

09/11/2020

(A)

Jugement commercial 2020TALCH15/0143A

Audience publique du lundi, neuf novembre deux mille vingt.

Faillite No. 450/20

Composition :

Françoise WAGENER, Vice-présidente;
Nadège ANEN, juge ;
Anne MOROCUTTI, juge ;
Ken BERENS, greffier assumé.

Entre :

la masse des créanciers de la faillite de la société à responsabilité limitée
(SOCI.) SARL, établie et ayant son siège social à L- (...)
, déclarée en état de faillite par jugement du 20 mai 2020, cette masse
représentée par son curateur Maître Sylvain L'HOTE, avocat à la Cour, demeurant à
Luxembourg ;

comparant par Maître Sylvain L'HOTE, avocat à la Cour susdit,

et :

Monsieur R.) , sans état connu, demeurant à L- (...)

créancier ayant produit sous le numéro 1 du tableau des créanciers tenu au greffe du
tribunal de commerce de Luxembourg,

comparant par la société à responsabilité limitée E2M SARL, inscrite au barreau de
Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-2419 Luxembourg, 2, rue du Fort
Rheinsheim, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de
Luxembourg sous le numéro B 210 821, représentée aux fins de la présente par
Maître Philippe SYLVESTRE, avocat à la Cour, en remplacement de Maître Max
MAILLIET, avocat à la Cour.

FAITS :

Lors de la vérification de créances du 26 juin 2020 dans la faillite de la société à
responsabilité limitée (SOCI.) SARL, le curateur avait contesté ladite production
de créance.

Lors de l'audience du 12 octobre 2020 les débats eurent lieu comme suit :

Madame la Vice-présidente Françoise WAGENER, en remplacement du juge-commissaire dûment empêchée, fit son rapport oral au Tribunal.

Maître Sylvain L'HOTE, curateur de la faillite de la société à responsabilité limitée (S0C1.) SARL, exposa ses moyens.

Maître Philippe SYLVESTRE, en remplacement de Maître Max MAILLIET, représentant la société à responsabilité limitée E2M SARL, répliqua et exposa ses moyens.

Sur ce, le tribunal prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience de ce jour le

jugement qui suit:

Lors de la vérification de créances du 26 juin 2020, le curateur de la faillite de la société à responsabilité limitée (S0C1.) SARL (ci-après « (S0C1.) » ou la « Société ») a contesté la déclaration de créance inscrite au tableau des créanciers sous le numéro 1.

A noter que les déclarations de créance inscrites au tableau des créanciers sous les numéros 3 et 4 n'ont pas encore fait l'objet d'une vérification.

Il convient d'examiner à ce stade uniquement les contestations en rapport avec la déclaration de créance inscrite au tableau des créanciers sous le numéro 1.

Déclaration de créance numéro 1 de (R.)

Le 27 mai 2020, (R.) a produit au passif chirographaire de la faillite pour le montant total de 21.758.893,70 EUR se composant d'un montant de 17.516.645.-EUR + intérêts du chef de « *souscription d'une obligation* » et d'un montant de 4.242.248,70 EUR + intérêts du chef de « *prêts de l'actionnaire* ». Cette déclaration de créance a été inscrite au tableau des créanciers sous le numéro 1.

Lors de la vérification des créances du 26 juin 2020, le curateur a contesté cette déclaration de créance dans son intégralité.

A l'audience du 12 octobre 2020, le **curateur** conteste la déclaration de créance au motif, principalement, que (R.) est l'associé de (S0C1.) et qu'en cette qualité il ne saurait faire partie de la masse des créanciers. Il expose que (R.) a souscrit 28.000 des 34.000 parts sociales de la Société et que les 6.000 parts restantes ont été souscrites par la société de droit italien (S0C2.) Srl, dont (R.) est également devenu l'associé unique suivant convention de cession de parts sociales du 19 avril 2013. Il soutient que l'associé ne peut faire partie des créanciers externes en vertu d'une jurisprudence constante et conclut au rejet de la déclaration de créance du passif de la société.

