

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Arrêt N° 3/25 - III – COM

Arrêt commercial

Audience publique du neuf janvier deux mille vingt-cinq

Numéro CAL-2020-00478 du rôle

Composition:

Anne-Françoise GREMLING, premier conseiller-président,
Marc WAGNER, conseiller,
Anne MOROCUTTI, conseiller,
Isabelle Hippert, greffier.

E n t r e :

la société SOCIETE1.) LLC, société établie selon le droit de l'Etat de Delaware, établie et ayant son siège social à SOCIETE2.), ADRESSE1.), représentée par ses organes sociaux actuellement en fonctions, sinon par toute autre personne habilitée à cet effet,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Nadine TAPPELLA d'Esch-sur-Alzette du 8 juin 2020,

intimée sur appel incident,

comparant par LOYENS & LOEFF LUXEMBOURG s.à r.l., établie et ayant son siège social à L-2540 Luxembourg, 18-20, rue Edward Steichen, inscrite à la liste V du Tableau de l'ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Véronique

HOFFELD, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à la même adresse,

e t :

1) la société anonyme SOCIETE3.) S.A., actuellement en liquidation judiciaire, radiée d'office, ayant été établie et ayant eu son siège social à L-ADRESSE2.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.), représentée par son liquidateur judiciaire Maître Yann BADEN, avocat à la Cour, demeurant à L-ADRESSE3.),

2) Maître Yann BADEN, avocat à la Cour, demeurant à L-ADRESSE3.), pris en sa qualité de liquidateur judiciaire de la société anonyme SOCIETE3.) S.A,

intimés aux fins du susdit exploit TAPELLA,

appelants par incident,

comparant par Maître Yann BADEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 25 juin 2024.

Vu l'arrêt rendu le 27 janvier 2022, sous le numéro 15/22, par la troisième chambre de la Cour d'appel, autrement composée.

Il est rappelé que le 15 mars 2005, la société anonyme SOCIETE3.) S.A. (ci-après « la société SOCIETE3. ») et la société de droit de l'Etat du Delaware SOCIETE1.) LLC (ci-après « la société SOCIETE1. ») ont conclu un contrat qualifié d'« *engagement letter* » (« *lettre de mission* »), aux termes duquel la société SOCIETE1.) s'engageait à fournir des prestations de conseil à la société SOCIETE3.).

Le contrat contenait une clause d'arbitrage disposant que « *any dispute between the parties to this Engagement Letter shall be settled by arbitration*

before the facilities of the New York Stock Exchange, Inc. or the National Association of Securities Dealers, Inc. in the City of New York [...] »

Aux termes de l'annexe I, à laquelle renvoie l'article 7 de la lettre de mission, la société SOCIETE3.) a pris l'engagement suivant envers la société SOCIETE1.) : « *in consideration of your agreement to act on our behalf in connection with such matter or matters, we agree to indemnify and hold you harmless from and against all losses, claims, damages or liabilities (or actions or proceedings, including securityholder actions or proceedings in respect thereof) related to or arising out of such engagement or your role in connection therewith, and will reimburse you for all expenses (including counsel fees and expenses) as they are incurred by you in connection with investigating, preparing for or defending any such action or claim, whether or not in connection with pending or threatened litigation in which you are a party.*»

Au mois de septembre 2007, la société SOCIETE1.) a résilié la lettre de mission.

Par jugement du 1^{er} octobre 2009, le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg a déclaré dissoute la société SOCIETE3.), en a ordonné la liquidation, a désigné comme liquidateur Maître Yann BADEN et a rendu applicables les règles régissant la liquidation de la faillite, sur base de l'article 203 [actuel article 1200-1 (3)] de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

Par requête du 15 juillet 2014, la société SOCIETE3.) a saisi la « *Financial Industry Regulatory Authority* » (ci-après « FINRA ») aux fins de voir condamner la société SOCIETE1.) au paiement du montant de 100.000.000 euros à titre de dommages et intérêts pour fraude, déclarations inexactes et manquements à ses obligations contractuelles découlant de la lettre de mission.

Suivant sentence arbitrale du 29 mars 2018, la FINRA a débouté la société SOCIETE3.) de ses demandes et l'a condamnée à payer à la société SOCIETE1.) le montant de 4.256.667,29 USD, à titre d'« *indemnification damages* » incluant « *costs and fees* », ainsi que le montant de 149.356,56 USD, à titre d'« *attorneys' fees as sanctions per the Panel's January 18, 2017 determination* ».

La sentence arbitrale a été confirmée par jugement du tribunal d'arrondissement de l'arrondissement sud de New York du 31 mars 2019.

Par ordonnance du 22 août 2019, la prédite sentence arbitrale a été déclarée exécutoire dans le Grand-Duché de Luxembourg.

La société SOCIETE1.) a déposé une déclaration de créance et a requis l'admission de la créance au passif privilégié de la société SOCIETE3.), en liquidation, pour le montant de 100.000.000 euros.

Lors de la vérification des créances du 26 avril 2019, le liquidateur a contesté la déclaration de créance pour défaut de pièces justificatives quant au montant réclamé et absence de base légale du privilège invoqué.

Les débats ont été fixés à une audience publique.

Par exploit d'huissier du 2 octobre 2019, la société SOCIETE1.) a assigné la société SOCIETE3.) et Maître Yann BADEN, en sa qualité de liquidateur de celle-ci, à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, aux fins de les voir condamner au paiement du montant de 4.406.023,85 USD, avec les intérêts légaux à partir de la date du jugement à intervenir, jusqu'à solde. Elle a, en outre, sollicité la condamnation de la société SOCIETE3.) et de Maître Yann BADEN au paiement d'une indemnité de procédure de 5.000 euros, ainsi qu'aux frais et dépens de l'instance et a conclu à l'exécution provisoire du jugement à intervenir.

Elle a demandé la jonction entre cette affaire, inscrite sous le numéro du rôle TAL-2019-07857, et l'affaire pendante à la suite de la contestation de la déclaration de créance portant le numéro NUMERO2.).

