

**N° 30 / 08.
du 12.6.2008.**

Numéro 2486 du registre.

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, douze juin deux mille huit.

Composition:

Marc SCHLUNGS, président de la Cour,
Jean JENTGEN, conseiller à la Cour de cassation,
Marie-Paule ENGEL, conseillère à la Cour de cassation,
Nico EDON, premier conseiller à la Cour d'appel,
Joséane SCHROEDER, conseiller à la Cour d'appel,
Jean ENGELS, avocat général,
Marie-Paule KURT, greffier à la Cour.

E n t r e :

la société anonyme BANQUE 1 S.A., établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro (...),

demanderesse en cassation,

comparant par Maître Paul MOUSEL, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

e t :

1) la société anonyme BANQUE 2 S.A., anciennement dénommée « BANQUE 2.1 S.A. » qui était sa désignation dans la procédure devant les juges du fond, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro (...),

défenderesse en cassation,

comparant par Maître André ELVINGER, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

2) la société anonyme (naamloze vennootschap) de droit néerlandais BANQUE 3, établie et ayant son siège social à NL-(...), (...), (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, immatriculée au Registre de Commerce et des sociétés d'(...) sous le numéro (...),

défenderesse en cassation,

comparant par Maître Patrick KINSCH, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

3) la société d'investissement à capital variable SICAV 1, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro (...),

défenderesse en cassation.

LA COUR DE CASSATION :

Oùï la conseillère Marie-Paule ENGEL en son rapport et sur les conclusions du premier avocat général Georges WIWENES ;

Vu l'arrêt attaqué rendu le 12 juillet 2006 par la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale ;

Vu le mémoire en cassation de la société BANQUE 1 S.A. signifié le 30 avril 2007 et déposé le 4 mai 2007 au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réponse de la société BANQUE 2 S.A. anciennement BANQUE 2.1 S.A. signifié le 22 juin 2007 et déposé le 25 juin 2007 au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réponse de la société de droit néerlandais BANQUE 3 signifié le 28 juin 2007 et déposé le 2 juillet 2007 au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réponse à celui de la société de droit néerlandais BANQUE 3 signifié le 27 juillet 2007 par la société BANQUE 2 S.A. et déposé le 10 août 2007 au greffe de la Cour ;

Vu le nouveau mémoire de la société BANQUE 1 S.A. signifié le 26 février 2008 et déposé le 28 février 2008 au greffe de la Cour ;

Sur la recevabilité du pourvoi :

Attendu que la société BANQUE 2 S.A. oppose l'irrecevabilité du pourvoi au motif que le mémoire en cassation de la société BANQUE 1 S.A. n'aurait pas été régulièrement signifié à la société de droit néerlandais BANQUE 3, aucune pièce de la procédure ne faisant état d'une élection de domicile en l'étude de Maître KINSCH par cette société ; qu'elle fait encore valoir que le mémoire n'indiquerait pas les dispositions attaquées de l'arrêt du 12 juillet 2006 ;

Attendu que l'instance en cassation constitue une instance nouvelle et que la signification du mémoire doit dès lors être faite à la personne ou au domicile réel de la partie défenderesse à moins qu'un acte d'élection de domicile n'autorise clairement la signification au domicile élu ;

Que les dispositions concernant la recevabilité du pourvoi en cassation sont d'ordre public et s'apprécient au jour de l'introduction du recours ; que celui-ci est consommé par le dépôt au greffe des documents requis ;

Que, dès lors qu'il ne résulte pas des pièces de la procédure auxquelles la Cour peut avoir égard qu'un acte d'élection de domicile en l'étude de Maître KINSCH autorisant la signification du mémoire en cassation à la société de droit néerlandais BANQUE 3 au domicile élu ait été déposé le jour de l'introduction du pourvoi, le pourvoi est irrecevable pour autant qu'il est dirigé contre cette société ;

Attendu cependant que l'irrecevabilité du pourvoi dirigé contre la société de droit néerlandais BANQUE 3 n'entraîne pas l'irrecevabilité du pourvoi à l'égard des autres défendeurs en cassation ;

Attendu que les dispositions attaquées résultent clairement de l'énoncé des moyens de cassation ; que l'exception d'irrecevabilité du pourvoi pour inobservation de l'article 10, alinéa 1^{er}, 2^o de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, opposée par la société BANQUE 2 S.A., est à rejeter ;

Sur les faits :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale, saisi d'une demande dirigée par la société BANQUE 2.1 S.A. contre la société BANQUE 1 S.A., en présence de la société d'investissement à capital variable SICAV 1, tendant principalement à la condamnation de la société BANQUE 1 à échanger les Attestations établies par elle et à délivrer à la demanderesse 154.818 actions de la classe

(...), catégorie «(...)» du compartiment «(...)» de SICAV 1 et subsidiairement à lui payer la somme de USD 25.439.693 vingt-cinq millions quatre cent trente-neuf mille six cent quatre-vingt-treize dollars américains, avait dit la demande de la société BANQUE 2.1 S.A. irrecevable pour autant qu'elle tendait à l'échange des Attestations contre les parts SICAV 1 et non fondée pour autant qu'elle était basée sur la responsabilité délictuelle de la société BANQUE 1 S.A ; que, statuant sur la demande en intervention de la société BANQUE 1 S.A contre la société de droit néerlandais BANQUE 3 tendant à condamner celle-ci à tenir la demanderesse en intervention quitte et indemne de toute condamnation prononcée à son égard, à lui restituer 154.818 actions de la classe (...), catégorie «(...)» du compartiment «(...)» de la SICAV 1 sinon à lui payer une somme égale à la valeur de ces actions, le tribunal avait dit cette demande sans objet ;

Que sur appel de la société BANQUE 2.1 S.A. et de la société BANQUE 1 S.A. la Cour d'appel, réformant le jugement entrepris, condamna la société BANQUE 1 S.A. à délivrer à la société BANQUE 2.1 S.A. 154.818 actions de la classe (...), catégorie «(...)» du compartiment «(...)» de SICAV 1 au plus tard le 30 juin 2007 et, pour le cas où cette condamnation ne serait pas exécutée dans le délai imparti, au paiement de la contre-valeur des actions non délivrées à augmenter des intérêts légaux à partir du 1^{er} juillet 2007 ; que la Cour d'appel condamna encore la société de droit néerlandais BANQUE 3 à tenir la société BANQUE 1 S.A. quitte et indemne de la condamnation encourue et déclara la décision commune à la société d'investissement à capital variable SICAV 1 ;

Sur le premier moyen de cassation :

tiré « de la violation des articles 89 de la Constitution et 249, alinéa 1er, et 587 du Nouveau Code de Procédure Civile ainsi que du défaut de base légale,

en ce que l'arrêt attaqué, recevant l'appel de la première défenderesse, le déclarant fondé et déclarant la demande de la première défenderesse recevable et fondée, (i) condamne la demanderesse à délivrer à la première défenderesse 154.818 actions de la classe (...), catégorie «(...)» du compartiment « (...) » de SICAV 1 au plus tard pour le 30 juin 2007, (ii) réserve à la première défenderesse le droit de formuler le cas échéant une demande en dommages et intérêts pour perte de valeur des actions entre la date du 14.11.2000 et celle à laquelle la livraison effective a lieu, (iii) condamne la demanderesse pour le cas où l'arrêt attaqué n'est pas exécuté dans le délai imparti, à payer à la première défenderesse la contre-valeur monétaire en US\$, sinon en EUR, des 154.818 actions de la classe (...), catégorie «(...)» du compartiment « (...) » de SICAV 1, au jour du paiement effectif, (iv) dit que la contre-valeur des titres est à augmenter des intérêts légaux à partir du 1^{er} juillet 2007 jusqu'au jour du paiement, (v) donne acte à la première défenderesse de sa déclaration que cette contre-valeur avait provisoirement été estimée au 23 octobre 2002 à 26.894.982 US\$ et (vi)

réserve à la première défenderesse le droit de formuler une demande en dommages et intérêts au cas où cette contre-valeur serait inférieure le jour du paiement effectif, pour tous ses motifs tenus pour être ici intégralement reproduits, et en particulier aux motifs que

a) << La volonté de la banque de s'engager à échanger les Attestations contre les titres SICAV 1 résulte des Attestations qui, rédigées par BANQUE 1 en sa qualité de banque dépositaire de la SICAV 1, ne sauraient se comprendre autrement que c'est la banque, émettrice et signataire, qui s'engage envers le détenteur auquel elle certifie la propriété des titres sous-jacents, à les échanger après le 15 octobre 2000 contre des certificats matériels au porteur.

