

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

Arrêt N° 120/24 IV-COM

Audience publique du deux juillet deux mille vingt-quatre

Numéros CAL-2021-00249 et CAL-2021-00473 du rôle

Composition:

Michèle HORNICK, premier conseiller président;
Carole BESCH, conseiller;
Claudine ELCHEROTH, conseiller;
Eric VILVENS, greffier.

I) CAL-2021-00249

E n t r e

PERSONNE1.), demeurant à L-ADRESSE1.),

appelant aux termes d'un acte de l'huissier de justice Patrick Kurdyban de Luxembourg du 15 janvier 2021,

comparant par Maître Maximilian Di Bartolomeo, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

1) Maître Christian STEINMETZ, avocat à la Cour, demeurant à L-2128 Luxembourg, 30, rue Marie-Adélaïde, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme SOCIETE1.) SA, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par son curateur, 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 6 mars 2015,

intimé aux fins du prédit acte Kurdyban,

comparant par lui-même,

2) PERSONNE2.), demeurant à L-ADRESSE3.),

3) PERSONNE3.), demeurant à D-ADRESSE4.),

4) PERSONNE4.), demeurant à D-ADRESSE5.),

intimées aux fins du prédit acte Kurdyban,

comparant par Maître James Junker, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

5) PERSONNE5.), sans état connu, demeurant à D-ADRESSE6.),

intimé aux fins du prédit acte Kurdyban,

comparant par Maître Murielle Zins, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

II) CAL-2021-00473

E n t r e

1) PERSONNE2.), demeurant à L-ADRESSE3.),

2) PERSONNE4.), demeurant à D-ADRESSE5.),

3) PERSONNE3.), demeurant à D-ADRESSE4.),

appelantes aux termes d'un acte de l'huissier de justice Tom Nilles d'Esch-sur-Alzette du 10 mars 2021,

comparant par Maître James Junker, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

1) Maître Christian STEINMETZ, avocat à la Cour, demeurant à L-2128 Luxembourg, 30, rue Marie-Adélaïde, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme SOCIETE1.) SA, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par son curateur, 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 6 mars 2015,

intimé aux fins du prédit acte Nilles,

comparant par lui-même,

2) PERSONNE1.), demeurant à L-ADRESSE1.),

intimé aux fins du prédit acte Nilles,

comparant par Maître Maximilian Di Bartolomeo, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

3) PERSONNE5.), demeurant à D-ADRESSE6.),

intimé aux fins du prédit acte Nilles,

comparant par Maître Murielle Zins, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL

Faits et rétroactes

La société anonyme SOCIETE1.) SA (ci-après SOCIETE1.)) a été déclarée en état de faillite sur aveu par jugement du Tribunal d'arrondissement du 6 mars 2015. Maître Christian STEINMETZ (ci-après le Curateur) a été nommé curateur.

Par exploit d'huissier de justice du 24 juin 2019, le Curateur a fait donner assignation à PERSONNE2.) (ci-après PERSONNE6.)), à PERSONNE1.) (ci-après PERSONNE7.)), à PERSONNE8.) (ci-après PERSONNE9.)), à PERSONNE10.) (ci-après PERSONNE11.)) et à PERSONNE5.) à comparaître devant le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, aux fins de se voir condamner solidairement, sinon in solidum, sinon chacun pour le tout, sinon chacun pour sa part, à lui payer le montant de 1.104.396,56 euros, majoré des intérêts compensatoires, sinon moratoires, au taux légal à partir de la demande en justice jusqu'à solde.

Il a encore sollicité la condamnation solidaire, sinon in solidum, sinon chacune pour le tout, sinon chacune pour sa part, des parties défenderesses à tous les frais de la procédure de faillite, dont notamment les frais et honoraires du Curateur évalués au montant de 86.093 euros, sinon de réserver le poste des frais de la procédure, ainsi que la condamnation de chacune des parties défenderesses à une indemnité de procédure de 5.000 euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Enfin, il a demandé la condamnation solidaire, sinon in solidum des parties défenderesses aux frais et dépens de l'instance, ainsi que l'exécution provisoire du jugement.

Par jugement rendu le 29 juillet 2020, le Tribunal a statué comme suit :

*« rejette les moyens de nullité et d'irrecevabilité de l'assignation,
déclare les demandes principale et reconventionnelle recevables,*

dit non fondée la demande à l'égard de PERSONNE5.) sur base de l'article 495-1 du Code de commerce,

dit fondée la demande à l'égard de PERSONNE12.), de PERSONNE1.), de PERSONNE9.) et de PERSONNE10.) sur base de l'article 495-1 du Code de commerce,

condamne PERSONNE12.), PERSONNE1.), PERSONNE9.) et PERSONNE10.) solidairement à payer à Maître Christian STEINMETZ, pris en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme SOCIETE1.) SA, le montant de 400.000.- EUR, avec les intérêts au taux légal à partir de la demande en justice jusqu'à solde,

condamne PERSONNE1.) à payer à Maître Christian STEINMETZ, pris en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme SOCIETE1.) SA, le montant de 600.000.- EUR, avec les intérêts au taux légal à partir de la demande en justice jusqu'à solde,

déclare non fondée la demande en garantie de PERSONNE12.), de PERSONNE9.) et de PERSONNE10.) dirigée à l'encontre de PERSONNE1.),

dit non fondée la demande de Maître Christian STEINMETZ, pris en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme SOCIETE1.) SA, sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

dit non fondées les demandes de PERSONNE12.), de PERSONNE1.), de PERSONNE9.), de PERSONNE10.) et de PERSONNE5.) en obtention d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

dit non fondée la demande de PERSONNE1.) en allocation d'une indemnité pour procédure abusive et vexatoire,

ordonne l'exécution provisoire du jugement,

condamne PERSONNE12.), PERSONNE1.), PERSONNE9.) et PERSONNE10.) solidairement aux frais et dépens de l'instance ».

