

Arrêt commercial - faillite

Audience publique du vingt janvier deux mille seize

Numéro 40965 du rôle.

Composition :

Roger LINDEN, président de chambre;

Elisabeth WEYRICH, conseillère;

Jean ENGELS, conseiller;

Eric VILVENS, greffier assumé.

E n t r e :

la société A, établie et ayant son siège social à ..., immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro ..., représentée par son gérant commandité, déclarée en état de faillite par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale du 16 décembre 2013,

partie appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Frank Schaal de Luxembourg du 29 janvier 2014,

comparant par Maître François Kremer, avocat à la Cour; demeurant à Luxembourg,

e t :

1) la société B, établie et ayant son siège social à ..., immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro ..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

partie intimée aux fins du prédit exploit Schaal,

comparant par Maître Marc Kleyr, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

2) Maître C, avocat à la Cour, demeurant à ..., prise en sa qualité de curateur de la faillite préqualifiée,

partie intimée aux fins du crédit exploit Schaal,

comparant par elle-même.

LA COUR D'APPEL :

Suivant acte d'huissier de justice du 21 octobre 2013, la société anonyme B (ci-après la société B) a fait assigner la société en commandite par actions A(ci-après la société A) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, afin de la voir déclarer en état de faillite.

La demanderesse a exposé que la société A a émis au courant de l'année 2002 trois emprunts obligataires, souscrits par la société B qui devaient venir à échéance le 30 novembre 2005. Suivant avenants des 6 septembre 2005 et 1^{er} août 2007, la maturité desdits emprunts a été reportée au 31 juillet, respectivement au 30 septembre 2007. Afin de garantir le remboursement des obligations, la société B s'est vu consentir un gage sur un total de 1.017.721 actions de la société de droit français D, dont la société A détenait une participation de 47%.

Nonobstant l'échéance contractuelle des emprunts obligataires fixée au 30 septembre 2007, la société A n'aurait réservé aucune suite ni à la demande formelle de paiement lui adressée le 23 février 2010 par la société B, ni aux sommations de payer des 18 décembre 2012, 26 avril et 10 juin 2013.

Soutenant que le solde redû par la défenderesse se chiffrait à 55.039.383,57 € et que la valeur du gage des 1.017.721 actions CS réalisé par la société B le 10 juin 2013 aurait été largement insuffisant pour couvrir la créance certaine, liquide et exigible à l'égard de la société A, la requérante a demandé à voir constater la cessation des paiements et l'ébranlement de crédit dans le chef de la société A et à la voir déclarer en état de faillite.

La société A a résisté à la demande, arguant qu'en application des contrats de souscription et des « *terms and Conditions* », indiquant que « *Bonds will become void unless presented for payment within five (5) years from the date of maturity as defined herein* », les obligations n'auraient jamais été présentées au paiement par la société B de sorte qu'elles seraient devenues caduques à partir du 30 septembre 2012. Elle a encore fait valoir que la présentation au paiement impliquerait la remise du certificat d'inscription à la société A afin d'éviter toute fraude. La défenderesse a encore contesté avoir réceptionné la mise en demeure du 23 février 2010 dont s'est prévalu la société B, arguant que le courrier recommandé aurait été adressé à un ancien siège social et que faute d'avoir disposé de ligne téléphonique en France, le numéro de fax n'aurait pas été celui de la société A.

La société demanderesse ne disposerait pas de titre documentant sa créance et celle-ci ferait d'ailleurs l'objet de contestations sérieuses. La société A s'est prévalu à cet égard de plusieurs procédures pendantes devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg se rapportant à cette créance.

Reprochant à la société B d'avoir agi avec une légèreté blâmable, et dans le seul but de faire pression sur la défenderesse, la société A a conclu à l'allocation de 23.000 € à titre de dommages-intérêts pour procédure abusive et vexatoire et de 20.000 € à titre d'indemnité de procédure.

Par jugement du 16 décembre 2013, le tribunal a déclaré la société A en état de faillite. Les demandes de cette société tendant à se voir allouer une indemnité pour procédure abusive et vexatoire et une indemnité de procédure ont été rejetées.

Pour statuer ainsi, le tribunal a d'emblée constaté que la société B ne disposait d'aucun titre documentant sa créance. Considérant que le juge saisi de la demande en faillite est compétent pour juger de la contestation élevée par le débiteur à l'encontre de la créance invoquée, le tribunal a analysé si la société B dispose d'une créance certaine, liquide et exigible à l'égard de la société A.

