

Audience publique du trente juillet deux mille vingt

Numéro 44443 du rôle

Composition:

Serge THILL, président de chambre,
Alain THORN, premier conseiller,
Henri BECKER, conseiller,
Alexandra NICOLAS, greffier.

E n t r e :

Maître Laurent LENERT, avocat à la Cour, pris en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme **SOC.1.**), ayant été établie et ayant eu son siège social à L-(...), (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), déclarée en état de faillite par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 24 juillet 2012,

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLE de Luxembourg du 23 novembre 2016,

comparant par Maître Jean BRUCHER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

- 1) **A.)**, administrateur de sociétés, demeurant à L-(...), (...),
- 2) **B.)**, administrateur de sociétés, demeurant en Suisse à CH-(...), (...),
- 3) **C.)**, administratrice de sociétés, demeurant à L-(...), (...),

intimés aux fins du prédit exploit GALLE du 23 novembre 2016,

comparant par Maître Vincent LINARI-PIERRON, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

4) **D.**), administratrice de sociétés, demeurant à L-(...), (...),

intimée aux fins du prêt exploit GALLE du 23 novembre 2016,

comparant par Maître Claude Pauly, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

5) **E.**), administrateur de sociétés, ayant demeuré en Espagne à E-(...), (...), décédé le 22 août 2017,

intimé aux fins du prêt exploit GALLE du 23 novembre 2016,

comparant par la société anonyme WILDGEN, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, représentée aux fins des présentes par Maître Karine VILRET, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

6) la société civile **SOC.2.**), établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro E (...), représentée par ses organes statutaires actuellement en fonctions,

intimée aux fins du prêt exploit GALLE du 23 novembre 2016,

comparant par la société anonyme ELVINGER HOSS PRUSSEN, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, représentée aux fins des présentes par Maître Myriam Pierrat, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par jugement rendu en date du 28 octobre 2016, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a débouté Maître Yannick GENOT,

actuellement Maître Laurent LENERT, curateur de la faillite de la S.A. **SOC.1.**), ci-après **SOC.1.**), de l'action en comblement de passif qu'il avait dirigée contre **A.**), **B.**), **C.**) et **D.**), pris en leur qualité d'administrateurs de droit de **SOC.1.**), et contre **E.**), bénéficiaire économique de **SOC.1.**), qualifié de dirigeant de fait.

La demande en garantie que **D.**) avait formulée à l'encontre de son ancien employeur et domiciliataire de **SOC.1.**), la S.C. **SOC.2.**), ci-après **SOC.2.**), a été déclarée sans objet.

Par exploit du 23 novembre 2016, le curateur a interjeté appel contre la décision en question, que **D.**) lui avait fait signifier le 9 novembre 2016.

Pour le cas où la décision de première instance serait réformée et qu'une condamnation soit prononcée à son encontre, **D.**) demande à être tenue quitte et indemne par **SOC.2.**).

Dans ses conclusions récapitulatives du 27 juin 2019, le curateur a précisé qu'il renonçait à sa demande en obtention d'une indemnité de procédure formulée à l'encontre de **SOC.2.**), et par conclusions du 4 novembre 2019, il a demandé acte qu'il renonçait à l'ensemble de sa demande dans la mesure où elle avait été dirigée contre **E.**), ce dernier étant décédé le 22 août 2017.

Conformément aux dispositions de l'article 2 (2) du règlement grand-ducal du 17 avril 2020 relatif à la tenue d'audiences publiques pendant l'état de crise, les mandataires des parties ont été informés par écrit le 10 juin 2020 que l'affaire serait prise en délibéré à l'audience du 2 juillet 2020, que cette audience serait tenue par le président de chambre Serge THILL, et que l'arrêt serait rendu par le président de chambre Serge THILL, le premier conseiller Alain THORN et le conseiller Henri BECKER.

Le mandataire du curateur ayant exprimé le souhait de plaider l'affaire, les débats furent fixés au 2 juillet 2020 à 15.30 heures, date à laquelle les avocats des parties furent entendus en leurs explications et moyens.

Le président de chambre Serge THILL a indiqué la composition de la Cour, a pris l'affaire en délibéré et a fixé le prononcé de l'arrêt au 30 juillet 2020.

Les mandataires des parties ont en outre été informés par écrit de la composition de la Cour et de la date du prononcé.

Le magistrat ayant présidé l'audience a rendu compte à la Cour dans son délibéré.

Il est constant en cause que dans le cadre d'un accord signé le 22 décembre 2006 entre la société de droit italien **SOC.3.)** S.p.A., ci-après **SOC.3.)**, **SOC.1.)** et **E.)**, ci-après l'accord-cadre, **SOC.3.)** avait acquis l'intégralité des parts du GROUPE **SOC.4.)** S.p.A, ci-après **SOC.4.)**, de la part de **SOC.1.)**.

Le prix de vente des actions, qui avait été fixé à 14.500.000.- €, était payable en deux tranches, la première (9.500.000.- €) en espèces, et la seconde (5.000.000.- €) en nature (article 3.2 (a) de l'accord-cadre).

