

## **Arrêt N° 78/18 IV-COM**

Audience publique du vingt juin deux mille dix-huit

Numéro 43908 du rôle

Composition

Roger LINDEN, président de chambre;  
Elisabeth WEYRICH, conseillère;  
Yola SCHMIT, conseillère ;  
Eric VILVENS, greffier.

### **E n t r e**

**la société A**, établie et ayant son siège social à, constituée selon le droit de l'Etat du Delaware aux Etats-Unis d'Amérique,

**appelante** aux termes d'un acte de l'huissier de justice Josiane Gloden d'Esch-sur-Alzette du 4 août 2016,

comparant par la société anonyme Elvinger Hoss Prussen, établie et ayant son siège social à L-1340 Luxembourg, 2, place Winston Churchill, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B 209.469, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, représentée par Maître Patrick Santer, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

### **e t**

**1) la société par actions simplifiée de droit français B**, établie et ayant son siège social à,

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

comparant par la société anonyme Arendt & Medernach, inscrite au barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 41 A, avenue John F. Kennedy, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B 186.371, représentée par Maître François Kremer, avocat à la Cour,

**2) Maître C**, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à, pris en sa qualité de curateur de la société à responsabilité limitée D, déclarée en état de faillite par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 23 mai 2014,

**intimé** aux fins du prédit acte Gloden,  
comparant par lui-même.

## **LA COUR D'APPEL**

Par jugement du 11 juillet 2016, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière de contestation de créances produites dans le cadre de la faillite de la société à responsabilité limitée D, a rejeté la déclaration de créance numéro 4 produite par la société constituée selon les lois du Delaware A de la masse de la faillite et admis au passif de ladite masse la créance numéro 3 de la société de droit français B.

Par acte d'huissier de justice du 4 août 2016, la société A a régulièrement relevé appel du jugement et conclut, par réformation, à voir admettre la créance numéro 4 et à voir rejeter la créance numéro 3 du passif de la faillite de la société D.

Le curateur de la faillite D conclut à la confirmation du jugement dont appel et demande à se voir allouer une indemnité de procédure de 1.500 €.

La société intimée B conclut également à la confirmation du jugement et à se voir allouer une indemnité de procédure de 10.000 €.

### Discussion

Les deux déclarations de créance avaient été contestées dans un premier temps par le curateur de la faillite.

1. Lors des débats sur les contestations, il s'est rapporté à prudence de justice quant à la déclaration de créance numéro 3 produite par la maison-mère de la société en faillite, au motif qu'elle avait entre-temps produit les pièces justificatives à la base de la demande en admission de sa créance.

La société A, appelée tout comme la société B à ladite audience et qui en vertu des articles 503 et 504 du Code de commerce peut s'opposer à l'admission de toute créance produite en vue de son admission au passif, a conclu au rejet de ladite déclaration de créance aux motifs, réitérés en instance d'appel, que le prêt accordé par la société - mère à sa filiale luxembourgeoise en faillite l'aurait été, non pas pour « sauver » la filiale de la faillite imminente, mais pour en faire profiter l'actionnaire majoritaire M. E. Elle fait encore grief au tribunal d'avoir admis que le taux d'intérêt à appliquer serait

celui réclamé par la créancière, taux plus élevé que celui stipulé entre parties. Elle conclut à la nullité dudit prêt.

L'intimée B soutient que cette demande visant la nullité du contrat de prêt n'aurait pas été formulée en première instance de sorte que nouvelle en appel, elle serait irrecevable au vœu de l'article 592 NCPC.

Ce moyen n'est pas fondé étant donné que l'appelante s'était déjà en première instance opposée à l'admission de ladite créance au passif de la masse de la faillite et que la demande en nullité du prêt n'est que la formulation d'un moyen tendant à ces fins.

La Cour relève que de toute façon l'appelante ne spécifie pas pour quelles raisons et en vertu de quel texte ou principe juridique ledit contrat de prêt devrait être sanctionné de nullité.

