

Texte pseudonymisé

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

Arrêt N° 182/24 IV-COM

Arrêt commercial - faillite

Audience publique du vingt-six novembre deux mille vingt-quatre

Numéros CAL-2023-00303 et CAL-2023-00876 du rôle

Composition:

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

I) Rôle CAL-2023-00303

E n t r e

Maître Yusuf MEYNIUGLU, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-1650 Luxembourg, 6, Avenue Guillaume, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme SOCIETE1.) SA, en liquidation volontaire, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), 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 18 janvier 2021,

appelant aux termes d'un acte de l'huissier de justice Tom Nilles d'Esch-sur-Alzette du 8 mars 2023,

comparant par lui-même,

e t

la société à responsabilité limitée SOCIETE2.) SARL, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par son gérant, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.),

intimée aux fins du prédit acte Nilles,

comparant par la société en commandite simple Bonn Steichen & Partners, établie et ayant son siège social à L-3364 Leudelange, 11 rue du Château d'Eau, immatriculée au Registre de Commerce et de Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 211933, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, représentée par son gérant, la société à responsabilité limitée BSP, établie à la même adresse, immatriculée au Registre de Commerce et de Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 211880, elle-même représentée aux fins de la présente procédure par Maître Fabio Trevisan, avocat à la Cour.

II) Rôle CAL-2023-00876

E n t r e

la société à responsabilité limitée SOCIETE2.) SARL, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par son gérant, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.),

appelante aux termes d'un acte de l'huissier de justice Guy Engel de Luxembourg du 4 juillet 2023,

comparant par la société en commandite simple Bonn Steichen & Partners, établie et ayant son siège social à L-3364 Leudelange, 11 rue du Château d'Eau, immatriculée au Registre de Commerce et de Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 211933, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, représentée par son gérant, la société à responsabilité limitée BSP, établie à la même adresse, immatriculée au Registre de Commerce et de Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 211880, elle-même représentée aux fins de la présente procédure par Maître Fabio Trevisan, avocat à la Cour,

e t

1) PERSONNE1.), demeurant à CH-ADRESSE3.),

intimé aux fins du prédit acte Engel,

comparant par Maître Virginie Brouns, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) Maître Yusuf MEYNIOLU, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-1650 Luxembourg, 6, Avenue Guillaume, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme SOCIETE1.) SA, en liquidation volontaire, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), 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 18 janvier 2021,

intimé aux fins du prédit acte Engel,

comparant par lui-même.

LA COUR D'APPEL

Faits

Par décision de son actionnaire unique PERSONNE1.) du 16 décembre 2016, la société anonyme SOCIETE1.) SA (ci-après SOCIETE1.) ou la Société) a été mise en liquidation volontaire et la société à responsabilité limitée SOCIETE2.) SARL (ci-après SOCIETE2.)) a été nommée aux fonctions de liquidateur.

La société anonyme SOCIETE3.) SA (ci-après SOCIETE4.)) fut le domiciliataire et le comptable de SOCIETE1.) en vertu d'un contrat de domiciliation conclu le 6 décembre 2005.

Par protocole de cession du 20 décembre 2017, SOCIETE1.) a cédé sa participation dans la société SOCIETE5.) AG pour un prix payable comme suit :

* une première tranche de 7.500.000 CHF payable avant la fin du mois de décembre 2017,

* le solde de 2.606.925 CHF payable au plus tard le 30 juin 2018 ou « dès l'obtention du permis de construire de la HÔPITAL1.) ».

La première tranche du prix de cession, soit 7.500.000 CHF, a été versée le 28 décembre 2017, sur le compte bancaire de SOCIETE1.) et comptabilisée le 29 décembre 2017. Ce montant a été transféré à PERSONNE1.) avec date de valeur au 3 janvier 2018.

Le 24 juillet 2019, SOCIETE2.) a perçu le paiement d'un montant de 2.724.270 CHF (2.467.922,01 euros) au titre du solde du prix de cession et a transféré le 13 août 2019, le montant de 2.670.000 CHF (2.472.739,67 euros) à PERSONNE1.) à titre d'un nouvel acompte sur boni de liquidation.

