

**N° 18 / 2019**  
**du 24.01.2019.**  
**Numéro 3992 du registre.**

**Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg**  
**du jeudi, vingt-quatre janvier deux mille dix-neuf.**

**Composition:**

Jean-Claude WIWINIUS, président de la Cour,  
Romain LUDOVICY, conseiller à la Cour de cassation,  
Carlo HEYARD, conseiller à la Cour de cassation,  
Eliane EICHER, conseiller à la Cour de cassation,  
Michel REIFFERS, conseiller à la Cour de cassation,  
Marie-Jeanne KAPPWEILER, premier avocat général,  
Viviane PROBST, greffier à la Cour.

**Entre:**

**la société des Iles Vierges Britanniques SOCA),** établie et ayant son siège social à (...), immatriculée au « Register of Companies » des Iles Vierges Britanniques sous le numéro (...), représentée par ses « directors », sinon par son « board of directors »,

**demanderesse en cassation,**

**comparant par Maître Marc KLEYR,** avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

**et:**

**1) Maître Alain RUKAVINA,** avocat à la Cour, ayant son étude à L-1142 Luxembourg, 9, rue Pierre d'Aspelt, pris en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme SOC1) et de représentant de la masse des créanciers de cette faillite, établie et ayant son siège social à (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro (...), déclarée en état de faillite par jugement rendu par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg le (...),

**défendeur en cassation,**

**comparant par Maître Alain RUKAVINA,** avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

**2) B),** demeurant à (...),

**3) la société à responsabilité limitée SOC2),** établie et ayant son siège social à (...), représentée par son gérant, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro (...),

**défendeurs en cassation,**

**comparant par la société à responsabilité limitée LOYENS & LOEFF LUXEMBOURG,** inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée aux fins de la présente instance par Maître Véronique HOFFELD, avocat à la Cour,

**4) la société de droit monégasque SOC3),** établie et ayant son siège social à (...), représentée par son président délégué ou par son ou ses dirigeant(s), inscrite au répertoire du commerce et de l'industrie sous le numéro (...),

**5) la société anonyme SOC4),** établie et ayant son siège social à (...), représentée par son conseil d'administration, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro (...),

**6) la société coopérative de droit italien SOC5),** établie et ayant son siège social à (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Vérone sous le numéro (...), venant aux droits de la société Soc6), comme suite à une fusion-absorption du (...),

**7) la société de droit italien Soc7),** établie et ayant son siège social à (...), représentée par ses organes statutaires, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Vérone sous le numéro (...),

**8) Maître Paulo LOPES DA SILVA,** avocat à la Cour, ayant son étude à (...),

**défendeurs en cassation.**

---

## LA COUR DE CASSATION :

Vu l'arrêt attaqué, numéro 64/17, rendu le 5 avril 2017 sous les numéros 42733 et 43333 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 4 août 2017 par la société des Iles Vierges Britanniques SocA), à Maître Alain RUKAVINA, à B), à la société de droit

monégasque SOC3), à la société anonyme SOC4), à la société coopérative de droit italien SOC5), à la société de droit italien Soc7), à Maître Paulo LOPES DA SILVA et à la société à responsabilité limitée SOC2), déposé le 7 août 2017 au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 2 octobre 2017 par B) et la société SOC2) à la société SOCA), à Maître Alain RUKAVINA, à la société SOC3), à la société SOC5), à la société SOC7), à la société SOC4) et à Maître Paulo LOPES DA SILVA, déposé le 3 octobre 2017 au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 4 octobre 2017 par Maître Alain RUKAVINA à la société SOCA), à la société SOC4), à B), à la société SOC2), à la société SOC3), à la société SOC5), à la société SOC7) et à Maître Paulo LOPES DA SILVA, déposé le même jour au greffe de la Cour ;

