

**Arrêt N° 36/18 IV-COM**

Audience publique du quatorze mars deux mille dix-huit

Numéro 41513 du rôle

Composition :

Roger LINDEN, président de chambre ;  
Elisabeth WEYRICH, conseillère ;  
Marc WAGNER, conseiller ;  
Eric VILVENS, greffier.

**E n t r e**

**A**, administrateur de sociétés, demeurant à,

**appelant** aux termes d'un acte de l'huissier de justice Luc Konsbrück de Luxembourg du 30 mai 2014,

comparant par Maître Stéphanie Lacroix, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**e t**

**1) Maître B**, avocat à la Cour, demeurant à L-1930 Luxembourg, 60, avenue de la Liberté, pris en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme **C**, 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 par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 13 janvier 2006,

**intimé** aux fins du prédit acte Konsbrück,

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

**2) la société anonyme D**, établie et ayant son siège social à , ayant son siège d'exploitation à, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite à la Banque Carrefour d'Entreprises sous le numéro,

**intimée** aux fins du prédit acte Konsbrück,

partie défaillante,

**3) la société anonyme E**, établie et ayant son siège social à ,  
ayant son siège d'exploitation à , **représentée par son  
liquidateur Maître Olivier L**, avocat, inscrite à la Banque  
Carrefour d'Entreprises sous le numéro,

**intimée** aux fins du prêt acte Konsbrück,

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

**4) la société anonyme F**, établie et ayant eu son siège social à  
L-1331 Luxembourg, 65, boulevard Grande-Duchesse Charlotte,  
représentée par son conseil d'administration actuellement en  
fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de  
Luxembourg sous le numéro B 5.524, prise en sa qualité de  
liquidateur de la société G, en liquidation, établie et ayant eu son  
siège social à, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés  
de Luxembourg sous le numéro B,

**intimée** aux fins du prêt acte Konsbrück,

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

**5) la société à responsabilité limitée M**, établie et ayant son  
siège social à, représentée par ses gérants actuellement en  
fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de  
Luxembourg sous le numéro , prise en sa qualité de société  
absorbante de la société anonyme F, société absorbée, prise en  
sa qualité de liquidateur de la société G, en liquidation,

**intimée** aux fins du prêt acte Konsbrück,

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

**6) H**, sans état connu, demeurant à ,

**intimé** aux fins du prêt acte Konsbrück,

partie défaillante,

**7) I**, sans état connu, demeurant à,

**intimé** aux fins du prêt acte Konsbrück,

partie défaillante,

**8) la société à responsabilité limitée J**, établie et ayant son siège social à, représentée par son gérant actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro,

**intimée** aux fins du prêt acte Konsbrück,

comparant par Maître Esbelta De Freitas, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**9) la société à responsabilité limitée K**, établie et ayant son siège social à, représentée par son gérant actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro,

**intimée** aux fins du prêt acte Konsbrück,

comparant par Maître Pierre Reuter, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

## **LA COUR D'APPEL**

Par acte d'huissier de justice du 25 août 2011, Maître B, agissant en sa qualité de curateur de la société anonyme C (C) déclarée en état de faillite le 13 janvier 2006 par un jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, confirmé par un arrêt de la Cour d'appel du 7 mai 2008, et la société anonyme de droit belge D ont assigné A, H, ... I et la société à responsabilité limitée J devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg. Les défendeurs ... H et ... I, non touchés en personne et qui n'avaient pas constitué avocat, ont été régulièrement réassignés le 20 octobre 2013.

Par acte d'huissier de justice du 14 septembre 2012, ... A a assigné en intervention la F devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg.

Par acte d'huissier de justice du 17 septembre 2012, la société J a assigné en intervention la société à responsabilité limitée K devant le même tribunal.

Le tribunal a joint les différents rôles et a statué par un jugement contradictoire du 21 mars 2014.

1. L'assignation du 25 août 2011 était dirigée contre l'ancien administrateur-délégué de la société ... A et son bénéficiaire économique ... H. Il leur était reproché d'avoir engagé leur responsabilité principalement sur base de l'article 59 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales (ci-après LSC) et subsidiairement sur la base aquilienne. Les demandeurs ont plus subsidiairement exercé l'action en comblement du passif prévue à l'article 495-1 du Code de commerce.

a. La demande de la société D contre les défendeurs a été déclarée irrecevable.

b. La demande du curateur a été déclarée prescrite pour autant qu'il recherchait la responsabilité de ... A sur base de la LSC et sur la base délictuelle.

La demande en comblement du passif dirigée contre ... A a été déclarée partiellement fondée. Le tribunal a mis à charge de ... A un quart du passif social et l'a condamné à payer au curateur agissant dans l'intérêt de la masse de la faillite la somme de 939.903,70 €.

c. La responsabilité de ... H, bénéficiaire économique de la société, était recherchée en tant que dirigeant de fait de la société en faillite tant sur la base délictuelle qu'en vertu de l'action en comblement du passif. Elle a été rejetée au motif qu'il n'était pas établi que ... H était intervenu de manière active et régulière dans la gestion des affaires de la société, avait participé à la prise de décisions importantes et avait représenté la société vis-à-vis des tiers, de sorte qu'il n'était pas à considérer comme dirigeant de fait.

d. La demande était dirigée contre ... I sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil pour avoir touché de la part de la société C, sans contrepartie, le montant de 500.000 €. La demande a été déclarée fondée et le défendeur a été condamné à payer ledit montant au curateur.

e. La responsabilité délictuelle de la société J était recherchée en ce qu'en sa qualité de commissaire aux comptes de la société C en faillite, elle aurait manqué à son devoir de surveillance.