Il a relevé que contrairement à l'argumentation de la société A, ni la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, ni les dispositions contractuelles ne prévoient de procédure ou de formalité spécifique pour la présentation des paiements. Il a ensuite retenu que le courrier du 23 février 2010 aux termes duquel la société B a réclamé le paiement de sa créance a été valablement transmis par fax à la société A le 26

février 2010, à un numéro de fax français utilisé par la société défenderesse.

Le tribunal s'est encore référé à un protocole d'accord du 6 avril 2010 signé par la société A faisant état d'une impossibilité dans le chef de cette société de pouvoir rembourser la créance de la société B pour en déduire que la société B avait demandé le remboursement des obligations. Il a également relevé que la société défenderesse n'avait, à aucun moment, avant son action déclaratoire introduite le 14 juin 2013, fait état d'une prétendue caducité des obligations émises et qu'elle avait même, après la date butoir du 30 septembre 2012, et après avoir reçu la deuxième mise en demeure datée au 18 décembre 2012, fait croire à la société B qu'une solution amiable serait envisageable.

L'argumentation de la défenderesse que les obligations seraient devenues caduques a en conséquence été rejetée.

A défaut de toutes autres contestations tenant tant au principe qu'au quantum de la créance, il a considéré que la créance de la société B d'un import de 55.039.383,57 € était une créance certaine, liquide et exigible.

Quant à la cessation des paiements dans le chef de la société A, le tribunal s'est référé au protocole d'accord du 6 avril 2010 pour retenir que ladite société a elle-même reconnu se trouver dans « une impossibilité de rembourser les créances détenues par la société B ».

Considérant ensuite que la société A disposait de plusieurs années pour régler sa dette, devenue exigible fin septembre 2007, qu'elle n'avait pas été en mesure de trouver de solution durant toutes ces années et que le créancier principal n'était plus d'accord à lui accorder de crédit, le tribunal a relevé que le crédit de la société A se trouve ébranlé.

L'argumentation de la société A quant au prétendu engagement des actionnaires de référence pour trouver un refinancement a par conséquent été rejetée.

Par acte d'huissier de justice du 29 janvier 2014, la société A a régulièrement relevé appel de ce jugement qui lui a été signifié le 14 janvier 2014.

La société A reprend, en substance, son argumentation développée en première instance.

L'appelante fait plaider qu'elle ne se trouve pas en état de cessation des paiements et que son crédit n'est pas ébranlé. Elle

fait valoir que la créance alléguée par la société B n'est ni certaine, ni liquide et exigible et renvoie à diverses procédures actuellement pendantes devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg et notamment à son assignation devant le tribunal siégeant en matière civile du 14 juin 2013 tendant à voir déclarer caduques les obligations émises par la société A et souscrites par la société B suivant contrats de souscription des 7 janvier 2000, 7 juin et 31 juillet 2002 et par conséquent à voir déclarer éteinte la créance alléguée par la société B. La créance de la société B ferait par conséquent l'objet de contestations sérieuses. L'appelante conteste également qu'il y ait ébranlement de crédit dans son chef. Elle se prévaut d'un courrier versé en première instance aux termes duquel les actionnaires de référence de la société A se sont engagés à se concerter en vue d'un refinancement de cette société, dans le cas où les obligations seraient reconnues et que A serait condamnée à rembourser.

La société A conclut en conséquence, par réformation, au rabattement de la faillite.

Elle sollicite une indemnité de procédure de 10.000 € pour l'instance d'appel et demande « *à voir condamner la société B à lui rembourser les frais d'administration de la faillite rapportée dans l'hypothèse où elle doit les supporter* ».

Elle ajoute à toutes fins utiles avoir consigné la somme de 15.000 € sur le compte tiers de son avocat afin de régler les frais et honoraires du curateur.

Elle demande en outre à voir déclarer commun l'arrêt à intervenir à Monsieur le Procureur d'État de Luxembourg.

