

## **Arrêt N° 21/22 IV-COM**

Audience publique du premier février deux mille vingt-deux

Numéros CAL-2020-00314 et CAL-2020-01019 du rôle

### Composition :

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

### **I) Rôle CAL-2020-00314**

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

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

**appelante** aux termes d'un acte de l'huissier de justice Catherine Nilles de Luxembourg du 25 mars 2020,

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

#### **e t**

**1) Monsieur le Procureur d'Etat** près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, Cité Judiciaire, Plateau du Saint-Esprit à L-2080 Luxembourg, représenté en instance d'appel par Madame le Procureur Général d'Etat près la Cour Supérieure de Justice,

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

**2) la société anonyme B**, ayant été inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro, actuellement radiée, ayant été établie et ayant eu son siège social à, anciennement représentée par Maître Yasemin Cengiz-Kiyak, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, pris en sa qualité de liquidateur judiciaire de la société B, sinon représentée par tout organe statutaire ou organe légal,

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

ne comparant pas.

## II) Rôle CAL-2020-001019

### E n t r e

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

**appelante** aux termes d'un acte de l'huissier de justice Catherine Nilles de Luxembourg du 25 août 2020,

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

### e t

**1) Monsieur le Procureur d'Etat** près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, Cité Judiciaire, Plateau du Saint-Esprit à L-2080 Luxembourg, représenté en instance d'appel par Madame le Procureur Général d'Etat près la Cour Supérieure de Justice,

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

**2) la société anonyme B**, ayant été inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro, actuellement radiée, ayant été établie et ayant eu son siège social à, anciennement représentée par Maître Yasemin Cengiz-Kiyak, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, pris en sa qualité de liquidateur judiciaire de la société B, sinon représentée par tout organe statutaire ou organe légal,

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

ne comparant pas.

### LA COUR D'APPEL

Les faits et rétroactes résultent à suffisance de l'arrêt du 17 novembre 2020 rendu dans l'affaire inscrite sous le numéro CAL-2020-00314 du rôle par lequel la Cour a déclaré l'appel contre le jugement du 20 février 2020 et dirigé contre la société anonyme B irrecevable et recevable pour le surplus et a, au vu de l'appel contre le jugement du 19 décembre 2019, révoqué l'ordonnance de clôture.

Vu l'ordonnance de jonction des rôles n° CAL-2020-00314 et CAL-2020-01049 du 2 février 2021.

## Moyens des parties

Par acte d'huissier de justice du 25 août 2020, la société de droit italien A (ci-après « A ») a interjeté appel contre le jugement du 19 décembre 2019 rendu par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg. Elle demande qu'il soit :

- constaté qu'elle est bien actionnaire de droit de 50% des participations dans la société B,
- constaté qu'il s'avère qu'un actif qui était présent n'a pas été réalisé, sinon qu'une action dans l'intérêt des créanciers n'a pas été menée,
- dit et jugé que la réouverture de la liquidation de B est justifiée par la réalisation d'un actif inconnu au moment de la clôture de la liquidation permettant le cas échéant l'attribution d'un boni de liquidation aux actionnaires,
- dit et jugé qu'il n'est pas nécessaire de démontrer que le débiteur a agi sciemment pour dissimuler une créance,
- dit et jugé qu'il n'est pas nécessaire que l'actif omis ou l'action qui n'a pas été menée comporte des enjeux importants et le bénéfice à en attendre pour les créanciers suffit à justifier la reprise de la liquidation,
- dit et jugé qu'elle prouve l'existence d'une ou plusieurs circonstances nouvelles postérieures à la décision de clôture de la liquidation,
- dit et jugé que ces circonstances nouvelles justifient la réouverture de la liquidation,
- dit et jugé que concernant les créances dissimulées ou omises la reprise de la liquidation aura un effet rétroactif,
- dit et jugé qu'étant donné que l'ancien liquidateur n'est plus en activité il y a lieu de nommer un nouveau liquidateur.

Dans le cadre de ses conclusions ultérieures et prises après la jonction des deux rôles, A demande à titre principal à la Cour de lui donner acte de sa plainte avec constitution de partie civile contre C et de surseoir à statuer sur base de l'article 3 du Code de procédure pénale.

