

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Arrêt N° 30/23 IV-COM

Audience publique du vingt-huit février deux mille vingt-trois

Numéro CAL-2022-00099 du rôle

Composition:

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

E n t r e

la société par action simplifiée de droit français SOCIETE1.), établie et ayant son siège social à F-ADRESSE1.), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Paris sous le numéro NUMERO1.), représentée par son représentant légal, en son nom propre et pour le compte de sa succursale située au Royaume-Uni, SOCIETE1.) SAS (London Branch), succursale de droit anglais établie et ayant son siège social à ADRESSE2.), représentée par ses organes statutaires,

appelante aux termes d'un acte de l'huissier de justice Véronique Reyter d'Esch-sur-Alzette du 17 janvier 2022,

comparant par la société à responsabilité limitée NautaDutilh Avocats Luxembourg, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-1233 Luxembourg, 2, rue Jean Bertholet, représentée par son organe statutaire, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 189905, représentée par Maître Romain Sabatier, avocat à la Cour,

e t

la société à responsabilité limitée SOCIETE2.), établie et ayant son siège social à L-ADRESSE3.), représentée par son gérant, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.),

intimée aux fins du présent acte Reyter,

comparant par la société en commandite simple Bonn Steichen & Partners, établie et ayant son siège social à L-3364 Leudelange, 11 rue du Château d'Eau, immatriculée au Registre de Commerce et de Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 211933, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, représentée par son gérant, la société à responsabilité limitée BSP, établie à la même adresse, immatriculée au Registre de Commerce et de Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 211880, elle-même représentée par Maître Pierre-Alexandre Degehet, avocat à la Cour.

LA COUR D'APPEL

Faits :

Aux termes d'un acte de fiducie (trust deed) (ci-après le Trust) conclu le 21 septembre 2018 entre la société à responsabilité limitée SOCIETE2.) (ci-après SOCIETE2.)), en sa qualité d'émetteur, la société de droit anglais SOCIETE3.) Trust Corporation UK Limited (ci-après « SOCIETE3. »), en sa qualité de fiduciaire (trustee) et la société établie selon les lois du territoire de Hong Kong SOCIETE4.) International Development Limited, en sa qualité de garant (guarantor), SOCIETE2.) a émis des obligations (bonds) (ci-après les Obligations) échangeables d'un montant de 250.000.000 euros au taux annuel de 4%.

Les obligations ont été garanties par un gage portant sur 28.028.163 actions ordinaires de la société de droit français SOCIETE5.) (ci-après les Actions Nanties ou Actions Gagées), représentant 37% du capital social de cette société.

Suivant résolutions écrites du 24 décembre 2020 des détenteurs des obligations échangeables (deed of appointment), SOCIETE3.) a été remplacée en sa qualité de trustee dans le cadre du Trust par la société de droit anglais SOCIETE1.) (London Branch), succursale de la société de droit français SOCIETE1.) (ci-après SOCIETE1.)).

Les obligations sont venues à échéance le 21 septembre 2021. Aux termes d'un courrier du 22 septembre 2021, SOCIETE1.) a notifié à SOCIETE2.) des événements de défaut (events of default) dans le cadre du Trust, à savoir le défaut d'SOCIETE2.) de racheter les obligations échangeables à la date d'échéance, de payer les intérêts dus à ce titre et de rembourser aux créanciers obligataires ad hoc certains frais et dépens tels que convenu par l'*Ad Hoc Transaction*

Payment Letter du 17 juin 2021. Un délai de grâce de cinq jours a été accordé à SOCIETE2.) pour remédier auxdits défauts de paiement.

SOCIETE2.) n'y ayant pas remédié, SOCIETE1.) lui a transmis une *default notice* par courrier du 4 octobre 2021.

Suivant mise en demeure du 5 octobre 2021, SOCIETE1.) a exigé le paiement immédiat des sommes devenues exigibles le 29 septembre 2021.

Procédure de première instance

Par exploit d'huissier du 22 octobre 2021, SOCIETE1.) a assigné SOCIETE2.) devant le tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale, pour la voir déclarer en état de faillite.

Par jugement du 26 novembre 2021, le tribunal a déclaré la demande recevable mais non fondée.

Le tribunal a retenu que SOCIETE1.) a qualité pour agir, motif pris que suivant l'article 19 du Trust, SOCIETE1.) est autorisée à exercer toute mesure d'exécution à l'encontre d'SOCIETE2.) en cas de survenance d'un événement de défaut et que SOCIETE2.) n'a pas établi que la nomination de SOCIETE1.) était entachée d'une irrégularité, sinon avait un caractère frauduleux. Le tribunal n'a pas non plus fait droit à la demande d'SOCIETE2.) de surseoir à statuer. Il a considéré à cet égard que la procédure en production de certaines pièces (ci-après la Première Action) pour fonder une demande en justice pendante devant les juridictions anglaises ne justifie pas, en raison de l'incertitude relative à l'existence des pièces demandées ainsi qu'à défaut de connaître la date à laquelle une décision serait susceptible d'être rendue, un sursis à statuer.