La demande a été rejetée faute par le curateur d'avoir établi qu'elle avait été nommée à ces fonctions par la société C.

2. L'assignation du 14 septembre 2012 était dirigée par ... A contre la F prise en sa qualité de liquidatrice de la F FINANCIAL ENGINEERING, en liquidation, afin qu'elle le tienne quitte et indemne de toute condamnation pouvant être prononcée contre

lui. La demande était basée sur les fondements contractuel et délictuel.

La demande a été déclarée non fondée sur le fondement contractuel, au motif que le demandeur ne pouvait pour prospérer dans sa demande pas invoquer en vertu de l'effet relatif des contrats celui ayant lié la défenderesse à la société en faillite.

La demande a encore été déclarée non fondée sur la base délictuelle, à défaut pour ... A d'avoir rapporté la preuve d'un manquement contractuel commis par la société F vis-à-vis de la société C qui soit en relation causale avec le préjudice allégué de ... A.

Le jugement a été déclaré commun à la société K qui avait en 2005 été chargée par la société faillie de contrôler rétroactivement les comptes annuels pour les années 1999 à 2004.

Les demandes en indemnité de procédure ont été rejetées.

### Discussion

Le jugement avait été signifié le 8 avril 2014 à la requête des sociétés K et F à toutes les autres parties ayant figuré en première instance. Appel a été interjeté le 30 mai 2014 par ... A qui a intimé toutes les parties ayant figuré en première instance, en sus la société anonyme E et la société à responsabilité limitée M LUXEMBOURG.

L'intimé ... H, non touché en personne par l'acte d'appel, et n'ayant pas constitué avocat, a été régulièrement réassigné le 15 avril 2015. N'ayant toujours pas constitué avocat, l'arrêt est réputé contradictoire à son égard. L'arrêt est contradictoire à l'égard de l'intimé ... I qui s'est vu remettre en personne le 17 juin 2014 l'acte d'appel du 30 mai 2014, mais qui n'a pas constitué avocat à la Cour.

Il convient de passer en revue les différentes demandes telles qu'introduites devant la juridiction du premier degré.

#### I. La demande dirigée par la société E contre ... A et ... H

La société C avait signé le 23 juillet 2003 avec la société anonyme de droit belge D (D) un contrat ayant pour objet une « association » en vue d'effectuer des opérations de construction, de destruction et de réhabilitation dans le cadre de la rénovation urbaine et de la construction immobilière. Il y a été convenu que la société D participerait aux frais de développement en versant à la société C la somme de 2.000.000 € moyennant quatre tranches de 500.000 € qui ont été payées par la société D à la société C

entre le 26 août et le 21 octobre 2003. Par lettre recommandée du 7 octobre 2004, la société D a réclamé à la société C le remboursement du montant de 2.000.000 €. Aucune suite n'a été réservée à cette demande.

1. L'assignation avait été introduite le 25 août 2011 par le curateur de la faillite de la société C et par la société D contre ... A et ... H. ... A avait soulevé la nullité de l'assignation au motif que le numéro d'immatriculation mentionné dans l'assignation de la société requérante était celui de la société anonyme E. Cette erreur de dénomination sociale de la demanderesse serait une nullité de fond.

Le moyen d'irrecevabilité rejeté par le tribunal est réitéré en instance d'appel. L'appelant fait valoir que l'article 153.2) du NCPC en ce qu'il impose au demandeur de faire figurer la forme, la dénomination et le siège social de la personne morale a pour finalité de permettre au défendeur de connaître de manière précise celui qui l'actionne. Il soutient avoir subi un grief, étant donné qu'il était dans l'impossibilité de savoir laquelle des deux sociétés l'avait actionné, de sorte qu'il s'est vu contraint de signifier l'acte d'appel aux deux sociétés.

La juridiction du premier degré a retenu qu'une fausse indication de dénomination sociale est sanctionnée d'une nullité de forme soumise aux dispositions de l'article 264 NCPC. Le tribunal a retenu que la demanderesse s'était trompée dans l'indication de sa dénomination sociale et que ... A n'avait pas établi un grief dans son chef né de cette indication erronée.

Il ressort des pièces relatives à la signification du jugement de première instance que la société anonyme de droit belge D se dénomme depuis 2009 E. Le tribunal a pris le soin tant au dispositif que dans les qualités du jugement d'y faire figurer la dénomination nouvelle de la société demanderesse.

Tout comme en première instance, l'appelant reste en défaut d'établir un grief né de l'utilisation par la demanderesse de son ancienne dénomination sociale dans l'assignation et ne justifie pas, au regard des redressements opérés par le tribunal, l'obligation pour lui d'avoir dû intimer les deux sociétés.

L'appel en ce qu'il est dirigé contre la société D est irrecevable. Les frais d'intimation de la société doivent rester à la charge de ... A. L'appel en ce qu'il est dirigé contre la société E est par contre recevable.

La Cour d'appel désigne par la suite la société intimée E sous l'acronyme E.

2. La demande de la société E a été déclarée irrecevable par le tribunal au motif que le préjudice invoqué par la demanderesse E, créancière de la société C, au passif de laquelle elle a produit pour la somme de 2.224.876,70 €, créance admise par le curateur, était inclus dans la demande en paiement dirigée par la société en faillite C contre l'ancien administrateur ... A et le bénéficiaire économique de la société ... H. Le tribunal a ajouté que le monopole des actions intentées au nom de la masse de la faillite appartiendrait au seul curateur en vertu de l'article 452 du Code de commerce qui édicte le principe de la suspension des poursuites individuelles.

