

Jugement commercial n°2019TALCH06/01292

Audience publique du jeudi, dix-neuf décembre deux mille dix-neuf.

Numéro du rôle : TAL-2019-07857

Liquidation n°L-6258/09

Composition :

Laurent LUCAS, premier juge-président ;
Joe ZEIMETZ, juge ;
Jackie MORES, juge ;
Claude FEIT, greffier.

I. Liquidation n° L-6258/09

Entre :

la masse des créanciers de la liquidation judiciaire de la société anonyme **SOC1**), ayant eu son siège social à (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B xxxxxx, déclarée dissoute et mise en liquidation judiciaire par jugement du 1^{er} octobre 2009 du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, sixième chambre, siégeant en matière commerciale, cette masse représentée par son liquidateur judiciaire Maître Yann BADEN, avocat à la Cour, demeurant à Gonderange,

comparant par Maître Yann BADEN, avocat à la Cour, susdit,

et :

la société de droit de l'Etat du lieu) **SOC2**), établie et ayant son siège social à (...), représentée par ses organes sociaux actuellement en fonctions, sinon par toute autre personne habilitée à cet effet ;

créancière ayant produit sous le numéro n° du tableau des créanciers tenu au greffe du tribunal de commerce de Luxembourg,

comparant par la société à responsabilité limitée Loyens & Loeff Luxembourg SARL, établie et ayant son siège social à L-2540 Luxembourg, 18-20, rue Edward Steichen, représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Véronique HOFFELD, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

I. Faits :

La société SOC2) a déposé une déclaration de créance et elle a requis l'admission de la créance au passif privilégié de la société anonyme SOC1) pour le montant de 100.000.000,- EUR.

Lors de la vérification des créances du 26 avril 2019 dans la liquidation de la société anonyme SOC1), le liquidateur avait formulé des contestations au sujet de ladite production de créance.

Les débats sur ladite contestation ont été fixés à l'audience publique du 6 juin 2019, lors de laquelle Maître Yann BADEN, pris en sa qualité de liquidateur de la société anonyme SOC1), et Maître Véronique HOFFELD exposèrent leurs moyens.

Les débats furent ensuite refixés à l'audience publique du 20 juin 2019, et utilement retenus lors de l'audience publique au 24 octobre 2019.

II. TAL-2019-07857

Entre :

SOC2), une société établie selon le droit de l'Etat du lieu), établie et ayant son siège social à (...), représentée par ses organes sociaux actuellement en fonctions, sinon par toute autre personne habilitée à cet effet ;

élisant domicile en l'étude de la société à responsabilité limitée Loyens & Loeff Luxembourg SARL, établie et ayant son siège social à L-2540 Luxembourg, 18-20, rue Edward Steichen, représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Véronique HOFFELD, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

demanderesse, comparant par Maître Véronique HOFFELD, avocat à la Cour susdit,

et :

1) la société anonyme SOC1), actuellement en liquidation judiciaire, ayant été établie et ayant eu son siège social à (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B xxxxx, représentée par son liquidateur Maître Yann BADEN ;

défenderesse, comparant par Maître Yann BADEN, avocat à la Cour,

2) Maître Yann BADEN, avocat à la Cour, demeurant à Gonderange, pris en sa qualité de liquidateur judiciaire de la société SOC1) préqualifiée ;

défendeur, comparant en personne.

II.Faits :

Par exploit de l'huissier de justice suppléant Christine KOVELTER, en remplacement de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg, en date du 2 octobre 2019, la demanderesse a fait donner assignation aux défendeurs à comparaître le vendredi, 11 octobre 2019 à 9.00 heures devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, Cité Judiciaire, Plateau du Saint-Esprit, 1^{er} étage, salle CO.1.01, pour y entendre statuer sur le mérite de la demande contenue dans ledit exploit d'huissier ci-après reproduit :

L'affaire fut inscrite sous le numéro TAL-2019-07857 du rôle pour l'audience publique du 11 octobre 2019 devant la deuxième chambre, siégeant en matière commerciale et remise à celle du 15 octobre 2019 devant la sixième chambre, siégeant en matière commerciale.

