Arrêt commercial - faillite

Audience publique du dix-sept mars deux mille dix.

Numéro 34286 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Carlo HEYARD, premier conseiller;
Annette GANTREL, première conseillère;
Jean ENGELS, avocat général;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

la société en commandite de droit allemand AAA, *établie et ayant son siège social à SSS, inscrite au Registre de Commerce auprès de l'Amtsgericht Frankfurt am Main sous le numéro …… , représentée par son associé commandité (Komplementär) BBB,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLE d'Esch-sur-Alzette du 17 novembre 2008,*

comparant par Maître Gerry OSCH, avocat à Luxembourg ;

e t :

1) la société en commandite simple CCC, *établie et ayant son siège social à TTT, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro …… , représentée par son associé commandité actuellement en fonctions,*

2) la société à responsabilité limitée DDD, *établie et ayant son siège social à TTT, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro …… , représentée par son associé commandité actuellement en fonctions,*

3) EEE, *expert-comptable, demeurant à UUU,*

4) FFF, *expert-comptable, demeurant à TTT,*

intimés *aux fins du prédit exploit GALLE,*

sub 1), 2), 3) et 4) comparant par Maître Ferdinand BURG, avocat à Luxembourg ;

5) Monsieur le Procureur d'Etat *près le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, Plateau du Saint-Esprit, Cité Judiciaire, Luxembourg,*

intimés *aux fins du prédit exploit GALLE.*

LA COUR D'APPEL :

Procédure

La société en commandite de droit allemand AAA a vendu à la société de droit luxembourgeois CCC, suivant acte passé le 13 mars 2007 (UR-Nr.248/2007H) par-devant Maître Wolfgang HANF, notaire de résidence à Francfort/Main, un immeuble situé à VVV au prix de 68.500.000 €.

Un titre exécutoire européen fut décerné le 28 août 2008 sur base de l'acte notarié du 13 mars 2007, précité.

Le 16 septembre 2008, l'huissier de justice Pierre Biel signifia, à la requête de la société AAA, à la société CCC *le titre exécutoire européen avec commandement avant saisie exécution.*

Le 18 septembre 2008, l'huissier de justice Geoffrey Gallé dressa, à la requête de la société AAA, un procès-verbal de saisie-exécution converti en procès-verbal de carence, faute d'existence d'un quelconque actif de la société CCC.

Par exploit d'huissier du 19 septembre 2008, la société AAA a fait donner assignation 1) à la société CCC, 2) à la société DDD, 3) à EEE et 4) à FFF à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour voir déclarer l'assignée sub 1) en état de faillite et pour voir déclarer le jugement à intervenir commun aux assignés sub 2) à sub 4).

La société AAA a fait – entre autres éléments – exposer que le bilan au 31 décembre 2007 *révèle une comptabilisation de fantaisie ainsi qu'une situation patrimoniale insoutenable, sans rapport aucun avec l'obligation de paiement souscrite par la société CCC dans l'acte notarié du 13 mars 2007.*

Le 20 septembre 2008, la société AAA a annoncé le « *Rücktritt* » de la vente avec effet immédiat.

Par acte d'huissier du 10 octobre 2008, la société CCC a formé opposition à titre européen exécutoire.

Par jugement du 3 novembre 2008, le tribunal a déclaré recevables la demande en déclaration de faillite et les demandes en déclaration de jugement commun, a dit ces demandes non fondées, a dit non fondées les demandes de la société GGG, d'EEE et de FFF en obtention d'une indemnité pour procédure vexatoire et abusive, a condamné la société AAA à payer à la société CCC, à la société GGG, à EEE et à FFF, chacun, une indemnité de procédure de 250 € et a condamné la société AAA à tous les frais et dépens de l'instance.