Vu le nouveau mémoire, dénommé « *mémoire en réplique en cassation* », signifié le 30 octobre 2017 par la société SOCA) à Maître Alain RUKAVINA, à B), à la société SOC3), à la société SOC4), à la société SOC5), à la société SOC7), à Maître Paulo LOPES DA SILVA et à la société SOC2), déposé le 31 octobre 2017 au greffe de la Cour ;

Sur le rapport du conseiller Eliane EICHER et sur les conclusions de l'avocat général Sandra KERSCH ;

### **Sur les faits :**

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que dans le cadre de la vérification des créances produites au passif de la faillite de la société anonyme SOC1), le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, avait admis, entre autres, les déclarations de créance numéros 3 et 5 de B) au passif chirographaire et avait dit qu'il n'y avait pas lieu de se prononcer, en l'état des opérations de liquidation, sur le rang des différentes créances entre elles ; que la Cour d'appel a, par réformation partielle, dit que toutes les créances admises ayant fait l'objet de la procédure, autres que la créance numéro 8 de la société anonyme SOC4), sont de même rang ;

### **Sur la recevabilité du pourvoi qui est contestée :**

Attendu qu'il résulte des pièces soumises à la Cour de cassation que B) et la société SOC2) avaient accepté, sur demande de la société SOCA), d'élire domicile en l'étude de leur mandataire pour les besoins de la signification du pourvoi en cassation ;

Attendu que B) et la société SOC2) concluent à l'irrecevabilité du pourvoi au motif que le mémoire en cassation avait été signifié à la société SOC2) en son siège social, alors qu'en raison d'une élection de domicile, la signification aurait dû être faite en l'étude de son mandataire ;

Attendu que le moyen d'irrecevabilité visé au moyen concerne la seule société SOC2) ;

Qu'il en suit qu'il est irrecevable pour défaut d'intérêt pour autant qu'il est soulevé par B) ;

Attendu qu'aux termes de l'article 10, alinéa 1, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, la partie demanderesse en cassation doit, sous peine d'irrecevabilité, signifier le mémoire en cassation à la partie adverse ;

Attendu qu'aux termes de l'article 111 du Code civil, la signification pourra, en cas d'élection de domicile, être faite au domicile convenu ;

Attendu qu'en l'espèce, l'élection de domicile avait été faite à la demande et partant en faveur de la société SOCA) qui pouvait donc renoncer à une signification au domicile élu et valablement signifier le mémoire en cassation au siège social de la société SOC2) ;

Qu'il en suit que le moyen d'irrecevabilité du pourvoi, pour autant qu'il est soulevé par la société SOC2), n'est pas fondé ;

Attendu que le pourvoi, introduit dans les formes et délai de la loi, est recevable ;

### **Sur le premier moyen de cassation :**

*« Il est fait grief à la Cour d'appel d'avoir dit pour droit que toutes les créances admises ayant fait l'objet de la procédure inscrite sous le numéro de rôle 42733, autres que la créance de la société anonyme SOC4) - donc également la déclaration de créance no 3 de B) - sont de même rang,*

*en retenant dans la motivation de son arrêt (page 17 premier paragraphe de l'arrêt attaqué) que la déclaration de créance n° 3 de B) n'était pas subordonnée par rapport à la créance de la demanderesse en cassation SOCA),*

*ceci en réponse aux conclusions de la demanderesse en cassation qui faisait notamment valoir que << conformément au Amendment Agreement du 3 novembre 2010 (pièce annexée à la déclaration de créance no 3), les différents prêts et avances faits par le sieur B) entre le 3 février 2009 et le 19 juillet 2010 à la société SOCI) ont été expressément subordonnés en rang à l'emprunt obligataire de 24 millions EUR souscrit par SOCA).>> (voir la pièce 9 produite avec le présent mémoire, conclusions récapitulatives du 13 juillet 2016, page 22, 5<sup>e</sup> paragraphe), que la << subordination générale, qui place le créancier B) à un rang subordonné par rapport à tous les autres créanciers de la faillite, résulte encore clairement de la clause de subordination contenue dans la Section 2.5 de l'emprunt obligataire du 3 novembre 2010, d'après laquelle la créance d'SOCA) prime toutes les autres dettes de SOCI), et notamment celles dont peuvent faire état les actionnaires >> (voir la pièce 9 produite avec le présent mémoire, conclusions récapitulatives du 13 juillet 2016,*