A l'appui de sa demande, la société SOCIETE1.) a exposé que la sentence arbitrale, qui avait condamné la société SOCIETE3.) au paiement du montant de 4.256.667,29 USD, à titre de dommages et intérêts et au montant de 149.356,56 USD, à titre de pénalité pour procédure abusive, était définitive.

Elle a fait valoir que sa créance constituait une créance de la masse, étant donné qu'elle avait trouvé son origine dans un fait postérieur à la date du jugement de liquidation, en l'occurrence le déclenchement de la clause d'indemnisation de la lettre de mission, à la suite de l'introduction de la requête en arbitrage.

Elle a ajouté que Maître Yann BADEN avait, en sa qualité de liquidateur de la société SOCIETE3.), lancé une procédure d'arbitrage contre la société SOCIETE1.) en vue de recouvrer des liquidités au profit de la masse de la société SOCIETE3.). Les dettes résultant des actes effectués par le liquidateur

dans les limites de sa mission, en vue de la réalisation des actifs au profit de la masse, constitueraient des dettes à charge de cette dernière.

A titre subsidiaire, dans l'hypothèse où il serait jugé que sa créance ne constituerait pas une créance de la masse, la société SOCIETE1.) a demandé à voir qualifier celle-ci de créance privilégiée, dans la mesure où elle porterait sur des frais de justice en application de l'article 2101 du Code civil. Elle a, dès lors, demandé l'admission de sa créance au passif privilégié de la société SOCIETE3.) pour le montant de 4.406.023,85 USD et a renoncé au surplus de sa créance.

A titre plus subsidiaire, elle a demandé l'admission de la créance au passif chirographaire de la société SOCIETE3.) pour le prédit montant.

Le liquidateur a conclu à l'irrecevabilité de l'assignation du 2 octobre 2019 au vu du principe de la suspension des poursuites individuelles prévu à l'article 452 du Code de commerce, en faisant valoir que la créance de la société SOCIETE1.) était une créance dans la masse.

Il a, par ailleurs, contesté le caractère privilégié de la créance de la société SOCIETE1.).

Par jugement du 19 décembre 2019, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, a :

- ordonné la jonction entre l'affaire inscrite sous le numéro du rôle TAL-2019-07857 et les débats sur la contestation de la déclaration de créance de la société SOCIETE1.) portant le numéro NUMERO2.),
- déclaré les demandes de la société SOCIETE1.) dirigées contre la société SOCIETE3.) et Maître Yann BADEN, en sa qualité de liquidateur de la société SOCIETE3.), et tendant à leur condamnation au montant de 4.406.023,85 USD et au paiement d'une indemnité de procédure de 5.000 euros, irrecevables,
- rejeté la déclaration de créance numéro NUMERO2.) de la société SOCIETE1.) du passif privilégié de la liquidation,
- admis la déclaration de créance numéro NUMERO2.) de la société SOCIETE1.) au passif chirographaire de la liquidation pour le montant de 4.406.023,85 USD,
- rejeté la déclaration de créance pour le surplus,
- condamné la société SOCIETE1.) aux frais et dépens de l'instance.

Pour statuer ainsi, les juges de première instance ont dit que la créance de la société SOCIETE1.), découlant de la sentence arbitrale du 29 mars 2018, aux

termes de laquelle la société SOCIETE3.) avait été condamnée au paiement de dommages et intérêts incluant les coûts et frais dépensés par la société SOCIETE1.) dans le cadre du litige ayant été tranché par la FINRA ainsi que des « *attorneys' fees as sanctions [...]* », n'avait pas pour cause un engagement conclu avec Maître Yann BADEN, en sa qualité de liquidateur de la société SOCIETE3.), en vue de l'administration de la masse de cette dernière. Ils en ont déduit que la créance litigieuse était à qualifier de « *dette dans la masse* ».

Les demandes de la société SOCIETE1.) tendant à la condamnation de la société SOCIETE3.) et de Maître Yann BADEN, ès qualité, au paiement du montant de 4.406.023,85 USD et d'une indemnité de 5.000 euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, ont, par conséquent, été déclarées irrecevables, en application de l'article 452 du Code de commerce.

Après avoir relevé que la créance ne portait pas sur des frais de justice au sens de l'article 2101 du Code civil, le tribunal a dit que le montant de 4.406.023,85 USD était à rejeter du passif privilégié de la liquidation.

Ledit montant a, par conséquent, été admis au passif chirographaire de la liquidation.

Par acte d'huissier du 8 juin 2020, la société SOCIETE1.) a relevé appel du jugement du 19 décembre 2019.

Par arrêt du 27 janvier 2022, rendu sous le numéro 15/22, la troisième chambre de la Cour d'appel, autrement composée, a déclaré recevable l'appel et a ordonné la réouverture des débats afin de permettre aux parties d'instruire le fond.

Par réformation du jugement entrepris, l'appelante demande à la Cour de dire recevable la demande en condamnation dirigée à l'encontre de la société SOCIETE3.) et de Maître Yann BADEN, pris en sa qualité de liquidateur de ladite société.

Elle demande à voir condamner les parties intimées à lui payer le montant de 4.406.023,85 USD, à augmenter des intérêts légaux à partir du 29 mars 2018, date de la sentence arbitrale, sinon à partir du 31 mai 2019, date de la mise en demeure, sinon encore à partir du 19 décembre 2019, date du jugement entrepris, jusqu'à solde, ainsi qu'une indemnité de procédure d'un montant de 5.000 euros pour la première instance.

Elle réclame, en outre, une indemnité de procédure d'un montant de 5.000 euros pour l'instance d'appel et conclut à la condamnation des parties intimées aux frais et dépens des deux instances.

Au dernier état de ses conclusions, la société SOCIETE1.) sollicite, en outre, la condamnation de la société SOCIETE3.) et de Maître Yann BADEN à lui payer des dommages et intérêts à hauteur de 50.000 euros pour défense téméraire et vexatoire, sinon à titre de frais et honoraires d'avocat qu'elle a dû dépenser dans le cadre de la procédure d'appel.

