

REF. NO. 1372/94
du 17 octobre 1994
à 8h45

17/10/94

A

Audience publique extraordinaire des référés du lundi, 17 octobre 1994, tenue par Nous Eliane EICHER, Vice-Président au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, en remplacement des Président et autres magistrats plus anciens en rang, tous légitimement empêchés, assistée du greffier assumé Judith TAGLIAFERRI.

DANS LA CAUSE

ENTRE

la société anonyme Banque 31.) S.A.,
établie et ayant son siège social à L- (...)
représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

élisant domicile en l'étude de Maître Marc FEIDER, avocat, demeurant à Luxembourg,

partie demanderesse comparant par Maître Marc FEIDER, avocat, et Maître Eric ROUSSEAU, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

ET

la Soc. l.) , société anonyme de droit de l'Etat
d'Ontario (Canada), ayant son siège social à (...)
, représentée par son liquidateur Peat Marwick Thornes,
Inc. sinon par son conseil d'administration actuellement en fonction,
avec domicile élu pour les besoins de l'émission obligataire à L-2418 Luxembourg,
4, rue de la Reine,

partie défenderesse comparant par Maître François KREMER, avocat, demeurant à Luxembourg.

F A I T S :

(...)

A l'appel de la cause à l'audience publique ordinaire des référés du jeudi, 22 septembre 1994, Maître Marc FEIDER donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite et exposa les moyens de sa partie;

Maître François KREMER répliqua;

Le juge des référés prit l'affaire en délibéré et prononça la rupture du délibéré.

L'affaire fut refixée au 30.09.1994.

A cette date l'affaire parut utilement à l'audience du lundi, 10 octobre 1994, lors de laquelle Maître Eric ROUSSEAU et Maître François KREMER furent entendus en leurs explications;

Le juge des référés reprit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique extraordinaire des référés de ce jour l'

O R D O N N A N C E

qui suit:

Vu l'assignation du 14 septembre 1994.

La demande tend, en application des articles 87 à 95 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, à la nomination d'un ou de plusieurs représentants des obligataires pour un emprunt obligataire subordonné de 1.000.000.000.-LUF 8 3/8%, 1993 -2000 dont l'émetteur est la société anonyme de droit de l'Etat d'Ontario (Canada), *Sx. l.)*, ayant fait l'objet d'une liquidation forcée suivant décision de la Ontario Court of Justice (General Division) du 15 août 1994.

L'assignée soulève en premier lieu l'incompétence du tribunal saisi, le Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, ou son remplaçant, en invoquant l'article 87 (2) de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales.

Aux termes de cet article:

"(1) Un ou plusieurs représentants de la masse des obligataires peuvent être désignés par la société lors de l'émission ou, pendant la durée de l'emprunt, par l'assemblée générale des obligataires.

(2) Si aucun représentant n'a été désigné de la manière prévue à l'alinéa précédent, le magistrat présidant la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale et comme en matière de référés dans le ressort duquel la société a son siège peut, en cas d'urgence, à la requête de la société, de tout obligataire ou de tout tiers intéressé désigner un ou plusieurs représentants dont il fixe les pouvoirs".

Comme la requête en matière de référé extraordinaire avec abréviation des délais fut présentée le 9 septembre 1994 à "Monsieur le Conseiller Honoraire, Président du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale", le moyen d'incompétence est à rejeter, la demanderesse s'étant adressée à la juridiction compétente, à savoir le magistrat président le tribunal d'arrondissement dans la formation siégeant plus particulièrement en matière commerciale.

En vertu de l'ordonnance présidentielle rendue le 9 septembre 1994 le magistrat ayant connu de l'affaire à l'audience des référés du 22 septembre 1994 à laquelle elle fut fixée siège en remplacement du magistrat visé à l'article 87 (2) de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

En second lieu la partie défenderesse soulève la nullité de l'assignation pour défaut d'indication du tribunal qui doit connaître de la demande.

Contrairement aux conclusions de la partie demanderesse l'assignée n'est pas forclosée à soulever des irrecevabilités. Si elle a, en effet, commencé ses plaidoiries en donnant des explications sur les antécédents de l'affaire, elle n'a toutefois présenté aucun moyen au fond avant de soulever l'incompétence du tribunal saisi, puis la nullité, respectivement l'irrecevabilité de la demande.

Le deuxième moyen présenté par la partie défenderesse est cependant à rejeter, l'indication de la juridiction saisie figurant dans la requête en autorisation d'assigner en audience extraordinaire de référé laquelle fait partie intégrante de l'exploit d'assignation.