La Cour d'appel renvoie à la motivation du jugement dont appel qu'elle adopte. L'allégation de la société A que le prêt consenti en novembre 2013 et documenté par un écrit du 15 avril 2014 aurait servi, non pas les intérêts de la société emprunteuse entre-temps déclarée en état de faillite, mais l'actionnaire majoritaire de la société-mère B n'est pas établie par des éléments probants auxquels la Cour peut avoir égard. Le fait encore que la somme réclamée est majorée d'un taux d'intérêt « lissé » de 2,77 % avalisé tel quel par le tribunal, est, ainsi qu'il l'a retenu à juste titre, une moyenne du taux Euribor sur la période concernée.

L'appel de la société A n'est donc pas fondé quant à ce volet du jugement.

**2.** Le tribunal a rejeté du passif de la masse de la faillite la créance numéro 4 produite par la société appelante A.

Il a d'abord constaté que le curateur avait contesté cette déclaration de créance au vu des difficultés à déterminer le montant remboursable conformément à l'article 8.4 de la convention de crédit ayant lié les parties, d'après lequel le montant de la dette est fixé par un évaluateur à nommer de commun accord par les parties à la hauteur de la valeur de marché des biens acquis indirectement moyennant le contrat de crédit et ce indépendamment du montant du crédit initial accordé.

Il a ensuite, après avoir procédé à une analyse exhaustive des documents contractuels et des moyens des parties, confirmé le rejet de la créance produite au passif de la faillite en ce qu'il a retenu que

« le tribunal constate que la créance de la société A LLC n'est pas déterminée, respectivement déterminable.

Suivant l'article 498 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de commerce, le déclarant doit indiquer le montant de sa créance.

Faute d'être déterminée conformément aux stipulations contractuelles de la clause 8.4 du contrat de crédit, il y a lieu de rejeter la déclaration de créance, inscrite au tableau des créanciers sous le numéro 4, du passif de la faillite.

Il reste loisible à la société A LLC de déposer une nouvelle déclaration de créance dès lors que le montant de la créance aura été déterminé conformément à la clause 8.4 du contrat de crédit ».

Les parties s'accordent pour dire que la société A est en droit au vu de la déclaration de faillite de l'emprunteuse, par application des articles 14.1,14.3 et 14.4 du contrat de prêt, de réclamer le remboursement de sa créance.

L'appelante fait cependant valoir que ces clauses ne contiennent aucune restriction quant au montant à rembourser par l'emprunteur à l'instar de la clause 8.4. ci - dessus mentionnée. Elle soutient qu'il n'était pas dans l'intention des parties de considérer que le montant à rembourser serait dépendant d'une action du débiteur qui seul détient les informations sur la valeur des investissements et qui, ensemble avec le créancier, doit nommer un évaluateur. Elle est d'avis que c'est à tort que le tribunal a retenu que les clauses 14.1 et 14.4 se contenteraient de définir les cas d'ouverture d'une exigibilité anticipée du crédit et que la clause 14.11 décrirait les modalités d'exigibilité avant terme des sommes prêtées et non encore remboursées.

La société B qui admet que la créance produite par l'appelante est issue d'un prêt (même s'il ne s'agirait pas d'un prêt au sens classique du terme) admet encore son caractère exigible et certain, mais non pas son caractère liquide en ce que le quantum de la créance n'est pas déterminé.

Elle expose que le *facility agreement* conclu entre l'appelante et la société en faillite a résulté de la volonté de la société A d'éviter d'être l'associée de la société D et qu'elle voulait dès lors structurer son investissement par le biais d'un prêt dont le remboursement serait calqué sur les flux financiers revenant aux associés de la société D. Le prêt avait pour objet, par une technique contractuelle spécifique, de structurer la participation financière de A de la manière retenue par les parties et d'assurer qu'elle serait traitée de la même façon que les investisseurs associés de D (notamment les règles de remboursement reprises dans les clauses 7 et 8 du *facility agreement*). Les parties auraient donc convenu de certaines règles reprises dans l'article 8.4 du *facility agreement* pour remédier au fait qu'en tant que créancier, la société A fût privilégiée par rapport aux associés de D en cas de mesure d'assainissement (faillite, liquidation ou autre mesure analogue). C'est ainsi qu'après avoir rappelé le