En effet comment la BANQUE 1 aurait-elle pu certifier au détenteur, porteur des Attestations, qu'il est propriétaire d'une quantité déterminée d'actions SICAV 1, sans lui permettre par la même occasion de les recevoir dans un certain délai?

A défaut d'un tel engagement BANQUE 1 aurait pris le risque inconsidéré de tromper les détenteurs.

Une autre interprétation prive l'Attestation de tout effet utile.

(...) L'argument de BANQUE 1 que la banque n'a pu s'engager pour autrui c. à d. pour la SICAV 1 est également à écarter.

BANQUE 1 s'est en effet engagée elle-même à échanger les Attestations contre des certificats matériels au porteur à l'égard du détenteur qui les lui présente à cette fin. Elle n'a pas pris un engagement pour autrui. Comme elle est la banque dépositaire et l'agent administratif de la sicav, cet engagement ne devait pas lui causer un problème. (art. 33 de la loi sur les OPC)

Le déroulement des faits a d'ailleurs prouvé qu'elle était en possession des titres sous-jacents au moment de la présentation des Attestations en vue de l'échange. >> (p. 10), que

b) << Au regard des développements qui précèdent, les Attestations contiennent un engagement de la banque émettrice de les échanger contre des certificats matériels au porteur après le 15 octobre 2000. Elles ne constituent donc pas seulement un document probatoire.

(...) La banque dépositaire, qui a suivi sur ce point l'instruction précise du souscripteur, s'est engagée à l'égard du détenteur des Attestations quel qu'il soit. Elle n'a pas pu en tant que professionnel se méprendre sur la portée de ce terme.

En renonçant à identifier le bénéficiaire de son Attestation et en certifiant la propriété des titres SICAV 1 non encore imprimés au détenteur,

donc au porteur de l'Attestation, la BANQUE 1 a consciemment pris le risque de la cession des Attestations au profit d'un tiers. >> (pp. 10-11), et que

c) << BANQUE 1 fait finalement sien le raisonnement de la banque 3 qui soutient que BANQUE 1 n'était pas habilitée à émettre les Attestations certifiant au détenteur un droit de propriété sur les titres sous-jacents, ce droit étant réservé à la société émettrice SICAV 1.

Les Attestations seraient de ce fait dépourvues de valeur juridique.

Ni la loi de 1915, ni les statuts de SICAV 1 n'autoriseraient l'émission de certificats au porteur représentatifs d'une ou de plusieurs actions SICAV 1 par un tiers, y compris par la banque dépositaire BANQUE 1, dont la mission est définie aux articles 33 et ss. de la loi du 30 mars 1988 sur les OPC qui ne prévoit pas cette possibilité.

La Cour renvoie au prospectus de la SICAV 1 qui prévoit expressément le droit pour la banque dépositaire de remettre au souscripteur, pour le cas où les certificats représentatifs des actions ne seraient pas matériellement disponibles, une attestation de propriété signée par elle (Partie III sub n.2 p.16).

Rien ne s'y oppose dans la mesure où lesdits certificats n'ont pas vocation à se substituer aux titres sous-jacents, mais confèrent simplement au détenteur un droit sur ceux-ci.

C'est à bon droit que le BANQUE 2.1 fait valoir que lorsque les statuts de la sicav, texte à vocation générale, parlent de l'émission de titres provisoires par la sicav, cette formule générale inclut le cas où cette émission est déléguée à la banque dépositaire, délégation que la sicav confirme dans son prospectus.

Aucune loi ne s'oppose à ce que un tiers émette des certificats, par lesquels il s'engage à livrer au détenteur de ces certificats des actions qui sont disponibles soit par souscription soit par acquisition en bourse.

Le BANQUE 2.1 détenteur des attestations a jusqu'à l'échange des Attestations des droits directs contre BANQUE 1 et non contre SICAV 1.

D'après le professeur A.P. , dont un avis juridique est versé en cause par le BANQUE 2.1, les marchés financiers accordent à ces certificats la même foi qu'aux titres dont ils constituent le reflet, sous réserve qu'ils aient été établis par une personne digne de confiance. Qu'en tant que professionnel du secteur financier, BANQUE 1 ne pouvait pas ignorer que les Attestations, qui prévoyaient leur échange contre des actions SICAV 1, seraient acceptées comme équivalentes à ces dernières.

En l'espèce la banque, qui a pris bien soin de certifier en tant que

banque dépositaire de la SICAV 1, a donné un caractère solennel à son Attestation destiné à renforcer la foi que sont censés y accorder le détenteur aussi bien que les tiers.

A noter que SICAV 1, partie en cause, n'a à aucun moment de la procédure, mis en doute que la banque dépositaire, qui est en même temps son agent administratif, était habilitée de ce faire. >> (pp. 13-14),

alors que, première branche, *par les motifs reproduits ci-avant sub a) et b), ainsi que par les septième et huitième alinéas des motifs reproduits sub c), l'arrêt attaqué décide que les Attestations comportent un engagement émis par la demanderesse en son nom personnel ;*

que, toutefois, par les motifs reproduits ci-avant sub c), à l'exception de ses septième et huitième alinéas, l'arrêt attaqué relève que les statuts de la SICAV 1 envisagent l'émission de titres provisoires par la SICAV 1 ; que l'arrêt décide que les Attestations ont, dans ce cadre, été émises par la demanderesse, non en son nom personnel mais en sa qualité de banque dépositaire de la SICAV 1 à laquelle l'émission des Attestations a été déléguée conformément au prospectus de la SICAV 1 ; qu'ainsi, l'arrêt décide de manière implicite mais certaine que les Attestations ont été émises par la demanderesse au nom et pour le compte de la SICAV 1 ;

qu'il est cependant contradictoire de considérer, d'une part, que les Attestations litigieuses ont été émises par la demanderesse à titre personnel et, d'autre part, qu'elles ont été émises par la demanderesse en qualité de banque dépositaire au nom et pour le compte de la SICAV 1 ;

que cette contradiction de motifs, portant sur le point de savoir si les Attestations ont été émises par la demanderesse en son nom personnel ou au nom et pour le compte de la SICAV 1, équivaut à une absence de motifs ;

que l'arrêt n'est, dès lors, pas régulièrement motivé, et viole, partant, l'article 89 de la Constitution, ainsi que l'article 249, alinéa 1er, du Nouveau Code de Procédure civile, rendu applicable à l'instance d'appel par l'article 587 du même Code » ;

Mais attendu que la branche du moyen procède d'une lecture incorrecte de l'arrêt attaqué qui n'a pas décidé que les attestations auraient été émises au nom et pour compte de la société SICAV 1 mais a dit que : « La BANQUE 2, détenteur des attestations, a jusqu'à l'échange des Attestations des droits directs contre BANQUE 1 »;

Que la première branche du moyen manque donc en fait et ne peut être accueillie ;

et alors que, seconde branche, « à tout le moins, par les motifs reproduits ci-avant sub a) à c), l'arrêt attaqué laisse incertain le point de savoir si les Attestations ont été émises par la demanderesse en son nom

personnel ou au nom et pour le compte de la SICAV 1 ;

qu'il met, dès lors, Votre Cour dans l'impossibilité d'apprécier la légalité de sa décision ;

que, par conséquent, d'une part, l'arrêt attaqué est dépourvu de base légale, et, d'autre part, il n'est pas régulièrement motivé et viole, partant, l'article 89 de la Constitution, ainsi que l'article 249, alinéa 1er, du Nouveau Code de Procédure civile, rendu applicable à l'instance d'appel par l'article 587 du même Code » ;

Mais attendu que les articles 89 de la Constitution, 249 du nouveau code de procédure civile et 587 de ce code visent le défaut de motifs qui est un vice de forme ; que les juges du fond ont exposé les raisons qui les ont amenés à admettre que la société BANQUE 1 s'est engagée à titre personnel ; que le grief du défaut de base légale est un vice de fond qui n'est pas visé par les textes de loi invoqués ;

Que le moyen ne peut donc être accueilli ;

