

## **Arrêt N° 64/17 IV-COM**

Audience publique du cinq avril deux mille dix-sept

Numéros 42733 et 43333 du rôle

Composition :

Roger LINDEN, président de chambre;  
Marianne HARLES, première conseillère;  
Elisabeth WEYRICH, conseillère;  
Simone FLAMMANG, avocat général;  
Eric VILVENS, greffier.

### **I) Rôle 42733**

**E n t r e :**

**la société des Iles Vierges Britanniques SOC1.) CORP.**, établie et ayant son siège social à (...), (...), (...), (...), (...), Iles Vierges Britanniques, représentée par son « board of directors » actuellement en fonctions, immatriculée au « Register of Companies » des Iles Vierges Britanniques sous le numéro (...),

**appelante** aux termes de deux actes de l'huissier de justice Jean-Claude Steffen d'Esch-sur-Alzette du 28 juillet 2015 et du 31 juillet 2015,

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

**e t**

**1) Maître Alain RUKAVINA**, avocat à la Cour, demeurant à L-1142 Luxembourg, 9, rue Pierre d'Aspelt, pris en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme **SOC2.)** et de représentant de la masse des créanciers de cette faillite, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), déclarée en état de faillite par jugement rendu par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 23 décembre 2013,

**intimé** aux fins des prédicts actes Steffen,

comparant par lui-même,

**2) A.),** sans état connu, demeurant à MC-(...), (...),

**intimé** aux fins des prédicts actes Steffen,

comparant par LOYENS & LOEFF LUXEMBOURG, établie à L-2540 Luxembourg, 20, rue Edward Steichen, inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Véronique Hoffeld, avocat à la Cour,

**3) la société de droit monégasque SOC3.),** établie et ayant son siège social à MC-(...), (...), représentée par son président délégué ou ses dirigeants actuellement en fonctions,

**intimée** aux fins des prédicts actes Steffen,

comparant par Maître Sabrina Martin, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**4) la société anonyme SOC4.) LUXEMBOURG,** établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),

**intimée** aux fins des prédicts actes Steffen,

comparant par Maître Max Mailliet, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**5) la société coopérative droit italien BANCO POPOLARE,** établie et ayant son siège social à I-37121 Vérone, 1, Piazzetta Monte, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Vérone sous le numéro 03700430238, venant au droit de la société BANCA POPOLARE DI LUDI, comme suite à une fusion absorption en date du 20 décembre 2011, la signification étant faite à son siège, au greffe du tribunal de commerce, Annexe Plateau St. Esprit, Cité Judiciaire, L-2080 Luxembourg et au domicile de son avocat au Luxembourg, Maître Joë Lemmer, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-1330 Luxembourg, 30, boulevard Grande-Duchesse Charlotte,

**intimée** aux fins des prédicts actes Steffen,

comparant par Maître Joë Lemmer, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**6) la société de droit italien UNICREDIT CREDIT MANAGEMENT BANK**, établie et ayant son siège social à I-37121 Vérone, 1, Piazzetta Monte, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Vérone sous le numéro 00390840239, la signification étant faite à son siège, au greffe du tribunal de commerce, Annexe Plateau St. Esprit, Cité Judiciaire, L-2080 Luxembourg et au domicile de son avocat au Luxembourg, Maître Denis Philippe, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-1330 Luxembourg, 30, boulevard Grande-Duchesse Charlotte,

**intimée** aux fins des prédicts actes Steffen,

comparant par Maître Denis Philippe, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**7) Maître ME.)**, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-(...), (...),

**intimé** aux fins des prédicts actes Steffen,

comparant par Maître Michel Molitor, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**en présence de :**

**la société à responsabilité limitée SOC5.)**, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son gérant actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),

**intervenant volontairement,**

comparant par LOYENS & LOEFF LUXEMBOURG, établie à L-2540 Luxembourg, 20, rue Edward Steichen, inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Véronique Hoffeld, avocat à la Cour,

**II) Rôle 43333**

**E n t r e**

**la société des Iles Vierges Britanniques SOC1.) CORP.**, établie et ayant son siège social à (...), (...), (...), (...), (...), Iles Vierges

Britanniques, représentée par son « board of directors » actuellement en fonctions, immatriculée au « Register of Companies » des Iles Vierges Britanniques sous le numéro (...),

**appelante** aux termes d'un acte de l'huissier de justice Pierre Biel de Luxembourg du 27 janvier 2016,

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

**e t**

**1) Maître Alain RUKAVINA**, avocat à la Cour, demeurant à L-1142 Luxembourg, 9, rue Pierre d'Aspelt, pris en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme **SOC2.)** et de représentant de la masse des créanciers de cette faillite, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), déclarée en état de faillite par jugement rendu par le Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg en date du 23 décembre 2013,

**intimé** aux fins du prédit acte Biel,

comparant par lui-même,

**2) la société à responsabilité limitée SOC5.)**, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son gérant actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),

**intimée** aux fins du prédit acte Biel,

comparant par LOYENS & LOEFF LUXEMBOURG, établie à L-2540 Luxembourg, 20, rue Edward Steichen, inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Véronique Hoffeld, avocat à la Cour,

**3) la société anonyme SOC4.) LUXEMBOURG**, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),

**intimée** aux fins du prédit acte Biel,

comparant par Maître Max Mailliet, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

## LA COUR D'APPEL

Suivant jugement du 23 décembre 2013 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, la société anonyme **SOC2.)** a été déclarée en faillite.

Lors de l'audience de vérification des créances du 4 décembre 2014, le curateur, Maître Alain RUKAVINA, a contesté les déclarations de créance produites au passif de la faillite, à l'exception de la déclaration de créance n° 2 produite par l'Administration des contributions, laquelle a fait l'objet d'une admission au passif privilégié. La déclaration de créance n° 10 n'a pas fait l'objet d'une vérification par le curateur.

Suite au débat sur les contestations, le tribunal a rendu un jugement contradictoire en date du 18 mai 2015 par lequel il a :

1) admis au passif chirographaire de la faillite **SOC2.)** :

- la déclaration de créance n° 3 de **A.)** (ci-après « **A.)** ») pour le montant de 10.951.021 euros à titre principal et de 2.103.350,36 euros à titre d'intérêts,
- la déclaration de créance n° 5 du même **A.)** pour le montant de 17.500.000 euros,
- la déclaration de créance n° 4 de la société de droit monégasque **SOC3.)** pour le montant de 1.287.538,31 euros, sous déduction des royalties échues à la masse du chef du contrat de licence conclu en date du 14.9.2007 par la société **SOC3.)** avec la société **SOC6.)**, repris par la société **SOC2.)**, depuis le 16 juin 2014 jusqu'au jour de la cession de la marque, respectivement de la reddition des comptes,
- la déclaration de créance n° 6 de la société anonyme de droit luxembourgeois **SOC4.)** LUXEMBOURG (ci-après « la société **SOC4.)** ») pour le montant de 2.320.000 euros,
- la déclaration de créance n° 7 de la société de droit italien BANCO POPOLARE venant aux droits de la BANCA POPOLARE DI LODI, pour un montant de 5.312.535,81 euros,
- la déclaration de créance n° 8 de la société par actions de droit italien UNICREDIT déposée au nom de celle-ci par la société par actions de droit italien UNICREDIT CREDIT MANAGEMENT (ci-après « la société UNICREDIT »), pour les montants de 4.006.958,45 euros au principal, ainsi que la somme de 4.953 euros au titre d'intérêts débiteurs et de 461,33 euros au titre de frais,
- la déclaration de créance n° 9 de Maître **ME'.)** pour le montant de 6.997,59 euros (Il y a eu erreur au dispositif du jugement, celui-ci devant se lire « la déclaration de créance n° 9 de Maître **ME.)** »).

