

Arrêt N° 35/18 IV-COM

Audience publique du quatorze mars deux mille dix-huit

Numéros 44556, 44493 du rôle

Composition

Roger LINDEN, président de chambre;
Marianne HARLES, première conseillère;
Elisabeth WEYRICH, conseillère;
Eric VILVENS, greffier.

I) Rôle 44493**A la requête de**

1) Monsieur Paul LAPLUME, réviseur, demeurant à L-6113 Junglinster, 44, rue des cerises, et

2) Maître Alain RUKAVINA, avocat à la Cour, demeurant à L-1142 Luxembourg, 9, rue Pierre d'Aspelt,

les deux agissant conjointement en leur qualité de liquidateur judiciaire de la société d'investissement à capital variable sous forme d'une société anonyme LUXALPHA SICAV, en liquidation judiciaire, établie et ayant eu son siège social à L-1855 Luxembourg, 33, avenue J.F. Kennedy, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B 98.874, déclarée en état de liquidation judiciaire par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 2 avril 2009,

appelants aux termes d'une requête déposée le 17 février 2017 au greffe de la Cour d'appel,

comparant par Maître Alain Rukavina, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

en présence de

Madame le Procureur Général d'Etat, demeurant professionnellement à L-2080 Luxembourg, Plateau du Saint-Esprit,

comparant par elle-même,

II) Rôle 44556

Entre

1) la société anonyme FRANCE ESSOR, établie et ayant son siège social à F-75116 Paris, 80, avenue Victor Hugo, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Paris sous le numéro 339.506.321, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

2) la société anonyme HN6 ACTIVE, établie et ayant son siège social à F-75008 Paris, 4, rue Lamennais, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Paris sous le numéro 582.044.822, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

3) Thierry DE PASSEMAR DE SAINT- ANDRE D'ALBAN, chef d'entreprise, demeurant à B-1180 Bruxelles, 37, avenue Bel-Air,

4) Claire LECOQ VALLON, infirmière, demeurant à B-1180 Bruxelles, 37, avenue Bel-Air,

5) Louis DE PASSEMAR DE SAINT- ANDRE D'ALBAN, chef de projet, demeurant à B-1180 Bruxelles, 37, avenue Bel-Air,

6) Victoire DE PASSEMAR DE SAINT- ANDRE D'ALBAN, consultant, demeurant à B-1180 Bruxelles, 37, avenue Bel-Air,

7) Anne LADEGAILLERIE, sans profession, demeurant à Unit 17 n°14 6th Street Jamaran Street, Nivaran Avenue, Téhéran (Iran),

8) Olivier GUYOT, consultant, B-1050 Bruxelles, 135, rue de l'Aqueduc,

sub 1) - 8) appelants aux termes d'un acte de l'huissier de justice Luc Konsbrück de Luxembourg du 2 mars 2017,

comparant par Maître Cathy Arendt, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et

1) Monsieur Paul LAPLUME, réviseur, demeurant à L-6113 Junglinster, 44, rue des cerises, pris en sa qualité de liquidateur judiciaire de la société d'investissement à capital variable sous forme d'une société anonyme LUXALPHA SICAV, ayant eu son siège social à Luxembourg, 33, avenue J.F. Kennedy,

2) Maître Alain RUKAVINA, avocat à la Cour, demeurant à L-1142 Luxembourg, 9, rue Pierre d'Aspelt, pris en sa qualité de liquidateur judiciaire de la société d'investissement à capital variable sous forme d'une société anonyme LUXALPHA SICAV, ayant eu son siège social à Luxembourg, 33, avenue J.F. Kennedy,

3) Monsieur le Procureur d'Etat près le Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg, ayant ses bureaux à la Cité Judiciaire, Plateau du St. Esprit, L-2080 Luxembourg,

intimés aux fins du prédit acte Konsbrück,

sub 1) - 2) comparant par Maître Alain Rukavina, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

sub 3) comparant par Madame le Procureur Général d'Etat.

LA COUR D'APPEL

I. Les faits et la procédure de première instance

Par décision du 3 février 2009, la Commission de surveillance du secteur financier (CSSF) procédait en application de l'article 94 (2) de la loi du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif (loi de 2002) au retrait de la liste officielle des organismes de placement collectif (OPC) de la société d'investissement à capital variable sous forme d'une société anonyme LUXALPHA SICAV (la société LUXALPHA).