Sur le deuxième moyen de cassation :

tiré « de la violation des articles 89 de la Constitution, 249, alinéa 1er et 587 du Nouveau Code de Procédure Civile, et 1134, alinéa 1er, 1165 et 1690 du Code civil ;

en ce que l'arrêt attaqué, recevant l'appel de la première défenderesse, le déclarant fondé et déclarant la demande de la première défenderesse recevable et fondée, (i) condamne la demanderesse à délivrer à la première défenderesse 154.818 actions de la classe (...), catégorie «(...)» du compartiment « (...) » de SICAV 1 au plus tard pour le 30 juin 2007, (ii) réserve à la première défenderesse le droit de formuler le cas échéant une demande en dommages et intérêts pour perte de valeur des actions entre la date du 14.11.2000 et celle à laquelle la livraison effective a lieu, (iii) condamne la demanderesse pour le cas où l'arrêt attaqué n'est pas exécuté dans le délai imparti, à payer à la première défenderesse la contre-valeur monétaire en US\$, sinon en EUR, des 154.818 actions de la classe (...), catégorie «(...) » du compartiment « (...) » de SICAV 1, au jour du paiement effectif, (iv) dit que la contre-valeur des titres est à augmenter des intérêts légaux à partir du 1er juillet 2007 jusqu'au jour du paiement, (v) donne acte à la première défenderesse de sa déclaration que cette contre-valeur avait provisoirement été estimée au 23 octobre 2002 à 26.894.982 US\$ et (vi) réserve à la première défenderesse le droit de formuler une demande en dommages et intérêts au cas où cette contre-valeur serait inférieure le jour du paiement effectif, pour tous ses motifs tenus pour être ici intégralement reproduits, et en particulier aux motifs que

<< BANQUE 1 soutient enfin que nonobstant leur formulation les

Attestations n'incorporent aucun droit au profit du BANQUE 2.1 ou de tout autre tiers, détenteur ou propriétaire. Pour qu'il puisse être ainsi il aurait fallu signifier la cession des Attestations au débiteur de l'obligation conformément à l'article 1690 du code civil.

Les formalités de l'article 1690 du code civil, contrairement à ce que fait plaider Banque 1, ne sont pas d'ordre public.

Les parties peuvent constater une créance dans un acte quelconque comportant une clause à ordre ou au porteur rendant la créance transmissible par la voie de l'endossement ou la tradition (Cour d'appel 23.10.1928 Pas.11 p.527). Cette jurisprudence a depuis été suivie par les Cour et tribunaux ceci en conformité avec la doctrine (Cour d'appel 8.12.1959 Pas.18 p.84; Cass.12.07.1990 Pas.28 p.41).

La caractéristique essentielle des titres au porteur tient à l'engagement du débiteur d'accepter d'avance pour ses créanciers directs tous ceux qui deviendront successivement porteurs (Cass civ. fr. 31.10.1906 DP 1908 I 497 et Cass. 3e ch. Civ. fr. 30.01 .1979)

Les Attestations qui certifient au détenteur la propriété des titres sous-jacents et qui contiennent de la part de la banque émettrice l'engagement de les échanger contre les titres sous-jacents, sont des titres au porteur et ont comme tel un effet translatif. Les Attestations échappent ainsi aux exigences d'opposabilité des cessions de créances, en particulier à celles imposées par l'article 1690 du code civil. (p. 13),

alors que, première branche, *par ses conclusions d'appel notifiées le 13 septembre 2004, la demanderesse faisait valoir qu'il était impossible <<de créer en dehors de la loi ou d'un usage commercial constant des titres au porteur s'imposant à tous, en tout cas dans le système originaire de l'article 1690 du Code civil tel qu'il subsiste au Grand-Duché de Luxembourg en tant qu'il impose soit la notification au débiteur soit son acceptation de la cession pour rendre celle-ci opposable aux tiers >> (p. 12) ;*

que, dans les mêmes conclusions, la demanderesse renvoyait expressément à la consultation du Professeur F. sur ce point (p. 12) et déclarait que cette consultation était censée faire partie intégrante desdites conclusions (p. 2) ;

qu'à cet égard, la consultation du Professeur F. faisait valoir que :

<< 11. La majorité de la doctrine admet de longue date tant en Belgique qu'en France "que, moyennant l'accord du débiteur, toutes les obligations", donc les droits de créance, mais non, on le verra, les droits réels (...), "peuvent donner lieu à l'établissement de titres négociables" à ordre ou au porteur et ce, en dehors des cadres prévus par la loi.

Cette analyse se fonde sur l'idée que l'article 1690 du Code civil ne

serait ni d'ordre public ni impératif en sorte que les parties pourraient y déroger. Rien n'empêcherait, en effet, le débiteur d'accepter qu'une cession de créance lui soit rendue opposable par d'autres voies que celles de l'article 1690 du Code civil.

12. Si cette thèse peut être admise en Belgique depuis la modification de l'article 1690 du Code civil par la loi du 6 juillet 1994, qui a introduit l'idée que la cession des créances est opposable solo consensu aux tiers autres que le débiteur cédé, elle est, à notre sens, extrêmement critiquable dans la rédaction origininaire de l'article 1690 du Code civil telle qu'elle demeure aujourd'hui largement en vigueur au Grand-Duché de Luxembourg en dépit de sa modification par la loi du 21 décembre 1994.

En effet, les formalités prescrites par l'article 1690 du Code civil de 1804 avaient une double fonction. Il s'agissait non seulement de rendre la cession de créance opposable au débiteur cédé, mais, en outre, de la rendre opposable aux autres tiers intéressés –notamment les créanciers du cédant et du cessionnaire.

Or, si rien n'empêche évidemment que le débiteur cédé renonce à la protection que lui offre l'article 1690 du Code civil en convenant avec son créancier que la créance sera incorporée dans un titre négociable à ordre ou au porteur, on ne comprendrait pas que pareille convention puisse priver les tiers de la protection que leur offre cette disposition légale.

Il serait, en effet, contraire à l'effet relatif des conventions (art. 1165 du Code civil) que le créancier et le débiteur puissent, par leur seul accord, priver les tiers d'une protection que leur offre la loi..

Sans doute le doyen R. tente-t-il de rencontrer cet argument fondé sur ce que l'article 1690 du Code civil serait une formalité de publicité prescrite dans l'intérêt des tiers. Il relève en effet à cet égard :

''Comme l'exclusion de cette exigence résulte, dans les billets au porteur, de la forme spéciale donnée au titre et que cette forme est nécessairement connue des tiers, ces derniers n'ont pas à se plaindre''.

Cette opinion relève cependant de la pétition de principe. La question n'est en effet pas de savoir si les tiers ont pu, ou non, avoir connaissance de la dérogation à l'article 1690 du Code civil, mais bien si cette dérogation peut leur être imposée. On relèvera, pour le reste, qu'il est présomptueux d'affirmer que les tiers intéressés auront "nécessairement" eu connaissance de la forme du titre de la créance.

13. Relevons encore que cette opinion paraît confortée par la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique relative aux actes dits ''équipollents''. On se souviendra, en effet, que si la Cour de cassation belge a clairement admis, depuis la fin des années soixante, que l'acceptation de la cession de créance par le débiteur cédé en dehors des termes de l'article

1690 du Code civil ou, même, sa simple "reconnaissance" avait pour effet de lui rendre cette cession opposable, elle considèrerait en revanche, avec une doctrine unanime, que cette "acceptation" ou cette "reconnaissance" n'avaient aucun effet à l'égard des autres tiers. Si cette "acceptation" ou cette "reconnaissance" constituaient donc des actes équipollents aux formalités prescrites par l'article 1690 vis-à-vis du débiteur cédé dont elles émanaient, elles n'avaient qu'un effet « relatif ».

Cet effet relatif était même, suivant le professeur Van Ommeslaghe, "la caractéristique fondamentale de ces actes équipollents" qui les opposaient "aux formalités prévues par l'article 1690 dont l'effet essentiel (...) est de rendre la cession opposable non seulement au débiteur cédé, mais encore à tous les tiers, partant "erga omnes" ".

Or, qui ne voit que l'effet seulement relatif des actes équipollents s'explique par l'effet relatif de la renonciation du débiteur au bénéfice de l'article 1690 du Code civil découlant de son acceptation ou de sa reconnaissance de la cession de créances. Cette renonciation ne lie que le débiteur et ne pourrait priver les tiers (par exemple le curateur de la faillite du cédant) de la protection que leur offre la loi.

On n'aperçoit pas rationnellement à cet égard pourquoi cette solution serait différente selon que la renonciation du débiteur résulterait d'une convention antérieure à la cession ou d'un acte postérieur à celle-ci.

