

Arrêt N° 78/17 IV-COM

Audience publique du trois mai deux mille dix-sept

Numéro 43733 du rôle

Composition :

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

E n t r e

la société de droit suisse INTRAWAG, en liquidation, établie et ayant son siège social à CH-1205 Genève, 6, rue Patru, représentée par son liquidateur actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce du Canton de Genève sous le numéro CH-100.088.024,

appelante aux termes d'un acte de l'huissier de justice Yves Tapella d'Esch-sur-Alzette du 24 juin 2014,

comparant par Maître Virginie Brouns, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

Maître Yann BADEN, avocat à la Cour, demeurant à L-6187 Gonderange, z.a. Gehaansraich, pris en sa qualité de liquidateur judiciaire de la société anonyme WERNER, établie et ayant son siège social à L-2449 Luxembourg, 26, Boulevard Royal, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 32.093, déclarée en état de liquidation judiciaire par jugement du 19 décembre 2013,

intimé aux fins du prédit acte Tapella,

comparant par lui-même.

LA COUR D'APPEL

Par jugement du 19 décembre 2013, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, statuant sur requête de Monsieur le Procureur d'Etat et par défaut à l'égard de la société anonyme WERNER, a déclaré dissoute cette société et en a ordonné la liquidation. Le jugement a déclaré applicables les règles de la liquidation de la faillite. L'opposition introduite par la société WERNER contre ce jugement a été rejetée par un jugement contradictoire du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 6 novembre 2014. Par jugement du 4 juin 2015, le liquidateur initialement nommé a été remplacé par Maître Yann Baden.

Le 2 février 2016, la société anonyme de droit suisse INTRAWAG a déposé une déclaration de créance portant sur le montant de 4.305.455,37 CHF. Cette déclaration de créance, inscrite sous le numéro 2, fut contestée par le liquidateur. Suivant un courrier du 15 février 2016, la société INTRAWAG a déclaré la retirer et a demandé à la voir considérer comme nulle et non avenue.

Le 17 février 2016, cette société a déposé une nouvelle déclaration de créance portant principalement sur le montant de 3.135.774,44 CHF, subsidiairement sur le montant de 2.323.595,63 CHF. Cette déclaration de créance, inscrite sous le numéro 3, a également été contestée par le liquidateur.

La créance invoquée par la société INTRAWAG dans ses deux déclarations a trait à un acte de cession de parts sociales du 1^{er} décembre 1989 par lequel elle a cédé à la société WERNER ses parts dans la société de droit français S.N.C. HELLE et Cie au prix de 1.181.000 « francs ».

Lors des débats sur les contestations, la société INTRAWAG a demandé qu'il ne soit tenu compte que de sa deuxième déclaration de créance et à voir constater qu'il y avait litispendance entre l'affaire relative à cette déclaration de créance et une affaire qu'elle avait introduite antérieurement devant une juridiction suisse. La société INTRAWAG a soulevé l'incompétence territoriale du tribunal luxembourgeois à connaître de la demande en paiement. Elle a conclu à l'application de la loi suisse. Confrontée au moyen de prescription de sa demande soulevé par le liquidateur, elle a contesté que la prescription soit acquise à la partie adverse. Elle a conclu à voir admettre sa créance telle qu'elle résulte de sa deuxième déclaration de créance au passif de la faillite.

Le liquidateur a répondu que l'admission de la créance de la société INTRAWAG au passif de la masse relevait de la seule compétence du tribunal luxembourgeois qui a ordonné la liquidation. Il a conclu à l'application de la loi luxembourgeoise pour être la loi à laquelle la

société INTRAWAG a fait référence dans sa déclaration de créance en y réclamant les intérêts sur base de cette loi. En ordre subsidiaire, il a conclu à l'application de la loi luxembourgeoise pour être la loi du for, sinon à titre encore plus subsidiaire, il a conclu à l'application de la loi française. Le liquidateur a invoqué la prescription de la créance de la société INTRAWAG, prévue tant par la loi luxembourgeoise que par les lois suisse et française.