Quant au fond, le tribunal a rappelé les conditions de l'article 437 alinéa 1^{er} du Code de commerce et a, après avoir constaté que SOCIETE1.) dispose d'une créance certaine, liquide et exigible à l'encontre d'SOCIETE2.), dit que SOCIETE1.) n'a pas prouvé qu'elle a entrepris une quelconque mesure pour recouvrer sa créance, notamment eu égard à l'existence du gage sur l'actif saisissable d'SOCIETE2.), et qu'il n'était dès lors pas établi à suffisance qu'SOCIETE2.) est dans l'incapacité de régler sa dette. La demande a été déclarée non fondée.

L'appel

De ce jugement, qui ne lui a pas été signifié, SOCIETE1.) a interjeté appel par exploit d'huissier du 17 janvier 2022.

Moyens de SOCIETE1.)

SOCIETE1.) demande, par réformation, à voir prononcer la faillite d'SOCIETE2.) et ordonner tous devoirs en la matière, sinon, à renvoyer au tribunal à cet effet, de dire que la date de cessation des

paiements est fixée au 26 mai 2021, sinon à toute autre date antérieure. Elle sollicite également la condamnation d'SOCIETE2.) au paiement d'une indemnité de procédure de 5.000 euros ainsi qu'aux frais et dépens des deux instances.

Elle soutient qu'au 24 octobre 2021, les sommes lui dues par SOCIETE2.) atteignaient la somme de 265.438.614,27 euros et de 155.930,26 livres sterling se décomposant comme suit :

(...)

Depuis lors, la dette totale d'SOCIETE2.) ne cesserait d'augmenter, en raison notamment :

- des intérêts supplémentaires courus sur les Obligations,
- de divers coûts encourus par SOCIETE1.) en sa qualité de Trustee et dans la poursuite des actions d'exécution contre SOCIETE2.), et
- des frais de justice pour un montant total de 500.000 livres sterling au paiement desquels SOCIETE2.) a été condamnée dans le cadre de la Première Action.

SOCIETE1.) soutient que suivant communiqué de presse du 23 septembre 2021, SOCIETE2.) a publiquement admis son échec à racheter les Obligations et à rembourser, entre autres, le principal et les intérêts dus à l'échéance, de sorte que sa créance serait certaine.

Elle estime que c'est à tort que les juges de première instance ont rejeté sa demande au motif qu'elle n'avait pas établi avoir entrepris des mesures nécessaires pour recouvrer sa créance.

Elle expose à cet égard qu'elle a mis en demeure le garant, la société SOCIETE4.), sans cependant recevoir le moindre paiement. Au vu du fait que cette société disposerait en partie des mêmes administrateurs qu'SOCIETE2.) et qu'elle ferait l'objet de nombreuses actions en recouvrement pour plus de 100.000.000 euros et des demandes de mise en liquidation forcée, il n'y aurait aucune chance d'obtenir un quelconque paiement au titre de la garantie.

Elle ajoute qu'elle a mis en œuvre le gage des obligataires; que suite à une lettre d'instruction envoyée le 22 octobre 2021 à SOCIETE3.) Securities Services, London Branch, en tant que dépositaire du compte-titre sur lequel les Actions Nanties étaient détenues, 21.952.315 des actions SOCIETE5.) représentant 29% du capital social de SOCIETE5.) ont été transférées sur le compte dépositaire de SOCIETE1.) et que les Actions Nanties restantes ont été mises sous séquestre le 22 octobre 2021. Elle soutient avoir notifié les 5 et 28 octobre 2021 à l'SOCIETE6.) son intention de vendre les Actions Nanties dans le cadre de la procédure d'exécution et le franchissement des seuils de participation dans SOCIETE5.). SOCIETE1.) ajoute qu'au moment où les différentes mesures d'exécution ont été prises en France, la valeur de marché des Actions Nanties, basée sur le cours de l'action en vigueur, était (et demeure

toujours) insuffisante pour rembourser la dette. Son cours en vigueur au moment de l'octroi de la garantie ne serait pas pertinent et partant les développements y relatifs faits par SOCIETE2.) ne seraient pas à prendre en compte. Elle réfute également les arguments d'SOCIETE2.) selon lesquels la valeur des actions aurait chuté suite aux manœuvres de SOCIETE1.).

Elle considère toutefois que l'exécution par elle de sa garantie ne change rien au fait que l'intimée est et demeure en état d'insolvabilité et qu'elle est redevable d'une dette conséquente qui reste impayée depuis de nombreux mois.