La société B s'oppose au rabattement de la faillite. Elle estime que le juge saisi d'une demande en faillite serait compétent pour juger de la contestation élevée par le débiteur à l'encontre de la créance du demandeur et examiner le fond de la contestation. En l'occurrence, les contestations émises par la société A ne seraient pas sérieuses. L'intimée demande, au cas où la Cour devrait estimer que la preuve de la réception par la société A du courrier du 23 février 2010 n'était pas rapportée, de joindre à la société A, à son associé-commandité, et à un certain E de produire le relevé des télécopies reçues sur le numéro de fax français 01 41 28 47 18 en date du 26 février 2010, sous peine d'une astreinte de 1.000 € par jour de retard. Elle formule en ordre subsidiaire une offre de preuve par l'audition de témoins afin d'établir la réception par la société A de la prédite télécopie du 26 février 2010 contenant la demande en remboursement du prêt.

En ordre tout à fait subsidiaire, au cas où la Cour devait prononcer le rabatement de la faillite, l'intimée conclut à ce que l'ensemble des frais d'administration de la faillite, en ce compris les frais et honoraires du curateur, soient supportés intégralement par la société A.

Le curateur fait valoir que trois déclarations de créance ont été produites au passif de la société A. La créance de la société B d'un import de 55.305.938,26 € a été admise au passif privilégié de la faillite tandis qu'une seconde déclaration de créance déposée par cette même société n'a pas encore été vérifiée. L'Administration des Contributions Directes a déposé une déclaration de créance pour 1.682 € qui n'a pas non plus encore été vérifiée.

Suivant les explications fournies par le curateur, l'actif de la société A se résumerait à la propriété de 30.000 actions de la société D dont la valeur totale est estimée à environ 65.000 €. Les 1.017.722 actions de la société D appartenant à la société A nantis au profit de la société B ont été mises sous séquestre auprès de la Société Générale, suivant une décision rendue par une juridiction française.

Le curateur déclare se rapporter à la prudence de justice en ce qui concerne tant la recevabilité que le bien-fondé de l'appel.

Le Ministère Public conclut au rabatement de la faillite, motif pris que deux actions relatives à la créance litigieuse étaient déjà pendantes avant l'assignation en faillite du 21 octobre 2013. Les contestations émises par la société A seraient sérieuses et ne sauraient être écartées. L'analyse des moyens avancés de part et d'autre n'appartiendrait ni au tribunal ni à la Cour statuant sur le bien-fondé d'une demande en faillite, mais aux juges du fond devant lesquels des actions relatives à la créance alléguée par la société B sont pendantes.

Appréciation de la Cour

La faillite suppose la cessation des paiements et l'ébranlement de crédit. La cessation des paiements et l'ébranlement de crédit doivent exister au moment du jugement déclaratif de faillite et sont donc appréciés à cette date.

Il n'est pas nécessaire que la cessation des paiements soit généralisée. Le commerçant qui n'a qu'un seul créancier peut être mis en faillite. Le juge, dans son appréciation n'aura pas égard à l'origine contractuelle, quasi délictuelle ou légale des

dettes, ni à la cause des difficultés ni au caractère privilégié ou chirographaire de la dette.

Il est de principe qu'il incombe au demandeur du rabattement de la faillite de prouver que la société ne se trouvait pas au moment du prononcé du jugement déclaratif en état de faillite au sens de l'article 437 du Code de commerce, en d'autres termes qu'elle n'était pas en état de cessation des paiements et que son crédit n'était pas ébranlé (voir Verougstraete, Manuel du curateur de faillite, n°36 ; RPDB, v° faillite et banqueroute, n°225).

La cessation des paiements est le fait matériel du commerçant qui, n'honorant plus ses dettes exigibles et liquides, a arrêté son mouvement de caisse. Une dette contestée ne peut entraîner la faillite puisque la cessation de paiement suppose impayées des dettes certaines, liquides et exigibles : encore faut-il que la contestation soit sérieuse et non dilatoire (Commission Droit et Vie des Affaires, Les conditions de la faillite : la cessation de paiement et l'ébranlement du crédit, dans Les créanciers et le droit de la faillite, éd. Bruylant 1983, par François Davreux, pages 623 et 625).

Il nest pas contesté que les créances de la société B font lobjet de trois procédures actuellement pendantes devant le tribunal darrondissement de Luxembourg. Ainsi, suivant acte dhuissier de justice du 14 juin 2013, la société A a fait assigner la société B devant le tribunal darrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, notamment aux fins de voir constater sinon déclarer la caducité des obligations émises par la société A et souscrites par la société B suivant contrats des 17 janvier 2000, 7 juin et 31 juillet 2002. La société B a, suivant acte dhuissier du 12 juillet 2013, introduit une action paulienne à légard de la société A devant le même tribunal, afin de voir déclarer nulle la cession, le 14 juin 2013, par la société A à une société F, de 1.881.391 actions de la société D. Suivant acte dhuissier de justice du 30 août 2013, la société B a encore assigné la société A devant le même tribunal aux fins de la voir condamner, sur base de la responsabilité contractuelle, sinon délictuelle, au montant total de 53.699.149,35 €, du chef du remboursement des prêts consentis.(pièces numéros 1, 2 et 3 de Maître Kremer.)