Le refus de déclarer sur assignation en état de faillite la société CCC a été motivé par le tribunal – entre autres – comme suit :

« *Il est constant en cause que la demanderesse s'est postérieurement à l'assignation en justice, en l'absence du paiement du prix de vente, désistée de la vente (Rücktritt), en faisant fruit d'une faculté prévue par le droit allemand. Ceci a comme conséquence que les obligations découlant du contrat de vente s'éteignent et que celles dont l'exécution a été accomplie donne lieu à répétition.*

La demanderesse ne peut donc plus réclamer le paiement du prix de vente, ce qui est d'ailleurs admis par toutes les parties ».

Face à l'argumentation de la société AAA qu'elle serait toujours créancière de la société CCC d'intérêts de retard dus sur le prix de vente, le tribunal a dit que « (… …) *Le titre exécutoire européen du 28 août 2008 a trait au prix de vente et ne concerne pas une éventuelle créance en dommages et intérêts qui serait née dans le chef de la société AAA en raison de la défaillance de la partie assignée en faillite dans la bonne exécution du contrat de vente qui aurait par ailleurs une cause autre que celle faisant l'objet du titre exécutoire européen ;* qu'*ayant opté pour un retrait de la vente, la demanderesse n'a donc plus droit au paiement du prix de vente et ne saurait invoquer un titre documentant seulement cette créance ;* que *suite au désistement de la vente, la décision certifiée en tant que titre exécutoire européen a cessé d'être exécutoire ou tout au moins son caractère exécutoire est suspendu ou limité (puisque le prix de vente n'est plus dû)* ».

Retenant que la société AAA *ne dispose pas de titre relatif à une créance en dommages et intérêts pour inexécution partielle*, qu'il existe de la part de la société CCC des contestations sérieuses en rapport avec le *maintien des intérêts redus dans l'hypothèse d'un Rücktritt* et que l'existence d'autres dettes dans le chef de la société CCC n'est pas établie, le tribunal a – à défaut de preuve de l'existence d'une dette certaine, liquide et exigible – également *considéré non concevable une déclaration d'office en état de faillite* de la société CCC.

Par exploit d'huissier du 17 novembre 2008, la société AAA a déclaré relever appel du jugement du 3 novembre 2008.

L'appel, relevé dans les formes et délai de loi et par ailleurs non critiqué à cet égard, est à déclarer recevable.

Moyens et prétentions des parties

Il ressort des pièces du dossier que le titre exécutoire européen décerné le 28 août 2008 en rapport avec l'achat de l'immeuble situé à VVV porte, au titre de l'article 5.1, sur le « *Betrag 68.500.000 €* » et, au titre de l'article 5.2.1.1., sur les « *Zinsen (Zinssatz 10%)* » avec la mention « *Fälligkeit der Zinsen : 23.05.2007* ».

La société appelante AAA soutient avoir notifié le 20 septembre 2008 sa volonté d'engager la procédure du « *Rücktritt* », prévue en droit allemand, dans le but *d'échapper aux risques liés au concours à raison des règles de (non)compensation et de (non)rétention pouvant venir s'y appliquer*.

Elle se prévaut – dans son acte d'appel – de l'avis juridique du 7 octobre 2008 du Dr. HHH de l'étude d'avocats FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER LLP, qui se lit – en substance – comme suit :

« *Von der Rückabwicklung unberührt bleibt der unserer Mandantin bereits entstandene Anspruch auf Verzugszinsen gemäss §§ 280 Abs. 1 u. 2, 286 Abs. 1 u. 2 BGB. Denn Rücktritt und Schadensersatz stehen nebeneinander, § 325 BGB. Zu dem Schaden, den die Verkäuferin trotz ihres Rücktritts gemäss § 325 BGB geltend machen kann, gehört insbesondere der bis zum Rücktritt enstandene Verspätungsschaden bzw, aufgelaufene Verzugszinsen. Für unseren Fall folgt daraus, dass die Verzugszinsen vom 18. Januar 2008 bis zum Zugang der Rücktrittserklärung am 20. September 2008 von der Käuferin zu zahlen sind. Die Pflicht des Käufers zur Zahlung der Verzugszinsen gemäss § 3.6 ist in § 4 des Kaufvertrags auch tituliert. Gemäss §4 gelten für Vollstreckungszwecke Zinsen in Höhe von 10 % p.a. als geschuldet. Die Zinsen belaufen sich für den Zeitraum zwischen dem 18. Januar 2008 und dem 20. September 2008 nach unseren Berechnungen auf*

4.604.722,22 € (… …). *Die Vollstreckungsfähigkeit der notariellen Urkunde vom 13. März 2007 besteht auch nach Erklärung des Rücktritts grundsätzlich fort. Der titulierte Anspruch auf die Verzugszinsen kann folglich weiterhin vollstreckt werden.* (… …) ».

