

Texte pseudonymisé

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

Arrêt N° 45/24 IV-COM

Audience publique du cinq mars deux mille vingt-quatre

Numéro CAL-2022-00987 du rôle

Composition:

Marianne EICHER, président de chambre;
Michèle HORNICK, premier conseiller;
Carole BESCH, conseiller;
Eric VILVENS, greffier.

E n t r e

1. PERSONNE1.), demeurant à B-ADRESSE1.),

2. PERSONNE2.), demeurant à B-ADRESSE1.),

appelants aux termes d'un acte de l'huissier de justice Nadine Tapella d'Esch-sur-Alzette du 15 septembre 2022,

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

e t

Maître Noémie USTACHE, avocat, demeurant professionnellement à L-4818 Rodange, 2A, avenue Dr Gaasch, agissant en sa qualité de curateur de la société anonyme SOCIETE1.), établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), de fait inconnue à cette adresse, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.), déclarée en état de faillite par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 7 octobre 2016,

intimée aux fins du prédit acte Tapella,

comparant par Maître Sébastien Tosi, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL

La société anonyme SOCIETE1.) a été déclarée en état de faillite par jugement du 7 octobre 2016.

Par acte d'huissier de justice du 21 février 2022, la curatrice de la faillite a fait donner assignation à PERSONNE1.) et à PERSONNE2.) à comparaître devant le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg aux fins de les voir condamner au paiement de 143.339,22 euros et de 18.500 euros, outre les intérêts, ainsi qu'à voir prononcer à leur égard une interdiction d'exercer conformément à l'article 444-1 du Code de commerce.

Par jugement contradictoire du 15 juillet 2022, le Tribunal a

- condamné PERSONNE1.) et PERSONNE2.) solidairement à payer entre les mains de Me Noémie USTACHE, agissant en sa qualité de curatrice de la faillite SOCIETE1.) (ci-après la CURATRICE) le montant de 143.339,22 euros avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde,
- condamné PERSONNE1.) à payer entre les mains de la CURATRICE le montant de 18.500 euros avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde,
- dit que le taux d'intérêt légal serait majoré de trois points à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la signification du jugement,
- interdit à PERSONNE1.) et à PERSONNE2.) d'exercer directement ou par personne interposée une activité commerciale, ainsi qu'une fonction d'administrateur, de gérant ou toute autre fonction conférant le pouvoir d'engager une société pendant une durée de 5 ans,
- dit non fondée la demande de la CURATRICE sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,
- condamné PERSONNE1.) et PERSONNE2.) in solidum aux frais et dépens de l'instance.

Pour statuer ainsi, le Tribunal a constaté que le relevé versé par la CURATRICE pour un montant total de 145.339,22 euros faisait apparaître une multitude de retraits d'argent et de virements au profit de prestataires divers, tels « SOCIETE2.) », « SOCIETE3.) », « SOCIETE4.) », « SOCIETE5.) » et pour lesquels les défendeurs ne justifiaient pas qu'ils correspondaient à des dépenses effectuées dans l'intérêt de la société SOCIETE1.). Par ailleurs, la société SOCIETE1.) ne tenait pas de comptabilité régulière ni ne publiait de bilans depuis

son immatriculation au registre de commerce et des sociétés le 18 décembre 2009.

Le Tribunal a retenu que les agissements fautifs des anciens dirigeants PERSONNE1.) et PERSONNE2.) ont significativement affecté la situation financière de la société SOCIETE1.) et ont mis la CURATRICE dans l'impossibilité de réaliser un actif suffisant pour apurer le passif, de sorte qu'il y avait lieu, en application de l'article 495-1 du Code de commerce, de mettre à charge des défendeurs le montant réclamé de 143.339,22 euros.

Le Tribunal a encore décidé que les actions de SOCIETE1.), qui n'étaient pas entièrement libérées, ont été cédées à PERSONNE1.) et que celle-ci n'établissait, voire n'affirmait pas, avoir procédé à la libération du capital, de sorte que la demande y relative était fondée sur base des articles 420-13 et 430-13 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (ci-après la Loi de 2015).

Enfin, eu égard aux fautes graves et caractérisées commises par les parties défenderesses, le Tribunal a prononcé à leur encontre une interdiction d'exercer conformément à l'article 444-1 du Code de commerce.

Par exploit d'huissier de justice du 15 septembre 2022, PERSONNE1.) et PERSONNE2.) ont interjeté appel contre ce jugement qui d'après les éléments du dossier, n'a pas été signifié.

Ils sollicitent, par réformation, à voir débouter la CURATRICE de l'ensemble de ses demandes.

