

Arrêt N° 17/17 IV-COM

Audience publique du vingt-cinq janvier deux mille dix-sept

Numéro 42490 du rôle

Composition :

Roger LINDEN, président de chambre;
Marianne HARLES, première conseillère ;
Elisabeth WEYRICH, conseillère;
Marcel SCHWARTZ, adjoint du greffier en chef.

E n t r e

A, sans état connu, demeurant à,

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick Kurdyban du 17 juin 2015,

comparant par Maître Bernard Felten, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

Maître Yann BADEN, avocat à la Cour, demeurant à Gonderange, pris en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme B, établie et ayant eu son siège social à, ayant été inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro, déclarée en état de faillite par jugement du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg en date du 18 janvier 2010,

intimé aux fins du prédit exploit Kurdyban,

Maître Yann BADEN comparant par lui-même.

LA COUR D'APPEL

La société anonyme B (ci-après « la société B »), constituée le 25 août 2000, était active dans le domaine des constructions métalliques et en aluminium. Elle avait un capital initial de 31.000 euros, représenté par 310 actions, dont 152 souscrites par A et 158 par C. Le capital social a été augmenté à 232.000 euros lors d'une assemblée générale du 23 février 2001, A devenant actionnaire majoritaire avec 1.632 actions.

Fin 2007, début 2008, les deux actionnaires sont entrés en négociation en vue de la reprise de certaines branches d'activité de la société B par une société tierce. Ce projet n'a pas abouti, faute d'accord des actionnaires sur les modalités de la reprise. Au vu de la mésentente ainsi née entre les actionnaires, un administrateur provisoire a été nommé par ordonnance de référé du 27 novembre 2008. L'administrateur provisoire, Maître Jacques Wolter, avait pour mission d'évaluer la valeur de la société et de préparer sa liquidation au mieux des intérêts des actionnaires. N'ayant pas réussi à recueillir l'accord des actionnaires sur les modalités d'une liquidation volontaire et en l'absence d'activité commerciale de la société, l'administrateur provisoire a fait l'aveu de la faillite de la société, qui a été prononcée le 18 février 2010.

A la date de la constitution de la société B, A et C ont été appelés aux fonctions d'administrateurs pour une durée de six ans. A, détenteur de l'autorisation d'établissement, a été nommé administrateur-délégué de la société avec pouvoir de signature individuel pour une durée de six ans.

A sa constitution, la société B a conclu avec A un contrat de bail commercial pour une durée de 9 ans, portant sur un immeuble sis à Bascharage, devant abriter les activités de la société. Le loyer mensuel était fixé à 90.000 francs + 15% de TVA.

Par exploit d'huissier de justice du 1^{er} octobre 2014, Maître Yann BADEN, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société B, a fait donner assignation à A à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour voir condamner le défendeur à lui payer, *qualitate qua*, la somme de 222.505,05 euros, avec les intérêts compensatoires sinon moratoires au taux légal à partir de la demande en justice jusqu'à solde. Il a requis l'octroi d'une indemnité de procédure de 10.000 euros.

Le curateur a déclaré exercer, principalement, l'action en comblement du passif de l'article 495-1 du Code de commerce, subsidiairement, il a invoqué la responsabilité de l'assigné sur base

de l'article 59 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et des articles 75 et suivants de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés, et, à titre plus subsidiaire, sur base de l'article 1382 du Code civil.

Le curateur a reproché les fautes suivantes au défendeur A :

