Arrêt commercial

Audience publique du neuf juin deux mille dix.

Numéros 34949 du rôle.

Composition :

Carlo HEYARD, premier conseiller-président;
Annette GANTREL, première conseillère;
Pierre CALMES, conseiller;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

la société à responsabilité limitée de droit autrichien AAA, *établie et ayant son siège social à UUU, inscrite au registre de commerce de Vienne (Autriche) sous le numéro ……..., représentée par son gérant (Geschäftsführer) actuellement en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg du 29 mai 2009,*

comparant par Maître François MOYSE, avocat à Luxembourg ;

e t :

1) Maître Yvette HAMILIUS, *avocat I, demeurant à Luxembourg, prise en sa qualité de liquidateur judiciaire de la société d'investissement à capital variable BBB actuellement en liquidation, établie et ayant son siège social à VVV, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..,*

2) Maître Jacques DELVAUX, *notaire, demeurant à L-1325 Luxembourg, 2 rue de la Chapelle, pris en sa qualité de liquidateur*

judiciaire de la société d'investissement à capital variable BBB actuellement en liquidation, établie et ayant son siège social à VVV, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..,

3) la société d'investissement à capital variable BBB actuellement en liquidation, *établie et ayant son siège social à VVV, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..,*

intimés *aux fins du prédit exploit CALVO,*

sub 1), 2) et 3) comparant par Maître Yvette HAMILIUS, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit de l'huissier de justice Jean-Lou Thill du 14 octobre 2008, la société à responsabilité limitée AAA a fait donner assignation à Maître Yvette HAMILIUS et à Maître Jacques DELVAUX, pris en leur qualité de liquidateurs judiciaires de la société d'investissement à capital variable BBB, actuellement en liquidation, et pour autant que de besoin à la société BBB, en liquidation, à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, aux fins plus amplement spécifiées au dispositif du prédit exploit.

Par exploit de l'huissier de justice Jean-Lou Thill du 24 octobre 2008, la société AAA a fait donner assignation à Maître Yvette HAMILIUS et à Maître Jacques DELVAUX, pris en leur qualité de liquidateurs judiciaires de la société d'investissement à capital variable CCC, actuellement en liquidation, et pour autant que de besoin à la société CCC, actuellement en liquidation, à comparaître devant ce même tribunal aux mêmes fins que l'acte introductif d'instance du 14 octobre 2008.

La société AAA a fait exposer :

- que la société autrichienne EEE gérait en tant que *Wertpapierdienstleistungsunternehmen* (WPDLU) les fonds investis par les *Anleger* ;

- que la société EEE, devenue par la suite la société DDD *est devenue membre d'une structure obligatoire pour les WPDLU devant garantir, à concurrence d'un montant maximum de 20.000 euros, les*

sommes investies par des investisseurs auprès des professionnels autrichiens du secteur financier, à savoir la société AAA ;

- que la société DDD a investi les sommes reçues notamment dans les sociétés d'investissement à capital variable BBB et CCC ;

- que la société DDD a été déclarée en état de faillite par décision du 7 novembre 2005 rendue par le *Handelsgericht WIEN* ;

- que les sociétés d'investissement à capital variable CCC et BBB ont été mises en liquidation judiciaire le 23 décembre 2005 ;

- que par jugement du 12 juillet 2007, le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg a prononcé la confusion des masses et patrimoines des sociétés BBB et CCC ;

- que de nombreux *Anleger* ont revendiqué leur créance auprès de la société AAA, tenue à garantir jusqu'à concurrence du montant de 20.000 € les sommes investies par les *Anleger* auprès de la société DDD ;

- que par décision du 23 septembre 2008, le *Handelsgericht WIEN* a condamné la société AAA à régler le montant de 105.244,08 € aux *Anleger* réunis dans une association ad hoc FFF ;

- que, pour s'assurer le remboursement des sommes au paiement desquelles elle sera condamnée, la société AAA a déclaré le 27 janvier 2008 une créance à la faillite de la société d'investissement à capital variable BBB, à hauteur de 109.835.752,71 €, représentant les déclarations de créance de 12.000 *Anleger* ;

- que cette déclaration de créance a été rejetée par les liquidateurs de la société BBB, en liquidation ;

