

Audience publique du dix janvier deux mille treize

Numéro 38084 du rôle

Composition:

Eliane EICHER, président de chambre,
Marianne PUTZ, premier conseiller,
Agnès ZAGO, conseiller,
Jean ENGELS, avocat général,
Lex BRAUN, greffier.

E n t r e

la société anonyme **SOC.1.) S.A.**, indiquant comme siège social (...), L- (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B..., actuellement en liquidation, représentée par son liquidateur en fonctions, déclarée en état de faillite par un jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, du 8 novembre 2010,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 2 décembre 2010,

comparant par Maître Lydie LORANG, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1) la société anonyme de droit costaricain **SOC.2.) S.A.**, établie et ayant son siège social à (...), Costa Rica, immatriculée sous le numéro ..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit BIEL,

comparant par Maître François BROUXEL, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

2) Maître Evelyne KORN, avocat à la Cour, demeurant à L-2240 Luxembourg, 8, rue Notre-Dame, prise en sa qualité de curateur de la société anonyme SOC.1.) S.A., déclarée en état de faillite par un jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, du 8 novembre 2010,

intimée aux fins du susdit exploit BIEL,

comparant par Maître Evelyne KORN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par jugement du 8 novembre 2010, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, a, sur assignation de la société anonyme de droit costaricain SOC.2.) S.A., ci-après SOC.2.), déclaré en état de faillite la société anonyme de droit luxembourgeois SOC.1.) S.A., ci-après SOC.1.).

Par exploit d'huissier du 2 décembre 2010, SOC.1.) a relevé appel et demandé la nullité de l'assignation en faillite sinon que la faillite soit rabattue.

L'appel est recevable pour avoir été introduit dans les forme et délai de la loi.

SOC.1.) commence, tout comme en première instance, par demander l'application de l'article 160 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile disposant que « *la signification d'un acte à domicile inconnu est non avenue si la partie à la requête de laquelle elle a été opérée connaissait le domicile, le domicile élu, ou la résidence au Luxembourg ou à l'étranger du destinataire de l'acte et s'il est justifié que cette signification a porté atteinte aux intérêts de ce dernier* ».

Elle conclut à la nullité de l'exploit introductif d'instance, signifié moyennant procès-verbal de recherche, au motif que SOC.2.) savait où trouver SOC.1.), qu'il lui aurait suffi de contacter son conseil habituel qui s'était constitué avocat dans une affaire connexe.

Pour dire que les conditions de la faillite n'étaient pas remplies au jour du jugement déclaratif, la société appelante SOC.1.) fait valoir en premier lieu que SOC.2.) n'aurait pu établir ni la cessation de paiement ni

l'ébranlement du crédit dans le chef de SOC.1.), puisqu'elle n'aurait pas épuisé toutes les possibilités pour recouvrer la créance alléguée, la saisie-arrêt pratiquée entre les mains de la société SOC.3.) n'ayant par ailleurs pas été activement poursuivie, alors que pourtant la partie tierce-saisie avait un siège connu et avait constitué avocat. Elle avance encore qu'il ne serait pas établi que d'autres jugements rendus à son encontre n'auraient pu être exécutés, ni qu'il existerait d'autres dettes.

Finalement SOC.1.) réitère son argument tiré du caractère incertain, non liquide et non exigible de la créance invoquée par SOC.2.) à l'appui de son assignation en faillite, au motif que l'ordonnance de référé, rendue au provisoire, ne lierait jamais le juge du fond et que précisément la créance n'était pas exigible dans la mesure où SOC.1.) et SOC.2.) auraient convenu, pour faciliter une clôture progressive des positions entre parties, que le paiement d'un éventuel solde par SOC.1.) ne devait intervenir qu'après établissement des décomptes entre parties et que cette « condition suspensive » ne se serait jamais réalisée par la faute de SOC.2.).

Elle accuse encore Monsieur A.), bénéficiaire économique de SOC.2.), d'avoir fait créditer le compte de SOC.2.) à concurrence de 200.000 euros déjà en 2007, par prélèvements du compte privé de certains actionnaires de SOC.1.).

Le représentant du Ministère Public, SOC.2.) et le curateur, Maître Evelyne KORN, affirment le caractère régulier de l'assignation en faillite et s'opposent au rabattement de la faillite. Ils demandent à la Cour de confirmer le jugement de première instance.

Concernant le moyen tiré de l'irrégularité de l'assignation en faillite, il y a lieu de noter que SOC.1.) n'avait pas de siège social publié au registre de commerce, ni le 24 août 2010, date d'une première assignation en faillite, ni le 9 septembre 2010, date de l'assignation en faillite dont l'examen est actuellement soumis à la Cour.