Cette décision de retrait faisait suite à celle du 15 décembre 2008 du conseil d'administration de la société LUXALPHA de suspendre le calcul de la valeur nette d'inventaire (VNI) ainsi que la souscription, la conversion et le rachat des actions de la sicav. Cette décision avait été prise en réaction à la découverte le 11 décembre 2008 de la fraude commise par Bernard L. Madoff et de la mise en liquidation judiciaire subséquente de la société Bernard L. Madoff Investment Securities LLC (BLMIS) qui était liée depuis le 5 février 2004 par un contrat de sous-dépositaire au dépositaire de la sicav, à savoir la banque UBS Luxembourg.

Par jugement du 2 avril 2009, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a prononcé en application de l'article 104 de la loi de 2002 la liquidation judiciaire de la société LUXALPHA. Il a dit que la liquidation de la société se ferait selon les règles régissant la liquidation de la faillite.

1. Par requête déposée le 25 avril 2016, les liquidateurs judiciaires de la société LUXALPHA ont demandé au tribunal

d'arrondissement de Luxembourg de fixer en application de l'article 442 du Code de commerce l'époque de la cessation de paiement de la société en liquidation, principalement au 3 août 2008, soit six mois avant le 3 février 2009, date du retrait de la société de la liste officielle des OPC par la CSSF, subsidiairement au 2 octobre 2008, soit six mois avant la mise en liquidation judiciaire du 2 avril 2009 et plus subsidiairement au 12 décembre 2009, date à laquelle le conseil d'administration de la société LUXALPHA, confronté à la nouvelle de la fraude de Bernard Madoff, prit conscience que les demandes de rachat ne pouvaient plus être couvertes par les avoirs en numéraire.

Les liquidateurs ont exposé que suite à l'annonce de la fraude Madoff, la société LUXALPHA fut assaillie de demandes de rachat de la part des investisseurs, dont certains considéreraient actuellement que dans la mesure où le système Madoff était basé sur une fraude, les liquidateurs judiciaires devraient pouvoir être en droit d'agir en annulation des rachats de parts opérés durant la période suspecte à instaurer.

Les liquidateurs ont conclu à voir modifier le mode de liquidation, en application de l'article 104 (1) de la loi de 2002, pour voir fixer la date de la cessation de paiement de la société LUXALPHA.

Dans son jugement du 16 juin 2016, la juridiction du premier degré a d'abord constaté que la loi de 2002 avait été abrogée par celle du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif (la loi de 2010). Le tribunal a ensuite retenu que si l'article 143 (1) de la loi de 2010 permet au tribunal de rendre applicables aux liquidations des OPC les règles régissant la liquidation de la faillite, à savoir les règles figurant au chapitre III du Code de commerce, relatif à l'administration et la liquidation de la faillite (articles 455 à 495-1 du Code de commerce), il n'y est fait aucune référence aux autres règles relatives à la faillite, et notamment à l'article 442 du Code de commerce.

Il en a conclu qu'à défaut de base légale qui permet au tribunal de fixer une date de cessation de paiement, la demande n'était pas fondée.

2. Par acte d'huissier de justice du 13 octobre 2016, la société anonyme de droit français FRANCE ESSOR, la société anonyme par actions simplifiée de droit français HN6 ACTIVE, Thierry DE PASSEMAR DE SAINT-ANDRE D'ALBAN, Claire LECOQ-VALLON, épouse DE PASSEMAR DE SAINT-ANDRE D'ALBAN, Louis DE PASSEMAR DE SAINT-ANDRE D'ALBAN, Victoire DE PASSEMAR DE SAINT-ANDRE D'ALBAN, Anne LADEGAILLERIE et Olivier GUYOT, se prétendant tous investisseurs de la société LUXALPHA, ont assigné les liquidateurs judiciaires et le Procureur d'Etat de Luxembourg devant le tribunal d'arrondissement de

Luxembourg, siégeant en matière commerciale, aux fins de voir dire recevable et fondée la tierce opposition relevée du jugement du 16 juin 2016.

Les tiers opposants ont exposé que si le jugement de mise en liquidation de la société LUXALPHA prévoit que les liquidateurs représentent tant la société que ses investisseurs et créanciers, il n'en resterait pas moins que si des investisseurs ont à faire valoir des droits qui leur sont propres, ils ne sont pas représentés par les liquidateurs et figurent dès lors comme tiers à l'instance introduite par les liquidateurs.