En date du 28 janvier 2020, l'Administration des contributions directes a notifié à SOCIETE1.) une contrainte à hauteur de 62.251,60 euros pour des arriérés d'impôt sur la fortune pour les années 2015 (22,80

euros), 2017 (3.487,50 euros), 2018 (43.160 euros) et 2019 (10.825 euros), d'arriérés de cotisations de la Chambre de commerce pour 2017 et 2018 (700 euros), des astreintes pour 2018 (1.200 euros) et d'intérêts sur l'impôt de la fortune de 603,70 euros, de 1.954 euros, respectivement de 298,40 euros pour les années 2017, 2018 et 2019. Cette contrainte a été suivie d'un commandement de payer établi le 7 octobre 2020 pour le montant de 62.251,60 euros.

Par jugement du 18 janvier 2021, SOCIETE1.) a été déclarée en faillite sur assignation de Monsieur le Receveur-Préposé du bureau de recette des contributions directes de Luxembourg (ci-après Monsieur le Receveur) faisant état d'une créance fiscale de 110.016,98 euros. Maître Yusuf MEYNIUGLU a été nommé curateur (ci-après le Curateur).

Le 24 février 2021, l'Administration des contributions directes a déposé une déclaration de créance au passif de la faillite de SOCIETE1.) pour le montant de 66.488,11 euros à titre d'impôts sur la fortune pour les années 2017, 2018 et 2019, de cotisation de la Chambre de commerce, d'intérêts de retard et des frais.

Procédure de première instance

(I) Par acte d'huissier de justice du 13 novembre 2020, PERSONNE1.) et PERSONNE2.), dont l'instance a été reprise par son Curateur suite au jugement de faillite, ont fait donner assignation à SOCIETE2.) et à SOCIETE4.) à comparaître devant le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, aux fins de les entendre condamner solidairement, sinon in solidum, sinon chacun pour sa part, à payer à PERSONNE1.) la somme de 72.251,60 euros et à SOCIETE1.) le montant de 50.000 euros à titre de dommages et intérêts, ainsi qu'une indemnité de procédure de 1.500 euros.

A l'égard d'SOCIETE2.), PERSONNE1.) a invoqué la responsabilité contractuelle, pour soutenir que l'absence de décision écrite quant à la distribution d'acomptes sur boni de liquidation et l'absence de vérification de la comptabilisation correcte de ces opérations a directement généré le surplus d'imposition en 2018 et 2019, l'absence de communication des extraits de comptes fiscaux étant par ailleurs la cause directe de la mise en compte des intérêts.

PERSONNE1.) a recherché la responsabilité délictuelle de SOCIETE4.) pour avoir commis des erreurs de comptabilisation.

SOCIETE1.), pour sa part, a exercé l'*actio mandati* déduite de l'article 1100-13 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales (ci-après la « LSC ») à l'égard d'SOCIETE2.). Elle a reproché les mêmes fautes à SOCIETE2.) que celles invoquées par son actionnaire.

SOCIETE1.) a recherché la responsabilité contractuelle de SOCIETE4.) sur base de l'article 1147 du Code civil pour avoir commis

des erreurs de comptabilisation dans le cadre du contrat de domiciliation du 6 décembre 2005.

(II) Par acte d'huissier de justice du 8 juin 2021, Maître Yusuf MEYNIÖGLU, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de SOCIETE1.), a fait donner assignation à SOCIETE2.), en sa qualité de liquidateur de SOCIETE1.), et à PERSONNE3.), représentant personne physique du liquidateur, à comparaître devant le Tribunal pour les entendre condamner solidairement au paiement du montant de 81.000 euros auquel a été évalué le passif de la faillite sur base de l'action en comblement du passif de la faillite prévue par l'article 495-1 du Code de commerce et sur base de l'article 1100-13 de la LSC.

(III) Par acte d'huissier de justice du 26 août 2021, SOCIETE2.) et PERSONNE3.) ont fait donner assignation à PERSONNE1.), en présence du curateur de SOCIETE1.), à comparaître devant le Tribunal, aux fins de l'entendre condamner à les tenir quittes et indemnes de toute condamnation pouvant intervenir à leur encontre.