- information tardive des organes dirigeants de la société de la vente par l'assigné des lieux d'exploitation des activités industrielles de la société et paiement injustifié par la société des indemnités d'occupation au nouveau propriétaire, la société ..., à hauteur de 58.725,98 euros, en plus du remboursement de loyers à l'assigné à hauteur de 23.078,89 euros,
- prise en charge injustifiée par la société des frais et honoraires d'avocat exposés dans le cadre du contentieux opposant l'assigné à la société ... à hauteur de 12.835,88 euros,
- paiement par la société pendant 42 mois, après son déménagement à Ehlerange, de loyers mensuels de 2.570 euros à l'assigné pour la prétendue location des locaux sis à Bascharage, soit un montant total de 107.940 euros,
- fait d'avoir fait supporter à deux fois le montant d'une garantie bancaire relative à l'exécution du chantier « *Blannenheem* » à la société pour un montant de chaque fois de 82.678,76 euros,
- confusion des comptes personnels de l'assigné avec ceux de la société faillie du fait d'un virement effectué en date du 5 août 2003 en sa faveur à hauteur de 20.939,42 euros en l'absence de toute contrepartie,
- utilisation par l'assigné en date du 19 juin 2004 de la carte de crédit de la société à hauteur de 3.038,84 euros lors d'un voyage personnel en Tunisie,
- prise en charge par la société, entre mai 2002 et décembre 2006, des frais de réalisation de travaux aux domiciles de l'assigné, de sa fille et de son épouse, sans contrepartie pour la société faillie, à hauteur des montants de 31.276,98 euros, de 18.306,09 euros et de 2.972,70 euros,
- rémunération des travailleurs sur ces trois chantiers par la société pour un montant total de 45.023,20 euros,
- perception injustifiée par l'assigné d'une rémunération mensuelle de 2.000 euros pour le poste d'administrateur-délégué de janvier 2004 à novembre 2008,
- défaut de publication et d'approbation des comptes annuels de la société pour les exercices 2003, 2004 et 2005 et l'absence de tenue d'une assemblée générale annuelle.

Selon le curateur, l'ensemble de ces agissements était constitutif de fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite de la société B. Il a déclaré avoir liquidé les avoirs de la société et, après désintéressement des créanciers hypothécaires, distribution d'un dividende intérimaire aux créanciers privilégiés et aux créanciers

chirographaires, il resterait un découvert chirographaire de 256.465,67 euros. Les agissements fautifs de l'assigné ayant contribué à creuser le passif de la société, le curateur a demandé qu'il soit condamné à supporter l'intégralité du découvert, ainsi que les frais et honoraires du curateur évalués à 70.000 euros. Après imputation d'une provision de 103.960,62 euros, le curateur a requis la condamnation du défendeur au paiement de la somme de 222.505,05 euros.

Le défendeur A a répliqué que :

- parallèlement à la vente de l'immeuble abritant le siège social de la société, il aurait eu un projet de construction d'un nouveau bâtiment, mais tant que celui-ci n'était pas achevé, une indemnité d'occupation était due au nouveau propriétaire et à ce sujet, une convention aurait été signée entre parties, justifiant les paiements critiqués par le curateur,
- la société aurait été obligée de négocier avec le nouveau propriétaire concernant les modalités d'occupation des lieux au-delà de la date fixée pour son déguerpissement, de sorte que la prise en charge par la société des frais d'avocat engagés à ce titre aurait été justifiée,
- le bail d'une durée de 9 ans conclu avec l'assigné n'ayant pas été dénoncé, il n'y aurait pas eu d'irrégularité à continuer à payer les loyers,
- le montant de la garantie bancaire aurait initialement été consigné par A qui aurait débuté le chantier en son nom personnel, puis le contrat aurait été repris par la société, de sorte que, suite à l'appel à garantie par le client, le défendeur aurait été en droit de réclamer le remboursement du montant y correspondant à la société,
- concernant le virement effectué en sa faveur et le montant débité sur la carte de crédit, il a soutenu que les comptes ont été validés par la société jusqu'en 2010, qui n'aurait rien ignoré de ces transactions,
- la preuve tant de la réalité que de l'envergure des travaux et matériaux ayant prétendument profité à l'assigné et à ses proches ne serait pas rapportée,
- le versement de sa rémunération d'administrateur-délégué serait justifié par les termes du contrat de travail conclu avec la société,
- concernant la non-publication des comptes annuels, il a souligné sa volonté de se retirer des affaires en raison de son âge, de l'existence d'une mésentente avec l'autre actionnaire, C, et de l'absence d'accord quant à la reprise de certaines activités de la société.

Le défendeur A a conclu au débouté de la demande, estimant qu'aucune faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite ne saurait être retenue contre lui.

Par jugement contradictoire du 27 avril 2015, le tribunal a partiellement fait droit à la demande du curateur. Il a condamné A au paiement de la somme de 90.695,72 euros avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde.

Pour statuer ainsi, le tribunal a passé en revue les différentes fautes reprochées au défendeur. Il a retenu que parmi les fautes invoquées par le curateur, seules étaient établies celles relatives :

- au paiement de 28 loyers relatifs au local sis à Bascharage (71.960 euros),
- au paiement de la garantie bancaire à hauteur de 7.162,24 euros,
- à l'utilisation de la carte de crédit (3.038,84 euros),
- au virement sur son compte de la somme de 20.939,42 euros en date du 5 août 2003 sans contrepartie et
- à la non-publication des comptes annuels et à l'absence de tenue d'assemblées générales des actionnaires.