A titre subsidiaire, le curateur conteste le bien-fondé de la déclaration de créance.

Il soutient d'abord que R.) ne fournit pas la preuve de la réalité de la souscription des obligations en exécution de l'acte intitulé « *Instrument creating nominative Bonds* ». Il plaide qu'il n'est pas établi que la Société a émis des obligations en exécution de cet acte. Ni les obligations elles-mêmes, ni un versement en relation avec cette souscription de 17 millions d'euros ne sont versés.

Il soutient en outre que la « *balance des comptes généraux* » au 12/2018 jointe à la déclaration de créance n'a aucune valeur juridique ou comptable aux fins de faire reconnaître le bien-fondé de la créance en relation avec les comptes courants d'associé et qu'elle n'est pas opposable à la masse. Il précise que le bilan de SOC1.) n'a pas été approuvé par une assemblée générale des associés et qu'il n'a pas été déposé et publié au registre de commerce et des sociétés. Il donne à considérer que R.), en sa qualité d'associé unique depuis le 19 avril 2013 et en sa qualité de gérant de la Société disposait des pouvoirs nécessaires pour régulariser la situation de la Société.

Il conclut au rejet de la déclaration de créance du passif de la faillite.

R.) réplique qu'il y a eu une confusion entre sa qualité d'associé et sa qualité de créancier en vertu de la souscription des obligations émises par la Société. Il fait plaider que même si l'associé ne peut pas être considéré comme faisant partie de la masse des créanciers en ce qui concerne des droits financiers résultant des parts sociales, il en est différent pour ce qui relève des droits financiers résultant d'un financement par voie d'obligations, c'est-à-dire d'un financement contractuel. L'obligataire dispose d'un droit de créance sur la société et se trouve dans une situation de prêteur vis-à-vis de celle-ci. Il soutient que sa créance ne résulte pas de sa qualité d'actionnaire, mais de sa qualité d'investisseur-tiers à l'actionnariat de SOC1.), de sorte qu'il y a lieu de l'admettre en vertu du principe de l'indépendance des qualités de créancier et d'actionnaire d'une société.

En ce qui concerne la créance en relation avec les comptes courants d'associés, il expose que les comptes courants d'associés s'analysent comme étant une créance au bénéfice de celui qui apporte le montant, indépendamment de sa qualité d'actionnaire ou d'associé. Il précise que l'apport en compte courant d'associés se distingue de l'apport en numéraire ou en nature ou de l'apport en capitaux propres non rémunérés par des titres dans la mesure où ces derniers entrent dans le capital de la société pour en constituer des fonds propres et où l'apport au compte courant est une avance consentie par un associé prenant la forme d'un prêt. Il rappelle le principe d'indépendance des qualités de créancier et d'actionnaire et conclut à l'admission de sa déclaration de créance.

R.) conclut à l'opposabilité de la balance des comptes généraux contenant l'inscription des comptes courants d'associés. Il expose que la balance des comptes généraux élaborée par la Société est opposable à la Société et que la publication de documents au registre de commerce et des sociétés rend ces documents publiés opposables aux tiers. Il en conclut que la balance des comptes généraux est opposable à la Société et donc indirectement au curateur.

Motivation

L'article 496 du Code de commerce prévoit que les créanciers doivent déposer au greffe leurs déclarations de créance avec leurs titres, c'est-à-dire les preuves écrites

qui existeraient et qui justifieraient leur créance. En effet, les règles de preuve applicables en matière d'admission de créance sont les mêmes que celles qui valent pour la preuve en justice.

Le créancier, demandeur en admission au passif, porte la charge d'établir le fondement de sa demande. A défaut de produire des titres probants ou d'indiquer des éléments vérifiables, le créancier verra sa créance contestée (cf. Cloquet, Les Nouvelles, Droit commercial, Tome IV, éd. 1965, n^{os} 1748 et 1974).

