

## **Arrêt N° 74/21 IV-COM**

Audience publique du huit juin deux mille vingt-et-un

Numéro CAL-2020-00365 du rôle

### Composition:

Marie-Laure MEYER, président de chambre;  
Carole BESCH, conseiller;  
Nathalie HILGERT, conseiller;  
Eric VILVENS, greffier.

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

**la société anonyme A**, établie et ayant son siège social à, représentée par son conseil d'administration, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro,

**appelante** aux termes d'un acte de l'huissier de justice Frank Schaal de Luxembourg du 20 mars 2020,

comparant par la société à responsabilité limitée E2M, inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-2419 Luxembourg, 2, rue du Fort Rheinsheim, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 210821, représentée par Maître Max Mailliet, avocat à la Cour,

### **e t**

**1) la société à responsabilité limitée B**, établie et ayant son siège social à, représentée par son gérant, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro,

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

comparant par la société à responsabilité limitée Loyens & Loeff Luxembourg, établie à L-2540 Luxembourg, 18-20, rue Edward Steichen, inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, représentée par son conseil de gérance, représentée par Maître Véronique Hoffeld, avocat à la Cour.

**2) 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 C et de représentant de la masse des créanciers de cette faillite, établie et ayant son siège social à, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro, déclarée en état de faillite par jugement rendu par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 23 décembre 2013,

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

comparant par Maître Pierre Hurt, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**3) la société de droit italien D**, établie et ayant son siège social à, représentée par son représentant social, ayant le code fiscal,

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

comparant par Maître Amélie Bagnès, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**4) la société de droit des Iles Vierges Britanniques E**, établie et ayant son siège social à, représentée par son board of directors, immatriculée au « Register of Companies » des Iles Vierges Britanniques sous le numéro,

comparant par la société en commandite simple Kleyr Grasso, établie à L-2361 Strassen, 7, rue des Primeurs, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 220509, inscrite sur la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, qui est constituée et en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée par son gérant Kleyr Grasso GP sàrl, établie à la même adresse, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 220442, représentée par Maître Pascal Sassel, avocat à la Cour.

## **LA COUR D'APPEL**

### **Faits et rétroactes**

La société anonyme C (ci-après « C ») a été déclarée en état de faillite par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 23 décembre 2013 sur base d'une assignation lancée par la société de droit des Iles Vierges Britanniques E (ci-après « E »). Maître Alain RUKAVINA en a été nommé curateur.

Par jugement n°11/16 du 6 janvier 2016 du tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale, le curateur a été

autorisé à vendre à la société à responsabilité limitée B (ci-après « B ») (i) la participation de 99,985 %, représentée par 19 997 actions, au capital de la société anonyme monégasque F, la participation de 100 % au capital de la société de droit italien G SRL, ainsi que la propriété de la marque déposée « C » et de certains noms commerciaux associés, le tout selon le mode et les conditions contenus dans un contrat de vente du 5 novembre 2015 et (ii) une créance de 4.747.100 euros de la société faillie sur la société F selon le mode et les conditions contenus dans un contrat de cession de créance conclu le 5 novembre 2015. Ledit jugement a ordonné au curateur de rendre compte au juge-commissaire sur le produit de la vente endéans les deux mois.

Par jugement n°12/16 du 6 janvier 2016, le tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale, a déclaré irrecevable la demande d'E à voir dire que son offre 1 de surenchère est économiquement plus avantageuse pour la faillite et pour la masse que l'offre remise par B le 24 juillet 2015, que le curateur est tenu de retenir son offre 1 et de lui vendre les actifs de la faillite et qu'il n'est pas dans l'intérêt de la faillite et de la masse des créanciers d'accepter et d'autoriser une vente avec B et finalement à déclarer le jugement commun à B.

L'appel interjeté par la société E contre le jugement n°11/16 du 6 janvier 2016 a été vidé par un arrêt de la Cour d'appel du 5 avril 2017. La Cour a retenu que dans la mesure où, suivant l'article 465 point 3 du Code de commerce, un jugement autorisant la vente des effets de la faillite n'est pas appellable, l'appel interjeté contre le jugement du 6 janvier 2016 que l'appelante a qualifié d'appel-nullité est irrecevable.

Les contrats de vente et de cession des actifs de la faillite de C ont été exécutés par le curateur avec l'accord du juge-commissaire en date du 5 avril 2019.