Par jugement rendu le 1^{er} février 2023, le Tribunal a :

- reçu les demandes principales et reconventionnelle,
- ordonné la jonction des demandes inscrites au rôle sous les numéros TAL-2020-09491, TAL-2021-05222 et TAL-2021-07493,
- dit irrecevables les demandes en indemnisation de PERSONNE1.) à l'égard d'SOCIETE2.) et de SOCIETE4.),
- dit non fondées les demandes en indemnisation de SOCIETE1.) SA à l'égard d'SOCIETE2.),
- dit non fondée l'action en comblement de passif du Curateur,
- dit la demande en garantie d'SOCIETE2.) et de PERSONNE3.) à l'encontre de PERSONNE1.) sans objet,
- rejeté les demandes respectives des parties en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,
- dit qu'il n'y a pas lieu d'ordonner l'exécution provisoire sans caution du jugement,
- laissé les frais et dépens de l'instance introduite par l'assignation du 13 novembre 2020 à charge de PERSONNE1.),
- laissé les frais et dépens de l'instance introduite par l'assignation du 26 août 2021 à charge de SOCIETE2.) et de PERSONNE3.),
- mis les frais et dépens de l'instance introduite par l'assignation du 8 juin 2021 à charge de la masse de la faillite de SOCIETE1.),
- dit qu'il n'y a pas lieu à distraction des frais et dépens.

Pour statuer ainsi, le Tribunal a d'abord joint les différents rôles pour être connexes.

L'action en responsabilité dirigée par PERSONNE4.) contre SOCIETE2.) et SOCIETE4.) a été déclarée irrecevable au motif qu'un actionnaire n'a pas la qualité pour exercer en justice un droit dont seule la société peut être titulaire et que le préjudice matériel de 62.251,60 euros relatif au boni de liquidation escompté allégué n'étant

qu'une réplique du préjudice social éventuel, il ne constitue pas un préjudice personnel et distinct. Le tribunal a encore dit que le préjudice moral allégué n'est pas établi.

La demande de SOCIETE1.) a été déclarée non fondée motif pris qu'une violation des obligations contractuelles à charge d'SOCIETE2.), respectivement une faute dans l'exécution de sa mission de liquidateur n'a pas été établie. Le Tribunal a également retenu qu'aucune faute, respectivement défaillance contractuelle n'a été établie à l'égard de SOCIETE4.), de sorte que la demande de SOCIETE1.) a également été déclarée non fondée à l'égard de cette société.

En ce qui concerne la demande en comblement du passif dirigée par le Curateur à l'encontre d'SOCIETE2.) et de PERSONNE3.), le Tribunal a retenu que le reproche fait à SOCIETE2.) de ne pas avoir prévu une provision suffisante pour apurer un passif qu'elle devait savoir « né ou à naître » n'était pas établi, qu'il n'était pas établi qu'SOCIETE2.) connaissait la situation fiscale avant la réception en date du 28 janvier 2020 du commandement à payer (la Cour admet qu'il y a lieu de lire « la contrainte ») et qu'SOCIETE2.) avait transmis le 26 février 2020 à PERSONNE1.) la contrainte en l'invitant à payer ce montant et que le 9 octobre 2020, suite au commandement de payer du 7 octobre 2020, SOCIETE2.) a demandé à PERSONNE1.) d'assumer sa garantie de prise en charge du passif de la Société donnée le 8 décembre 2016.

Le Tribunal a encore dit le reproche tiré du défaut de tenue de comptabilité régulière et le dépôt tardif, respectivement l'absence du dépôt des comptes annuels ne constituent en l'espèce pas une faute au sens de l'article 495-1 du Code de commerce, faute d'établir que le dépôt des comptes annuels dans les délais aurait engendré une imposition fiscale avant la date de la 2^e distribution du boni de liquidation, de sorte à éviter que la Société soit vidée d'actif suffisant pour faire face à la créance fiscale. Le Tribunal a encore considéré qu'au vu de la lettre de support signée par l'actionnaire unique le 8 décembre 2016, SOCIETE2.) pouvait légitimement estimer que ce dernier allait prendre en charge la dette fiscale sinon d'accorder crédit à la Société et qu'il n'était pas établi que les conditions de la faillite étaient remplies rendant nécessaire de faire l'aveu de la faillite dans le laps d'un mois avant la demande en faillite introduite par Monsieur le Receveur.