Quant au montant de 4.242.248,70 EUR du chef de « prêts de l'actionnaire »

R.) se déclare créancier au titre de « prêts de l'actionnaire » d'un montant de 4.242.248,70 EUR.

Le compte courant d'associé est une création de la pratique qui permet aux associés de financer une société, en complément de leurs apports. Il est utilisé dans les groupes de sociétés, pour en gérer la trésorerie, ou pour remédier à l'insuffisance des fonds propres et à la rigidité de leur régime juridique. La Cour de cassation française a posé un principe d'indépendance entre les qualités d'associé et de créancier : bien que l'apport et l'avance en compte courant soient consentis par la même personne, celle-ci agit, dans le premier cas, en qualité d'associé et, dans le second, en celle de créancier. Le principe d'indépendance des qualités d'associé et de créancier interdit à la personne morale de déduire aucune exception du contrat de société, y compris l'affectio societatis, pour suspendre l'exécution du contrat de prêt qui la lie parallèlement à son associé. Conformément au droit commun des obligations, en l'absence de terme stipulé, l'avance consentie par l'associé constitue un prêt à durée indéterminée : chacune des parties disposant de la faculté de rompre unilatéralement le contrat à tout moment, le prêteur peut requérir un remboursement à vue. Aussi la Cour de cassation affirme-t-elle régulièrement le droit de l'associé au remboursement immédiat de son avance en compte courant, à défaut de stipulation contraire.

Par l'avance consentie, l'associé ajoute à sa qualité celle de créancier de la société et les rapports juridiques qu'il entretient avec elle à ce titre doivent être soigneusement distingués de ceux qui sont liés à sa qualité d'associé. En dehors de la question fondamentale du droit au remboursement, les applications de cette dissociation rigoureuse de l'associé et du créancier sont nombreuses. Ainsi, si l'associé est remboursé après désintéressement des chirographaires en cas de faillite, le créancier entre en concurrence avec eux.

Il est ainsi admis que l'associé peut avoir prêté de l'argent à la société dont il fait partie. Il peut produire de ce chef, une créance à la faillite de la société (cf. Cour, 9 juin 2020, n°2019-00364 du rôle, Cour 28 juillet 2020, n°2019-00449 du rôle et les références y citées).

Contrairement aux développements du curateur, en vertu du principe de l'indépendance des qualités d'associé et de créancier, il faut retenir que la qualité d'associé n'empêche pas R.) de produire une créance relative à ses apports en compte courant d'associé.

A l'appui de ce poste de sa déclaration de créance, R.) verse la balance des comptes généraux de 5001.) pour établir le bien-fondé de sa créance de 4.242.248,70 EUR (pièce 2 de Maître Maillet).

Le curateur conteste le bien-fondé de la créance et expose qu'à défaut de publication des comptes au registre de commerce et des sociétés, ces comptes ne sont pas opposables à des tiers et ne lui sont pas opposables.

Conformément aux principes régissant la charge de la preuve, il appartient à R.) de prouver le bien-fondé de sa créance de 4.242.248,70 EUR.

Dans la balance des comptes généraux de la Société établie pour la « période 12/2018 », sous la référence « 47221 », sont indiqués le nom de « R.) », ainsi qu'un solde de « 4.202.248,70 C ».

Conformément aux développements du curateur, les comptes de la Société n'ont pas été approuvés par l'assemblée générale des actionnaires, ni publiés dans les formes légales.

A défaut de publication des comptes, les comptes, et ainsi la balance des comptes généraux de la Société, dont fait état R.) , n'est opposable ni aux tiers, ni au curateur qui a qualité de tiers dans ce cas (cf. Cour, 23 janvier 2019, n° 44454 du rôle). En effet, il est admis que le curateur agit aux droits de la masse, notamment, lorsqu'il oppose à celui qui se prévaut d'un acte, le défaut d'accomplissement des formalités qui le rendraient opposable à tous, ou qui rendraient sa date certaine, selon le droit commun (cf. A. Cloquet, Les Nouvelles, Dr.com., Tome IV, n°2166).