Ils ont affirmé que leurs droits seraient différents voire opposés aux droits des investisseurs qui avaient bénéficié de rachats de parts de la sicav importants aux mois d'octobre et novembre 2008, soit peu de temps avant le 11 décembre 2008, date de la découverte de la fraude Madoff, et que si ces investisseurs n'avaient aucun intérêt à voir fixer une date de cessation de paiement suivie d'une période suspecte, qui pourrait remettre en question ces rachats, les tiers opposants auraient au contraire un intérêt évident à l'instauration d'une telle période suspecte.

Les tiers opposants en ont conclu que les liquidateurs ne pouvaient pas conjointement représenter des catégories d'investisseurs ayant des intérêts radicalement opposés, de sorte qu'ils n'auraient pas été représentés à l'instance introduite par les liquidateurs en vue de la fixation d'une date de cessation de paiement et que dès lors leur tierce opposition serait recevable.

Par jugement du 19 janvier 2017, le tribunal a retenu que si les tiers opposants, pour le cas où ils devaient avoir un intérêt distinct de celui des investisseurs qui ont bénéficié de rachats de parts peu avant l'éclatement du scandale Madoff, ils n'établissent cependant pas en quoi leur intérêt serait distinct de celui de la société en liquidation.

La tierce opposition a été déclarée irrecevable.

II. L'appel

Par requête déposée au greffe de la Cour d'appel le 17 février 2017, les liquidateurs ont relevé appel du jugement du 16 juin 2016. Ils concluent à voir fixer la date de la cessation de paiement au 3 août 2008, sinon au 2 octobre 2008.

Par acte d'huissier de justice du 2 mars 2017, les tiers opposants énumérés ci-dessus ont relevé appel du jugement du 19 janvier 2017.

Ils ont conclu à voir déclarer recevable la tierce opposition et à voir renvoyer l'affaire devant le tribunal, demande de renvoi à laquelle ils ont par après renoncé, vu l'appel relevé par les liquidateurs du jugement du 16 juin 2016. Ils demandent à voir fixer la date de la cessation de paiement au 3 août 2008, sinon au 2 octobre 2008.

Les deux appels ont été joints par décision du magistrat de la mise en état du 15 mars 2017.

Par conclusions du 9 juin 2017, le ministère public s'est rapporté à prudence de justice en ce qui concerne la recevabilité de la tierce opposition et de la requête d'appel en la forme. Il a conclu à la réformation du jugement du 16 juin 2016.

Discussion

1. Il convient d'abord de statuer sur la recevabilité de la tierce opposition introduite contre le jugement du 16 juin 2016. Elle a été déclarée irrecevable par le tribunal pour les motifs exposés ci-dessus.

Les liquidateurs ont exposé avoir en première instance contesté la qualité à agir des tiers opposants en ce qu'ils n'auraient pas justifié de leur qualité d'actionnaire de la sicav. Ils constatent que la juridiction ne s'est pas prononcée sur ce moyen et ils se réservent le droit de l'opposer ultérieurement. La Cour n'est dans ces conditions pas saisie de ce moyen.

En ce qui concerne l'intérêt à agir, il convient de rappeler que les liquidateurs représentent et la société et la masse des créanciers et des investisseurs porteurs de parts de la sicav en liquidation et ont le monopole des actions en demandant et/ou en défendant. Le tribunal a dit à bon droit que la représentation des investisseurs par les liquidateurs constitue le principe et que l'action individuelle des investisseurs n'est recevable que pour autant qu'ils disposent d'un intérêt distinct de celui de la société en liquidation.

Les tiers opposants en ce que leur demande tend au même but que celle des liquidateurs ne font valoir aucun intérêt distinct de celui de la société, étant donné que l'instauration par le tribunal d'une date de cessation de paiement et par voie de conséquence d'une période suspecte durant laquelle les actes y passés sont nuls voire susceptibles d'annulation profiterait à l'ensemble de la masse des investisseurs (porteurs de parts) et créanciers, donc également aux tiers opposants porteurs de parts. Les seuls porteurs de parts, à lire la motivation de la tierce opposition et le jugement du 19 janvier 2017 qui pourraient faire valoir un intérêt distinct de celui de la société et des actuels appelants tiers

opposants sont ceux qui ont fait procéder au rachat de leurs parts par la sicav à un moment qui tomberait, si la requête tendant à voir instituer une date de cessation de paiement devait être déclarée fondée, en période suspecte. Ils auraient un intérêt à relever tierce opposition de toute décision judiciaire qui ferait droit à la requête initiale des liquidateurs. Il est faux de prétendre, tel que le font les appelants tiers opposants, que la masse comprend ces anciens porteurs de parts puisqu'ils n'ont plus qualité à en faire partie, dans la mesure où ils ne sont plus porteurs des parts cédées à la société.