Pour statuer ainsi, le Tribunal a écarté le moyen tiré du libellé obscur en considérant que l'assignation contient suffisamment de précisions pour permettre aux défendeurs de préparer leur défense. Motif pris que l'article 495-1 du Code de commerce vise de manière très large tout dirigeant de la société en faillite, et même s'il a perdu cette qualité avant la mise en faillite, le Tribunal a déclaré le moyen tiré du défaut de qualité soulevé par PERSONNE7.) non fondé.

Le Tribunal a encore retenu que l'action du Curateur, soumise à la prescription triennale, n'est pas encore prescrite.

Quant au fond, le Tribunal a considéré l'insuffisance d'actif comme établie et que les parties défenderesses sont à considérer comme administrateurs au sens de l'article 495-1 du Code de commerce.

Il a tenu pour établis et constitutifs de fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite le fait pour PERSONNE7.) d'avoir bénéficié de façon injustifiée des fonds à hauteur de 513.824,17 euros et de ne pas les avoir remboursés et le fait pour PERSONNE6.), de PERSONNE9.) et de PERSONNE11.) d'avoir toléré ces transferts de fonds.

Selon le Tribunal, ces fautes ont privé SOCIETE1.) des fonds nécessaires à son fonctionnement et elles ont partant contribué à l'augmentation du passif social et nécessairement conduit à la faillite.

Quant au montant de la condamnation, le Tribunal a considéré que compte tenu des agissements fautifs de PERSONNE7.), qui ont significativement affecté la situation financière de SOCIETE1.), il y avait lieu de mettre à sa charge le passif de la faillite à concurrence de la somme de 1.000.000 euros, outre les intérêts, tandis que la contribution de PERSONNE6.), de PERSONNE9.) et de PERSONNE11.), qui n'ont pas bénéficié des fonds, a été limitée au montant de 400.000 euros. La demande à l'encontre de PERSONNE5.) a été déclarée non fondée.

La demande incidente en garantie, introduite par PERSONNE6.), PERSONNE9.) et PERSONNE11.), dirigée contre PERSONNE7.), aux fins de l'entendre condamner à les tenir quittes et indemnes de toute condamnation prononcée à leur encontre, a été déclarée non fondée, motif pris que chacun des défendeurs était responsable de l'aggravation de la situation financière de SOCIETE1.).

L'appel

Par exploit d'huissier de justice du 15 janvier 2021, PERSONNE7.) a interjeté appel contre ce jugement. Son appel a été enrôlé sous le numéro CAL-2021-00249.

Il précise que le jugement n'est pas entrepris en ce qu'il a déclaré non fondées la demande en garantie de PERSONNE6.), de PERSONNE11.) et de PERSONNE9.) et la demande du curateur en obtention d'une indemnité de procédure.

Par réformation du jugement entrepris, il demande, à titre principal, à voir dire l'assignation nulle pour libellé obscur. A titre subsidiaire, il conclut à l'irrecevabilité de la demande pour défaut de qualité dans son chef, sinon pour cause de prescription.

A titre plus subsidiaire, il demande à voir dire irrecevable sinon non fondée la demande du Curateur et partant à se voir décharger des condamnations prononcées à son encontre. A titre plus subsidiaire encore, il y aurait lieu à réduction de la condamnation à de plus justes proportions. Il demande en outre à voir constater que SOCIETE1.) est redevable du montant de 464.000 euros envers lui et il demande dès lors la déduction de ce montant de toute condamnation à prononcer.

Il sollicite en outre la condamnation de PERSONNE6.), de PERSONNE9.), de PERSONNE11.) et de PERSONNE5.) à supporter l'intégralité, sinon la quasi-intégralité du passif pour avoir fautivement vendu l'immeuble appartenant à SOCIETE1.) sis au ADRESSE7.) à un prix ridiculement bas contribuant ainsi grandement à la faillite par leur faute grave et caractérisée.

Il demande encore la condamnation du Curateur à des dommages et intérêts de 10.000 euros pour procédure abusive et vexatoire, à une indemnité de procédure de 10.000 euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, ainsi qu'aux frais et dépens de l'instance.

PERSONNE7.) réitère en premier lieu son moyen tiré du libellé obscur de l'assignation, du défaut de qualité dans son chef et conclut partant par réformation à l'irrecevabilité de la demande.

Il estime encore que c'est à tort que le Tribunal n'a pas dit la demande prescrite sur base des articles 441-9 et 1400-6 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (ci-après la « Loi de 1915 »).

Quant au fond, il conteste l'existence d'une insuffisance d'actif et les fautes reprochées. S'il admet l'existence de virements faits en sa faveur, il explique que tous les paiements faits à son profit, respectivement à SOCIETE2.) GmbH, ont été effectués par son père PERSONNE13.), qui gérait seul la société, et avaient une contrepartie pour SOCIETE1.) et qu'ils ont été faits dans l'intérêt de l'activité de SOCIETE1.). Il estime en outre que les prétendues fautes lui reprochées, survenues entre 2004 et 2008, n'ont pas contribué à la faillite, étant donné que la société SOCIETE1.) a affiché entre 2004 et 2015 un chiffre d'affaires de plusieurs millions d'euros et des résultats positifs et qu'elle n'a pas été en situation précaire aussi longtemps qu'il en était administrateur.