Elle verse, en outre, à titre de pièce, un *Rechtsgutachten du Prof. Dr. III*, établi en janvier 2009, qui – face à l'argumentation de la partie acquéreuse CCC, consistant à dire *der Verkäuferin* (lire : la société AAA) *stünden ihr gegenüber aufgrund des erfolgten Rücktritts keine in der vollstreckbaren Urkunde titulierten Ansprüche mehr zu* – a, en résumé, répliqué comme suit :

« *Durch die Erklärung des Rücktritts wird nicht der Vertrag als Ganzes hinfällig. Vielmehr besteht die schuldrechtliche Rechtsbeziehung zwischen den Parteien mit anderem Inhalt fort.* (… …). *Die ursprünglichen Erfüllungspflichten erlöschen (erst) mit dem Zugang der Rücktrittserklärung. Die Rücktrittserklärung wirkt also nicht ex tunc, sondern lediglich ex nunc*. (… …). *Dem Rücktritt kommt daher keine Rückwirkung zu ; insbesondere macht der Rücktritt Ansprüche auf Schadensersatz und Verzugszinsen oder Ansprüche auf anderer Rechtsgrundlage, die bereits entstanden waren, nicht hinfällig.*(… …). *Von der Rückabwicklung unberührt bleiben Schadensansprüche und Ansprüche auf Verzugszinsen.* (… …). *Da der Verzug entfällt, wenn die Pflicht zur Leistung, mit der sich der Schuldner in Verzug befindet, nicht mehr besteht, darf der Verzugszinsanspruch nur diejenigen Verzugszinsen umfassen, die bis zum Zugang der Rücktrittserklärung aufgelaufen sind* (… …) ».

La partie appelante – forte de ces avis – soutient dès lors que les *intérêts de retard dus jusqu'au Rücktritt restent dus et payables* nonobstant *la disparition du prix en principal.*

Estimant détenir une créance portant sur plusieurs millions d'euros à titre d'intérêts de retard, la partie appelante – en insistant sur la situation patrimoniale défectueuse de la société CCC au 31 décembre 2007 – conclut, par réformation du jugement entrepris, à voir déclarer sur assignation sinon d'office en état de faillite l'actuelle partie intimée sub 1).

La société AAA conclut, en outre, à voir être déchargée de la condamnation au paiement d'indemnités de procédure telle que prononcée à son encontre en première instance.

Les parties intimées relèvent régulièrement appel incident et concluent à voir *déclarer nul sinon irrecevable l'acte introductif d'instance*, *contestant* 1) *que la société de droit allemand AAA soit représentée en justice par son « associé commandité (Komplementär), Monsieur BBB »* et 2) *que la décision d'introduire une assignation en faillite et en déclaration de jugement commun ait été valablement prise d'après la loi allemande d'application à cette question.*

Elles critiquent les juges de première instance d'avoir décidé, pour rejeter ces moyens, qu'*il appartient par principe à la partie qui invoque une exception d'en démontrer la pertinence ce qu'en l'occurrence les parties assignées* et actuelles parties intimées *restent en défaut de faire.*

Elles soutiennent qu'il incombe à la société AAA *de rapporter la preuve positive de la régularité de sa représentation d'après sa loi nationale, à savoir la loi allemande, dans le cadre de l'action en justice menée, de même que la validité de sa décision d'introduire une assignation en faillite et en déclaration de jugement commun contre des parties, ce également en respect de la loi allemande applicable à cette question.*

Elles reprochent en outre à la société AAA d'avoir *lancé des menaces et fait des allégations complètement farfelues à l'encontre des assignés sub 2) à sub 4)* qui, de ce fait, seraient contraints à se défendre dans le cadre d'une procédure qui ne les concerne pas. Elles demandent, par réformation du jugement entrepris, au rejet des demandes en déclaration de jugement commun.