Elle relève qu'elle a appris dans le cadre des procédures anglaises que SOCIETE2.) avait conclu le 25 juillet 2018 un accord suivant lequel elle avait mis en gage toutes les actions qu'elle détenait dans SOCIETE5.) (y compris les Actions Nanties) en faveur de la société SOCIETE7.) Limited Partnership (ci-après SOCIETE7.)) et que le gage portant sur les actions non nanties par SOCIETE1.) (ci-après les Actions Non Nanties) a été réalisé, de sorte que ces actions, qui constituaient un actif vital d'SOCIETE2.) pour rembourser ses créanciers, sont sorties du patrimoine d'SOCIETE2.). Elle fait valoir que dans la mesure où SOCIETE2.) a longtemps caché l'existence de cet accord, il serait clair qu'elle et son donneur d'ordre, à savoir le groupe GROUPE1.), cherchent par tous moyens d'agir en fraude des droits des détenteurs d'Obligations et d'autres créanciers de la société et qu'il serait dès lors indispensable de prononcer la faillite. Elle en conclut que SOCIETE2.), qui ne détenait sur son compte bancaire au 31 décembre 2020 qu'un actif de 15.625,25 euros, ne dispose pas d'actifs lui permettant de faire face à ses dettes exigibles.

Elle estime finalement que SOCIETE2.) est dans l'impossibilité d'obtenir le moindre crédit et que la prétendue offre de rachat invoquée n'est pas sérieuse car difficilement réalisable, voire irréalisable.

Moyens d'SOCIETE2.)

SOCIETE2.) demande à la Cour de :

« - A TITRE PRINCIPAL, dire le présent appel irrecevable au regard de la procédure pendante devant les tribunaux anglais et la rejeter pour défaut de qualité à agir par la Partie Appelante en attendant l'issue de la procédure anglaise; et donc le déclarer non fondé et non justifié ; SINON sursoir à statuer en attendant l'issue définitive de toutes les procédures en cours et de toutes les questions soulevées et pendantes devant les juridictions anglaises ; SINON le rejeter sur base de la mauvaise foi apparente de la Partie Appelante et, PARTANT, confirmer le jugement de première instance en ce qu'il déclare la demande non fondée ;

- DIRE la demande irrecevable, non fondée et injustifiée en ce qu'elle constitue une tentative d'escroquerie à jugement en vue d'obtenir un avantage ; SINON sursoir à statuer en attendant l'issue définitive de

toutes les procédures en cours et de toutes les questions soulevées et pendantes devant les juridictions anglaises ;

- CONSTATER que l'ensemble des conditions requises pour l'ouverture d'une faillite ne sont pas réunies dans le chef de la Partie Intimée et PAR CONSEQUENT rejeter la demande, comme étant non fondée et injustifiée ;

- CONSTATER la demande de la Partie Appelante comme constituant un abus de procédure, PARTANT la rejeter comme étant non fondée et injustifiée ; SINON sursoir à statuer en attendant l'issue définitive de toutes les procédures en cours et de toutes les questions soulevées et pendantes devant les juridictions anglaises ;

- CONSTATER la demande en ce qu'elle constitue un abus de droit ayant pour ambition de nuire à la Partie Intimée et obtenir un avantage disproportionné au regard du préjudice que subirait la Partie Intimée, PARTANT la rejeter comme étant non fondée et injustifiée ; SINON sursoir à statuer en attendant l'issue définitive de toutes les procédures en cours et de toutes les questions soulevées et pendantes devant les juridictions anglaises ;

- SURSOIR A STATUER en attendant l'issue définitive de toutes les procédures en cours et de toutes les questions soulevées et pendantes devant les juridictions anglaises, pour le cas échéant, CONSTATER la fraude et la mauvaise foi apparente et PARTANT rejeter la demande ;

- REJETER la demande d'une indemnité de procédure formulée par la Partie Appelante ;

- CONDAMNER en outre la Partie Intimée à payer de la Partie Appelante une indemnité de procédure de quinze mille (15.000) + p.m. euros pour les frais qu'il serait inéquitable de laisser à sa charge au titre de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, parmi lesquels les honoraires d'avocat ;

- CONDAMNER la Partie Intimée à tous les frais et dépens des deux instances ;

- DONNER ACTE à la Partie Intimée qu'elle se réserve tous autres droits, moyens et actions, à faire valoir en temps et en lieu utile et suivant qu'il appartiendra. »

SOCIETE2.) réitère son moyen invoqué en première instance et tenant au défaut de qualité de SOCIETE1.) pour agir en faillite. Elle conteste à cet égard la régularité de la nomination de SOCIETE1.) en tant que trustee et soutient que les juridictions anglaises sont seules compétentes pour connaître de cette contestation.

Elle avance qu'en vue d'éviter toute vente des Actions Gagées, qui s'avérerait finalement inutile, elle a travaillé à un refinancement total de sa dette, ce qu'elle a réussi en signant un accord de refinancement le

5 septembre 2022. La conclusion de cet accord contredirait l'existence de tout ébranlement de crédit et établirait que sa situation ne serait pas irrémédiablement compromise mais ne serait qu'une situation de défaut passagère.