Il avance que la faillite de SOCIETE1.) a été provoquée par sa condamnation en justice à payer à la société SOCIETE3.) SA un montant de 3.190.909,22 euros. Il considère que le conseil d'administration a commis une faute en faisant l'aveu de faillite en mars 2015, étant donné que la société SOCIETE3.) SA n'a jamais déposé une déclaration de créance et qu'il n'y avait dès lors aucune raison pour faire cet aveu. Il estime que la faillite aurait encore pu être évitée si le conseil d'administration n'avait pas pris en mai 2014 la décision de vendre l'immeuble sis au ADRESSE7.) à un prix nettement en dessous de sa valeur.

Il demande sur base de l'article 60 du Nouveau Code de procédure civile, la communication par le Curateur des pièces suivantes :

- le jugement de faillite de SOCIETE1.) et
- le rapport d'activité du Curateur communiqué au Parquet économique.

Il demande également à voir enjoindre à toutes les parties de produire les documents comptables et sociaux de SOCIETE1.) suivants :

- le Grand Livre des années 2002 à 2015,
- la Balance générale des années 2002 à 2015,
- les journaux des années 2002 à 2015,
- les procès-verbaux des Assemblées Générales des années 2000 à 2015
- la copie du contrat de bail avec la société SOCIETE4.) GmbH concernant les containers sur le terrain à ADRESSE8.) avec les preuves de paiement des loyers,
- le contrat d'achat et de vente concernant le bateau appartenant à SOCIETE1.).

Par exploit d'huissier du 10 mars 2021, PERSONNE6.), PERSONNE9.) et PERSONNE11.) ont relevé appel du jugement. Leur appel a été enrôlé sous le numéro CAL-2021-00473.

Elles demandent par réformation à voir rejeter les demandes du Curateur à leur égard, sinon de ramener la condamnation prononcée à leur encontre à de plus justes proportions.

Elles requièrent que l'arrêt à intervenir soit déclaré commun à PERSONNE5.).

Elles demandent encore à voir condamner le Curateur, sinon PERSONNE7.) aux frais et dépens de l'instance et au paiement d'une indemnité de procédure de 5.000 euros pour chacune et pour chaque instance.

Elles concluent à voir dire non fondé l'appel incident formulé par le Curateur. Elles soulèvent l'irrecevabilité de la demande subsidiaire de PERSONNE7.), formulée dans le cadre de l'appel incident du Curateur, à les voir condamner à combler le passif hypothétique de SOCIETE1.) à proportion de l'importance de leurs prétendues fautes et leurs prétendues contributions à la faillite pour être une demande nouvelle, interdite en instance d'appel et pour s'agir d'un appel incident entre co-intimés.

Elles exposent à l'appui de leur appel que depuis la constitution de SOCIETE1.) en 2000 et jusqu'au décès de feu PERSONNE14.) en août 2008, SOCIETE1.) était dirigée au quotidien par ce dernier, assisté par PERSONNE7.). Elles contestent être intervenues dans l'administration et la gestion de SOCIETE1.) jusqu'au décès en août 2008 de PERSONNE14.).

Elles soutiennent qu'au cours des années 2003 à 2008, SOCIETE1.) a, sous la signature de PERSONNE13.), opéré plusieurs virements pour le compte de PERSONNE7.) ou la société de celui-ci, à savoir la société SOCIETE2.) GmbH. En plus de ces paiements, des contrats auraient également été signés et conclus exclusivement par

PERSONNE7.) via la société SOCIETE1.) au profit de la société SOCIETE2.) GmbH, notamment avec la société de droit chypriote SOCIETE5.) Ltc et avec la société de droit allemand SOCIETE6.) Ag SOCIETE7.). En 2007, la réalisation de l'immeuble au ADRESSE9.) à Luxembourg aurait été planifiée par feu PERSONNE13.) et PERSONNE7.) et un accord de 20 millions d'euros pour financer le projet de construction ainsi que des contrats avec les sociétés chargées de l'exécution et un contrat de prêt bancaire auraient été signés.

Suite au décès de PERSONNE13.) en août 2008, PERSONNE6.) et PERSONNE11.) auraient procédé à une analyse de la situation de la société SOCIETE1.) et elles auraient dû constater que tout un ensemble de paiements avaient été opérés au cours des années 2003 à 2008 par PERSONNE13.) au profit de PERSONNE7.) ou de la société SOCIETE2.) GmbH.

Suite à son refus de rembourser les sommes en question, PERSONNE7.) aurait été révoqué avec effet immédiat de son mandat d'administrateur sans que décharge ne lui soit accordée par décision de l'assemblée générale du 27 avril 2009.

Elles auraient ensuite essayé sans succès d'obtenir le remboursement des sommes indument reçues de la part de SOCIETE1.), lesquelles figureraient dans le bilan de l'année 2014.

Elles soulignent qu'en date du 16 décembre 2005, la société SOCIETE1.) a fait l'objet d'une ordonnance de condamnation au paiement du montant principal de 2.777.609,01 euros de la part de la société SOCIETE3.) SA. Par courrier du 12 février 2015, le mandataire judiciaire de la société SOCIETE3.) SA aurait menacé la société SOCIETE1.) de mettre à exécution forcée la décision et d'assigner en faillite la société si la dette au montant total de 3.932.180,67 n'était pas réglée. Elles font valoir que face à cette menace, le conseil d'administration a décidé en mars 2015 de faire l'aveu de faillite, n'ayant pas les liquidités et actifs suffisants pour régler ce montant.

Elles contestent dès lors toute faute dans leur chef et font grief au Tribunal d'avoir considéré qu'elles étaient fautives pour avoir toléré les virements et les paiements.

Le Curateur conclut à la confirmation du jugement sauf en ce qui concerne le montant de la condamnation retenue par le Tribunal. Il demande par réformation à voir condamner les appelants au paiement du montant de 1.104.396,56 euros ainsi qu'aux frais et honoraires de 86.093 euros.