L'affaire fut utilement retenue ensemble avec l'affaire sub I.) à l'audience publique du 24 octobre 2019, lors de laquelle les débats eurent lieu comme suit :

Maître Véronique HOFFELD donna lecture de l'assignation du 2 octobre 2019 et exposa les moyens de sa partie.

Maître Yann BADEN, pris en sa qualité de liquidateur de la société anonyme SOC1), répliqua et exposa ses moyens.

Monsieur le juge-commissaire Laurent LUCAS fit son rapport oral au tribunal.

Sur ce, le tribunal prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique de ce jour le

jugement qui suit :

Faits

La société anonyme SOC1) (ci-après « SOC1) ») a été créée le 17 novembre 2004.

Le 15 mars 2005, SOC1) et la société de droit de l'Etat du Lieu) SOC2) (ci-après « SOC2) ») ont conclu un contrat qualifié d' « *engagement letter* » (ci-après « lettre de mission ») aux termes duquel SOC2) était notamment tenue de fournir des prestations de conseil à SOC1).

La lettre de mission contient une clause d'arbitrage disposant qu' « *any dispute between the parties to this Engagement Letter shall be settled by arbitration before the facilities of the Lieu2) Stock Exchange, Inc. or the National Association of Securities Dealers, Inc. in the city of Lieu2) [...]* ».

L'article 7 de la lettre de mission prévoit que SOC1) est tenue d'indemniser SOC2) conformément à l'annexe I, aux termes de laquelle SOC1) s'engage envers SOC2) « *in consideration of your agreement to act on our behalf in connection with such matter or matters, we agree to indemnify and hold you harmless from and against all losses, claims, damages or liabilities (or actions or proceedings, including securityholder actions or proceedings in respect thereof) related to or arising out of such engagement or your role in connection therewith, and will reimburse you for all expenses (including counsel fees and expenses) as they are incurred by you in connection with investigating, preparing for or defending any such action or claim, whether or not in connection with pending or threatened litigation in which you are a party* ».

En septembre 2007, SOC2) a résilié la lettre de mission.

Par jugement du 1^{er} octobre 2007, le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg a déclaré dissoute SOC1), en a ordonné la liquidation et a désigné comme liquidateur Maître Yann BADEN.

Par requête du 15 juillet 2014, SOC1) a saisi la « *Autorité 1* » (ci-après « A1) ») et a demandé la condamnation de SOC2) au paiement du montant de 100.000.000,- EUR au titre de dommages et intérêts pour fraude, déclarations inexactes et manquements à ses obligations contractuelles découlant de la lettre de mission.

Par sentence arbitrale du 29 mars 2018, la A1) a débouté SOC1) de ses demandes et l'a condamnée à payer à SOC2) le montant de 4.256.667,29 EUR à titre d' « *indemnification damages which includes costs and fees* » ainsi que le montant de 149.356,56 EUR à titre d' « *attorneys' fees as sanctions per the Panel's January 18, 2017 determination* ».

Par jugement du 31 mai 2019, le tribunal d'arrondissement de l'arrondissement sud de Lieu2) a confirmé la sentence arbitrale.

Par ordonnance du 22 août 2019, la prédite sentence arbitrale a été déclarée exécutoire dans le Grand-Duché de Luxembourg.

Procédure

SOC2) a déposé une déclaration de créance portant le numéro n° pour un montant total de 100.000.000,- EUR à titre privilégié.

Lors de l'audience de vérification des créances du 26 avril 2019, le liquidateur a contesté la déclaration de créance pour défaut de pièces justificatives par rapport au montant réclamé et d'absence de base légale du privilège invoqué.