Elle expose qu'elle n'est pas une société opérationnelle, mais une société constituée par la détention d'actions d'une société française, la société SOCIETE5.), qui détient un portefeuille de marques de luxe et qu'elle se voit financée efficacement par des emprunts obligataires. Elle explique sa situation de défaut de septembre 2021 par le retrait soudain du groupe GROUPE2.) de sa proposition de refinancement. Depuis lors, elle aurait cependant trouvé un nouveau partenaire pour le refinancement de sa situation et qu'un accord a été signé le 5 septembre 2022. Si cet accord n'a pas pu être exécuté depuis sa conclusion, la raison serait entièrement due à la situation de Covid-19 existant en Chine. Elle ajoute que la condamnation aux 500.000 livres sterling prononcée par la Cour anglaise à l'issue de la Première Action en Angleterre a également été intégrée dans cet accord.

SOCIETE2.) fait valoir qu'elle a intenté cette Première Action en Angleterre afin de demander aux juridictions anglaises la découverte de documents démontrant la conspiration de SOCIETE1.) avec le groupe GROUPE2.). Si cette action n'a pas permis la production d'une telle pièce, elle conteste néanmoins avoir renoncé à son argument visant la tromperie de SOCIETE1.) avec le groupe GROUPE2.) dans l'ensemble des autres procédures pendantes devant les tribunaux anglais et notamment dans le cadre de la Deuxième Action. Elle conteste les allégations de SOCIETE1.) relatives à des manœuvres frauduleuses commises de sa part pour tenter de se soustraire à ses obligations contractuelles et déclare ne contester ni l'existence, ni le quantum de la dette due au trustee. Elle réfute également l'argument de SOCIETE1.) tenant à un quelconque acte de complaisance ou une tentative de dissipation des actifs.

SOCIETE2.), qui ne conteste ni l'existence, ni l'exigibilité de la créance, estime que ses actifs, constitués par les Actions Nanties, offrent une surface financière largement suffisante (après la vente de celles-ci) pour permettre de rembourser en intégralité la dette due au trustee.

Elle avance que la réalisation des Actions Nanties ainsi que l'accord du 5 septembre 2022 lui permettent de satisfaire l'ensemble de ses obligations et de procéder au remboursement complet de toutes ses dettes. Elle soutient à cet égard qu'il ressort du rapport d'évaluation des Actions Nanties du 2 septembre 2002, effectué par un expert indépendant, que la vente des Actions Nanties cumulée à la prise de contrôle de SOCIETE5.) valoriserait ces Actions de manière à couvrir l'intégralité de la dette due au titre des obligations.

SOCIETE2.) conteste les affirmations de SOCIETE1.) selon lesquelles celle-ci aurait pris toutes les mesures d'exécutions

nécessaires, la mise en demeure et les notifications de défaut et d'accélération, notifiées à elle et à SOCIETE4.), ne sauraient selon elle valoir mesures d'exécution, mais correspondraient aux obligations contractuelles incombant à l'appelante en vertu du Trust Deed et du Supplemental Trust Deed. Elle estime que dans la mesure où SOCIETE1.) ne prend aucune mesure d'exécution pour recouvrer sa créance et ainsi minimiser son prétendu dommage, celle-ci contribue directement à l'augmentation de la dette d'SOCIETE2.) et à l'accroissement du préjudice. Elle avance que SOCIETE1.) a choisi délibérément de ne pas vendre les Actions Gagées et qu'elle essaie à tout prix à voir déclarer SOCIETE2.) en faillite afin d'avoir mainmise sur l'ensemble des actions de SOCIETE5.), au lieu de permettre à SOCIETE2.) d'honorer ses obligations. Elle en déduit que la demande de mise en faillite est totalement prématurée et que les conditions requises pour son ouverture ne sont ni réunies, ni démontrées.

SOCIETE2.) réfute les affirmations de SOCIETE1.) concernant la cession des Actions Non Nanties. Elle fait valoir que les 12 millions d'actions SOCIETE5.) ont été cédées par elle en exécution d'une convention de gage conclue avec SOCIETE7.), SOCIETE1.) n'ayant aucun droit sur ces actions. Les différends entre parties relatifs à la convention de gage et la cession des 12 millions d'actions SOCIETE5.) sont de la compétence des juridictions anglaises et elle estime que dès lors la présente demande est prématurée. Elle ajoute que le fait que les Actions Nanties aient été mises en gage deux fois (soit la première fois : 40 millions d'actions ont été mises en gage en faveur de SOCIETE7.) et la seconde fois, 28 millions d'actions sur les 40 millions d'actions ont été mises en gage en faveur de SOCIETE1.)) n'est pas pertinent dans le cadre de la demande en faillite puisque finalement SOCIETE7.) n'a fait valoir son gage que sur les 12 millions d'Actions Non Nanties.

Elle estime que dans la mesure où SOCIETE1.) a admis dans le cadre de la procédure pendante à Singapour que les tribunaux anglais sont les juridictions compétentes pour résoudre les litiges entre parties, le dépôt d'une demande de mise en faillite au Luxembourg constitue manifestement *un abus de procédure et une loterie judiciaire* de la part de SOCIETE1.) tendant à maximiser ses chances des mettre la main sur l'ensemble des actions de SOCIETE5.).