La société E a relevé appel incident de ce volet du jugement. Elle conclut, par réformation, à voir déclarer son action recevable. Elle ne conclut cependant ni à la condamnation de ... A, ni à celle de ... H à lui payer un montant quelconque, pour autant que sa demande devait être recevable.

Il est donc oiseux dans ces conditions de statuer sur la recevabilité de l'action de la société E, de même que sur la recevabilité de l'appel incident dirigé par elle contre le co-intimé ... H, puisque même à les supposer recevables, la société E ne conclut pas à leur condamnation.

L'appel incident de la société E est donc sans objet.

## II. La demande dirigée par le curateur de la masse de la faillite C contre ... A et ... H

**A.1.** ... A fait grief au tribunal d'avoir retenu que le curateur avait intérêt à agir. Le tribunal a dit à bon droit que l'intérêt à agir était établi en ce que le curateur réclamait à ... A le paiement de la somme de 3.759.614,78 € et qu'il convenait de toiser le mérite de cette demande au fond.

A lire les développements de l'appelant, il soutient que le curateur n'aurait « intérêt à agir » qu'une fois l'intégralité du passif connue. Il conteste l'admission au passif de la créance de la société E à la vérification de laquelle il n'aurait pas été convoqué. Il conclut à l'annulation du jugement au motif que le tribunal aurait omis de statuer sur ce moyen. Il fait encore valoir que la créance qu'il a produite au passif de la faillite d'un montant de 27.960.228,04 € qu'il s'est vu céder par un actionnaire de la société faillie aurait été admise au passif chirographaire par un jugement du tribunal de Luxembourg du 22 mai 2015 ayant siégé en matière de contestation de créances.

Le curateur a, ainsi que le tribunal l'a relevé, limité sa demande à la somme de 3.759.614,78 € admise à ce moment au passif de

la faillite. Il importe donc peu que des créances aient par après encore été acceptées au passif. Ledit montant inclut la créance de la société E.

L'appelant conteste l'admission de cette créance au passif de la société et fait valoir ne pas avoir été convoqué à la vérification des créances. Il ressort pourtant des pièces du dossier que le curateur a respecté l'article 500 du Code de commerce en ce qu'il a convoqué la société en faillite à ladite vérification, une convocation de l'organe la représentant n'y étant pas prévue. Il n'y aurait de toute façon pas lieu à annulation du jugement, étant donné que même si le tribunal dût avoir omis de statuer sur ce moyen dont il n'est pas établi qu'il ait été présenté en première instance, cette omission se réparerait par la réformation du volet du jugement.

Les développements de l'appelant sont à rejeter.

**2.** La demande basée sur les articles 59 de la LSC et 1382 et 1383 du Code civil a été déclarée prescrite par le tribunal en application de l'article 157 de la LSC.

Le curateur intimé qui relève appel incident conteste que le délai de prescription de cinq ans ait commencé à courir dès le prononcé de la faillite, mais soutient qu'il n'a commencé à courir qu'à partir du dépôt du rapport du bureau d'expertise comptable ... qui avait été chargé de contrôler les comptes annuels et les documents comptables de la société C relatifs aux exercices 1999 à 2004. La faillite datant certes du 13 janvier 2006, mais la date du rapport du 4 juillet 2011, l'assignation du 25 août 2011 ne serait pas prescrite.

L'article 157 de la LSC prévoit que « *Sont prescrites par cinq ans toutes actions contre les gérants, administrateurs, membres du directoire, membres du conseil de surveillance, commissaires, liquidateurs, pour faits de leurs fonctions, à partir de ces faits ou, s'ils ont été celés par dol, à partir de la découverte de ces faits.* »

Le curateur ne conteste pas que les pièces comptables ont été à sa disposition dès le prononcé de la faillite de sorte qu'il était dès cet instant en mesure d'apprécier le comportement des anciens responsables de la société. Il n'est pas non plus établi que les faits sur lesquels est basée son action lui auraient été celés.

C'est donc à bon droit que le tribunal a déclaré les actions prescrites, le délai de prescription quinquennal ayant commencé à courir, non pas à partir du jour du prononcé de la faillite, tel que retenu par le tribunal, mais à partir du fait dommageable, forcément antérieur audit prononcé. Le délai quinquennal était en tous les cas dépassé au moment de l'assignation.

L'appel incident du curateur est à rejeter.

**3.** L'action en comblement du passif a été déclarée partiellement fondée et le tribunal a condamné ... A à supporter un quart du passif social, tel que limité par le curateur dans sa demande en paiement à la somme de 3.759.614,78 €, partant le montant de 939.903,70 €.

... A réitère le moyen selon lequel le tribunal ne pouvait le condamner au paiement dudit montant sur la base d'un passif non encore définitivement déterminé.

La Cour renvoie à ses développements faits ci-dessus II.A.1. et rejette le moyen.

Le curateur conclut, par réformation et par voie d'un appel incident, à voir condamner ... A à lui payer le montant intégral tel que réclamé en première instance, sinon celui retenu par le tribunal.

Les règles applicables à l'action en comblement du passif et notamment les conditions légales à établir par le curateur pour voir retenir la responsabilité des dirigeants ont été exhaustivement et correctement exposées par la juridiction de première instance de sorte que la Cour s'y réfère.

L'actif de la société ne suffit pas à désintéresser les créanciers à concurrence du montant pour lequel l'action en comblement du passif a été engagée.