Par jugement contradictoire du 26 mai 2016, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a rejeté le moyen de litispendance invoqué par la société INTRAWAG, il s'est déclaré compétent à connaître de la déclaration de créance de cette société et il a dit que la loi suisse était applicable. Le tribunal a analysé le moyen de la prescription par application de cette loi pour venir à la conclusion que la demande en paiement de cette société était prescrite. Pour statuer ainsi, il a rejeté les moyens de la société INTRAWAG relatifs à l'interruption de la prescription et à la renonciation par la société WERNER à la prescription.

Pour rejeter le moyen de litispendance, les premiers juges ont retenu que faute d'avoir procédé à un désistement d'instance, la société INTRAWAG ne pouvait demander à voir faire abstraction de la première déclaration de créance. Par voie de conséquence, il a rejeté le moyen de litispendance après avoir constaté que le tribunal luxembourgeois avait été saisi avant l'introduction de la demande devant le tribunal suisse. Quant à la compétence territoriale, les premiers juges ont décidé que le litige n'était pas un litige né de la faillite au sens de l'article 635 du Code de commerce, mais que par application de l'article 5 de la Convention de Lugano II, le tribunal luxembourgeois était compétent à en connaître en tant que tribunal du lieu d'exécution de l'obligation servant de base à la demande, à savoir de l'obligation de délivrance des parts sociales à la société WERNER, établie au Luxembourg. Quant à la loi applicable, les premiers juges ont analysé cette question par référence à la Convention de Rome du 19 juin 1980. Ils ont constaté que faute par les parties au contrat d'avoir désigné la loi applicable, l'article 4 de la prédite convention prévoyait que le contrat était soumis à la loi du pays avec lequel il avait les liens les plus étroits, partant la loi du pays dans lequel la partie qui devait fournir la prestation caractéristique avait son administration principale. Retenant que c'était la société INTRAWAG qui devait exécuter la prestation caractéristique du contrat consistant à livrer les titres et constatant que cette société était établie en Suisse, ils ont fait application de la loi de ce pays. Après avoir analysé les règles de prescription de droit suisse, ils ont décidé que celle-ci était acquise à la société WERNER.

Par exploit d'huissier de justice du 24 juin 2016, la société INTRAWAG a relevé appel de ce jugement qui lui a été signifié en date du 7 juin 2016 en son siège social situé en Suisse.

A l'appui de son recours, elle a soutenu qu'elle a valablement pu annuler sa première déclaration de créance sans autre formalité. Elle a affirmé qu'en tout état de cause le tribunal suisse avait été saisi avant le dépôt de la deuxième déclaration de créance, de sorte que les premiers juges auraient dû faire droit à son moyen de litispendance. Elle a requis qu'il soit sursis à statuer en attendant que le tribunal suisse se soit prononcé sur le bien-fondé de sa créance. Quant à la prescription, l'appelante a approuvé les premiers juges en ce qu'ils ont dit que la loi suisse était applicable, mais elle a estimé que c'est à tort qu'ils ont retenu que la prescription était acquise à la société WERNER.

L'intimé Maître Yann BADEN a invoqué l'irrecevabilité de l'appel par application de l'article 465 du Code de commerce fixant le délai d'appel en matière de faillite à quinze jours. Suivant l'intimé ce délai est applicable en l'espèce au regard de ce que le jugement ayant ordonné la liquidation a dit applicables les règles de la faillite. Il a affirmé que ce délai était un délai préfix d'ordre public, non-susceptible d'être augmenté d'un délai de distance. Il en a déduit que l'appel interjeté par la société INTRAWAG était tardif.

L'intimé Maître Yann BADEN a conclu au rejet de la déclaration adverse au motif que l'appelante ayant retiré la première déclaration de créance, elle a implicitement mais nécessairement renoncé à sa créance de sorte qu'elle ne pouvait plus déposer une nouvelle déclaration de créance sur la même base.

L'intimé Maître Yann BADEN a conclu au rejet de la demande ayant trait à la litispendance, affirmant que la juridiction luxembourgeoise était compétente *ratione loci et materiae* et que c'est la juridiction première saisie. Par ailleurs cet incident aurait été artificiellement créé par l'appelante, la litispendance ne pourrait être invoquée que par le défendeur et la requête en conciliation déposée en Suisse n'aurait pas été signifiée au liquidateur.

