

Arrêt commercial

Audience publique du vingt-huit janvier deux mille quinze

Numéro 39446 du rôle.

Composition :

Roger LINDEN, président de chambre;
Marianne HARLES, conseillère;
Elisabeth WEYRICH, conseillère;
Patrick KELLER, greffier.

Entre :

Maitre Pierre FELTGEN, avocat à la Cour, demeurant à L-1160 Luxembourg, 12-14, boulevard d'Avranches, pris en sa qualité de curateur de A, établie et ayant eu son siège social à (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro (...), déclarée en état de faillite sur aveu par un jugement du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale en date du (...),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Patrick MULLER en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg du 30 juillet 2012,

comparant par Maître Pierre FELTGEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et :

1) B, (...), demeurant à (...),

intimé aux fins du susdit exploit MULLER,

comparant par Maître Claude GEIBEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) C, (...), demeurant à (...),

intimé aux fins du susdit exploit MULLER,

comparant par Maître Claude PAULY, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 1^{er} avril 2011, Maître Pierre FELTGEN, agissant en sa qualité de curateur de A, (ci-après A) déclarée en état de faillite par jugement du (...), a donné assignation à C et B, pris en leur qualité d'anciens gérants de la société faillie, à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, afin de se voir condamner à payer à la masse des créanciers, la somme de 43.773,83 euros représentant le passif social non couvert par la réalisation d'actif, principalement sur base des articles 59 et 192 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (ci-après la loi de 1915) et subsidiairement sur le fondement de la responsabilité délictuelle, pour ne pas avoir su et voulu régler leurs différends, pour s'être désintéressés de la gestion de la société, pour avoir développé chacun à titre individuel une activité séparée et concurrentielle à A, détourné sa clientèle et l'avoir laissée à l'abandon ; faits qualifiés par le curateur de *fautes de gestion graves et caractérisées*.

Il a finalement conclu à voir condamner les parties assignées au paiement des frais et honoraires du curateur et sollicité l'exécution provisoire du jugement à intervenir.

Par jugement du 10 février 2012, le tribunal a dit recevable, mais non fondée la demande tant en ce qu'elle est basée sur les articles 59 et 192 de la loi de 1915, que sur la base délictuelle, aux motifs que le curateur est resté en défaut d'établir concrètement tant une transgression d'une prescription de la loi ou des statuts, que la commission d'une faute délictuelle ayant causé un préjudice dans le chef de la société.

Il a rejeté tant la demande du curateur, que celle reconventionnelle de B à se voir allouer une indemnité de procédure.

Contre ce jugement qui lui a été signifié le 20 juin 2012, le curateur Maître Pierre FELTGEN a régulièrement interjeté appel par exploit d'huissier du 30 juillet 2012.

Réitérant en instance d'appel ses considérations et arguments présentés en première instance, le curateur maintient ses reproches selon lesquels les dirigeants de A n'auraient pas entrepris toutes les démarches en vue d'éviter la faillite respectivement n'auraient pas engagé tous les efforts possibles afin d'aboutir à une liquidation

amiable de la société, mais l'auraient laissée à l'abandon et auraient exploité chacun de son côté un commerce concurrent tout en débauchant la clientèle de A.

Il réitère plus particulièrement son grief dirigé contre B de ne pas avoir accepté la proposition de rachat formulée par C de ses parts sociales et du paiement des arriérés de salaire pour la somme de 20.000 euros, refus incompréhensible qui aurait fait perdurer le litige et contribué à bloquer la situation.

Il conclut dès lors à voir dire, par réformation du jugement, que les intimés ont commis, en leur qualité de gérant et d'associé, des fautes de gestion graves en relation causale directe avec la survenance de la faillite et demande qu'ils soient condamnés solidairement, sinon in solidum à lui payer la somme de 43.773,83 euros, représentant le déficit de liquidation, sinon tout autre montant à déterminer par voie d'expertise ou à arbitrer par la Cour, ainsi que les frais et honoraires du curateur.