### **1<sup>ère</sup> instance**

Par acte d'huissier du 29 octobre 2018, la société anonyme A LUX (ci-après « A ») a fait donner assignation à la société B et à Maître Alain RUKAVINA, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de C et de représentant de la masse des créanciers de cette faillite, pour voir dire et juger qu'elle est fondée à exercer une action oblique ; pour voir prononcer la caducité sinon la résolution du contrat de vente du 5 novembre 2015 et pour voir constater que l'offre faite par E le 21 avril 2017 est manifestement supérieure respectivement la plus avantageuse économiquement ; partant enjoindre, à titre principal, au curateur d'accepter l'offre d'E et de vendre à cette dernière les actifs de la société faillie de gré à gré, sinon subsidiairement de procéder à leur vente dans le cadre d'un nouvel appel d'offres.

Par acte d'huissier du 24 juin 2019, la société A a mis en intervention la société de droit italien D SRL (ci-après « D ») aux fins de voir prononcer la caducité sinon la résolution de la cession de la marque « C » intervenue en faveur de la défenderesse en intervention, ainsi que de la condamner au paiement d'une indemnité de procédure de 2.500 euros.

Par exploit d'huissier du 7 août 2019 E fut mise en intervention dans le litige aux fins de s'entendre déclarer commun le jugement à intervenir.

Par jugement du 22 janvier 2020, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, a déclaré l'action oblique irrecevable, a dit les demandes respectives des parties en allocation d'une indemnité de procédure non fondées, a déclaré le jugement commun à E et condamné A aux frais et dépens de l'instance.

Pour statuer ainsi, le tribunal a analysé le moyen de la recevabilité de l'action oblique au regard de la faillite de la société C soulevé par les parties défenderesses au principal et en intervention et a retenu que l'exercice de l'action oblique suppose que l'on se trouve en présence d'un débiteur négligent ; que quand le curateur exerce les droits et actions du débiteur, il représente certes ce dernier, mais il le représente dans l'intérêt de la masse des créanciers et pour leur compte. Le tribunal a dit que dans l'hypothèse où, comme en l'espèce, un manque de diligences est reproché au mandataire judiciaire lui-même, le créancier ne peut se substituer à ce dernier et agir par la voie oblique.

## **L'appel**

De ce jugement, qui lui a été signifié le 12 février 2020, la société A a relevé appel par exploit d'huissier du 20 mars 2020.

### Les moyens de A

A demande à la Cour de déclarer son action oblique fondée et en conséquence de prononcer la caducité sinon la résolution du contrat de vente conclu entre C et B, de voir constater que l'offre faite par E le 21 avril 2017 est manifestement supérieure, respectivement la plus avantageuse économiquement et partant d'enjoindre, à titre principal, au curateur d'accepter l'offre d'E et ainsi de vendre à cette dernière les actifs de la société faillie de gré à gré, sinon subsidiairement de procéder à leur vente dans le cadre d'un nouvel appel d'offres. Elle sollicite en outre la décharge de toute condamnation intervenue à son encontre.

A la base de son appel, A réitère les arguments développés en première instance tendant au constat de la caducité du contrat de

vente et à voir dire que son action oblique est recevable. Elle fait grief au tribunal d'avoir retenu qu'en vertu du principe de la suspension des poursuites individuelles, sa demande était irrecevable. Elle avance que ce principe n'est pas absolu et que si le dessaisissement du débiteur vise à protéger les intérêts des créanciers existants rassemblés au sein d'une masse et notamment l'égalité des créanciers, sa demande ne fait pas créer à son profit un droit au détriment de la masse mais tend à réaliser l'actif à un prix supérieur, et que partant elle agit dans le strict intérêt de la masse. Elle ajoute qu'elle n'agit pas individuellement contre le débiteur failli, mais exerce, au nom de son débiteur, les droits et actions de celui-ci, lorsque le débiteur, au préjudice du créancier refuse ou néglige de les exercer.

Elle estime encore que toutes les conditions liées à l'action oblique sont réunies en l'espèce. Ainsi elle serait créancière de la société C ; il y aurait eu inaction du débiteur, concrétisé dans le fait que le curateur a été négligent de faire valoir les droits qu'il détient à l'encontre de tiers découlant du contrat de vente. Cette inaction du débiteur lui aurait causé un préjudice de sorte qu'elle prétend avoir un intérêt sérieux et légitime à exercer son action.

Dans ses conclusions du 5 février 2021, elle soulève l'irrecevabilité des prétentions adverses en vertu du principe de l'estoppel et elle estime que les intimées ont violé ce principe lorsqu'elles essaient de faire échec à son action en invoquant d'une part que C est en faillite et d'autre part que cette action est née de la faillite.