... A était depuis l'assemblée générale ordinaire tenue extraordinairement le 5 février 1999 l'un des trois administrateurs de la société C. Les deux autres administrateurs étaient les sociétés à responsabilité limitée ... et .... Le mandat des trois administrateurs courait jusqu'à l'issue de l'assemblée générale statutaire prévue en 2004. Les actionnaires ont autorisé, lors de l'assemblée générale de 1999, le conseil d'administration à nommer les deux sociétés comme administrateurs-délégués, chargés de la gestion journalière de la société C avec le pouvoir de l'engager chacune par sa seule signature quant à cette gestion. Ils ont de plus autorisé le conseil d'administration à charger ... A d'ouvrir un compte bancaire au nom de la société auprès de la banque ... à Monaco et à l'habiliter à créditer et débiter ce compte par sa seule signature, à condition d'informer le conseil d'administration dans les meilleurs délais de toute opération par la fourniture des pièces justificatives afférentes. (farde de 31 pièces de l'appelant, n° 29).

La Cour d'appel ne s'est pas vu verser de procès-verbal du conseil d'administration quant à cette délégation de signature et des pouvoirs en découlant en faveur de ... A. Vu cependant qu'un compte bancaire a été ouvert auprès de la banque monégasque et que ... A a procédé aux opérations de crédit et de débit sur ledit compte, un tel mandat préalable a dû être confié par le conseil d'administration à l'administrateur ... A.

Selon un extrait déposé le 15 octobre 2002 au Registre de Commerce et des Sociétés (RCS), ... A a été nommé le 12 septembre 2002 administrateur-délégué chargé de la gestion journalière de la société C avec le pouvoir de l'engager par sa seule signature quant à cette gestion et président du conseil d'administration. Les sociétés ... et ... ont été remplacées en leur qualité de membres du conseil d'administration par ... et .... La publication dudit extrait au Mémorial C date du 15 novembre 2002.

Selon l'agencement dudit extrait, l'appelant y exerçait seul le mandat d'administrateur-délégué, les deux sociétés l'ayant exercé jusque-là ayant été remplacées. Ici encore, la Cour d'appel n'a pas été mise en possession d'un procès-verbal afférent du conseil d'administration. L'autorisation d'ouvrir et de gérer un compte bancaire n'ayant pas été révoquée, c'était ... A, désormais administrateur-délégué, qui disposait du pouvoir de signature sur le compte bancaire monégasque.

Il convient de rechercher si ... A a, en ces qualités et doté de tels pouvoirs, commis des fautes graves et caractérisées ayant conduit à la faillite.

**a.** Quant au reproche d'avoir « détourné » la somme de 2.000.000 € mise à la disposition de la société C par la société E, lesdits fonds ont transité par le compte bancaire monégasque. La Cour renvoie au rapport dressé par le bureau d'experts-comptables ... le 4 juillet 2011 qui a analysé à la demande de la société E les mouvements dudit compte de 1999 à 2004, notamment aux fins de déterminer la destination des fonds litigieux. (fardes du curateur de 60 pièces, n°15)

Il ressort dudit rapport ensemble les pièces du dossier que le premier virement de 500.000 € de la société E sur le compte monégasque a transité par un compte-tiers d'un avocat niçois et a profité à raison de 483.000 € à l'intimé ... I. Ce virement était destiné à apurer une dette hypothécaire sur un immeuble de ce dernier. Il ne ressort d'aucune pièce que l'intimé I ait remboursé cette somme.

Ledit ordre de transfert des 500.000 € vers un compte bancaire d'un avocat niçois a été donné à la banque monégasque par la secrétaire générale de la société C, Madame..., mais non pas par

... A (pièce 1 de l'appelant). Les parties n'ont pas discuté de la question de savoir si cette personne disposait d'une procuration sur ledit compte bancaire qui, d'après la Cour, aurait donc dû lui avoir été donnée par ... A qui, d'après les documents statutaires, était seul habilité à y effectuer des opérations bancaires.

En ce qui concerne les trois autres virements de chaque fois 500.000 € effectués par la société E sur ledit compte, le cabinet ... a analysé les opérations bancaires qui se situaient à chaque fois immédiatement avant et/ou après lesdits transferts créditeurs. Il a retenu (pages 16 et 17) que des virements de quelque 600.000 € ont été faits au profit de sociétés liées à la société C, dont les sociétés .... Il est à noter que la société .. était la maison-mère de la société C en faillite.

Un virement ayant porté sur 300.000 € a été fait au profit d'une société ... en paiement d'une facture du 4 février 1999. Ce dernier montant n'est pas à considérer, étant donné qu'il n'est pas établi par le curateur que la facture n'ait pas été justifiée.

Le rapport ... souligne que la principale contrepartie desdits mouvements du compte courant actionnaires était constituée des créances faisant partie de l'actif immobilisé adossées à des participations dans des entreprises liées et représentaient donc un flux circulaire de trésorerie. Il y est fait état de doutes quant à l'utilisation conforme de la somme de 2.000.000 € au vu du fait que le contrat d'association prévoyait l'investissement dans des projets immobiliers, alors pourtant que ce sont les entreprises liées à la société C qui ont profité pour partie de ces fonds, de même que l'intimé ... I. Le rapport ... pointe encore du doigt l'utilisation massive du compte courant actionnaires, à tel point qu'il constituait à un moment donné plus des deux tiers des ressources financières de la société. Ce choix de financement qui générait des charges d'intérêts que la société C ne pouvait supporter était en défaveur des créanciers tiers.