page 23, premier paragraphe), et que << dans la mesure où le sieur B) fût, depuis au moins l'année 2007, sans préjudice quant à la date exacte, actionnaire et administrateur de la société faillie, il avait un intérêt patrimonial personnel dans la bonne marche des affaires de SOCI). Il est dès lors incontestable que les engagements souscrits ont un caractère commercial, ceci tant dans le chef de la société faillie que de l'actionnaire et dirigeant B) >> (voir la pièce 9 produite avec le présent mémoire, conclusions récapitulatives du 13 juillet 2016, page 23, dernier paragraphe),

aux motifs que :

<< le document intitulé "Amendment to Loan Agreement" signé entre la société SOCI) et l'intimée SOC4) en date du 3 novembre 2015 stipule que la société SOC4) en sa qualité de prêteur reconnaît que sa créance est subordonnée aux obligations qui seront souscrites par l'appelante SOCA). Ce document est signé par la société SOCI) et l'intimée SOC4). L'appelante SOCA) y figure comme y ayant été présente ("in the presence of"), mais elle n'a pas signé cet écrit.

Ce document concerne exclusivement le prêt accordé par l'intimée SOC4) à la société SOCI) et ne contient aucune référence aux créances de l'intimé B). Il ne saurait partant avoir un quelconque effet sur le rang des créances de ce dernier. Cette pièce est donc à écarter pour manque de pertinence. >> (page 15 deux derniers paragraphes de l'arrêt attaqué),

et aux motifs que :

L'intimé B) ayant signé l'Instrumentum en sa qualité de "président" de la société SOCI), il a eu connaissance de la clause de subordination y contenue. L'intimé n'a néanmoins pas signé ce document en sa qualité d'actionnaire, respectivement de créancier de la société SOCI), mais en sa qualité de "président" partant de mandataire social de cette société. Il convient de préciser que le document ne constitue pas un contrat, mais un acte unilatéral par lequel la société SOCI) a fixé les conditions de l'émission des obligations en cause. Aucune adhésion par un tiers à cet acte n'est établie. Aucune mention de cet acte ne permet de retenir que l'intimé B) y a adhéré en son nom propre en tant qu'actionnaire ou en tant que prêteur. Aucune acceptation de la clause de subordination de sa part, en cette qualité, ne saurait en être déduite. Il convient de préciser que ni la qualité d'administrateur, ni la qualité d'actionnaire, ni le cumul de ces deux qualités par l'intimé B) ne sont de nature à lui conférer la qualité de commerçant. La preuve qu'il a accepté en tant qu'actionnaire ou de prêteur, partant en son nom propre, les conditions de l'émission des obligations, dont la clause de subordination, doit donc être rapportée selon les règles applicables en matière civile. Cette preuve n'est pas rapportée. (voir la page 16, dernier paragraphe, de l'arrêt attaqué),

Il ne saurait donc être retenu que la déclaration de créance n° 3 de l'intimé B) a un caractère subordonné par rapport à la créance de l'appelante SOCA). >> (voir la page 17 premier paragraphe de l'arrêt attaqué),

alors que, **première branche**, en statuant comme elle l'a fait, sans examiner et sans se prononcer sur les éléments de preuve produits aux débats par la société