principe selon lequel A ne peut recevoir un remboursement supérieur aux associés de D (*i.e.* les règles de remboursement détaillées aux clauses 7 et 8), l'article 8.4 du *facility agreement* stipule qu'en cas d'échéance accélérée du prêt (notamment en cas de faillite), il convient de simuler la liquidation totale des investissements du groupe pour déterminer la part du remboursement revenant à la société prêteuse A. Cette procédure requiert la nomination conjointe d'un expert pour fixer la valeur de marché des investissements n'ayant pas encore été liquidés. Cette procédure n'aurait été entamée ni par A, ni par D, de sorte qu'il serait impossible de déterminer le quantum de la créance de l'appelante A (conclusions du 9 janvier 2017)

La clause 14.11. invoquée à l'appui du moyen principal de l'appelante est de la teneur suivante :

*« Without limiting the generality of Clauses 6.1 – 6.4 (and without limiting any of the remedies available to the Lender thereunder), it is acknowledged and agreed that upon the occurrence of an Event of Default under Clauses 14.1, 14.2, 14.3, 14.4, 14.5, 14.7, 14.8 or 14.9 which is continuing after the expiration of a cure period of 15 Business Days, the Lender may, at its option, without mise en demeure or any other judicial or extra-judicial step, declare all Outstanding Advances, together with all accrued but unpaid interest thereon, to be immediately due and payable. It may also exercise any other remedies available to the Lender hereunder or under applicable law in such event (including, inter alia, the right to enforce any lien or security interest granted to the Lender as security for the payment and performance of the Borrower's obligations hereunder). »*

Cette clause permet au prêteur, dans les cas y spécifiés, de déclarer les *outstanding advances* immédiatement exigibles, un de ceux-ci consistant, en l'espèce, dans la mise en faillite de l'emprunteur, telle que prévue à l'article 14 alinéas 1 - 3. Elle permet au prêteur de déclarer exigible le montant redû au jour de la résiliation du contrat (cette résiliation est implicitement prévue, étant donné que les cas d'ouverture sont à assimiler à une échéance du terme).

Le quantum effectivement redû au prêteur est cependant à calculer selon les dispositions de l'article 8.4. du contrat de prêt qui prévoit le cas spécifique d'une échéance accélérée, due notamment à la déclaration de faillite de l'emprunteur.

Le moyen principal de l'appelante n'est donc pas fondé en ce que l'article 14.11 du contrat de prêt traite des cas donnant lieu à exigibilité immédiate des sommes avancées, mais ne se prononce pas sur le montant qui devra en définitive revenir au créancier-prêteur. L'article 14.11 doit être lu en combinaison avec l'article 8.4.

du *facility agreement* qui a trait aux modalités de la fixation du montant redu.

L'appelante conclut à titre subsidiaire à la nullité de l'article 8.4. du contrat de prêt en ce que cette disposition constituerait une clause purement potestative, étant donné que sa mise en œuvre dépendrait de la seule volonté de l'emprunteur. Elle soutient que si la nomination d'un évaluateur représentait une condition suspensive de remboursement du prêt, cette condition relèverait de l'article 1174 du Code civil.

L'article 8.4. est de la teneur suivante:

*« All Outstanding Advances, together with any accrued but unpaid interest thereon, shall be due and payable on the Final Maturity Date, or on any earlier maturity date to which the Final Maturity Date shall have been accelerated hereunder ; provided, however, that the Lender shall in no event be entitled to receive more, pursuant to this Clause 8.4, than it would have received if all the remaining Investments were sold for their respective fair market values on the Final Maturity Date and the proceed(s) of such sale(s) were distributed in accordance with Clauses 8.1-8.3 above. Without limiting the generality of the foregoing, investments that have not been sold by the Company as of the Final Maturity Date (or any such accelerated maturity date) shall be valued, by a qualified, licensed appraiser selected by the Lender and the Borrower, and, within 45 Business Days after the final Maturity Date (or any such accelerated maturity), the Borrower shall pay to the Lender an amount equal to the aggregate amount that would have been paid to the Lender, pursuant to Clauses 8.1-8.3 above, if (i) such Investments have been sold for their respective appraised fair market values and as of the Final Maturity date (or any such accelerated maturity), and (ii) the proceeds of such sale(s) had been distributed, on and as of the Final Maturity Date (or any such accelerated maturity), in accordance with Clauses 8.1-8.3 above.»*