- que la société AAA a assigné les liquidateurs en justice pour voir :

- dire que la déclaration de créance pour un montant de 109.865.752,71 € doit être acceptée, au moins à titre conservatoire, au passif de la société d'investissement à capital variable BBB ;
- dire que le montant de 109.865.752,71 € sera consigné jusqu'à ce qu'une décision des juridictions autrichiennes sur les droits et obligations de la société AAA soit coulée en force de chose jugée ;
- condamner les liquidateurs au paiement d'une indemnité de procédure de 3.000 € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Les liquidateurs ont formé une demande reconventionnelle *en paiement de la somme de 109.865.752,71 €, arguant qu'ils sont*

subrogés dans les droits des investisseurs qui reçoivent un dividende inférieur ou égal à 20.000 € envers la société AAA.

Par jugement du 12 mars 2009, le tribunal a rejeté la déclaration de créance de la société AAA du 27 janvier 2008 pour un montant de 109.865.752,71 € du passif de la liquidation des sociétés d'investissement à capital variable BBB et CCC, a dit que la demande reconventionnelle est devenue sans objet, a débouté la société AAA de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure et a condamné la société AAA aux frais et dépens de l'instance.

Par exploit d'huissier du 22 mai 2009, la société AAA a régulièrement relevé appel du jugement du 12 mars 2009 qui lui a été signifié le 17 avril 2009.

Se prévalant de l'article 75 alinéa 4 du *WERTPAPIERAUFSICHTSGESETZ* et de l'article 93 alinéa 3 du *BANKWESENGESETZ*, ensemble les dispositions de l'article 1251 3e du Code civil luxembourgeois, la société AAA fait valoir qu'elle se *trouve d'ores et déjà subrogée dans les droits des créanciers des Sicav en liquidation*.

Elle ajoute – si la Cour devait estimer que tel n'est pas le cas – qu'il y a lieu d'admettre sa déclaration de créance à titre conservatoire au passif des SICAV en liquidation ; que *l'acceptation d'une créance à titre conservatoire ne porterait pas préjudice à la liquidation alors que la non-réalisation de la condition n'aura d'autre effet que de partager lesdites sommes entre les différents créanciers des SICAV en liquidation.*

Dans son acte d'appel, la société AAA a conclu, par réformation du jugement entrepris, à l'inscription de sa créance *d'un montant de 109.835.752,71 € au patrimoine commun de BBB Sicav et CCC Sicav*.

Aux termes de ses dernières conclusions, la société AAA a demandé à la Cour de :

- *constater qu'une décision du « Oberlandesgericht WIEN als Berufungsgericht » la condamnant au paiement du montant de 104.148,94 € avec les intérêts de 4% à partir du 07.06.2006 à 13 créanciers, sous réserve de « révision partielle », est déjà intervenue en date du 16 mars 2009* ;

- *dire que la déclaration de créance d'un montant de 8.177,87 € avec les intérêts de 4% à partir du 07.06.2006, soit 9.143,08 € (jusqu'au 20.05.2009, date du paiement) doit être acceptée définitivement* ;

- lui donner acte de ce qu'elle renonce à la consignation de la somme dont l'admission au passif de la liquidation des deux SICAV est demandée ;

- lui allouer une indemnité de procédure de 3.000 € au titre des frais par elle exposés en instance d'appel.

Les liquidateurs rétorquent que la société AAA *se trouve tout au plus subrogée dans les créances des investisseurs envers les sociétés autrichiennes, déclarées en état de faillite le 7 novembre 2005, et nullement dans les créances envers les fonds XXX et YYY.*

Ils soutiennent, à titre subsidiaire, n'avoir jamais acquiescé au montant de 109.865.752,71 €.

Ils concluent à la confirmation du jugement entrepris et réitèrent, pour autant que de besoin, leur demande reconventionnelle telle que formulée en première instance.

Appréciation

Il est constant en cause que par décision du « *Oberlandesgericht WIEN* » du 16 mars 2009, la société AAA a été condamnée à payer à treize créanciers le montant de 104.149,98 €, les intérêts en sus ; que la somme de 9.143,03 € a d'ores et déjà été payée aux créanciers respectifs ; qu'il existe au total 16.000 créanciers dans l'attente d'un remboursement par la société AAA.