*SOCA), à savoir l'Amendment to Loan Agreements conclu le 3 novembre 2010 entre le sieur B), d'une part, et SOCI) et SOCA), d'autre part, qui avait été versé en annexe de la pièce numérotée 22 devant la Cour d'appel (voir la pièce no 13 produite avec le présent mémoire), tendant à établir le caractère subordonné de la créance résultant des prêts à base de la déclaration de créance n° 3 du sieur B) par rapport à celle de la demanderesse en cassation, la Cour d'appel a dénaturé ce document par omission ; que la dénaturation d'un document de preuve invoqué par l'une des parties est un cas d'ouverture à cassation ;*

*alors que, **deuxième branche**, la motivation de la Cour repose erronément sur l'Amendment to Loan Agreement signé le 3 novembre 2010 avec la société SOCA), et non pas celui signé le même jour en nom personnel par B), et procède dès lors d'une confusion entre l'Amendment to Loan Agreement du 3 novembre 2010 signé avec la société SOCA), qui avait été versé comme pièce numérotée 14 devant la Cour d'appel (voir la pièce no 12 produite avec la présent mémoire), et le Amendment to Loan Agreement signé le même jour en nom personnel par B), figurant comme annexe à la déclaration de créance no 3 produite par celui-ci, et qui a été produite comme pièce numérotée 22 devant la Cour d'appel (voir la pièce no 13 produite avec le présent mémoire) ; qu'une réponse aux conclusions de la demanderesse ainsi tirée d'une pièce étrangère à celle qui était visée par ses conclusions (à savoir la déclaration de créance n° 3 de B) et son annexe) et différente des pièces invoquées dans le passage pertinent desdites conclusions est nécessairement inopérante ; qu'il appartenait à la Cour d'appel de se prononcer sur la pièce produite aux débats par la société SOCA) et invoquée dans le passage pertinent de ses conclusions, à savoir l'Amendment to Loan Agreements signé le 3 novembre 2010 avec B) en son nom personnel, afin de voir (1) si ce document n'avait pas été signé par B) en son nom personnel, et (2) si ce document ne contenait pas une clause en vertu de laquelle B) acceptait de subordonner sa propre créance à celle d'SOCA), accord de subordination qui aurait produit ses effets par application de l'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil ; qu'en rejetant les conclusions de la demanderesse en cassation pour le motif inopérant précité, la Cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard de l'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, dont découle le caractère obligatoire d'un accord de subordination,*

*alors que, **troisième branche**, la motivation de la Cour d'appel selon laquelle << ni la qualité d'administrateur, ni la qualité d'actionnaire, ni le cumul de ces deux qualités par l'intimé B) ne sont de nature à lui conférer la qualité de commerçant. La preuve qu'il a accepté en tant qu'actionnaire ou de prêteur, partant en son nom propre, les conditions de l'émission des obligations, dont la clause de subordination, doit donc être rapportée selon les règles applicables en matière civile >> constitue une réponse insuffisante aux conclusions de la demanderesse en cassation qui faisaient observer que les prêts et l'Amendment Agreement du 3 novembre 2010 avaient un << caractère commercial >> en raison de l'intérêt patrimonial personnel de B), actionnaire et administrateur de la société faillie, dans la bonne marche des affaires de SOCI) ; qu'un contrat peut être un contrat commercial dans le chef de toutes les parties, et partant être soumis aux règles de la liberté de la preuve du droit commercial (article 109 du Code de commerce) même à l'égard d'une partie à ce contrat qui n'a pas personnellement la qualité de commerçant ; qu'il appartenait à la Cour d'appel de rechercher si B) n'avait pas, en sa qualité d'actionnaire et d'administrateur de SOCI), un intérêt patrimonial personnel à la bonne marche des*

*affaires de cette société, ce dont il se déduirait que les actes par lui signés étaient des actes de commerce et que la preuve du caractère subordonné de sa créance était libre ; qu'en omettant cette recherche au profit d'un motif insuffisant tiré du défaut de la qualité de commerçant dans le chef de B), la Cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard des articles 2 et 3 du Code de commerce, siège de la définition des actes de commerce, et de l'article 109 du Code de commerce, siège des règles de preuve applicables en matière commerciale. » ;*