A titre subsidiaire, elle demande que son appel du 25 mars 2020 soit déclaré recevable en la forme et fondé et que, par réformation du jugement du 20 février 2020, la réouverture de la liquidation de B soit ordonnée. Elle demande également que son appel du 25 août 2020 soit déclaré recevable et fondé et que, par réformation du jugement du 19 décembre 2019, la réouverture de la liquidation de B soit ordonnée. Pour le surplus, elle reprend les prétentions déjà formulées dans le cadre de ses deux actes d'appel.

A expose que son appel du 25 mars 2020 devrait être déclaré recevable étant donné que l'autorité de la chose jugée attachée au

jugement attaqué du 19 décembre 2019 disparaît dès l'exercice d'une voie de recours.

Au fond, elle expose que suite aux manœuvres frauduleuses de feu D et de son épouse C, les fonds revenant aux actionnaires de B ont été transférés à C qui avait obtenu mandat de son époux de la représenter pour toute opération et ce nonobstant le fait qu'elle avait renoncé à la succession de feu son époux. Ils auraient fait mensongèrement croire au liquidateur judiciaire de B que D était le seul actionnaire de B et avaient volontairement dissimulé le fait que la moitié des actions avaient été cédées à E dont A est venue aux droits suite à des fusions.

Au vu de la plainte avec constitution de partie civile déposée contre C, l'intérêt d'une bonne administration de la justice commanderait de surseoir à statuer sur la base de l'article 3 paragraphe 2 du Code de procédure pénale.

A critique les conclusions du Parquet Général selon lesquelles une liquidation judiciaire clôturée par voie de liquidation par opposition à une clôture pour insuffisance d'actifs ne serait pas visée par l'article 536 du Code de commerce.

Il existerait un nouvel élément permettant la réouverture de la liquidation. Selon la doctrine, un créancier pourrait demander la réouverture de la faillite qui a été prononcée en fraude de ses droits, les droits lésés en l'espèce seraient ceux de l'actionnaire A. Elle aurait partant qualité et intérêt à agir.

La demande basée sur l'article 536 du Code de commerce pourrait émaner d'un ancien créancier intéressé à la répartition de l'actif qui a échappé à la liquidation de la faillite.

Les sommes illicitement encaissées par C constitueraient un nouvel actif et des fonds suffisants pour faire face aux opérations de la liquidation.

La demande serait encore justifiée sur base de l'article 1131 du Code civil et de l'adage *fraus omnia corrumpit*. La liquidation judiciaire devrait être rouverte afin que la transaction obtenue sur base frauduleuse soit annulée.

Madame le Procureur Général d'Etat demande à la Cour de déclarer l'appel introduit le 25 mars 2020 irrecevable en ce qu'il est dirigé contre B et recevable pour le surplus. Au fond, elle conclut à la confirmation du jugement du 20 février 2020.

Elle demande encore à la Cour de déclarer l'appel introduit le 25 août 2020 irrecevable en ce qu'il est dirigé contre B et recevable pour

le surplus. Au fond, elle conclut à la confirmation du jugement du 19 décembre 2019 quoique pour d'autres motifs.

Dans le cadre du rôle CAL-2020-00314, Madame le Procureur Général d'Etat fait valoir que l'appel interjeté suspend l'autorité de la chose jugée mais que la portée de cet effet suspensif doit être nuancée. Si l'effet suspensif affecte la force de chose jugée, il n'aurait pas d'incidence sur l'autorité de la chose jugée laquelle est attachée au jugement qui tranche une contestation dès son prononcé. Cette autorité ne sera anéantie qu'avec le prononcé d'un arrêt infirmatif ou d'annulation de la Cour. L'appel du 25 mars 2020 serait partant à déclarer non fondé et le jugement du 20 février 2020 à confirmer.

Dans le cadre du rôle CAL-2020-01019, Madame le Procureur Général d'Etat expose que par le jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire du 22 juin 2011, le tribunal a déclaré les dispositions légales relatives à la liquidation de la faillite applicables aux opérations de liquidation de B et que dans le cadre de son jugement du 19 décembre 2019, le tribunal a examiné la demande de réouverture de la liquidation sur base de l'article 536 du Code de commerce.

Cet article s'applique à la clôture d'une faillite, respectivement d'une liquidation judiciaire, pour insuffisance d'actif. Or, la liquidation de B avait été clôturée par une liquidation avec distribution d'actifs et avec un boni de liquidation, de sorte qu'elle ne tombe pas dans le champ d'application de cet article.