2) rejeté du passif chirographaire:

- la déclaration de créance n° 1 de la société des îles Vierges Britanniques **SOC1.)** pour le montant de 30.160.000 euros,
- la déclaration de créance n° 6 de la société **SOC4.)** LUXEMBOURG pour le montant de 500.142 euros.

Le tribunal a 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.

Par exploit d'huissiers de justice des 28 et 31 juillet 2015, la société **SOC1.)** a relevé appel du jugement du 18 mai 2015.

Elle a demandé à voir annuler le jugement au motif que le juge commissaire n'a pas fait rapport avant les débats et que le tribunal a statué infra petita sur certains points et ultra petita sur d'autres. A titre subsidiaire, la société **SOC1.)** a conclu à la réformation du jugement en requérant l'admission de sa créance au passif de la faillite au rang de créance chirographaire première en rang.

Quant aux autres créances, l'appelante **SOC1.)** a demandé à ce que :

- les créances n° 3 et n° 5 de **A.)**, ainsi que la créance n° 6 de la société **SOC4.)** soient admises avec un rang subordonné, en tout cas inférieur à sa créance,
- la créance n° 4 de la société **SOC3.)** soit rejetée, sinon admise avec un caractère subordonné, en tout cas inférieur à sa créance,
- les créances n° 7 de la société BANCO POPOLARE et n° 8 de la société UNICREDIT soient rejetées, sinon ne priment pas la créance de la société **SOC1.)** et soient admises au même rang que cette dernière.

Cette affaire a été inscrite sous le numéro du rôle 42733.

Par jugement du 6 janvier 2016, le tribunal d'arrondissement a autorisé le curateur de la société **SOC2.)**, Maître Alain RUKAVINA, à vendre à la société à responsabilité limitée **SOC5.)**, selon le mode et les conditions contenus dans le contrat de vente du 5 novembre 2015, les actifs suivants :

- la participation de 99,985 %, représentée par 19 997 actions, au capital de la société **SOC3.)** (Monaco)
- la participation de 100 % au capital de la société **SOC7.)** S.R.L (Italie) en faillite, pour autant que la faillite ne s'y oppose pas,
- la propriété de la marque déposée « (...) » et de certains noms commerciaux associés.

Le tribunal a encore autorisé le curateur à céder à la société **SOC5.**), selon le mode et les conditions contenus dans le contrat de cession de créance du 5 novembre 2015, la créance de 4.747.100 euros de **SOC2.)** sur **SOC3.)**.

Par exploit d'huissier de justice du 27 janvier 2016, la société **SOC1.)** a interjeté appel contre ce jugement.

Cette affaire a été inscrite sous le numéro du rôle 43333.

Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, il y a lieu de joindre ces deux appels afin d'y statuer par un seul et même arrêt.

**Quant à l'appel dirigé contre le jugement du 6 janvier 2016 relatif à l'autorisation de vendre :**

La société **SOC1.)** a déclaré former appel-nullité contre le jugement du 6 janvier 2016. Elle a reconnu que suivant l'article 465 point 3 du Code de commerce, l'appel n'est en principe pas admis contre un jugement autorisant de vendre des effets de la faillite, mais elle s'est référée à un arrêt de la Cour d'appel du 8 juillet 2015 par lequel l'existence d'un appel-nullité a été reconnue si trois conditions sont remplies. Ces trois conditions se trouveraient remplies en l'espèce, à savoir a) un texte, l'article 465 point 3 du Code de commerce, portant atteinte au double degré de juridiction, b) un excès de pouvoir commis par le juge de première instance et 3) l'impossibilité d'exercer un recours.

Concernant l'excès de pouvoir, selon l'appelante **SOC1.)**, l'article 477 alinéa 2 du Code de commerce qui traite des conditions suivant lesquelles le tribunal peut autoriser le curateur à vendre, avant le concordat, les effets non périssables, exige que cette autorisation soit accordée préalablement à la vente effective des biens et que le tribunal fixe le mode et les conditions de la vente. En l'espèce, le curateur aurait procédé à la vente avant d'avoir obtenu l'aval du tribunal puisque le contrat de vente aurait été signé le 5 novembre 2015 et l'autorisation du tribunal aurait seulement été accordée par le jugement critiqué du 6 janvier 2016. En outre, dans leur jugement, les premiers juges auraient omis de prescrire le mode et les conditions de la vente, se bornant à adhérer aux mode et conditions fixés unilatéralement par le curateur dans le contrat de vente du 5 novembre 2015.

Le curateur s'est opposé à l'appel-nullité introduit par la société **SOC1.)** en contestant que les conditions pour l'exercice d'un tel recours soient remplies. Il a notamment soutenu que la condition relative à l'excès de pouvoir n'était pas donnée.

Le Ministère Public a contesté l'existence de l'appel-nullité en droit luxembourgeois. Même à supposer que ce recours existe, les

conditions pour son exercice ne seraient pas données en l'espèce. L'absence de recours serait douteuse puisqu'à priori la décision des premiers juges serait susceptible de faire l'objet d'un recours en cassation. Par ailleurs aucun excès de pouvoir n'aurait été commis par les premiers juges, ceux-ci ayant tout au plus commis une violation de la loi, n'ouvrant pas droit à interjeter appel-nullité.

Quant à l'existence d'un appel-nullité en droit luxembourgeois, il résulte de l'étude de la doctrine et de la jurisprudence françaises qu'ils admettent l'existence d'un tel recours au cas où la loi interdit tout appel ou en diffère l'exercice et que le juge qui a rendu la décision attaquée a commis un excès de pouvoir. La reconnaissance de l'existence de ce recours trouve sa source dans la constatation qu'aucune disposition légale ne peut interdire de faire constater, selon les voies de recours de droit commun, la nullité d'une décision entachée d'excès de pouvoir. La théorie dite de l'appel-nullité a pareillement été consacrée par la Cour de cassation belge. Au vu des nombreuses décisions rendues en la matière par les cours et tribunaux français et belges, l'existence d'un tel recours est clairement reconnue dans ces systèmes juridiques. Il n'existe pas de motifs de ne pas transposer cette solution en droit luxembourgeois.

Quant aux cas de figure dans lesquels ce recours est autorisé, la Cour de cassation française en a réservé l'existence au seul cas où un excès de pouvoir a été commis. L'ouverture d'un appel-nullité n'est reconnue que lorsque le juge a méconnu l'étendue de son pouvoir de juger. En Belgique, l'appel-nullité a une portée plus large puisqu'il est également admis lorsqu'une décision a été rendue en violation des droits de la défense ou lorsque le juge a statué *ultra petita* ou *contra legem*.

La Cour adopte la solution dégagée par la Cour de cassation française, les principes régissant la matière étant identiques dans les deux systèmes juridiques. S'agissant en outre d'une voie de recours non prévue par la loi, de création prétorienne, son domaine d'application doit être restreint et rester cantonné à l'excès de pouvoir.

En droit luxembourgeois, l'appel-nullité n'est partant ouvert que si trois conditions sont remplies, à savoir qu'un texte apporte une atteinte au double degré de juridiction, que le juge a commis un excès de pouvoir et qu'aucun autre recours n'est ouvert.

En l'espèce, les parties se divisent sur la question de savoir si un dépassement de ses pouvoirs a été commis par le tribunal dans sa décision du 6 janvier 2016.

L'excès de pouvoir peut se manifester de façon positive, lorsque le juge a outrepassé ses pouvoirs, mais également de façon négative, lorsqu'il n'a pas exercé son pouvoir.

