

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Arrêt N° 142/20 IV-COM

Audience publique du vingt-sept octobre deux mille vingt

Numéro CAL-2019-00903 du rôle

Composition:

MAGISTRAT1.), président de chambre;
MAGISTRAT2.), conseiller;
MAGISTRAT3.), conseiller;
GREFFIER1.), greffier.

E n t r e

la société anonyme SOCIETE1.), en abrégé SOCIETE1.), établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),

appelante aux termes d'un acte de l'huissier de justice HUISSIER DE JUSTICE1.) d'(...) du 3 juillet 2019,

comparant par Maître AVOCAT1.), avocat à la Cour, demeurant à (...),

e t

1) Maître MANDATAIRE DE JUSTICE1.), avocat à la Cour, demeurant à L-(...), pris en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme SOCIETE2.), faisant le commerce sous les enseignes commerciales ORGANISATION1.), ORGANISATION2.), ORGANISATION3.) et ORGANISATION4.), avec siège social à L-(...), immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), déclarée en état de faillite par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 13 juillet 2018,

intimé aux fins du prédit acte HUISSIER DE JUSTICE1.),

comparant par Maître AVOCAT2.), avocat à la Cour, demeurant à (...),

2) PERSONNE1.), sans état connu, demeurant à L-(...),

intimé aux fins du prédit acte HUISSIER DE JUSTICE1.),
ayant comparu par Maître AVOCAT3.), avocat à la Cour,
demeurant à (...).

LA COUR D'APPEL

Faits

Le 8 avril 2002, la société anonyme SOCIETE2.) (ci-après « la société SOCIETE2.) ») a été constituée avec un capital social de 31.000 euros, représenté par 310 actions d'une valeur nominale de 100 euros chacune, libéré à concurrence de 25%, soit à hauteur de 7.750 euros.

La société anonyme SOCIETE1.) (en abrégé et ci-après « la société SOCIETE1.) ») a souscrit 300 actions et Maître PERSONNE2.) a souscrit 10 actions de la société SOCIETE2.).

Par jugement du 13 juillet 2018, la société SOCIETE2.) a été déclarée en état de faillite et Maître MANDATAIRE DE JUSTICE1.) en a été nommé curateur.

Le curateur a mis en demeure la société SOCIETE1.) de libérer entièrement la portion du capital social souscrite par courrier recommandé du 16 juillet 2018.

Suivant courrier du 30 octobre 2018 adressé au mandataire de la société SOCIETE1.), le curateur a indiqué que d'après ses informations, l'actionnaire unique de la société est PERSONNE1.).

La première instance

Par acte d'huissier de justice du 13 septembre 2018, Maître MANDATAIRE DE JUSTICE1.), pris en sa qualité de curateur de la faillite de la société SOCIETE2.), a donné assignation à la société SOCIETE1.) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg aux fins de la voir condamner à lui payer, au titre de la libération du capital social non libéré, le montant de 22.500 euros avec les intérêts au taux de 8 pour cent en vertu de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard (ci-après la « Loi de 2004 »), sinon avec les intérêts légaux à partir du 13 juillet 2018, jour du jugement déclaratif de faillite, sinon à partir du 16

juillet 2018, jour de la mise en demeure, sinon à partir de l'assignation, jusqu'à solde.

Il a encore demandé la condamnation de la société SOCIETE1.) au paiement des frais et dépens de l'instance ainsi que d'une indemnité de procédure de 1.500 euros.

Le curateur a basé sa demande sur l'article 420-19 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (ci-après « LSC ») aux termes duquel les fondateurs sont tenus solidairement envers tous les intéressés de la libération effective de la partie du capital social dont ils sont réputés souscripteurs. A titre subsidiaire, lors de l'audience des plaidoiries, il a invoqué les articles 420-13 et 430-13 de la LSC.

Par assignation du 24 décembre 2018, la société SOCIETE1.) a mis PERSONNE1.) en intervention aux fins de le voir condamner au paiement du reliquat non libéré du capital social, sinon de le voir condamner à la tenir et indemne de toute condamnation éventuelle qui serait prononcée contre elle.