Une telle liquidation ne pourrait être rouverte en raison de l'existence de biens nouveaux.

Selon la doctrine, il y aurait lieu à réouverture si des biens ont été dissimulés ou omis lors de la liquidation, qu'il s'agisse d'une fraude du failli ou d'une erreur ou d'un oubli du curateur. Il faudrait être en présence d'un bien omis de l'actif. Or, tel ne serait pas le cas en l'espèce étant donné que l'actif invoqué, le compte-dépôt dans les livres de la F de Banque était connu par le liquidateur avant le jugement de clôture de la liquidation et faisait partie de l'actif réparti. La critique de l'appelante porterait sur la clé de répartition de l'actif et non pas sur son assiette.

La condition préalable à une réouverture de la liquidation n'étant pas remplie, la demande serait à rejeter.

Madame le Procureur Général d'Etat donne finalement à considérer qu'en raison de la nature particulière d'une réouverture d'une liquidation, la simple ignorance de la mise en liquidation par un créancier ne saurait justifier sa réouverture.

De plus, seul un créancier pourrait être intéressé à la répartition de l'actif échappé. Or, A resterait en défaut de préciser la nature de sa créance à l'égard de B, elle ferait plutôt valoir des droits en tant qu'actionnaire.

### Appréciation

Le jugement du 19 décembre 2019 n'ayant pas fait l'objet d'une signification, l'appel interjeté en date du 25 août 2020 a été introduit dans le délai légal. Il a également été interjeté en la forme légale.

Pour pouvoir être intimé par un appel, il faut avoir figuré comme partie à la procédure de première instance (Th. Hoscheit, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, 2e édition, p. 737, n° 1389). L'acte d'appel est partant à déclarer irrecevable pour autant qu'il est dirigé contre la société B. Il est recevable pour le surplus.

La Cour étant saisie de deux appels, il convient d'analyser d'abord le deuxième en date étant donné qu'il porte sur le premier jugement rendu le 19 décembre 2019.

La requête tendant à la réouverture déposée par A en date du 13 novembre 2019 n'invoque aucune base légale.

Le tribunal a analysé cette demande sur base de l'article 536 alinéa 4 du Code de commerce aux termes duquel : « Le failli ou tout autre intéressé pourra, à toute époque, le [c'est-à-dire le jugement de clôture] faire rapporter par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg siégeant en matière commerciale en justifiant qu'il existe des fonds suffisants pour faire face aux opérations de la faillite, ou en faisant verser à la caisse des consignations une somme suffisante pour y pourvoir ».

Les dispositions légales relatives à la liquidation de la faillite ont été rendues applicables aux opérations de liquidation de B par jugement du 22 juin 2011. Reste à déterminer si cette disposition trouve application dans le cadre d'une faillite, respectivement liquidation judiciaire qui a été clôturée par liquidation par opposition à une clôture pour insuffisance d'actif.

L'article 536 du Code de commerce a trait à la clôture de la faillite pour insuffisance d'actif et aucune disposition spécifique du Code de commerce ne règle la question de la réouverture d'une faillite suite à une reddition des comptes. La doctrine en a déduit qu'une faillite clôturée par liquidation ne peut être rouverte en raison de l'existence de biens nouveaux. Mais elle peut l'être, comme la clôture faute d'actif, si des biens ont été dissimulés ou omis lors de la liquidation, en d'autres termes si des biens ont échappé à la liquidation (A. Cloquet, Les concordats et la faillite, Les Nouvelles, n° 2763).

Il est également de doctrine que la réouverture après clôture par liquidation peut être prononcée d'office ou sur demande d'un créancier ancien et même de tout intéressé mais cet intéressé doit forcément être intéressé à la répartition de l'actif « échappé » à la liquidation de la faillite clôturée, c'est-à-dire être un ancien créancier (idem, n° 2766).

A se prévaut de sa qualité d'actionnaire à hauteur de 50% et « partant de créancière » de B. Or, un actionnaire n'est pas à assimiler à un créancier d'une société, seuls les créanciers produisent au passif d'une faillite ou d'une liquidation judiciaire et l'actif recouvré, déduction faite des frais et honoraires du curateur/liquidateur, est distribué entre les créanciers. Ce n'est que si l'ensemble des créanciers ayant produit au passif ont été désintéressés qu'un éventuel boni de liquidation revient aux actionnaires de la société. Il résulte des termes de la transaction conclue entre le liquidateur et D que B n'avait pas de passif et qu'aucune déclaration de créance n'avait été déposée au greffe du tribunal de commerce. Il en découle que l'actif recouvré, déduction des frais et honoraires du liquidateur, devait revenir aux actionnaires de B.