Il nous semble ainsi que les effets relatifs des actes dits "équipollents" confirment l'impossibilité, dans le système originaire de l'article 1690 du Code civil, de créer en dehors de la loi, ou, à tout le moins, d'un usage commercial constant, des titres négociables à ordre ou au porteur qui s'imposeraient à tous.

Sous cet angle, les attestations litigieuses ne pourraient donc constituer un titre au porteur régulier. >>

que, par ailleurs, la demanderesse faisait valoir, dans ses conclusions d'appel notifiées le 9 juin 2005, que

<< Le professeur F. ne fait pas mystère de ce que sa thèse, suivant laquelle dans le système originaire de l'article 1690 du Code civil il serait impossible de créer des titres négociables à ordre ou au porteur en marge de la loi, se heurte à l'opinion largement majoritaire.

Souligner ce point n'enlève cependant rien à la force de son argumentation. En effet, si le principe de l'autonomie de la volonté joint à celui de la convention-loi permet assurément de déroger à l'article 1690 du Code civil, on n'aperçoit pas en quoi les parties à pareille convention pourraient priver les tiers de la protection que leur offre cette disposition légale (art. 1165 du Code civil).

On remarquera d'ailleurs à cet égard la prudence de l'arrêt de la Cour de cassation de Luxembourg du 12 juillet 1990 (Pas., 28, p. 41) qui consacre l'idée d'acte équipollent aux formalités de l'article 1690 du Code civil. Celui-ci relève en effet que les "juges d'appel ont déclaré à bon droit que les formalités prévues à l'article 1690 du Code civil ne sont pas requises dans les rapports du débiteur cédé avec le cessionnaire et qu'elles peuvent être remplacées par des actes équivalents et notamment par l'acceptation verbale ou implicite ...".

La circonstance que l'article 2 du Code de commerce mentionne parmi les actes de commerce, outre les lettres de change, "les mandats, billets et autres effets à ordre ou au porteur", n'implique nullement que les parties puissent créer pareils titres en dehors d'un texte légal particulier (comme c'est le cas des billets à ordre, chèques, obligations, connaissements, etc ...) ou d'un usage constant.

Il en va de même de l'article 112 du Code de commerce et, a fortiori, des articles 1er des lois du 4 décembre 1992 et du 3 septembre 1996, qui visent des titres, par hypothèse, valablement créés conformément soit au droit luxembourgeois, soit à un droit étranger.

Pour le reste, l'arrêt de la cour d'appel de Luxembourg du 23 octobre 1928 comme la décision du tribunal d'arrondissement du 9 mars 1989 ne font que reprendre l'opinion dominante sans rencontrer le moyen selon lequel la circonstance que l'article 1690 du Code civil ne soit pas d'ordre public n'explique pas pourquoi la convention des parties permettrait de priver les tiers d'une protection légale. >> (pp. 11-12) ;

qu'ainsi, la demanderesse faisait valoir, en substance, que bien que l'article 1690 du Code civil ne ressortisse pas à l'ordre public, le principe de la relativité des conventions, consacré par l'article 1165 du Code civil, fait obstacle à la création de titres au porteur réguliers en dehors d'un texte légal ou d'un usage commercial constant, dès lors que la création de tels titres a pour effet de priver les tiers, sans leur accord, de la protection que leur offre l'article 1690 du Code civil ;

que, par aucun de ses motifs, l'arrêt attaqué ne répond à ce moyen articulé de manière précise par la demanderesse ;

qu'en particulier, en se bornant à souligner que << Les formalités de l'article 1690 du code civil, contrairement à ce que fait plaider BANQUE 1, ne sont pas d'ordre public >>, l'arrêt attaqué ne rencontre pas le moyen tiré par la demanderesse, non du caractère d'ordre public de cette disposition, mais du principe de l'effet relatif des conventions ;

que, de même, en décidant que << La caractéristique essentielle des titres au porteur tient à l'engagement du débiteur d'accepter d'avance pour ses créanciers directs tous ceux qui deviendront successivement porteurs >>, l'arrêt attaqué ne rencontre pas le moyen tiré par la demanderesse de

l'absence de renonciation des tiers — et non du débiteur — à la protection conférée par l'article 1690 du Code civil ;

que, dès lors, l'arrêt attaqué n'est pas régulièrement motivé, et viole, partant, l'article 89 de la Constitution, ainsi que l'article 249, alinéa 1er, du Nouveau Code de Procédure civile, rendu applicable à l'instance d'appel par l'article 587 du même Code » ;

Mais attendu qu'en disant que :

« Les formalités de l'article 1690 du code civil, contrairement à ce que fait plaider BANQUE 1, ne sont pas d'ordre public. Les parties peuvent constater une créance dans un acte quelconque comportant une clause à ordre ou au porteur rendant la créance transmissible par la voie de l'endossement ou la tradition. (Cour d'appel 23.10.1928 Pas. 11 p.527) Cette jurisprudence a depuis été suivie par les Cour et tribunaux ceci en conformité avec la doctrine (Cour d'appel 8.12.1959 Pas.18.p.84 ; Cass. 12.07.1990 Pas. 28 p.41). La caractéristique essentielle des titres au porteur tient à l'engagement du débiteur d'accepter d'avance pour ses créanciers directs tous ceux qui deviendront successivement porteurs (Cass. civ. fr. 31.10.1906 PP 1908 I 497 et Cass. 3^o chambre, civ. fr. 30.01.1979). Les Attestations qui certifient au détenteur la propriété des titres sous-jacents et qui contiennent de la part de la banque émettrice l'engagement de les échanger contre les titres sous-jacents sont des titres au porteur et ont comme tel un effet translatif. Les Attestations échappent ainsi aux exigences d'opposabilité des cessions de créance, en particulier à celles imposées par l'article 1690 du code civil », la Cour d'appel, qui n'a pas à suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a retenu l'inapplicabilité de l'article 1690 du code civil et l'opposabilité de la cession de créance en général et a répondu au moyen invoqué par la société BANQUE 1 ;

Que la première branche du moyen n'est pas fondée ;

et alors que, seconde branche, *« d'une part, le principe de l'autonomie de la volonté est consacré par l'article 1134, alinéa 1er, du Code civil, aux termes duquel les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ;*

que, par ailleurs, le principe de la relativité des conventions résulte de l'article 1165 du Code civil, aux termes duquel les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, ne nuisent point au tiers et ne lui profitent que dans les cas prévus par l'article 1121 du même Code ;

qu'il résulte de ces dispositions et des principes qu'elles consacrent qu'un tiers ne peut être privé d'un droit résultant pour lui d'une disposition légale supplétive qu'à la condition d'avoir renoncé à ce droit ;

que, d'autre part, en vertu de l'article 1690 du Code civil, le cessionnaire d'une créance n'est saisi à l'égard des tiers que par la notification du transport faite au débiteur ;

que cette disposition, certes supplétive, octroie aux tiers le droit de tenir une cession de créance comme leur étant inopposable aussi longtemps qu'elle n'a pas été notifiée au débiteur cédé ;

que les tiers ne peuvent être privés de ce droit qu'à la condition d'y avoir consenti ;

qu'il en résulte que, sauf disposition légale expresse ou usage commercial constant en sens contraire, les parties ne peuvent régulièrement émettre un titre au porteur incorporant un droit de créance dont le propre est de circuler de la main à la main et, partant, de réaliser une cession de créance soustraite aux formalités d'opposabilité prévues par l'article 1690 du Code civil ;

que, par conséquent, l'arrêt attaqué ne pouvait décider que << Les Attestations qui certifient au détenteur la propriété des titres sous-jacents et qui contiennent de la part de la banque émettrice l'engagement de les échanger contre les titres sous-jacents, sont des titres au porteur et ont comme tel un effet translatif. Les Attestations échappent ainsi aux exigences d'opposabilité des cessions de créances, en particulier à celles imposées par l'article 1690 du code civil. >> sans violer, d'une part, l'article 1690 du Code civil dont les formalités sont protectrices des tiers et, d'autre part, l'effet relatif des conventions consacrées notamment par les articles 1134 alinéa 1 et 1165 et 1690 du code civil » ;