Le paiement en nature devait être réalisé moyennant attribution à **SOC.1.)** d'une participation de 6 % dans le capital de la société de droit italien **SOC.5.)** S.r.l., ci-après **SOC.5.)**.

Aux termes du point D des « *attendus* » de l'accord-cadre le capital social d'**SOC.5.)** s'élevait à 108.447.- €, de sorte que les 6 % attribués à **SOC.1.)** avaient, en principe, une contre valeur de 6.506,82.- €.

L'accord-cadre prévoyait encore que « *l'Acquéreur [SOC.3.)] s'est déclaré prêt à rechercher une banque disposée à accorder au Vendeur [SOC.1.)] et à M. E.) un financement personnel à hauteur de 5 000 000,00 (cinq millions/00) d'euros. La banque en question est BQUE.1.) S.p.A.* » (article 3.7 (a) de l'accord-cadre).

En date du 19 avril 2007, la **BQUE.1.)** BANK (SUISSE), ci-après **BQUE.1.)**, a accordé un prêt de 5.000.000.- € à **SOC.1.)**.

Le montant emprunté était remboursable le 14 mai 2010.

En rapport avec ce prêt, la Cour constate que de façon tout à fait étrange, la seule garantie que **SOC.1.)** devait fournir à **BQUE.1.)** était la mise en gage de la contrepartie en nature du prix de vente des actions **SOC.4.)**, soit les 6 % du capital social d'**SOC.5.)**, dont les parties au contrat de prêt avaient fixé la valeur à 6.507.- €.

Au courant de l'année 2007, **SOC.1.)** a procédé à un remboursement de 4.943.095.- € au profit de son actionnaire, lui a versé des dividendes à hauteur de 6.318.055.- €, a opéré une réduction de capital à concurrence de 979.000.- € et a apuré deux prêts bancaires à raison de 1.411.400,69.- € respectivement de 588.599,31.- €, de sorte que sa situation financière était déficitaire à la fin de l'exercice en question.

BQUE.1.) ayant, par courrier du 6 avril 2010, dénoncé le prêt accordé à **SOC.1.)**, et cette dernière n'ayant pas procédé au remboursement, elle a, par jugement rendu en date du 16 mai 2012 par le tribunal

d'arrondissement de Luxembourg, été condamnée à payer un montant de 5.000.000.- € avec les intérêts au taux de 5 % à **BQUE.1.)**.

Dans la même décision, le tribunal s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande en garantie que **SOC.1.)** avait dirigée contre **SOC.3.)**.

L'actionnaire unique de **SOC.1.)** ayant, dans une résolution prise le 12 juillet 2012, refusé de recapitaliser la société, ses dirigeants ont, en date du 23 juillet 2012, fait l'aveu de la faillite.

Tirant argument de ce que les dirigeants auraient commis de graves fautes de gestion, qui auraient conduit à la faillite, le curateur les a assignés en comblement du passif, qui est constitué essentiellement de la créance de **BQUE.1.)**.

A l'appui de son action, il se prévaut des dispositions de l'article 495-1 alinéa 1^{er} du Code de commerce.

Ce texte est de la teneur suivante :

« Lorsque la faillite d'une société fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut décider, à la requête du curateur, que les dettes doivent être supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par les dirigeants sociaux, de droit ou de fait apparents ou occultes, rémunérés ou non, à l'égard desquels sont établies des fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite ».

Plus particulièrement, le curateur fait grief aux administrateurs d'avoir

*« - transféré le risque de crédit qui devait normalement peser sur l'acheteur dans le cadre de la cession de ses participations dans **SOC.4.)** Group sur la Société,*

- souscrit ledit crédit en connaissance de cause, non pas pour financer les activités de la Société ou rembourser ses créanciers, mais uniquement pour enrichir son actionnaire, autrement dit, au détriment des intérêts de la Société et de ses créanciers,

- accepté des garanties de la part de l'acheteur au regard du crédit souscrit par la Société dont ils savaient que leur valeur était insuffisante,

- distribué tous les fonds de la Société à l'actionnaire dans le courant de l'année 2007, y compris la totalité des fonds empruntés ainsi qu'une partie de son capital minimum, et au-delà même des bénéfices réels de la Société, dans l'intérêt exclusif de son bénéficiaire économique

Monsieur E.), et au détriment des intérêts de la Société et de ses créanciers,

- remboursé au cours de l'année 2007 des dettes non échues,*
- déposé des comptes au 31 décembre 2007 erronés et contraires au prescrit de l'ancien article 75 (nouvel article 461-8) de la Loi de 1915 afin de dissimuler aux tiers la distribution de dividendes réalisée en 2007,*
- déposé les comptes annuels de la Société au 31 décembre 2007 avec près de 5 mois de retard, repoussant ainsi d'autant la prise de connaissance par les tiers des versements opérés en 2007,*
- poursuivi une activité sociale déficitaire depuis la fin de l'année 2007. En particulier, les administrateurs n'ont rien fait pour tenter de permettre à la Société de rembourser son emprunt à l'échéance et pour redresser la situation financière de la Société et éviter ainsi sa mise en faillite,*
- exercé leur option de vente des actions **SOC.5.)** à **SOC.3.)** tardivement, à une date où les actions **SOC.5.)** et **SOC.4.)** Group n'avaient plus aucune valeur,*
- omis de faire l'aveu de la faillite dans le mois de la cessation de paiement conformément au prescrit de l'article 440 du Code de commerce, respectivement de n'avoir fait cet aveu qu'avec un retard de plus de deux ans » (cf. à ce sujet les pages 23 et 24 des conclusions récapitulatives du 27 juin 2019).*