La société SOCIETE1.) s'est fondée sur le courrier officiel du curateur du 30 octobre 2018 pour en déduire la qualité d'actionnaire unique de PERSONNE1.). Dans la mesure où le curateur indique ne pas disposer du registre des actions nominatives, la société SOCIETE1.) a formulé une demande en production forcée de ce registre à l'égard de PERSONNE1.), en sa qualité d'administrateur-délégué de la société SOCIETE2.), en application de l'article 284 du Nouveau Code de procédure civile.

PERSONNE1.) s'est rallié aux développements du curateur pour en conclure qu'en l'occurrence, seuls les fondateurs devront libérer le solde du capital social. Il a contesté tant l'existence d'une cession d'actions en l'absence de pièces justificatives versées par la société SOCIETE1.) que l'opposabilité d'une prétendue cession à la masse des créanciers et à lui-même.

Relativement à la demande de production forcée du registre des actions nominatives, PERSONNE1.) a conclu, principalement à son irrecevabilité pour constituer une demande nouvelle et, subsidiairement, à son rejet pour n'être ni pertinente, ni concluante dans la mesure où, en sa qualité de défendeur, il ne lui appartient pas de verser des pièces sur lesquelles se base la demande en intervention dirigée à son encontre.

PERSONNE1.) a sollicité l'allocation d'une indemnité de procédure de 1.000 euros.

Par jugement du 22 mai 2019, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a joint les deux rôles, a déclaré les demandes principale

et en intervention recevables en la forme, a dit la demande en production forcée de pièces recevable, mais non fondée, a dit la demande principale fondée et a condamné la société SOCIETE1.) à payer à Maître MANDATAIRE DE JUSTICE1.), pris en sa qualité de curateur de la faillite de la société SOCIETE2.), le montant de 22.500 euros avec les intérêts au taux légal à partir du 16 juillet 2018.

La demande de la société SOCIETE1.) à l'encontre de PERSONNE1.) a été déclarée non fondée et les parties ont été déboutées de leurs demandes sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile. La société SOCIETE1.) a été condamnée aux frais et dépens de l'instance.

Pour statuer ainsi, le tribunal a d'abord jugé que l'article 420-19 de la LSC ne trouvait pas application en l'espèce pour ensuite qualifier l'action du curateur comme une demande en libération du capital social basée sur les articles 420-13 et 430-13 de la LSC, invoqués subsidiairement.

Il a été retenu que le souscripteur d'actions libérées partiellement ne peut se soustraire à son obligation de payer les sommes restant à verser sur ces actions qu'en prouvant soit sa libération, soit le transfert des actions à un tiers, opéré régulièrement et de bonne foi et avant l'appel de fonds et en conformité avec les dispositions de la LSC et qu'en l'espèce, il ne ressortait d'aucune pièce que suite à l'appel des fonds du curateur, il aurait été procédé au paiement de l'entièreté du capital social.

Le tribunal a encore rejeté la demande tendant à la production forcée du registre des actions nominatives en raison de la carence probatoire de la société SOCIETE1.).

En l'absence de preuve d'une cession d'actions intervenue entre la société SOCIETE1.) et PERSONNE1.) et au vu de la non-libération totale des actions de la société SOCIETE2.), la demande du curateur a été déclarée fondée sur base de l'article 430-13 de la LSC et la société SOCIETE1.) a été condamnée à lui payer le montant réclamé.

Quant aux intérêts réclamés, le tribunal a constaté que la libération de capital ne constitue pas une « transaction commerciale » au sens de la Loi de 2004, de sorte que le chapitre 1^{er} de la Loi de 2004 était inapplicable et le curateur s'est vu allouer les intérêts au taux légal à compter du jour de l'appel des fonds fait par courrier recommandé le 16 juillet 2018.

La demande de la société SOCIETE1.) dirigée contre PERSONNE1.) a été rejetée pour défaut de preuve de la cession alléguée.