Mais attendu qu'en disant que l'obligation d'échange de la société BANQUE 1 pouvait être constatée dans un titre au porteur non soumis aux exigences d'opposabilité de l'article 1690 du code civil, les juges d'appel n'ont pas violé cette disposition ni les autres dispositions légales visées au moyen ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen de cassation :

tiré « de la violation des articles 89 de la Constitution, 249, alinéa 1er, et 587 du Nouveau Code de Procédure Civile, et 6, 1108, 1131, 1133, 1134 alinéa 1er, 1165, 2071, 2072 alinéa 1^{er}, 2076, 2079, 2081 alinéa 1^{er}, 2229, 2279 du Code civil, ainsi que du principe général du droit .fraus omnia corrumpit et du défaut de base légale ;

en ce que l'arrêt attaqué, recevant l'appel de la première défenderesse, le déclarant fondé et déclarant la demande de la première défenderesse recevable et fondée, (i) condamne la demanderesse à délivrer à

la première défenderesse 154.818 actions de la classe (...), catégorie «(...)» du compartiment « (...) » de SICAV 1 au plus tard pour le 30 juin 2007, (ii) réserve à la première défenderesse le droit de formuler le cas échéant une demande en dommages et intérêts pour perte de valeur des actions entre la date du 14.11.2000 et celle à laquelle la livraison effective a lieu, (iii) condamne la demanderesse pour le cas où l'arrêt attaqué n'est pas exécuté dans le délai imparti, à payer à la première défenderesse la contre-valeur monétaire en US\$, sinon en EUR, des 154.818 actions de la classe (...), catégorie «(...)» du compartiment « (...) » de SICAV 1, au jour du paiement effectif, (iv) dit que la contre-valeur des titres est à augmenter des intérêts légaux à partir du 1er juillet 2007 jusqu'au jour du paiement, (v) donne acte à la première défenderesse de sa déclaration que cette contre-valeur avait provisoirement été estimée au 23 octobre 2002 à 26.894.982 US\$ et (vi) réserve à la première défenderesse le droit de formuler une demande en dommages et intérêts au cas où cette contre-valeur serait inférieure le jour du paiement effectif, pour tous ses motifs tenus pour être ici intégralement reproduits, et en particulier aux motifs que

<< Au regard des développements qui précèdent, les Attestations contiennent un engagement de la banque émettrice de les échanger contre des certificats matériels au porteur après le 15 octobre 2000. Elles ne constituent donc pas seulement un document probatoire.

Il est admis qu'avec l'accord du débiteur toute obligation quelconque est susceptible de donner lieu à la rédaction d'un titre négociable, sauf les exceptions prévues par la loi (Van Ryn et Heenen, principes de droit commercial, tome II 3eme éd., n. 1277; De Page, tome IV. n.414 et 415; Planiol et Ripper, tome VII n. 1136 à 1139, Van Ommeslaghe dans transmission des obligations trav. des IX journées d'études juridiques Jean Dabin publ. chez Et. E. Bruylant n. 30 et ss.)

Rien ne s'oppose donc à ce qu'une créance civile quelconque soit constatée par un titre au porteur et circule en conséquence par simple tradition. Il en va ainsi pour les certificats représentatifs d'actions, titres expressément prévus par Van Ryn et Heenen (op.cit. n. 1296).

En l'espèce les Attestations litigieuses ne sont pas nominatives. Elles certifient la propriété des actions sous-jacentes au détenteur.

Le terme "détenteur" est synonyme de porteur (WAHL.. traité théorique et pratique des titres au porteur t. 1 n° 263).

La banque 3, qui avait souscrit aux titres SICAV 1 pour ses clients X.), Y.) et Z.), avait insisté tout particulièrement dans sa lettre confirmative du 31 juillet 2000 que les Attestations soient émises au porteur (3 equal (bearer) certificates) pour être remises à Y.), porteur de pouvoirs de ses deux autres clients. Cet ordre devait nécessairement correspondre à la volonté exprimée des clients de 3.

La banque dépositaire, qui a suivi sur ce point l'instruction précise du souscripteur, s'est engagée à l'égard du détenteur des Attestations quelqu'il soit. Elle n'a pas pu en tant que professionnel se méprendre sur la portée de ce terme.

En renonçant à identifier le bénéficiaire de son Attestation et en certifiant la propriété des titres SICAV 1 non encore imprimés au détenteur, donc au porteur de l'Attestation, la BANQUE 1 a consciemment pris le risque de la cession des Attestations au profit d'un tiers. >> (pp. 11-12), et que

<< BANQUE 1 fait finalement valoir que la BANQUE 2.1 ne prouve pas avoir reçu les Attestations à titre de gage, tout comme il ne prouve pas les avoir reçues d'une personne ayant eu la capacité de disposer des Attestations, ce qui lui interdirait de prétendre à leur échange.

Comme le BANQUE 2.1 a qualité pour demander l'échange des Attestations contre les titres SICAV 1 du seul fait qu'il est détenteur des Attestations, qu'il fût propriétaire à titre personnel ou qu'il fût dépositaire de celles-ci, il est superflu d'examiner les causes de sa détention voire la validité de son gage.

Les attestations contiennent un engagement abstrait pour BANQUE 1 d'échanger les Attestations à partir du 15 octobre 2000 contre les titres définitifs au profit du détenteur des Attestations. >> (pp. 14-15) ;

alors que, première branche, *d'une part, il résulte des articles 6, 1131 et 1133 du Code civil ainsi que du principe général du droit *fraus omnia corrumpit* qu'une situation illicite ou frauduleuse ne peut se voir reconnaître aucun effet à tout le moins ne peut être opposée ni aux tiers ni aux parties ;*

que, si ni ces dispositions, ni l'article 1108 du Code civil n'interdisent, en règle, d'abstraire une obligation de sa cause, ces mêmes dispositions font cependant obstacle à ce que pareille abstraction ait pour objet ou pour effet de faire échapper l'engagement abstrait au respect de l'ordre public et des bonnes moeurs ou à l'interdiction de la fraude ;

que, d'autre part, s'il est permis d'abstraire un titre au porteur de sa cause, cette abstraction ne concerne pas les actes juridiques ultérieurs portant sur ce titre, tel qu'un gage portant sur celui-ci (articles 1134 al. 1er et 1165 du Code civil) ;

qu'en l'espèce, dans ses conclusions d'appel notifiées le 9 juin 2005, la demanderesse faisait valoir que

<< I-. Le silence de BANQUE 2.1 et les questions en suspens:

A. L'absence de réponse de BANQUE 2.1:

D'une façon difficilement compréhensible, BANQUE 2.1 refuse de donner la moindre information sur le contexte de son intervention.

Dans ses dernières conclusions, Banque 1 avait interrogé BANQUE 2.1 en insistant sur l'intérêt juridique d'obtenir réponse à ses questions, BANQUE 2.1 se devant d'établir la réalité de son prétendu gage sur les attestations litigieuses (ci-après 'les Attestations').

Par ailleurs, et même indépendamment de tout intérêt juridique, il semble évident que l'on ne saurait toiser cette affaire sans connaître l'intégralité des faits qui ont entouré l'intervention de chacun des protagonistes.

Il ne pourrait en effet être exclu que le client de BANQUE 2.1, qu'on est bien obligé de désigner par la lettre X, soit une personne ayant participé aux agissements pour le moins troubles des consorts X.), Z.), Y.) et éventuellement A.), dont on peut penser que le but aurait consisté à tenter de «mettre à l'abri» 24 voire 25.000.000.-U D.

B. Les questions en suspens:

1) A quel titre BANQUE 2.1 a-t-il consenti un crédit à X de USD 24.000.000.-?

Ne serait-il pas pour le moins utile - sans même prendre en considération les conséquences juridiques attachées à de telles informations qui seront revues ci-après - de savoir à quel titre BANQUE 2.1 a consenti un crédit à X portant sur un montant de 24.000.000.- USD?

2) A quel titre Y.) a-t-il remis les Attestations à la BANQUE 2.1?

Il serait tout autant intéressant de savoir sur base de quel titre et de quelles pièces BANQUE 2.1 a pu penser que Y.) devait remettre à X des «valeurs» pour un montant de 25.000.000.- USD.

Ainsi, quelles étaient les obligations que Y.) mentionne dans son attestation testimoniale et qui auraient justifié la remise des Attestations?

3) A quel titre BANQUE 2.1 est-elle entrée en possession des Attestations?

BANQUE 2.1 a nécessairement dû s'assurer que lorsqu'il entrerait en possession des Attestations, c'était bien son débiteur X qui en devenait propriétaire, et aurait alors la capacité de les lui affecter en gage.

Pour ce faire, BANQUE 2.1 devait avoir reçu mandat de la part de son client d'entrer en possession des Attestations.

BANQUE 2.1 devait encore vérifier à quel titre son client devenait propriétaire pour s'assurer de la validité de son gage. Reçoit-on des prétendues valeurs mobilières pour un montant de USD 25.000.000.- sans savoir à quel titre elles circulent de mains en mains?