C conteste toute faute de gestion, toute violation de la loi ou des statuts et tout comportement fautif dans son chef. Il souligne avoir, en raison de la mésentente avec B, démissionné conformément à la loi de ses fonctions de gérant le 25 janvier 2007, démission déposée le lendemain au Registre de Commerce et des Sociétés et résilié son contrat de travail avec la société en date du 23 février 2007.

Il conteste tout démarchage ou détournement de clientèle et conclut par conséquent à la confirmation du jugement entrepris.

Il sollicite une indemnité de procédure de 2.000 euros pour l'instance d'appel.

B relève appel incident en ce que le tribunal n'a pas fait droit à sa demande en allocation d'une indemnité de procédure de 1.500 euros.

Il conclut pour le surplus à la confirmation de la décision entreprise en ce qu'elle a déclaré la demande du curateur non fondée. Il insiste sur le fait qu'il a essayé de gérer la société jusqu'au dernier moment et que, contrairement aux affirmations du curateur, c'était en raison de la mauvaise situation économique et financière de la société qu'il a dû faire l'aveu de la cessation des paiements le 3 avril 2007. Il conteste à son tour avoir accaparé la clientèle, mais admet avoir le jour où il a fait l'aveu, informé les clients qu'il continuera l'activité par le biais de sa société D, partant à un moment où la situation de A était déjà irrémédiablement compromise. Il estime que l'échec d'une négociation entre associés portant sur la cession des parts n'implique en rien la responsabilité des gérants, que la quote-part du prix représentant ses salaires impayés, ne correspondait pas au montant réel de ses arriérés de salaire et souligne que C ne s'est pas présenté à l'assemblée générale extraordinaire qu'il avait convoquée pour le 27 janvier 2007.

Il sollicite encore l'octroi de 1.500 euros à titre d'indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

C'est tout d'abord à bon droit que le tribunal a appliqué l'article 59 de la loi de 1915 étant donné que le régime de responsabilité tel que défini par l'article 59 s'applique aux sociétés à responsabilité limitée, l'article 192 de la loi y renvoyant expressément.

L'article 59 de la loi de 1915 dispose que :

« Les administrateurs sont responsables envers la société, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion.

Ils sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers tous tiers, de tous dommages-intérêts résultant d'infractions aux dispositions de la présente loi ou des statuts sociaux. Ils ne seront déchargés de cette responsabilité, quant aux infractions auxquelles ils n'ont pas pris part, que si aucune faute ne leur est imputable et s'ils ont dénoncé ces infractions à l'assemblée générale la plus prochaine après qu'ils ont eu connaissance ».

La loi distingue dès lors entre les *fautes de gestion* qui engendrent la responsabilité individuelle et personnelle de chaque dirigeant envers la seule société (alinéa 1^{er}) et la *faute commise par infraction à la loi* (sur les sociétés) *ou des statuts sociaux*, susceptible d'engager la responsabilité solidaire des gérants tant envers la société qu'à l'égard des tiers (alinéa 2).

Tout comme devant le tribunal de première instance, le curateur qui ne produit aucun document ou élément de preuve nouveau en instance d'appel, ne reproche pas en instance d'appel aux intimés une violation concrète d'une disposition de la loi ou des statuts de la société au sens de l'article 59 alinéa 2, mais fait état des mêmes comportements qualifiés de fautes de gestion graves et caractérisées.

Les premiers juges sont dès lors à confirmer en ce qu'ils ont déclaré la demande du curateur non fondée sur base de l'article 59 alinéa 2 de la loi de 1915.

Il appert de l'assignation introductive ainsi que de l'acte d'appel que le curateur fonde son action tant en première instance, qu'en instance d'appel, d'une manière générale, sur l'article 59 de la loi de 1915 et recherche dès lors la responsabilité des gérants non seulement du chef d'une transgression de la loi ou des statuts sociaux au sens de l'alinéa 2, mais recherche leur responsabilité aussi du fait des *fautes de gestion* commises dans l'exécution de leur mandat au sens de l'alinéa 1^{er} du même article, demande non examinée par le tribunal de première instance.