L'article 75 (2) de la loi autrichienne *WERTPAPIERAUFSICHTSGESETZ* prévoit que « (… …) *Die Entschädigungseinrichtung hat zu gewährleisten, dass, falls über ein Mitgliedsinstitut der Konkurs eröffnet wird* (… …), *Forderungen eines Anlegers aus Wertpapierdienstleistungen gemäss § 93. Abs. 2a BWG bis zu einem Höchstbetrag von 20 000 EURO oder Gegenwert in fremder Währung pro Anleger auf dessen Verlangen oder nach Legitimierung innerhalb von drei Monaten ab dem Zeitpunkt, zu dem Höhe und Berechtigung der Forderung festgestellt wurden, ausbezahlt werden* ».

Le point (3) de l'article 75 précise que « *Die Entschädigungseinrichtung hat nach Massgabe der §§ 75 bis 78 und der anzuwendenden Bestimmungen des BWG Anleger für die Forderungen aus Wertpapierdienstleistungen zu entschädigen, die dadurch entstanden sind, dass eine Wertpapierfirma nicht in der Lage war, entsprechend den gesetzlichen oder vertraglichen Regelungen 1. Gelder zurückzuzahlen, die Anlegern im Zusammenhang mit Wertpapierdienstleistungen geschuldet werden* (… …) ».

Conformément à l'article 93 (9) du *BANKWESENGESETZ* « *haben die Sicherungseinrichtungen insgesamt zu gewährleisten, dass, falls 1. über ein Mitgliedsinstitut der Konkurs eröffnet wird, die Einlagen bis zu*

einem Höchstbetrag von 20 000 EURO oder Gegenwert in fremder Währung pro Einleger auf dessen Verlangen oder nach Legitimierung innerhalb von drei Monaten ausbezahlt werden (… …) ».

La société AAA fait exposer que les fonds déposés auprès de XXX/DDD, puis réinvestis pour compte des clients dans les SICAV luxembourgeoises, BBB et CCC, constituent des opérations qui ont *la même et unique origine* de sorte que le jugement a quo aurait à tort retenu que les liquidations se déroulant au Luxembourg et en Autriche seraient distinctes.

Il est vrai que la société AAA doit, de par la loi autrichienne Wertpapieraufsichtsgesetz, garantir la défaillance des sociétés autrichiennes de services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières et prendre en charge les revendications des investisseurs à l'encontre de ces mêmes sociétés.

Le fait que la société AAA se trouve, le cas échéant, subrogée dans les droits que les *Anleger* peuvent faire valoir à l'encontre des sociétés autrichiennes ne signifie cependant pas pour autant que ce mécanisme joue automatiquement à l'égard des droits que les *Anleger* peuvent éventuellement faire valoir à l'encontre des sociétés d'investissement à capital variable BBB et CCC, un tel mécanisme suppose en effet que *les deux SICAV en liquidation seraient « le patrimoine des sociétés autrichiennes »*, fait qui laisse d'être prouvé, ce d'autant plus que les sociétés d'investissement à capital variable BBB et CCC sont des organismes ayant leur propre personnalité juridique, distincte de celle des sociétés autrichiennes, et qu'il n'est pas établi que les liens entre ces sociétés et les SICAV luxembourgeoises – eussent-ils même été d'une certaine étroitesse – aient été tels qu'ils ont fait disparaître ce caractère distinct au profit d'une seule et même unité.

Il s'en suit que les juges de première instance ont à bon droit dit que la créance de la société AAA n'est pas à admettre au passif de la liquidation des sociétés d'investissement à capital variable BBB et CCC.

La demande de la société AAA tendant à l'admission de la déclaration de créance à titre conservatoire est partant également à rejeter.

Le jugement dont appel est dès lors à confirmer.

Vu l'issue du présent litige, il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de la société AAA en obtention d'une indemnité de procédure.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d’appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, sur rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit l’appel ;

le dit non fondé ;

confirme le jugement entrepris ;

déboute la société AAA de sa demande en obtention d’une indemnité de procédure;

condamne la société AAA aux frais et dépens de l’instance d’appel.