Le liquidateur a conclu à l'application de la loi luxembourgeoise, sinon de la loi française. Il a soutenu qu'en tout état de cause, dans les trois systèmes juridiques qui ont vocation à s'appliquer, la prescription décennale était prévue. Il a demandé à voir confirmer la décision de première instance en ce qu'elle a retenu que la prescription était acquise à la société WERNER. Dans ce contexte, il a demandé à être reconnu comme tiers par rapport à la société WERNER et à se voir déclarer inopposables les conventions modificatives du contrat de cession des titres formant la base de la demande de l'appelante.

Quant à la recevabilité de l'appel :

L'appelante INTRAWAG a contesté le moyen d'irrecevabilité déduit de ce que l'appel n'a pas été introduit dans le délai de quinzaine prévu à l'article 465 du Code de commerce. Suivant l'appelante, ce délai n'est pas applicable dès lors que l'action dont était saisi le tribunal ne constituait pas une action née de la faillite au sens de cette disposition. Par le simple renvoi aux règles de la faillite contenu dans le jugement prononçant la liquidation, le tribunal n'aurait pas pu écarter les règles de recours ordinaires et les délais de distance édictés par le Nouveau code de procédure civile.

L'intimé a reconnu que suivant une jurisprudence constante, le simple fait par les juges qui ordonnent la liquidation d'une société de déclarer applicables les dispositions légales relatives à la liquidation de la faillite n'affecte que la gestion proprement dite de la liquidation, sans avoir la moindre influence sur les voies de recours qui restent soumises au droit commun. Il a néanmoins estimé qu'en l'espèce, on se trouve dans l'hypothèse particulière où c'est la gestion de la liquidation qui est en cause. Le jugement dont appel ne serait en effet pas celui qui a ordonné la liquidation, mais il aurait trait à la gestion de la liquidation.

La décision de première instance attaquée par la voie de l'appel n'est pas celle qui a ordonné la liquidation de la société WERNER, mais la décision qui a statué sur les contestations formulées par le liquidateur à l'encontre des déclarations de créance déposées dans la masse de la liquidation. C'est à tort que l'intimé a soutenu que le délai d'appel contre cette décision était celui prévu à l'article 465 du Code de commerce. En effet si certes la procédure de vérification des créances a trait à la gestion de la liquidation, cette constatation ne saurait avoir pour effet de faire échapper l'appel dirigé contre une décision de justice rendue dans le cadre de cette procédure au délai légal de droit commun. En effet, tel que décidé par une jurisprudence constante, le fait que les juges de première instance ont déclaré applicables les dispositions légales relatives à la liquidation de la faillite ne concerne que la gestion proprement dite de la liquidation, sans avoir la moindre influence sur les voies de recours qui restent soumises au droit commun. C'est à tort que l'intimé a voulu introduire une distinction par rapport à ce principe entre le jugement qui a ordonné la liquidation et les jugements qui peuvent intervenir en cours de liquidation.

L'intimé n'ayant pas contesté que l'appel a été interjeté dans le délai de droit commun de quarante jours, augmenté du délai de distance, il est recevable.

Quant à la litispendance :

Pour fonder son moyen relatif à la litispendance, l'appelante INTRAWAG a demandé à voir considérer comme nulle et non avenue sa première déclaration de créance déposée le 2 février 2016 et à voir constater que la deuxième déclaration de créance, déposée le 17 février 2016, est postérieure à l'action qu'elle a introduite devant le tribunal civil du Canton de Genève en date du 16 février 2016, relative à la même créance.

Il convient d'écarter d'ores et déjà le moyen du liquidateur Maître Yann BADEN consistant à dire qu'en demandant à voir retirer sa première déclaration de créance, l'appelante INTRAWAG a renoncé à la créance y déclarée. Aucune renonciation à sa créance ne saurait en effet être déduite de cette demande de retrait de l'appelante, cette demande pouvant s'expliquer par tout autre motif dont celui allégué par cette partie de vouloir déposer une nouvelle déclaration de créance. L'existence de la volonté de l'appelante de renoncer à sa créance est d'ailleurs contredite par le dépôt de la deuxième déclaration de créance par cette partie.