Il relève que PERSONNE7.) ne conteste pas avoir touché personnellement le montant de 369.980,28 euros, respectivement indirectement le montant de 1.031.186,14 euros. Ce dernier montant ayant été renseigné dans les extraits des bilans 2014 et 2015, il estime que c'est à tort que le Tribunal n'en a pas tenu compte.

Il avance que la responsabilité des administrateurs est encourue, les fautes commises par les parties appelantes au principal, tel que le Tribunal l'a à juste titre retenu, ayant contribué à la faillite. Il relève à cet égard que les appelants savaient dès 2008 qu'ils devaient faire face à une demande en indemnisation d'un million d'euros environ introduite de la part de la SOCIETE8.) suite à des désordres accrus au bâtiment de celle-ci, immeuble voisin du projet immobilier lancé par SOCIETE1.). Il conclut dès lors au débouté des appels principaux.

Il fait encore grief au Tribunal de ne pas avoir pris en compte les frais de la procédure de faillite pour la détermination du passif et estime au contraire qu'il y a lieu de les intégrer dans cette analyse afin de permettre un désintéressement de tous les créanciers.

PERSONNE5.) relève que le jugement n'a été entrepris en ce que le Tribunal a déclaré la demande du Curateur non fondée à son encontre. Il conclut dès lors à la confirmation du jugement à cet égard et au débouté des demandes du Curateur formulées à son encontre.

Appréciation

Par ordonnance du magistrat de la mise en état du 7 juin 2021, les rôles CAL-2021-00249 et CAL-2021-00473 ont été joints de sorte qu'il y a lieu de statuer par un seul arrêt.

L'exception du libellé obscur

PERSONNE7.) fait grief au Tribunal de ne pas avoir déclaré l'assignation nulle pour libellé obscur. Il fait valoir que l'assignation ne contient pas de précision quant à son rôle, respectivement son intervention exacte dans le cadre des opérations litigieuses. L'assignation n'indiquerait pas non plus de base juridique et comporterait un amalgame confus entre lui et la société SOCIETE2.) GmbH, qui n'aurait cependant pas été partie à cette instance.

La Cour renvoie à l'exposé correct et exhaustif des juges de première instance quant aux exigences posées par l'article 154 du Nouveau Code de procédure civile et aux conditions s'imposant à l'assignation introductive d'instance. Pour être complet, la Cour ajoute que le grief dont le défendeur doit rapporter concrètement la preuve, sans qu'il ne puisse se borner à en invoquer l'existence dans l'abstrait, peut être de nature diverse. Il réside généralement dans l'entrave ou la gêne portée à l'organisation de la défense en mettant le défendeur dans l'impossibilité d'organiser sa défense ou de choisir les moyens de défense appropriés.

L'assignation contient un exposé complet et précis des faits reprochés ainsi que l'indication que le Curateur intente l'action en comblement du passif sur base de l'article 495-1 du Code de commerce à l'encontre des différents administrateurs.

A l'instar du Tribunal, la Cour constate au vu des indications précises et claires contenues dans l'assignation que le moyen n'est pas fondé.

Le défaut de qualité

PERSONNE7.) soutient que l'action en comblement du passif ne s'applique pas aux dirigeants retirés. Comme il aurait été révoqué de ses fonctions en 2009, la demande devrait être déclarée irrecevable pour défaut de qualité dans son chef.

C'est par des motifs exhaustifs et corrects que la Cour adopte que le Tribunal a retenu que l'article 495-1 du Code de commerce vise de manière très large tout dirigeant de la société en faillite, qu'il soit de droit ou de fait, apparent ou occulte, rémunéré ou non, et même s'il a perdu cette qualité avant la mise en faillite.

Le jugement est partant à confirmer en ce que le Tribunal a dit le moyen tiré du défaut de qualité à agir non fondé.

La prescription

PERSONNE7.) fait grief au Tribunal d'avoir rejeté son moyen tiré de la prescription de l'action tirée de l'article 441-9 de la loi de 1915, sinon de l'article 495-1 du Code de commerce.

Contrairement à son argumentation, il résulte clairement de l'énoncé de l'exploit introductif d'instance et des conclusions prises en cours d'instance par le Curateur que ce dernier fonde expressément son action sur l'article 495-1 du Code de commerce et qu'il reproche notamment à PERSONNE7.) certains actes qu'il qualifie de fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite de SOCIETE1.).

L'action en comblement du passif est une action en responsabilité civile spécifique, soumise au délai de prescription spécial de l'article 495-1, alinéa 2, du Code de commerce, lequel déroge aux règles de droit commun.

Ce délai spécial est de trois ans à compter de la vérification définitive des créances.

C'est donc à bon droit et pour des motifs que la Cour adopte que les juges de première instance ont, au vu du fait que la vérification définitive n'a pas encore eu lieu, décidé que l'action n'était pas prescrite.

Le jugement est partant à confirmer sur ce point.

L'action en comblement du passif

Aux termes de l'article 495-1, alinéa 1^{er}, du Code de commerce :

« Lorsque la faillite d'une société fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut décider, à la requête du curateur ou du procureur d'État, que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, qu'ils soient associés ou non, apparents ou occultes, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux, à l'égard desquels sont établies

des fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables. »

La Cour renvoie tout d'abord aux développements du Tribunal en ce qui concerne les éléments constitutifs de l'article 495-1 du Code de commerce et de l'interprétation jurisprudentielle qui en est faite, qui, pour être exacts, sont adoptés par la Cour.

L'article 495 du Code de commerce suppose ainsi une insuffisance d'actif, ainsi que l'existence d'une faute grave et caractérisée commise par les dirigeants sociaux ayant contribué à la faillite.