Quant au moyen tiré de la tardiveté de l'appel, elle estime que le simple fait que le curateur soit assigné dans cette qualité n'est pas suffisant pour retenir que sa demande trouve sa source directement dans la faillite. En l'espèce, sa demande tendrait à la caducité et à la résolution d'un contrat de vente, cette demande ne découlerait en rien d'une procédure de faillite, la vente d'actifs d'une société existant même en dehors d'une procédure de faillite. L'action oblique ne serait pas non plus un mécanisme propre à la faillite. Il serait encore erroné d'arguer que son action viserait à remettre en cause le jugement n°11/16 du 6 janvier 2016 ayant donné autorisation de vendre au curateur. Il n'y aurait pas non plus lieu de procéder par analogie par rapport à l'action intentée par E le 3 juillet 2017, laquelle visait à faire déclarer périmée et caduque l'autorisation de vendre, les deux actions n'étant pas comparables, alors que son action ne viserait pas à attaquer l'autorisation de vendre.

A réfute l'argument tiré de la demande nouvelle soulevé par D et le curateur au motif qu'elle avait en première instance dans le cadre de son assignation en intervention dirigée contre D demandé à voir prononcer la caducité sinon la résolution de la cession de la marque « C » intervenue en faveur de D. Son appel n'aurait pas été limité et viserait dès lors l'intégralité de ses demandes faites en première instance.

L'appelante soulève en outre l'irrecevabilité de la demande de B en remboursement des honoraires d'avocat au motif qu'elle constitue une demande nouvelle. Cette demande serait encore non fondée motif pris que son action n'aurait aucun caractère abusif.

Elle conteste enfin toutes les demandes en paiement d'une indemnité de procédure.

#### Les moyens d'E

E se rapporte à prudence de justice pour ce qui est de la recevabilité de l'appel.

Quant au fond, elle demande acte qu'elle soutient les demandes de A. Elle fait valoir qu'elle est de loin le plus important créancier chirographaire et qu'elle dispose d'une créance admise au passif chirographaire de la faillite pour un montant de 30.160.0000 euros.

Elle rejoint la thèse soutenue par A et argue que le curateur n'a pas agi au mieux des intérêts de la masse des créanciers, étant donné qu'il a exécuté le contrat de vente et le contrat de cession nonobstant le fait que les conditions suspensives n'étaient pas remplies, qu'il a totalement fait fi de son offre inconditionnelle du 21 avril 2017 qui aurait permis aux créanciers de toucher un dividende beaucoup plus important. Selon elle, suite au rejet, respectivement à la réduction par la Cour d'appel de différentes déclarations de créances, la nouvelle valeur des renoncations est sortie du cadre délimité circonscrit par les juges pour la vente des actifs de sorte que le contrat de vente a perdu une partie de son objet et de sa cause et qu'il est devenu caduc. Elle ajoute que les modalités de paiement du prix prévu au contrat de vente font état d'une clause de validité des chèques émis par B et qu'il s'est avéré que les chèques avaient tous expirés et n'ont jamais été encaissés par le curateur.

Elle relève que rien n'avait empêché ni le curateur ni B d'exécuter le contrat de vente tout de suite après le jugement lui donnant autorisation de vente. Elle demande partant à ce qu'il soit statué conformément au dispositif de l'acte d'appel du 20 mars 2020.

#### Les moyens du curateur

Maître Alain RUKAVINA conteste avoir modifié sa position de façon à être en incohérence dans ses propos. Il soutient que l'action de A s'analyse en une action née de la faillite, ce qui n'empêcherait pas que l'action oblique soit irrecevable également en raison de certaines règles propres au droit de la faillite.

Il conclut à l'irrecevabilité de l'appel introduit par A au motif que le jugement a statué sur une action née de la faillite et qu'en application

de l'article 465 du Code de commerce le délai d'appel est de quinze jours, courant en l'espèce à partir de la signification du jugement le 12 février 2020, de sorte que l'appel du 20 mars 2020 a été interjeté en dehors de ce délai. Il se réfère à une décision de la Cour du 4 décembre 2019 qui selon lui s'inscrivait dans le même contexte factuel et juridique. Le curateur soutient que l'action de A tend à obtenir la caducité sinon la résolution du contrat de vente et à enjoindre au curateur d'accepter l'offre faite par E et ainsi de vendre à cette dernière les actifs de la société faillie de gré à gré, sinon subsidiairement, de procéder à leur vente dans le cadre d'un nouvel appel d'offres. Cette action aurait, tout comme celle d'E, tranchée par arrêt du 4 décembre 2019, pour finalité d'empêcher la cession des actifs de la faillie telle qu'autorisée par le tribunal.

Le curateur soulève en outre l'irrecevabilité de l'action pour défaut d'intérêt à agir dans le chef de l'appelante. A n'agirait pas pour son propre compte mais pour la masse des créanciers dans son ensemble. La caducité, sinon la résolution du contrat de vente et l'acceptation de l'offre d'E n'aurait par ailleurs aucune conséquence positive pour A et ne modifierait en rien sa situation de créancier de rang inférieur. L'appelante resterait dès lors en défaut de justifier que son action est de nature à lui profiter à titre personnel.