La demande en comblement de passif a dès lors été déclarée non fondée. Au vu de l'issue de cette demande, la demande en garantie dirigée par SOCIETE2.) et PERSONNE3.) contre PERSONNE1.) a été déclarée sans objet.

Ce jugement a été signifié le 22 février 2023 à la demande de SOCIETE2.) à PERSONNE1.), au Curateur et à ADRESSE4.).

La procédure en appel

Par exploit d'huissier du 8 mars 2023, le Curateur a interjeté appel contre le jugement du 1^{er} février 2023 en intimant SOCIETE2.).

Il demande notamment par réformation du jugement déféré, la condamnation d'SOCIETE2.) à lui payer le montant de 97.000 euros avec les intérêts légaux à compter de la mise en demeure du 22 mars 2021, sinon à partir de l'acte d'appel, ainsi qu'une indemnité de procédure de 3.000 euros.

Cette affaire a été enrôlée sous le n°CAL2023-00303.

Par exploit d'huissier de justice du 4 juillet 2023 intitulé « Acte d'Appel », SOCIETE2.) a fait donner assignation à PERSONNE1.) à comparaître devant la Cour pour l'entendre condamner à la tenir quitte et indemne des sommes résultant de l'éventuelle condamnation pouvant intervenir à son encontre, ainsi qu'à une indemnité de procédure de 5.000 euros.

SOCIETE2.) précise que cet exploit a été introduit à titre subsidiaire, pour le cas où l'acte d'appel du 8 mars 2023 ne serait pas déclaré nul ou irrecevable pour défaut d'avoir intimé toutes les parties et notamment PERSONNE1.).

Cette affaire a été enrôlée sous le n°CAL2023-00876.

Par ordonnance du 3 octobre 2023, le magistrat de la mise en état a joint les deux rôles. Il convient de statuer dès lors par un seul arrêt.

Moyens des parties

A la base de son appel, le Curateur déclare exercer principalement l'action en comblement du passif sur base de l'article 495-1 du Code de commerce et subsidiairement, rechercher la responsabilité de l'intimée sur base de l'article 1100-13 de la LSC et des articles 75 et suivants de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le Registre de commerce et des sociétés, sinon sur base de l'article 1382 du Code civil. Il reproche ainsi à SOCIETE2.) :

- d'avoir distribué l'intégralité des actifs au profit de l'actionnaire unique sans rien conserver pour le paiement de l'une ou l'autre créance de SOCIETE1.) ;
- de ne pas avoir soumis les résultats de la liquidation à l'assemblée générale de la Société avec l'indication des causes qui ont empêché la liquidation d'être terminée en contravention avec l'article 1100-14 de la LSC ;

- la non-publication du bilan de 2019 et la publication tardive des comptes annuels de 2016, 2017 et 2018 ;
- l'absence d'aveu de faillite en contravention à l'article 440 du Code de commerce.

Il demande dès lors par réformation du jugement déféré, la condamnation d'SOCIETE2.) au paiement de la somme de 97.000 euros (dont 81.114,82 euros au titre du passif déclaré de la faillite et 15.363,05 euros au titre de ses frais et honoraires).

A titre subsidiaire, il fait grief au Tribunal d'avoir dit sa demande en responsabilité dirigée contre le liquidateur non fondée.

En réplique au moyen d'irrecevabilité soulevé par SOCIETE2.), il avance que le litige est divisible, qu'il n'a pas déposé des conclusions en première instance à l'encontre de PERSONNE1.) et que même en cas de réformation du jugement dont appel, il est toujours possible d'exécuter simultanément le jugement de première instance à l'égard des parties non intimées et l'arrêt à l'égard des parties présentes en instance d'appel. Il estime qu'il a dès lors valablement pu diriger son acte d'appel contre SOCIETE2.) seule. A titre subsidiaire, il considère que l'irrégularité soulevée par SOCIETE2.) a été redressée par l'acte d'appel du 4 juillet 2023.