#### **Sur la deuxième branche :**

Attendu que le défaut de base légale suppose que l'arrêt comporte des motifs de fait incomplets ou imprécis qui ne permettent pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle sur la bonne application de la loi ;

Attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que la décision de la Cour d'appel, aux termes de laquelle il ne saurait être retenu que la déclaration de créance numéro 3 de l'intimé B) a un caractère subordonné par rapport à la créance de la société SOCA), est basée sur l'analyse d'un document intitulé « *Amendment to Loan Agreement* », signé le 3 novembre 2010, erronément daté au 3 novembre 2015 dans l'arrêt d'appel, entre la société SOC1) et la société SOC4), en présence de la société SOCA), ainsi que d'un acte désigné comme « *Instrumentum creating 240.000 fixed rate unsecured convertible notes registered form in SOC1) S.A. (...) and providing for the terms and conditions thereof.* » ;

Attendu que dans l'acte d'appel, soumis à la Cour de cassation, la société SOCA) avait fait état d'une subordination générale des créances de B) qui ressortirait expressément des différents « *Amendments to Loan Agreement* » du 3 novembre 2010 annexés aux déclarations de créance de B) et de la société SOC4) ;

Attendu qu'il résulte des pièces soumises à la Cour de cassation que deux « *Amendments to Loan Agreement* » ont été signés le 3 novembre 2010 par la société SOC1) avec respectivement B) et la société SOC4), en présence de la société SOCA) ;

Attendu qu'en rejetant le caractère subordonné de la créance de B) sans tenir compte de l'« *Amendment to Loan Agreement* » signé le 3 novembre 2010 par B), l'arrêt de la Cour d'appel ne permet pas à la Cour de cassation de contrôler le bien-fondé de la décision au regard de la pièce invoquée ;

Qu'il en suit qu'en statuant comme ils l'ont fait, les juges d'appel n'ont pas donné de base légale à leur décision ;

Que le moyen, pris en sa deuxième branche, est fondé ;

Qu'il en suit qu'à cet égard l'arrêt encourt la cassation ;

#### **Sur le second moyen de cassation :**

*« Il est fait grief à la Cour d'appel d'avoir dit pour droit que toutes les créances admises ayant fait l'objet de la procédure inscrite sous le numéro de rôle 42733, autres que la créance de la société anonyme SOCA), - donc également la déclaration de créance n° 5 de B) - sont de même rang,*

*en retenant dans la motivation de son arrêt (page 17, troisième paragraphe de l'arrêt attaqué) qu'SOCA) ne saurait se prévaloir de la clause de subordination contenue dans les résolutions prises par le conseil d'administration de SOCI) du 27 janvier 2009 et les conditions de l'émission de l'emprunt obligataire du même jour, pour dire que sa créance a un rang supérieur à celle de B),*

*ceci en réponse aux conclusions de la demanderesse en cassation qui faisait notamment valoir que << Tous les documents produits par le sieur B) à l'appui de sa déclaration de créance no 5 contiennent une clause de subordination >>, qu'<< aussi bien les résolutions prises par le conseil d'administration de SOCI) du 27 janvier 2009 que les conditions de l'émission de l'emprunt obligataire sans intérêts de 17.500,000,00 EUR (conditions and regulations of the privat loan for seventeen million five hundred thousand euro (17.500.000,00) by the issue of no interest bonds expiring on December 31st 2024), et notamment son article 5 Reimbursement, contiennent une indication précise comme suit << Until the date of the reimbursement, the reimbursement of the Bond is subordinated to all financial indebtedness of the Company and its subsidiaries>>, (voir la pièce no 9 produite avec le présent mémoire, conclusions récapitulatives du 13 juillet 2016, page 24, dernier paragraphe), que << cette subordination a expressément été acceptée par le sieur B), sachant qu'à l'époque, il était à la fois actionnaire et administrateur de la société>> (voir la pièce no 9 produite avec le présent mémoire, conclusions récapitulatives du 13 juillet 2016, page 25, deuxième paragraphe), que << conformément à la Section 2.5. de l'emprunt obligataire du 3 novembre 2010, la Schedule 4 (Shareholder Indebtedness) indique expressément le caractère subordonné des shareholder bonds émis en date du 27 janvier 2009 au profit du sieur B) pour 17.500.000,00 EUR >> (voir la pièce no 9 produite avec le présent mémoire, conclusions récapitulatives du 13 juillet 2016, page 25, paragraphe 7), et que << les comptes annuels de la société SOCI) au 31 décembre 2010, tout comme ceux au 31 décembre 2009, montrent la créance de 17,5 millions EUR du sieur B) dans la ligne des subordinated debts >> (voir la pièce no 9 produite avec le présent mémoire, conclusions récapitulatives du 13 juillet 2016, page 26, premier paragraphe),*