L'appelante fait grief à la juridiction de première instance d'avoir qualifié sa créance de « *dette dans la masse* ».

Elle estime que le tribunal d'arrondissement a fait une mauvaise application de la jurisprudence belge et soutient qu'une « *dette de la masse* » peut résulter non seulement de la continuation de l'activité commerciale de la société par le curateur (ou le liquidateur), mais également de l'engagement, par ce dernier, d'actions en justice ou de tout autre type d'action afin de recouvrer de l'argent au profit de la masse.

La jurisprudence retiendrait, en effet, deux critères pour qualifier une dette de « *dette de la masse* », à savoir que la dette soit le résultat d'un acte positif du liquidateur, agissant *qualitate qua* et que cet acte positif ait été entrepris par le liquidateur dans le cadre de l'administration de la masse.

Ces deux critères seraient remplis en l'espèce, dans la mesure où la créance de la société SOCIETE1.), reconnue par le tribunal arbitral pour le montant de 4.406.023,85 USD, serait le résultat immédiat de l'action du liquidateur, ayant consisté à engager une procédure d'arbitrage, en représentant les intérêts de la masse des créanciers de la société SOCIETE3.) et dans l'espoir de recouvrer des liquidités au profit de la masse.

L'appelante souligne qu'il est indifférent de savoir si l'acte ou l'omission du curateur *qualitate qua* a finalement profité à la masse ou non.

Elle souligne, en outre, que même si la lettre de mission n'avait pas prévu l'allocation de dommages et intérêts à la société SOCIETE1.), des dommages et intérêts auraient été alloués à la partie gagnante à titre de compensation pour les frais qu'elle a dû exposer injustement.

L'argument du liquidateur, suivant lequel la condamnation au paiement du montant de 149.356,56 USD, prononcée à titre de sanction par le tribunal

arbitral, ne reposait sur aucune action ou omission dans son chef, ne serait pas pertinente, dans la mesure où, même si la faute incombait à l'avocat mandataire du liquidateur, cette responsabilité hypothétique serait inopposable à la société SOCIETE1.).

A titre subsidiaire, au cas où la Cour considérerait qu'une créance ne peut être qualifiée de « *dette de la masse* » que si elle résulte de l'exécution d'engagements contractuels conclus par le curateur aux fins d'assurer l'administration de la faillite, il y aurait lieu de constater que la créance de la société SOCIETE1.) est le résultat immédiat de l'exécution des contrats conclus respectivement par la société SOCIETE3.) et Maître Yann BADEN au profit de la masse.

La créance de la société SOCIETE1.) résulterait non seulement d'un engagement conclu par la société SOCIETE3.), que Maître Yann BADEN, en sa qualité de liquidateur, aurait décidé de continuer en initiant la procédure d'arbitrage contre la société SOCIETE1.), mais encore de la conclusion, par le liquidateur, d'un nouveau contrat avec la société SOCIETE1.) et le bureau de règlement des litiges de la FINRA, à savoir un accord de soumission (« *submission agreement* »), afin de poursuivre la procédure d'arbitrage.

Suivant ledit accord de soumission, la société SOCIETE3.), en liquidation, et la société SOCIETE1.) auraient soumis leur dispute au bureau de règlement de litiges de la FINRA et auraient convenu de respecter et d'exécuter toute ordonnance rendue.

En tout état de cause, un lien causal existerait entre l'arbitrage et la dette de la société SOCIETE3.).

En effet, la dette envers la société SOCIETE1.) aurait pris naissance dans la sentence arbitrale, donc postérieurement à l'ouverture de la liquidation et de la nomination de Maître Yann BADEN en tant que liquidateur.

La société SOCIETE1.) n'aurait pas eu de créance avant la sentence arbitrale.

Dans ses conclusions récapitulatives et amplificatives I du 5 mai 2023, la partie appelante précise que les détails factuels concernant le fond du litige sont repris dans une annexe auxdites conclusions.

La société SOCIETE3.) et Maître Yann BADEN demandent acte qu'ils se réservent le droit de se pourvoir en cassation contre l'arrêt du 27 janvier 2022.

Les parties intimées sollicitent le rejet du document intitulé « *annexe aux conclusions (argumentaire détaillé concernant les faits soumis à l'arbitrage)* », versé par la société SOCIETE1.) (pièce 28), comme n'étant pas un acte de procédure proprement dit.

Elles concluent, par ailleurs, à l'irrecevabilité de la demande additionnelle en dommages et intérêts, au motif que la société SOCIETE1.) n'a pas procédé par voie de déclaration de créance, ni de nouvelle assignation.

Elles demandent à voir constater que la créance est éteinte par règlement, en soutenant qu'il faut admettre que la société SOCIETE1.) a obtenu le règlement des montants en cause par son assureur.

Il résulterait, en effet, du dossier que la société SOCIETE1.) a souscrit une police d'assurances pour assurer les dommages causés aux tiers dans le cadre de ses prestations de services à l'égard de la société SOCIETE3.) et pour couvrir les frais occasionnés, dont notamment les honoraires d'avocat exposés par la société SOCIETE1.) dans le cadre de la défense de ses intérêts.

Les parties intimées estiment que le droit luxembourgeois, en tant que *lex concursus*, aussi bien qu'en tant que *lex fori*, et non le droit anglais, est applicable à la question de l'extinction de la créance de la société SOCIETE1.).

En application du droit luxembourgeois et, plus précisément, de l'article 1236 du Code civil, le paiement effectué par un tiers aurait force libératoire à l'égard du débiteur.

Les parties intimées s'interrogent, en outre, sur le caractère « *personnel* » de la créance dont se prévaut la société SOCIETE1.), dans l'hypothèse où elle aurait été indemnisée par son assureur.

Les parties intimées, relevant ainsi appel incident du jugement *a quo*, concluent partant au rejet de la créance du passif de la liquidation de la société SOCIETE3.) et demandent à voir déclarer non fondées les demandes formulées par la société SOCIETE1.).