Dans le cadre de son action en comblement du passif, il soutient que la faute d'SOCIETE2.) en sa qualité de liquidateur a entraîné ou du moins contribué de façon décisive à la faillite de SOCIETE1.). Celle-ci aurait, sans vérifier les comptes de la société en liquidation, procédé au paiement de boni de liquidation au profit de l'actionnaire unique PERSONNE1.). L'actif résiduel de 47.000 CHF dont ferait état SOCIETE2.) n'aurait pas non plus été disponible le jour du prononcé de la faillite.

Le Curateur lui reproche également de ne pas avoir déposé dans les délais légaux les comptes des exercices 2016, 2017, 2018 et 2019. Il estime que la lettre de support invoquée par SOCIETE2.) n'a qu'un effet relatif et reste inopposable aux tiers.

SOCIETE2.) soulève l'irrecevabilité de l'appel introduit par le Curateur au motif que s'agissant d'un litige indivisible, il aurait dû intimer toutes les parties figurant en première instance. Elle estime qu'en soustrayant PERSONNE1.) de l'instance d'appel, le Curateur lui a retiré toute possibilité de pouvoir se retourner contre l'ancien actionnaire de SOCIETE1.) pour l'entendre condamner à la tenir quitte et indemne de toute potentielle condamnation. A titre subsidiaire, elle fait valoir qu'elle a, par appel provoqué, interjeté appel à l'encontre de PERSONNE1.) afin de pouvoir l'appeler en garantie.

Quant aux demandes formulées par le Curateur à son encontre, elle conteste toute faute commise de sa part et conclut à la confirmation du jugement. Elle soutient qu'elle a, à de multiples reprises, sollicité le paiement à PERSONNE1.), qui s'était engagé le 8 décembre 2016

à prendre à sa charge l'intégralité du passif de SOCIETE1.), de sorte qu'aucune faute ne pourrait retenue à sa charge. Elle relève en outre qu'elle disposait de la somme de 47.000 CHF lui permettant d'apurer les deux tiers de la créance fiscale.

Elle soulève l'irrecevabilité de la demande subsidiaire basée sur l'article 1100-13 de la LSC au motif que cette demande ne figure pas au dispositif de l'acte d'appel. A titre subsidiaire, elle considère qu'il s'agit d'une demande nouvelle, irrecevable en application de l'article 592 du Nouveau Code de procédure civile. A titre plus subsidiaire, elle conclut au débouté de cette demande, tant les fautes de gestion que le préjudice n'étant pas établis.

En tout état de cause, SOCIETE2.) se retourne contre PERSONNE1.) pour être tenue quitte et indemne des condamnations prononcées à son encontre sur base de la lettre de support signée par lui.

Pour s'opposer à la demande en garantie d(SOCIETE2.), PERSONNE1.) invoque des inexécutions contractuelles commises par celle-ci dans l'exercice de ses fonctions de liquidateur. Il relève qu'il a subi des dommages suite à ces fautes et estime que c'est à tort que le Tribunal n'a pas admis que son préjudice est distinct et indépendant de celui subi par SOCIETE1.). Il demande sa condamnation à lui payer des dommages et intérêts de 72.251,60 euros et un montant de 5.000 euros htva au titre des frais et honoraires qu'il a dû exposer, ainsi qu'une indemnité de procédure de 4.000 euros pour la première instance et de 5.000 euros pour l'instance d'appel.

Appréciation

Recevabilité

Il est de principe que l'appelant ne peut diriger son appel que contre celles des parties qui en première instance ont revêtu le rôle d'adversaire, en déposant des conclusions contre lui, respectivement qui ont profité des condamnations prononcées à son encontre. A l'inverse, il ne peut pas diriger son appel contre ceux qui étaient du même côté de la barre et ont défendu les mêmes intérêts. Il y est dérogé en cas d'indivisibilité. Dans un tel cas de figure, l'appelant peut et doit même intimer tous ceux qui étaient partie en première instance, ou du moins ceux qui sont indivisiblement concernés par le point qu'il entend remettre en discussion en instance d'appel¹.