Ainsi, concernant l'action en comblement de passif, ils entendent établir que 98.876,86 euros réglés concernaient l'activité de la société SOCIETE1.). Pour d'autres paiements faits au moyen des deniers de la société SOCIETE1.), ils exposent qu'il s'agissait d'avances de la société, sur lesquelles ils ont entretemps remboursé 14.500 euros, de sorte qu'un total de 113.376,86 euros serait à déduire de la condamnation. Ils estiment en outre que les irrégularités au niveau de la comptabilité sont dues à des négligences du comptable.

Concernant l'action en libération du capital, PERSONNE1.) donne à considérer que la cession des actions n'a jamais été transcrite au registre des actions en application des articles 430-3 et 430-4 de la Loi de 2015. A défaut de cette transcription et à défaut d'accomplissement des formalités de l'article 1690 du Code civil, la cession ne serait pas opposable à la CURATRICE, agissant aux droits de la masse. L'action en libération du capital devrait dès lors être dirigée contre les souscripteurs originaires des actions.

PERSONNE1.) et PERSONNE2.) contestent toute existence d'une faute grave dans leur chef, pouvant justifier une interdiction d'exercice à leur encontre.

La CURATRICE se rapporte à prudence de justice concernant la recevabilité de l'appel en la pure forme.

Au fond, elle conclut à la confirmation du jugement entrepris ainsi qu'à l'allocation d'une indemnité de procédure de 500 euros.

Concernant les factures produites par les appelants, elle estime qu'il est impossible de lier les factures à l'intérêt et l'objet social de la société faillie. De nombreuses dépenses concerneraient des voyages à l'étranger. Même en faisant abstraction des dépenses correspondant aux factures produites par les appelants, il resterait un reliquat important de (143.339,22 – 93.847,53 =) 49.491,69 euros pour des dépenses privées (bijouterie, vétérinaire, pharmacie, électroménager, voyages, retraits en liquide).

Il ressortirait de l'ensemble du dossier que les gérants se sont non seulement servi des actifs de la société SOCIETE1.) mais encore que leurs agissements ont conduit à augmenter considérablement le passif de celle-ci.

Appréciation de la Cour

L'appel est recevable pour avoir été interjeté dans la forme et le délai légal.

1) Quant à l'action en comblement de passif

L'article 495-1 du Code de commerce permet, en cas d'insuffisance d'actif de la faillite d'une société, de faire supporter les dettes en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par les dirigeants sociaux, de droit ou de fait à l'égard desquels sont établies des fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite.

A titre de fautes graves et caractérisées, la CURATRICE invoque, d'un côté, des retraits en liquide, des débits mensuels et des virements suspects à partir du compte bancaire de la société SOCIETE1.), et, d'un autre côté, l'absence de tenue de comptabilité régulière et le défaut de publication des bilans.

La qualité de dirigeants de la société SOCIETE1.), - dirigeant de droit pour PERSONNE1.), dirigeant de fait pour PERSONNE2.)-, n'est pas mise en cause.

L'insuffisance d'actif résulte du rapport d'activité du curateur du 9 avril 2018, qui fait apparaître une absence totale d'actif et un passif de 1.087.464,96 euros, dont 97.531,61 euros de dette de TVA.

L'action en comblement du passif ne sanctionne que les fautes avérées et incontestables, à savoir une faute « impardonnable qu'un dirigeant raisonnablement prudent et diligent n'aurait pas commise, heurtant les normes essentielles de la vie en société, non identifiable au dol bien qu'en en étant voisine. La faute doit, en outre, être caractérisée, à savoir "nettement marquée", ce qui signifie que l'acte

doit pouvoir être perçu comme gravement fautif par tout homme raisonnable ». ¹

Comme illustrations fournies par la doctrine et la jurisprudence, sont cités des prélèvements massifs effectués par un administrateur sur les avoirs sociaux, la tenue d'une comptabilité lacunaire et l'absence de comptabilité, le non-paiement des charges fiscales et sociales comme mode de financement délibérément choisi par les dirigeants, le fait de laisser assumer des obligations par la société en sachant qu'elle ne dispose pas du capital nécessaire pour réaliser les investissements envisagés. ²

L'absence de tenue de comptabilité et le défaut de publication des bilans ne sont pas discutés mais imputés par les appelants à des négligences de la fiduciaire.

C'est toutefois à juste titre que le Tribunal a rejeté cette argumentation au motif qu'il s'agit d'obligations légales incombant aux entreprises et à leurs dirigeants et que la prétendue négligence de la fiduciaire n'est pas établie.

Le défaut de toute comptabilité et le défaut de publication des bilans constituent des fautes graves et caractérisées conformément aux développements faits ci-avant.