Pour autant que de besoin, elles demandent à la Cour d'ordonner à la partie appelante de verser les factures d'honoraires sous-jacentes à la condamnation prononcée par le tribunal arbitral, les preuves de paiement par la société SOCIETE1.) à ses avocats et les preuves de remboursement effectué par l'assureur de la société SOCIETE1.).

A titre subsidiaire, les parties intimées concluent à la confirmation du jugement entrepris, en ce qu'il a qualifié la créance de la société SOCIETE1.) de créance dans la masse et admis celle-ci au passif chirographaire de la liquidation à concurrence du montant de 4.406.023,85 USD.

En considérant que l'adage de droit pénal « *una via electa* » est transposable en la « *présente matière* », les parties intimées font valoir que le déclarant qui, sans introduire d'assignation en paiement, introduit une déclaration de créance, fait en réalité un aveu de ce que la créance litigieuse n'est pas une créance « *de la masse* » mais une créance « *dans la masse* ».

Les parties intimées estiment que, pour qu'il y ait une créance « *de la masse* », le liquidateur doit avoir contracté une dette pour compte de la masse ou avoir continué un contrat en cours, ce qui ne serait pas le cas en l'espèce.

En effet, le liquidateur se serait basé sur les obligations contractuelles souscrites par les sociétés SOCIETE3.) et SOCIETE1.) dans leur contrat de prestation de services du 15 mars 2005, conclu antérieurement au jugement de liquidation. En invoquant, par nécessité juridique, la violation des obligations contractuelles par la société SOCIETE1.), le liquidateur aurait été contraint en même temps d'appliquer la clause d'arbitrage.

Au moment de l'introduction de la demande contre la société SOCIETE1.), « *soit à une époque où le liquidateur ne connaissait pas et ne pouvait pas connaître le résultat incompréhensible auquel le tribunal arbitral est venu* », le liquidateur n'aurait pas eu d'autre choix que d'introduire les demandes litigieuses.

Soulignant que l'un des arbitres avait émis un avis dissident, exhaustivement motivé, les parties intimées qualifient la décision du tribunal arbitral d'« *erreur judiciaire* ».

Elles insistent encore sur le fait que la sentence arbitrale a été rendue entre les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE3.) et non à l'égard de la masse des créanciers et obligataires de la société SOCIETE3.) et considèrent que la sentence est inopposable à la masse.

Les parties intimées relèvent, en outre, que l'exécution du contrat du 15 mars 2005 n'a pas profité à la masse.

Le fait que la créance ait été liquidée et ne devienne exigible que postérieurement au jugement de liquidation serait sans incidence sur la question de la nature « *dans* » ou « *de* » la masse de la créance.

Les parties intimées contestent, en outre, que la créance litigieuse ait un caractère privilégié, dans la mesure où il ne s'agirait pas d'une créance de frais de justice, mais de frais et honoraires d'avocats de la société SOCIETE1.), réclamés à l'encontre de la société SOCIETE3.) en vertu de l'obligation d'indemnisation du contrat de prestation de services conclu entre les sociétés SOCIETE3.) et SOCIETE1.).

Les parties intimées sollicitent la condamnation de la société SOCIETE1.) à leur payer une indemnité de procédure de 5.000 euros ainsi que sa condamnation aux frais et dépens.

La société SOCIETE1.) sollicite le rejet de la demande des parties intimées en production forcée de pièces, au motif que les parties intimées ne justifient pas en quoi les pièces réclamées seraient utiles à la solution du litige et que, par ailleurs, une mesure d'instruction ne saurait suppléer la carence d'une partie dans l'administration de la preuve.

L'appelante conteste que la dette de la société SOCIETE3.) soit éteinte.

Elle explique avoir souscrit une police d'assurance afin de couvrir « *les risques de pertes causées par les allégations de SOCIETE3.)* » (pièce 21 de la partie intimée) et renvoie à la clause 13 dudit contrat, aux termes de laquelle celui-ci est régi par la loi anglaise.

Elle s'appuie sur un avis de droit anglais, établi par Madame Alison Padfield, KC (pièce 25 de la partie appelante), pour soutenir que la police d'assurance lui permet de poursuivre le paiement de sa créance contre la société SOCIETE3.) en son nom propre et pour son compte et qu'un quelconque paiement de sa créance par l'assureur n'a aucune incidence sur l'existence de sa créance et sur son droit d'agir.

Elle ajoute qu'en aucun cas, le prétendu paiement effectué par l'assureur de la société SOCIETE1.) ne saurait être considéré comme un paiement de la dette de la société SOCIETE3.), indépendamment de la question du droit - anglais ou luxembourgeois - applicable.

La société SOCIETE1.) s'oppose également à la demande des parties intimées en allocation d'une indemnité de procédure.

Face à la demande des parties intimées tendant au rejet de sa pièce 28 (« *argumentaire détaillé concernant les faits soumis à l'arbitrage* »), la société SOCIETE1.) réinsère le contenu dudit document dans ses conclusions récapitulatives II du 8 décembre 2023 et III du 17 avril 2024.

Les parties intimées maintiennent leur demande en rejet de la pièce concernée.

Appréciation de la Cour

Quant à la demande tendant au rejet de la pièce 28 de la partie appelante

Les parties intimées concluent au rejet du document intitulé « *annexe aux conclusions (argumentaire détaillé concernant les faits soumis à l'arbitrage)* », versé par la société SOCIETE1.) (pièce 28), comme n'étant pas un acte de procédure proprement dit.

Dans la mesure où la société SOCIETE1.) a réinséré le contenu dudit document dans ses conclusions récapitulatives II du 8 décembre 2023 et III du 17 avril 2024, la demande tendant au rejet de la pièce litigieuse est devenue sans objet.

Quant à l'incidence d'un éventuel paiement effectué en faveur de la société SOCIETE1.) par son assureur

Les parties intimées invoquent l'article 1236 du Code civil pour soutenir que la créance invoquée est éteinte du fait qu'il est très probable que la société SOCIETE1.) ait été indemnisée par son assureur.

Aux termes de l'article 1236 du Code civil :

« Une obligation peut être acquittée par toute personne qui y est intéressée, telle qu'un coobligé ou une caution.