Un actionnaire doit dès lors en l'espèce être considéré comme intéressé. Par jugement du 19 décembre 2019, le tribunal a cependant retenu que A ne démontrait pas sa qualité d'actionnaire de B.

Dans le cadre de son appel, A verse de nouvelles pièces afin de prouver qu'elle détient bien 50 % des actions de B. Elle se base sur un contrat sous seing privé de cession du 29 avril 2010 conclu entre ... (cédant) et la société E (cessionnaire) qu'elle verse en tant que pièce n°4.

Or, ce contrat de cession n'est pas produit dans son intégralité, ni en version italienne originale, ni en version traduite en français, seule la première page est versée. La Cour est partant dans l'impossibilité de vérifier le contenu complet de ce contrat et de s'assurer qu'il a bien fait l'objet d'une signature.

A défaut d'établir l'existence de cette cession des actions au profit de E, A, venue aux droits de celle-ci suite à plusieurs fusions, n'a pas établi sa qualité d'actionnaire de B.

Même à admettre que A soit actionnaire de B à hauteur de 50% de ses actions, la condition de fond sous-jacente à une réouverture d'une faillite/liquidation n'est pas remplie en l'espèce. En effet, il incombe à l'appelante d'établir que des biens ont été dissimulés ou omis lors de la liquidation, en d'autres termes que des biens ont échappé à la liquidation. Tel n'est pas le cas en l'espèce étant donné que l'actif, c'est-à-dire le compte bancaire détenu par B auprès de la F de Banque était connu du liquidateur et a été expressément mentionné dans le cadre de la transaction homologuée par le tribunal.

A demande la réouverture de la liquidation, non pas parce qu'un actif aurait échappé à la répartition mais parce qu'elle s'estime lésée par l'attribution du seul actif connu à une personne qui ne devait pas en bénéficier ou du moins pas dans son intégralité.

L'actif prétendument distribué erronément ou suite à des manœuvres illicites ne saurait être considéré comme actif omis de la liquidation. L'appelante reste par ailleurs également en défaut d'offrir de prendre en charge les frais liés à une éventuelle réouverture de la liquidation alors que le seul actif a été payé à C.

A invoque encore que la réouverture de la liquidation pourrait être ordonnée à la demande d'un créancier si la clôture a été prononcée en fraude de ses droits en se basant sur une doctrine belge (J. Van Ryn : Principes de droit commercial, Bruxelles 1957, t II, n° 1122 et s.; Recueil annuel de jurisprudence belge, 1959, verbo Sociétés, n° 23).

Or, la doctrine citée a trait aux liquidations volontaires et ne saurait être transposée aux liquidations judiciaires, et ce notamment au regard des régimes différents qui s'y appliquent.

En tout état de cause, une réouverture d'une liquidation judiciaire ne permettrait pas que soient recommencées toutes les opérations de la liquidation, il s'agit uniquement de répartir l'actif découvert et de clôturer la liquidation à nouveau.

Au vu de ce qui précède la demande tendant à la réouverture de la liquidation de B ne peut prospérer en l'absence d'actif échappé à la liquidation.

Il découle de ce constat que la demande tendant à la surséance à statuer sur base du principe suivant lequel le criminel tient le civil en l'état est à rejeter pour les motifs ci-après exposés.

Aux termes de l'article 3 alinéas 1<sup>er</sup> et 2 du Code de procédure pénale « l'action civile peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique, à moins que celle-ci ne se trouve éteinte par prescription. Elle peut aussi l'être séparément ; dans ce cas, l'exercice en est suspendu tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile ».

La règle que « le criminel tient le civil en l'état » a pour finalité d'éviter la contrariété entre les décisions rendues sur les actions civile et publique.

L'obligation imposée aux tribunaux civils de surseoir à statuer au jugement tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique a notamment pour but de protéger la compétence respective

des juridictions et elle tend à éviter une contradiction entre la chose jugée au pénal et la chose jugée au civil.