- *L'insuffisance d'actif*

PERSONNE7.) conteste l'existence et la certitude de l'insuffisance d'actif de SOCIETE1.). Il fait valoir que lors de l'aveu de la cessation de paiement, SOCIETE1.) a fait état d'un actif de 1.432.023,74 euros ; que la créance de la société SOCIETE3.) de 3.190.909,22 euros issue de l'arrêt de la Cour d'appel du 30 mai 2018 n'a pas été produite au passif de la faillite et que la créance de la SOCIETE8.), documentée par un jugement du 22 avril 2016, soit après le jugement d'ouverture de la faillite, est contestable.

Le liquidateur peut exercer une action en responsabilité pour insuffisance d'actif dès lors que l'insuffisance d'actif, même non chiffrée, est certaine en son principe¹.

Tel est le cas en l'espèce. De prime abord, en ce qui concerne l'actif de 1.432.023,74 euros indiqué dans le document remis au Tribunal dans le cadre de l'aveu de la faillite, il résulte du bilan au 31 décembre 2014 qu'il se compose pour la majeure partie des « prêts » accordés à la société SOCIETE9.) Gmbh et à PERSONNE7.), soit les paiements visés et non remboursés qui font l'objet de la présente action. Ne s'agissant pas d'un actif à la disposition de la société, il n'y a pas lieu de le prendre en considération pour l'appréciation de l'insuffisance d'actifs.

Il ressort des éléments du dossier et des renseignements du Curateur que l'actif disponible de la faillite s'élève à 77.325,24 euros et que le passif déclaré s'élève à 1.104.396,56 euros, dont les créances n°1, n°3 et n°4 pour la somme de (4.787,21+16.131,50+63.130=) 84.048,71 euros, avaient été admises au moment de l'introduction de l'action en comblement du passif.

Le jugement est partant à confirmer en ce qu'il a retenu que l'insuffisance d'actif était établie.

- *Quant à la qualité d'administrateur*

¹ Jurisclasseur Sociétés Traité, Fasc. 41-52, n°12

PERSONNE7.) ne conteste pas avoir été administrateur de SOCIETE1.) jusqu'à sa révocation intervenue le 27 avril 2009. Il conteste néanmoins avoir posé des actes de gestion, soutenant que la société avait été gérée et administrée au quotidien par son père PERSONNE13.) et puis, après le décès de celui-ci, par sa mère PERSONNE6.).

PERSONNE6.), PERSONNE9.) et PERSONNE11.) contestent également avoir posé les actes litigieux ayant trait aux paiements effectués au profit de PERSONNE7.) et de la société SOCIETE2.) GmbH, affirmant que SOCIETE1.) a été exclusivement gérée par PERSONNE13.), jusqu'au décès de celui-ci. Elles contestent avoir exercé le moindre pouvoir de contrôle et de direction sur SOCIETE1.) entre 2000 et août 2008.

PERSONNE9.) fait en outre grief au Tribunal d'avoir retenu qu'elle était à considérer comme administrateur au-delà de sa démission du 8 septembre 2004 et ce jusqu'à la date de la publication de cette décision.

Ces moyens ne sont cependant pas fondés.

C'est en effet à bon droit, par des motifs corrects et exhaustifs que la Cour adopte, que le Tribunal, après examen des éléments du dossier, a retenu que :

- PERSONNE6.) est à considérer comme administrateur de droit,
- PERSONNE7.) est à considérer comme administrateur de droit pour la période du 10 mai 2000 au 27 avril 2009,
- PERSONNE9.) est à considérer comme administrateur de droit pour la période du 10 mai 2000 au 23 février 2005,
- PERSONNE11.) est à considérer comme administrateur de droit pour la période du 8 septembre 2004 au 6 mars 2015,
- PERSONNE5.) est à considérer comme administrateur de droit pour la période du 27 avril 2009 au 6 mars 2015.

En effet, la circonstance que la société ait été gérée au quotidien par une autre personne que les administrateurs de droit, n'enlève rien à cette qualification à leur égard au sens de l'article 495-1 du Code de commerce.

Le jugement est à confirmer sur ce point.

- *Quant aux fautes ayant contribué à l'insuffisance d'actif*

La faute grave est celle qui est voisine du dol sans s'identifier avec le dol ; c'est celle qu'un dirigeant raisonnablement diligent et prudent n'aurait pas commise et qui heurte les normes essentielles de la vie en société. La faute caractérisée est la faute incontestable ; c'est une

faute nettement marquée, qu'il s'agisse d'une faute de gestion classique, d'une violation de la loi ou des statuts².

La loi exige que la faute grave et caractérisée ait contribué à la faillite. Il appartient au juge de constater que la faute retenue est une des causes de la faillite.

Dès lors que la faute a été l'un des facteurs déterminants ayant entraîné la faillite, le dirigeant en faute est présumé responsable du défaut d'actif³.

- Les virements au profit de PERSONNE7.) et au profit de SOCIETE9.) GmbH

Le Curateur critique le jugement en ce que le Tribunal n'a pas pris en compte la créance de 1.031.186,14 euros, inscrite au bilan pour les années 2014 et 2015. Il fait valoir que PERSONNE7.) n'a pas contesté avoir reçu les montants de 369.980,28 euros, respectivement indirectement, via sa société SOCIETE9.) GmbH, le montant de 1.031.186,14 euros.

Contrairement à cette argumentation, il résulte de l'argumentation de PERSONNE7.) que s'il n'a pas contesté l'existence des virements pour la somme de 369.980,28 euros, il a formulé des contestations par rapport à la créance revendiquée de 1.031.186,14 euros, le paragraphe cité par le Curateur ne faisant référence qu'au seul montant de 369.980,28 euros.