Pour le surplus, il convient de renvoyer aux développements des premiers juges qui ont fait une juste analyse des principes applicables et qui en ont déduit que contrairement à ce qui a été soutenu par l'appelante INTRAWAG, c'est la première déclaration de créance qui devait être prise en considération, de sorte que c'était la juridiction luxembourgeoise qui avait été saisie en première, rendant inopérante la demande de renvoi de cette affaire devant la juridiction suisse. C'est en effet à bon droit que les premiers juges ont retenu que la contestation de la déclaration de créance par le liquidateur la transforme en une demande en justice et que par voie de conséquence, elle fixe le contrat judiciaire. Ils ont retenu que le demandeur à une action avait le droit de retirer sa demande, mais qu'il devait le faire par voie de désistement, la radiation du rôle ne suffisant pas. Le courrier par lequel l'appelante INTRAWAG a demandé à voir retirer la première déclaration de créance ne répondrait pas aux critères pour valoir désistement, mais correspondrait à une demande de radiation. Ils en ont déduit à bon droit qu'à défaut de désistement en bonne et due forme, la première déclaration de créance déposée par l'appelante en date du 2 février 2016 continuait d'exister. Partant, la deuxième déclaration de créance, même si elle portait sur un montant différent, n'aurait constitué qu'une déclaration modificative de la première. Ils en ont déduit que le moyen de litispendance de la société INTRAWAG n'était pas fondé, le tribunal luxembourgeois ayant été saisi en premier. Il y a lieu de confirmer le jugement du 26 mai 2016 sur cette question de la litispendance.

Il convient de relever qu'en instance d'appel, l'appelante INTRAWAG s'est référée aux dispositions de la Convention de Lugano pour demander à la Cour de surseoir à statuer en raison de la

connexité entre les affaires pendantes au Luxembourg et en Suisse. Cette demande est également basée sur la prémisse que c'est le tribunal luxembourgeois qui est celui qui a été saisi en dernier. Tel n'étant pas le cas par référence aux développements faits ci-dessus, il y lieu de rejeter cette demande.

Quant à la loi applicable :

Les premiers juges ont décidé que la loi suisse était applicable par référence à l'article 4 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 pour être la loi du pays dans lequel la partie qui devait fournir la prestation caractéristique avait son siège social, à savoir l'appelante INTRAWAG.

Celle-ci a conclu à la confirmation du jugement sur ce point, tandis que l'intimé a estimé que c'était la loi luxembourgeoise qui devait s'appliquer.

Pour dire que la loi luxembourgeoise était applicable, l'intimé a soutenu que l'appelante avait fait l'aveu de l'application de cette loi puisque dans sa déclaration de créance elle a demandé à voir mettre en compte les intérêts légaux prévus par les dispositions légales luxembourgeoises. C'est à bon droit que les premiers juges ont décidé que le simple fait par l'appelante de s'être référée à la loi luxembourgeoise pour fonder sa demande en paiement des intérêts ne saurait valoir automatiquement que suivant cette partie, la loi luxembourgeoise était applicable au contrat conclu entre parties. Aucun autre élément du dossier ne permettant de détecter la volonté des parties au contrat de lui voir appliquer la loi d'un Etat spécifique, c'est à bon droit que les premiers juges ont fait application de l'article 4 de la Convention de Rome pour dire que c'est la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a son administration principale qui doit s'appliquer. C'est encore à bon droit qu'ils ont retenu que dans un contrat de vente, la prestation caractéristique est celle du vendeur. Ils ont partant valablement pu conclure que c'est la loi suisse qui est applicable.

Quant au fond :

Les parties sont d'accord pour dire que c'est la prescription de dix ans prévue à l'article 127 du Code civil suisse qui a vocation à s'appliquer.

