l'article 288 de la loi suisse, alors que cette disposition serait contraire à l'ordre public luxembourgeois au motif qu'elle n'exigerait pas que l'acte incriminé, en l'espèce le transfert de fonds par Soc.3) à Soc.2), soit entaché de fraude qui présuppose la mauvaise foi du débiteur;

Attendu que le lieu d'exécution du contrat de fiducie est sis en Suisse , que les transferts litigieux ont été effectués dans ce même pays, que Soc.3.) est une société de droit suisse avec siège à (...) , que Soc.4.) avait son siège de direction effectif en Suisse et agissait par l'intermédiaire des sieurs Z.) et P.) (cf. mémoire de la société Soc.6.) A.G. commissaire au concordat préventif de Soc.3) farde IX des pièces de Maître Jacques LOESCH); que le contrat entre Soc.1.) et Soc.4.) et celui entre celle-ci et Soc.3.) ayant été conclus et exécutés en Suisse, c'est à juste titre que le tribunal a estimé que la loi suisse doit s'appliquer tant aux relations de fiducie entre Soc.1.) et Soc.4.) qu'aux rapports contractuels entre Soc.3) et Soc.4);

que c'est encore à bon droit qu'il a admis qu'en application de cette loi suisse, Soc.1.) était privée de tout droit direct sur le bien donné en fiducie au moment des transferts litigieux;

Attendu que l'article 288 de la loi suisse de la poursuite pour dettes et la faillite, lequel a été exactement

analysé et appliqué par les premiers juges, n'est pas contraire aux principes fondamentaux du droit luxembourgeois, que plus particulièrement, il ne heurte pas notre conception de la fraude paulienne d'après laquelle la fraude résulte de la seule connaissance que le débiteur et son cocontractant ont du préjudice causé aux créanciers par l'acte litigieux;

Attendu que l'appelante fait ensuite valoir que les conditions pour l'application de l'article 288 de la loi suisse prémentionnée ne sont pas réunies en l'espèce au motif que les transferts de fonds, dont les liquidateurs de Soc.3) demandent la révocation, n'ont pas porté préjudice aux créanciers de Soc.3) et que les actes incriminés n'ont pas été accomplis par le "débiteur", que celui-ci n'a pas agi avec l'intention de porter préjudice à ses créanciers et qu'enfin il n'y a jamais eu "connivence" d'un créancier favorisé;

Attendu que les transferts litigieux ont été effectués par Soc.3) sur ordre de Soc.4), partant par le "débiteur"; que le débiteur qui accomplit un certain acte, tout en sachant que celui-ci portera préjudice à ses créanciers ou servira à en favoriser certains au détriment d'autres, agit intentionnellement au sens de l'article 288 précité;

que c'est à bon droit que les premiers juges ont admis que Z.) et Soc.1), par l'intermédiaire de P.) et de K.), ce dernier mandataire du groupe S.), donc de Soc.1), étaient au courant de la situation financière désastreuse de Soc.3) au moment des transferts en question, lesquels ont été effectués au cours de 6 jours précédant la fermeture des guichets de Soc.3), le plus gros montant de 3.000.000 USD ayant été viré le 28 février 1977, à un moment où Z.) et les autres responsables de Soc.3)

devaient savoir que la commission fédérale bancaire suisse retirerait à Soc.3) l'autorisation d'exercer son activité, ce qui fut fait par décision du 1er mars 1977; qu'il ressort de cette décision, ainsi que d'une lettre de cette même commission datée du 10 février 1977, que dès le 2 février 1977 une entrevue avec Soc.3) et son organe de révision avait été fixée et qu'avant ladite décision, Z.) et l'organe de révision avaient été entendus par la commission en question;

qu'il ressort du rapport d'expertise, ainsi qu'il a été relevé par les premiers juges, que le groupe S.) , donc Soc.1) cherchait à se dégager du risque du groupe Soc.3) , en conférant un caractère fiduciaire aux dépôts faits à travers Soc.4) et en ordonnant le replacement auprès d'euro-banques étrangères au groupe;

Attendu qu'il s'ensuit que les transferts en question ont été effectués dans le but de favoriser le créancier Soc.1) et ont causé un préjudice aux autres créanciers en diminuant l'actif à distribuer;

Attendu que c'est partant à bon droit que les premiers juges ont fait droit à la demande de Soc.3);

que c'est aussi à juste titre, pour des motifs que la Cour adopte qu'ils ont dit la demande de Soc.1) non fondée;

Par ces motifs,

la Cour, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, le ministère

public entendu;

reçoit l'appel en la forme;

au fond, le dit non justifié et confirme le jugement déféré;

condamne l'appelante aux frais et dépens de l'instance, à l'exception de ceux exposés par la société de droit bahaméen en liquidation Scc.4.) INTERNATIONAL LIMITED et par les liquidateurs de celle-ci, ordonne la distraction des dépens au profit de Maîtres Jacques LOESCH et Yves PRUSSEN, avoués concluants, sur leurs affirmations de droit.