Le jugement du 19 janvier 2017 en ce qu'il a déclaré la tierce opposition irrecevable est donc à confirmer.

2. Les liquidateurs ont relevé appel moyennant une requête non datée, mais dont il est établi qu'elle est antérieure au 17 février 2017, date de son dépôt au greffe de la Cour d'appel. Elle a été notifiée par les appelants au Parquet Général.

La représentante du ministère public s'est rapportée à prudence de justice quant à la recevabilité de l'appel en la forme.

Les règles régissant la liquidation de la faillite ont été déclarées applicables à la liquidation judiciaire de la société LUXALPHA par le jugement d'ouverture de liquidation du 2 avril 2009.

Ce jugement du 2 avril 2009 prévoit expressément que les liquidateurs s'adresseront au tribunal pour toute modification nécessaire au mode de liquidation à opérer. Les liquidateurs ayant introduit leur demande tendant à voir prononcer une date de la cessation de paiement qu'ils ont considérée comme étant une demande tendant à voir modifier le mode de liquidation de la société, ils ont procédé par voie de requête, le tout en application de l'article 143 (1), 3^{ème} alinéa de la loi du 17 décembre 2010 concernant les OPC (la loi de 2010). C'est en toute logique qu'ils ont interjeté appel contre le jugement du 16 juin 2016 en saisissant la Cour d'appel de la même manière que celle par laquelle ils avaient introduit leur demande devant le tribunal.

L'appel est donc recevable.

3. La requête d'appel des liquidateurs a été déposée le 17 février 2017 et ils étaient, à ce moment, pour avoir été défendeurs à l'instance de la tierce opposition, informés du sort y réservé par le tribunal dans son jugement du 19 janvier 2017. Il ressort de la requête d'appel que les liquidateurs ont repris l'argumentation développée par les tiers opposants dans l'assignation en tierce opposition et ce « pour éviter à l'avenir le reproche de ne pas les avoir dûment invoqués ».

4. Le jugement d'ouverture de liquidation du 2 avril 2009 a déclaré applicables les dispositions légales relatives à la liquidation de la faillite sous réserve de modalités dérogatoires spécifiées au dispositif. Il a, ce faisant, fait application de l'article 104 (1), 3^{ème} alinéa de la loi du 20 décembre 2002 (actuellement 143 (1), 3^{ème} alinéa de la loi de 2010). Les modalités dérogatoires ont trait à la procédure à suivre pour la déclaration des créances et dérogent donc au chapitre IV du Titre Ier du Livre III du Code de commerce traitant de la faillite. Le tribunal a rappelé que les porteurs de parts ne sont pas à considérer comme étant des créanciers de la masse, mais comme des actionnaires qui vont se partager le boni de liquidation. Il en découle que les dispositions dérogatoires ne sont pas d'application dans le présent litige

5. « Les dispositions légales relatives à la liquidation de la faillite » ont été interprétées par le tribunal dans son jugement attaqué du 16 juin 2016 comme étant celles figurant au Livre III, Titre I^{er}, chapitre III du Code de commerce, relatif à l'administration et la liquidation de la faillite (articles 455 à 495-1 du Code de commerce). Il a dit que l'article 442 du Code de commerce qui a trait à la date de la cessation de paiement des sociétés n'était donc pas inclus dans les dispositions relatives à la liquidation de la faillite. La demande a donc été rejetée.

6. Les liquidateurs ont dans la requête d'appel fait leurs moyens de fond contenus dans l'acte de tierce opposition. Ils font ainsi valoir que, contrairement à ce qu'ont retenu les juges du premier degré, la formule litigieuse englobe également le chapitre VI du Titre I^{er} du Livre III du Code de commerce qui traite de la liquidation de la faillite. Ils font valoir ensuite que certaines dispositions du chapitre III (i.e. articles 466 § 1^{er}, 472 § 1^{er} et 473 § 1^{er}) renvoient explicitement à la cessation de paiement et en concluent que « comme les règles régissant la liquidation prévues au chapitre III se réfèrent donc à la notion de cessation de paiement, il faudra forcément qu'une telle cessation de paiement puisse être ordonnée dans le cadre d'une liquidation d'un OPC, ce qui n'est possible que par une application de l'article 442 du Code de commerce ». Ils font enfin l'exégèse du texte litigieux et en concluent que l'article 442 du Code de commerce est applicable à la liquidation de la société LUXALPHA.