4) Comment BANQUE 2.1 a-t-il traité les Attestations?

Pourquoi ne pas avoir versé, tempore non suspecto, la copie d'un reçu remis par BANQUE 2.1 à Y.) lors de la réception des Attestations? En effet, Y.) a dû exiger un reçu.

Par ailleurs, BANQUE 2.1 doit avoir confirmé à son client la réception des Attestations à titre de gage.

5) Le promettant X est-il informé des présentes procédures, et de leur issue possible?

Enfin, X est-il informé de tout ce qui se trame- autour des Attestations dont on prétend qu'il serait titulaire et dont on prétend encore qu'il les aurait remises en gage à BANQUE 2.1? »

qu'ainsi, la demanderesse faisait valoir, de manière implicite mais certaine, qu'il ne pouvait être exclu que la constitution du gage dont se prévalait la première défenderesse trouvât sa cause dans une situation illicite;

que l'arrêt attaqué décide toutefois qu'il est superflu d'examiner les causes de la détention des Attestations par la première défenderesse, voire la validité de son gage, au motif qu'elles comportent un engagement abstrait en faveur de tout détenteur de ces Attestations ;

***que, toutefois, premier grief,** l'arrêt attaqué ne pouvait légalement déduire de la circonstance que les Attestations étaient abstraites de leur cause que le gage ultérieurement constitué sur ces Attestations, et partant la qualité de détenteur de la première défenderesse, étaient également abstraites de leur cause ;*

qu'en effet les actes juridiques ont un effet relatif (article 1165 du Code civil) en sorte que l'abstraction voulue par l'auteur ou les auteurs d'un acte juridique ne sauraient s'étendre à d'autres actes distincts (violation des dispositions visées au moyen et spécialement des articles 1134 alinéa 1er et 1165 du Code civil) ;

***que, par ailleurs, deuxième grief,** le caractère abstrait des engagements incorporés dans les Attestations ne pouvait légalement justifier le refus de l'arrêt d'examiner si ces Attestations, le gage dont elles ont fait*

l'objet et la qualité de détenteur qui en découle étaient contraires à l'ordre public et aux bonnes moeurs ou frauduleux ; qu'en effet, en pareil cas, ces Attestations, ce gage et/ou cette qualité de détenteur ne pourraient se voir reconnaître aucun effet ou à tout le moins ne pourraient être opposés ni aux tiers ni aux parties ;

*que l'arrêt attaqué n'est, dès lors, pas légalement justifié (violation des articles 6, 1108, 1131 et 1133 du Code civil ainsi que du principe général du droit *fraus omnia corrumpit*) ;*

qu'à tout le moins, troisième grief, à défaut de rechercher et de constater par ses motifs, comme l'y invitaient les conclusions reproduites ci-avant de la demanderesse, si les Attestations, le gage dont elles ont fait l'objet et la qualité de détenteur qui en découle étaient contraires à l'ordre public et aux bonnes moeurs ou frauduleux, l'arrêt attaqué met la Cour dans l'impossibilité d'apprécier la légalité de sa décision ;

d'où il suit, d'une part, que l'arrêt attaqué est dépourvu de base légale, et, d'autre part, qu'il n'est pas régulièrement motivé et viole, partant, l'article 89 de la Constitution, ainsi que l'article 249, alinéa 1er, du Nouveau Code de Procédure civile, rendu applicable à l'instance d'appel par l'article 587 du même Code » ;

Mais attendu qu'à défaut de toute conclusion quant à une prétendue fraude tirée des questions posées par la société BANQUE 1, qui n'a pas invoqué devant les juges du fond les textes et principe normatifs énoncés à l'appui du moyen qu'elle met actuellement en œuvre, celui-ci est nouveau ; qu'il est mélangé de fait et de droit, dès lors que la violation de règles, fussent-elles d'ordre public, ne peut être invoquée utilement devant la Cour de cassation, si elle implique comme en l'espèce de la part de celle-ci la connaissance de circonstances de fait qui n'ont pas été soumises aux juges du fond ;

D'où il suit que la première branche du moyen est irrecevable ;

alors que, deuxième branche, « les droits incorporés dans un titre au porteur ne peuvent être exercés que par celui qui a sur ce titre une possession de bonne foi, non équivoque et à titre de propriétaire, répondant aux conditions des articles 2229 et 2279 du Code civil ;

qu'en effet, du fait de l'incorporation d'une créance dans un titre au porteur, celle-ci est assimilée à un meuble corporel, de sorte que sa cession s'opère de la même manière que la transmission d'un meuble corporel, conformément aux dispositions précitées ;

qu'en l'espèce, l'arrêt attaqué décide expressément que les trois Attestations sont des titres au porteur, le terme « détenteur » figurant sur celles-ci étant synonyme de « porteur » (voy. les motifs figurant aux pp. 11-12 de l'arrêt reproduits en tête du moyen) ;

que, premier grief, *il résulte des articles 2071, 2072 alinéa 1er, et 2076 du Code civil que le créancier gagiste ne possède pas le bien gagé animo domini, c'est-à-dire à titre de propriétaire, mais animo pignoris, c'est-à-dire à titre de créancier gagiste ;*

que, par conséquent, le créancier gagiste ne possède pas à titre de propriétaire au sens des articles 2229 et 2279 du Code civil ;

que le créancier gagiste possédant un titre au porteur ne jouit, partant, pas de la qualité requise pour exercer les droits incorporés dans ce titre ;

que l'arrêt attaqué, qui décide que « Comme la BANQUE 2.1 a qualité pour demander l'échange des Attestations contre les titres SICAV 1 du seul fait qu'il est détenteur des Attestations, qu'il fût propriétaire à titre personnel ou qu'il fût dépositaire de celles-ci, il est superflu d'examiner les causes de sa détention voire la validité de son gage » (pp. 14-15), ne justifie, dès lors, pas légalement sa décision (violation des articles 2071, 2072, alinéa 1er, 2076, 2229 et 2279 du Code civil) ;

que, deuxième grief, *à supposer même que la possession animo pignoris du créancier gagiste l'autorise à exercer les droits incorporés dans un titre au porteur – quod non –, encore résulte-t-il des articles 2071, 2072, alinéa 1er, et 2076 du Code civil que la possession du créancier gagiste n'existe en la faveur de celui-ci qu'autant que le gage ait été valablement constitué ;*

que, dans ses conclusions d'appel notifiées le 9 juin 2005, la demanderesse mettait en doute la validité du gage constitué en faveur de la première défenderesse en faisant valoir :

<< 2) BANQUE 2.1 ne prouve pas avoir reçu d'une personne avant eu capacité de disposer des Attestations:

'' Que le constituant soit le débiteur ou un tiers, il doit remplir une triple condition :

- d'une part, exister, (..);*
- d'autre part, avoir la capacité d'aliéner;*
- enfin être propriétaire de la chose ou titulaire de la créance engagée''. (op. cit., §36)*

''Pour qu'une personne puisse valablement constituer une chose en gage, il est nécessaire qu'elle soit capable de disposer de cette chose (..). En effet tout gage comporte un risque d'aliénation future, puisque, si le créancier n'est pas payé, il fera la chose ou se la fera attribuer. (...)

En outre, si le gage est constitué par un mandataire, sa nature commande que le mandat soit spécial, le créancier se voyant tenu de vérifier

l'existence ainsi que la régularité du mandat." (op. cit. § 37).

BANQUE 2.1 n'a pas reçu d'une personne ayant capacité de disposer des Attestations et ne saurait se réfugier derrière une quelconque apparence, tel que cela a été exposé dans les précédentes conclusions notifiées par Banque 1.

