

Audience publique du dix juillet deux mille dix-neuf

Numéro CAL-2019-00168 du rôle.

Composition:

Astrid MAAS, président de chambre;
Karin GUILLAUME, premier conseiller;
Yola SCHMIT, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

A.), demeurant à L-(...), (...),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Georges WEBER de Diekirch en date du 19 février 2019,

comparant par Maître Brahim SAHKI, en remplacement de Maître Jean TONNAR, avocats à la Cour, demeurant à Esch/Alzette ;

e t :

Maître Claude SPEICHER, avocat à la Cour, demeurant à L-9225 Diekirch, 9, rue de l'Eau, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme SOCI.), établie et ayant eu son siège social à L-(...), (...),

intimé aux fins du susdit exploit WEBER du 19 février 2019,

comparant en personne.

LA COUR D'APPEL :

Par ordonnance de référé du 5 février 2019, un juge du Tribunal d'arrondissement de Diekirch siégeant comme juge des référés en remplacement du Président dudit Tribunal a déclaré non fondé le contredit formé par **A.)** contre une ordonnance conditionnelle de paiement du 26 octobre 2018 l'ayant condamné à payer à Maître Claude SPEICHER, en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme **SOC1.)** S.A., la somme de 11.000 euros avec les intérêts légaux à dater de la notification jusqu'à solde, au titre de la libération du capital social de la société **SOC1.)**.

Pour statuer ainsi, après avoir écarté le moyen de surséance tiré du principe « le criminel tient le civil en l'état », le magistrat saisi a retenu qu'au vu des statuts **A.)** est l'actionnaire unique de la société **SOC1.)** et qu'il est resté en défaut de rapporter la preuve qu'il aurait agi en qualité de prête-nom de **B.)**, respectivement qu'il aurait cédé les actions par lui souscrites.

A.) a relevé appel contre ladite ordonnance par acte d'huissier du 19 février 2019.

A l'appui de son appel il expose que lors de la constitution de la société le 29 juillet 2010 devant le notaire PROBST de résidence à Ettelbruck, le capital social n'a pas été entièrement libéré et qu'un solde de 11.000 euros restait en souffrance.

La société aurait été constituée pour compte d'un dénommé **B.)** et suite à la création de la société et jusqu'à ce jour ce dernier serait le seul détenteur des actions de la société, celles-ci lui ayant été remises après la constitution de la société.

A.) aurait été nommé administrateur de la société jusqu'au 22 octobre 2012, date à laquelle il a démissionné.

Il serait dès lors incompréhensible que l'appelant soit considéré comme le détenteur des parts sociales de la prédite société, le seul bénéficiaire de la société ayant été le sieur **B.)**.

N'étant pas le propriétaire des actions, le sieur **A.)** ne serait pas tenu de libérer le capital réclamé par le curateur.

Il fait encore valoir que le capital aurait été libéré par l'apport en nature à la société d'un véhicule par **B.)**.

En ordre subsidiaire il y aurait lieu de constater que la dette réclamée de 11.000 euros serait éteinte par compensation avec une créance de 9.591 euros que **A.)** détiendrait sur la société **SOCl.)**, l'administration fiscale ayant imputé la dette fiscale de la société sur un excédent d'impôts devant revenir à l'appelant.

Par réformation de l'ordonnance entreprise, il y aurait dès lors lieu de ramener le montant de la condamnation à 1.408,87 euros.

L'appelant sollicite en outre une indemnité de procédure de 1.000 euros pour l'instance d'appel.

Maître Claude SPEICHER, en qualité de curateur de la faillite de la société anonyme **SOCl.)** S.A. se rapporte à prudence en ce qui concerne la recevabilité de l'appel en la forme.

Quant au fond il conclut à la confirmation de l'ordonnance entreprise, les affirmations de l'appelant suivant lesquelles il ne serait pas ou plus propriétaire des actions étant restées à l'état de pure allégation. Il se prévaut encore des dispositions de l'article 31 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales sur base desquelles les fondateurs sont solidairement tenus de la libération du capital social. Il s'oppose par ailleurs à toute compensation, relevant qu'en payant les 9.591 euros, l'appelant n'aurait fait que payer sa propre dette résultant de sa gestion fautive de la société.

L'intimé a encore fait valoir qu'en tout état de cause les conditions d'une compensation après faillite ne seraient pas données en l'espèce.

Appréciation de la Cour :

L'appel interjeté en la forme et les délais requis est à déclarer recevable.

La demande du curateur porte sur le paiement par **A.)** du capital souscrit non libéré de la société **SOCl.)** S.A. déclarée en état de faillite par jugement du tribunal d'arrondissement de Diekirch du 19 novembre 2015.