En troisième lieu l'assignée soulève la nullité de l'assignation pour défaut de qualité de la partie défenderesse.

L'assignation fut donnée à " Sec. 1.) , société anonyme de droit de l'Etat d'Ontario, Canada, ayant son siège social à (....) , représentée par son liquidateur Peat Marwick Thornes Inc., sinon par son conseil d'administration actuellement en fonctions....."

Etant donné que la personnalité morale de la société survit pour les besoins de la liquidation, mais qu'au cours de la liquidation elle n'est plus représentée par ses organes sociaux, mais par un liquidateur, l'assignation est régulière dans ses termes employés en ordre principal.

Par décision du 15 août 1994 rendue par l'Ontario Court of Justice la liquidation de Sec. 1.) fut ordonnée et le "Superintendent of Financial Institutions" fut nommé liquidateur.

La même décision prévoit sub 2 son remplacement et emploie sub 29 les termes "the Liquidator or any of the Liquidator's agents or employees".

Il résulte d'une pièce du 16 septembre 1994 émanant de la partie assignée et versée par elle que Peat Marwick Thorne Inc., a la qualité d'"agent to the Superintendent of Financial Institutions, Provisional Liquidator".

Si de la sorte la demanderesse a indiqué dans l'assignation le nom de l'agent du liquidateur et non celui du Superintendent of Financial Institutions, cette erreur ne saurait être sanctionnée par la nullité de l'assignation pour n'avoir causé aucun grief à la partie défenderesse.

En quatrième lieu la défenderesse soulève l'irrecevabilité de la demande au motif que la Banque B.I.) n'a pas demandé de "leave to sue".

En application du "Winding-Up Act", article 21, la décision de liquidation rendue le 15 août 1994 par Ontario Court of Justice a ordonné que "no suit, action or other proceeding shall be proceeded with or commenced against the company, except with leave of this court and subject to such terms as this court may impose".

Quant au problème des effets de ce jugement, plus particulièrement en ce qui concerne la partie susmentionnée, les mandataires des parties au litige versent des avis divergents communiqués par des confrères canadiens.

En matière de faillite, la jurisprudence luxembourgeoise, suivant en cela la jurisprudence belge, part du principe de l'universalité de ses effets.

Comme conséquence de sa position de principe, la jurisprudence luxembourgeoise admet que la faillite prononcée à l'étranger produit, sans exequatur, ses effets au Luxembourg en ce qui concerne, le dessaisissement du failli (Diekirch 2.8.1894, 4, 17) et de façon générale quant à la capacité et à son patrimoine (Luxbg. 11.10.61, 18, 470). Cette conséquence est justifiée par la considération que le jugement déclaratif de faillite, en tant qu'il règle l'état et la capacité du failli relève du statut personnel et, à ce titre, doit être reconnu au Luxembourg sans exequatur pour tout ce qui a trait non seulement au patrimoine, mais encore au respect de l'égalité des créanciers. (Luxbg. 22.1.1909; Cour 18.6.1909, 8, 22; Cour 13.12.1932, 13, 356). F. Schockweiler, les conflits de lois et les conflits de juridictions en droit international privé lux. nos. 996, 997.

Le caractère d'unité et d'universalité de la faillite a pour conséquence qu'un jugement de faillite doit s'imposer à tous quant à son existence et quant à son autorité de décision judiciaire rendue dans un intérêt général. (cf. Les Nouvelles, Droit commercial tIV Les concordats et la faillite, no. 1180 s).

Eu égard au principe de l'universalité des effets de la faillite appliqué par la Jurisprudence luxembourgeoise, compte tenu de ce qu'une solution contraire pourrait en l'espèce entraîner la violation du principe de l'égalité des créanciers, eu égard à la généralité des termes employés par la décision du 15 août 1994 et au fait que la partie requérante ne dispose pas de l'autorisation d'entamer la présente action de la part de Ontario Court of Justice le moyen soulevé par la partie défenderesse est à accueillir.

Contrairement aux conclusions de la partie demanderesse il n'y a pas lieu de prononcer "la rupture du délibéré et le sursis à statuer pour obtenir l'autorisation de leave to sue", le défaut par la société requérante de disposer de ce permis au moment de faire signifier l'assignation, sinon au moment où la présente décision est rendue entraînant l'irrecevabilité de sa demande.

P A R C E S M O T I F S

Nous Eliane EICHER, Vice-Président au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg siégeant en remplacement du magistrat président la chambre du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale et en référé, statuant contradictoirement;

Nous déclarons compétent pour connaître de la demande;

la déclarons irrecevable;

condamnons la partie demanderesse à tous les frais et dépens de l'instance.