Dans un arrêt du 28 décembre 1956, la Cour de cassation a décidé que "la bonne foi ne p(ouvait) être présumée que si la légitimité de la possession des valeurs mobilières remises en gage avait été réellement vérifiée par le banquier qui les avait reçues" (Cass. fr. 28 décembre 1956, Banque, 1957, 292 et s.)¹⁵. >> (p. 8) ;

que l'arrêt attaqué décide cependant que << Comme la BANQUE 2.1 a qualité pour demander l'échange des Attestations contre les titres SICAV 1 du seul fait qu'il est détenteur des Attestations, qu'il fût propriétaire à titre personnel ou qu'il fût dépositaire de celles-ci, il est superflu d'examiner les causes de sa détention voire la validité de son gage >> (pp. 14-15) ;

qu'en décidant que la validité du gage consenti à la première défenderesse étant sans incidence sur les droits que celle-ci pouvait tirer des titres au porteur qui lui avaient été gagés, alors qu'elle ne peut prétendre à la qualité de possesseur de ces titres et, partant, à l'exercice des droits incorporés dans ceux-ci qu'à la condition que son gage ait été valablement constitué, l'arrêt ne justifie pas légalement sa décision (violation des articles 2071, 2072 alinéa 1er, 2076, 2229 et 2279 du Code civil) ;

***que, troisième grief,** la demanderesse faisait valoir, dans ses conclusions d'appel notifiées le 13 septembre 2004, que*

<< B. La qualité affirmée par BANQUE 2.1 de créancier gagiste se heurte à la réalité, d'ailleurs apparente

1) Le gage n'a pas été constitué par le propriétaire des Attestations

Il est constant que "le donneur de gage doit être propriétaire du bien ou titulaire du droit sur lequel le nantissement est constitué" (Jurisclasseur civil, art. 2071 à 2083, Fasc. 10, § 39 et s. ; Encyclopédie Dalloz Civil, V° Nantissement, § 6). Tel n'est pas le cas en l'espèce puisque seul Y.) a retiré les Attestations et les a remises directement ou indirectement à BANQUE 2.1. A cet égard, BANQUE 2.1 ne peut se prévaloir d'une prétendue apparence.

2) BANQUE 2.1 ne peut tenter de se réfugier derrière l'apparence

a) BANQUE 2.1 savait qu'il existait trois souscripteurs propriétaires distincts

BANQUE 1 est intervenue dans le cadre de la souscription des titres SICAV 1 pour trois clients distincts et différents de la Banque 3. Le fait que les titres

SICAV 1 aient été souscrits par trois clients distincts ne mérite en tant que tel aucun développement surabondant alors que ce fait est reconnu par tout le monde et résulte des pièces versées en cause.

Si Banque 3 connaissait l'identité des trois souscripteurs, BANQUE 1 apprend leur nom juste avant l'établissement des Attestations grâce à une communication de la Banque 3 (voir notamment pièce n° 14 de la farde de pièces de Me Paul Mousel).

Les circonstances permettent de se convaincre sans doute possible que BANQUE 2.1 savait ou ne pouvait ignorer qu'il existait trois souscripteurs distincts des titres SICAV 1. BANQUE 2.1 est en effet en contact avec Y.) déjà avant le jour d'établissement des Attestations. Ainsi, selon Monsieur (...) de la Banque 3, "le vendredi 28 juillet 2000, mon collègue (...) et moi avons reçu des coups de téléphone à plusieurs reprises, aussi bien de Monsieur Y.) que d'un certain Monsieur B.), apparemment depuis la Banque 2.1" (...). Ce Monsieur B.) était, au moment des faits, fondé de pouvoir principal à la BANQUE 2.1 et accompagnera Monsieur Y.) dans les locaux de BANQUE 1 afin d'assister à l'établissement et à la remise des Attestations.

En intervenant auprès de la Banque 3 avant l'établissement des Attestations et en assistant à l'établissement de celles-ci, BANQUE 2.1 savait et surtout ne pouvait ignorer que l'établissement de trois Attestations correspondait à la souscription des titres SICAV 1 par trois personnes différentes.

L'établissement de trois Attestations similaires mais distinctes, concomitamment, ne peut d'ailleurs se concevoir qu'en présence de trois souscripteurs distincts. En effet, la seule hypothèse dans laquelle ces trois Attestations auraient pu répondre à la demande d'un seul et même souscripteur est celle où les Attestations auraient eu un objet ou une utilité différentes les unes des autres. Ce n'est pas le cas puisqu'elles ont un objet et un destin identiques, scellés dès leur établissement, qui est, selon Y.), la remise à la BANQUE 2.1 ou à un tiers client de celui-ci qui a l'intention de les gager dans le cadre de ses relations avec cette banque (attestation testimoniale de Monsieur Y.) du 12 mars 2001).

BANQUE 2.1 ne peut donc alléguer une quelconque croyance déduite de la seule possession des Attestations par Y.) alors qu'elle sait que Y.) n'est pas le propriétaire de tous les titres SICAV 1. En assistant à la remise des Attestations par BANQUE 1 à Y.), BANQUE 2.1 peut présumer que celui-ci a reçu un mandat des propriétaires de retirer les titres SICAV 1, et à défaut les Attestations, En revanche, BANQUE 2.1 ne peut présumer de ce seul fait que Y.) serait propriétaire même d'une partie seulement des titres SICAV 1. BANQUE 2.1 ne peut non plus présumer que les propriétaires auraient donné mandat à Y.) de remettre les Attestations à un tiers, que ce soit à titre de paiement ou de gage.

b) *BANQUE 2.1 a nécessairement dû vérifier qui était propriétaire*

Afin d'éviter tout risque de trouble dans sa possession, BANQUE 2.1 se devait de vérifier qui étaient les propriétaires des titres SICAV 1 et d'obtenir confirmation de leur accord à procéder comme l'a fait Y.).

Il ne faut pas oublier que face à la revendication d'un tiers se prétendant propriétaire, BANQUE 2.1 n'aurait pu opposer sa prétendue bonne foi et tenter de faire croire en son ignorance dans le fait que Y.) n'était pas propriétaire. BANQUE 2.1 ne peut se retrancher derrière la prétendue apparence créée par les Attestations alors qu'il sait et doit savoir qu'il existait au moins deux autres propriétaires.

BANQUE 2.1 a donc dû obtenir de la part des propriétaires, dont elle a vérifié la qualité, la remise directe ou par mandataire interposé des Attestations. Pourquoi ne pas informer la Cour et les autres parties du résultat de ses recherches?

Si en revanche BANQUE 2.1 n'a pas vérifié, il a reçu ces « titres » en gage sans être sûr de les avoir reçu de quelqu'un ayant un pouvoir d'en disposer. Il n'est donc pas certain de la validité de sa sûreté.

En tout état de cause, BANQUE 2.1 ne peut se plaindre d'avoir été victime de l'apparence créée par les Attestations. A ce titre, elle n'est pas de bonne foi, ne pouvant se prévaloir de son ignorance prétendue.

En conséquence l'action intentée par BANQUE 2.1 en qualité de prétendu créancier-gagiste doit être déclarée irrecevable pour défaut de qualité en son chef sinon être déclarée non fondée, ceci sans préjudice d'un éventuel sursis à statuer. >> (pp. 9-11) ;

qu'ainsi, la demanderesse faisait valoir que la première défenderesse ne possédait pas de bonne foi les Attestations au porteur, et ne pouvait, par conséquent, prétendre exercer les droits y incorporés ;

que l'arrêt attaqué décide cependant que << Comme la BANQUE 2.1 a qualité pour demander l'échange des Attestations contre les titres SICAV 1 du seul fait qu'il est détenteur des Attestations, qu'il fût propriétaire à titre personnel ou qu'il fût dépositaire de celles-ci, il est superflu d'examiner les causes de sa détention voire la validité de son gage >> (pp. 14-15) ;

qu'en décidant ainsi que l'exercice des droits incorporés dans un titre au porteur était indépendant de la qualité de possesseur et, par conséquent, de la bonne foi du porteur, l'arrêt attaqué ne justifie pas légalement sa décision (violation des articles 2229 et 2279 du Code civil) ;

qu'à tout le moins, à défaut de rechercher, et de constater par ses motifs, si la première défenderesse possédait de bonne foi les Attestations, l'arrêt attaqué met Votre Cour dans l'impossibilité d'apprécier la légalité de sa décision ;

que, par conséquent, d'une part, l'arrêt attaqué est dépourvu de base légale, et, d'autre part, il n'est pas régulièrement motivé et viole, partant, l'article 89 de la Constitution, ainsi que l'article 249, alinéa 1er, du Nouveau Code de Procédure civile, rendu applicable à l'instance d'appel par l'article 587 du même Code ;

que, quatrième grief, la demanderesse faisait valoir, dans ses conclusions d'appel notifiées le 9 juin 2005, que

<< 1) BANQUE 2.1 ne prouve pas avoir reçu les Attestations à titre de gage:

D'après les explications qui ont été données, BANQUE 2.1 aurait reçu les Attestations de la part de Y.) qui n'est pas le promettant au titre de l'acte de gage de valeurs mobilières et créances conclu entre d'une part «le titulaire du compte n° 94 » et la BANQUE 2.1, acte daté au 25 juillet 2000.