Il n'est pas contesté par les parties que l'appelante est créancière de la société déclarée en état de faillite, la seule question qui reste concerne la fixation du montant de la créance.

Cette question est déterminante au vu du passage de la clause litigieuse qui dispose que *the Lender shall in no event be entitled to receive more, pursuant to this Clause 8.4, than it would have received if all the remaining Investments were sold for their respective fair market values on the Final Maturity Date and the proceed(s) of such sale(s) were distributed in accordance with Clauses 8.1-8.3 above.*

C'est donc la somme la moins élevée des deux qui devra revenir au prêteur.

Il n'y a jamais eu de condition suspensive stipulée à l'engagement de l'emprunteur. L'engagement de l'emprunteur de rembourser le prêt à une date déterminée était donc parfait dès l'ingrès.

Il ne saurait être question de clause potestative puisque celle-ci fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou l'autre des parties de faire arriver ou d'empêcher.

Etant donné que l'article 1174 du Code civil vise la convention, la clause potestative entraîne la nullité de celle-ci en entier. (JCL numérique, art.1304 à 1304-7, fasc.10, régime, novembre 2016, spéc. n° 26).

Ce qui est en cause en l'espèce est non pas l'obligation de l'emprunteur de rembourser le prêt, mais la fixation de son quantum selon les stipulations convenues entre parties.

C'est à tort que l'appelante soutient se trouver à la merci de l'emprunteur qui serait en droit de s'opposer à la nomination d'un expert évaluateur puisque celui-ci devrait être désigné d'un commun accord entre les parties.

Les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et doivent être exécutées de bonne foi. L'engagement des parties à désigner un évaluateur s'analyse en une obligation de faire qui en cas d'inexécution par une des parties peut faire l'objet d'une exécution forcée par l'autre. Celle-ci ne se trouve donc pas à la merci de la partie qui refuserait d'exécuter ce volet de la convention.

Il est à noter que l'appelante, qui réclame depuis 2014 le remboursement de sa créance et qui a été rendue attentive tant par l'intimée que par la société en faillite au fait que le recours à un tel évaluateur est la seule façon de procéder n'a jamais sollicité la désignation d'un commun accord d'un tel évaluateur, un refus de la société débitrice sinon du curateur opposé à une telle demande n'étant pas établi.

Le renvoi subsidiaire de l'appelante à l'article 1178 du Code civil qui dispose que la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement, est dans ces conditions hors de propos.

Le moyen de nullité de la clause potestative est à rejeter.

L'appelante A fait valoir à titre plus subsidiaire que le recours à un évaluateur serait inadapté à l'heure actuelle, vu que la valeur marchande des immeubles aurait dû être faite le 30 septembre 2013,

date à laquelle l'emprunt aurait dû être remboursé (*facility agreement*, article 1<sup>er</sup>, définitions, page 6, farde III de l'appelante).

S'il est vrai que l'appelante n'a pas immédiatement requis le remboursement à la date d'échéance, voulant laisser le temps à la société emprunteuse de se restructurer, ce qui semble s'être concrétisé dans la signature d'un accord moratoire du 27 février 2014, il ne ressort pas des pièces et il n'est d'ailleurs pas non plus soutenu que la date à prendre en considération devrait être postérieure au 30 septembre 2013. Cette possibilité de prorogation de la date de l'échéance du prêt est en effet prévue par l'article 1<sup>er</sup> du *facility agreement* qui dispose que la *final maturity date* est le 30 septembre 2013, *unless such date is extended with the prior written consent of the Parties*.