Appréciation

Les demandes de donné acte

A l'audience fixée pour les plaidoiries, le mandataire de l'appelante a demandé de voir acter que « la partie adverse a reconnu dans le cadre de la procédure anglaise le jugement qui a été rendu avant de contester le caractère définitif et contraignant de ce jugement » et que « le mandataire de la partie intimée indique n'avoir jamais vu la décision du 17 octobre 2022 ». La mandataire de l'intimée a demandé

d'acter que : « La partie appelante a elle-même mentionné lors de l'audience du 24 janvier 2023 n'avoir pas déposé comme pièce le « draft order » daté du 27 octobre 2022 »

Il y a lieu de faire droit à ces demandes.

La recevabilité

- la qualité pour agir

SOCIETE2.) réitère son moyen tenant au défaut de qualité pour agir dans le chef de SOCIETE1.). Elle soutient que cette contestation fait l'objet de deux litiges pendants devant les juridictions anglaises, dans le cadre de la Première Action et de la Deuxième Action.

Elle estime que les procédures anglaises doivent être prises en compte dans le cadre de la présente procédure en vue de respecter les droits de la défense et le respect à un procès équitable et que l'issue de ces procédures aurait une réelle incidence sur la procédure de faillite luxembourgeoise. Ainsi elle soutient que les critères nécessaires à l'ouverture d'une faillite sont directement liés à certaines décisions anglaises, notamment en ce qui concerne la nomination de SOCIETE1.) en tant que trustee et incidemment sa qualité à agir, mais également la conspiration et/ou les actes répréhensibles de SOCIETE1.) qui seront jugés dans le cadre des procédures anglaises. L'abus et le détournement de la procédure de faillite, soulevés par elle dans la présente procédure ne pourraient être prouvés qu'en déterminant (par le juge anglais) s'il y a eu une conspiration de SOCIETE1.) avec le groupe GROUPE2.) et ainsi déterminer les vraies intentions de l'appelante. Elle conclut dès lors à l'irrecevabilité de la demande sinon demande la surséance à statuer en attendant l'issue des litiges en Angleterre.

SOCIETE1.) avance que sa désignation en tant que trustee a été acceptée et ratifiée par SOCIETE2.) conformément au Deed of confirmation du 17 juin 2021 et que cette désignation n'a jamais été remise en cause avant le début des diverses procédures judiciaires. Elle estime que la tentative de remise en cause de sa nomination en tant que trustee en Angleterre n'est pas de nature à remettre en cause sa qualité à agir, qui selon elle n'est pas une condition de recevabilité de la demande. Elle estime que le résultat de cette procédure n'a aucune conséquence sur l'issue du présent litige puisque la dette d'SOCIETE2.) à l'égard des obligataires n'y est pas contestée et qu'une éventuelle remise en cause de la nomination de SOCIETE1.) en tant que trustee postérieurement à l'assignation en faillite et à l'appel n'emporterait aucune conséquence pour l'appréciation par les juridictions luxembourgeoises de la qualité à agir ou de la réunion des conditions permettant de prononcer la faillite. Elle s'oppose dès lors à tout sursis à statuer.

C'est à juste titre et pour les motifs que la Cour fait siens que le tribunal a retenu sur base de l'article 442 du Code de commerce qu'il faut être

créancier pour pouvoir demander la faillite du débiteur. Il s'agit en effet d'une action attitrée, réservée aux créanciers, qui ont seuls qualité à agir.

Le jugement est encore à confirmer en ce qu'il a été retenu qu'un trustee est reconnu en droit luxembourgeois comme propriétaire des biens qui font l'objet du trust et partant comme créancier des droits portant sur ces biens et qu'il appartient à SOCIETE1.) d'établir qu'elle a la qualité de trustee et qu'elle est fondée à agir sur base de l'article 442 du Code de commerce.

Il en découle également que contrairement aux affirmations de l'appelante, les contestations relatives à la régularité de la nomination en tant que trustee invoquées devant les juridictions anglaises ont une incidence sur l'appréciation de la qualité pour agir dans le cadre de la présente affaire.

Il est constant en cause que le 29 septembre 2021, SOCIETE2.) a introduit la Première Action, dénommée SOCIETE8.), au Royaume-Uni contre SOCIETE1.) et la société SOCIETE9.) LLP et SOCIETE3.) Trust Corporation UK Limited visant à forcer la communication de documents détenus par SOCIETE1.) et par le groupe GROUPE2.) sur base d'une allégation de conspiration.

Les parties s'accordent de dire que cette demande a été rejetée par la juridiction anglaise. Il résulte à cet égard du *minute of order* du 17 mai 2022 que la High Court of Justice, Business and Property Courts of England and Wales, Commercial Court (QBD) a rejeté (dismissed) la demande d'SOCIETE2.) et qu'SOCIETE2.) a été condamnée aux frais de procédure de 300.000 livres sterling au profit de SOCIETE9.) LLP et de 200.000 livres sterling au profit de SOCIETE1.).