Le curateur soulève ensuite l'irrecevabilité de la demande tendant à la nullité du contrat conclu entre la société D et B au motif qu'elle constitue une demande nouvelle prohibée en instance d'appel.

Quant au fond, le jugement serait à confirmer en ce qu'il a déclaré l'action oblique irrecevable. Selon le curateur, l'action oblique signifie exercer une action au nom et pour le compte de son débiteur. Or, dès le prononcé de la faillite, seul le curateur est autorisé, par la loi, à agir au nom et pour le compte du failli et que par conséquent l'action oblique est paralysée.

Le curateur ajoute que la condition essentielle de mise en œuvre de l'action oblique, réside dans la carence du débiteur d'exercer ses droits vis-à-vis des tiers. Or, un débiteur en faillite, dessaisi de l'administration de tous ses biens par l'effet de la loi, ne peut se voir reprocher une inertie ou une carence. Cette décision est justifiée par le principe de la suspension des poursuites.

L'action oblique serait encore irrecevable au motif que les conditions de pur droit civil concernant l'exercice de cette action ne seraient pas réunies en l'espèce. A n'aurait aucune légitimité pour remettre en cause ce qui a été contractuellement convenu entre parties. Le curateur explique à cet égard que les conditions prévues au contrat de vente n'ont pas défailli et ont toutes été respectées dans les délais entre parties. La vente étant parfaite et le transfert de propriété de l'objet vendu s'étant fait et le prix de vente ayant été réglé entretemps. Il serait encore inconcevable pour un créancier de forcer

son débiteur à vendre des actifs de son patrimoine, de sorte que la demande serait encore irrecevable à ce titre.

### Les moyens de B

B soulève l'irrecevabilité de l'appel sur base de l'article 465 du Code civil. L'appel de A viserait à déclarer la caducité du contrat de vente des actifs de la faillite de C conclu entre le curateur et B, autorisé par le tribunal d'arrondissement le 6 janvier 2016, à voir accepter une autre offre respectivement à ordonner au curateur de lancer un nouvel appel d'offres pour l'acquisition des actifs.

Selon elle, l'appel concerne une action née de la faillite, étant donné que le litige vise manifestement à empêcher la vente des actifs de la faillite telle qu'autorisée par le tribunal. Le contrat de vente des actifs n'aurait pas été conclu par le curateur en l'absence de faillite de C, ce contrat était expressément soumis à l'autorisation du tribunal d'arrondissement en vertu de l'article 477 du Code de commerce.

B conteste que son moyen d'irrecevabilité de l'appel constituerait une violation du principe de l'estoppel.

Elle conclut à la confirmation du jugement en ce que l'action de A a été déclarée irrecevable. Le principe de la suspension des poursuites individuelles ferait obstacle à l'exercice d'une action oblique en présence d'un débiteur failli.

A titre subsidiaire, elle estime que A ne remplit pas les conditions pour intenter une action oblique si bien que sa demande doit être déclarée non fondée. Elle conteste que le contrat de vente des actifs soit caduc et demande le rejet de la demande en résolution du contrat de vente des actifs du 5 novembre 2015.

En ce qui concerne la demande en nullité du contrat de cession, il s'agirait d'une demande nouvelle prohibée formulée pour la première fois dans les conclusions d'appel du 14 septembre 2020.

Elle s'oppose à ce que l'offre d'E du 21 avril 2017 puisse être acceptée par le curateur au motif que cette offre a été faite hors délai et en violation des modalités de vente des actifs. La vente des actifs s'étant réalisée conformément au contrat approuvé par le tribunal, la demande visant à enjoindre le curateur de lancer un nouvel appel d'offres n'est pas non plus fondée.

Elle demande par réformation du jugement entrepris la condamnation de A à lui payer une indemnité de procédure de 5.000 euros pour la première instance. Elle sollicite en outre une indemnité de procédure de 10.000 euros pour l'instance d'appel ainsi que la condamnation de l'appelante à lui payer la somme de 25.000 euros en remboursement des frais et honoraires d'avocat.

## Les moyens de D

D soulève l'irrecevabilité de l'appel pour cause de tardiveté, l'action constituant une action née de la faillite. Contrairement à l'argumentation de A le contrat de vente visé par la demande de caducité, respectivement de résolution, ne constitue pas une simple vente, mais constitue une vente découlant de l'autorisation du tribunal en application de l'article 477 du Code de commerce, de sorte que cette action constitue une action née de la faillite.

A titre subsidiaire, D conclut à la confirmation du jugement en ce que le tribunal a déclaré l'action oblique irrecevable en vertu de la suspension des poursuites.

