

Texte pseudonymisé

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

**Arrêt N° 193/23 IV-COM**

Audience publique du cinq décembre deux mille vingt-trois

Numéro CAL-2022-01078 du rôle

Faillite No. 859/2023

Composition:

Marianne EICHER, président de chambre;  
Michèle HORNICK, conseiller;  
Carole BESCH, conseiller;  
Eric VILVENS, greffier.

**E n t r e**

**la société anonyme de droit saint-marinais SOCIETE1.),** établie et ayant son siège social à ADRESSE1.), représentée par son conseil d'administration, inscrite au Registre des Sociétés de Saint Marin sous le numéro NUMERO1.) et au numéro 10 du Registre des sujets autorisés à la Banque Centrale de la République de Saint-Marin,

**appelante** aux termes d'un acte de l'huissier de justice Guy Engel de Luxembourg du 11 octobre 2022,

comparant par la société à responsabilité limitée Molitor Avocats à la Cour, établie et ayant son siège social à L-2763 Luxembourg, 8, rue Sainte-Zithe, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 211810, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Philippe Thiebaud, avocat à la Cour,

**e t**

**la société anonyme SOCIETE2.),** établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par son conseil d'administration, inscrite

au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.),

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

comparant par Maître Yuri Auffinger, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

## **LA COUR D'APPEL**

Par exploit d'huissier de justice du 10 mai 2022, la société de droit du Saint-PERSONNE1.) (ci-après SOCIETE3.)) a assigné la société anonyme SOCIETE2.) (ci-après SOCIETE2.)) devant le Tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale, pour la voir déclarer en état de faillite.

Par jugement contradictoire du 11 juillet 2022, le Tribunal a déclaré la demande de PERSONNE2.) recevable mais non fondée. Le Tribunal a rejeté la demande reconventionnelle de SOCIETE2.) basée sur l'article 6-1 du Code civil, a condamné PERSONNE2.) à payer à SOCIETE2.) une indemnité de procédure de 1.000 euros et a condamné PERSONNE2.) aux frais et dépens de l'instance.

Pour statuer ainsi, le Tribunal a retenu qu'un litige judiciaire était pendant entre les parties quant au bien-fondé de la créance de 13.500.000 euros invoquée par SOCIETE3.) à l'appui de la demande en faillite, et qu'il résultait de ses conclusions dans l'affaire au fond que SOCIETE2.) contestait l'ensemble des demandes à son encontre et invoquait la nullité de l'acte introductif d'instance.

Le Tribunal en a déduit que la créance invoquée n'était pas certaine, de sorte que les conditions de la faillite n'étaient pas remplies.

De ce jugement, qui ne lui a pas été signifié, PERSONNE2.) a interjeté appel par exploit d'huissier de justice du 11 octobre 2022.

SOCIETE2.) soulève l'exception dilatoire prévue à l'article 257 du Nouveau Code de procédure civile et demande à voir condamner PERSONNE2.) à consigner auprès de la Caisse des consignations une caution judiciaire d'un montant de 100.000 euros.

### Quant à la demande de caution judiciaire

Aux termes de l'article 257 du Nouveau Code de procédure civile, en toutes matières, les personnes, physiques ou morales, autres que celles qui ont leur domicile ou leur résidence sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne, d'un Etat membre du Conseil de l'Europe ou d'un Etat avec lequel le Luxembourg est lié par une convention internationale qui stipule la dispense d'une telle caution, demandeurs principaux ou intervenants étrangers, sont tenues, si le défendeur le requiert, avant toute exception, de fournir caution de

payer les frais et dommages-intérêts auxquels elles peuvent être condamnées.

C'est à bon droit que PERSONNE2.), qui a son siège au Saint-Marin, pays-membre du Conseil de l'Europe, conteste devoir fournir caution judiciaire pour ce motif.

L'article 257 du Nouveau Code de procédure civile n'étant pas applicable, il y a lieu de rejeter la demande de caution judiciaire.

#### Quant au fond

**PERSONNE2.)** demande, par réformation, à voir déclarer SOCIETE2.) en état de faillite et voir ordonner tous devoirs requis en la matière, à voir condamner SOCIETE2.) à lui payer une indemnité de procédure de 2.500 euros ainsi qu'aux frais et dépens des deux instances.

PERSONNE2.) estime que c'est à tort que le Tribunal n'a pas retenu le caractère certain, liquide et exigible de sa créance à l'encontre de SOCIETE2.). En effet, sa créance pour le montant de 13.500.000 euros résulterait d'un contrat de souscription d'obligations, venu à échéance le 30 juin 2018, sinon le 30 juin 2021.