La CURATRICE fait encore état de paiements suspects effectués via le compte bancaire de la société SOCIETE1.) pour un montant total de 145.339,22 euros.

Les appelants ne contestent pas la nature privée des retraits et débits de cartes bancaires qu'ils qualifient d'« avances », mais demandent à voir prendre en compte le montant total de 14.500³ euros qu'ils auraient versé de leur côté sur le compte de la société SOCIETE1.).

Pour ce qui est des virements au profit de sociétés tierces, les appelants versent en instance d'appel des factures, émises entre le 1^{er} mars et le 2 août 2016, à la base desdits virements.

La Cour constate que les factures SOCIETE6.), SOCIETE5.), SOCIETE7.), SOCIETE8.), SOCIETE9.), SOCIETE10.) pour un montant total de 93.847,53 euros, SOCIETE11.) et SOCIETE2.) pour un montant total de 5.029,33 euros indiquent toutes comme destinataire la société SOCIETE1.) et sont relatifs aux virements litigieux. Ces factures émises pour l'acquisition de véhicules motocross et accessoires correspondent à l'objet social de la société SOCIETE1.), qui est notamment l'achat, l'import-export d'accessoires, de pièces détachées et d'articles de vêtements pour les sports

¹ Coipel, M., « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *Rép. not.*, T. XII, Le droit commercial et économique, Livre 4, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 317-2 et les jurisprudences citées

² idem

³ la Cour admet qu'il s'agit d'une erreur de calcul, les montants invoqués étant de 12.250 et de 2.000 euros

mécaniques, d'équipements et de produits liés aux domaines de la motocyclette et de tout véhicule roulant motorisé, ainsi que l'organisation de manifestations pouvant se rapporter à l'objet social.

Contrairement à l'argumentation de la CURATRICE, le fait que ces factures ne sont présentées que tardivement, ne suffit pas pour les mettre en doute, de sorte qu'au vu des éléments produits en instance d'appel, il est établi à suffisance que lesdits virements pour le montant total de (93.847,53 + 5.029,33 =) 98.876,86 euros ont été effectués dans l'intérêt de la société SOCIETE1.).

Pour le surplus, il se dégage de l'ensemble des éléments et notamment de la propre argumentation des appelants que ceux-ci ont utilisé le compte bancaire de la société SOCIETE1.) pour des dépenses privées, totalisant ainsi sur quelques mois des débits à leur profit de (145.339,22 – 98.876,86 =) 46.462,36 euros.

Indépendamment du fait que les appelants ont également alimenté le compte de la société SOCIETE1.) par quelques virements pour un montant total de 12.250 euros, l'utilisation à titre privé du compte de la société par ses dirigeants constitue une faute grave que n'aurait pas commise un dirigeant raisonnablement prudent et diligent, et est perçue comme telle par toute personne raisonnable.

Non seulement, ces prélèvements ont diminué le patrimoine de la société SOCIETE1.), mais encore, l'absence de séparation entre le compte de la société et le patrimoine privé des appelants, combinée avec le défaut de toute comptabilité, permettant d'avoir une vue sur la situation financière de la société, a nécessairement contribué à l'état de faillite de celle-ci.

Concernant le montant à charge duquel les dirigeants seront appelés à combler le passif, il est admis que le juge est libre de fixer le montant de la condamnation qui correspond au maximum à celui de l'insuffisance d'actif à laquelle les dirigeants de fait ou de droit ont contribué par leur faute grave et caractérisée⁴.

Le montant total des prélèvements et débits privés se chiffre à 46.462,36 euros.

Ainsi que le font valoir les appelants, il y a lieu de déduire de ce montant des versements en espèces opérés par eux sur le compte de la société, soit 12.250 + 2.000 euros, qui ne sont pas contestés par la CURATRICE.

Il y a partant lieu, par réformation du jugement entrepris, de dire l'action en comblement du passif fondée à concurrence de (46.462,36 – 14.250 =) 32.212,36 euros.

⁴ Hainaut-Hamende, P. et Raucq, G., « La société anonyme. Première partie : Constitution et fonctionnement », *Rép. not.*, T. XII, Le droit commercial et économique, Livre 3/1, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 435

2) Quant à la demande de libération de capital

Suivant l'acte notarié de constitution du 11 novembre 2009, le capital social de la société SOCIETE1.) est fixé à 31.000 euros, représenté par cent actions d'une valeur nominale de 310 euros chacune.

Il s'en dégage également que toutes les actions ont été souscrites, mais qu'elles ont seulement été libérées à hauteur de 120 euros par action, soit pour un total de 12.000 euros.

Conformément à l'article 43 (actuel article 430-8) de la Loi de 2015, les actions sont restées nominatives.