La notion d'excès de pouvoir positif ne se cantonne pas à l'hypothèse de la transgression de la séparation des pouvoirs, mais elle vise encore des situations lors desquelles le juge transgresse une règle d'ordre public qui circonscrit son autorité, lorsqu'il viole un principe fondamental de l'organisation judiciaire ou s'il statue au mépris d'une immunité de juridiction ou de la compétence exclusive communautaire.

Ne constitue par contre pas un excès de pouvoir l'inobservation par le juge de dispositions qui portent atteinte au droit d'accès à un tribunal au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, un mal jugé par une erreur de droit, la méconnaissance de dispositions d'ordre public ou la violation de règles de procédure.

De façon générale, il est admis que le juge qui ordonne une mesure que la loi ne lui permet pas de prendre, commet un excès de pouvoir ouvrant le droit à l'introduction de l'appel-nullité. Mais lorsque le juge prend une décision que la loi lui permet de prendre à certaines conditions, l'erreur dans l'appréciation des conditions constitue une violation de la loi, non-susceptible de faire l'objet d'un appel-nullité ( J. et L. Boré : La cassation en matière civile, Dalloz action, 2015/2016, n° 73.46, dernier alinéa).

En l'espèce, l'appelante **SOC1.)** a reproché aux premiers juges d'avoir accordé l'autorisation de vendre au curateur dans des conditions ne correspondant pas à celles prévues à l'article 477 alinéa 2 du Code de commerce. Suivant cette partie, cette disposition oblige le juge qui accorde l'autorisation de vendre de l'accorder avant la signature de l'acte de vente, de fixer le mode et les conditions de la vente et de s'assurer que le failli a été dûment appelé. Aucune de ces conditions n'aurait été remplie en l'espèce. Le contrat de vente aurait été signé le 5 novembre 2015 et l'autorisation de vendre aurait été accordée le 6 janvier 2016. Les premiers juges n'auraient pas fixé les modalités de la vente, se bornant à renvoyer aux modalités fixées unilatéralement par le curateur. Finalement, ils se seraient contentés de constater l'accord d'un seul administrateur de la société en faillite pour dire qu'elle avait valablement donné son accord. L'appelante **SOC1.)** a ajouté que les premiers juges ont autorisé le curateur à déterminer lui-même les honoraires devant lui revenir du fait de l'accomplissement de sa fonction.

L'article 477 alinéa 2 du Code de commerce autorise le tribunal à accorder sous certaines conditions une autorisation de vendre au curateur. Dans leur jugement du 6 janvier 2016, les juges, saisis d'une telle demande de vendre, l'ont analysée au regard des dispositions de cet article et ils ont décidé d'y faire droit. Par application des principes exposés ci-dessus, à supposer que les juges aient commis une erreur dans l'application de cette disposition et des conditions y prévues, respectivement dans l'appréciation des faits qui leur étaient soumis, cette erreur n'est pas de nature à constituer un excès de pouvoir. A la

supposer établie, cette erreur est tout au plus constitutive d'une violation de la loi n'ouvrant pas droit à l'introduction d'un appel-nullité.

A titre superfétatoire, il convient de constater que les reproches formulés par l'appelante **SOC1.)** à l'encontre du jugement du 6 janvier 2016 ne sont pas établis. Contrairement à ce qui a été soutenu par cette partie, les premiers juges n'ont pas accordé l'autorisation de vendre ex post, après la signature du contrat de vente du 5 novembre 2015, puisqu'une condition suspensive avait été intégrée dans le contrat du 5 novembre 2015 relative à la nécessité d'obtenir l'accord du tribunal conformément à l'article 477 alinéa 2 du Code de commerce. L'appelante **SOC1.)** n'a pas non plus établi de quelle manière les premiers juges auraient contrevenu aux dispositions de l'article 477 alinéa 2 du Code de commerce en faisant leurs les modalités de la vente proposées par le curateur et en y soumettant la vente des biens en cause. Les premiers juges ont par ailleurs indiqué dans leur jugement avoir recueilli l'accord écrit de deux des administrateurs de la société **SOC2.)**. Le contraire n'est pas établi. Quant au reproche fait aux premiers juges d'avoir contrevenu aux dispositions de l'article 461 du Code de commerce en accordant au curateur le droit de fixer lui-même ses honoraires, nulle part dans le jugement du 6 janvier 2016 une décision relative aux frais et/ou des honoraires du curateur n'a pu être détectée. Le cahier des charges dans lequel ces frais et/ou honoraires auraient été prévus ne figure pas parmi les pièces du dossier. Le moyen y relatif ne saurait partant valoir. Aucune violation grave et caractérisée commise par les premiers juges dans l'application de l'article 477 alinéa 2 du Code de commerce n'est partant établie.

L'appel-nullité interjeté contre le jugement du 6 janvier 2016 est irrecevable.

#### **Quant à l'appel interjeté contre le jugement du 18 mai 2015 relatif à l'admission des créances:**

Cet appel introduit dans les forme et délais de la loi par la société **SOC1.)** en date du 28 juillet 2015 est à déclarer recevable.

L'appelante **SOC1.)** a précisé dans l'acte d'appel que son recours n'était pas dirigé contre la décision des premiers juges ayant admis la déclaration de créance n° 9 de Maître **ME.)** au passif de la faillite de la société **SOC2.)**.

#### Nullité du jugement du 18 mai 2015 :

L'appelante **SOC1.)** a soulevé la nullité du jugement du 18 mai 2015 pour absence de rapport oral par le juge-commissaire avant les débats devant le tribunal. L'appelante a soutenu que contrairement à ce qui est inscrit au jugement, un tel rapport, prescrit par les dispositions de l'article 504 du Code de commerce, n'a pas été fait.

Le jugement du 18 mai 2015 indique en page 2) que :

« ... les débats ont eu lieu comme suit :  
*Madame le juge-commissaire Karin Guillaume fit son rapport oral au Tribunal* »,

suivi de la liste des avocats qui sont intervenus à l'audience.

Il se déduit de ces mentions du jugement du 18 mai 2015 que, conformément à l'article 504 du Code de commerce, le juge-commissaire a fait son rapport au tribunal. Ces mentions du jugement font foi jusqu'à inscription de faux. L'appelante **SOC1.)** ne s'étant pas inscrite en faux, voire même s'étant abstenue de fournir le moindre élément de nature à étayer son affirmation qu'aucun rapport n'a été fait par le juge-commissaire, son moyen doit être rejeté.

L'appelante a soutenu que le jugement de première instance encourt encore la nullité pour avoir statué infra petita dès lors que les premiers juges ont refusé de fixer le rang entre les différentes créances bien que ceci leur ait été demandé par les parties. Elle a ajouté que d'un autre côté, les premiers juges ont statué ultra petita en rejetant sa demande d'admission au passif de la faillite de la société **SOC2.)** pour un motif qui n'avait été invoqué par aucune partie, à savoir le fait qu'un seul de ses directeurs avait signé la déclaration de créance.

Concernant le premier reproche relatif à l'absence de fixation du rang entre les différentes créances, les premiers juges ont analysé la demande y relative développée par les parties pour décider qu'il était prématuré d'y procéder dès lors que le passif de la faillite n'était pas définitivement arrêté et que de nouvelles déclarations de créance étaient susceptibles d'être déposées. Ils ont ajouté, en citant la doctrine, que la détermination du rang des différentes créances pouvait être discutée lors de la reddition des comptes du curateur à laquelle l'ensemble des créanciers étaient convoqués. Au vu de ces développements, il ne saurait être reproché aux premiers juges de ne pas avoir analysé la demande relative à la détermination du rang qui leur avait été soumise et ne pas l'avoir tranchée. Après analyse, les juges ont rejeté cette demande au motif qu'elle était prématurée. Aucun reproche d'avoir statué infra petita ne saurait partant être formulé à leur encontre.