**b.** En ce qui concerne l'autre grief, également principal, adressé à l'appelant, le tribunal a retenu ce qui suit :

« Concernant la vente des actions ... au prix de 1,02 EUR par action, il est établi que le prix des actions a été payé par compensation partielle de la créance que ... A avait sur C et diminuait ainsi les dettes de cette dernière à son égard. Si le compte courant d'actionnaire de ... A a de ce fait diminué de 1.013.442,42 EUR, toujours est-il qu'en date du même jour la ... a également acquis des actions ... et ce au prix de 2,80 EUR par action, donc plus du double du prix qu'a réglé ... A. S'il aurait acquis ses actions au même prix que ladite société, les dettes de C à son égard auraient encore une fois considérablement diminué et la situation financière de C aurait été moins désastreuse. Le fait que la ... a acquis les actions au prix de 2,80 EUR contredit d'ailleurs l'argumentation de ... A consistant à dire qu'à l'époque personne ne montrait de l'intérêt pour

les actions ... et qu'aucun acquéreur pour un prix supérieur de 1,02 EUR n'avait été trouvé. Ce comportement de ... A constitue dès lors également une faute grave et caractérisée ».

Il convient d'abord de préciser que la vente desdites actions a eu lieu au début du mois d'octobre 2005, soit trois mois avant la déclaration de la faillite, donc rétroactivement en période suspecte, et que la..., constituée fin 2003, était représentée au protocole d'accord par ... A, pris en sa qualité de président du conseil d'administration. Vu qu'il était également à l'époque l'administrateur-délégué de la société C, celle-ci était représentée lors des deux cessions à chaque fois par la dame ..., dont question ci-dessus. Il ne ressort d'aucune pièce du dossier en quelle qualité celle-ci a représenté la société C, sauf que le protocole d'accord fait état de ce qu'elle a été « dûment habilitée ».

L'appelant fait valoir que le prix négocié avec la société C dans le cadre de la cession C-A relevait de la libre volonté des parties et qu'il n'avait pas lieu de s'en tenir au cours de bourse bien plus élevé. La Cour constate cependant que contrairement à ce contrat, celui ayant porté le même jour sur la cession des actions ... par la société C au profit de la société ... (dont ... A était le président du conseil d'administration) a été fixé compte tenu du prix de bourse de l'action ....

La comparaison des prix de vente pratiqués dans le cadre des deux cessions des titres ... atteste de ce que dans la vente opérée en faveur de ... A, celui-ci a de toute évidence fait prévaloir ses intérêts financiers sur ceux de la société. Il faut en effet rappeler qu'il était également membre du conseil d'administration de la société C et que ledit conseil d'administration non seulement avait connaissance de cette vente, mais avait dû l'avoir autorisée. Que les autres membres aient agi également au détriment de la société n'enlève rien au reproche fait à ... A. Vu que le compte courant actionnaire de l'appelant a été débité du prix de vente largement inférieur à celui négocié avec la société ..., la Cour ne trouve aucune raison à ce traitement de faveur dont a bénéficié l'appelant.

**c.** Le tribunal a encore tenu pour établis les reproches faits à ... A de ne pas avoir tenu de comptabilité régulière, de ne pas avoir publié les bilans de 1999 à 2005, de ne pas avoir tenu d'assemblée générale annuelle, de ne pas avoir respecté l'article 100 de la LSC et d'avoir violé l'article 440 du Code de commerce en ce qu'il n'aurait pas fait dans le mois l'aveu de la cessation des paiements.

... A n'ayant été nommé administrateur-délégué qu'à partir de septembre 2002, il ne saurait lui être reproché de ne pas avoir

convoqué d'assemblée générale des actionnaires avant cette date.

Il est avéré que la société C n'a pas publié les bilans de 1999-2004 qui n'ont été dressés et déposés qu'en 2005 par la société K. La non-publication des bilans durant cette période est à reprocher aux dirigeants de droit, donc entre autres à ... A, qui ne saurait, ainsi qu'il le fait, se décharger de sa responsabilité sur le domiciliataire de la société C, en l'espèce la société F, à laquelle il reproche de ne pas avoir rempli sa mission telle que prévue par la loi du 31 mai 1999 sur la domiciliation. Cette éventuelle négligence, dût-elle être établie, n'affranchissait pas les dirigeants de la société de faire procéder à la publication des bilans.

Que la comptabilité n'ait pas été régulièrement tenue ne ressort pas des pièces, étant donné que les bilans ont été dressés en 2005 rétroactivement pour les exercices 1999-2004 et qu'il est à admettre que la société K a pu se baser sur les pièces nécessaires à l'établissement des documents légaux à publier.

La confection des bilans aurait permis en temps voulu de constater que les pertes de la société C durant les exercices 2002, 2003 et 2004 dépassaient la totalité du capital social, ce qui entraînait l'obligation pour l'assemblée générale des actionnaires, conformément à l'article 100 de la LSC, de délibérer sur la poursuite des activités de la société. Leur publication aurait encore permis d'informer les tiers de l'évolution de la situation financière de la société C.

Le reproche fait à ... A de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation de paiement est à rejeter, étant donné que le curateur reste en défaut d'établir la date approximative de celle-ci. La poursuite d'une activité déficitaire n'établit en effet pas à elle seule la cessation de paiement.