Suivant l'appelante, des actes interruptifs de la prescription sont intervenus, respectivement des actes de renonciation à la prescription acquise ont été posés par la société WERNER. L'appelante a invoqué à ce sujet la reprise par la société WERNER de sa dette envers l'appelante INTRAWAG dans ses documents comptables, des paiements effectués par cette société à l'appelante ou encore la

signature de conventions de cession modificatives signées à Genève les 21 et 31 décembre 2012.

Le contrat de cession de parts sociales liant les parties a été signé le 1^{er} décembre 1989. Les droits en découlant se sont partant prescrits le 1^{er} décembre 1999, sauf interruption.

Suivant l'article 135 du Code civil suisse, la prescription est interrompue lorsque le débiteur reconnaît la dette, notamment en payant des intérêts ou des acomptes, en constituant un gage ou en fournissant garantie.

En l'espèce, aucun paiement intervenu avant la date du 1^{er} décembre 1999 n'est allégué par l'appelante INTRAWAG. Les autres éléments invoqués par cette partie pour voir dire qu'il y a eu interruption de la prescription sont des inscriptions dans les livres comptables de la société WERNER. De telles inscriptions ne sont pas expressément énumérées à l'article 135 du Code civil suisse comme valant interruption de la prescription et l'appelante n'établit pas que suivant cette loi, ou l'interprétation qui en est donnée en droit suisse, de telles mentions peuvent valoir interruption de la prescription. A cet égard, il convient de relever que l'avis juridique de Maître Corinne Corminboeuf Harari versé par l'appelante à l'appui de son argumentation ne mentionne pas que des inscriptions comptables peuvent interrompre la prescription. Il convient d'ajouter que les inscriptions comptables dont s'est prévalu l'appelante ne sont pas précises et ne permettent pas de retenir en dehors de tout doute qu'elles se rapportent à la dette née du contrat de cession de titres du 1^{er} décembre 1989. Dans la plupart des documents, il est en effet uniquement fait état d'une dette, sans autre précision, dans d'autres il est certes question d'une dette envers la société INTRAWAG, mais sans autre précision supplémentaire. Il convient d'ajouter qu'au bilan établi au 31 décembre 1991 notamment, expressément libellé en euros, cette dette est comptabilisée pour 924.596,14 euros. La dette née du contrat de cession était de 1.181.000 « francs », sans qu'il ait été précisé de quel « franc », suisse, luxembourgeois ou français il s'agissait. Même à retenir la devise la plus forte, à savoir le franc suisse, la somme de 1.181.000 francs ne correspondait pas à 924.596,14 euros. Il n'est partant pas établi que ces inscriptions dans les documents comptables correspondent à la dette née du contrat de cession signé le 1^{er} décembre 1989 entre parties.

Aucun acte interruptif de prescription intervenu avant le 1^{er} décembre 1999 n'est partant établi, de sorte que la prescription de dix ans est intervenue à cette date.

Quant à la renonciation par la société WERNER à la prescription, le seul article y relatif est l'article 141 du Code civil suisse qui prévoit que toute renonciation anticipée à la prescription est nulle. Ni cet

article ni une autre disposition ne précise dans quelles conditions le débiteur est censé avoir renoncé à la prescription. Il convient encore de préciser que dans la mesure où c'est l'appelante INTRAWAG qui se prévaut de la renonciation de la société WERNER à la prescription, la charge de la preuve lui incombe.

Pour établir la renonciation par la société WERNER à la prescription qui lui était acquise, l'appelante INTRAWAG a invoqué deux paiements effectués par la société WERNER en sa faveur en date des 5 juin 2002 et 20 décembre 2002, portant sur 50.000 euros, respectivement 100.000 francs suisses. L'appelante s'est encore prévalu de deux conventions de cessions de créance signées entre les sociétés WERNER et INTRAWAG en date des 21 et 31 décembre 2012.

L'intimé Maître Yann BADEN a contesté l'existence d'une renonciation par la société WERNER. Il a ajouté que même si une renonciation devait être établie dans le chef d'une « quelconque personne », ceci ne saurait l'empêcher d'invoquer la prescription en sa qualité de tiers par rapport à la société WERNER. Pareillement, le liquidateur s'est prévalu de sa qualité de tiers par rapport aux conventions signées les 21 et 31 décembre 2012 pour dire qu'elle ne lui étaient pas opposables, faute d'avoir date certaine.