Quant au reproche d'avoir statué ultra petita pour avoir soulevé d'office le moyen relatif au fait que la déclaration de créance soumise par la société **SOC1.)** n'était signée que par un seul de ses directeurs, c'est à tort que l'appelante a soutenu que ce moyen n'avait pas été soulevé. En effet il résulte du jugement du 18 mai 2015 que les créanciers UNICREDIT, BANCO POPOLARE, **A.), SOC4.)** et **SOC3.)** ont invoqué l'irrecevabilité de la déclaration de créance de la société

**SOC1.)** sur base de l'article 498 du Code de commerce au motif que cette société a omis d'annexer une procuration en bonne et due forme pour justifier le pouvoir du signataire **B.)** de signer la déclaration de créance pour son compte. Le moyen des pouvoirs du signataire de la déclaration de créance avait donc été soulevé, de sorte que le tribunal n'a pas statué ultra petita en se prononçant sur ce moyen.

Les moyens de nullité du jugement du 18 mai 2015 ne sauraient donc valoir.

Quant au fond :

*Quant à la déclaration de créance n° 1 déposée par l'appelante **SOC1.)** :*

L'appelante **SOC1.)** a soutenu que c'est à tort que sa déclaration de créance a été rejetée au motif qu'elle aurait dû être accompagnée de la procuration d'un deuxième directeur. Elle s'est basée sur un mémorandum d'un cabinet d'avocats des BVI pour dire que le signataire de la déclaration de créance avait pouvoir de signer seul cet acte. Elle a ajouté qu'en tout état de cause, ses deux autres directeurs ont ratifié la déclaration de créance en date du 20 juillet 2015 et qu'à toutes fins utiles, elle a déposé une déclaration de créance rectificative comportant la signature de deux de ses directeurs. Elle a ajouté qu'elle a déposé la déclaration de créance rectificative « *pour le cas où celle déposée le 15 janvier 2014 serait également déclarée irrecevable par la Cour d'appel* ».

Les intimées **SOC3.)** et UNICREDIT ont conclu à la confirmation du jugement de première instance concernant l'irrecevabilité de la déclaration de créance déposée par la société **SOC1.)**. Tant le curateur que la société **SOC3.)** se sont rapportés à prudence de justice en ce qui concerne la recevabilité et le bien-fondé de la déclaration de créance rectificative déposée par l'appelante **SOC1.)**.

Au vu de la déclaration de créance rectificative déposée par l'appelante **SOC1.)**, la Cour ne voit pas l'intérêt de toiser le moyen d'appel de celle-ci relatif à l'irrecevabilité de la première déclaration de créance prononcée en première instance. Aucune des parties intimées n'ayant émis de contestations formelles à l'encontre de la déclaration de créance rectificative, le curateur ayant seulement regretté que l'appelante n'ait pas déjà régularisé la procédure en première instance, il y a lieu de passer outre à ce moyen pour être superfétatoire en l'état actuel du dossier soumis à la Cour.

Aucune contestation circonstanciée quant au bien-fondé de la créance de la société **SOC1.)** n'ayant été émise par une des parties au procès, il faut admettre cette créance au passif de la société **SOC2.)** pour les montants repris dans la déclaration de créance rectificative du 20 juillet 2015. La créance de cette société résulte

d'obligations émises par la société **SOC2.**), souscrites par l'appelante **SOC1.**).

Quant à la demande de désignation du rang des créances, l'appelante **SOC1.)** a demandé à voir retenir que sa créance prime certaines créances discutées dans le cadre de la présente instance au regard de clauses de subordination contenues dans des écrits qu'elle a invoquées en sa faveur.

La Cour ne voit pas d'obstacle à trancher ce moyen dès ce stade de la procédure de faillite. En effet une décision y relative ne préjudicie pas au droit d'autres créanciers de déposer des déclarations de créance postérieurement au présent arrêt, ni au rang de ces créances par rapport aux créances actuellement soumises à discussion. Le jugement est à reformer en ce sens.

L'intimée **SOC4.)** a contesté la validité de clauses de subordination en droit luxembourgeois. Elle a soutenu que de telles clauses contreviennent au principe de l'égalité des créanciers. Par ailleurs, admettre la validité d'une telle clause reviendrait à créer un droit réel non prévu par la loi. A titre subsidiaire, elle a soutenu que la clause de subordination invoquée serait particulière et non générale, dans le sens qu'elle ne pourrait profiter qu'à la partie en faveur de laquelle elle a été convenue.

La légalité de clauses de subordination est reconnue en droit luxembourgeois ( S. Jacoby et M. Mehlen : Les clauses de subordination et de recours limité en droit luxembourgeois, dans : Droit bancaire et financier luxembourgeois, ALJB, t. II, p. 915 et s.). Une telle clause s'analyse en une renonciation par un des créanciers à son droit de traitement égalitaire en cas de survenance de la faillite de son débiteur. En tant que telle, cette clause ne contrevient pas au principe de l'égalité des créanciers ( Cour d'appel 9 janvier 2013, P. 36, p. 251). Au vu de sa qualification, elle ne crée pas non plus un droit réel ou un privilège non prévu par la loi en faveur du ou des créanciers auxquels la renonciation profite.

En tant que clause contractuelle, une clause de subordination doit néanmoins satisfaire aux conditions de validité prescrites par le Code civil pour toute clause contractuelle. Pareillement, au vu de la nature contractuelle de cette clause, c'est à bon droit que l'intimée **SOC4.)** a soutenu qu'elle ne peut profiter qu'à la partie en faveur de laquelle elle a été stipulée.

Les clauses de subordination desquelles s'est prévalu l'appelante **SOC1.)** seront analysées ci-dessous dans le cadre des développements relatifs aux déclarations de créance par rapport auxquelles elles ont été invoquées.

*Quant aux déclarations de créance n° 3 et n° 5 de A.):*

Ces créances ont été admises par les premiers juges au passif de la faillite de la société **SOC2.)** après rectification de la capitalisation des intérêts conventionnels initialement mise en compte trimestriellement pour être ensuite réclamée sur une base annuelle. La déclaration de créance n° 3 a trait à des prêts accordés par l'intimé **A.)** à la société **SOC2.)**, tandis que la déclaration de créance n° 5 a trait à des obligations souscrites lors d'un emprunt obligataire de la société **SOC2.)** en janvier 2009.

Ni l'appelante **SOC1.)**, ni les autres parties intimées n'ont contesté les créances de l'intimé **A.)** quant à leur principe et leur quantum, mais l'appelante **SOC1.)** a invoqué le caractère subordonné de ces créances par rapport à la sienne. Elle a soutenu à l'appui de ce moyen que l'intimé **A.)** a consenti à une subordination générale de ses créances.

Concernant la déclaration de créance n° 3 relative à des prêts consentis par l'intimé **A.)** à la société **SOC2.)** entre février 2009 et juillet 2010, le caractère subordonné de ces créances résulte, selon l'appelante **SOC1.)**, de l'article 2.5 de l'Instrumentum signé le 3 novembre 2010 relatif à l'émission des obligations souscrites par l'appelante **SOC1.)** et de l'article 3 d'un Amendment Agreement également signé le 3 novembre 2010.

Concernant la déclaration de créance n° 5 de l'intimé **A.)**, relative aux obligations souscrites par cette partie en 2009, le caractère subordonné de la créance de l'intimé **A.)** résulterait des termes et conditions de la souscription tels que réglés dans le document intitulé « *Resolutions of the board of directors of the company taken in the circular form on January 27, 2009* ».