Que cette activité déficitaire continuée ait contribué à la faillite est par contre évident. Il ressort en effet des pièces ensemble le rapport ... que dès 2002, les pertes de la société durant les exercices 2002-2004 dépassaient le capital social de sorte que déjà à l'époque se posait la question de la continuation des activités de la société C.

Le détournement au moins d'une partie de la somme de 2.000.000 € mise à la disposition de la société C par la société E et l'impossibilité de rembourser cette somme est à l'origine de l'assignation et du jugement de faillite. Il ressort des pièces que ... A était celui qui disposait du pouvoir de signature sur le compte monégasque par lequel transitaient les opérations financières. C'était à lui de veiller à la régularité des opérations effectuées à

partir de ce compte et d'en informer le conseil d'administration de la société C. A supposer que des mouvements y aient été enregistrés qu'il n'aurait ni ordonnés ni ratifiés, il lui aurait de toute évidence appartenu de réagir et de prendre les mesures adéquates, de concert avec les autres membres du conseil d'administration.

La vente des actions ... à ... A et à la société ..., liée à la société C, opérée trois mois avant le jugement de faillite, au surplus à un moment où le mandat des membres du conseil d'administration avait cessé depuis la fin 2004, faute de convocation d'une assemblée générale statutaire qui devait décider de la prorogation éventuelle de leur mandat, met à jour un conflit d'intérêt manifeste dans le chef de ... A qui était à l'époque administrateur-délégué de la société venderesse et acquéreur à titre individuel d'un certain nombre d'actions et ce moyennant un prix de l'action largement inférieur à celui négocié dans le cadre de la cession conclue entre la société C et la Société ....

Aucun élément objectif du dossier ne permet de connaître les raisons exactes, voir occultes du traitement privilégié de cet actionnaire qui en ne s'acquittant pas d'un prix proche du cours de bourse, a contribué à aggraver la situation financière de celle-ci et donc à contribuer à sa mise en faillite.

Ces reproches, ensemble celui d'avoir continué une activité déficitaire depuis 2002, constituent des infractions graves et caractérisées qui ont contribué à la faillite de la société C de sorte que l'action en comblement du passif est fondée à l'égard de ... A.

**d.** Le tribunal a rappelé à bon droit qu'il appartient au juge, compte tenu des éléments dont il dispose, de décider s'il y a lieu de condamner les responsables des agissements ayant contribué à la faillite à supporter l'intégralité ou une partie du passif social.

La Cour d'appel note qu'à part la dette envers la société E et la cession des actions ... qui ont conduit à l'aggravation du passif social de la société C, le curateur n'a pas détaillé les autres créances admises au passif (jusqu'à concurrence de la somme de 3.759.614,78 €, pièce 58 du curateur) de sorte que la Cour ne connaît ni la nature, ni la date de naissance de ces autres dettes sociales, et notamment celles de la créance numéro 7 d'une société ... portant sur plus de 1,5 million €, et qu'il lui est donc impossible de savoir si les engagements de la société C envers ces sociétés créancières ont été pris à un moment où l'activité de celle-ci était déjà largement déficitaire.

Eu égard aux fonds investis par le créancier E dans le projet qui n'a même pas été entamé et dont il est établi qu'une grande partie a profité à des sociétés qui sont liées à la société en faillite

et à l'intimé I, sans contrepartie, fonds qui ont donc été détournés, et au prix dérisoire des actions ... payé par ... A, la Cour juge adéquat d'augmenter la contribution à mettre à charge de ... A à 1.750.000 €.

L'appel incident du curateur est donc partiellement fondé de ce chef.

**e.** ... A a demandé dans ses conclusions récapitulatives du 19 janvier 2017 à la Cour d'appel d'ordonner la compensation de la créance qu'il détient à l'égard de la société C avec toute condamnation qui pourrait être prononcée à sa charge au profit de ladite société.

Le curateur s'est opposé à cette demande en arguant de ce que la compensation est interdite en matière de faillite, sauf entre créances connexes.

La créance en dommages-intérêts de la société C à l'égard de l'ancien dirigeant se fonde sur une condamnation encourue par ... A pour avoir par ses agissements contribué au prononcé de la faillite.

La créance que ... A possède à l'égard de la société en faillite procède d'une avance cumulée en compte courant actionnaire de la société..., société de droit français sise à Paris, faite en faveur de la société C, créance que celle-ci a cédée à l'appelant le 19 avril 2012 (pièce 60 du curateur). Cette cession de créance régulièrement signifiée le 6 novembre 2014 par ... A au curateur a été admise au passif de la faillite C par un jugement du 22 mai 2015 ayant statué en matière de contestation de créances. (fardes complémentaire de huit pièces de l'appelant, pièce 1).

Il ressort par ailleurs de ladite cession valant transaction entre la cédante et le cessionnaire que ce dernier a renoncé à engager toute procédure judiciaire contre la cédante en raison de manquements par elle commis qui ont causé un préjudice au cessionnaire qui, en contrepartie, s'est vu céder la créance de 27.960.228,04 € constituée d'une avance en compte courant actionnaire. Le prix de la cession a été de 1(un) €.

Il ne saurait être question de connexité entre une créance de dommages-intérêts et une créance trouvant sa cause dans des avances en compte courant associé.

La demande en compensation est rejetée.

**B.** La demande en condamnation du curateur dirigée contre ... H auquel il est reproché de s'être comporté comme un dirigeant de fait de la société C et d'avoir ainsi ensemble avec

l'administrateur ... A engagé in solidum sa responsabilité envers la société en faillite a été rejetée par le tribunal au motif que « le curateur n'a pas démontré que ... H est intervenu de manière active et régulière dans la gestion des affaires de la société, qu'il a participé à la prise de décisions importantes et qu'il a représenté la société vis-à-vis des tiers ».