La seule existence d'une procédure au fond n'affecterait pas le pouvoir du juge de la faillite de déterminer si les conditions de la faillite, prévues à l'article 437 du Code de commerce sont remplies.

Si une dette contestée ne saurait entraîner la faillite, encore faudrait-il que la contestation soit sérieuse et non dilatoire.

Or dans le cadre du litige au fond introduit en janvier 2019, SOCIETE2.) ne contesterait ni le principe ni le montant de la créance, mais uniquement la date d'échéance au 30 juin 2018.

Concernant le moyen de SOCIETE2.), suivant lequel SOCIETE3.) serait fautive pour ne pas avoir réalisé sa garantie, -nantissement sur les actions de SOCIETE2.) -, dès le 30 juin 2018, l'intimée souligne que SOCIETE2.) ne saurait sérieusement contester à la fois le caractère exigible du remboursement des obligations en 2018 et reprocher à SOCIETE4.) de ne pas avoir réalisé son gage à cette époque. Elle constate que SOCIETE2.) ne formule pas de prétention à l'appui de cette allégation, et reste en défaut d'apporter la moindre preuve quant à une « valeur importante » de ses actions en 2018, d'ailleurs démentie par ses propres comptes annuels de 2018.

PERSONNE2.) affirme que sa créance est exigible depuis le 30 juin 2018, sinon à compter de quatre cas de défaillance contractuelle (« *events of default* ») survenus le 21 janvier 2019, le 22 juillet 2019 et le 8 août 2019, sinon au plus tard le 30 juin 2021.

Quant à la situation financière de SOCIETE2.), SOCIETE3.) donne à considérer que dans ses comptes annuels de 2020, SOCIETE2.) a

indiqué la valeur de ses participations à seulement deux euros. En effet, son unique participation serait la société SOCIETE5.) (ci-après SOCIETE6.)), un établissement de crédit ayant fait l'objet d'une procédure d'administration extraordinaire le 21 janvier 2019, procédure ayant abouti à sa résolution par la Banque Centrale, le 22 juillet 2019. SOCIETE3.) ajoute que SOCIETE2.) avait détenu le contrôle de SOCIETE6.) via son unique filiale, la société SOCIETE7.), dont la licence bancaire avait été révoquée le 8 août 2019 et qui avait elle-même été placée sous une procédure de liquidation administrative à compter de cette date.

Pour le surplus, SOCIETE2.) ne disposerait d'aucune liquidité ni source de revenus.

Les pertes reportées à l'issue de l'exercice 2020 s'élèveraient à 44.697.874,50 euros, découlant de la dépréciation de la société SOCIETE7.), la seule participation détenue par SOCIETE2.).

Il résulterait en outre des comptes annuels de 2020 que SOCIETE2.) aurait d'autres créances exigibles dans l'année pour plus de 15 millions d'euros.

SOCIETE2.) évaluerait son actif à 7.130,02 euros dans ses comptes annuels de 2021.

PERSONNE2.) conclut que les conditions de la faillite de SOCIETE2.) sont remplies depuis bien longtemps.

**SOCIETE2.)** conclut à la confirmation du jugement entrepris et demande, reconventionnellement, à voir condamner SOCIETE3.) à lui payer le montant de 15.000 euros à titre d'indemnité pour procédure abusive et vexatoire.

Elle demande encore à voir condamner PERSONNE2.) à lui rembourser le montant de 8.600 euros à titre de frais d'avocat exposés. Elle demande enfin à voir condamner PERSONNE2.) à lui payer une indemnité de procédure de 5.000 euros ainsi qu'aux frais et dépens de l'instance d'appel.

Elle précise qu'elle conteste formellement la créance invoquée à son encontre et qu'elle développera davantage ses contestations dans un corps de conclusions à rédiger dans le cadre de l'affaire pendante devant le Tribunal.

Elle expose d'ores et déjà que PERSONNE2.) bénéficiait d'une garantie sous forme d'un gage sur les actions de SOCIETE2.) qui avait une « valeur importante » le 30 juin 2018, et qu'à défaut d'actionner la garantie, PERSONNE2.) a contribué à son propre dommage. Elle aurait pour le surplus « *œuvré dans les coulisses pour aboutir in fine à la résolution de la Banca SOCIETE8.)* » causant ainsi un préjudice grave à SOCIETE2.).

Ce serait dès lors à juste titre que le Tribunal a retenu l'absence de certitude de la créance.