SOCIETE2.) ne justifie pas en quoi cette procédure, qui est une procédure tendant à la production forcée de pièces, puisse constituer une cause rendant l'appel, respectivement la demande irrecevable. Dans la mesure où une décision a déjà été prise, il n'y a plus lieu de surseoir à statuer.

En ce qui concerne la Deuxième Action, il est constant en cause que le 15 novembre 2021, SOCIETE1.) a engagé une procédure judiciaire en Angleterre pour obtenir, entre autres, le paiement de la dette due au titre des Obligations et les restitutions des Actions Non Nanties. L'acte introductif d'instance a été modifié le 11 février 2022. Dans le cadre de cette procédure, SOCIETE2.) a fait une demande reconventionnelle tendant à faire reconnaître la conspiration et les manœuvres frauduleuses de SOCIETE1.) avec le groupe GROUPE2.) ; à faire annuler les documents conclus par SOCIETE2.) y compris l'acte de confirmation ; à faire ordonner que les Actions Nanties soient restituées et enfin, à faire reconnaître que SOCIETE1.) n'a pas été régulièrement nommée en tant que trustee.

SOCIETE2.) avance que l'ensemble des procédures anglaises ne sont pas achevées, le tribunal ne s'étant pas encore prononcé sur les demandes relatives à la validité de la cession des Actions Non Nanties de SOCIETE5.) ni sur l'hypothétique conspiration de SOCIETE1.).

SOCIETE1.) réplique à cet argument que dans la mesure où SOCIETE2.) a été déboutée de sa Première Action, elle n'a aucun fondement pour soutenir sa demande reconventionnelle. Elle affirme avoir sollicité l'obtention d'un jugement sommaire et obtenu la fixation de cette audience au 17 octobre 2022.

Lors de l'audience fixée pour plaidoiries, le 24 janvier 2023, SOCIETE1.) a produit aux débats un « Draft Order » constituant d'après elle un titre exécutoire reconnaissant sa qualité de trustee et l'existence de la créance à l'égard d'SOCIETE2.).

L'ordonnance de clôture a été révoquée afin de permettre la communication de cette pièce et la prise de position de la part d'SOCIETE2.).

Suite à la communication de cette pièce, SOCIETE2.) conteste le caractère définitif de ce « Draft Order » et estime qu'il ne constitue pas un titre exécutoire, ni une décision définitive. Elle ajoute que si par impossible le « Draft Order » devait constituer un titre exécutoire, celui-ci devait encore faire l'objet d'une procédure d'exéquatur au fin de reconnaissance en droit luxembourgeois.

SOCIETE1.) n'a pas répliqué par des conclusions écrites par rapport à cette nouvelle pièce.

L'instruction a été clôturée à l'audience du 31 janvier 2023 date à laquelle les débats ont eu lieu et l'affaire a été prise en délibéré.

Les juges de première instance ont correctement déduit des pièces, dont le deed of appointment du 24 décembre 2020 conclu avec SOCIETE3.) et du supplemental trust deed du 17 juin 2021 que SOCIETE1.) a remplacé SOCIETE3.) en sa qualité de trustee du Trust et qu'en vertu de l'article 19 du Trust, SOCIETE1.) est autorisée à exercer toute mesure d'exécution à l'encontre d'SOCIETE2.) en cas de survenance d'un évènement du Trust.

Il ressort par ailleurs du deed of confirmation of appointment du 17 juin 2021 que SOCIETE2.) a déclaré expressément confirmer son accord à la nomination de SOCIETE1.) comme trustee du Trust.

SOCIETE2.) fait actuellement valoir que cette nomination est irrégulière, respectivement a un caractère frauduleux et soutient que ce moyen n'a toujours pas été tranché par les juridictions anglaises dans le cadre de la Deuxième Action.

Or, elle reste actuellement en défaut d'établir que ce moyen est toujours pendant devant les juridictions anglaises, ce d'autant moins qu'il se dégage du « Draft Order » du 27 octobre 2022 portant l'entête

et le tampon de la High Court of Justice, que SOCIETE1.) a été nommée de façon régulière (validly appointed) en tant que trustee du Trust. Indépendamment du caractère définitif ou exécutoire de cette décision, SOCIETE2.) ne justifie pas sa demande de surséance de statuer, de sorte que ce moyen n'est dès lors pas fondé.

A défaut d'établir que la nomination de SOCIETE1.) en tant que trustee du Trust serait entachée d'une irrégularité, sinon aurait un caractère frauduleux, le jugement est à confirmer en ce que le tribunal a admis que SOCIETE1.) avait qualité pour agir.

- La mauvaise foi, l'abus, la fraude

SOCIETE2.) soulève encore l'irrecevabilité de la demande au motif que le créancier doit agir de bonne foi, que l'assignation en faillite ne doit pas être utilisée à des fins d'intimidation contre un débiteur et ne représente pas une procédure ordinaire de recouvrement des créances.