A l'instar du Tribunal, la Cour doit constater qu'à part l'inscription au bilan de la somme de 1.031.186,14 euros à titre de créance détenue par SOCIETE1.) à l'égard de la société SOCIETE2.) GmbH, le détail de cette créance n'est documenté par aucun élément, tel un extrait de virement. A défaut d'explication tangible sur la cause de cette créance, c'est à juste titre que le Tribunal a retenu qu'il n'est pas établi que la société SOCIETE9.) GmbH et/ou PERSONNE7.) ont bénéficié de ces montants.

Il y a en outre lieu de relever qu'à aucun moment, SOCIETE1.) n'a demandé le remboursement de cette somme, tandis qu'il résulte des pièces que des tentatives de recouvrement concernant les virements du 5 février 2004 (38.500 euros) et 6 janvier 2004 (214.048,22 euros) ont été entamées en 2009 par le conseil d'administration, après la révocation de PERSONNE7.) de son mandat d'administrateur.

L'appel incident est dès lors non fondé et le jugement est à confirmer en ce qu'il n'a analysé que les six transferts d'argent (à hauteur de 389.384,73 euros) documentés par les virements bancaires.

² Manuel de la faillite et du concordat par I. VEROUGSTRAETE, éd. 2003, no 1062

³ cf. les travaux préparatoires relatifs à la loi du 21 juillet 1992 portant adaptation de la réglementation concernant les faillites et nouvelle définition des actes de commerce et créant l'infraction d'abus de biens sociaux ayant introduit l'article 495-1 du Code de commerce

Dans le cadre de son appel, PERSONNE7.) fait grief au Tribunal d'avoir retenu que les six virements n'ont pas eu de contrepartie concrète pour la société SOCIETE1.), qu'ils doivent être considérés comme des prélèvements abusifs à des fins personnelles de la part de PERSONNE7.) et qu'ils constituent une faute grave et caractérisée dans son chef que ne commettrait pas un dirigeant raisonnablement prudent et diligent.

Il admet avoir bénéficié en date du 5 février 2004 de la part de SOCIETE1.) d'un virement à hauteur de 38.500 euros portant la référence « Audi AG ». Il fait valoir qu'il a reçu cette somme à titre de contrepartie de son apport en industrie. Il expose à cet égard qu'il s'est occupé de la gestion quotidienne des chantiers dont SOCIETE1.) était le promoteur, mais que son salaire était extrêmement faible en comparaison avec celui de ses sœurs et que plutôt de percevoir une augmentation de son salaire, il a reçu une aide financière directe à savoir la participation de SOCIETE1.) sur l'achat de l'Audi A6.

Ces affirmations ne sont cependant pas justifiées par des pièces, de sorte que le jugement est à confirmer en ce qu'il a retenu que le virement n'a pas de contrepartie concrète pour SOCIETE1.) et qu'il doit partant être considéré comme un prélèvement abusif à des fins personnelles de la part de PERSONNE7.).

Tel est également le cas en ce qui concerne le virement de la somme de 214.228 euros fait par SOCIETE1.) le 6 janvier 2004 au profit de la société SOCIETE10.) GmbH pour l'acquisition d'un terrain sis à Besch.

Il résulte clairement de l'acte notarié que le terrain a été acquis par PERSONNE7.) pour y ériger un émetteur satellite (Satellitensendeanlage).

Aucun élément du dossier ne permet d'appuyer son affirmation selon laquelle une mise à disposition au profit de SOCIETE1.) pour y ériger des containers à louer à des entreprises tierces aurait été convenue en contrepartie du paiement du prix de vente au profit de PERSONNE7.). Le contrat de bail versé en pièce n°27 (farde de Me Di Bartolomeo) n'est pas signé et les extraits bancaires versés ne renseignent pas non plus de paiement de loyer.

En ce qui concerne les quatre virements d'un montant total de 136.656,51 euros faits à SOCIETE2.) GmbH, PERSONNE7.) fait valoir que ces paiements sont en lien avec les containers de SOCIETE1.) et du chantier ADRESSE10.) pour lequel SOCIETE1.) était le promoteur.

En ce qui concerne ensuite les 13 factures payées par SOCIETE1.) pour la somme de 124.439,44 euros, PERSONNE7.) admet que « il s'agit de factures liées à l'achat des containers, à l'assurance des containers et de leurs contenus, à des dépenses en relation avec

l'accueil des containers de SOCIETE1.) SA sur le terrain de BESCH, l'achat du terrain de BESCH »⁴.

Il réitère son argumentation suivant laquelle l'acquisition du terrain sis à Besch a uniquement servi à SOCIETE1.) et que ni lui ni la société SOCIETE9.) GmbH ne se sont directement enrichis grâce à ces investissements.

Comme il a été retenu ci-avant, PERSONNE7.) ne justifie pas ses affirmations suivant lesquelles le terrain sis à Besch aurait été acquis dans le seul intérêt de SOCIETE1.). L'acte de vente renseigne PERSONNE7.) comme seul acquéreur, de sorte qu'il est également propriétaire des constructions éventuellement y érigées. A défaut de verser la moindre pièce appuyant sa thèse, il n'est pas établi que le terrain ait été mis à disposition de SOCIETE1.) et que celle-ci ait tiré un quelconque profit des paiements effectuées par elle à PERSONNE7.) respectivement à SOCIETE2.) GmbH au titre de frais liés à l'acquisition du terrain et à la construction en vue de la mise à disposition de bureaux érigés sur ce terrain.

Le Tribunal a à juste titre considéré que faire régler par la société ses dépenses personnelles ou faire financer par une société les investissements immobiliers d'une société dont le dirigeant était l'associé sont des fautes de gestion.