A l'égard de la société, le gérant est dans la situation d'un mandataire : il est chargé de représenter la société, d'agir en son nom et pour son compte. Sa responsabilité est donc appréciée comme celle du mandataire. Ayant été investi d'une mission de service de la société, le gérant assume envers elle une obligation de diligence et de bonne gestion et est responsable de tout manquement à cette obligation.

Pour qu'une faute de gestion donne lieu à des dommages-intérêts, il faut un acte positif ou négatif contraire aux obligations du mandat, qu'il en soit résulté un dommage immédiat et direct pour la société, et qu'il existe un rapport de causalité entre la faute et le préjudice (Cour 27 février 1973, P.23, 481).

En l'occurrence, le curateur n'établit toutefois pas en quoi la mésentente entre les deux gérants et associés uniques et l'abandon consécutif de la société - pour autant que ces comportements contestés par les gérants soient établis - auraient été la cause même de la faillite, y auraient contribué ou auraient engendré le passif total de 50.000 euros, respectivement l'aurait augmenté de manière significative pour le porter à 50.000 euros.

En démissionnant de ses fonctions de mandataire social et en résiliant son contrat de travail en raison de la mésentente grave avec le co-gérant, C n'a fait qu'user de son droit de rompre les relations commerciales et de travail avec la société.

L'intimé B n'est pas contredit lorsqu'il soutient ne pas avoir « abandonné » la société tel qu'allégué par le curateur, mais qu'il avait bien au contraire, essayé jusqu'à la fin de la sauver. Faute de recapitalisation d'un côté et de la baisse considérable du chiffre d'affaire d'un autre côté, la société ne pouvait plus être sauvée, de sorte qu'il se voyait contraint de faire, conformément à la loi, l'aveu de la cessation des paiements.

En ce qui concerne le grief du débauchage de clientèle, C reconnaît avoir informé le 31 janvier 2007 un seul client de la circonstance qu'il avait cessé ses relations avec A et admet avoir contacté quelques clients à partir du 9 avril 2007, partant à un moment où il avait démissionné de son poste de gérant et postérieurement au prononcé de la faillite.

Il appert encore des pièces versées, que le jour où il a fait l'aveu de la faillite, B a informé par courrier électronique la clientèle de la société que l'activité de A sera reprise par la société qu'il exploite en Allemagne.

Il convient de rappeler que la clientèle d'un commerçant ne lui appartient pas et est susceptible de recevoir des offres d'un concurrent, fut-il un ancien fournisseur ou un ancien employé. Pour être illicite, l'appropriation de la clientèle doit être équivoque, c'est-à-dire accompagnée d'agissements contraires aux usages honnêtes (A. De Caluwe, Les pratiques du commerce, TII, no 712 et s.).

C n'ayant été tenu à l'égard de A d'aucune clause de non-concurrence, il aurait pu, dès le lendemain de sa démission, nouer les contacts avec les clients de A.

Il n'est par ailleurs pas établi que les intimés, en prenant contact avec la clientèle de A, pour les informer de leurs nouveaux commerces respectifs, aient commis des fautes de gestion ayant causé un préjudice aux créanciers et à la société en causant un accroissement du passif social ou même en causant la faillite de la société.

Bien au contraire, les anciens gérants ont contacté la clientèle à un moment où la situation de la société était irrémédiablement compromise : B le jour où il a fait l'aveu de la cessation des paiements, la veille avant le prononcé de la faillite et C postérieurement au jugement déclaratif.

La demande basée sur l'article 59, alinéa 1^{er} n'est partant pas non plus fondée.

La circonstance que les administrateurs et gérants de société sont soumis du fait de leurs fonctions à des responsabilités particulières définies par des lois spéciales, ne les soustrait cependant pas à la responsabilité de droit commun résultant de l'application des articles 1382 et 1383 du Code civil qui oblige toute personne qui, par sa faute, cause un dommage à autrui, à réparer ce dommage (Cour 14 juillet 1998 rôle n°20629)

Une faute dite « aquilienne » ou de droit commun engage la responsabilité individuelle du dirigeant auquel elle peut être imputée à l'égard de la société et des tiers. Les dirigeants commettent une faute « aquilienne » lorsqu'ils ont un comportement que n'aurait pas eu un chef d'entreprise normalement prudent et diligent. L'acte fautif peut constituer la violation d'une obligation légale bien précise ou un manquement à la norme générale de comportement prudent et diligent (Jean-François Goffin, Responsabilité des dirigeants de sociétés, n°83, p. 126 suiv, 3^{ième} édition).