Il résulte de l'acte notarié du 24 novembre 2010 que PERSONNE1.) s'est vu céder l'intégralité des actions de la société SOCIETE1.).

Celle-ci n'allègue pas avoir libéré le capital social et ne conteste pas les termes de l'acte notarié, mais estime qu'à défaut d'accomplissement de formalités supplémentaires (transcription au registre des actionnaires, respectivement formalités de l'article 1690 du Code civil), la cession est inopposable « au » curateur.

Si en principe, la propriété de l'action nominative s'établit, conformément à l'article 40 (actuel article 430-4) de la Loi de 2015, par une transcription sur le registre des actions nominatives, il est admis que l'inscription au registre des actions nominatives n'est pas 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).

C'est dès lors à tort que PERSONNE1.) se prévaut de l'absence d'inscription au registre des actions.

Dans la mesure où la cession des actions au profit de PERSONNE1.), que celle-ci ne conteste pas, est reprise dans l'acte notarié du 24 novembre 2010, sa propriété des actions est établie.

Pour ce qui est du moyen de l'absence d'opposabilité de la cession « au » curateur, il n'est pas question de l'opposabilité de la cession « à » un tiers, mais « par » un tiers, soit de la question de savoir si le curateur peut se prévaloir de ladite cession d'actions.

Pour le surplus, il est admis que les effets externes d'une convention sont non seulement opposables aux tiers, mais peuvent aussi être invoqués par ceux-ci.

Ainsi, les tiers doivent reconnaître l'existence d'un contrat en tant que fait, tout comme ils peuvent en invoquer l'existence à leur avantage.

Ainsi la CURATRICE peut invoquer à son profit la cession des actions à PERSONNE1.), sans que celle-ci puisse lui opposer l'absence d'accomplissement des règles de publicité telle l'inscription au registre du commerce ou le défaut de notification d'une cession de créance

conformément l'article 1690 du Code civil, règles inspirées du seul intérêt des tiers.

En vertu de l'article 49 (actuel article 430-13) de la Loi de 2015, les actionnaires sont, nonobstant toute stipulation contraire, responsables du montant total de leurs actions.

Contrairement à l'argumentation de PERSONNE1.), l'obligation de libérer les actions n'incombe dès lors pas uniquement aux souscripteurs originaires mais se transmet, avec les actions, à tous les cessionnaires.

En tant que cessionnaire des actions non intégralement libérées, elle est tenue de l'obligation de libérer entièrement celles-ci⁵, indépendamment d'une éventuelle action contre l'actionnaire souscripteur originaire.

C'est dès lors à juste titre que le Tribunal a fait droit à la demande de la CURATRICE pour le montant réclamé de 18.500 euros.

3) Quant à l'interdiction professionnelle

Enfin, eu égard aux fautes graves et caractérisées relevées *sub* 1), ayant contribué à la faillite, c'est à juste titre et pour des motifs que la Cour adopte, que le Tribunal a prononcé à l'encontre de PERSONNE1.) et de PERSONNE2.) une interdiction d'exercer toute activité commerciale pendant cinq ans, conformément à l'article 444-1 du Code de commerce.

4) Quant à la demande basée sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile

Le Tribunal a rejeté la demande de la CURATRICE en paiement d'une indemnité de procédure au motif que le curateur, agissant dans le cadre de sa mission, ne peut être assimilé à une partie qui est obligée d'exposer des sommes non comprises dans les dépens.

Pour ces mêmes motifs, la Cour considère que celle-ci n'établit pas l'iniquité requise par l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, de sorte que sa demande d'indemnité de procédure est également à rejeter pour l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel,

⁵ Steichen, A., Précis de droit des sociétés, 2018, Ed.Saint-Paul, n°871

le dit partiellement fondé,

par **réformation**,

quant à la demande dirigée contre PERSONNE1.) et PERSONNE2.) :

dit la demande de Maître Noémie USTACHE, agissant en sa qualité de curatrice de la société anonyme SOCIETE1.) fondée pour le montant de 32.212,36 euros,

condamne PERSONNE1.) et PERSONNE2.) solidairement à payer entre les mains de Maître Noémie USTACHE, agissant en sa qualité de curatrice de la société anonyme SOCIETE1.), le montant de 32.212,36 euros, avec les intérêts légaux à compter de la demande en justice jusqu'à solde,

confirme le jugement entrepris pour le surplus,

déboute Maître Noémie USTACHE, agissant en sa qualité de curatrice de la société anonyme SOCIETE1.) de sa demande basée sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

condamne PERSONNE1.) et PERSONNE2.) aux frais et dépens de l'instance d'appel.