Par exploit d'huissier du 2 octobre 2019, SOC2) a assigné SOC1) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale.

Cette affaire a été inscrite sous le numéro du rôle TAL-2019-07857.

Prétentions et moyens des parties

SOC2) demande la condamnation de SOC1) et de Maître Yann BADEN, en sa qualité de liquidateur de SOC1), au paiement du montant de 4.406.023,85 USD, avec les intérêts légaux à partir du présent jugement, jusqu'à solde.

Elle sollicite encore, la condamnation de SOC1) et de Maître Yann BADEN, en sa qualité de liquidateur de SOC1), au paiement du montant de 5.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, ainsi qu'aux frais et dépens de l'instance, et demande l'exécution provisoire du présent jugement.

SOC2) expose qu'elle a déposé le 29 septembre 2014 une déclaration de créance pour un montant de 100.000.000,- EUR, en suivant les instructions de Maître Yann BADEN lequel lui aurait indiqué qu'elle devrait suivre la procédure applicable aux créances dans la masse. Ce serait en mandatant un avocat du barreau du Luxembourg, qu'elle aurait appris que sa créance était en réalité une créance de la masse et qu'il ne serait pas nécessaire de soumettre une déclaration de créance pour ce type de créance. Ce serait la raison pour laquelle elle a assigné SOC1) et Maître Yann BADEN, en sa qualité de liquidateur de SOC1), par exploit du 2 octobre 2019.

Elle demande la jonction entre l'affaire inscrite sous le numéro du rôle TAL-2019-07857 et l'affaire pendante suite à la contestation de la déclaration de créance de SOC2) portant le numéro 275.

SOC2) estime que la sentence arbitrale, confirmée par jugement du 31 mai 2019 du tribunal d'arrondissement de l'arrondissement sud de Lieu2) est définitive, le délai d'appel ayant expiré. En vertu de cette sentence arbitrale, SOC1) a été condamnée au paiement du montant de 4.256.667,29 EUR, que SOC2) qualifie de dommages et intérêts, ainsi qu'au montant de 149.356,56 EUR que SOC2) qualifie de pénalité pour procédure abusive.

SOC2) estime à titre principal qu'il s'agit d'une créance de la masse.

La clause d'indemnisation de la lettre de mission n'aurait été déclenchée que suite à l'introduction de la requête en arbitrage, de sorte que la créance de « *dommages et intérêts* » de SOC2) trouverait son origine dans un fait postérieur à la date du jugement de liquidation. Il en irait de même pour le montant correspondant à la « *pénalité pour procédure abusive* » qui ne résulterait non plus d'aucun fait antérieur au jugement de liquidation. Or, une créance née après le jugement de liquidation devrait être qualifiée de créance de la masse.

SOC2) argue encore que Maître Yann BADEN aurait, en sa qualité de liquidateur de SOC1), lancé une procédure d'arbitrage contre SOC2) dans l'espoir de recouvrer des liquidités au profit de la masse de SOC1). Les dettes résultant des actes effectués par le liquidateur dans les limites de sa mission, en vue de la réalisation des actifs au profit de la masse, seraient des dettes à charge de cette dernière.

SOC2) fait également valoir qu'une dette encourue par le liquidateur constituerait une dette de la masse, même si celle-ci n'a pas profité à ladite masse.

Maître Yann BADEN aurait d'ailleurs déjà payé tous les frais engagés pour tenter les différentes procédures de recouvrement au profit de la masse de SOC1), frais qu'il aurait dès lors considérés comme étant à charge de la masse. Il devrait donc faire de même pour les condamnations résultant de la sentence arbitrale.

A titre subsidiaire, et pour le cas où la créance de SOC2) ne constituerait pas une créance de la masse, SOC2) demande qu'elle soit qualifiée comme créance privilégiée, alors qu'elle constituerait des frais de justice en application de l'article 2101 du Code civil. Elle demande donc son admission au passif privilégié de SOC1) pour le montant de 4.406.023,85 USD. SOC2) renonce au surplus de sa créance.