Pour que la règle « le criminel tient le civil en l'état » soit applicable, trois conditions sont exigées : 1) l'action publique doit être effectivement mise en mouvement ; 2) l'action publique et l'action civile doivent être unies par un lien étroit ; 3) il ne doit pas avoir été définitivement statué sur l'action publique.

En l'espèce, il résulte à suffisance des pièces versées que l'action publique a été mise en mouvement. En effet, le juge d'instruction de Luxembourg a émis une ordonnance de consignation en date du 3 février 2021 et la consignation a été versée à la Caisse de Consignation, ce dont atteste le récépissé du 12 février 2021.

La troisième condition est pareillement donnée.

Quant à la condition du lien étroit, il n'est pas exigé que ce lien consiste dans une identité de parties, de cause et d'objet, mais il suffit que la décision à intervenir sur l'action publique soit susceptible d'influer sur celle qui sera rendue par la juridiction civile (Cour d'appel, 4 février 2004, n°22170 du rôle).

Le juge civil, qui a le contrôle de cette incidence, doit tenir compte de toutes les issues possibles de l'action publique et surseoir à statuer toutes les fois qu'il existe un simple risque de contradiction entre les deux décisions à venir à propos des mêmes faits. Pour imposer au juge civil de se dessaisir, il faut que les questions posées au juge pénal coïncident au moins partiellement avec celles qu'il doit lui-même résoudre.

La condition du lien étroit n'est cependant pas remplie en l'espèce étant donné que même à admettre que C se soit rendue coupable des infractions lui reprochées dans le cadre de la plainte, la condition justifiant une réouverture de la liquidation ne serait pas pour autant remplie. Aucun actif n'a échappé à la liquidation. Elle se serait attribuée ces actifs de façon frauduleuse. Or, rien n'empêche a priori A de se constituer partie civile contre C et de lui réclamer sa part dans le cadre du procès pénal.

Il n'y a partant pas lieu à surseoir à statuer.

Sur la base de tout ce qui précède, A est à débouter de son appel dirigé contre le jugement du 19 décembre 2019 et le jugement est à confirmer.

Par jugement du 20 février 2020 le tribunal a dit la demande tendant à la réouverture de la liquidation judiciaire de B irrecevable pour se heurter à l'autorité de la chose jugée attachée au jugement du 19 décembre 2019.

Ce jugement est critiqué au motif que l'autorité de la chose jugée disparaîtrait dès qu'une voie de recours serait exercée.

Madame le Procureur Général d'Etat conclut au contraire que l'effet suspensif de l'appel n'affecte pas l'autorité de la chose jugée attachée au jugement et ce ne serait que dans l'hypothèse où l'arrêt réformerait ou annulerait le jugement que cette autorité serait anéantie.

En l'espèce, au vu du fait que le jugement du 19 décembre 2019 est confirmé, la discussion sur l'effet d'un appel sur l'autorité de la chose jugée est vaine. Le jugement du 19 décembre 2019, confirmé, a autorité de la chose jugée. C'est par ailleurs à bon droit que le tribunal a retenu que la condition d'une triple identité d'objet, de cause et de parties agissant en les mêmes qualités était donnée en l'espèce. En effet, si A a soumis de nouvelles pièces à l'appréciation du tribunal pour établir sa qualité d'actionnaire et/ou de créancier, cette circonstance ne modifiait pas les faits à la base du litige, les pièces se limitant à établir les faits déjà invoqués dans le cadre de la première demande.

La demande a partant été déclarée irrecevable à juste titre et le jugement du 20 février 2020 est également à confirmer.

### **PAR CES MOTIFS**

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant par défaut à l'égard de la société anonyme B et contradictoirement à l'égard des autres parties, en application de l'article 2 de la loi modifiée du 19 décembre 2020 portant adaptation temporaire de certaines modalités procédurales en matière civile et commerciale,

vu l'arrêt n°153/20 IV-Com du 17 novembre 2020,

déclare l'appel interjeté par acte d'huissier de justice du 25 août 2020 et dirigé contre la société anonyme B irrecevable,

le déclare recevable pour le surplus,

dit l'appel dirigé contre le jugement du 19 décembre 2019 non fondé,

confirme le jugement commercial 2019TALCH06/01293 du 19 décembre 2019,

dit l'appel dirigé contre le jugement du 20 février 2020 non fondé,

confirme le jugement commercial 2020TALCH06/00323 du 20 février 2020,

laisse les frais et dépens à charge de la société de droit italien A.