Au vu des agissements de l'appelante et de l'état toujours pendant de la procédure au fond, la créance ne serait pas non plus liquide ni exigible.

### **Appréciation**

En application de l'article 437 alinéa 1<sup>er</sup> 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<sup>1</sup>.

Si les dettes sont impayées parce qu'elles font l'objet de contestations, l'état de cessation des paiements n'est pas avéré. Il faut, bien entendu que la contestation soit sérieuse<sup>2</sup>.

La tâche du juge appelé à statuer sur la demande en faillite se limite à l'examen du caractère sérieux de la contestation ; si la contestation est sérieuse, le juge doit rejeter la demande sans pouvoir jamais passer à l'examen du fond du litige<sup>3</sup>.

La contestation sérieuse existe dès lors que l'un des moyens de défense opposé à la prétention de celui qui s'appuie sur un droit n'est pas manifestement vain.

---

<sup>1</sup> Cour 14 février 2011 n°24615 du rôle

<sup>2</sup> André Cloquet, Les Nouvelles, Droit commercial, T.IV, Les concordats et la faillite, 3<sup>e</sup> édition, 1985, n°212

<sup>3</sup> E. BRUNET, Faillite et Banqueroute, n°169, p.28

Tel était le cas dans l'affaire jugée par la Cour<sup>4</sup>, invoquée par SOCIETE2.), dans laquelle c'était la société ultérieurement assignée en faillite, qui avait d'abord assigné un justice sa créancière pour voir constater notamment la caducité de ses engagements. Ladite décision, qui repose sur des éléments factuels très différents de la présente affaire, n'est partant pas pertinente en l'espèce.

A contrario, une contestation non sérieuse n'affecte pas le caractère certain de la créance.

S'agissant de la charge de la preuve, il appartient au demandeur de prouver l'existence de l'obligation qu'il invoque, puis au défendeur de démontrer qu'il existe une contestation sérieuse susceptible de faire échec à la demande.

La Cour note que la créance invoquée a trait au remboursement de 13.500 obligations émises par SOCIETE2.) en vertu d'un contrat de souscription du 1<sup>er</sup> août 2008 (ci-après le Contrat) pour une valeur de 13.500.000 euros. L'article 8 des conditions générales du Contrat prévoit que les obligations seront remboursées à leur date de maturité, le 30 juin 2018, date pouvant être reportée à la demande de l'émetteur, sous certaines conditions, au 30 juin 2021.

Par courrier du 19 juin 2018, SOCIETE2.) a demandé à SOCIETE3.) son accord de voir reporter de trois ans l'échéance de l'emprunt obligataire.

Par courrier recommandé du 29 juin 2018, PERSONNE2.) a refusé la demande de prorogation et a confirmé l'échéance contractuelle au 30 juin 2018.

Par courrier recommandé du 20 septembre 2018, PERSONNE2.) a mis en demeure SOCIETE2.) de lui rembourser le montant de 13.500.000 euros, outre les intérêts et frais.

Le 31 janvier 2019, PERSONNE2.) a assigné SOCIETE2.) devant le Tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale pour la voir condamner à lui payer, sur base du Contrat, le montant principal de 13.500.000 euros, les intérêts et des dommages et intérêts. Quatre personnes physiques, tenues pour co-responsables du dommage causé à SOCIETE3.) du fait du non-paiement à l'échéance, ont été assignées dans le même exploit pour se voir condamner solidairement, sinon *in solidum* avec SOCIETE3.), au paiement des mêmes montants.

Dans ses seules conclusions dans l'affaire au fond, notifiées le 30 septembre 2019, conclusions que SOCIETE3.) verse en tant que pièce dans la présente instance et que SOCIETE2.) ne discute pas, celle-ci a soulevé d'abord la nullité de l'assignation du 31 janvier 2019 en raison de son libellé obscur, et au fond, a contesté l'exigibilité de la

---

<sup>4</sup> Cour, 20 janvier 2016, n°40965 du rôle. Le pourvoi contre cette décision a été rejetée (Cass, 19 janvier 2017, n°3733 du registre)

dette en insistant sur la prorogation au 30 juin 2021 de l'échéance des obligations.

Le 10 mai 2022, PERSONNE2.) a assigné SOCIETE2.) en faillite.

L'existence des conditions de la faillite est à apprécier au jour où la juridiction statue.

Indépendamment de la question de savoir si l'échéance pour le remboursement des obligations litigieuses a été valablement reportée par SOCIETE2.) et si les différents « *events of default* » sont avérés, l'exigibilité du remboursement depuis le 30 juin 2021 n'est pas contredite.