Il convient de noter que ... A n'a pas conclu à la condamnation de ... H dont il est établi qu'il était le bénéficiaire économique de la société via la société ..., mais que c'est le curateur qui agissant au nom de la masse de la faillite a, par un appel incident, demandé à voir condamner le co-intimé à lui payer les mêmes montants que ceux réclamés à ... A.

L'appel incident du curateur dirigé contre ... H est un appel d'intimé à intimé.

Il est admis qu'un tel appel est irrecevable sauf indivisibilité du litige, non donnée en l'espèce. (Cour d'appel 23 octobre 1974, P.23, 62)

Il est cependant de principe que le moyen d'irrecevabilité d'un appel incident d'intimé à intimé est d'intérêt privé et doit être soulevé par la partie intimée concernée. Il en est différemment si, tel qu'en l'espèce, la partie intimée n'est pas présente en instance d'appel de sorte qu'elle n'a pas connaissance de l'appel incident formé par de simples conclusions.

En application de l'article 65 du NCPC, il convient de rouvrir les débats pour permettre au curateur de conclure, au besoin, sur la recevabilité de l'appel incident qu'il a dirigé contre ... H. Le dossier est à renvoyer auprès du magistrat de la mise en état.

### III. La demande dirigée par le curateur de la masse de la faillite C contre ... I

Cette demande a été déclarée fondée par le tribunal.

L'appelant ... A n'a pas entrepris ce volet du jugement. Il serait d'ailleurs sans qualité pour ce faire. Le curateur conclut à la confirmation du jugement.

Force est de constater que ce volet du jugement n'est pas entrepris par l'appel de sorte que la Cour n'en est pas saisie.

IV. La demande dirigée par le curateur de la masse de la faillite C contre la société à responsabilité limitée J et la mise en intervention de la société K par la société à responsabilité limitée J

A. La responsabilité de la société J prise en sa qualité de commissaire aux comptes a été recherchée par le curateur sur la base délictuelle.

Le tribunal a rejeté la demande.

Le curateur relève appel incident du jugement et conclut, par réformation, à la condamnation de la société intimée à lui payer in solidum avec ... A et ... H la somme de 3.759.614,79 €, sinon celle de 939.903,70 €.

S'agissant d'un appel incident d'intimé à intimé, la Cour renvoie aux principes applicables tels qu'exposés sous le point II.B. de l'arrêt. Cependant, la société J est représentée à l'instance d'appel par un avocat de sorte qu'il n'y a pas lieu de soulever d'office ce moyen d'ordre privé non invoqué par la partie J.

L'appel incident du curateur est donc recevable.

La société J a pour sa part également relevé « *appel incident* » du jugement au motif que le tribunal aurait à tort déclaré recevable la demande en condamnation dirigée par la société en faillite C à son encontre.

Elle oppose à l'action la prescription quinquennale tirée de l'article 157 LSC. Elle se réfère encore à l'article 2224 du Code civil aux termes duquel la prescription peut être opposée en tout état de cause, même devant la Cour d'appel, à moins que la partie qui n'aurait pas opposé le moyen de la prescription ne doive, par les circonstances être présumée y avoir renoncé.

Il ne ressort pas du jugement que la société J ait opposé ce moyen en première instance. Le curateur ne soutient pas que la société défenderesse serait présumée y avoir renoncé. Le moyen de la prescription présenté pour la première fois en instance d'appel est donc recevable.

S'agissant d'un moyen qui n'avait pas été formulé en première instance, sa réitération voire sa présentation en degré d'appel n'est pas à qualifier d'appel incident puisque la demande dirigée contre l'intimée J avait été rejetée.

Le moyen de la prescription est fondé.

L'article 157 de la LSC vise toute action dirigée notamment contre les commissaires. L'action en recherche de la responsabilité du commissaire aux comptes se prescrit par cinq ans. La Cour renvoie pour le surplus de la motivation développée quant aux autres éléments constitutifs de ladite prescription extinctive aux développements y consacrés ci-dessus sous II. A.2.

L'appel incident du curateur devient ainsi sans objet.

Il convient de déclarer l'action prescrite et de confirmer, quoique pour d'autres motifs, le jugement.

**B.** L'assignation du 17 septembre 2002 dirigée par la société J contre la société K avait pour objet de voir déclarer le jugement commun à la défenderesse. Il est rappelé que la défenderesse avait été chargée le 25 avril 2005 par la société C de contrôler ex post les bilans des années 1999 - 2004.

L'intimée K demande, par réformation du jugement, à ce que la demande en déclaration de jugement commun soit rejetée, motif pris de ce que la société J ne formulerait aucune demande de condamnation contre elle et que les faits pour lesquels le litige a été intenté par le curateur contre la société J se seraient produits bien avant le 25 avril 2005, date à partir de laquelle elle s'est vu confier la mission de vérifier les comptes de la société C.

Le tribunal a retenu que « La demande en déclaration de jugement commun a pour but de rendre la décision judiciaire à intervenir opposable à un tiers, pour que celui-ci ne puisse ni l'écarter, en invoquant la relativité de la chose jugée, ni surtout l'attaquer par la voie de la tierce opposition. Elle n'est en conséquence possible que si la partie contre laquelle la décision serait à déclarer commune serait en droit de former une 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 ».

Il a constaté que ces conditions étaient remplies et a partant fait droit à la demande.