La société GGG, EEE et FFF réclament, chacun, la condamnation de la société AAA au paiement du montant de 25.000 € sur base de l'article 6 du Code civil sinon sur base des articles 1382 et 1383 du même code, au motif que *la démarche procédurale* aurait été *entreprise par pure méchanceté dans le seul but de nuire à leur réputation professionnelle.*

Quant au fond, les parties intimées contestent que la société AAA détienne une quelconque créance à l'encontre de la société CCC.

Elles font état d'un courrier du 10 octobre 2008 de Maître Thorsten SCHWEIZER, mandataire allemand de la société CCC, disant – entre autres – que « (… …) *Wir stellen ferner fest, dass die AAA Vollstreckungsmassnahmen gegen unsere Mandantin in Luxembourg eingeleitet hat und nach Einleitung am 20.9.2008 vom Kaufvertrag zurückgetreten ist. Spätestens seit diesem Zeitpunkt ist der Kaufpreisanspruch weggefallen und dessen Durchsetzung im Rahmen der Vollstreckung nicht mehr tunlich.* (… …). *In Anbetracht der erfolgten Anfechtung können auch die beanspruchten Zinsen nicht mehr begehrt werden und ist derTitel auch in dieser Hinsicht an unsere Mandantin herauszugeben. Die AAA wird daher ausdrücklich nochmals aufgefordert den Titel an unsere Mandantin herauszugeben. Aber auch ungeachtet der erfolgten Anfechtung und des Rücktritts können Kaufpreis und Zinsen von unserer Mandantin nicht verlangt werden.* (… …) ».

Elles font plus particulièrement valoir que *le titre exécutoire européen versé à l'appui de la demande adverse et qui doit conférer les*

caractères certain, liquide et exigible à la créance alléguée par elle ne couvre pas cette créance, puisqu'elle n'est pas contenue dans l'acte de vente qui lui seul est couvert par le titre exécutoire européen ; que *le titre exécutoire européen est « hors sujet » car couvrant des créances auxquelles la partie requérante a renoncé, alors qu'il est évident que la renonciation au principal fait suivre l'accessoire et que les intérêts de retard ne sont dus que lorsque le débiteur paie avec retard, mais non pas lorsque le débiteur ne doit rien payer à cause de la renonciation du créancier à sa créance.*

Elles soulignent que les avis juridiques versés par la société AAA se heurtent aux explications fournies par l'avocat Thorsten SCHWEIZER dans son courrier du 10 octobre 2008 et qu'il n'est pas du ressort de la juridiction, siégeant en matière de faillite, de toiser *les contestations en rapport avec une créance civile dont les cause et origine ne résident pas dans l'état de la faillite*.

Elles concluent – faute d'être en présence d'une créance certaine, liquide et exigible – à voir confirmer les juges de première instance en ce qu'ils ont déclaré non fondée la demande de la société AAA tendant à voir déclarer en état de faillite la société CCC.

Enfin, les parties intimées sollicitent, chacune, l'octroi d'une indemnité de procédure de 5.000 € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Discussion

I) Quant à l'appel incident

A) quant aux moyens tirés de la nullité sinon de l'irrecevabilité de l'acte d'assignation du 19 septembre 2008

Relèvent de la loi luxembourgeoise les mentions que doit contenir l'exploit qui introduit une instance au Grand-Duché de Luxembourg.

L'appréciation des pouvoirs au sein d'une société relève cependant de la loi nationale de la société (Cour d'appel, 4ème chambre, 13.12.2006, no 30 918 du rôle).

La question de savoir qui au sein d'une société de droit allemand « *Kommanditgesellschaft* » a pouvoir pour représenter celle-ci en justice est tranchée conformément à la loi allemande.