L'intimé **A.)** a contesté la validité et l'opposabilité à son encontre des documents invoqués par l'appelante **SOC1.)**. Il a invoqué en outre l'article 1325 du Code civil en soutenant que ces actes n'ont pas été signés en autant d'exemplaires que de parties.

L'appelante **SOC1.)** a répliqué que les dispositions de l'article 1325 du Code civil ne sont pas applicables aux contrats commerciaux. Le caractère commercial des engagements de l'intimé **A.)** ne saurait être contesté au regard des qualités d'actionnaire et d'administrateur de la société **SOC2.)**. Subsidiairement, elle a soutenu que la subordination est une renonciation unilatérale non soumise aux dispositions de l'article 1325 du Code civil. Par ailleurs, une partie à un contrat qui ne conteste ni l'existence du contrat, ni ses mentions ne pourrait se prévaloir du non-respect de la formalité des originaux multiples.

Quant à la validité en droit luxembourgeois des clauses de subordination, non contestée en tant que telle par l'intimé **A.)**, il convient de renvoyer aux développements faits ci-dessus.

Concernant la déclaration de créance n° de l'intimé **A.**), le document intitulé « *Amendment to Loan Agreement* » signé entre la société **SOC2.)** 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 **SOC1.)**. Ce document est signé par la société **SOC2.)** et l'intimée **SOC4.)**. L'appelante **SOC1.)** 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 **SOC2.)** et ne contient aucune référence aux créances de l'intimé **A.**). Il ne saurait partant avoir un quelconque effet sur le rang des créances de ce dernier. Cette pièce est donc à écarter pour manquer de pertinence.

L'acte désigné comme Instrumentum par l'appelante **SOC1.)** a pour titre complet « *Instrumentum creating 240.000 fixed rate unsecured convertible notes registered form in SOC2.) SA ... and providing for the terms and conditions thereof.* » Il comporte à la dernière page la mention suivante: « *IN WITNESS THEREOF, the Company has caused the present Instrumentum to be executed by it's duly authorized representative on the date aforementioned* ». Sous cette phrase figure le nom de la société **SOC2.)**, suivi de la mention « *By* », suivie du nom de l'intimé **A.**). Sous le nom de l'intimé, est inscrite la mention « *Title* » où il est écrit « *President* ». Il se déduit de ces mentions que l'intimé **A.)** a signé ce document au nom de la société **SOC2.)**, en sa qualité de « *President* » de cette société. Aucune autre signature n'a été apposée sur ce document.

Cet Instrumentum fixe les conditions et modalités de l'émission des obligations de la société **SOC2.)**. Il n'est pas contesté que toutes les obligations ont été acquises par l'appelante **SOC1.)** et que leur remboursement forme l'objet de la déclaration de créance déposée par elle au passif de la faillite de la société **SOC2.)**. Ce document contient en son article 2.5. une clause de subordination (« *rank senior* ») en faveur des obligations souscrites par la société **SOC1.)** par rapport aux créances des actionnaires de la société **SOC2.)**, dont l'intimé **A.)**. Une liste est jointe à cet Instrumentum, comprenant les créances des actionnaires concernés, sur laquelle figurent les prêts accordés par l'intimé **A.)** à la société **SOC2.)**.

L'intimé **A.)** ayant signé l'Instrumentum en sa qualité de « *président* » de la société **SOC2.)**, 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 **SOC2.)**, 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 **SOC2.)** 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 **A.)** 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 **A.)** 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.

Il ne saurait donc être retenu que la déclaration de créance n° 3 de l'intimé **A.)** a un caractère subordonné par rapport à la créance de l'appelante **SOC1.)**.

Concernant la déclaration de créance n° 5 de l'intimé **A.)**, le document invoqué par la société **SOC1.)** 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 **SOC2.)**, dont l'intimé **A.)**. Cet acte a pour but de régler les conditions de l'émission de nouvelles obligations dont certaines seront acquises par l'intimé **A.)**. 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 27<sup>th</sup> day of January ...* ». Suivent trois signatures, dont celle de l'intimé **A.)**.

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 **A.)** en nom personnel en sa qualité d'actionnaire et/ou de prêteur de la société **SOC2.)**. Si l'intimé **A.)** 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 **SOC2.)**. L'appelante **SOC1.)** ne saurait partant se prévaloir de cette clause de subordination pour dire que sa créance a un rang supérieur à celle de l'intimé **A.)** faisant l'objet de la déclaration de créance n° 5.

*Quant à la déclaration de créance n° 4 de l'intimée **SOC3.)** :*

La déclaration de créance de cette partie a pour objet le remboursement partiel d'une avance sur royalties payée par la société **SOC3.)** à la société **SOC2.)** dans le cadre d'un contrat de licence de

marque conclu le 14 juillet 2014 entre la société **SOC2.)** et une société aux droits de laquelle vient l'intimée **SOC3.)**.

L'appelante **SOC1.)** a soutenu que c'est à tort que les premiers juges ont admis cette créance au passif de la faillite de la société **SOC2.)** dès lors qu'il ne serait pas établi que l'avance alléguée par l'intimée **SOC3.)** a effectivement été payée. Par ailleurs, même à supposer que tel ait été le cas, l'intimée **SOC3.)** serait redevable de « royalties » à la société **SOC2.)**, de sorte qu'il y aurait lieu à compensation légale entre les deux créances. Plus rien ne serait redû à l'intimée **SOC3.)**.

L'intimée **SOC3.)** a répondu que dans un courrier du 20 juin 2008, la société **SOC2.)** a reconnu avoir perçu l'avance de 12.500.000 euros. Elle a soutenu, appuyée dans cette affirmation par l'intimé **A.)**, que sa créance avait vocation à disparaître si l'autorisation de vendre accordée le 6 janvier 2016 était maintenue, au regard d'un engagement en ce sens pris par l'intimée **SOC3.)**.

La Cour ne saurait tenir compte de ce dernier argument dès lors que les annexes au contrat de vente du 5 novembre 2015 n'ont pas été versées au dossier. Il ne lui est donc pas possible de vérifier si la créance de l'intimée **SOC3.)** à l'égard de la société **SOC2.)** y figure et a vocation à disparaître.

Quant à la réalité du paiement de l'avance de 12.500.000 euros par l'intimée **SOC3.)**, c'est à bon droit que cette dernière s'est prévaluée d'un courrier de la société **SOC2.)** du 20 juin 2008 pour établir cette preuve. La société **SOC3.)** a en effet expressément reconnu dans ce courrier que l'intimée **SOC3.)** lui a payé le montant de 12.500.000 euros « as an advanced payment of licence fees pursuant to TLA ». Au vu des termes clairs et précis de cet acte, il ne saurait être requis de l'intimée **SOC3.)** de verser une pièce justificative comptable telle que requise par l'intimée **SOC4.)** pour établir ce paiement.

Quant à la compensation invoquée par l'appelante **SOC1.)**, aucune des parties intimées, dont l'intimée **SOC3.)**, n'a pris position ni quant à l'existence de la créance dont disposerait la société **SOC2.)** à l'égard de l'intimée **SOC3.)** ni quant à la compensation légale invoquée par l'appelante **SOC1.)**. En l'absence de contestation de la demande de compensation des deux créances, il convient de faire droit à ce moyen de l'appelante **SOC1.)** et de rejeter la déclaration de créance de l'intimée **SOC3.)**. Le jugement du 18 mai 2015 est à réformer en ce sens.