7. Que le tribunal ait limité l'application du texte de loi litigieux au chapitre III sans faire éventuellement encore mention du chapitre VI ne prête pas à conséquence, étant donné que le renvoi aux « dispositions légales relatives à la liquidation de la faillite » englobe toutes les dispositions y ayant trait, contenues aux chapitres III à IX.

Que le jugement de 2009 en ce que le tribunal a déclaré applicables « les dispositions légales relatives à la liquidation de la

faillite sous réserve de modalités dérogatoires spécifiées au dispositif » et que certaines desdites dispositions renvoient à la cessation de paiement, de sorte que, selon les appelants, l'article 442 du Code de commerce devrait par ricochet également être applicable à la liquidation d'un OPC, procède d'un raisonnement incorrect, étant donné que le renvoi ainsi opéré par le tribunal à l'ensemble des dispositions légales relatives à la liquidation de la faillite n'exclut pas le renvoi à des dispositions qui, de par leur contenu, n'ont pas vocation à s'appliquer et sont partant sans objet. Si donc il peut y être question de la cessation de paiement dans certaines de ces dispositions, mais qu'il n'y a pas lieu de constater une telle cessation de paiement, ces dispositions n'ont pas vocation à s'appliquer. Le raisonnement inverse tenu par les appelants est à écarter.

8. L'article 104 (1) de la loi du 20 décembre 2002 repris par l'article 143 (1) de la loi de 2010 concernant les OPC est de la teneur : « (le tribunal) arrête le mode de liquidation. Il peut rendre applicables dans la mesure qu'il détermine les règles régissant la liquidation de la faillite ».

Les liquidateurs soutiennent qu'il n'était pas dans les intentions du législateur de faire une distinction entre « les règles régissant la liquidation de la faillite » et « les règles régissant la faillite ».

Ils renvoient à l'article 44 (1) deuxième paragraphe de la loi du 25 août 1983 relative aux organismes de placement collectif dont la teneur aurait été reprise par les lois successives sur les OPC de 1988, 2002 et 2010. Ils font valoir que cette disposition trouve son origine dans l'article 203 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales (en abrégé LSC) y introduit par une loi du 19 mai 1978 et se réfèrent aux travaux préparatoires desdites lois.

9. Le ministère public, après avoir analysé les travaux ayant mené à l'adoption de l'article 44 (1) de la loi du 25 août 1983 relative aux organismes de placement collectif (Mémorial A, p., 1462) dont la teneur a tel quel notamment été repris à l'article 104 de la loi de 2002 concernant les OPC, a conclu à la réformation du jugement au motif qu'une interprétation stricto sensu de la notion « règles régissant la liquidation de la faillite » irait à l'encontre de l'esprit de la loi.

10. Cette exégèse de la disposition litigieuse a été menée par les parties spécifiquement au regard du dernier argument invoqué par le tribunal pour rejeter la demande en fixation d'une date de cessation de paiement, argument tiré de l'article 129 (7) de la loi du 18 décembre 2015 relative aux mesures de résolution, d'assainissement et de liquidation des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement, ainsi qu'aux systèmes de garantie des dépôts et d'indemnisation des investisseurs (la loi

de 2015). Cet article dispose que le tribunal qui prononce la liquidation d'un établissement de crédit «...peut rendre applicables, dans la mesure qu'il détermine, les règles régissant la faillite. Dans ce cas, il peut fixer l'époque à laquelle a eu lieu la cessation de paiement à une date précédant de six mois au maximum le dépôt de la requête (...) ». La juridiction du premier degré en a tiré la conclusion que cette faculté pour le tribunal de rendre applicables les règles régissant la faillite et de fixer la date de cessation de paiement n'était ouverte qu'en cas de la liquidation des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement, et non pas en cas de la liquidation d'un OPC.

11. La loi de 2015 a notamment abrogé la partie IV de la loi modifiée du 5 avril 1993 sur le secteur financier. L'article 61 (7) de la loi de 1993 placé sous la section 2 du chapitre 2 de la partie IV, abrogée dans son intégralité, a été repris à l'article 129 (7) de la loi de 2015. Le contenu de cet article n'a pas changé depuis l'entrée en vigueur de la loi de 1993 [dans sa version première, il s'agissait de l'article 61(2)].