L'obligation peut même être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé, pourvu que ce tiers agisse au nom et en l'acquit du débiteur, ou que, s'il agit en son nom propre, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier. »

A admettre qu'en vertu du contrat d'assurance conclu en date du 31 août 2010 entre la société SOCIETE1.) et la société SOCIETE4.) Limited, actuellement SOCIETE5.) (pièce 21 des parties intimées), cette dernière ait effectué des

paiements en faveur de la société SOCIETE1.) et que la question de l'extinction de la créance de la société SOCIETE1.) relève du droit luxembourgeois, il ne peut être considéré que la société SOCIETE4.) ait procédé auxdits paiements en qualité de coobligée ou de caution de la société SOCIETE3.), débitrice, ou dans l'intention de libérer cette dernière.

Par ailleurs, le contrat d'assurance en cause, qui avait pour objet d'assurer les dommages causés aux tiers dans le cadre de ses prestations de services à l'égard de la société SOCIETE3.) et pour couvrir les frais occasionnés, dont notamment les honoraires d'avocat exposés par la société SOCIETE1.) pour la défense de ses intérêts, prévoit expressément, en son article 9.1. qu'en cas de paiement effectué par lui, l'assureur est subrogé dans les droits de l'assuré à due concurrence (« *If the Insurer makes any payment in connection with this Policy, the Insurer shall be subrogated to the extent of such payment to all of the Insured's and/or its Affiliates rights of recovery against any Person based upon, arising out of or relating to such payment, other than any Person for whom the Insured or its Affiliates (individually or collectively) are directly or vicariously liable.*»)

Il s'ensuit qu'un éventuel paiement effectué par l'assureur en faveur de la société SOCIETE1.) n'est pas de ceux visés par l'article 1236 du Code civil et ne saurait avoir eu pour effet d'éteindre la dette de la société SOCIETE3.).

Les parties intimées s'interrogent ensuite sur le droit d'agir de la société SOCIETE1.), en faisant valoir que, si l'assureur de la société SOCIETE1.) avait procédé à des paiements et était subrogé dans les droits de cette dernière, la partie appelante se prévaudrait d'une créance qui ne lui serait pas « *personnelle* ».

La loi applicable à l'obligation du tiers payeur détermine si celui-ci est subrogé dans les droits de la victime, et quelle est l'étendue de la subrogation (cf. Cour de cassation fr., 1^{re} Civ., 17 mars 1970, pourvoi n°68-13-577, Bull. civ. I, n° 252 ; Cour de cassation fr., 1^{re} Civ., 19 mars 1973, pourvoi n° 72-11.296, Bull. civ. I, n° 100 ; Cour de cassation fr., chambre sociale, 9 juillet 1980, pourvoi n° 79-10.435, Bull. civ. V, n° 639).

Le contrat d'assurance en cause en l'espèce est soumis à la loi anglaise, suivant l'accord des parties, consigné dans ledit contrat.

Dans son avis de droit anglais (« *legal opinion* ») du 14 mars 2023, basé sur une analyse détaillée de la doctrine et de la jurisprudence anglaises, Madame Alison Padfield, KC, s'exprime comme suit :

« The insurer's rights of subrogation allows the insurer to require the insured to bring a claim against third parties in its name (ie the name of the insured), and the insurer is then entitled to receive any proceeds of those claims.

The insurer's rights of subrogation have no effect on the insured's rights against third parties. The doctrine of subrogation operates to regulate the rights and obligations of the insurer and the insured between themselves but not between the insured and third parties [...]. »

Elle conclut que :

«

- a. SOCIETE1.)'s entitlement to claim legal defence costs from SOCIETE3.) is unaffected by payment from SOCIETE5.) in respect of those costs.*
- b. This is because the Policy is a contract of indemnity insurance to which the doctrine of subrogation applies unless its operation is excluded or modified by the Policy in a relevant way.*
- c. The doctrine of subrogation is not excluded by the Policy or modified in any relevant way.*

Payment by SOCIETE5.) to SOCIETE1.) under the Policy has therefore not reduced or extinguished SOCIETE1.)'s right to claim its legal defence costs against SOCIETE3.) whether by proving (claiming) them in SOCIETE3.)'s liquidation in Luxembourg or otherwise.» (pièce 25 de la partie appelante).

Il y a lieu de retenir de cet avis, non remis en cause par des éléments concrets produits par les parties intimées, que le droit d'agir de la société SOCIETE1.) n'est pas affecté par une indemnisation hypothétique de cette dernière par son assurance.

Un éventuel paiement effectué en faveur de la société SOCIETE1.) par son assureur n'ayant partant aucun effet, ni sur l'existence de la créance, ni sur le droit d'agir de cette dernière, il n'y a pas lieu d'ordonner à la société SOCIETE1.) de produire des pièces à cet égard.

Quant à la qualification de la créance de la société SOCIETE1.)

Les parties sont en désaccord sur la question de savoir si la créance de la société SOCIETE1.) est à qualifier de « *dette dans la masse* » ou de « *dette de la masse* ».

Contrairement aux arguments des parties intimées, la déclaration de créance numéro NUMERO2.), déposée par la société SOCIETE1.) et contestée par le liquidateur lors de l'audience de vérification de créances du 26 avril 2019, ne constitue pas un « *aveu* » de la partie appelante, suivant lequel sa créance constituerait une créance « *dans la masse* ».

En effet, ne saurait être admis comme *aveu* la déclaration d'une partie ayant porté sur un point de droit et non sur un fait.

C'est également à tort que les parties défenderesses soutiennent que le dépôt de la déclaration de créance empêcherait la société SOCIETE1.) de réclamer le paiement direct de sa créance.

Il y a lieu de souligner, à cet égard, que la règle « *una via electa non datur recursus ad alteram* », d'après laquelle la partie civile qui a exercé son action devant la juridiction civile compétente, ne peut plus la porter devant la juridiction répressive, n'est pas transposable au présent litige de droit commercial, qui a trait à la question de la qualification d'une créance.