*Quant à la déclaration de créance n° 6 de l'intimée **SOC4.)** :*

Par cette déclaration de créance, l'intimée **SOC4.)** a entendu récupérer la somme de 2.820.142 euros au titre de prêts accordés à la société **SOC2.)**.

Les premiers juges ont admis cette créance au passif de la société **SOC2.)** pour le principal de 2.320.000 euros, mais ils l'ont rejetée pour la somme, correspondant aux intérêts, en retenant qu'ils ont été irrégulièrement capitalisés trimestriellement.

L'intimée **SOC4.)** a interjeté appel incident pour voir admettre sa créance pour un montant supplémentaire de 487.346,76 euros correspondant aux intérêts capitalisés annuellement, sinon pour un montant supplémentaire de 456.387,57 euros correspondant aux intérêts non capitalisés.

Il convient de relever que l'intimée **SOC3.)** a évoqué dans son argumentation une procédure de saisie-arrêt introduite par l'intimée **SOC4.)** devant les instances judiciaires de Monaco. Contrairement à ce qui a été soutenu par l'intimée **SOC4.)**, cette procédure n'a pas été invoquée par l'intimée **SOC3.)** pour mettre en cause le caractère certain et exigible de la créance de l'intimée **SOC4.)**. Les conclusions échangées entre parties relatives à cette procédure ne sont d'aucune pertinence dans le cadre de l'affaire soumise à la Cour, de sorte qu'il convient d'y passer outre.

L'appelante **SOC1.)** n'a pas contesté le bien-fondé de la créance de l'intimée **SOC4.)**, mais elle a requis qu'elle ne soit admise qu'à titre subordonné par rapport à sa créance.

Le curateur Maître Alain RUKAVINA a soutenu que le nouveau décompte versé par l'intimée **SOC4.)** n'est toujours pas conforme à l'article 1154 du Code civil interdisant toute capitalisation autre que celle par année entière. Cette affirmation du curateur a été contestée par l'intimée **SOC4.)**.

Le décompte versé par l'intimée **SOC4.)** ne permettant pas de retenir avec certitude que les intérêts n'y ont été capitalisés que par année et non trimestriellement, il convient de ne reconnaître à cette société que le droit de réclamer de ce chef la somme subsidiaire de 456.387,57 euros. Sur l'admission de la créance correspondant à ce montant supplémentaire, il y a partant lieu de réformer le jugement de première instance.

Quant au caractère subordonné de la créance de l'intimée **SOC4.)** par rapport à la créance de l'appelante **SOC1.)**, il est renvoyé aux développements faits plus haut sur la validité en droit luxembourgeois des clauses de subordination contestée par l'intimée **SOC4.)**.

L'intimée **SOC4.)** a contesté ensuite avoir consenti à une subordination de sa créance par rapport à celle de l'appelante **SOC1.)**.

Pour conclure au caractère subordonné de la créance de l'intimée **SOC4.)** par rapport à la sienne, l'appelante **SOC1.)** s'est prévalu de

l'article 2.5 de l'Instrumentum évoqué ci-dessus et des Amendment Agreements signés le 3 novembre 2010.

Il ne résulte d'aucun élément soumis à la Cour que l'intimée **SOC4.)** ait donné son accord à la clause 2.5 de l'Instrumentum, acte auquel elle n'était pas partie.

Par contre, l'intimée **SOC4.)** était partie et a signé le contrat intitulé « Amendment to Loan Agreement » versé en pièce 14 par Maître Kleyr dans son classeur contenant 28 pièces. Ce contrat a été conclu entre la société **SOC2.)** et l'intimée **SOC4.)**. Il y est prévu à l'article 3 que les créances de l'intimée **SOC4.)** sont subordonnées à celles résultant de l'émission obligataire souscrite par l'appelante **SOC1.)**. Par cette clause, l'intimée **SOC4.)** a partant explicitement et expressément admis la subordination de sa créance à celle de l'appelante **SOC1.)**. Cette dernière peut donc valablement l'invoquer pour voir dire que sa créance prime celle de l'intimée **SOC4.)**.

*Quant à la déclaration de créance n° 7 de l'intimée BANCA POPOLARE*

Cette déclaration a trait à une lettre dite de patronage émise au profit de la banque BANCA POPOLARE DI LODI, respectivement en faveur de la banque BANCA DI LODI aux droits de laquelle la banque BANCA POPOLARE vient après une opération de fusion/absorption. Par cette lettre datée du 22 janvier 2003, la société **SOC2.)** s'est engagée dans les termes suivants :

*«With reference to the exposures of Euro 28.000.000 that you granted to the company **SOC3.)** ..., we hereby inform you that we own the 99,98 % of the corporation stock of said company and we undertake to not reduce our participation in the company without your previous consent, until the above mentioned credit lines exist. Should we plan to sell totally or partially such participation, we undertake to previously repay the overall exposures at the time existing by your bank under the said company's name.»*

Les premiers juges ont retenu que cette lettre renfermait l'engagement ferme de la société **SOC2.)** de maintenir sa participation dans sa filiale et une obligation de rembourser le découvert de sa filiale en cas de vente de sa participation. Les premiers juges ont retenu que cette lettre a créé une obligation de résultat dans le chef de la société **SOC2.)**. Le curateur de cette société ayant requis l'autorisation de vendre la participation dans la société **SOC3.)**, l'engagement de la société **SOC2.)** serait devenue exigible à partir de cette date.

L'appelante **SOC1.)** a contesté que le contenu de la lettre du 22 janvier 2003 soit de nature à faire naître une obligation de résultat dans le chef de la société **SOC2.)**. Cette lettre n'aurait fait naître qu'un engagement purement moral, non générateur d'obligations dans le

chef de cette société. La preuve d'une faute dans le chef de la société **SOC2.)** serait requise pour pouvoir sanctionner son comportement. L'existence d'une telle faute ne serait pas établie. L'appelante **SOC1.)** a soutenu qu'en tout état de cause, la créance résultant de cette lettre devenait exigible au plus tôt à la date de la vente effective de la participation de la société **SOC2.)** dans la société **SOC3.)**. Elle a ajouté que cette créance ne rentrait pas dans les prévisions de la lettre du 22 janvier 2003 dans la mesure où elle ne couvrait que des lignes de crédit et que la déclaration de créance de l'intimée BANCA POPOLARE se rapportait à un prêt. Finalement, l'appelante **SOC1.)** a invoqué la prescription de l'article 189 du Code de commerce. La lettre d'intention datant du 22 janvier 2003 et la déclaration de créance de l'intimée BANCA POPOLARE ayant été déposée le 30 juillet 2014, elle aurait été déposée en dehors du délai de dix ans prescrit par l'article 189 précité.

L'intimée BANCA POPOLARE, bien qu'ayant constitué avocat, n'a pas pris position par rapport à l'appel dirigé contre elle.

Par requête du 11 avril 2016, la société **SOC5.)** a déclaré intervenir dans le litige. Elle a demandé à voir dire que la créance de l'intimée BANCA POPOLARE lui a été cédée en date du 29 septembre 2015 et que la déclaration de créance n° 7 est à déclarer de premier rang par rapport aux autres créances.

L'appelante **SOC1.)** a invoqué l'irrecevabilité de cette intervention volontaire au motif que l'intervenante **SOC5.)** ne se bornait pas à demander à se voir déclarer commun l'arrêt à intervenir, mais qu'elle demandait à voir reconnaître ses propres droits. Une telle demande d'intervention serait irrecevable en instance d'appel puisqu'elle priverait l'appelante d'un degré de juridiction.