A titre plus subsidiaire encore, SOC2) demande son admission au passif chirographaire de SOC1) pour le montant de 4.406.023,85 USD.

Elle conclut au rejet des pièces versées en cause par Maître Yann BADEN et contenant de la jurisprudence de droit américain. Ces pièces ne seraient pas pertinentes en l'espèce, alors que la question de savoir si la créance de SOC2) est une créance de la masse ou dans la masse devrait être analysée en application du seul droit luxembourgeois. A titre subsidiaire, SOC2) se prévaut d'une pièce versée par son mandataire sous le numéro 9 et dont il résulterait que sa créance serait, également en application du droit américain, à considérer comme une créance de la masse.

SOC2) demande également le rejet de la pièce numéro 11 versée par SOC1) au motif qu'il ne ressortirait d'aucun élément versé en cause en quoi l'auteur de cette pièce représenterait véritablement les créanciers de SOC1).

Maître Yann BADEN conclut à la jonction entre l'affaire inscrite sous le numéro du rôle TAL-2019-07857 et l'affaire pendante suite à la contestation de la déclaration de créance de SOC2) portant le numéro 275.

Maître Yann BADEN s'oppose à la demande de rejet des pièces de SOC2).

Il explique, qu'au fil des investigations menées, les avocats américains, mandatés par ses soins, lui auraient présenté « *un dossier extrêmement volumineux à charge de SOC2) identifiant cette entité comme étant le responsable principal dans la déconfiture de SOC1) ayant causé non seulement par sa structuration initiale mais également par ses conseils subséquents, notamment à une époque où la perte des investissements devenait évidente, des conseils de nature à prolonger et cacher la véritable situation financière de SOC1) »*. Ce serait la raison pour laquelle il aurait introduit une requête en condamnation de SOC2) auprès de la A1).

Le liquidateur admet que la sentence arbitrale de la A1) du 29 mars 2018, confirmée par le jugement du 31 mars 2019 du tribunal d'arrondissement de l'arrondissement sud de Lieu2), est une décision définitive et que SOC2) dispose donc d'une créance d'un montant 4.406.023,85 USD. La demande de SOC2) serait néanmoins à rejeter pour la partie dépassant le montant de 4.406.023,85 USD.

Maître Yann BADEN souligne qu'il n'aurait pas donné d'instructions ni de conseils à SOC2) quant au moyen de faire valoir ses droits de créancier de SOC1). Il se serait borné à publier des informations relatives à la liquidation de SOC1), dont notamment la procédure à suivre quant au dépôt d'une déclaration de créance, sur un site internet créé pour les besoins de la liquidation.

Le liquidateur estime que la créance de SOC2) serait une créance dans la masse et conclut à l'irrecevabilité de l'assignation du 2 octobre 2019 au vu du principe de la suspension des poursuites individuelles posé à l'article 452 du Code de commerce.

La créance de SOC2) ne saurait être considérée comme une créance de la masse, parce qu'elle ne serait pas la conséquence d'une dette qu'il aurait contractée pour le compte de la masse. Elle ne résulterait pas non plus de la continuation d'un contrat en cours. En invoquant la violation des obligations contractuelles par SOC2), il aurait été contraint d'appliquer la clause d'arbitrage et la clause d'indemnisation prévues par la lettre de mission et par son annexe. Ceci ne saurait néanmoins pas être considéré comme un choix volontaire de continuer un contrat en cours. D'ailleurs, l'exécution de la lettre de mission n'aurait pas profité à la masse. La créance de SOC2) ressortirait d'une convention antérieure au jugement de liquidation et d'obligations exécutées antérieurement à ce jugement et ne saurait donc pas constituer une créance de la masse. Le fait qu'elle « *a été liquidée et ne devienne exigible que postérieurement au jugement de liquidation* » n'y changerait rien. La créance de SOC2) aurait pour cause la clause d'indemnisation figurant dans l'annexe de la lettre de mission et non une action abusive et vexatoire initiée par le liquidateur. La question de savoir si une créance est une créance de la masse ou dans la masse relèverait de l'ordre public luxembourgeois.