*aux motifs que :*

*<< Concernant la déclaration de créance n° 5 de l'intimé B), le document invoqué par la société SOCA) est intitulé "Resolutions of the board of directors of the company taken in the circular form on January 27, 2009". Il a été signé, comme son nom l'indique, par les directeurs de la société SOCI), dont l'intimé B). Cet acte a pour but de régler les conditions de l'émission de nouvelles obligations dont certaines seront acquises par l'intimé B). Cet acte contient une clause de subordination de ces obligations par rapport aux autres dettes de la société. Cet acte contient en outre la mention que "Possession of the bonds implies the total acceptance of all the conditions of the present Terms and Conditions". Ce document se termine par la phrase "Taken as a Circular Resolution on this 27th day of January". Suivent trois signatures, dont celle de l'intimé B).*

*A l'instar de ce qui a été retenu plus haut concernant l'Instrumentum, il faut constater que ce document-ci n'a pas non plus été signé par l'intimé B) en nom personnel en sa qualité d'actionnaire et/ou de prêteur de la société SOC1). Si l'intimé B) a indubitablement eu connaissance de la clause de subordination y inscrite, les règles de preuve applicables en droit civil dont il peut revendiquer l'application, ne permettent pas de retenir qu'il a accepté la clause de subordination en nom personnel, en sa qualité d'actionnaire et/ou prêteur de la société SOC1). L'appelante SOCA) ne saurait partant se prévaloir de cette clause de subordination pour dire que sa créance a un rang supérieur à celle de l'intimé B) faisant l'objet de la déclaration de créance n° 5. >> (page 17, deuxième et troisième paragraphes de l'arrêt attaqué),*

*alors que, **première branche**, la demanderesse en cassation faisait valoir dans ses conclusions récapitulatives du 13 juillet 2016 que << tous les documents produits par le sieur B) à l'appui de sa déclaration de créance n° 5 contiennent une clause de subordination >> (voir la pièce no 9 produite avec le présent mémoire, page 24, dernier paragraphe), en citant les résolutions prises par le conseil d'administration de SOC1) le 27 janvier 2009 et les conditions de l'émission de l'emprunt obligataire du même jour y annexées ; que les mêmes conclusions faisaient encore valoir que << cette subordination a expressément été acceptée par le sieur B), sachant qu'à l'époque, il était à la fois actionnaire et administrateur de la société >> (voir la pièce no 9 produite avec le présent mémoire, page 25, 2<sup>e</sup> paragraphe) ; que par conséquent, les conclusions d'SOCA) faisaient valoir qu'en produisant lesdits documents à l'appui de sa propre déclaration de créance - signée par lui-même - B) s'en était approprié le contenu, l'avait nécessairement approuvé et donc reconnu le caractère subordonné de sa créance ; qu'il n'a pas été répondu à ce moyen dans la motivation de l'arrêt attaqué ; qu'en conséquence, l'arrêt attaqué est entaché de défaut de réponse à conclusions valant défaut de motifs et partant, d'une violation de l'article 89 de la Constitution, de l'article 249 du Nouveau code de procédure civile combiné avec l'article 587 du Nouveau code de procédure civile, et de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'homme et des libertés fondamentales ;*