Il est de principe que l'intervention passive, par laquelle le tiers intervient pour suivre l'instance et se faire déclarer commun le jugement pour préserver ses propres intérêts, en se joignant à la partie à laquelle ses intérêts sont liés, peut se faire en instance d'appel à condition que l'intervenant ait été en droit d'agir en tierce opposition contre le jugement attaqué. Par contre l'intervention active, par laquelle le tiers intervient pour faire valoir ses propres droits en demandant à voir prononcer une condamnation à son profit, n'est pas possible pour la première fois en instance d'appel, puisqu'elle prive l'adversaire d'un degré de juridiction (Th. Hoscheit : Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, n° 1030 ; Cour d'appel 11 mai 2016, n° du rôle 33227).

En l'espèce, l'intervention volontaire de la société **SOC5.)** tend à voir dire que la créance de l'intimée BANCA POPOLARE lui a été cédée en date du 29 septembre 2015 et à voir admettre la déclaration de créance n° 7 y relative au passif de la faillite **SOC2.)** en tant que première en rang par rapport aux autres créances. Cette intervention

volontaire dépasse l'objet d'une intervention passive. Etant à qualifier d'intervention active, elle est à déclarer irrecevable en instance d'appel par application des principes énoncés ci-dessus.

Pour le surplus, il convient de constater que la lettre d'intention du 22 janvier 2003 n'est pas versée au dossier de la Cour et que le contrat de cession de créance signé le 29 septembre 2015 entre l'intervenante **SOC5.)** et l'intimée BANCA POPOLARE n'est versé qu'en langue italienne, sans qu'une traduction certifiée en une langue officielle au Luxembourg n'ait été jointe. L'intimé **A.)** a néanmoins versé un document intitulé « Reconnaissance de cession de créance » signé le 24 mai 2016 par l'intimée BANCA POPOLARE et l'intervenante **SOC5.)** par lequel les deux parties ont attesté qu'en date du 29 septembre 2015, l'intimée BANCA POPOLARE a cédé à l'intervenante **SOC5.)** la créance qu'elle détenait à l'encontre de la société **SOC2.)** et qui a fait l'objet de la déclaration de créance n° 7 déposée par l'intimée BANCA POPOLARE. Il y est encore attesté que par voie de conséquence, la société BANCA POPOLARE ne dispose plus d'une revendication à l'égard de la société **SOC2.)**.

Au vu de cette pièce, la déclaration de créance n° 7 de l'intimée BANCA POPOLARE doit être rejetée, dès lors que cette partie n'établit plus être créancière de la société faillie.

*Quant à la déclaration de créance n° 8 de l'intimée UNICREDIT :*

Cette créance a trait à des lignes de crédit concédées par l'intimée UNICREDIT à la société **SOC7.)** et qui ont été garanties, selon l'intimée UNICREDIT, par une lettre d'intention de la société **SOC2.)** du 22 février 2010.

Il convient de rejeter d'emblée l'argument des intimés **A.)** et Maître Alain RUKAVINA consistant à dire que la créance invoquée par l'intimée UNICREDIT a été cédée à la société **SOC5.)**, aucune cession n'étant établie au vu des pièces versées au dossier de la Cour.

L'appelante **SOC1.)** a contesté que la lettre du 22 février 2010 contienne un engagement ferme de la part de la société **SOC2.)**. Elle a soutenu ensuite que ce ne serait ni la demande d'autorisation de vendre la participation dans la société **SOC7.)**, ni l'autorisation de vendre elle-même qui rendraient exigible l'engagement de la société **SOC2.)**. En effet jusqu'à la date de la vente effective, le curateur serait libre d'y procéder ou non. L'appelante **SOC1.)** a ajouté que l'engagement de la société **SOC2.)** résultant de cette lettre était perpétuel, partant nul, sinon inopposable. Finalement l'appelante a estimé que la lettre d'intention ne garantissait que la ligne de crédit accordée à la société **SOC7.)** en date du 23 février 2010, à l'exclusion des quatre lignes de crédit accordées à des dates postérieures, également invoquées par l'intimée UNICREDIT dans sa déclaration de créance.

L'intimée UNICREDIT a répliqué en contestant que l'engagement de la société **SOC2.)** ait été perpétuel dès lors que sa durée aurait été liée à celle des engagements qu'il garantissait. Par ailleurs, un engagement perpétuel ne serait pas sanctionné de nullité. Ce serait encore à tort que l'appelante **SOC1.)** a affirmé que la lettre d'intention du 22 février 2010 ne couvrait que la ligne de crédit accordée le 23 février 2010. Dans le texte de la lettre, il serait en effet indiqué qu'elle couvrait « vos lignes de crédit ». Par ailleurs, l'intimée a contesté le moyen de l'appelante relatif à l'exigibilité de l'engagement.

Concernant le caractère de l'engagement de la société **SOC2.)**, c'est à bon droit que l'intimée UNICREDIT a soutenu, et que les premiers juges l'ont suivie dans cette voie, que cet engagement était ferme au vu des termes employés. En effet, le contenu de cette lettre était le suivant, conformément à la copie de cette lettre jointe à la déclaration de créance n° 8 de l'intimée UNICREDIT, versée en pièce 27 par l'appelante **SOC1.)**, qui n'est pas signée, mais dont la validité n'a pas été contestée :

*« Nous prenons acte que l'octroi de la ligne de crédit susdite a été effectuée par vous à notre demande et compte tenu du fait que nous sommes les titulaires de la totalité du paquet d'actions de la Filiale.*

*Eu égard à ce qui précède, nous nous engageons à conserver inchangée notre participation telle qu'indiquée ci-dessus dans le capital de la Filiale pendant tout le temps où celle-ci jouira de vos lignes de crédit (y compris toute éventuelle prorogation ou tout éventuel renouvellement de celles-ci que vous accepteriez d'accorder en cas de crédit à échéance déterminée).*

*Dans le cas où, quoi qu'il en soit, nous estimerions nécessaire de procéder à la cession de tout ou partie de notre participation, nous nous engageons à ne pas procéder à une telle opération sans avoir obtenu votre consentement, qui devra vous être demandé moyennant un préavis écrit d'au moins trente jours.*

*Dans l'éventualité où vous n'accorderiez pas votre consentement, sans préjudice de notre responsabilité qui, en vertu de la législation italienne découle de notre position d'actionnaire unique en cas d'insolvabilité ( responsabilité que nous assumons également de manière contractuelle), nous nous engageons d'ores et déjà à procéder au plus tard dans les dix jours ouvrables après simple demande informelle de votre part, au règlement de la position débitrice de la filiale qui existerait éventuellement à votre égard, en vous versant le montant dû par celle-ci, à savoir le capital, les intérêts et frais et accessoires, toute exception étant exclue. »*

Suit encore l'alinéa suivant :

*« Il reste entendu que nous procéderons également au remboursement indiqué au paragraphe précédent si la Filiale, sur base de votre attestation, ne remplissait pas ponctuellement ses obligations à votre égard, si des procédures d'insolvabilités étaient ouvertes à charge de celle-ci ou, enfin, si un accord extrajudiciaire et transactionnel devait être conclu entre la Filiale et ses créanciers ».*

Les termes clairs et non-équivoques de cette lettre ne laissent pas de doute que la société **SOC2.)** s'y engageait fermement et définitivement à s'acquitter de la dette de la société **SOC7.)** si un des événements y prévus venait à survenir.

C'est à bon droit que l'intimée UNICREDIT a conclu au rejet du moyen de l'appelante **SOC1.)** tendant à voir dire que la lettre d'intention du 22 février 2010 créait une obligation perpétuelle dans le chef de cette société. En effet, il résulte des termes de la lettre que sa durée était liée à celle des engagements de la société **SOC7.)** à l'égard de la société UNICREDIT, dont il n'est pas allégué qu'ils étaient de nature perpétuelle.