Maître Yann BADEN conteste encore le caractère privilégié de la créance de SOC2). Celle-ci ne saurait être qualifiée de créance de frais de justice au sens de l'article 2101 du Code civil, alors qu'elle aurait pour objet des frais et honoraires d'avocats non visés par le prédit article. En tout état de cause les frais de justice visés par cet article ne seraient privilégiés qu'à condition d'avoir servi à conserver la masse ou les actifs, ce qui ne serait pas le cas en l'espèce.

Maître Yann BADEN relève que la créance de SOC2) serait, même selon le droit américain, à considérer comme une créance chirographaire.

Il y aurait dès lors « *lieu d'admettre la créance de SOC2) pour le montant de 4.406.023,85 USD à titre chirographaire et de la rejeter pour le surplus* ».

Motifs de la décision

Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, il y a lieu de joindre l'affaire inscrite sous le numéro du rôle TAL-2019-07857 et les débats sur la contestation de la déclaration de créance de SOC2) portant le numéro 275 et de statuer par un seul et même jugement.

La demande de SOC2) tendant au rejet de certaines pièces versées par Maître Yann BADEN en sa qualité de liquidateur de SOC1) n'est pas fondée dans la mesure où la contestation relative à la pertinence de ces documents relève du fond de l'affaire.

1) Quant à la recevabilité de l'assignation du 2 octobre 2019

L'article 452 du Code de commerce dispose que : « *A partir du même jugement [déclaratif de faillite], toute action mobilière ou immobilière, toute voie d'exécution sur les meubles ou immeubles ne pourra être suivie, intentée ou exercée que contre les curateurs de la faillite [...].* »

La suspension des poursuites individuelles est le corollaire de la procédure obligatoire de vérification des créances. Les curateurs centralisent pour le compte commun les poursuites qui appartenaient antérieurement aux multiples créanciers. Cette procédure de centralisation est inhérente à une liquidation collective.

L'action que suspend l'article 452 est l'action qui tend à une « *exécution* » individuelle durant la faillite. Le créancier n'est pas recevable, durant la faillite, à assigner le failli, ni même le curateur, en « *paiement* ». Il ne peut qu'agir par la voie de la déclaration de créance ou de l'action en admission pour faire reconnaître sa créance. (voir Cour, 15 janvier 2014, Pas. 36, p. 703 ; Les Nouvelles, tome IV, droit commercial, Les concordats et la faillite, n° 1417 et les références jurisprudentielles y citées).

Il en va différemment pour les créanciers de la masse qui conservent le droit d'agir et qui peuvent exercer et exécuter leurs droits individuels contre la masse sans qu'ils n'aient besoin de passer par une déclaration de créance. Ils peuvent non seulement agir contre la masse, mais ayant obtenu sa condamnation, ils peuvent exécuter celle-ci sur les biens de la masse (voir Les Nouvelles, Droit commercial, tome IV, A. Cloquet, Les concordats et la faillite, n^{os} 1415 et 1429).

Il y a donc lieu de déterminer si la créance de SOC2) découlant de la sentence arbitrale du 29 mars 2018 constitue une créance de la masse ou dans la masse.

Les curateurs et liquidateurs ne pourraient accomplir leur mission si les personnes avec qui ils traitent devaient subir la loi du dividende. Dès lors, chaque fois que, dans le cadre de leur mission, les curateurs ou liquidateurs contractent des engagements envers des tiers, les créances de ceux-ci sont honorées avant toute répartition.