L'article 61(2) reprenait la teneur de l'article 11(2) de la loi du 10 août 1982 « portant organisation 1) du droit de suspension du Commissariat au Contrôle des Banques à l'égard des établissements de crédit ; 2) du sursis de paiement, de la gestion contrôlée et de la liquidation des établissements de crédit ». (Mémorial 1982, A 65, 12 août 1982). Cette loi de 1982 a été dénommée par la suite, en application du règlement grand-ducal du 27 novembre 1984 portant coordination des dispositions légales et réglementaires relatives à la surveillance du secteur financier, « loi du 27 novembre 1984 relative à la surveillance du secteur financier » (Mémorial A n°103, 28 novembre 1984). L'article 11(2) est ainsi devenu l'article 42 (2) du texte coordonné du 15 avril 1986 de ladite loi du 27 novembre 1984 (Mémorial A, n° 36, 2 mai 1986).

12. Quant à la liquidation judiciaire des OPC, les parties ont, à bon droit, renvoyé à l'article 44 (1) de la loi du 25 août 1983 relative aux organismes de placement collectif (Mémorial A, p.,1462) dont la teneur a notamment été reprise à l'article 104 de la loi du 20 décembre 2002 sous l'empire de laquelle a été prononcé le jugement de liquidation de 2009.

Les parties ont encore rappelé à bon droit que le texte de la loi de 1983 est repris de l'article 203 de la LSC telle que modifiée par la loi du 19 mai 1978 (Mémorial 1978, 589, doc. parl. 2104).

13. Il ressort donc des points 11 et 12 ci-dessus que les dispositions litigieuses sont, pour le point litigieux, de teneur identique pour ce qui concerne la liquidation judiciaire des OPC et des sociétés commerciales. Le régime applicable à la liquidation

judiciaire des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement diffère cependant, notamment sur le point litigieux, de celui des sociétés commerciales et des OPC.

La Cour se concentre uniquement sur l'examen de la faculté ouverte au tribunal statuant dans le cadre de la liquidation judiciaire d'un établissement de crédit de faire application de l'article 442 du Code de commerce traitant de la cessation de paiement, faculté qui n'est pas mentionnée telle quelle dans les lois relatives à la liquidation des sociétés commerciales et des OPC, tels qu'en l'espèce, la société LUXALPHA.

14. Les appelants et la représentante du ministère public soutiennent que malgré cette différence, le régime applicable serait identique, à savoir que celui institué pour la liquidation judiciaire des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement devrait également profiter aux OPC et aux autres sociétés commerciales en liquidation judiciaire. Ils se basent à cet effet sur les travaux préparatoires de la loi du 19 mai 1978 qui a introduit l'article 203 dans la LSC et notamment sur l'avis complémentaire du Conseil d'Etat du 28 février 1978 pour affirmer que l'intention du législateur était *« d'éviter d'imposer au tribunal l'application du régime des faillites dans son ensemble, mais de lui laisser le choix de ce faire. Le but recherché était surtout de créer un cadre juridique permettant au tribunal de prononcer une liquidation adaptée aux particularités de l'entité en cause »*.

15. Si les appelants se réfèrent aux travaux préparatoires de la loi du 19 mai 1978, c'est que le Conseil d'Etat a renvoyé dans son avis du 29 mai 1979 relatif à la loi du 25 août 1983 relative aux organismes de placement collectif (doc. parl. 2366, p. 61-63), pour le maintenir, audit avis complémentaire du 28 février 1978 (doc. parl. 2104, p. 610). Ce renvoi n'a rien d'étonnant, puisque sur le point concerné, les deux textes sont de teneur identique.

16. La Cour d'appel souscrit intégralement au fait que l'intention du législateur était celle dont question au point 14. La conclusion que les parties tirent de cette intention, à savoir qu'il conviendrait d'appliquer sur le point litigieux au régime de la liquidation judiciaire des OPC celui des établissements de crédit, ne repose cependant ni sur un argument de texte, ni sur une intention explicite voire implicite qui ressortirait des travaux préparatoires.