A titre subsidiaire, les conditions de l'action oblique ne seraient pas remplies au motif que d'une part la créance de la société faillie envers B n'était pas encore exigible au jour de l'introduction de l'action oblique, que d'autre part, aucune carence ne saurait être reprochée au curateur et que finalement, A resterait en défaut de justifier avoir subi un préjudice et partant de justifier d'un intérêt à agir.

En tout état de cause, D fait valoir que c'est à juste titre que les premiers juges n'ont pas prononcé la caducité sinon la résolution du contrat de vente des actifs de la cession de la marque « C », la notification par le curateur de la décision d'autorisation de vendre n'était enfermée dans aucun délai de sorte que la deuxième condition était toujours réalisable au jour de l'introduction de la demande de A. La vente s'étant entretemps réalisée, de sorte que l'appelante serait à débouter de ses demandes de caducité sinon de résolution de la vente.

Elle soulève en outre l'irrecevabilité de la demande en nullité de la cession de la marque « C », cette demande ayant été présentée pour la première fois en instance d'appel par conclusions du 14 septembre 2020. Cette demande serait encore non fondée au motif que A n'a aucune qualité pour demander la nullité du contrat en tant que tiers à ce contrat.

Elle conteste encore la demande relative à l'offre d'E du 21 avril 2017 au motif que cette offre a été présentée hors délai et n'est dès lors pas conforme aux modalités de vente des actifs établies par le curateur.

La vente ayant été réalisée elle conclut au débouté de la demande tendant à enjoindre au curateur de lancer un nouvel appel d'offres.

Elle demande par réformation du jugement entrepris la condamnation de A à lui payer une indemnité de procédure de 2.500 euros pour la première instance et demande une indemnité de procédure de 5.000 euros pour l'instance d'appel.

## Appréciation

Le curateur, B et D ont soulevé l'irrecevabilité de l'appel pour tardiveté en se basant sur de l'article 465 du Code de commerce.

La société A a soulevé in limine litis l'irrecevabilité des prétentions adverses sur base du principe de l'estoppel. Elle estime qu'il est « surprenant que les parties adverses arguent désormais que l'action dont question serait une action née de la faillite, alors que jusqu'à présent celles-ci demandaient à voir déclarer irrecevable l'action en raison justement de la faillite. En effet jusqu'ici, prétendument, l'action de l'appelante était impossible selon les intimées en raison de la faillite, l'action oblique ne pouvant pas être exercée dans le cadre d'une faillite, selon elles. Pour autant, retournement de situation, l'action oblique devient, dans le cadre de la procédure d'appel, une action découlant directement de la faillite ».

La fin de non-recevoir spéciale, d'origine anglo-saxonne, connue sous le nom d'estoppel interdit aux contractants de se contredire au détriment d'autrui.

L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui a également fait son entrée en droit luxembourgeois. Ainsi, selon la jurisprudence, chacun doit être cohérent avec lui-même et un plaideur ne peut pas soutenir successivement deux positions incompatibles, sinon son action en justice sera rejetée. Le concept a été repris par la Cour de cassation luxembourgeoise, qui en fait application au regard des moyens de cassation produits dans le cadre du pourvoi en cassation (cf. Cour de cassation, 18 juin 2015, arrêt n° 53/15).

Même si dans les pays de common law l'estoppel n'est pas une notion uniforme, elle y obéit à des conditions d'application précises et sert à empêcher celui qui, par ses paroles ou son comportement, a créé une apparence trompeuse, de contredire cette apparence dès lors qu'elle a servi de base à l'action d'un partenaire ou d'un tiers. Il faut donc non seulement qu'une personne dise puis se contredise, mais encore qu'une autre personne ait modifié sa position en raison de cette apparence trompeuse (cf. Cass. fr. ass. plén. 27 févr. 2009 n° 07-19.841, note Pierre Callé).

Pour que la théorie de l'estoppel s'applique, le comportement critiqué doit être de nature à tromper les attentes légitimes de l'adversaire, partant, en d'autres mots, à l'induire en erreur (cf. Cour d'appel, 9 janvier 2019, numéro du rôle 45277).

Grâce à elle, on annihile le comportement incohérent de celui qui cherche à remettre en cause devant les tribunaux une situation qu'il a lui-même provoquée.

D'ailleurs, la qualification de « fin de non-recevoir » est tout à fait justifiée. C'est bien l'action qui est en cause. Le demandeur se contredisant au détriment d'autrui n'a pas le droit de demander au juge à ce qu'il soit statué sur le bien-fondé de sa prétention. La fin de non-recevoir sanctionnant l'action, on comprend alors pourquoi ce moyen de défense ne peut être opposé qu'à des prétentions contradictoires. Comme l'indique N. Cayrol (cf. Rép. Dalloz procédure civile, V° Action en justice, n° 244), ce principe ne peut être invoqué lorsqu'il y a contradictions entre différentes allégations d'un plaideur au cours d'un même procès (V. n° 53), ou encore lorsqu'une allégation est en contradiction avec une prétention (cf. Cass. com., 10 févr. 2015, n° 13-28.262, FS P+B : JurisData n° 2015-002261 ; JCP G 2016, 470, obs. N. Fricero ; RTD civ. 2015, p. 452, obs. N. Cayrol).