*alors que, **deuxième branche**, en statuant comme la Cour d'appel l'a fait, en se basant uniquement sur les << Resolutions of the board of directors of the company taken in the circular form on January 27, 2009 >> et incidemment sur l'<<Instrumentum>> pour dire que la créance de la société SOCA) n'a pas un rang supérieur à la créance n° 5 du sieur B), sans examiner et sans se prononcer sur l'ensemble des éléments de preuve produits aux débats par la société SOCA) tendant à établir le caractère subordonné de la créance n° 5 du sieur B) par rapport à celle de la demanderesse en cassation, tels les comptes annuels de la société SOC1) au 31 décembre 2010, qui faisaient pourtant apparaître les créances du sieur B) dans la ligne des dettes subordonnées (et qui furent approuvés par celui-ci en assemblée générale des actionnaires), les juges d'appel ont manqué de répondre aux conclusions formulées, ce qui constitue une forme de défaut de motifs et, partant, une violation de l'article 89 de la Constitution, de l'article 249 du Nouveau code de procédure civile combiné avec l'article 587 du Nouveau code de procédure civile, et de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'homme et des libertés fondamentales ;*

*alors que, **troisième branche**, en statuant comme la Cour d'appel l'a fait, en se basant uniquement sur les << Resolutions of the board of directors of the company taken in the circular form on January 27, 2009 >>, et incidemment sur l'<<Instrumentum>>, pour dire que la créance de la société SOCA) n'a pas un rang supérieur à la créance n° 5 du sieur B), sans examiner et sans se prononcer sur l'ensemble des éléments de preuve produits aux débats par la société SOCA), et notamment les comptes annuels de la société SOCI) au 31 décembre 2010 tendant à établir le caractère subordonné de la créance n° 5 du sieur B) par rapport à celle de la demanderesse en cassation, puisque ces comptes annuels ont fait apparaître les créances du sieur B) dans la ligne des dettes subordonnées, la Cour d'appel a dénaturé ce document par omission ; que la dénaturation d'un document de preuve invoqué par l'une des parties est un cas d'ouverture à cassation,*

*alors que, **quatrième branche**, la motivation de la Cour d'appel constitue une réponse insuffisante aux conclusions de la demanderesse en cassation qui faisait observer (voir la pièce 9 produite avec le présent mémoire, conclusions récapitulatives du 13 juillet 2016, page 25, deuxième paragraphe) que << cette subordination a expressément été acceptée par le sieur B), sachant qu'à l'époque, il était à la fois actionnaire et administrateur de la société>>, autrement dit que les actes commis par le sieur B) avaient un caractère commercial en raison de l'intérêt patrimonial personnel qu'avait B) dans la bonne marche des affaires de SOCI), dont il était à la fois actionnaire et administrateur ; qu'un contrat peut être un contrat commercial dans le chef de toutes les parties, et partant être soumis aux règles de la liberté de la preuve du droit commercial (article 109 du Code de commerce) même à l'égard d'une partie à ce contrat qui n'a pas personnellement la qualité de commerçant ; qu'il appartenait à la Cour d'appel de rechercher si B) n'avait pas, en sa double qualité d'actionnaire et d'administrateur de SOCI), un intérêt patrimonial personnel à la bonne marche des affaires de cette société, ce dont il se serait déduit que les actes par lui signés étaient des actes de commerce et que la preuve du caractère subordonné de sa créance était libre; qu'en omettant cette recherche au profit d'un motif insuffisant tiré du défaut de la qualité de commerçant dans le chef de B), la Cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard des articles 2 et 3 du Code de commerce, siège de la définition des actes de commerce, et de l'article 109 du Code de commerce, siège des règles de preuve applicables en matière commerciale. » ;*