17. L'introduction de la réglementation de la liquidation judiciaire des sociétés commerciales telle que prévue par l'article 203 LSC a été marquée par une attitude de défiance du législateur envers les anciens dirigeants et les actionnaires, de sorte que celui-ci a voulu instaurer un régime différent de celui déjà existant pour la liquidation volontaire des sociétés commerciales régie par les articles 141-151 de la LSC. La liquidation judiciaire a donc été

placée sous le contrôle du juge qui nomme des liquidateurs externes à la société. Le choix du régime relatif à l'administration et à la liquidation de la société a été laissé à la discrétion du tribunal qui a la faculté d'appliquer les règles de la faillite, voire même de décider de règles spécifiques et, en cas de besoin, de les modifier en cours de liquidation. Cette souplesse qui caractérise l'administration et la liquidation judiciaire de la société commerciale et d'un OPC est donc relative à la phase qui suit celle du prononcé de la liquidation.

18. En prônant une interprétation qui fait fi des différences rédactionnelles des textes en question, les parties perdent de vue que la marge de manœuvre accordée au tribunal est plus large en cas de liquidation judiciaire d'un établissement de crédit qu'elle ne l'est en cas de liquidation d'une société commerciale en général et d'un OPC en particulier.

Le choix des termes employés dans les textes de loi n'est pas anodin. Dans le cas de la liquidation judiciaire d'un OPC, le tribunal peut rendre applicables les règles régissant la liquidation de la faillite tandis que dans le cas d'une liquidation judiciaire d'un établissement de crédit, il peut rendre applicables les règles régissant la faillite. Ces dernières englobent nécessairement les règles concernant la liquidation de la faillite, mais pas seulement.

L'article 442 du Code de commerce n'est assurément pas une règle qui concerne la liquidation de la faillite. Il s'agit d'une mesure qui tend à protéger la masse des créanciers d'actes que le failli a passés durant les six mois qui ont suivi la cessation de paiement et qui, comme tels, peuvent être préjudiciables à ladite masse. Les articles 445 et 446 du même code déclarent nuls, voire annulables toute une série d'actes qui sont censés avoir été faits en fraude des droits de la masse et avoir ainsi rompu le principe de l'égalité de traitement des créanciers.

19. Ces considérations amènent la Cour d'appel à s'interroger sur la différence de traitement des liquidations judiciaires, selon qu'elles visent, d'une part, les sociétés commerciales et les OPC, et, d'autre part, les établissements de crédit. Les parties n'y ont consacré aucun développement.

La Cour renvoie au point II.11 de l'arrêt.

C'est donc la loi du 10 août 1982, intégrée dans celle du 27 novembre 1984, qui a instauré le régime de la liquidation judiciaire des établissements de crédit.

L'origine de la formulation différente des termes employés dans les textes législatifs se trouve dans l'avis du Conseil d'Etat du 10

juillet 1981 relatif à la loi de 1982. (doc. parl. 2548, pages 27 et suivantes, plus spécialement page 41).

Il convient d'abord de souligner que le projet de loi n'avait pas repris la formulation issue de la loi de 1978 ayant introduit l'article 203 dans la LSC et n'avait pas autrement détaillé le mode de liquidation (doc. parl., pages 4,12).

Le Conseil d'Etat a proposé, en s'inspirant de l'article 203 LSC, d'ouvrir la faculté au tribunal de rendre applicables les règles régissant la faillite par une formulation qui a été adoptée par le législateur dans la loi de 1982, puis, à l'identique, dans celles de 1984, 1993, 2002 et 2010. Il a motivé ladite proposition de modification de l'article 11 § 2 de la manière suivante:

« ad § (2)

Le texte proposé par le Conseil d'Etat s'inspire de l'article 203 de la loi sur les sociétés. Il importe que le Tribunal puisse rendre applicables, dans la mesure qu'il détermine, les règles régissant la faillite.

Il pourra donc décider :

- de l'arrêt du cours des intérêts ;
- de la déchéance du terme ;
- de l'arrêt des poursuites individuelles.

Mais il pourra également dire qu'il y a période suspecte et faire remonter le début de la période suspecte à une date qui ne pourra cependant précéder de plus de six mois la date du dépôt de la requête en sursis. De ce fait, les liquidateurs auront le pouvoir d'attaquer certains actes accomplis par l'établissement antérieurement au régime de sursis. Il s'agit notamment des actes visés par les articles 444, 445 et 446 du Code de commerce.

Le mode de liquidation devra rester souple et pourra pour cette raison être modifié ultérieurement ou adapté aux circonstances. »

Dans son rapport final du 17 juin 1982, la commission des finances et du budget a retenu que les règles concernant la liquidation des établissements de crédit étaient appelées à remplacer, dans le secteur du crédit, les autres modes de liquidation collective, et plus particulièrement la faillite. Elle a souligné que ce faisant, la législation luxembourgeoise se trouverait comparable aux textes de pays voisins qui soumettent également la liquidation des établissements de crédit à un régime adapté à la structure spécifique de ces établissements et s'intégrera plus facilement dans les efforts d'harmonisation faits au niveau communautaire.