L'estoppel ne saurait être utilisé pour empêcher toutes les initiatives des parties et porter atteinte au principe de la liberté de la défense, ni affecter la substance même des droits réclamés par un plaideur, en demandant au juge de devenir le censeur de tous les moyens et arguments des parties (cf. Cour d'appel, 27 mars 2014, numéro du rôle 37018 ; Cour d'appel, 10 janvier 2018, numéro du rôle 39056 ; Cour d'appel, 9 janvier 2019, numéro du rôle 45277). Le débat judiciaire est tel qu'en fonction de l'évolution de l'instance de nouveaux faits surgissent, de nouvelles preuves sont apportées et de nouveaux moyens sont proposés. Il est donc permis aux parties de changer de point de vue, d'angle d'attaque, de stratégie de défense (cf. Th. Hoscheit, Le droit judiciaire privé, 2ième éd., n° 611).

La jurisprudence luxembourgeoise, à l'instar de la jurisprudence française, accorde d'ailleurs aux parties la possibilité de se contredire en appel. Un nouveau moyen de défense au fond peut être invoqué en appel quand bien même il serait en totale contradiction avec un moyen de défense développé en première instance, et ce en dépit de l'obligation de ne pas se contredire.

Cette possibilité accordée aux parties de se « contredire » résulte implicitement de l'article 592 du Nouveau Code de procédure civile et de l'effet dévolutif de l'appel : il n'existe en appel pas de restriction à la présentation de nouveaux moyens de droit et de fait ou de nouveaux éléments de preuve.

Cette solution n'est par ailleurs nullement en contradiction avec l'arrêt d'assemblée plénière de la Cour de cassation française du 27 février 2009 ayant admis le principe selon lequel il n'est pas possible de se contredire au détriment d'autrui. La sanction de ce principe étant la fin de non-recevoir, celle-ci ne peut être opposée qu'aux demandes et non aux simples moyens de défenses. Les fins de non-recevoir sont en effet la sanction du défaut de droit d'agir. Or, lorsqu'il exprime un moyen de défense au fond, le défendeur n'exerce pas une action (cf. JurisClasseur, Procédure civile, Fasc. 600-30 : MOYENS DE DÉFENSE - Généralités).

Le curateur, B et D peuvent donc invoquer de nouveaux moyens de défense en instance d'appel et en particulier ils peuvent invoquer la tardiveté de l'appel, moyen par ailleurs d'ordre public.

Aux termes de l'article 465 du Code commerce « tout jugement rendu en matière de faillite est exécutoire par provision ; le délai ordinaire pour en interjeter appel n'est que de quinze jours à compter de la signification ».

Le délai d'appel de quinze jours ne s'applique que lorsque le jugement entrepris a statué sur une action née de la faillite, donc une action qui n'aurait pas pu être intentée sans la faillite (cf. Cour d'appel, 19 novembre 2003, Pas. 32, p. 430; Cour d'appel, 24 avril 1985, Pas. 26, p.345).

En l'espèce, l'appelante conteste que le présent litige tombe dans le champ d'application de l'article 465 du Code de commerce au motif que sa demande en caducité sinon en résolution d'un contrat de vente ne découle en rien d'une procédure de faillite. Ces demandes, fondées sur les dispositions du Code civil auraient pu surgir en dehors de toute faillite de C et ne trouveraient pas leur source, leur principe et leur fondement dans la législation de la faillite. L'action oblique ne serait en aucun cas un mécanisme propre à la faillite. Elle conteste encore que son action vise à remettre en cause le jugement d'autorisation de la vente du 6 janvier 2016.

La demande introduite par A constitue une action oblique tendant à prononcer la caducité sinon la résolution du contrat de vente conclu entre le curateur de C et B, à constater que l'offre faite par E le 21 avril 2017 est manifestement supérieure respectivement la plus avantageuse économiquement et d'enjoindre à titre principal au curateur d'accepter cette offre et de vendre à cette dernière les actifs de la société faillie de gré à gré sinon subsidiairement de procéder à leur vente dans le cadre d'un nouvel appel d'offres.

L'action oblique permet au créancier d'exercer ces droits et actions à la place de son débiteur, afin de reconstituer le patrimoine de ce dernier et de rendre ainsi efficace l'exercice subséquent ou concomitant de voies d'exécution à son encontre.