C'est à bon droit que les premiers juges ont relevé que les avis de débit relatifs aux deux paiements des 5 juin 2002 et 20 décembre 2002 dont s'est prévalu l'appelante INTRAWAG pour dire qu'il y a eu renonciation à la prescription par la société WERNER, n'indiquent pas leur objet. Aucun indice d'une quelconque nature quant à l'objet des paiements ne résulte de ces pièces, ni d'aucun autre élément du dossier. Au vu des relations étroites ayant existé entre les sociétés INTRAWAG et WERNER au travers des personnes de **A.)** et **B.)** qui étaient à la fois actionnaires de la société WERNER et qui avaient pouvoir, l'un pour représenter la société INTRAWAG et l'autre la société WERNER, ces paiements pouvaient avoir une cause autre que l'apurement de la dette née de la cession de créance du 1^{er} décembre 1989. Il ne saurait partant être retenu comme établi en dehors de tout doute que les deux paiements intervenus en 2002 sont en relation avec la cession des parts sociales signée le 1^{er} décembre 1989. Aucune renonciation à la prescription acquise à la société WERNER ne saurait partant en être déduite.

Concernant les conventions de cession signées les 21 et 31 décembre 2012, elles font une référence claire et précise à la dette née de la cession de titres du 1^{er} décembre 1989 puisqu'il y est dit que les créances cédées par la société WERNER à l'appelante INTRAWAG aux termes desdites conventions viennent en déduction de la dette que détient l'appelante INTRAWAG à l'encontre de la société WERNER en raison de la cession de titres du 1^{er} décembre 1989.

Le liquidateur a conclu à l'inopposabilité à son égard de ces deux actes au motif qu'ils n'ont pas date certaine.

L'appelante INTRAWAG a conclu au rejet de ce moyen sans verser davantage en instance d'appel qu'en première instance, la preuve du contenu de la loi suisse sur cette question. C'est partant à bon droit que les premiers juges ont fait application de la loi luxembourgeoise sur cette question comme étant la loi du for. C'est encore à bon droit que les premiers juges ont retenu que le liquidateur, à l'instar du curateur, doit être qualifié de tiers par rapport à la société en faillite lorsqu'il conteste une créance, de sorte à pouvoir se prévaloir de l'article 1328 du Code civil pour soutenir que l'acte fondant cette créance ne lui est pas opposable, faute d'avoir date certaine (Les Nouvelles, droit commercial, tome IV, les concordats et la faillite par A. Cloquet, Larcier 1985, n° 2165).

L'appelante INTRAWAG ne saurait valablement soutenir qu'il n'est pas d'usage de faire enregistrer toutes les transactions commerciales, respectivement que cette conclusion irait à l'encontre de la liberté de la preuve en matière commerciale. Cette partie n'établit ni l'existence d'un usage allant à l'encontre de l'article 1328 du Code civil, ni d'une quelconque disposition en empêchant l'application en l'espèce.

Aucun élément valable n'ayant été produit par l'appelante INTRAWAG de nature à conférer date certaine auxdits actes des 21 et 31 décembre 2012, elle ne saurait s'en prévaloir à l'encontre du liquidateur pour conclure à la renonciation par la société WERNER à la prescription de sa dette qui lui était acquise. Le jugement du 26 mai 2016 est partant à confirmer dans toute sa teneur.

Quant aux indemnités de procédure :

Aucune indemnité de procédure n'avait été réclamée en première instance.

En instance d'appel, l'appelante INTRAWAG a réclamé une indemnité de procédure tant pour la première instance que pour l'instance d'appel. Au vu du sort réservé à son recours, il y a lieu de rejeter 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,

reçoit l'appel,

le dit non fondé,

confirme le jugement du 26 mai 2016,

déboute la société de droit suisse INTRAWAG de sa demande en octroi d'une indemnité de procédure,

condamne la société de droit suisse INTRAWAG aux frais et dépens de l'instance d'appel.