Toutes les fois que l'objet du litige est indivisible, le souci d'éviter que ne soient rendues des décisions contradictoires ou inexécutables si leur autorité ne s'étend pas à tous les cointéressés commande d'assigner en appel toutes les parties ayant figuré en première instance et ayant un intérêt au procès. Reste à savoir quand l'objet

¹ PERSONNE5.), Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, 2e édition, n°NUMERO4.)

d'un litige est indivisible et ne peut donner lieu qu'à une seule et même solution.

Un litige doit être considéré comme indivisible en ce qui concerne l'appel lorsque l'objet de l'instance n'est pas susceptible de division, de telle sorte que si l'arrêt à intervenir sur un appel n'intimant pas toutes les parties en cause en première instance était contraire au jugement de première instance, il y aurait impossibilité absolue d'exécuter simultanément le jugement à l'égard des parties non intimées et l'arrêt à l'égard des parties présentes en instance d'appel².

L'indivisibilité du litige résulte ainsi de la seule impossibilité matérielle d'exécution simultanée du jugement de première instance contre une partie non appelante et de l'arrêt contraire à ce jugement contre une partie appelante.

Pareille indivisibilité n'existe pas lorsque, comme en l'espèce, plusieurs personnes sont actionnées par différents demandeurs en réparation d'un préjudice distinct subi par chacun d'eux en raison de fautes concurrentes. En cas de réformation du jugement entrepris, il n'y aura aucune impossibilité matérielle d'exécuter simultanément le jugement de première instance, qui en l'espèce avait déclaré les différentes demandes irrecevables, respectivement non fondées.

L'acte d'appel du 8 mars 2023 est partant recevable.

Il en est de même de l'exploit d'huissier du 4 juillet 2023 dirigé contre PERSONNE1.) tendant à la condamnation de ce dernier à tenir quitte et indemne SOCIETE2.).

Par conclusions notifiées le 8 février 2024, PERSONNE1.) demande à voir dire qu'SOCIETE2.) a commis des manquements contractuels envers lui qui lui ont causé un préjudice personnel, distinct de celui de SOCIETE1.). Il sollicite la condamnation d'SOCIETE2.) à lui payer la somme de 72.251,60 euros à titre de dommages et intérêts. Il demande en outre le remboursement des honoraires d'avocats déboursés à hauteur de 5.000 euros, ainsi qu'une indemnité de procédure de 4.000 euros pour la première instance et de 5.000 euros pour l'instance d'appel.

Ces demandes ainsi formulées par voie de conclusions tendent à la réformation du jugement du 1^{er} février 2023, qui a été signifié à PERSONNE1.) le 22 février 2023.

Aucune des parties n'a pris position sur la recevabilité de cet appel incident, de sorte qu'il y a lieu d'inviter les parties de prendre des conclusions à cet égard et de réserver la demande de PERSONNE1.) à l'encontre d'SOCIETE2.).

La demande du Curateur contre SOCIETE2.)

² Cour d'appel, 28 mai 2014, n° 39968 du rôle; Cour d'appel, 8 juillet 1998, Pas.31, p.53

❖ Le Curateur estime à titre principal que c'est à tort que le Tribunal a dit son action en comblement du passif non fondée.

Aux termes de l'article 495-1, alinéa 1er, 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 ayant contribué à la faillite commise par les dirigeants sociaux.

L'insuffisance d'actif, non contestée par les parties, ressort par ailleurs de la motivation du jugement déclaratif de faillite du 18 janvier 2021.

Il est encore constant en cause que suivant acte notarié du 16 décembre 2016, SOCIETE2.) a été nommée liquidateur de SOCIETE1.) et qu'elle est partant à considérer comme dirigeant de droit de SOCIETE1.).

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 statuts³.

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'actif⁴.