Le créancier agissant à la place de son débiteur, en l'occurrence C, il échet de voir si la demande de caducité, respectivement en résolution du contrat de vente conclu entre C et B relève d'une action née de la faillite.

Rentrent dans le champ d'application de l'article 465 du Code de commerce, les appels relatifs à des actions qui trouvent leur fondement dans la législation particulière de la faillite. Une action est considérée comme née de la faillite, soit qu'elle est née de l'état de la faillite, soit qu'elle a trouvé sa source, son principe ou son fondement dans la législation de la faillite, soit qu'elle se rattache directement à

la procédure qui en est la conséquence (cf. Cour d'appel, 12 juillet 1965, Pas. 20, p.30). Sont nées de la faillite les litiges trouvant leur source dans la loi sur les faillites ou dans les dispositions d'autres lois établissant des règles particulières pour le cas de faillite (cf. Les Nouvelles, n° 2652).

Les actions de droit commun, celles dont la faillite n'a été que l'occasion, celles qui eussent pu naître en dehors de l'état de faillite du débiteur, celles qui s'appuient sur un droit qui n'est pas instauré ou organisé spécialement par la loi des faillites continuent d'être régies par les règles ordinaires (cf. Les Nouvelles, n° 2652).

L'article 465 du Code de commerce ne s'applique pas au jugement qui a statué sur des contestations qui, bien que nées au cours de la faillite et intéressant la masse de la faillite, ont une cause étrangère à la législation sur les faillites et auraient pu naître indépendamment de la faillite.

Selon la jurisprudence belge, « un jugement rendu en matière de faillite doit s'entendre de tout jugement qui statue sur des actions et contestations qui découlent directement des faillites et dont les éléments de solution résident dans le droit particulier qui concerne le régime des faillites » et « l'article 465 n'est pas applicable aux jugements qui, même partiellement, statuent sur des contestations fondées principalement sur une cause indépendante de la faillite, de telle sorte que celle-ci n'exerce aucune incidence juridique sur la solution du litige » (cf. Cour de cassation belge, (1re ch), 27 février 1997, J.T. 1997, p. 409; Cour de cassation belge, (1re ch), 11 juin 1993; Cour de cassation belge, (1re ch), 18 juin 1992).

Les actions concernant la réalisation des biens de la masse sont des actions nées de la faillite chaque fois qu'elles se rattachent à une disposition particulière de la loi des faillites (cf. Les Nouvelles, n° 2655).

En l'espèce, le contrat litigieux du 5 novembre 2015 a été conclu par le curateur sous les conditions suivantes (article 2 du Contrat) : (i) de l'obtention au plus tard le 29 février 2016 de l'autorisation de la présente vente par le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg siégeant en matière commerciale [...] et (ii) de la remise au curateur – endéans les dix jours ouvrables qui suivent la notification de ladite autorisation du Tribunal par le Vendeur à l'Acheteur par facsimile – des renonciations aux créances et les retraits des déclarations de créances auprès du greffe suivant les actes de renonciations définitifs et irrévocables [...]

Par jugement du 6 janvier 2016, le curateur a été autorisé à vendre à la société à responsabilité limitée B (i) la participation de 99,985 %, représentée par 19 997 actions, au capital de la société anonyme monégasque F, la participation de 100 % au capital de la société de droit italien G SRL, ainsi que la propriété de la marque déposée « C » et de certains noms commerciaux associés, le tout selon le mode et

les conditions contenus dans un contrat de vente du 5 novembre 2015 et (ii) une créance de 4.747.100 euros de la société faillie sur la société F selon le mode et les conditions contenus dans un contrat de cession de créance conclu le 5 novembre 2015. Ledit jugement a ordonné au curateur de rendre compte au juge-commissaire sur le produit de la vente endéans les deux mois.

Il résulte du contrat de vente qu'il a été conclu sous la condition suspensive de l'autorisation de vendre par le tribunal. Il se dégage encore du jugement du 6 janvier 2016 que l'autorisation du tribunal précisait clairement qu'elle n'était accordée que pour le contrat y visé et selon le mode et les conditions y prévus.

Il en découle que l'action tendant à prononcer la caducité, respectivement la résolution du contrat aura également un impact sur l'autorisation donnée par le tribunal et tend à empêcher la cession des actifs telle qu'autorisée par le tribunal.

Or, l'existence même d'un jugement d'autorisation de vendre ne se conçoit que dans le cadre d'une faillite. L'autorisation du tribunal quant à la vente par le curateur des actifs (autres que les objets sujets à déperissement prochain ou à dépréciation imminente) est imposée par l'article 477 du Code de commerce. Le présent litige tend in fine à remettre en cause cette autorisation judiciaire et à imposer au curateur, dans le cadre d'un nouveau processus de vente des actifs, de solliciter une nouvelle autorisation de vendre auprès du tribunal (cf. Cour 4 décembre 2019, n°CAL-2018-00256 du rôle).