L'appel

Par acte d'huissier de justice du 3 juillet 2019, la société SOCIETE1.) a relevé appel de ce jugement qui, selon les informations des parties, ne lui a pas été signifié, pour être déchargée de la condamnation intervenue. Elle demande à la Cour de reconnaître la qualité d'actionnaire unique de PERSONNE1.) et de le condamner à payer toute somme correspondant au reliquat du capital social non encore libéré, sinon de le condamner à la tenir quitte et indemne de toute somme à laquelle elle pourrait être condamnée. Elle sollicite encore la condamnation des parties intimées à lui payer une indemnité de procédure de 1.000 euros ainsi que leur condamnation à tous les frais et dépens des deux instances.

A l'appui de son recours, l'appelante se base essentiellement sur sa pièce n°4, à savoir la liste de présence des actionnaires de la société SOCIETE2.) lors de l'assemblée générale extraordinaire du 24 décembre 2009 tenue par devant le notaire NOTAIRE1.). Il en ressortirait que PERSONNE1.) détiendrait les 310 actions de la société et que partant elle aurait à suffisance prouvé ne plus être son actionnaire.

Dans la mesure où la liste de présence dont elle se prévaut est contenue dans un acte authentique, elle devrait prévaloir sur une cession d'actions sous seing privé. L'appelante invoque à cet égard l'article 1320 du Code civil.

PERSONNE1.) aurait par ailleurs signé, ensemble avec le notaire instrumentaire, la liste de présence et le procès-verbal de l'assemblée générale.

Subsidiairement, l'appelante relève que la liste de présence constituerait à tout le moins un aveu extra-judiciaire au sens de l'article 1354 du Code civil.

Sur base des articles 284 et suivants du Nouveau Code de procédure civile, l'appelante requiert la production forcée du registre des actions nominatives soit par le curateur, soit par PERSONNE1.).

La transcription de la cession des actions opérée la rendrait opposable au curateur. L'appelante donne encore à considérer que même dans l'hypothèse où la cession n'aurait pas été transcrite, elle n'en saurait être responsable puisqu'il reviendrait à la société via ses actionnaires respectivement ses administrateurs de procéder à ladite transcription. Le cédant des actions ne serait en tout état de cause plus en mesure de procéder à la transcription et n'aurait plus les moyens de vérifier que celle-ci ait effectivement été opérée.

Le curateur conclut principalement à la confirmation du jugement entrepris. Subsidiairement et dans l'hypothèse où la cession des actions alléguée serait opposable tant au curateur qu'à la masse des

créanciers, il sollicite la condamnation de PERSONNE1.) à lui payer la somme de 22.500 euros avec les intérêts au taux légal à partir du 16 juillet 2016. En tout état de cause, il demande la condamnation de la société SOCIETE1.) à lui payer une indemnité de procédure de 2.000 euros pour chaque instance et aux frais et dépens.

Le curateur donne à considérer que la liste de présence des actionnaires de la société faillie lors de l'assemblée générale du 24 décembre 2009 n'a pas la même valeur juridique qu'un acte de cession de parts sociales et n'est pas une preuve écrite de la cession intervenue. Il constate par ailleurs que la société SOCIETE1.) reste toujours en défaut de produire le contrat de cession.

A l'égard de la société qui se trouverait dans la même situation que le débiteur cédé, la cession d'action produirait ses effets dès la signature par les parties sur le registre des actions de la société ainsi que dans les formes prévues à l'article 1690 du Code civil tandis qu'à l'égard des tiers elle ne produirait ses effets qu'à partir de la publication au Registre de commerce et des sociétés.

Par ailleurs, l'article 430-12 de la LSC impose aux sociétés de publier de liste des actionnaires qui n'ont pas encore entièrement libéré leurs actions.

Jusqu'à la publication au Registre de commerce et des sociétés, une cession n'aurait d'effets qu'entre les parties. A défaut d'une telle publication la cession alléguée serait inopposable au curateur.

A titre subsidiaire et au cas où la cession lui serait opposable, il interjette appel incident et sollicite la condamnation de PERSONNE1.) au paiement du montant non encore libéré des actions.

Maître AVOCAT3.), qui a déposé mandat en date du 25 mai 2020, n'a pas conclu.

Appréciation

L'appel relevé par acte d'huissier de justice du 3 juillet 2019 est recevable pour avoir été introduit selon les forme et délai prévus par la loi.