Maître Lydie LORANG s'était certes constituée avocat le 13 août 2010 pour SOC.1.) dans le cadre de la procédure de saisie-arrêt entre les mains de la société SOC.3.), instance pouvant être considérée comme connexe à la présente instance devant la Cour.

Une constitution d'avocat ne vaut cependant pas élection de domicile et une élection de domicile ne vaut que pour l'instance en vue de laquelle le domicile fut choisi, normalement dans l'étude d'un avocat pour faciliter l'échange de conclusions.

Par ailleurs, SOC.1.) n'a pas établi la réalité d'un préjudice en son chef, résultant du mode de signification de l'assignation.

L'assignation en faillite a dès lors été régulièrement signifiée à SOC.1.), de sorte que le jugement entrepris est à confirmer quant à ce point.

Pour ce qui est du fond de l'affaire, SOC.2.) disposait d'une créance à l'encontre de SOC.1.), sur base d'une ordonnance de référé rendue le 2 mars 2010 déclarée exécutoire par provision, s'élevant au montant de 261.765,75 euros, y non compris les intérêts légaux et l'indemnité de procédure, créance que SOC.2.) se trouvait dans l'impossibilité de recouvrer, SOC.1.) n'ayant plus de bien saisissable et une procédure de saisie-arrêt ordinaire pratiquée le 22 juillet 2010 entre les mains de la société anonyme SOC.3.), laquelle avait en partie les mêmes actionnaires que SOC.1.) et dont la solvabilité était douteuse, ne promettant aucune possibilité de recouvrement de la créance.

Dans la mesure où l'ordonnance rendue le 2 mars 2010 a été déclarée exécutoire par provision, SOC.1.) est malvenue de soulever l'absence de caractère certain, exigible et liquide de la créance invoquée, c'est-à-dire de contester le caractère exécutoire du titre.

Elle est pareillement malvenue de soutenir que SOC.2.) n'aurait pas entrepris tous les efforts possibles pour recouvrer sa créance, alors que, tel que développé ci-après, SOC.1.) ne disposait d'aucun actif se prêtant à une saisie.

SOC.1.) n'avait plus de siège social au moment de l'assignation en faillite le 9 septembre 2010 et sa dissolution et sa mise en liquidation furent décidées en assemblée générale le 10 septembre 2010.

D'après les informations du curateur, il n'existe aucun bien mobilier, ni immobilier, ni actif en comptes bancaires au nom de SOC.1.). A l'actif du dernier bilan publié, celui pour l'exercice 2009, auraient figuré une participation dans la société de droit italien SOC.4.) évaluée à 400.157 euros de même qu'une créance de 40.000 euros, société par rapport à laquelle le curateur a précisé qu'elle est virtuellement en faillite et qu'elle se trouve en liquidation judiciaire.

Le curateur affirme ne pas être en mesure de vérifier la réalité et le quantum d'une créance de 715.000 euros figurant au même bilan, que SOC.1.) aurait à l'encontre de la société SOC.3.), le liquidateur et ancien administrateur de la société n'ayant voulu fournir la moindre information. Par ailleurs, l'assemblée générale des actionnaires de la société SOC.3.) aurait décidé le 25 novembre 2010 de transférer le siège social de la société en Italie et de faire adopter par la société la nationalité italienne.

Concernant le passif de SOC.1.), le bilan au 31 décembre 2009 renseignerait des dettes, dont une de 850.000 euros envers une société SOC.5.).

Au regard des renseignements fournis par le curateur sur la situation financière de SOC.1.), notamment du fait qu'aucune rentrée de fonds importante n'était à prévoir le jour de la faillite, de ce que SOC.2.) a noté à raison que SOC.1.) n'a même pas contesté dans son acte d'appel que son crédit était ébranlé, et de ce que l'impossibilité de paiement d'une seule dette suffit pour établir la cessation des paiements d'une société, il y avait eu cessation de paiements et ébranlement du crédit le jour du jugement déclaratif de faillite.

La faillite a partant été déclarée à juste titre par les juges de première instance.

L'appel n'est donc pas fondé.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat de la mise en état, le Ministère Public entendu en ses conclusions,

déclare l'appel recevable,

le dit non fondé,

confirme le jugement entrepris,

met les frais et dépens de l'instance d'appel à charge de la masse de la faillite.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Eliane EICHER, président de chambre, en présence du greffier Lex BRAUN.