Les développements de l'appelante qui fait valoir que cette désignation de l'évaluateur aurait dû se faire dans les 45 jours ouvrables suivant la date d'échéance du prêt, délai déjà expiré au moment où l'appelante a mis l'intimée en demeure en avril 2014 de rembourser le prêt, suite à l'ineffectivité de l'accord moratoire, sont inopérants, étant donné que ce délai n'est pas contraignant et que les parties peuvent à tout moment désigner un évaluateur.

Le fait que l'article 8.5. du *facility agreement* oblige l'emprunteur à mettre à la disposition du prêteur tous documents utiles aux fins de voir déterminer la *fair market value* des immeubles à liquider de sorte que l'appelante se trouverait, selon elle, à la merci de l'intimée n'est à nouveau pas établi, étant donné une fois encore que l'appelante se projette dans l'avenir et qu'elle n'a pas établi que l'intimée voire le curateur ont l'intention de ne pas se conformer aux engagements y stipulés.

L'appelante rappelle enfin que l'emprunteur n'a jamais pris l'initiative de voir nommer un évaluateur. Elle admet ne pas l'avoir fait non plus, mais renvoie au fait qu'elle a signé un accord moratoire.

C'est en avril 2014 que l'appelante s'est rendu compte que les efforts de restructuration des dettes de la société entre-temps déclarée en faillite étaient vains, raison pour laquelle elle a dénoncé cet accord et mis l'emprunteur en demeure de rembourser le prêt. Rien ne l'aurait empêchée à ce moment de faire fruit de la disposition conventionnelle. C'est elle et non pas le curateur qui avait et a d'ailleurs toujours intérêt à voir déterminer le montant de sa créance.

Le moyen tiré de ce que le recours à un évaluateur serait inadapté à l'heure actuelle est donc à rejeter.

La société A soutient en dernier ordre de subsidiarité que le recours à un expert évaluateur est inutile, étant donné que la valeur

marchande des immeubles non encore liquidés en 2013 serait établie au regard des pièces versées.

Selon ses conclusions des 10 février et 2 novembre 2017, elle fait état du plan d'affaires de la société F, filiale directe de la société en faillite, établi le 27 février 2014 aux termes duquel au 31 décembre 2013, les distributions totales revenant à la société A s'élevaient à la somme de 14.139.000 €.

L'appelante a réduit en ordre subsidiaire la créance qu'elle entend voir admettre au passif de la masse de la faillite audit montant.

La Cour retranscrit l'argumentation de l'intimée B pour s'opposer à cette demande.

*« De plus, sous le point 1 (§3 & 4) de son dernier écrit, la partie adverse conclut, en dépit du bon sens, que dans le plan d'affaires versé sous la pièce 1 Arendt B « avait elle-même reconnu sur base des informations recensées [...] que la créance était de 14.139.000 EUR », quod non.*

*Les explications de la partie adverse à ce sujet ne sont pas pertinentes et sa conclusion erronée.*

*Le total de EUR 14.139.000,- (soit la somme des montants repris sous la ligne « Total Cerberus » à la page 12) correspond à 25% des distributions attendues au cours de l'année 2014, ce qui équivaut à 25% de la somme des montants repris dans la rangée « F Flows », à savoir EUR 61.915.000,-.*

*S'agissant d'un plan d'affaires, le montant des distributions attendues ne peut être considéré comme certain. Il n'est qu'estimatif.*

*Ce montant de EUR 61.915.000 correspond à la différence entre (i) la valorisation des actifs effectuée par un expert immobilier externe (Crédit Foncier Immobilier) au 31 décembre 2013, et (ii) tous les passifs du fonds F représentés principalement par les dettes bancaires contractées lors de l'acquisition des immeubles.*

*Une distribution totale à hauteur du montant estimée pour l'année 2014 à EUR 61.915.000,- ne pouvait bien évidemment être réalisée qu'en cas de vente de l'intégralité des actifs du fonds F et bien sûr au prix mentionné dans les expertises.*

*Or, entre la valorisation des actifs par l'expert et les prix de vente réalisés, d'importants écarts peuvent apparaître. En l'espèce, on notera les différences les plus significatives pour les actifs (i) d'Orly évalué par Crédit Foncier Expertise à EUR 17.310k et finalement vendu à EUR 9.300 k, Médiacité évalué à EUR 16.000k mais vendu*

à EUR 13.400k. De manière générale, les actifs ont été vendus à des prix largement inférieurs aux expertises du 31 décembre 2013.