Quant à la demande du curateur dirigée contre la société SOCIETE1.)

Dans le cadre de ses conclusions, l'appelante « *s'interroge sur le respect des règles déontologiques visées à l'article 2.4.2. du Règlement intérieur de l'Ordre* » en ce que le premier avocat constitué pour PERSONNE1.) a rejoint l'étude du curateur et demande à celui-ci de prendre position.

Dans la mesure où elle n'en tire aucune conséquence juridique et où cet avocat a été remplacé, la Cour fait abstraction de cette observation.

Aux termes des articles 420-13 et 430-13 de la LSC, les actionnaires responsables de libérer le montant total de leurs actions ne peuvent, en principe, pas être exemptés de l'obligation de fournir leur apport.

Le souscripteur d'actions libérées partiellement ne peut se soustraire à son obligation de payer les sommes restant à verser sur ces actions qu'en prouvant soit sa libération, soit le transfert des actions à un tiers opéré régulièrement et de bonne foi et avant l'appel de fonds et en conformité avec les dispositions de la LSC.

En vertu de l'article 430-8 de la LSC, les actions non entièrement libérées restent nominatives.

Suivant l'article 430-3 de la LSC, « *il est tenu au siège social un registre des actions nominatives dont tout actionnaire pourra prendre connaissance [...]* ».

L'article 430-4 de la LSC dispose « *la propriété de l'action nominative s'établit par une inscription sur le registre [...]. La cession s'opère par une déclaration de transfert inscrite sur le même registre, datée et signée par le cédant et le cessionnaire ou par leurs fondés de pouvoirs, ainsi que suivant les règles sur le transport des créances établies par l'article 1690 du Code civil [...]* ».

L'inscription au registre des actions nominatives constitue un moyen de preuve de la propriété. Il ne s'agit pas d'une présomption irréfragable et l'inscription, qui n'a pas de caractère sacramentel, n'est pas à considérer comme titre de propriété (Cour d'appel, 7 mai 2015, Pas. 37, p. 370 ; Cour d'appel, 16 novembre 2016, Pas. 38, p. 303).

Le transfert effectué, celui dont le nom figure sur le registre des actionnaires nominatifs est seul présumé être le titulaire des actions inscrites à son nom, vis-à-vis des autres associés, de la société, comme des tiers. L'inscription à ce registre ne crée pas la titularité sur les droits d'associés faisant l'objet de l'inscription mais rend opposable à la société comme aux tiers les droits de l'associé inscrit au registre. L'inscription étant l'œuvre de la société, elle constitue le principal instrument de preuve en faveur de l'associé contre la société et les tiers de sa qualité d'actionnaire ainsi que du nombre d'actions possédées (A. Steichen, Précis de droit des sociétés, 6^e édition, 2018, p. 247, n° 320).

Entre associés, le transfert se fait par le simple consentement alors que l'opposabilité à l'égard des tiers peut résulter de l'accomplissement soit des formalités de l'article 1690 du Code civil,

soit de celles de l'article 430-4 de la LSC, à savoir la déclaration de transfert inscrite sur le registre des actions nominatives (J.-P. Winandy, Manuel de droit des sociétés, édition 2019, p. 503).

Il découle de ce qui précède que les inscriptions au registre des actions nominatives sont opposables tant à la société qu'aux tiers.

Il existe cependant un régime spécifique en cas de transfert d'actions non entièrement libérées imposant une formalité supplémentaire pour rendre la cession de telles actions opposable aux tiers.

La LSC n'interdit ainsi pas la cession d'actions non encore intégralement libérées mais institue un régime particulier quant à l'opposabilité de telles cessions.

En effet, l'article 430-13 de la LSC prévoit que *« les actionnaires sont, nonobstant toute stipulation contraire, responsable du montant total de leurs actions. Toutefois, la cession valable des actions les affranchira, à l'égard de la société, de toute contribution aux dettes postérieures à la cession, et à l'égard de tiers, de toute contribution aux dettes postérieures à sa publication. Tout cédant a un recours solidaire contre celui à qui il a cédé son titre et contre les cessionnaires ultérieurs »*.