Tel que le prédit article 495-1 du Code de commerce est libellé, il n'impose pas obligatoirement au tribunal de faire supporter les dettes de la société à ses dirigeants, mais il lui laisse un pouvoir d'appréciation à ce sujet.

En l'occurrence, la Cour relève, tout d'abord, qu'elle a la conviction que dans l'esprit des parties à l'accord-cadre, tout comme dans celui des parties au contrat de prêt, qui a été négocié par l'entremise de **SOC.3.)**, faut-il le rappeler, la charge définitive du prêt de 5.000.000.- € ne devait pas être supportée par **SOC.1.)**.

Compte tenu du fait que la quote-part en nature du prix de vente des parts de **SOC.4.)** (5.000.000.- €) ne correspondait en réalité qu'à un montant de 6.506,82.- € (contre-valeur de la participation de 6 % dans le capital d'**SOC.5.)**), et que les garanties de remboursement du prêt que **BQUE.1.)** avait exigées de la part de **SOC.1.)** ne dépassaient pas ce montant, il est plutôt à admettre qu'en fin de compte le remboursement du prêt aurait dû être assuré par **SOC.3.)**, même si cela ne devait, pour

des raisons dont seules les parties ont le secret, pas apparaître au grand jour.

Ensuite, il est à noter qu'abstraction faite de la circonstance qu'elle était domiciliée au Luxembourg, **SOC.1.)** n'avait, *a priori*, aucun lien avec ce pays.

Au vu de cet état de choses, la Cour considère qu'en fait **A.), B.), C.)** et **D.)** n'étaient pas les véritables maîtres de l'affaire, qu'ils n'avaient aucun réel pouvoir de contrôle, et que leur rôle ne dépassait pas celui de simples exécutants de la volonté exprimée par **E.)**.

Enfin, les décisions critiquées par le curateur ont, pour l'essentiel, été prises au courant de l'année 2007, c'est-à-dire peu de temps après que le contrat de prêt portant sur 5.000.000.- € avait été conclu et quelques années avant son échéance.

Or, à ce moment-là, de même que par la suite, et jusqu'au jour de la résolution du 12 juillet 2012, rien ne laissait présager que **SOC.1.)** ne serait pas en mesure de rembourser le prêt, voire que son actionnaire refuserait ou se trouverait dans l'incapacité de faire un apport de capital afin de désintéresser les créanciers.

Indépendamment de la question de savoir dans quelle mesure les agissements ou abstentions reprochés aux dirigeants de droit de **SOC.1.)** pourraient être qualifiés de fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite ou à l'augmentation du passif, la Cour n'entend, dans les conditions données, pas faire application de l'article 495-1 du Code de commerce.

Sans qu'il ne soit nécessaire d'examiner la demande en communication du « *contrat fiduciaire* » que **SOC.2.)** avait conclu avec « *le promoteur de la Société* », et celle en rejet d'une partie des pièces communiquées par le mandataire de **A.), B.)** et **C.)**, l'appel du curateur est, partant, à déclarer non-fondé.

L'appelant n'obtenant pas gain de cause, il ne peut pas prétendre à une indemnité de procédure.

Le curateur ne formulant aucune demande au fond à l'encontre de **SOC.2.)**, il n'y a pas lieu d'examiner dans quelle mesure l'appel dirigé contre cette partie est recevable.

L'appel principal n'étant pas fondé, l'appel incident de **D.)** est sans objet.

D.) et **SOC.2.)** n'ayant pas justifié en quoi il serait inéquitable de laisser à leur charge l'intégralité des sommes non comprises dans les dépens qu'ils ont dû exposer, ils sont à débouter de leur requête sur base de l'article 240 du nouveau Code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS

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

donne acte à Maître LENERT qu'il renonce à sa demande en obtention d'une indemnité de procédure formulée à l'encontre de la S.C. **SOC.2.)**,

lui donne encore acte qu'il renonce à sa demande dans la mesure où elle a été dirigée contre **E.)**,

dit l'appel principal de Maître LENERT recevable,

le dit non fondé,

confirme le jugement entrepris,

dit que l'appel incident de **D.)** est sans objet,

déboute Maître LENERT, **D.)** et la S.C. **SOC.2.)** de leurs requêtes respectives en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne la masse de la faillite de la S.A. **SOC.1.)** aux dépens de l'instance d'appel, avec distraction au profit de la S.A. ELVINGER HOSS PRUSSEN et de Maître Claude PAULY, société et avocat constitués.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Serge THILL, président de chambre, en présence du greffier Alexandra NICOLAS.