Comme en témoigne l'extrait du *Handelsgericht A des Amtsgerichts Frankfurt am Main*, établi le 14 octobre 2008, le « *Persönlich haftender*

Gesellschafter » est le dénommé « *BBB, Kaufmann, WWW* ». Ce nom figure sous la rubrique 3.b), intitulée « *Inhaber, persönlich haftende Gesellschafter, Geschäftsführer, Vorstand, Vertretungsberechtigte und besondere Vertretungsbefugnis* ».

L'article 161 du HGB prévoit dans son alinéa 2 que « *Soweit nicht in diesem Abschnitt ein anderes vorgeschrieben ist, finden auf die Kommanditgesellschaft die für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften Anwendung* ».

L'article 164 du HGB ajoute que « *Die Kommanditisten* (commanditaires) *sind von der Führung der Geschäfte der Gesellschaft ausgeschlossen* ».

L'article 125 du HGB relatif aux « *Offene Handelsgesellschaften* » précise que « *Zur Vertretung der Gesellschaft ist jeder Gesellschafter ermächtigt, wenn er nicht durch den Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen ist* » et l'article 126 alinéa 1ier du même code ajoute que « *Die Vertretungsmacht der Gesellschafter erstreckt sich auf alle gerichtlichen und aussergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen* (… …) ».

Il s'ensuit que l'acte introductif d'instance, en mentionnant que la société AAA est « *représentée par son associé commandité (Komplementär) Monsieur BBB* », a obéi au prescrit des articles applicables en la matière de sorte que l'argumentation des actuelles parties intimées, consistant à dire que la société AAA ne serait pas valablement représentée en justice et qu'il ne serait pas établie que la décision d'assigner en faillite ait été valablement prise par l'associé commandité (*persönlich haftender Gesellschafter, Geschäftsführer* et *Vertretungsberechtigter*), est à rejeter pour être dénuée de tout fondement.

Au regard des considérations qui précèdent, toute discussion en rapport avec la question de savoir qui doit rapporter la *preuve positive* de la représentation en justice de la société AAA s'avère superflue.

B) <u>quant aux moyens d'irrecevabilité des demandes en déclaration de jugement commun</u>

L'assignation en déclaration de jugement commun est destinée à parer à l'effet relatif de la chose en enlevant au tiers le droit de se prévaloir de l'article 1351 du Code civil. Le rôle de cette assignation est de lui faire perdre la qualité de tiers, de lui rendre le jugement opposable et de lui fermer de ce fait la voie de la tierce opposition.

Peut former tierce opposition toute personne qui y a intérêt, même moral, et à condition qu'elle n'ait été ni partie ni représentée au

jugement qu'elle attaque. Un intérêt simplement éventuel dans le chef du tiers a été jugé suffisant.

Contrairement aux explications de la société AAA, le fait que *les intimés devront, lors d'une instance prochaine, s'expliquer de l'acquisition par leur société – qualifiée de « coquille vide » – d'un immeuble pour un montant de quelque 68.5 millions d'Euros, sans que leur société ne soit en mesure de s'acquitter ni du prix, ni de la charge d'intérêts qui en est découlée*, ne justifie pas – à lui seul – que des demandes en déclaration de jugement commun soient dirigées à l'encontre des parties assignées sub 3) et sub 4).

Est donc seule à accueillir la demande en déclaration de jugement commun dirigée à l'encontre de la société GGG, qui – en sa qualité de commandité de la société CCC – a un intérêt certain à l'issue du présent litige.

Il n'y a cependant pas lieu de faire droit à la demande des parties intimées sub 2) à sub 4) en obtention d'une indemnité pour procédure abusive et vexatoire.

En effet, il faut partir du principe que l'exercice d'une action est libre. Ceci signifie qu'en principe l'exercice de cette liberté ne constitue pas une faute, même de la part de celui qui perdra le procès ou n'obtiendra pas gain de cause. L'exercice d'une action ou d'une voie de recours n'est répréhensible qu'au cas où le plaideur a commis un abus.