Quant à la publication visée par cette disposition, il y a lieu de se référer à l'article 430-12 de la LSC aux termes duquel *« la situation du capital social sera publiée une fois par an, à la suite du bilan. Elle comprendra :*

- 1) le nombre des actions souscrites ;*
- 2) l'indication des versements effectués,*
- 3) la liste des actionnaires qui n'ont pas encore entièrement libéré leurs actions, avec l'indication des sommes dont ils sont redevables.*

La publication de cette liste a, pour les changements d'actionnaires qu'elle constate, la même valeur qu'une publication faite conformément à l'article 100-13. »

Il y a lieu de constater qu'en l'espèce la publication y visée n'a jamais été effectuée.

Le Code des sociétés belge prévoit de manière encore plus claire, sous la rubrique *« Restrictions légales à la négociabilité des titres »* que *« les transferts d'actions non entièrement libérées ne sont opposables aux tiers conformément à l'article 76 qu'après la publication par mention du dépôt de la liste des actionnaires qui n'ont pas entièrement libéré leurs actions visée à l'article 479, alinéa 2, 3° »* (article 506) et que *« la cession des actions non libérées ne peut affranchir leurs souscripteurs de contribuer, à concurrence du montant non libéré, aux dettes antérieures à la publication. L'ancien*

propriétaire a un recours solidaire contre celui à qui il a cédé son titre et contre les cessionnaires » (article 507).

La doctrine précise que l'article 430-13 de la LSC a été inspiré du seul intérêt des tiers au profit desquels la publicité de la cession est exigée (J.-P. Winandy, op. cit. p. 506).

Ceux-ci ont, en effet, traité sur base du capital social de la société, ils doivent donc compter sur le fait que ce capital a été intégralement libéré ou va l'être en fonction des besoins financiers de la société. Dès lors que la cession a été publiée, les tiers sont avertis, de sorte qu'il est légitime que le cédant n'assume plus aucune responsabilité pour les dettes de la société contractées après la publication de la cession (A. Steichen, op. cit., p. 633, n°871).

Le cédant est donc libéré à l'égard des tiers dès la publication de la cession et dégage de tout versement devenu exigible ultérieurement (J.-P. Winandy, op. cit. p. 506).

Il n'est pas contesté qu'en l'espèce, le curateur peut revendiquer sa qualité de tiers par rapport à une éventuelle cession des actions et se prévaloir de l'absence de publication intervenue conformément à l'article 430-12 de la LSC.

La demande de production forcée du registre des actions nominatives, même à admettre qu'il indique la cession alléguée, ne suffirait donc pas à rendre ladite cession opposable au curateur en tant que représentant de la masse des créanciers, de sorte que la demande y afférente encourt un rejet.

L'appelante se prévaut de la liste de présence de l'assemblée générale extraordinaire du 24 décembre 2009 indiquant PERSONNE1.) comme actionnaire unique de la société SOCIETE2.).

Si cette information est effectivement renseignée dans le cadre de cette liste de présence, l'appelante reste cependant en défaut de prouver que cette liste ait fait l'objet d'une quelconque publication au Registre de commerce et des sociétés. Par ailleurs, il n'y est pas indiqué que les actions n'ont pas été entièrement libérées.

Or, comme relevé ci-dessus, les publications visées par les articles 430-12 et 430-13 de la LSC tendent à informer les tiers de la situation du capital social dans un souci de protection de leurs intérêts.

A défaut de publication, cette liste de présence, qui de surcroît n'indique pas les actionnaires n'ayant pas encore entièrement libéré leurs actions, ne remplit pas cette fonction d'information.

Elle ne saurait dès lors valoir publication au sens des articles précités. Il faut partant conclure que la cession alléguée des actions

nominatives n'a pas d'effet libératoire vis-à-vis des tiers, y compris le curateur en tant que représentant de la masse.

C'est partant à bon droit que l'appelante a été condamnée à la libération du capital social, outre les intérêts. Le jugement entrepris est dès lors à confirmer sur ce volet.