Le fait que, dans le cadre de son action oblique et du moyen de caducité, respectivement de résolution du contrat, A invoque des concepts de pur droit civil ne remet pas en cause le constat que le litige se meut essentiellement autour de la question de la vente des actifs de la faillite de C et de l'autorisation judiciaire qui a été accordée à cet effet et tend à empêcher la cession des actifs telle qu'autorisée par le tribunal.

Les arguments avancés par l'appelante pour soutenir que tel n'est pas le cas ne sont pas de nature à remettre en cause la qualification de sa demande en une demande née de la faillite. Le délai d'appel de l'article 465 du Code de commerce est partant applicable.

Le jugement ayant été signifié le 12 février 2021, l'appel signifié le 20 mars 2021 est partant tardif et doit être déclaré irrecevable.

Faute de support sur lequel les appels incidents de D et de B pourraient se greffer, ils sont également à déclarer irrecevables.

B demande la condamnation de A à lui payer la somme de 25.000 euros à titre de remboursement des frais et honoraires d'avocat engagés par elle pour la défense de ses droits suite à l'action abusive lancée par A.

A soulève l'irrecevabilité de cette demande pour constituer une demande nouvelle, irrecevable en instance d'appel.

L'article 592 du Nouveau Code de procédure civile dispose ce qui suit :

« Il ne sera formé, en cause d'appel, aucune nouvelle demande, à moins qu'il ne s'agisse de compensation, ou que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action principale.

Pourront aussi les parties demander des intérêts, arrérages, loyers et autres accessoires échus depuis le jugement de première instance, et les dommages et intérêts pour le préjudice souffert depuis ledit jugement. »

En l'espèce, au vu du fait que B invoque à la base de sa demande le caractère abusif de l'action engagée par A, cette demande doit s'apprécier au regard de l'article 6-1 du Code civil.

Les demandes en allocation de dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire sont à considérer comme des demandes additionnelles recevables en appel (cf. Thierry HOSCHEIT Droit judiciaire privé au Grand-duché de Luxembourg, 2<sup>e</sup> éd. no 1125).

Il s'ensuit que la demande présentée par B est recevable.

En matière d'abus des droits processuels, la jurisprudence admet qu'un abus peut être commis dans l'exercice d'une voie de droit. La question essentielle est évidemment celle de savoir en quoi consiste l'abus dans de semblables hypothèses. Elle est délicate, car il faut tenir compte de deux impératifs contradictoires : d'une part, la liberté de recourir à la justice, de sorte que l'échec ne peut constituer en soi une faute (il serait excessif de sanctionner la moindre erreur de droit) ; d'autre part, la nécessité de limiter les débordements de procédure (la justice est un service public – gratuit en principe – et dont il ne faut pas abuser).

S'agissant des abus en matière d'action de justice, il est de règle que le demandeur qui échoue dans son action et le défendeur qui est condamné ne sont pas considérés ipso facto comme ayant commis un abus (Civ. 1<sup>ère</sup>, 18.5.1949, Bull.Civ. I, no 175 ; Soc. 7.1.1955, Gaz.Pal. 1955.1.182 ; Civ. 2E, 19.4.1958, Bull. Civ. II, no 260 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 8.11.1976, JCP 1976.IV.395 ; Civ. 2E, 24.6.1987, Bull.Civ. II, no 137).

En l'espèce, B invoque le caractère abusif de l'action engagée par A sans pour autant faire état du moindre élément justifiant cette qualification. Il s'ensuit que sa demande est à rejeter pour être non fondée.

B et D demandent chacune la condamnation de A au paiement d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Comme elles ont dû exposer des frais non compris dans les dépens dans le seul but de se défendre contre un appel déclaré irrecevable, leur demande est fondée et il convient d'allouer une indemnité de procédure de 10.000 euros à B et une indemnité de procédure de 5.000 euros à D.

### **PAR CES MOTIFS**

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, en application de l'article 2 de la loi du 19 décembre 2020 portant adaptation temporaire de certaines modalités procédurales en matière civile et commerciale,

déclare les appels principal et incidents irrecevables,

déclare la demande de la société à responsabilité limitée B en paiement des frais et honoraires d'avocat recevable mais non fondée,

condamne la société anonyme A LUX à payer à la société à responsabilité limitée B une indemnité de procédure de 10.000 euros,

condamne la société anonyme A LUX à payer à la société de droit italien D une indemnité de procédure de 5.000 euros,

condamne la société anonyme A LUX aux frais et dépens de l'instance.