La Cour renvoie ensuite à un arrêt de la 1^{re} chambre de la Cour de cassation belge du 5 mars 2010 (J.L.M.B. 10/829), suivant lequel l'irrévocabilité de l'admission d'une créance au procès-verbal de vérification des créances ne prive pas un créancier de la masse, qui aurait déclaré et fait admettre sa créance au procès-verbal de vérification des créances, du droit d'être payé avant toute répartition.

A noter qu'indépendamment du principe précité, posé par la jurisprudence belge, la question de l'irrévocabilité de l'admission de la créance par le liquidateur ne se pose pas en l'espèce, dans la mesure où la déclaration de créance de la société SOCIETE1.) a été contestée par le liquidateur et que l'admission de ladite créance à concurrence du montant de 4.406.023,85 USD au passif chirographaire de la liquidation par le jugement qui fait l'objet du présent appel, n'est pas encore définitive.

La déclaration de créance de la société SOCIETE1.) n'a, par conséquent, aucune incidence sur le droit de cette dernière de demander à voir qualifier sa créance de « *dette de la masse* ».

En ce qui concerne les notions de « *dette de la masse* » et « *dette dans la masse* », la Cour se réfère à la jurisprudence belge, étant donné que les législations belge et luxembourgeoise en matière de faillite étaient identiques

en substance avant la réforme du droit des faillites intervenue en 1997 en Belgique et que ladite réforme n'a pas remis en cause la conception jurisprudentielle des notions litigieuses en tant que telle.

Dans un premier temps, la jurisprudence belge a défini la dette de la masse au regard d'un critère chronologique, en qualifiant de dettes de la masse les seules dettes nées après la survenance de concours (cf. Florence George, *le droit des contrats à l'épreuve de la faillite*, Titre 4, dettes de la masse et dettes dans la masse, n° 531, 1^{re} édition, Bruxelles, Larcier, 2018 ; Cass.b. 30 mai 1968, Pas., 1968, I, p. 1126, R.P.S., 1969, p. 239, note F. T'Kint).

Plusieurs arrêts de la Cour de cassation belge ont, par la suite, fait apparaître un second critère, tenant à l'existence d'un lien étroit entre la dette et la gestion de la faillite par le curateur, pour la définition de la notion de dette de la masse (cf. Cass.b. 20 juin 1975, Pas., 1975, I, pp. 1017-1018 ; 28 avril 1983, R.C.J.B., 1986, p. 708, note P. Gérard).

Aux termes de trois arrêts de principe rendus en audience plénière le 16 juin 1988, la Cour de cassation belge a précisé ce critère fonctionnel ou téléologique en retenant qu'une « *dette ne peut être mise à charge de la masse que lorsque le curateur a contracté qualitate qua des engagements en vue de l'administration de ladite masse, notamment en poursuivant l'activité commerciale de la société, en exécutant les conventions que celle-ci a conclues ou encore en utilisant les meubles ou les immeubles de la société, aux fins d'assurer l'administration convenable de la faillite. [...] Ce n'est que dans pareilles circonstances que la masse doit corrélativement assumer les obligations résultant de cette administration et supporter les charges qui lui incombent.* » (cf. Cass.b., 16 juin 1988, R.G. n° F.19880616-22, n° 8075, T.R.V., 1988, p. 352, note J. Lievens, R.C.J.B., 1990, p. 5, R.W., 1988-1989, p. 433, Pas., 1988, I, p. 1250 (société en liquidation) ; Cass.b., 16 juin 1988, n° 8136, R.C.J.B., 1990, p. 11, J.T., 1988, p. 629, note Y. Dumon (ASBL en liquidation) ; Cass.b., 16 juin 1988, n° 8209, R.C.J.B., 1990, p. 18, R.D.C., 1988, p. 769 (faillite).

Dans un arrêt du 20 janvier 1994, la Cour de cassation belge (Cass.b., 20 janvier 1994, R.G.F., 1994, p. 256, note M. Evrard, R.D.C., 1994, p. 906, note Y. Dumon) a considéré que la qualification de dette de la masse requiert une intervention active du curateur (cf. Florence George, *op. cit.*, n° 535), tandis que dans des arrêts rendus respectivement le 7 mars 2002 et le 25 novembre 2004, la même Cour a précisé que « *[L]es dettes nées postérieurement à la faillite et contractées par le curateur en sa qualité d'administrateur de la faillite sont à charge de la masse faillie ... [L]e curateur contracte également*

des dettes relatives à l'administration de la faillite lorsque celles-ci résultent d'actes qu'il n'a pas accomplis alors qu'il aurait dû les accomplir dans le cadre de cette administration (cf. Cass.b., 7 mars 2002, Pas. 2002, I, n°167, p. 666, note ; R.W., 2002-2003, p. 215, note A. De Wilde ; R.D.C.B., 2002, p. 389 et 503 ; R.D.C.B., 2003, p. 295, note C.Van den Borren) et que « *le curateur contracte également des dettes relatives à l'administration de la faillite lorsqu'il accomplit un acte qu'il n'aurait pas dû accomplir dans le cadre de cette administration* » (cf. Cass.b., 25 novembre 2004, Pas. 2004, p. 1862).

Il convient de retenir des décisions précitées qu'il suffit que les dettes aient été contractées dans l'intérêt de l'ensemble des créanciers sans aller jusqu'à exiger la preuve, a posteriori de cette utilité (cf. Florence George, op.cit., n° 536).

Il appert également desdites décisions que les termes « *contracter* » des engagements ou « *contracter* » une dette, utilisés par la Haute Juridiction, ne sont pas à interpréter en ce sens qu'ils viseraient exclusivement des engagements contractuels souscrits par le curateur ou le liquidateur.

Si, en l'espèce, la clause d'indemnisation appliquée par le tribunal arbitral figure dans le contrat (« *engagement letter* ») signé entre les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE3.) le 15 mars 2005, la créance de la société SOCIETE1.) est née le 29 mars 2018, date du prononcé de la sentence arbitrale de la FINRA, soit postérieurement à la mise en liquidation de la société SOCIETE3.) par jugement du 1^{er} octobre 2009.