Face aux contestations du curateur, la balance des comptes généraux de décembre 2018, bien qu'elle se réfère à un apport en compte courant d'actionnaire, ne peut établir à elle-seule l'apport en compte courant d'associé du déclarant.

Le tribunal relève encore que le document comptable versé en cause est daté de décembre 2018 et que le déclarant ne verse aucun document comptable récent permettant d'établir la créance du déclarant au jour du dépôt de la déclaration de créance le 27 mars 2020.

Le tribunal relève en outre que lors de l'audience des plaidoiries, R.) ne fournit aucune explication sur les circonstances ayant entouré le prêt de 4.202.248,70 EUR à la Société. Il n'établit pas non plus que le montant de 4.202.248,70 EUR a été remis par le déclarant à la Société. Aucune pièce n'est versée à ce sujet.

A défaut d'autres éléments, la balance des comptes généraux de décembre 2018 ne saurait, face aux contestations du curateur, établir à lui seul l'existence de la créance à l'égard de la faillite.

Conformément aux conclusions du curateur, il y a lieu de rejeter du passif de la faillite la déclaration de créance inscrite au tableau des créanciers sous le numéro 1 de R.) pour le montant de 4.202.248,70 EUR.

Quant au montant de 17.516.645.- EUR du chef de « *souscription d'une obligation* »

R.) se déclare créancier au titre de la souscription d'une obligation de 17.516.645.- EUR émise par SCC1.) .

L'obligataire dispose d'un droit de créance sur la société et se trouve vis-à-vis de la société dans une situation de prêteur. Il n'est donc pas un associé espérant toucher un dividende, mais un simple créancier percevant normalement des intérêts. (cf. A. Steichen, Précis de droit des sociétés, 5^{ème} revue, 2017, p. 372)

Contrairement aux développements du curateur, en vertu du principe de l'indépendance des qualités d'associé et de créancier développé au point précédent, il faut retenir que la qualité d'associé n'empêche pas R.) de produire une créance en sa qualité d'obligataire.

Pour justifier le bien-fondé de sa créance, R.) s'appuie sur le document intitulé « *Instrument creating nominative bonds* ».

Conformément aux principes régissant la charge de la preuve, il appartient à R.) de prouver la souscription à l'obligation émise par la Société.

Suivant le document « *Instrument creating nominative bonds* » du 9 janvier 2012, SCC1.) pouvait émettre des obligations nominatives d'une valeur de 17.516.645.- EUR et la période de souscription a commencé le 9 janvier 2012 et s'est terminée le 8 avril 2012.

Il ne résulte pas des renseignements fournis que la Société a effectivement émis des obligations pour ce montant. Il n'est pas non plus établi que R.) a souscrit à une obligation émise ou qu'il a apporté le montant de 17.516.645.- EUR à la Société. Le déclarant ne verse d'ailleurs ni l'obligation émise, ni aucun document en relation avec le paiement du prix de l'obligation émise.

Dans ces circonstances, et à défaut d'autres éléments, le document intitulé « *Instrument creating nominative bonds* » du 9 janvier 2012 ne permet pas d'établir que le déclarant a souscrit à une obligation de 17.516.645.- EUR émise par la Société.

R.) reste partant en défaut d'établir l'existence de la créance invoquée.

Conformément aux conclusions du curateur, il y partant a lieu de rejeter du passif de la faillite la déclaration de créance inscrite au tableau des créanciers sous le numéro 1 de R.) pour le montant de 17.516.645.- EUR.

Par ces motifs :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, quinzième chambre, siégeant en matière commerciale, après avoir entendu Madame la Vice-présidente en remplacement du juge-commissaire dûment empêchée, en son rapport oral,

disjoint les contestations portant sur les déclarations de créance inscrites au tableau des créanciers sous les numéros 3 et 4,

en **réserve** les frais,

rejette du passif de la faillite la déclaration de créance numéro 1 de R.) dans son intégralité,

autorise le curateur à poursuivre les opérations de faillite en vue de la clôture,

laisse les frais à charge du déclarant.