Le jugement est partant à confirmer en ce qu'il a été retenu que le bénéfice du paiement et la non-restitution des fonds constituent une faute grave et caractérisée dans le chef de PERSONNE7.) que ne commettrait pas un dirigeant raisonnablement prudent et diligent.

Compte tenu de ce qui précède, à défaut de pièces établissant la mise à disposition au profit de SOCIETE1.) du terrain, la demande de PERSONNE7.) à voir « constater que SOCIETE1.) est redevable du montant de 464.000 euros » est à rejeter.

➤ Les faits reprochés à PERSONNE6.), PERSONNE9.) et PERSONNE11.) :

PERSONNE6.), PERSONNE9.) et PERSONNE11.) contestent toute responsabilité de leur part au sens de l'article 495-1 du Code de commerce au motif que les actes, respectivement les omissions retenues à leur égard par le Tribunal peuvent tout au plus être considérées comme fautes de gestion mais ne sauraient constituer des fautes graves et caractérisées.

Elles soulignent qu'elles n'ont en rien bénéficié des virements et des paiements litigieux et que jusqu'en août 2008 elles n'ont pas été impliquées dans l'administration et la gestion de SOCIETE1.).

⁴ Cf. p. 16 dernier paragraphe des conclusions de Me Di Bartolomeo du 2 novembre 2023

PERSONNE9.) et PERSONNE11.) ajoutent qu'elles résidaient et travaillaient en Allemagne de sorte qu'elles n'avaient aucune possibilité de contrôler les affaires quotidiennes de SOCIETE1.).

Elles ajoutent qu'après le décès de PERSONNE13.) elles ont tout fait pour défendre les intérêts de SOCIETE1.) et ont fait leur possible pour obtenir de la part de PERSONNE7.) le remboursement des sommes litigieuses.

C'est à juste titre et pour des motifs que la Cour fait siens que le Tribunal a retenu qu'PERSONNE6.), PERSONNE9.) et PERSONNE11.) occupaient au moment des virements et paiements litigieux la fonction d'administrateur et avaient - ne serait-ce que conjointement- le pouvoir d'engager la société et qu'elles sont présumées avoir eu connaissance des agissements reprochés.

S'agissant d'une société anonyme, le texte impose de tenir pour responsable l'ensemble du conseil d'administration, même si un seul des administrateurs a effectivement commis matériellement la faute. La solidarité entre membres du conseil, le caractère collectif de celui-ci exigent de pouvoir faire retomber sur l'ensemble des membres du conseil la responsabilité spécifique de l'action en comblement du passif. Ce ne serait que dans la mesure où l'administrateur non coupable établirait que la faute lui était étrangère et que légitimement il n'a pu ni dû l'empêcher que sa responsabilité serait éteinte⁵.

A l'instar du Tribunal, la Cour constate que PERSONNE6.), PERSONNE9.) et PERSONNE11.) n'établissent pas non plus en instance d'appel qu'elles auraient été dans l'impossibilité légitime d'empêcher ces agissements. Leurs développements sur le fait que la direction en fait était assurée par PERSONNE13.) seul, même à les supposer établis, ne sont pas de nature à les exonérer de leur responsabilité. En effet, en tant que dirigeants statutaires, il leur appartenait d'exercer leur pouvoir de contrôle et de surveillance sur la gestion quotidienne de la société. Leur passivité face aux paiements et virements litigieux constitue dès lors une faute grave et caractérisée.

Le jugement est partant à confirmer en ce qu'il a retenu que les parties appelantes ont commis des fautes de gestion qu'un dirigeant normalement prudent et diligent n'aurait pas commis, résidant pour PERSONNE7.) dans le fait d'avoir bénéficié de façon injustifiée de certains paiements et de ne pas avoir remboursé les fonds à hauteur de la somme de (214.228,22+38.500+136.656,51+124.439,44=) 513.824,17 euros et pour PERSONNE6.), PERSONNE9.) et PERSONNE11.) dans le fait d'avoir toléré ces transferts de fonds.

➤ le lien de causalité

⁵ I. Verougstraete, l'action en comblement du passif, n°14 publié dans : Les créanciers et le droit de la faillite, éd Bruylant 1983

Les parties appelantes contestent le lien de causalité entre les fautes leur reprochées et la mise en faillite de SOCIETE1.). Tandis que PERSONNE6.), PERSONNE9.) et PERSONNE11.) estiment que la faillite est intervenue suite au jugement ayant condamné SOCIETE1.) à payer à la société SOCIETE3.) le montant de 3.190.909,22 euros, PERSONNE7.) estime que la faillite est intervenue suite à la vente de l'immeuble sis au ADRESSE11.) pour un prix ridiculement bas, causant à SOCIETE1.) une perte de plusieurs millions d'euros.

La Cour renvoie à la motivation exacte du Tribunal en ce qui concerne la définition du lien de causalité requis au sens de l'article 495-1 du Code de commerce - il faut un lien de causalité entre la faute grave et l'insuffisance d'actif de la faillite mais la faute grave ne doit être ni la condition unique, ni même la condition nécessaire sans laquelle il n'y aurait pas eu de faillite. La Cour approuve également la juridiction de première instance en ce qu'elle a retenu que les fautes retenues dans le chef des parties appelantes ont privé SOCIETE1.) des fonds subséquents nécessaires à son fonctionnement. Ces fautes ont partant contribué à l'augmentation du passif social et nécessairement conduit à la faillite.

Le jugement est partant à confirmer par adoption de motifs.