Cette sentence a été confirmée par jugement du tribunal d'arrondissement de l'arrondissement sud de New York du 31 mars 2019 et rendue exécutoire au Luxembourg suivant ordonnance rendue le 22 août 2019 par une vice-présidente du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, en remplacement de Madame la Présidente du tribunal d'arrondissement de Luxembourg.

Il ne saurait être retenu que la créance était « *en germe* » ou existait virtuellement avant le mois d'octobre 2009, comme, antérieurement à sa mise en liquidation, la société SOCIETE3.) n'avait lancé aucune procédure susceptible d'actionner la clause d'indemnisation contenue dans la « *engagement letter* » à l'encontre de la société SOCIETE1.).

La dette de la société SOCIETE3.) résulte donc d'une intervention active du liquidateur *qualitate qua*, ayant consisté dans l'engagement de la procédure d'arbitrage devant la FINRA.

Il y a lieu de préciser que l'argument du liquidateur, suivant lequel la condamnation au paiement du montant de 149.356,56 USD à titre d'« *attorneys's fees as sanctions per the Panel's January 18, 2017 determination* » ne résultait d'aucune action ou omission de sa part, est inopérant, dans la mesure où le litismandataire américain de la société SOCIETE3.) en liquidation, qui avait omis de produire certaines pièces dans la procédure de « *discovery* », avait bien été mandaté par le liquidateur.

Le liquidateur a introduit la procédure d'arbitrage dans l'intérêt de l'ensemble des créanciers, en ce qu'elle a eu pour but de recouvrer de l'actif au profit de la masse, même si, faute d'avoir été couronnée de succès, elle ne s'est, en fin de compte, pas avérée utile.

A noter encore que, contrairement aux arguments des parties intimées, la sentence arbitrale rendue le 29 mars 2018 entre les sociétés SOCIETE3.) en liquidation, représentée par son liquidateur, et la société SOCIETE1.) est bien opposable à la masse des créanciers.

La décision de la FINRA du 17 juillet 2017 (« *order on motion to dismiss* »), qui avait déclaré irrecevable l'action des « *creditors including bondholders* », en réponse à une demande de rejet (« *motion to dismiss* ») de la société SOCIETE1.), soutenant que le liquidateur ne pouvait pas représenter un sous-groupe de créanciers et obligataires, n'a, en effet, pas d'incidence sur l'opposabilité de la sentence arbitrale à la masse des créanciers.

Il est rappelé, à cet égard, qu'à l'instar du curateur, qui représente aussi bien le failli que les créanciers regroupés obligatoirement et nécessairement dès la déclaration de faillite, dans une « *masse des créanciers* » (cf. Cour d'appel lux., 25 février 2015, n° 37549 du rôle, Pas. 37, p. 483), le liquidateur représente tant la société en liquidation que la masse des créanciers.

Il n'a pas qualité pour agir en réparation du dommage subi par des créanciers individuels, mais pour exercer les droits qui sont communs à la masse des créanciers (cf. Cour d'appel lux., 25 février 2015, précité).

La dette litigieuse, laquelle consiste en des « *indemnification damages* », à concurrence de 4.256.667,29 USD et en des « *attorneys's fees as sanctions per the Panel's January 18, 2017 determination* », à concurrence de 149.356,56 USD, est, par conséquent, à considérer comme le résultat d'un engagement contracté par le liquidateur agissant ès qualité, en vue de l'administration de

la masse, au sens de la jurisprudence belge, évoquée ci-dessus, à laquelle la Cour se rallie.

Dans la mesure où la jurisprudence belge en matière de dettes « *de la masse* » et « *dans la masse* », analysée ci-avant, n'est pas à interpréter en ce sens qu'un engagement contractuel doit être à l'origine de la dette et que le liquidateur ou le curateur peut « *contracter* » une dette, notamment en engageant un procès dans l'intérêt de la masse, pour qu'une dette soit qualifiée de « *dette de la masse* », il est superfétatoire de relever qu'avant de lancer la procédure d'arbitrage, la société SOCIETE3.) a signé un contrat, en l'occurrence un « *accord de soumission* » avec la société SOCIETE1.).

Il serait pareillement superfétatoire d'analyser le moyen tiré d'une violation du principe de l'*estoppel* dans le chef de la partie appelante, soulevé par les parties intimées, qui reprochent à la société SOCIETE1.) d'avoir soutenu, dans un premier temps, que le contrat à la base de sa créance d'indemnisation était la « *engagement letter* » du 15 mars 2005 et d'avoir fait valoir, dans ses conclusions subséquentes, que le liquidateur avait souscrit un engagement en signant l'accord de soumission du 28 octobre 2014, en vue de lancer la procédure d'arbitrage.

Contrairement à la juridiction de première instance, la Cour retient, dès lors, que la créance de la société SOCIETE1.) constitue une créance de la masse.

Il s'ensuit que, par réformation du jugement entrepris, la demande de la société SOCIETE1.) en paiement du montant de 4.406.023,85 USD est à déclarer recevable et fondée et que ladite créance n'est pas à admettre au passif chirographaire de la liquidation.

La société SOCIETE1.) sollicite la condamnation « *de la société SOCIETE3.) et de Maître Yann BADEN* » au paiement du prédit montant.

Il n'y a pas lieu de prononcer une condamnation conjointe à l'encontre du liquidateur ès qualité et de la société en liquidation, dans la mesure où le liquidateur ès qualité représente la société en liquidation.

La condamnation intervient partant à l'égard de la société en liquidation, représentée par son liquidateur, ce qui équivaut à une condamnation du liquidateur, ès qualité.

Etant donné que la sentence arbitrale n'a pas assorti la condamnation au paiement dudit montant d'intérêts, la demande en paiement des intérêts n'est fondée qu'à partir du 2 octobre 2019, date de l'assignation introductive de première instance, jusqu'à solde, l'assignation valant sommation de payer, au sens de l'article 1153, alinéa 3, du Code civil.