Par ses arrêts de principe du 16 juin 1988, rendus en audience plénière, la Cour de cassation belge a retenu qu'une « *dette ne peut être mise à charge de la masse que lorsque le curateur a contracté qualitate qua des engagements en vue de l'administration de ladite masse, notamment en poursuivant l'activité commerciale de la société, en exécutant les conventions que celle-ci a conclues ou encore en utilisant les meubles ou les immeubles de la société, aux fins d'assurer l'administration convenable de la faillite. [...] Ce n'est que dans pareilles circonstances que la masse doit corrélativement assumer les obligations résultant de cette administration et supporter les charges qui lui incombent* » (voir F. T'Kint, W. Derijcke, La Faillite, n°500 ; Alain Zenner, Dépistage, Faillites, Concordats n°902).

Dès lors seuls les frais relatifs à l'administration de la liquidation sont à qualifier de dette de la masse. Appliquer le seul critère de la date risquerait de rompre l'égalité des créanciers (voir Cour, 20 janvier 2016, n°37088 du rôle).

La créance de SOC2) découle de la sentence arbitrale du 29 mars 2018, aux termes de laquelle SOC1) a été condamnée à des dommages et intérêts incluant les coûts et frais dépensés par SOC2) dans le cadre du litige ayant été tranché par la A1) ainsi que les « *attorneys' fees as sanctions* [...] ».

La créance de SOC2) n'a donc pas pour cause un engagement conclu avec Maître Yann BADEN, en sa qualité de liquidateur de SOC1), en vue de l'administration de la masse de cette dernière.

Par application des principes développés ci-avant, la créance de SOC2) est donc à qualifier de dette dans la masse.

Au vu de ce qui précède et en application de l'article 452 du Code de commerce, les demandes de SOC2) dirigées contre SOC1) et Maître Yann BADEN, en sa qualité de liquidateur de SOC1), tendant à leur condamnation au montant de 4.406.023,85 USD et au paiement d'une indemnité de 5.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, sont à déclarer irrecevables.

II) Quant à la déclaration de créance numéro 275 de SOC2)

SOC2) renonce lors de l'audience des plaidoiries du 21 novembre 2019 à la somme dépassant le montant de 4.406.023,85 USD de sa déclaration de créance. Il y a lieu de lui en donner acte.

A titre subsidiaire, SOC2) conclut au caractère privilégié de sa créance en application de l'article 2101 du Code civil.

Les frais de justice visés par l'article 2101 du Code civil sont ceux faits dans l'intérêt commun des créanciers pour la conservation, la liquidation et la réalisation des biens du débiteur (voir Jurisclasseur civil, art. 2092 à 2113, fasc.70).

Tel n'est pas le cas en l'espèce, de sorte que le montant de 4.406.023,85 USD est à rejeter du passif privilégié de la liquidation.

Le montant de 4.406.023,85 USD est dès lors à admettre au passif chirographaire de la liquidation.

Par ces motifs :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, sixième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, après avoir entendu le juge-commissaire en son rapport oral,

ordonne la jonction de l'affaire inscrite sous le numéro du rôle TAL-2019-07857 et les débats sur la contestation de la déclaration de créance de la société de droit de l'Etat du Lieu) SOC2) portant le numéro n° ;

déclare les demandes de la société de droit de l'Etat du Lieu) SOC2) dirigées contre la société anonyme SOC1) et Maître Yann BADEN, en sa qualité de liquidateur de la société anonyme SOC1), et tendant à leur condamnation au montant de 4.406.023,85 USD et au paiement d'une indemnité de 5.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, irrecevables ;

rejette la déclaration de créance numéro n° de la société de droit de l'Etat du Lieu) SOC2) du passif privilégié de la liquidation ;

admet la déclaration de créance numéro n° de la société de droit de l'Etat du Lieu) SOC2) au passif chirographaire de la liquidation pour le montant de 4.406.023,85 USD ;

la **rejette** pour le surplus ;

condamne la société de droit de l'Etat du Lieu) SOC2) aux frais et dépens de l'instance.