Il en ressort que la volonté du législateur de l'époque était à tout le moins de voir ériger un régime spécifique à la liquidation des établissements de crédit. La Commission des finances et du

budget qui a approuvé dans son ensemble le projet de loi et les modifications suggérées par le Conseil d'Etat a relevé l'effort de celui-ci de décrire de façon minutieuse la procédure de liquidation des établissements de crédit qui est, pourtant, dans sa globalité identique à celle prévue pour les sociétés commerciales dans la LSC, sauf sur le point concerné (et d'autres points non pertinents pour la solution du litige).

20. Il ressort au surplus de l'avis du Conseil d'Etat que les règles régissant la faillite qui peuvent être déclarées applicables par le tribunal ne concernent pas uniquement l'article 442 du Code de commerce traitant sous le chapitre I notamment de la cessation de paiement. L'avis mentionne encore certains articles regroupés sous le chapitre II traitant des effets de la faillite, tels les articles 444 à 446 du Code de commerce. Il renvoie au surplus aux articles 450 - 452 du même chapitre II relatifs à l'arrêt du cours des intérêts, à la déchéance du terme et à la suspension des poursuites individuelles.

21. La Cour note que les règles tenant à la liquidation judiciaire des sociétés (de crédit, commerciales et OPC) ont été introduites voire remaniées dans un laps de temps rapproché de cinq années, soit de 1978 à 1983. Le Conseil d'Etat qui est à l'origine de la modification des dispositions qui confèrent au juge qui statue dans le cadre de la liquidation judiciaire des établissements de crédit la faculté de rendre applicable l'ensemble des règles de la faillite, ce dont il ne dispose pas s'il prononce la liquidation des sociétés commerciales et des OPC, n'a, à aucun endroit des nombreux avis qu'il a rédigés et dont quelques-uns se recoupent, exposé les raisons qui l'ont amené à proposer un régime non identique pour les deux groupes de sociétés.

La Cour d'appel est d'avis que cette faculté pour le tribunal notamment de fixer une date de cessation de paiement de la société mise en liquidation judiciaire, mesure utile s'il en est, ne devrait pas être réservée, du moins sans raison apparente, aux établissements de crédit à l'exclusion des autres sociétés commerciales et OPC. Elle doit cependant, au regard du contenu des travaux préparatoires qui viennent conforter l'interprétation littérale des textes légaux, s'en tenir à la teneur de celui qui réglemente la liquidation judiciaire des OPC et en conclure qu'il n'est pas permis au tribunal saisi d'une demande en liquidation d'un OPC de fixer une date de cessation de paiement.

Il convient d'ajouter que le fait de permettre dix années après le prononcé de la liquidation judiciaire de la sicav LUXALPHA au tribunal de fixer une telle date de cessation de paiement irait à l'encontre de l'autorité *erga omnes* dudit jugement de liquidation. Cette date doit en effet être impérativement fixée au moment du prononcé de la liquidation.

22. L'argument des appelants que ladite interprétation instaurerait une discrimination entre les créanciers d'une société en faillite et d'une société mise en liquidation ne tient pas, vu que leur situation n'est pas comparable. C'est en effet à l'intérieur d'une même masse qu'aucune discrimination ne doit exister.

23. Le jugement du 16 juin 2016 est donc à confirmer. Au vu du sort réservé à l'appel qu'ils ont introduit contre le jugement du 29 janvier 2017 qui est également confirmé (voir I.1), la demande des appelants autres que les liquidateurs judiciaires en allocation d'une indemnité de procédure n'est pas fondée.

PAR CES MOTIFS

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

reçoit les appels en la forme,

les dit non fondés,

confirme les jugements du tribunal d'arrondissement de Luxembourg des 16 juin 2016 et 19 janvier 2017,

rejette la demande des parties qui ont interjeté appel contre le jugement du 19 janvier 2017 en allocation d'une indemnité de procédure,

laisse les frais engendrés par la requête d'appel à charge de la masse de la liquidation de la société anonyme à capital variable LUXALPHA et ceux engendrés par l'acte d'appel du 2 mars 2017 dirigé contre le jugement du 19 janvier 2017 à charge des parties appelantes.