Rien ne permet de rattacher les Attestations audit acte de gage et d'en déduire que celles-ci auraient été remises en exécution de cet acte.

Rien ne permet de retenir que les Attestations auraient été effectivement remises à la BANQUE 2.1 à titre de gage.

Faut-il rappeler que "le gage est constitué soit par le débiteur lui-même, ce qui est le cas normal, soit par un tiers qui donne l'un de ses biens en gage pour garantir la dette du débiteur" (Jurisclasseur civil, articles 2071 à 2083, Fascicule 10, § 33).

Or, Y.) n'a jamais déclaré avoir remis les Attestations afin de garantir la dette de la personne X, débiteur du BANQUE 2.1, qui serait le titulaire du compte n° 94.

(...)

3) Conséquences ..

BANQUE 2.1 ne fournit aucune pièce, aucune information permettant d'établir la réalité du gage qu'il allègue.

Ce n'est donc même pas la question de la validité du gage dont le BANQUE 2.1 fait état qui est en jeu, mais bien son existence même.

L'absence du moindre éclaircissement fourni par BANQUE 2.1 permet de penser que ce dernier craint moins les conséquences de son silence, que celles de la ou des réponses qu'il pourrait fournir.

Cette incertitude quant au gage allégué par BANQUE 2.1 interdit à celui-ci de prétendre à l'échange. >> (pp. 7-8) ;

qu'ainsi, la demanderesse faisait valoir, de manière implicite mais certaine, le caractère équivoque de la possession de la première défenderesse, dont elle déduisait que celle-ci ne pouvait exercer les droits incorporés dans les Attestations ;

que l'arrêt attaqué décide cependant que << Comme la BANQUE 2.1 a qualité pour demander l'échange des Attestations contre les titres SICAV 1 du seul fait qu'il est détenteur des Attestations, qu'il fût propriétaire à titre personnel ou qu'il fût dépositaire de celles-ci, il est superflu d'examiner les causes de sa détention voire la validité de son gage >> (pp. 14-15) ;

qu'en décidant ainsi que l'exercice des droits incorporés dans un titre au porteur était indépendant de la qualité de possesseur et, par conséquent, du caractère équivoque de la possession, l'arrêt attaqué ne justifie pas légalement sa décision (violation des articles 2229 et 2279 du Code civil) ;

qu'à tout le moins, à défaut de rechercher, et de constater par ses motifs, si la première défenderesse possédait de manière non équivoque les Attestations, l'arrêt attaqué met Votre Cour dans l'impossibilité d'apprécier la légalité de sa décision ;

que, par conséquent, d'une part, l'arrêt attaqué est dépourvu de base légale, et, d'autre part, il n'est pas régulièrement motivé et viole, partant, l'article 89 de la Constitution, ainsi que l'article 249, alinéa 1er, du Nouveau Code de Procédure civile, rendu applicable à l'instance d'appel par l'article 587 du même Code » ;

Mais attendu, en ce qui concerne le premier grief, qu'à raison du droit réel que confère le gage sur les titres au porteur, le créancier gagiste a, au regard des tiers et dans la mesure de son droit de gage, un droit de possession animo pignoris qui lui permet de bénéficier de la protection de l'article 2279 du code civil ; que ne possédant que comme titulaire d'un droit réel accessoire et ne pouvant pas prescrire la propriété de la chose engagée, l'article 2229 du code civil, pour autant qu'il exige une possession à titre de propriétaire, ne lui est pas applicable ;

Que ce grief n'est donc pas fondé ;

Attendu, en ce qui concerne les autres griefs de cette branche, qu'en entendant déduire la violation des articles 2229 et 2279 du code civil d'une

constitution de gage viciée, de la mauvaise foi du détenteur et du caractère équivoque de la possession du créancier gagiste, caractère d'ailleurs non soutenu en instance d'appel, la demanderesse en cassation invoque un amalgame de reproches disparates manquant de la précision requise de par leur complexité ; que le deuxième grief fait état des articles 2071, 2072, alinéa 1er, et 2076 du code civil tout en ajoutant, entre parenthèses, à la fin des développements, les articles 2229 et 2279 du même code sans les mettre en rapport avec le grief pour autant qu'il s'appuie sur les trois premiers articles ; que le vice d'imprécision de la branche est encore accentué par le fait que la demanderesse en cassation en concluant sur les troisième et quatrième griefs « que par conséquent, d'une part l'arrêt attaqué est dépourvu de base légale, et, d'autre part, il n'est pas régulièrement motivé et viole, partant, l'article 89 de la Constitution, ainsi que l'article 249 du Nouveau Code de Procédure Civile, rendu applicable à l'instance d'appel par l'article 587 du même Code » engage chaque fois le même reproche dans deux cas d'ouverture incompatibles entre eux, l'un visant un vice de fond et l'autre un vice de forme ;

Que ces griefs sont donc irrecevables ;

D'où il suit que la deuxième branche du moyen ne saurait être accueillie ;

et alors que, troisième branche, *« conformément à l'article 2079 du Code civil, jusqu'à l'expropriation du débiteur, s'il y a lieu, il reste propriétaire du gage, qui n'est, dans la main du créancier, qu'un dépôt assurant le privilège de celui-ci ;*

que, par ailleurs, l'article 2081, alinéa 1er du Code civil dispose que s'il s'agit d'une créance donnée en gage, et que cette créance porte intérêts, le créancier impute ces intérêts sur ceux qui peuvent lui être dus ; qu'il en résulte a contrario que le créancier gagiste ne peut imputer sur sa créance le capital de la créance donnée en gage ;

qu'il résulte de ces deux dispositions que le créancier gagiste ne peut exercer aucune prérogative découlant de la chose remise en gage qui constitue un acte de disposition ni ne peut recevoir un paiement de la part du débiteur de la créance gagée ;

que, par conséquent, à supposer même que les Attestations confèrent un droit susceptible d'être exercé par le simple détenteur de la chose – quod non –, encore le créancier gagiste auquel ces Attestations ont été remises en gage ne peut-il prétendre exercer les droits incorporés dans ces Attestations en lieu et place du débiteur gagiste, dès lors que l'exercice de ces droits constitue un acte de disposition ou à tout le moins implique la réception d'un paiement de la part du débiteur des droits incorporés dans ces Attestations ;

qu'en l'espèce, la demanderesse faisait valoir, dans ses conclusions d'appel notifiées le 9 juin 2005, que

« B. A supposer même que la BANQUE 2.1 soit gagiste, cette qualité ne saurait lui permettre de prétendre réclamer l'échange :

Le créancier gagiste ne peut disposer du bien et ne saurait donc prétendre le présenter à l'échange.

(...) Au-delà de ces contradictions, force est de constater que l'on ne saurait admettre le gagiste à donner en échange la chose gagée. >> (pp. 8-9)

que l'arrêt attaqué décide cependant que << Comme la BANQUE 2.1 a qualité pour demander l'échange des Attestations contre les titres SICAV 1 du seul fait qu'il est détenteur des Attestations, qu'il fût propriétaire à titre personnel ou qu'il fût dépositaire de celles-ci, il est superflu d'examiner les causes de sa détention voire la validité de son gage >> (pp. 14-15) ;

qu'ainsi, l'arrêt attaqué reconnaît illégalement à la première défenderesse, créancier gagiste, le pouvoir d'exercer une prérogative découlant des Attestations remises en gage qui constitue un acte de disposition ou à tout le moins qui implique la réception d'un paiement de la part de la demanderesse (violation des articles 2079 et 2081 alinéa 1er, du Code civil) » ;

Mais attendu que le créancier gagiste est tenu d'exécuter tous les actes nécessaires à la conservation des biens gagés ; qu'il a dès lors qualité pour demander l'échange d'attestations provisoires d'actions contre des titres matérialisées ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs :

dit le pourvoi **irrecevable** pour autant que dirigé contre la société anonyme de droit néerlandais BANQUE 3 ;

rejette le pourvoi pour le surplus ;

condamne la société anonyme BANQUE 1 S.A. aux dépens de l'instance en cassation et en ordonne la distraction au profit de Maître André ELVINGER et de Maître Patrick KINSCH sur leurs affirmations de droit ;

déclare l'arrêt commun à la société d'investissement à capital variable SICAV 1.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président Marc SCHLUNGS, en présence de Monsieur Jean ENGELS, avocat général et de Madame Marie-Paule KURT, greffier à la Cour.