#### **Sur la première branche :**

Attendu que le moyen, pris en sa première branche, est tiré du grief du défaut de réponse à conclusions ;

Attendu qu'il résulte des conclusions récapitulatives, soumises à la Cour de cassation, que le moyen aux termes duquel « *en produisant lesdits documents à l'appui de sa propre déclaration de créance - signée par lui-même - B) s'en était approprié le contenu, l'avait nécessairement approuvé et donc reconnu le caractère subordonné de sa créance* » n'avait pas été formulé devant la Cour d'appel ;

Qu'il en suit que le moyen, pris en sa première branche, n'est pas fondé ;

### **Sur la quatrième branche, qui est préalable :**

Attendu qu'il résulte des conclusions récapitulatives de la société SOCA) soumises à la Cour de cassation que la demanderesse en cassation avait soutenu que la subordination avait été expressément acceptée par B) qui était à la fois actionnaire et administrateur de la société ; qu'elle n'avait, toutefois, pas fait valoir que les actes posés par B) avaient un caractère commercial en raison de l'intérêt patrimonial personnel qu'il avait dans la bonne marche des affaires de SOC1), ni qu'un contrat peut être un contrat commercial dans le chef de toutes les parties et partant être soumis aux règles de la liberté de la preuve du droit commercial, même à l'égard d'une partie à ce contrat qui n'a pas personnellement la qualité de commerçant ;

Que le moyen est partant nouveau et, en ce qu'il comporterait un examen des circonstances de la cause, mélangé de fait et de droit ;

Qu'il en suit que le moyen, pris en sa quatrième branche, est irrecevable ;

### **Sur les deuxième et troisième branches :**

Attendu que le moyen, pris en ses deuxième et troisième branches, fait grief à l'arrêt attaqué de ne pas s'être prononcé sur tous les documents produits au titre de la liberté de la preuve en matière commerciale ;

Attendu qu'il résulte de la réponse donnée au moyen, pris en sa quatrième branche, que la Cour d'appel a retenu que B) pouvait revendiquer l'application des règles de preuve prévues en matière civile, de sorte qu'elle n'avait pas à examiner les pièces en question ;

Qu'il en suit que le moyen, pris en ses deuxième et troisième branches, n'est pas fondé ;

### **Sur la demande en allocation d'une indemnité de procédure :**

Attendu que les défendeurs en cassation étant à condamner aux dépens, les demandes de B) et de la société SOC2) en allocation d'une indemnité de procédure sont à rejeter ;

**Par ces motifs,  
et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le premier moyen de cassation, pris en ses  
première et troisième branches,**

casse et annule l'arrêt numéro 64/17, rendu le 5 avril 2017 sous les numéros 42733 et 43333 du rôle par la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière

commerciale, en ce qu'il porte sur la déclaration de créance numéro 3 produite par B) au passif de la faillite de la société anonyme SOC1) ;

déclare, dans cette mesure, nuls et de nul effet ladite décision judiciaire et les actes qui s'en sont suivis, remet les parties dans l'état où elles se sont trouvées avant l'arrêt cassé et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel, autrement composée ;

rejette les demandes en allocation d'une indemnité de procédure présentées par B) et la société à responsabilité limitée SOC2) ;

impose à la société des Iles Vierges Britanniques SOCA) la moitié des dépens de l'instance en cassation et à B) et à la société à responsabilité limitée SOC2) l'autre moitié desdits dépens avec distraction au profit de Maître Marc KLEYR sur ses affirmations de droit ;

ordonne qu'à la diligence du procureur général d'Etat, le présent arrêt sera transcrit sur le registre de la Cour d'appel et qu'une mention renvoyant à la transcription de l'arrêt sera consignée en marge de la minute de l'arrêt annulé.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président Jean-Claude WIWINIUS, en présence de Madame Marie-Jeanne KAPPWEILER, premier avocat général, et de Madame Viviane PROBST, greffier à la Cour.