Concernant la créance de la société B, la Cour ne saurait préjuger de l'issue des procédures actuellement pendantes devant la juridiction du fond introduites avant lassignation en faillite du 21 octobre 2013, se rapportant à la validité de la créance invoquée par la société B.

Une déclaration de mise en faillite constitue une mesure définitive dont les éléments constitutifs doivent être appréciés avec rigueur.

En l'état actuel du dossier, la créance réclamée par l'intimée, n'est ni certaine, ni liquide, ni exigible, de sorte qu'elle ne saurait justifier la mise en faillite de l'appelante.

Il y a partant lieu de faire droit à l'appel et de prononcer le rabattement de la faillite.

Concernant la demande de l'appelante en allocation d'une indemnité pour procédure abusive et vexatoire, il y a lieu de préciser que l'exercice d'une action en justice ne dégénère en faute que si elle constitue un acte de malice ou de mauvaise foi ou, au moins, une erreur grossière équipollente au dol ou encore seulement si l'attitude du plaideur révèle une attention malicieuse ou vexatoire, une volonté mauvaise ou dolosive ou encore une faute lourde, grossière, inexcusable, sinon même si le plaideur a agi avec une légèreté blâmable.

Nonobstant l'existence d'une demande en justice de la société A, antérieure à la demande en déclaration de faillite, tendant à voir prononcer la caducité des obligations émises, et de deux autres procédures engagées par la société B avant l'assignation en faillite se rapportant aux mêmes emprunts obligataires, et faute d'avoir disposé d'une créance certaine, liquide et exigible à l'encontre de l'appelante, l'intimée a agi avec une légèreté blâmable pour avoir provoqué la mise en faillite de la société A.

La demande en allocation de dommages-intérêts est dès lors, par réformation, à dire fondée en son principe. La Cour fixe l'indemnité devant revenir à la société A à 5.000 €.

Quant aux frais et honoraires du curateur, il est vrai que la mise à charge à l'ex-failli des débours et honoraires du curateur ne peut être contestée quand c'est par la faute du commerçant lui-même que sa faillite a été déclarée. Il en est autrement lorsqu'un créancier a commis une faute qui lui est imputable en provoquant à tort la faillite de son débiteur. Dans ce cas, les frais de la faillite et les honoraires du curateur peuvent être mis à sa charge. (Faillite et Banqueroute par Emile Brunet, éd. Bruylant 1934, n° 245 et p.157 et suiv.).

Dès lors que la société B a à tort provoqué la mise en faillite de la société A, les frais et honoraires du curateur sont à mettre à sa charge.

La demande de la société A en allocation d'une indemnité de procédure est à déclarer fondée dès lors qu'il serait inéquitable de laisser à sa charge les frais non compris dans les dépens. La Cour fixe l'indemnité devant revenir de ce chef à l'appelante à 1.500 €.

La déclaration d'arrêt commun à l'égard du Procureur d'Etat de Luxembourg n'est pas fondée, dès lors que le Ministère Public est partie jointe à la procédure de faillite.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat de la mise en état, le Ministère Public entendu en ses conclusions,

reçoit l'appel,

le déclare fondé,

réformant,

ordonne le rabattement de la faillite de la société en commandite par actions A prononcée par le jugement déclaratif de faillite du 16 décembre 2013 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg,

dit fondées les demandes de la société en commandite par actions A en allocation de dommages-intérêts pour procédure abusive et vexatoire et d'une indemnité de procédure,

condamne la société anonyme B à payer à la société en commandite par actions A la somme de 5.000 € à titre de dommages-intérêts pour procédure abusive et vexatoire,

la condamne encore à payer à la société en commandite par actions A une indemnité de procédure de 1.500 € pour l'instance d'appel,

dit non fondée la demande en déclaration d'arrêt commun à l'égard du Procureur d'Etat de Luxembourg,

condamne la société anonyme B aux frais et dépens des deux instances ainsi qu'aux frais et honoraires du curateur.