Elle fait valoir qu'elle a agi devant les juridictions anglaises afin de démontrer la conspiration de SOCIETE1.) ainsi que ses manœuvres frauduleuses. Selon elle, le simple fait que SOCIETE1.) agisse dans le cadre de l'ensemble des procédures, qu'elle a elle-même initiées, tant au Luxembourg qu'à l'étranger, de mauvaise foi, suffit à déclarer sa demande irrecevable, respectivement prématurée.

Elle demande en outre à la Cour de constater qu'il y a eu tentative d'escroquerie à jugement en vue d'obtenir un avantage et de déclarer l'appel irrecevable.

Aux termes de l'article 437 alinéa 1er du Code de commerce, tout commerçant qui cesse ses paiements et dont le crédit se trouve ébranlé est en état de faillite.

Cet article prévoit dès lors deux conditions pour pouvoir prononcer une société en état de faillite. La bonne foi du créancier n'y figure pas.

Le créancier qui demande à la légère ou de façon téméraire la déclaration en faillite de son débiteur s'expose à devoir des dommages-intérêts. Ces dommages-intérêts devront être demandés par le débiteur à titre reconventionnel. Le mobile de la demande en déclaration de faillite est sans importance, si les conditions objectives de la faillite sont remplies (Novelles, droit commercial, les concordats et la faillite, tome IV n°113).

Il s'ensuit que le moyen de l'irrecevabilité de l'appel respectivement de la demande n'est pas fondé. Dans la mesure où SOCIETE2.) ne formule aucune demande reconventionnelle en obtention de dommages-intérêts pour abus de procédure, respectivement pour mauvaise foi ou autre fraude commise par SOCIETE1.), il n'y a pas lieu à surseoir à statuer en attendant l'issue des procédures encore pendantes en Angleterre.

L'appel, introduit dans les forme et délai de la loi est partant recevable.

Au vu des développements qui précèdent le jugement est à confirmer en ce que le tribunal a déclaré la demande recevable.

Le fond

En application de l'article 437 alinéa 1^{er} du Code de commerce, la faillite ne peut être prononcée qu'à la double condition que le débiteur commerçant soit en état de cessation des paiements et que son crédit soit ébranlé.

Une déclaration de mise en faillite constitue une mesure définitive dont les éléments constitutifs doivent être appréciés avec rigueur. L'existence des circonstances justifiant la déclaration de faillite doit être appréciée au moment où le tribunal statue. La mise en faillite est justifiée si au jour du jugement les conditions de la faillite sont remplies.

La cessation des paiements se définit comme étant l'impossibilité constatée dans laquelle se trouve un débiteur de faire face à ses engagements. L'ébranlement du crédit qui n'est qu'une modalité que la cessation des paiements doit revêtir pour justifier une déclaration de faillite, peut provenir tant de l'impossibilité pour le débiteur d'obtenir de l'argent frais pour payer ses dettes que du refus des créanciers de lui accorder des délais de paiements.

La cessation des paiements suppose impayées des dettes certaines, liquides et exigibles.

Il n'est pas nécessaire que le demandeur en faillite dispose d'un titre exécutoire. Il faut et il suffit qu'il apporte la preuve que la partie assignée n'est pas en mesure de payer sa créance certaine, liquide et exigible (Cour 14 février 2011 n°24615 du rôle).

En l'espèce, SOCIETE2.) ne conteste pas le caractère certain, liquide et exigible de la créance de SOCIETE1.). Elle approuve cependant le tribunal en ce qu'il a été retenu que SOCIETE1.) n'a pas établi avoir entrepris une quelconque mesure pour recouvrer sa créance.

Il résulte des développements des parties que le principal actif d'SOCIETE2.) est constitué d'actions (toutes nanties d'après ses dires) détenues dans le capital de la société française SOCIETE5.). A part un solde en compte bancaire qui s'élevait à la fin de 2020 à environ 15.000 euros, SOCIETE2.) ne justifie pas d'autre actifs.

SOCIETE2.) conteste cependant la cessation de paiements et soutient que la valeur des actions était au moment de la date de la maturité des obligations suffisante pour permettre en cas de réalisation du gage, le paiement de la créance de SOCIETE1.). Elle verse à l'appui de ses dires un rapport d'évaluation.

Elle conteste en outre tout ébranlement de crédit et verse un contrat de financement conclu le 5 septembre 2022 aux termes duquel la société chinoise SOCIETE10.) Co, LTD accepte de lui prêter la somme de 280.000.000 euros pour le paiement par celle-ci des obligations échues et qu'en contrepartie de ce prêt, SOCIETE2.) a accepté de donner à son cocontractant chinois ou à demander à SOCIETE1.) le transfert des 28.028,163 actions SOCIETE5.).

Il ne résulte cependant d'aucun élément du dossier que ce prêt ait reçu le moindre commencement d'exécution. Les explications d'SOCIETE2.) relatives à la situation sanitaire en Chine ne sont pas convaincantes pour justifier le retard pris dans l'exécution de cet accord de financement, ce d'autant moins que l'accord prévoit non seulement des obligations à remplir par la société chinoise mais également des formalités à remplir par SOCIETE2.) tenant à la levée du gage de SOCIETE1.) et son transfert au profit de son nouvel investisseur, formalités qui ne sont pas dépendantes de la situation sanitaire en Chine.