Un tel abus n'est pas établi dans le chef de la société AAA. De même, les parties intimées sub 2) à sub 4) n'ont pas rapporté la preuve d'une quelconque atteinte à leur réputation du fait d'avoir été assignées en déclaration de jugement commun.

II) <u>Quant à l'appel principal</u>

Pour obtenir la mise en faillite d'un débiteur, il faut que celui-ci soit en état de cessation des paiements et que son crédit soit ébranlé. Ces deux conditions doivent coexister au moment de la déclaration en faillite.

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

Le refus de paiement d'une seule dette peut suffire pour établir la cessation des paiements, à condition que cette dette soit certaine, liquide et exigible.

La charge de la preuve de la cessation des paiements repose sur celui qui demande la mise en faillite.

Si la dette impayée fait l'objet de contestations sérieuses, le fait qu'elle demeure impayée n'entraîne pas la cessation des paiements.

Ainsi, le refus de payer une dette, même établie par un titre exécutoire, peut avoir un caractère suffisamment sérieux pour rendre non recevable une demande en déclaration d'une faillite.

En l'occurrence, la Cour – loin de vouloir s'adonner à un réexamen au fond des données à base du titre exécutoire européen du 28 août 2008 – se doit cependant de constater que la portée du titre exécutoire se trouve actuellement discutée en raison de la *Rücktrittserklärung* notifiée par la société AAA en date du 20 septembre 2008.

La Cour se trouve confrontée à plusieurs avis juridiques qui analysent les conséquences du « *Rücktritt der Verkäuferin vom 20. September 2008 auf den Anspruch auf Verzugszinsen* » et la question de savoir « *ob der Anspruch der Verkäuferin gegen die Käuferin durch die notarielle Unterwerfungserklärung der Käuferin wirksam tituliert ist* ».

Ces avis se contredisent mutuellement.

Or, la Cour – appelée à statuer sur la question de savoir si les conditions de faillite se trouvent réunies – doit vérifier le degré de certitude de la créance alléguée par la société AAA et non le bien-fondé de cette créance.

Comme l'ont correctement relevé les juges de première instance, *les contestations soulevées par les défendeurs* et actuelles parties intimées *quant au maintien des intérêts redus dans l'hypothèse d'un « Rücktritt » ne peuvent être rejetées par le biais d'un examen sommaire.* Au contraire, un examen approfondi serait de mise en tenant compte des diverses opinions juridiques, ensemble les nombreux arguments avancés de part et d'autre.

Vu le sérieux des contestations formulées à l'encontre de la créance alléguée par la société AAA, il a lieu de dire que la condition de la cessation des paiements dans le chef de la société CCC n'est pas établie.

Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu de déclarer – ni sur assignation ni d'office – en état de faillite la société CCC.

Le jugement dont appel est partant à confirmer sur ce point.

Concernant la demande en obtention d'une indemnité de procédure des parties intimées, la Cour dispose des éléments d'appréciation suffisants pour fixer à 1.500 € l'indemnité de procédure devant revenir à

CCC et à 500 € l'indemnité de procédure devant revenir à chacune des parties intimées sub 2), sub 3) et sub 4).

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit les appels principal et incident ;

dit non fondé l'appel principal,

dit l'appel incident partiellement fondé ;

par réformation du jugement entrepris, rejette les demandes en déclaration de jugement commun dirigées à l'encontre d'EEE et de FFF ;

dit non fondées les demandes de la société GGG, d'EEE et de FFF en obtention d'une indemnité pour procédure abusive et vexatoire ;

dit fondées les demandes de la société CCC, de la société GGG, d'EEE et de FFF en obtention d'une indemnité de procédure ;

condamne la société AAA à payer à la société CCC une indemnité de procédure de 1.500 €, à la société GGG, à EEE et à FFF, chacun, une indemnité de procédure de 500 € ;

condamne la société AAA aux frais et dépens de l'instance d'appel ;

déclare le présent arrêt commun à la société GGG.