Les contestations avancées dans le cadre de l'affaire de faillite ont trait à une éventuelle responsabilité de SOCIETE3.) de ne pas avoir réalisé son gage depuis le 30 juin 2018.

SOCIETE2.) n'apporte aucun élément de preuve quant à la valeur qu'elle affirme être « importante » - dudit gage aux différentes dates ci-avant avancées.

Pour le surplus, elle ne saurait, sans se contredire, à la fois contester l'exigibilité de la créance au 30 juin 2018 et reprocher à SOCIETE3.) de ne pas avoir réalisé son gage portant sur la créance.

Une telle contestation ne saurait être qualifiée de sérieuse et non dilatoire.

Force est également de constater que si son argumentation pourrait le cas échéant fonder une demande reconventionnelle, elle n'est pas de nature à mettre en doute le bien-fondé de la créance, découlant du Contrat, de PERSONNE2.) à son égard.

Tel vaut également pour le reproche, ni explicité ni étayé, d'avoir « œuvré dans les coulisses ».

Dès lors, les contestations opposées à la créance de SOCIETE3.) ne sont pas sérieuses, dans le sens où elles ne permettent pas de faire échec à la demande.

Au vu des éléments soumis à la Cour, la créance est certaine, liquide et exigible et reste impayée à ce jour.

Quant à la situation financière de SOCIETE2.), celle-ci chiffre dans ses comptes annuels pour l'année 2021 les dettes à une échéance inférieure à un an à 15.251.025,71 euros et celles à une échéance supérieure à un an à 25.430.122,21 euros (il résulte de la note explicative de ce dernier chiffre, qu'il vise, entre autres, la dette de 13.500.000 euros à l'égard de SOCIETE3.)).

Les comptes annuels de 2021 ne font état d'aucun actif en banque ni même immobilisé, mais seulement de participations financières évaluées à 2 euros et de créances à récupérer endéans l'année pour

un total de 7.130,02 euros. Elle-même ne fait pas état de liquidités lui permettant de régler son passif important.

Il se dégage des développements qui précèdent que SOCIETE2.) n'a pas procédé au paiement d'une dette de 13.500.000 euros, réclamée par son créancier, qui n'est pas sérieusement contestable depuis le 30 juillet 2021 ; qu'elle ne dispose pas d'un actif liquide, suffisant pour payer ladite dette et qu'elle est dans l'impossibilité d'obtenir de l'argent frais à cette fin.

La cessation de paiements de 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 également lieu de réformer le jugement en ce qu'il a condamné PERSONNE2.) au paiement d'une indemnité de procédure.

La demande en faillite étant justifiée, il s'ensuit que la demande de SOCIETE2.), tendant au paiement d'une indemnité pour procédure abusive et vexatoire est à rejeter.

Pour ce même motif, l'action n'ayant aucun caractère fautif dans le chef de PERSONNE2.), la demande de SOCIETE2.) tendant au remboursement de ses frais et honoraires d'avocat exposés est à rejeter.

Il en est de même de sa demande en paiement d'une indemnité de procédure basée sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

PERSONNE2.) demande une indemnité de procédure de 2.500 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 SOCIETE3.). Abstraction faite de cette considération, PERSONNE2.) 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,

rejette la demande de caution judiciaire,

reçoit l'appel,

le dit **fondé**,

par **réformation**,

**déclare** sur assignation en état de faillite la société anonyme SOCIETE2.), établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.),

**fixe** provisoirement la cessation des paiements au 5 juin 2023,

**nomme** juge-commissaire Madame Tania CARDOSO, juge au tribunal d'arrondissement de Luxembourg et **désigne** comme curateur Maître Cédric SCHIRRER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**ordonne** aux créanciers de faire au greffe du tribunal de commerce de Luxembourg la déclaration du montant de leurs créances jusqu'au 5 juin 2024 sous peine de forclusion,

**fixe** lieu, jour et heure pour la première vérification des créances au 5 janvier 2024 à 14 :30 heures en l'auditoire du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, Cité Judiciaire, 7, rue du St. Esprit, 1<sup>er</sup> 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 jugement sera inséré par extrait dans les journaux « Luxemburger Wort » et « Tageblatt »,

**déboute** la société anonyme SOCIETE2.) de ses demandes basées sur les articles 6-1 et 1382 du Code civil,

**déboute** les deux parties de leurs demandes respectives en octroi d'une indemnité de procédure pour la première instance et l'instance d'appel,

**condamne** la faillie aux frais et dépens des deux instances, qui seront prélevés par privilège sur l'actif de la faillite.