A défaut de cette preuve, l'existence du contrat de financement ne permet pas d'établir l'existence de liquidités permettant à SOCIETE2.) de payer ses dettes.

Les parties développent longuement dans leurs conclusions la valeur des actions gagées et l'incidence de la réalisation du gage sur la créance, échue depuis la maturité des obligations.

Or, le fait que SOCIETE2.) détient des actions, respectivement qu'elle a octroyé un gage sur ces actions à son créancier est sans pertinence dans le cadre de l'appréciation de la question de savoir si elle était en cessation des paiements. La cessation des paiements est une réalité indépendante de l'état de fortune du débiteur et qu'il importe peu que l'actif soit le cas échéant supérieur au passif (op. cit. Nouvelles, n° 203).

Par ailleurs, l'actif immobilisé ne peut être pris en considération pour l'appréciation de la solvabilité d'une société (Cour, 10 avril 2013, n°38977 du rôle).

Quant à l'existence de mesures d'exécution forcée, l'impossibilité d'exécuter un jugement peut justifier l'état de faillite, mais n'est pas nécessairement requise. S'il existe d'autres preuves de la cessation des paiements et de l'ébranlement de crédit, le juge n'exigera pas, en outre, la preuve d'un procès-verbal de carence.

Selon une jurisprudence constante, le créancier n'est pas tenu de poursuivre d'abord l'exécution de son titre sur les immeubles du débiteur, avant de demander la faillite de celui-ci (op.cit Nouvelles, n°1091). Cette jurisprudence peut être transposée au cas d'espèce.

Il se dégage des éléments cités ci-avant que SOCIETE2.) n'a pas procédé au paiement d'une dette reconnue depuis septembre 2021 ; qu'elle ne dispose que d'un faible actif liquide, insuffisant pour payer

la dette reconnue et qu'elle est dans l'impossibilité d'obtenir de l'argent frais pour payer ses dettes.

La cessation de paiements d'SOCIETE2.) n'est - au vu des éléments du dossier - pas à attribuer à une gêne financière momentanée. Elle a été bien réelle au jour du prononcé du jugement entrepris et l'est par ailleurs toujours.

Le jugement est partant à réformer, et il y a lieu de prononcer la faillite.

Au vu de l'issue du litige, il y a lieu de débouter l'intimée de sa demande en paiement d'une indemnité de procédure.

La société SOCIETE1.) demande une indemnité de procédure de 5.000 euros. Au vu de l'état de faillite, la Cour ne saurait prononcer de condamnation sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile mais serait limitée à fixer la créance de SOCIETE1.). Abstraction faite de cette considération, SOCIETE1.) est restée en défaut d'établir la condition d'iniquité requise par l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, de sorte que sa demande est à rejeter comme non fondée.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

donne acte au mandataire de la partie appelante que « la partie adverse a reconnu dans le cadre de la procédure anglaise le jugement qui a été rendu avant de contester le caractère définitif et contraignant de ce jugement » et que « le mandataire de la partie intimée indique n'avoir jamais vu la décision du 17 octobre 2022 »,

donne acte au mandataire de la partie intimée que : « La partie appelante a elle-même mentionnée lors de l'audience du 24 janvier 2023 n'avoir pas déposé comme pièce le « Draft Order » daté du 27 octobre 2022 »

reçoit l'appel,

le dit **fondé**,

dit qu'il n'y a pas lieu à sursis à statuer,

par **réformation**,

déclare la société à responsabilité limitée SOCIETE2.) en état de faillite,

fixe provisoirement la cessation des paiements au 26 mai 2021,

nomme juge-commissaire Madame Marlene MULLER, juge au tribunal d'arrondissement de Luxembourg et désigne comme curateur Maître Valérie KOPERA, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

ordonne aux créanciers de faire leurs déclarations de créance avant le 13 mars 2023,

fixe lieu, jour et heure pour la clôture du procès-verbal de vérification des créances au 24 mars 2023 à 14 :30 heures et pour les débats sur les contestations à naître de cette vérification au 31 mars 2023 à 9.00 heures, chaque fois en l'auditoire du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, Cité Judiciaire, 7, rue du St. Esprit, 1^{er} étage, salle CO.1.01,

ordonne que les scellés seront apposés au siège social de la faillie et partout ailleurs où besoin en sera, à moins que l'inventaire ne puisse être terminé en un seul jour, auquel cas il y sera procédé sans apposition préalable,

ordonne que le présent arrêt sera affiché en l'auditoire du tribunal de commerce de Luxembourg et inséré par extraits dans les journaux "MEDIA1.)" et "MEDIA2.)", édités respectivement à Luxembourg et à Esch-sur-Alzette,

déboute les parties de leurs demandes respectives en octroi d'une indemnité de procédure,

laisse les frais et dépens des deux instances à charge de la masse de la faillite SOCIETE2.) avec distraction au profit de Me Romain Sabatier, sur ses affirmations de droit.