L'intimée n'a pas critiqué le tribunal en ses développements qui, pour être corrects, sont à adopter.

Le jugement est à confirmer de ce chef.

#### **V. La demande en garantie dirigée par ... A contre la société F**

... A, actionné en paiement par le curateur de la faillite C, a, par acte d'huissier de justice du 14 septembre 2012 assigné en garantie la F.

La F a été l'objet le 20 janvier 2014 d'une opération d'acquisition-absorption par la société à responsabilité limitée F (pièce 100 de l'intimée). Cet acte a entraîné la disparition de la F. L'acte notarié a été publié au Mémorial C le 17 mars 2014 et c'est à partir de cette date que l'opération d'acquisition-absorption est devenue opposable aux tiers.

C'est dès lors à bon droit que la société absorbée fait valoir que ... A l'a intimée à tort par l'acte d'appel du 30 mai 2014.

Cet appel est donc irrecevable. Les frais d'intimation de la F sont en tous les cas à supporter par l'appelant.

Le moyen de la société à responsabilité limitée F consistant à soutenir que l'appel de ... A serait irrecevable à son égard puisqu'elle n'a pas figuré en première instance est dénué de tout fondement. Elle a en effet absorbé la F qui était défenderesse en première instance et elle a repris ses droits et obligations de sorte que c'est à bon droit qu'elle a été intimée.

La F avait été actionnée en première instance en sa qualité de liquidateur de la F Financial Services.

La clôture de cette liquidation datant du 31 décembre 2009 et ayant été publiée au Mémorial C le 19 janvier 2010, l'intimée fait valoir que la F n'avait plus qualité pour représenter la F Financial Services dont la liquidation avait été clôturée.

Cette fin de non-recevoir non excipée en première instance peut, contrairement à ce que soutient ... A, être invoquée en instance d'appel, étant donné que le défaut de qualité d'une partie à figurer à l'instance peut être soulevé en tout état de cause. (Cour de cassation fr., chambre sociale, 26 janvier 1993, Hemmer c/ Société Fougerolles)

La Cour note que l'assignation du 14 septembre 2012 a été introduite dans le délai de cinq ans dont question à l'article 157 de la LSC.

Selon la référence doctrinale citée par l'intimée (Revue des Sociétés, 2012, p.154 à laquelle il convient d'ajouter la même revue de 1993, p.394) qui renvoie à des décisions de la Cour de cassation française, dont notamment l'arrêt ci-dessus, il conviendrait dans le cas de l'espèce où la personnalité morale d'une société subsiste aussi longtemps que les droits et obligations à caractère social ne sont pas liquidés, de la mettre en cause, après désignation à l'initiative du demandeur à l'instance d'un mandataire chargé de reprendre les opérations de liquidation.

Cette régularisation peut être effectuée en instance d'appel même après l'expiration du délai d'appel. (voir l'arrêt de la Cour de cassation fr. du 26 janvier 1993 déjà cité)

Les parties sont invitées à conclure sur ce point.

La Cour d'appel réserve tous les volets de l'appel et toute autre demande non encore toisée.

### **PAR CES MOTIFS**

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant par arrêt réputé contradictoire à l'égard de ... H, sur le rapport du magistrat de la mise en état,

dit l'appel principal de ... A irrecevable en ce qu'il a intimé la société anonyme de droit belge D,

pour le surplus reçoit l'appel principal de ... A,

rejette la demande en compensation entre les créances réciproques,

dit l'appel principal non fondé,

quant aux appels incidents :

1. dit l'appel incident de la société anonyme E sans objet,

2. dit l'appel incident de Maître B, curateur de la faillite de la société anonyme C en ce qu'il est dirigé contre ... A partiellement fondé,

**réformant :**

condamne ... A à payer à Maître B, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme C la somme de 1.750.000 € avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde,

le dit non fondé pour le surplus,

3. quant à l'appel incident de Maître B, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme C en ce qu'il est dirigé contre ... H,

sursoit à statuer pour permettre aux parties de conclure sur la recevabilité de l'appel incident dirigé par le curateur B contre le co-intimé ... H,

**4.** quant à l'appel incident de Maître B, curateur de la faillite de la société C en ce qu'il est dirigé contre la société à responsabilité limitée J:

reçoit l'appel,

dit fondé le moyen de la société à responsabilité limitée J tiré de l'article 157 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales,

dit l'appel incident sans objet,

**confirme** le jugement,

**5. confirme** le jugement en ce que le tribunal l'a déclaré commun à la société à responsabilité limitée K,

**6.** quant à la demande en garantie dirigée par ... A contre la F et la société à responsabilité limitée M LUXEMBOURG,

dit l'appel irrecevable en ce que ... A a intimé la F,

le dit recevable en ce qu'il a intimé la société à responsabilité limitée M LUXEMBOURG,

constate que l'intimée figure à l'instance en sa qualité de société absorbante de la F qui, en première instance, avait été assignée en sa qualité de liquidatrice de la F Financial Services,

constate que la liquidation volontaire de cette société a été clôturée le 31 décembre 2009 et publiée au Mémorial C le 19 janvier 2010,

constate que l'assignation du 14 septembre 2012 a été faite durant le délai de cinq ans prévu à l'article 157 de la LSC,

invite les parties à conclure sur la régularisation de la procédure notamment eu égard à la représentation d'une société dont la liquidation était clôturée depuis moins de cinq ans au moment de l'assignation,

réserve les autres volets et les demandes des parties en allocation d'une indemnité de procédure,

renvoie le dossier devant le magistrat de la mise en état.