Si les principes d'appréciation sont similaires, la faute « aquilienne » présente une différence de nature et de degré, par rapport à la simple « faute de gestion » : tout manquement à ses obligations contractuelles envers la société dont il est le mandataire ne constitue pas nécessairement une faute aquilienne. Inversement, toute faute aquilienne ne constituerait pas nécessairement une faute de gestion ; le dirigeant peut accomplir des actes préjudiciables pour des tiers, tout en gérant la société avec le plus grand soin. La responsabilité aquilienne des dirigeants sociaux ne peut être engagée que si leur comportement peut être jugé fautif indépendamment de leur position de mandataire de la société (Jean-François Goffin précité, n°83).

L'action du curateur est dès lors recevable sur la base subsidiaire des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Il s'agit d'une action en responsabilité civile pour faute. La faute résulte d'agissements contraires aux usages commerciaux. Le préjudice, ensuite, consiste dans la perte de clientèle subie par la victime ou l'accroissement de son passif respectivement de la survenance de la faillite. Finalement, il faut établir le lien de causalité entre la faute et le préjudice.

Il est cependant de principe que le démarchage de clientèle n'est pas en lui-même et en l'absence d'autres circonstances, constitutif d'une faute. Il n'est que la manifestation de l'exercice d'une liberté qui implique la licéité de principe de la prospection et de l'accaparement de la clientèle d'un concurrent (Cour 25 mars 2009, P.34. 453).

Ainsi qu'il a été rappelé ci-dessus, la clientèle d'un commerçant ne lui appartient pas, elle est susceptible de recevoir des offres de concurrents, peu importe qu'il s'agisse d'anciens fournisseurs ou d'anciens subordonnés.

Le comportement de C d'avoir depuis le 9 avril 2007, contacté quelques clients isolés pour les informer qu'il s'est établi à son propre compte à (...) sous la raison sociale E, et sans avoir commis aucun autre acte qui pourrait être considéré comme déloyal ou contraire aux usages honnêtes, ne saurait constituer une faute délictuelle.

B de son côté a contacté en date du 3 avril 2007, partant le jour où il a fait l'aveu de la cessation des paiements, un grand nombre de clients pour les informer qu'il exerce dorénavant le commerce en Allemagne sous la dénomination D et que cette firme va reprendre les activités de A, n'a pas non plus commis une faute délictuelle en relation causale avec l'importance du passif ou la survenance de la faillite.

Le curateur n'a ainsi pas établi que le comportement qu'il reproche aux deux anciens gérants, ait été la cause directe de la survenance de la faillite et produit le passif à hauteur de 52.587,35 euros, l'augmenté de façon significative ou qu'il soit en relation causale directe avec les dommages subis par les créanciers.

Le jugement est à confirmer sur ce point.

L'appel du curateur n'est partant pas fondé.

L'appel incident de B qui fait grief au tribunal de ne pas avoir fait droit à sa demande en allocation d'une indemnité de procédure, n'est pas fondé, étant donné qu'il reste en défaut de justifier de l'iniquité dont question à l'article 240 du NCPC.

Les demandes des intimés en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel, sont également à rejeter étant donné qu'il n'est pas inéquitable de laisser à leur charge les frais non

compris dans les dépens, qu'ils ont dû exposer pour défendre leurs droits en instance d'appel.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit les appels principal et incident,

les dit non fondés,

confirme le jugement déferé;

rejette les demandes des parties intimées en allocation d'une indemnité de procédure ;

condamne Maître Pierre FELTGEN, pris en sa qualité de curateur de la faillite de A, aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maîtres Claude PAULY et Claude GEIBEN, avocats constitués, sur leurs affirmations de droit.