- *quant au montant de la condamnation*

Le curateur ne doit pas établir le lien entre la faute et l'insuffisance d'actif. En fait, le dirigeant est présumé, si sa faute grave a contribué à la faillite, responsable de l'ensemble de l'insuffisance d'actif, mais le juge disposera d'un pouvoir de modération discrétionnaire qui sera utilisé pour réduire l'obligation du dirigeant⁶.

Contrairement à l'argumentation du curateur, il n'y a dès lors pas lieu d'apprécier le montant de la condamnation de façon arithmétique.

En effet, le quantum de la condamnation est laissé à la discrétion du juge, contrairement au principe de droit commun de réparation intégrale. L'article 495-1 du Code de commerce permet au juge, en cas d'accueil de la demande, de décider que le montant de l'insuffisance d'actif sera supporté « en tout ou en partie » par tous les dirigeants ou par certains d'entre eux⁷.

En l'espèce, en prenant comme élément de référence le montant de l'insuffisance d'actif et en tenant compte de la gravité des fautes commises, c'est à bon droit que la juridiction de première instance a condamné PERSONNE7.) et PERSONNE6.), PERSONNE9.) et PERSONNE11.) solidairement à payer au Curateur le montant de

⁶ I.VEROUGSTRAETE précité, page 436

⁷ Jurisclasseur Sociétés Traité, fasc. 41-52, n°104

400.000 euros avec les intérêts au taux légal à partir de la demande en justice jusqu'à solde et condamné PERSONNE7.) à payer au curateur le montant de 600.000 euros, avec les intérêts au taux légal à partir de la demande en justice jusqu'à solde.

Les contestations des parties appelantes au principal et par incident ne sont dès lors pas fondées.

La demande de PERSONNE7.) en production de pièces

PERSONNE7.) ne justifie pas pour quelle raison le jugement de faillite de SOCIETE1.) et le rapport d'activité du curateur communiqué au Paquet économique sont pertinents dans le cadre du présent litige, de sorte que sa demande n'est pas fondée. Il en est de même en ce qui concerne les documents comptables et sociaux, PERSONNE7.) restant en défaut de préciser quelle preuve il entend tirer des différentes pièces demandées, respectivement la pertinence de ces pièces sur l'issue du litige.

Cette demande est partant à rejeter pour être non fondée.

La demande de PERSONNE7.) à l'encontre de PERSONNE6.), PERSONNE9.) et PERSONNE11.)

PERSONNE7.) demande la condamnation de PERSONNE6.), PERSONNE9.) et PERSONNE11.) à supporter l'intégralité du passif pour avoir commis une faute lors de la vente de l'immeuble sis au ADRESSE7.), cette faute ayant contribué directement à la faillite SOCIETE1.).

C'est à juste titre que PERSONNE6.), PERSONNE9.) et PERSONNE11.) soulèvent l'irrecevabilité de cette demande.

En effet, non seulement cette demande a été formulée pour la première fois en instance d'appel et doit dès lors être considérée comme nouvelle au sens de l'article 592 du Nouveau Code de procédure civile, mais elle est encore irrecevable pour défaut de qualité d'agir dans le chef de PERSONNE7.) étant donné qu'il s'agit d'une action que seul le curateur peut introduire.

La demande de PERSONNE7.) pour procédure abusive et vexatoire

PERSONNE7.) fait grief au Tribunal d'avoir déclaré non fondée sa demande reconventionnelle pour procédure abusive et vexatoire.

Il estime que tout en sachant qu'il n'était plus administrateur de SOCIETE1.) depuis plus de 6 ans au moment de la déclaration en état de faillite et que la demande dirigée à son encontre serait irrecevable sinon non fondée, le Curateur l'a néanmoins assigné en justice l'exposant ainsi à des tracasseries et frais superfétatoires. Il reproche en outre au Curateur d'avoir tenu des propos mensongers, calomnieux et

diffamatoires à son encontre. Ces actes de malice revêtent d'après lui un caractère abusif et vexatoire et il demande partant sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil, sinon sur base de l'article 6-1 du Code civil des dommages et intérêts de 10.000 euros.

Au vu de l'issue du litige, les faits fautifs reprochés à l'encontre du Curateur ne sont pas établis.

Le jugement est partant à confirmer en ce que cette demande a été déclarée non fondée.

Les demandes basées sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile

PERSONNE6.), PERSONNE9.) et PERSONNE11.) demandent la condamnation principalement du Curateur, subsidiairement de PERSONNE7.), à leur payer à chacune une indemnité de 5.000 euros pour chaque instance. PERSONNE7.) réclame pour sa part la condamnation du Curateur d'une indemnité de procédure de 10.000 euros.

Au vu du sort réservé à leurs appels respectifs, il n'y a pas lieu de faire droit à leurs demandes introduites sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, ni pour la première instance, ni pour l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS

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

vu l'ordonnance de jonction des rôles CAL-2021-00249 et CAL-2021-00473,

reçoit les appels principaux et l'appel incident en la forme,

dit la demande de PERSONNE1.) dirigée contre PERSONNE2.), PERSONNE3.) et PERSONNE4.) et PERSONNE5.) irrecevable,

dit les appels non fondés,

confirme le jugement entrepris,

dit la demande de PERSONNE1.) à voir constater que « la société SOCIETE1.) SA est redevable du montant de 464.000,00 EUR » non fondée,

dit la demande de PERSONNE1.) en communication de pièces non fondée,

dit la demande de PERSONNE1.) pour procédure abusive et vexatoire non fondée,

dit non fondées les demandes de PERSONNE1.), de PERSONNE2.), de PERSONNE3.) et de PERSONNE4.) basées sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

déclare le présent arrêt commun à PERSONNE5.),

condamne PERSONNE1.), PERSONNE2.), PERSONNE3.) et PERSONNE4.) aux frais et dépens de l'instance d'appel.