Tous les autres reproches ont été rejetés comme n'étant pas établis.

Le tribunal a appliqué la théorie de l'équivalence des conditions au regard des termes employés à l'article 495-1 du Code de commerce pour retenir que le défendeur était présumé responsable du défaut d'actif, sauf à dire que la non-publication des comptes sociaux et l'absence d'assemblées générales n'ont pas contribué au prononcé de la faillite. Concernant le quantum de la condamnation prononcée contre le défendeur, le tribunal a affirmé que dans le cadre de l'article 495-1 du Code de commerce, le quantum de la condamnation était laissé à la discrétion des juges, qui ont pouvoir de décider quelles dettes de la personne morale doivent être supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par les dirigeants sociaux ou par certains d'entre eux. Le tribunal, ce faisant, a fixé le montant de la condamnation prononcée contre le défendeur à 90.695,72 euros, représentant un quart du passif déclaré, après déduction de la provision de 103.960,62 euros.

Ce jugement a été signifié à A en date du 13 mai 2015.

En date du 17 juin 2015, A a interjeté appel.

Concernant les 28 loyers au remboursement desquels il a été condamné, il a soutenu que la société a continué d'occuper les lieux après le 18 septembre 2002 et que le bail n'a pas été résilié.

Concernant la garantie bancaire, il a reproché aux premiers juges de l'avoir condamné au paiement de la somme de 7.162,24 euros dès lors que cette somme aurait effectivement été dépensée par lui.

Quant au débit de la carte de crédit et au virement du 5 août 2003, il a réitéré son moyen de première instance consistant à dire que les comptes ont été validés par la société qui était au courant de ces dépenses.

L'appelant a reproché aux premiers juges d'avoir appliqué la théorie de l'équivalence des conditions. Les tribunaux luxembourgeois appliqueraient la théorie de la causalité adéquate. Il a contesté que les fautes qu'il a pu commettre aient contribué à la faillite de la société. Les paiements seraient intervenus plusieurs années avant la déclaration de faillite. Le prononcé de la faillite serait uniquement dû à la mésentente entre actionnaires et à la cessation de toute activité commerciale depuis 2008.

Le curateur a passé en revue les griefs retenus par les premiers juges. Il a par ailleurs pris position quant aux paiements effectués en faveur de la société ... et il a insisté sur le paiement de 42 loyers au défendeur au lieu des 28 retenus par le tribunal. Il a fait état de nouvelles pièces. Il a néanmoins conclu à la confirmation du jugement du 27 avril 2015 et il n'a pas formulé d'appel incident. Il a soutenu que c'est à bon droit que les premiers juges n'ont exigé qu'un lien de causalité partiel entre les fautes commises par l'appelant et le prononcé de la faillite.

Quant à la recevabilité de l'appel, il est de principe que cette question, notamment au regard du respect du délai d'appel, est une question d'ordre public qui doit être soulevée d'office par le juge.

L'article 465 du Code de commerce prévoit que le délai ordinaire pour interjeter appel contre un jugement rendu en matière de faillite est de quinze jours à partir de sa signification. Il est admis que rentrent dans le champ d'application de cette disposition les appels relatifs à des actions nées de la faillite, c'est-à-dire les appels relatifs aux actions qui trouvent leur fondement dans la législation particulière de la faillite. Cet article ne s'applique pas aux jugements qui ont statué sur des contestations qui, bien que nées au cours de la faillite et intéressant la masse de la faillite, ont une cause étrangère à la législation sur les faillites et auraient pu naître indépendamment de la faillite.

En l'espèce le jugement dont appel a été signifié le 13 mai 2015. L'acte d'appel a été signifié le 17 juin 2015. Si le délai de l'article 465 du Code de commerce devait trouver à s'appliquer, l'appel serait irrecevable. Or l'article 465 du Code de commerce est susceptible de s'appliquer en l'espèce, l'action du curateur ayant été introduite sur base de l'article 495 du Code de commerce.

Les parties n'ont pas conclu sur cette question. Il convient dès lors de rouvrir les débats pour permettre aux parties de prendre position par rapport à ce moyen.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, le magistrat rapporteur entendu en son rapport,

avant tout autre progrès en cause, invite les parties à conclure sur l'applicabilité de l'article 465 du Code de commerce,

réserve les droits des parties et les dépens.