Quant à la demande de la société SOCIETE1.) en indemnisation pour défense téméraire et vexatoire, sinon pour frais d'avocat

La demande de la société SOCIETE1.) en indemnisation du chef de défense téméraire et vexatoire, sinon en remboursement de ses frais d'avocat est recevable, dans la mesure où il résulte des conclusions de la société que la demande a trait à l'instance d'appel et qu'elle constitue donc une demande d'indemnisation d'un préjudice souffert depuis le jugement dont appel.

Les parties intimées ne justifiant pas que la demande litigieuse ait trait à une « *créance dans la masse* », leur argumentation suivant laquelle la partie appelante aurait dû déposer une déclaration de créance y afférente, tombe également à faux.

Il s'ensuit que la demande est recevable.

Le droit d'agir en justice en demandant ou en défendant est un droit fondamental dont l'exercice ne dégénère en faute qu'en présence d'un abus, caractérisé par une intention malveillante, une erreur grossière équipollente au dol ou encore une légèreté blâmable.

La société SOCIETE1.) restant en défaut d'établir une faute dans le sens décrit ci-dessus dans le chef des parties intimées, il convient de la débouter de sa demande en indemnisation pour défense téméraire et vexatoire, basée principalement sur l'article 6-1 du Code civil et subsidiairement sur les articles 1382 et suivants du même Code.

Les frais non compris dans les dépens, donc également les honoraires d'avocat, constituent un préjudice réparable et peuvent être remboursés sur base de la responsabilité pour faute des articles 1382 et 1383 du Code civil (cf. Cour de cassation, 9 février 2012, arrêt n° 5/12, n° 2881 du registre).

Or, tel qu'il a été retenu ci-avant, le droit d'agir en justice pour être entendu par le juge sur le fond d'une contestation constitue un droit fondamental dont l'exercice n'est susceptible d'engager la responsabilité de son auteur qu'en présence d'un abus résultant d'une intention malveillante, d'une erreur grossière équipollente au dol ou d'une légèreté blâmable.

Comme aucune faute dans le sens prédécrit n'est établie dans le chef des parties intimées, la société SOCIETE1.) est également à débouter de sa demande en indemnisation pour frais d'avocat pour l'instance d'appel.

Quant aux indemnités de procédure et aux frais

Les intimées succombant au litige et devant partant supporter la charge des dépens, leur demande en allocation d'une indemnité de procédure doit être rejetée.

Les demandes en obtention d'indemnités de procédure de la société SOCIETE1.) sont à déclarer recevables, tant pour la première instance, par réformation du jugement entrepris, que pour l'instance d'appel.

Comme il serait inéquitable de laisser à charge de la société SOCIETE1.) l'entièreté des sommes exposées non comprises dans les dépens, sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour la première instance est fondée à concurrence de 1.000 euros, par réformation du jugement entrepris, et sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel est fondée à concurrence du montant de 2.000 euros.

Eu égard à l'issue du litige, les frais et dépens des deux instances sont à mettre à charge de la masse de la liquidation de la société SOCIETE3.).

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, troisième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

revu l'arrêt 27 janvier 2022, rendu sous le numéro 15/22 par la troisième chambre de la Cour d'appel,

dit non fondée la demande de la société anonyme SOCIETE3.), en liquidation judiciaire, et de Maître Yann BADEN, pris en sa qualité de liquidateur de la société anonyme SOCIETE3.), en communication forcée de pièces,

dit l'appel incident recevable, mais non fondé,

dit l'appel principal fondé,

réformant,

dit que la créance de la société SOCIETE1.) LLC, établie selon le droit de l'Etat de Delaware, constitue une créance de la masse,

dit recevable et fondée la demande de la société SOCIETE1.) LLC, établie selon le droit de l'Etat de Delaware, en condamnation de la société anonyme SOCIETE3.), en liquidation judiciaire, représentée par son liquidateur, Maître Yann BADEN, en paiement du montant de 4.406.023,85 USD,

condamne la société anonyme SOCIETE3.), en liquidation judiciaire, représentée par son liquidateur, Maître Yann BADEN, à payer à la société SOCIETE1.) LLC, établie selon le droit de l'Etat de Delaware, le montant de 4.406.023,85 USD, avec les intérêts légaux à partir du 2 octobre 2019, jusqu'à solde,

dit recevable et fondée à concurrence du montant de 1.000 euros, la demande de la société SOCIETE1.) LLC, établie selon le droit de l'Etat de Delaware, en obtention d'une indemnité de procédure pour la première instance,

condamne la société anonyme SOCIETE3.), en liquidation judiciaire, représentée par son liquidateur, Maître Yann BADEN, à payer à la société SOCIETE1.) LLC, établie selon le droit de l'Etat de Delaware, une indemnité de procédure de 1.000 euros pour la première instance,

condamne la société anonyme SOCIETE3.), en liquidation judiciaire, représentée par son liquidateur, Maître Yann BADEN, aux frais et dépens de la première instance,

dit recevables, mais non fondées les demandes de la société SOCIETE1.) LLC, établie selon le droit de l'Etat de Delaware, basées sur les articles 6-1 et 1382 et suivants du Code civil et en déboute,

dit recevable et fondée à concurrence du montant de 2.000 euros, la demande de la société SOCIETE1.) LLC, établie selon le droit de l'Etat de Delaware, en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne la société anonyme SOCIETE3.), en liquidation judiciaire, représentée par son liquidateur, Maître Yann BADEN, à payer à la société SOCIETE1.) LLC, établie selon le droit de l'Etat de Delaware, une indemnité de procédure de 2.000 euros pour l'instance d'appel,

dit non fondée la demande de la société anonyme SOCIETE3.), en liquidation judiciaire, et de Maître Yann BADEN, pris en sa qualité de liquidateur de la société anonyme SOCIETE3.), en obtention d'une indemnité de procédure et en déboute,

condamne la société anonyme SOCIETE3.), en liquidation judiciaire, représentée par son liquidateur, Maître Yann BADEN, aux frais et dépens de l'instance d'appel, avec distraction au profit de Maître Véronique HOFFELD, sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Madame le premier conseiller-président Anne-Françoise GREMLING, en présence du greffier Isabelle HIPPERT.