Quant à la date à laquelle l'engagement de la société **SOC2.)** est devenu exigible, il convient de constater que l'intimée UNICREDIT s'est adressée dès le 5 novembre 2013 à la société **SOC7.)** pour l'informer qu'elle révoquait les facilités de crédit qui lui avaient été accordées et qu'elle la mettait en demeure de lui rembourser la somme de 4.006.932,23 euros. Le même jour, l'intimée UNICREDIT a écrit à la société **SOC2.)** pour lui réclamer le paiement de la somme redue par la société **SOC7.)** par référence à la lettre d'intention du 22 février 2010.

La faillite de la société **SOC2.)** a été prononcée le 23 décembre 2013, la demande d'autorisation de vendre a été formulée le 10 novembre 2015 et l'autorisation a été accordée par jugement du 6 janvier 2016. Ce n'est partant pas la vente de la participation de la société **SOC2.)** dans la société **SOC7.)** qui a pu motiver l'intimée UNICREDIT à faire appel à la lettre de garantie du 22 février 2010, ces événements n'ayant pas encore eu lieu à la date de l'envoi de ce courrier. Il faut en déduire que l'appel à la garantie était motivé par le manquement de la société **SOC7.)** à ses obligations contractuelles envers l'intimée UNICREDIT, conformément à l'autre hypothèse envisagée dans la lettre d'intention du 22 février 2010 pour faire déclencher le mécanisme de la garantie y prévue. La question de savoir quel était l'évènement précis de nature à faire jouer la garantie de la société **SOC2.)** en cas de vente de la participation dans la société **SOC7.)** n'est partant pas pertinente.

Quant à savoir si la lettre d'intention du 22 février 2010 devait garantir la seule ligne de crédit accordée par l'intimée UNICREDIT en date du 23 février 2010 ou si elle devait couvrir l'ensemble des lignes de crédit accordées par cette société à la société **SOC7.)**, il convient

de constater que les termes de la lettre d'intention du 22 février 2010 ne sont pas clairs sur cette question. En effet, dans son premier alinéa, la lettre se réfère expressément et précisément à une ligne de crédit de 5.000.000 euros accordée à la société **SOC7.**) Il n'est pas contesté que cette ligne de crédit est celle qui a été accordée en date du 23 février 2010. Au deuxième alinéa de cette lettre, il est encore question de « la ligne de crédit », tandis qu'à l'alinéa suivant il est question de « vos lignes de crédit ». A l'alinéa suivant, qui traite de l'engagement de payer de la société **SOC2.**), il est question de « la position débitrice de la Filiale qui existerait éventuellement à votre égard ».

Au vu de l'imprécision des termes de la lettre d'intention et par application du principe de l'article 1162 du Code civil que les conventions s'interprètent contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation, il convient de retenir que la lettre d'intention du 22 février 2010 ne couvre que la ligne de crédit de 5.000.000 euros accordée le 23 février 2010.

Suivant la déclaration de créance n° 8 de l'intimée UNICREDIT, le solde correspondant à la ligne de crédit accordée le 23 février 2010 s'élève à 567.173,24 euros. La créance de l'intimée UNICREDIT est donc à admettre pour ce montant au passif de la faillite de la société **SOC2.**)

L'intimée UNICREDIT a demandé à voir dire que sa créance est prioritaire à toutes les autres créances, à l'exception de celle de l'Administration des contributions, puisqu'elle serait à qualifier de « senior bank indebtedness » au sens de l'article 2.5 du règlement de l'emprunt obligataire.

L'appelante **SOC1.)** a contesté que la créance de l'intimée UNICREDIT jouisse d'un rang supérieur à la sienne.

C'est à tort que l'intimée UNICREDIT a invoqué les dispositions de l'article 2.5 de l'Instrumentum pour dire que sa créance jouit d'un rang supérieur à celle de l'appelante **SOC1.)**. En effet, l'article 2.5 de cet acte prévoit que la créance née des obligations souscrites par l'appelante **SOC1.)** bénéficient d'un rang supérieur ( « rank senior ») aux autres créances rédues par la société **SOC2.**), « except for the Senior Bank Indebtedness ». Suivant l'annexe 2 de l'Instrument, la créance de l'intimée UNICREDIT fait certes partie de ces « Senior Bank Indebtedness », mais il ne résulte pas de l'article 2.5. précité que la créance de l'intimée UNICREDIT bénéficie d'un rang supérieur à celui de la créance de l'appelante **SOC1.)**. Cette disposition a seulement pour effet que la créance de l'appelante **SOC1.)** ne prime pas celle de l'intimée UNICREDIT. Ces deux créances se trouvent partant à rang égal entre elles.

**Quant aux indemnités de procédure :**

Les intimés UNICREDIT, **SOC3.)** et **A.)** ont requis la condamnation de l'appelante **SOC1.)** à leur payer à chacun une indemnité de procédure. Ces parties n'établissant pas en quoi il est inéquitable de laisser à leur charge les frais non compris dans les dépens, elles sont à débouter de cette demande.

### PAR CES MOTIFS

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

joint les affaires inscrites sous les numéros du rôle 42733 et 43333,

quant à l'appel interjeté par la société des Iles Vierges Britanniques **SOC1.)** contre le jugement n° 11/16 du 6 janvier 2016 :

le dit irrecevable,

quant à l'appel interjeté par la société des Iles Vierges Britanniques **SOC1.)** contre le jugement n° 674/15 du 18 mai 2015, quant à l'appel incident de l'intimée société anonyme **SOC4.)** LUXEMBOURG et quant à l'intervention volontaire de la société à responsabilité limitée **SOC5.)** :

dit irrecevable l'intervention volontaire de la société à responsabilité limitée **SOC5.)**,

reçoit les appels principal et incident,

les dit partiellement fondés,

#### **réformant :**

admet au passif chirographaire de la faillite de la société anonyme **SOC2.)** la déclaration de créance n° 1 de la société des Iles Vierges Britanniques **SOC1.)** pour le montant de 30.160.000 euros dont 24.000.000 euros à titre principal et 6.160.00 euros en intérêts de retard,

admet au passif chirographaire de la faillite de la société anonyme **SOC2.)** la déclaration de créance n° 6 de la société anonyme **SOC4.)** pour la somme supplémentaire de 456.387,57 euros,

admet au passif chirographaire de la faillite de la société anonyme **SOC2.)** la déclaration de créance n° 8 de la société de droit italien UNICREDIT CREDIT MANAGEMENT BANK pour la somme de 567.173,24 euros et rejette la créance de cette partie pour le surplus,

rejette du passif chirographaire de la faillite de la société anonyme **SOC2.)** la déclaration de créance n° 4 de la société de droit monégasque **SOC3.),**

rejette du passif chirographaire de la faillite de la société anonyme **SOC2.)** la déclaration n° 7 de la société de droit italien BANCA POPOLARE,

dit que la déclaration de créance n° 6 de la société anonyme **SOC4.)** a un caractère subordonné par rapport à la déclaration de créance n° 1 de la société des Iles Vierges Britanniques **SOC1.),**

dit que toutes les créances admises ayant fait l'objet de la présente procédure, autres que la créance n° 8 de la société anonyme **SOC4.)** LUXEMBOURG, sont de même rang,

confirme le jugement du 18 mai 2015 pour le surplus,

fait masse des frais et dépens de l'instance d'appel et les met à charge de la masse de la faillite,

déboute la société de droit italien UNICREDIT, la société de droit monégasque **SOC3.)** et **A.)** de leur demande en octroi d'une indemnité de procédure.