³ Manuel de la faillite et du concordat par SOCIETE7.), éd. 2003, no 1062

⁴ 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

Il est encore exigé que la faute grave et caractérisée ait contribué à la faillite. Cela signifie qu'il faut un lien entre la faute et la faillite mais il n'est pas nécessaire que la faute soit l'unique cause de la faillite. Le juge peut se contenter de constater que la faute est une des causes de la faillite, sans qu'elle n'en soit nécessairement la cause immédiate⁵.

En l'espèce, le Curateur reproche à SOCIETE2.) d'avoir procédé à deux paiements d'avances sur boni de liquidation au profit de l'actionnaire unique sans rien conserver en vue du paiement de l'une ou l'autre créance de SOCIETE1.).

Le Curateur verse deux extraits de compte établissant la réception de la dernière tranche du prix de cession, soit 2.724.270 CHF (extrait de compte n°30), respectivement le transfert de la somme de 2.670.000 CHF au profit de l'actionnaire unique à titre d'avance sur boni de liquidation (extrait de compte n°33).

Contrairement à l'argumentation du Curateur, il ne résulte pas de ces pièces que tout l'actif de la Société a été transféré à l'actionnaire. En effet, à part les deux mouvements en question en relation avec la réception et le transfert de la deuxième tranche du boni de liquidation, les autres mouvements du compte et surtout le solde disponible sur le compte après le paiement du boni de liquidation sont noircis. Aucun autre extrait de compte reflétant la situation financière de la Société avant et après le paiement des bonis de liquidation et jusqu'au jour de la faillite n'est versé.

Il résulte au contraire du courriel d'SOCIETE2.) du 26 février 2020 que celle-ci affirme que « le solde restant de la créance SOCIETE6.) de CHF 47.000 sera utilisé, si suffisant, pour payer les impôts 2020 et les frais restant après la clôture de la liquidation ». SOCIETE1.) admet de son côté à la page 8 de son assignation du 13 novembre 2020 que la Société avait un actif d'un montant approximatif de 50.000 euros.

Il n'est dès lors pas établi qu'en procédant au paiement d'un boni de liquidation, certes conséquent, SOCIETE2.) ait transféré tout l'actif au liquidateur sans provisionner un montant aux fins de payer des dettes encore dues, dont notamment la dette fiscale.

Quant au reproche tenant à l'absence de dépôt des comptes 2020 et du dépôt tardif des comptes 2016, 2017 et 2018, la Cour fait sienne la motivation retenue par le Tribunal pour dire que si les comptes de 2016, 2017 et 2018 ont été déposés avec retard et les comptes de 2020 n'ont pas été déposés dans les délais, il se dégage néanmoins de la contrainte du 28 janvier 2020 que la Société a procédé à ses déclarations fiscales et que partant il n'est pas établi qu'un dépôt des comptes annuels notamment de 2018 endéans les délais légaux, soit 7 mois à partir de la clôture de l'exercice 2018, a engendré une

⁵ I. Verougstraete, L'action en comblement de passif dans : Les créanciers et le droit de la faillite, p.432

imposition par l'Administration des contributions directes avant la date de la 2^e distribution du boni de liquidation de sorte à éviter que la Société soit vidée d'actif suffisant pour faire face à la créance fiscale. La Cour approuve les juges de première instance pour avoir retenu que le reproche du Curateur en rapport avec la tenue irrégulière de la comptabilité ne saurait constituer une faute grave au sens de l'article 495-1 du Code de commerce.

Le Curateur reproche ensuite à SOCIETE2.) de ne pas avoir soumis les résultats de la liquidation à l'assemblée générale de la Société avec l'indication des causes qui ont empêché la liquidation d'être terminée en contravention avec l'article 1100-14 de la LSC.

Aux termes de l'article 1100-14 de la LSC, chaque année, les résultats de la liquidation sont soumis à l'assemblée générale de la société, avec l'indication des causes qui ont empêché la liquidation d'être terminée. Dans les sociétés anonymes, le bilan est, en outre, publié.

Si SOCIETE2.) ne justifie pas avoir soumis les résultats à une assemblée générale de la Société, il n'en demeure pas moins que le Curateur n'explique, voire n'établit pas de quelle manière cette absence ait pu contribuer à la faillite.