Il résulte des statuts de la société **SOCl.)** versés en cause, que **A.)** s'est présenté devant le notaire Pierre PROBST en vue de constituer la société **SOCl.)** S.A. et que le capital souscrit de cette société s'élevant à 31.000 euros n'a été libéré qu'à concurrence de 20.000 euros.

Aux termes de l'article 420-17 alinéa 2 de la loi du 19 août 1915 sur les sociétés commerciales, les comparants à l'acte de société seront considérés comme fondateurs de la société.

Or en vertu de l'article 420-19 de la loi modifiée du 19 août 1915, ancien article 31 tel qu'il a été modifié par la loi du 24 avril 1983, les fondateurs sont tenus solidairement envers tous les intéressés, malgré toute stipulation contraire 1) de toute la partie du capital qui ne serait pas valablement souscrite, ainsi que de la différence éventuelle entre le capital minimal prévu par l'article 420-1 et le montant des souscriptions ; ils en sont de plein droit réputés souscripteurs, 2) ... ils sont de même tenus solidairement de la libération effective de la partie du capital dont ils sont réputés souscripteurs en vertu de l'alinéa précédent.

Le contrat de société ne renseignant pas sur l'identité du souscripteur du capital, **A.)** est tenu de la libération du capital sur base des articles précités, en sa qualité de fondateur de la société.

Les développements sur le fait qu'il ne serait pas propriétaire des actions sont dès lors dépourvus de pertinence.

A.) est par ailleurs resté en défaut d'établir ses affirmations suivant lesquelles le capital social aurait été libéré par le biais d'un apport en nature par le dénommé **B.)**, de sorte que la demande du curateur est justifiée.

C'est encore vain que l'appelant se prévaut d'une compensation de sa dette avec une créance qu'il aurait sur la société **SOC1.)**, pour avoir payé une partie de la dette fiscale de cette dernière.

A défaut de toute information fournie à la Cour sur la cause de la dette de la société que l'administration fiscale a imputée sur le crédit d'impôt devant revenir à l'appelant, il n'est certes pas établi que l'appelant ait été personnellement tenu au paiement des montants concernés, le §103 de l'Abgabe Ordnung du 22 mai 1931 invoqué par l'intimé visant seulement les amendes et « Sicherungsgelder ».

(cf. §103 „Die gesetzlichen Vertreter juristischer Personen und solcher Personen, die geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind, haben alle Pflichten zu erfüllen, die den Personen, die sie vertreten, obliegen; insbesondere haben sie dafür zu sorgen, dass die Steuern aus den Mitteln, die sie verwalten, entrichtet werden. Für Zwangsgeldstrafen und Sicherungsgelder, die gegen sie erkannt, und für Kosten von Zwangsmitteln, die gegen sie festgesetzt werden, haften neben ihnen die von ihnen vertretenen Personen.“).

Toutefois, même à supposer que l'appelant dispose d'une créance sur la société **SOC1.)**, il est de principe que la compensation est exclue en matière de faillite, en vertu de l'article 1298 du code civil qui dispose que la compensation ne peut porter préjudice aux droits acquis des tiers et ne peut

donc porter atteinte au principe d'égalité des créanciers et de l'article 444, alinéa 2, du code de commerce qui dispose que tous paiements faits par le failli et tous paiements faits au failli depuis le jugement de faillite sont nuls.

Cette prohibition ne trouve pas à s'appliquer si les conditions de la compensation légale étaient réunies avant le jugement de faillite, c'est-à-dire en présence de dettes réciproques fongibles, liquides et exigibles.

D'autre part, doctrine et jurisprudence ont établi une exception au caractère inopérant de la compensation judiciaire en cas de faillite, en retenant que la compensation demeure possible lorsqu'il existe entre deux dettes réciproques une étroite connexité.

La créance dont se prévaut l'appelant étant postérieure au jugement d'ouverture de faillite et n'étant pas connexe avec la créance que fait valoir le curateur pour compte de la société faillie, le principe de l'interdiction de la compensation joue pleinement en l'espèce, de sorte qu'il ne saurait être fait droit à la demande de l'appelant.

Le jugement entrepris est dès lors à confirmer, quoique pour des motifs légèrement différents, en ce qu'il a condamné **A.)** au montant de 11.000 euros.

Au vu du sort réservé à son appel, **A.)** est encore à débouter de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

L'équité commande en revanche de faire droit à la demande formulée sur la même base par Maître Claude SPEICHER et de lui allouer une indemnité de procédure de 750 euros pour l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé, statuant contradictoirement,

dit l'appel recevable,

le dit non fondé,

confirme l'ordonnance entreprise,

déboute **A.)** de sa demande formulée sur base de l'article 240 du NCPC,

le condamne à payer à Maître Claude SPEICHER, pris en sa qualité de curateur de la faillite **SOC1.**), une indemnité de procédure de 750 euros,

condamne **A.)** aux frais et dépens de l'instance d'appel.