*Au risque de se répéter, il découle de ces explications que l'expertise préconisée par l'article 8.4 du Facility Agreement est donc à l'heure actuelle la seule et unique méthode pour déterminer le montant de la créance de A. » (conclusions du 11 janvier 2008)*

Il y a lieu tout d'abord de préciser la structure du groupe.

Il découle des explications concordantes des parties, ensemble les pièces versées, que la société D en faillite est (était) une structure d'investissements en capitaux privés qui, par le biais de maintes sociétés intermédiaires, détient des propriétés immobilières en France et participe au financement de propriétés immobilières en Belgique. Elle recueille les investisseurs de la structure et détient le groupe par ses deux filiales, à savoir la société à responsabilité limitée F et la société en commandite par actions F. Les investissements immobiliers sous-jacents sont donc détenus par la société en faillite via ses deux filiales.

L'argument de l'intimée ... qu'il ne s'agit que d'un plan d'affaires estimatif et que le montant des dividendes ne peut être considéré comme certain est à rejeter. Il ressort bien plus qu'à cette date, et au regard de l'actif et du passif de la société emprunteuse, la prêteuse A aurait eu droit au quart de l'actif net, soit la créance dont l'appelante fait actuellement état.

Que cette prévision repose sur une estimation des immeubles n'y change rien. Cette estimation a été réalisée avec valeur au 31 décembre 2013 par un expert immobilier externe. Il faut admettre que cette estimation réalisée par le Crédit Foncier Immobilier était sérieuse et juste. Elle reflète partant la valeur de marché des immeubles à cette date, aucune des parties n'ayant en effet remis en cause l'exactitude de ladite estimation. La Cour ne voit pas en quoi une estimation faite en 2018 serait plus pertinente que celle faite à l'époque où elle aurait, selon l'article 8.4. du *facility agreement*, dû être faite.

Que les chiffres estimés n'aient quant à différents immeubles pas été atteints lors de la vente subséquente ( la Cour prend acte des prix mentionnés par l'intimée, mais ceux-ci ne résultent pas des pièces versées, notamment des conditions dans lesquelles elles ont été réalisées) n'est pas de nature à ôter toute valeur à l'estimation faite.

D'ailleurs, l'article 8.4., lu en combinaison avec les articles 8.1. à 8.3. prévoient la « *simulation de la liquidation du portefeuille afin de déterminer quelles auraient été les distributions aux investisseurs*

*associés pour ensuite déterminer la créance résiduelle de A »*  
(conclusions Arendt & Medernach du 3 août 2017, point 7).

La Cour tient donc compte de l'estimation des immeubles faite fin décembre 2013 et des calculs présentés par la filiale de D (qui tiennent entre autres compte des dettes grevant l'actif immobilier) et fixe la créance de la société A à admettre au passif chirographaire de la faillite à la somme de 14.139.000 €.

L'appel est fondé quant à ce volet.

Les demandes des intimées en allocation d'une indemnité de procédure sont à rejeter, vu qu'elles succombent dans leurs prétentions.

### **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,

reçoit l'appel,

le dit partiellement fondé,

#### **réformant**

admet la créance de la société constituée selon le droit de l'Etat du Delaware A, inscrite au tableau des créanciers sous le numéro 4, pour le montant de 14.139.000 € au passif chirographaire de la masse de la faillite de la société à responsabilité limitée D,

**confirme** le jugement pour le surplus,

rejette les demandes en indemnité de procédure,

met les frais liés à la déclaration de créance numéro 4 à charge de la masse de la faillite.