Il est encore à confirmer en ce que le tribunal a débouté le curateur de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure pour absence de la condition de l'iniquité.

Quant à la demande de la société SOCIETE1.) contre PERSONNE1.)

Dans la mesure où une éventuelle cession d'actions est inopposable au curateur pour les motifs invoqués ci-dessus, la demande tendant à être déchargée de la condamnation intervenue est à rejeter. Celle tendant à voir condamner PERSONNE1.) au paiement du capital non entièrement libéré est à rejeter pour les mêmes motifs et au vu du principe que nul ne plaide par procureur.

La société SOCIETE1.) demande à titre subsidiaire que PERSONNE1.) soit condamné à la tenir quitte et indemne.

Comme relevé ci-dessus, il convient de faire une distinction entre la preuve de la cession d'actions non entièrement libérées entre parties, son opposabilité à la société et son opposabilité aux tiers, tels que le curateur.

La liste de présence relative à l'assemblée générale extraordinaire du 24 décembre 2009 de la société SOCIETE2.) indique que PERSONNE1.) est titulaire de 310 actions. Cette liste a été dûment signée par le notaire et par PERSONNE1.), de sorte qu'il est à suffisance prouvé que les actions ayant été initialement souscrites par la société SOCIETE1.) et Maître PERSONNE2.) ont été transférées avant la date du 24 décembre 2009 à PERSONNE1.). Dans la mesure où celui-ci n'allègue pas les avoir ultérieurement cédées à une autre personne, respectivement les avoir rétrocédées à la société SOCIETE1.), la Cour admet qu'entre parties cédante et cessionnaire, le transfert d'actions est établi en cause et qu'il y a lieu de faire droit à la demande de la société SOCIETE1.) tendant à la condamnation de PERSONNE1.) à la tenir quitte et indemne de la condamnation prononcée.

Le jugement est partant à réformer quant à ce volet.

Quant aux indemnités de procédure pour l'instance d'appel

Le curateur réclame une indemnité de procédure de 2.000 euros pour l'instance d'appel. Comme il paraît inéquitable de laisser à charge

de l'intimé l'intégralité des frais irrépétibles qu'il a dû exposer pour assurer sa défense en instance d'appel, il y a lieu de faire droit à cette demande et de condamner la société SOCIETE1.) à lui payer une indemnité de procédure de 1.500 euros pour la présente instance.

La société SOCIETE1.) est à débouter de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure dirigée tant contre le curateur que contre PERSONNE1.) à défaut d'avoir établi la condition d'iniquité prévue par l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

L'avocat de l'intimé PERSONNE1.) ayant déposé son mandat et aucun autre avocat ne s'étant constitué en son remplacement, il y a lieu, en application des articles 587, 76 et 197 du Nouveau Code de procédure civile, de statuer par arrêt contradictoire à son encontre.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, en application de l'article 2 (2) la loi du 20 juin 2020 portant prorogation de mesures concernant la tenue d'audiences publiques pendant l'état de crise devant les juridictions dans les affaires soumises à la procédure écrite,

reçoit l'appel,

le déclare partiellement fondé,

par réformation :

condamne PERSONNE1.) à tenir quitte et indemne la société anonyme SOCIETE1.) de la condamnation prononcée à son égard,

condamne la société anonyme SOCIETE1.) aux frais et dépens de la demande principale,

condamne PERSONNE1.) aux frais et dépens de la demande en intervention,

confirme le jugement entrepris pour le surplus,

condamne la société anonyme SOCIETE1.) à payer à Maître MANDATAIRE DE JUSTICE1.), pris en sa qualité de curateur de la société anonyme SOCIETE2.), une indemnité de procédure de 1.500 euros,

déboute la société anonyme SOCIETE1.) de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure,

condamne la société anonyme SOCIETE1.) aux frais et dépens de son appel dirigé contre Maître MANDATAIRE DE JUSTICE1.), pris en sa qualité de curateur de la société anonyme SOCIETE2.),

condamne PERSONNE1.) aux frais et dépens de l'appel dirigé contre lui et en ordonne la distraction au profit de Maître AVOCAT1.), avocat concluant, sur ses affirmations de droit.