Finalement quant au dernier reproche, tenant à l'absence d'aveu de faillite, le Tribunal a à juste titre considéré que dans la mesure où SOCIETE2.) disposait d'un engagement de la part de l'actionnaire unique de prendre en charge le passif né et à naître de la Société, elle pouvait légitimement estimer que l'actionnaire allait prendre en charge la dette fiscale, sinon accorder un crédit à la Société et qu'il n'était pas établi que les conditions de la faillite, rendant nécessaire de faire l'aveu de faillite étaient remplies. Il n'est pas non plus établi que l'omission de faire l'aveu de la faillite ait aggravé la situation de SOCIETE1.).

C'est dès lors à juste titre que le Tribunal a dit la demande introduite sur base de l'article 495-1 du Code de commerce non fondée.

❖ Le Curateur recherche à titre subsidiaire la responsabilité d'SOCIETE2.) pour des fautes de gestion sur base de l'article 1100-13 de la LSC.

Le Curateur reproche dans le cadre de sa demande subsidiaire les mêmes fautes de gestion à SOCIETE2.) que celles invoquées dans le cadre de son action en comblement de passif et il affirme avoir subi le même préjudice, à savoir l'intégralité du passif de la faillite.

Contrairement aux développements d'SOCIETE2.), il ne s'agit pas d'une demande nouvelle, prohibée en instance d'appel, mais de la reprise d'un moyen qui avait déjà été invoqué en première instance.

L'absence d'indication de la base légale dans le dispositif de l'acte d'appel ne porte par ailleurs pas non plus à conséquence dans la mesure où la demande en condamnation reste la même.

Le Curateur reproche en l'espèce à l'ancien liquidateur les mêmes fautes de gestion qui d'après lui auraient causé le même préjudice, à savoir l'intégralité du passif de la faillite. Au vu de ce qui a été retenu dans les développements qui précèdent, il n'est pas établi que les fautes de gestion alléguées ont contribué à la faillite, de sorte qu'il est encore moins établi qu'elles l'aient causée. La demande subsidiaire est partant à rejeter.

Au vu de l'issue de son appel, le Curateur est à débouter de sa demande en paiement d'une indemnité de procédure.

La demande d'SOCIETE2.) à se voir allouer une indemnité de procédure n'est pas non plus fondée. Il n'est pas établi pour quelle raison il serait inéquitable pour SOCIETE2.) de supporter les frais non compris dans la condamnation aux dépens.

La demande d'SOCIETE2.) contre PERSONNE1.)

Au vu de l'issue de l'appel introduit par le Curateur, la demande en intervention d'SOCIETE2.) est à déclarer sans objet.

PAR CES MOTIFS

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

reçoit l'appel principal introduit par exploit d'huissier du 8 mars 2023 ainsi que la demande introduite par exploit d'huissier du 4 juillet 2023,

dit l'appel principal non fondé,

dit la demande introduite par exploit d'huissier du 4 juillet 2023 sans objet,

confirme le jugement déféré en ce qu'il a déclaré les demandes de la société anonyme SOCIETE1.) SA et de Maître Yusuf MEYNIUGLU, en sa qualité de curateur de la société anonyme SOCIETE1.) SA non fondées et en ce qu'il a mis les frais et dépens de l'instance introduite par l'assignation du 8 juin 2021 à charge de la masse de la faillite de la société anonyme SOCIETE1.) SA et en ce qu'il a déclaré la demande de la société à responsabilité limitée SOCIETE2.) SARL contre PERSONNE1.) sans objet,

dit non fondées les demandes de Maître Yusuf MEYNIUGLU, en sa qualité de curateur de la société anonyme SOCIETE1.) S.A, et de la société à responsabilité limitée SOCIETE2.) SARL introduites sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

laisse les frais de l'appel principal à charge de la masse de la faillite de la société anonyme SOCIETE1.) SA,

avant tout autre progrès en cause,

invite PERSONNE1.) et la société à responsabilité limitée SOCIETE2.) SARL à prendre position sur la recevabilité de l'appel incident interjeté par PERSONNE1.),

réserve le surplus des demandes et les frais de l'instance introduite par l'exploit d'huissier du 4 juillet 2023.