Arrêt commercial - faillite

Audience publique du quatre mars deux mille neuf.

Numéro 34218 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Carlo HEYARD, premier conseiller;
Annette GANTREL, première conseillère;
Jean ENGELS, avocat général;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

AAA, *ouvrière, demeurant à XXX,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg du 13 octobre 2008,*

comparant par Maître Roy REDING, avocat à Luxembourg ;

e t :

BBB, *ayant eu sa dernière adresse connue à YYY, où il a été rayé d'office, ayant exploité un commerce sous l'enseigne CCC à ZZZ,*

intimé *aux fins du prédit exploit SCHAAL,*

n'ayant pas constitué avoué.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit de l'huissier de justice Guy Engel du 25 juillet 2008, AAA a assigné en faillite BBB, faisant le commerce sous la dénomination « CCC », exposant :

- qu'un commandement de payer avait été signifié au défendeur le 8 février 2008 afin d'obtenir le règlement de la somme de 20.017,34 € à titre d'arriérés de salaires, d'indemnités compensatoires de préavis et pour jours de congé non pris, de dommage matériel et moral accru à AAA suite à son licenciement abusif et d'une indemnité de procédure de 300 € (cf : jugement du tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette du 17 décembre 2007), le tout augmenté des intérêts, frais et intérêts de retard ;
- que ce commandement de payer est resté infructueux ;
- qu'un procès-verbal de saisie-exécution fut dressé le 26 février 2008 converti en acte de carence le 3 juin 2008.

Par jugement du 26 septembre 2008, le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, statuant par défaut à l'égard de BBB, a déclaré la demande non fondée et a laissé les frais de l'instance à charge de AAA.

De ce jugement, AAA a relevé appel par exploit de l'huissier de justice Frank Schaal du 13 octobre 2008.

Pour statuer comme ils l'ont fait, les juges de première instance ont :

- constaté que BBB n'est pas inscrit au registre de commerce en tant que commerçant ;
- relevé que suivant courrier de l'Administration des Douanes et Accises du 15 septembre 2008, BBB a exploité un *débit* sous l'enseigne « CCC » à ZZZ, du 20 janvier 2003 au 6 février 2008, ce grâce à une concession de cabaretage mise à sa disposition par différentes brasseries ;
- dit qu'*indépendamment du fait qu'une telle concession de cabaretage ne saurait à elle seule valoir comme preuve de la qualité de commerçant de BBB en l'absence de toute indication sur l'activité commerciale réelle exercée par ce dernier, il y a unanimité pour admettre que, pour apprécier la qualité de commerçant, les six mois doivent se compter, non du jour d'une éventuelle demande en faillite, mais du jour du jugement sur la demande* ;
- relevé que plus de six mois se sont écoulés depuis la fin de la concession de cabaretage – 6 février 2008 – et le prononcé du jugement actuellement entrepris ;
- rejeté l'attestation testimoniale de DDD pour défaut de pertinence ;

- dit qu'*il n'est pas établi à suffisance de droit que BBB ait accompli des actes de commerce à titre habituel pendant les six derniers mois.*

A l'appui de son appel, AAA fait valoir que *les premiers juges ont à tort décidé que le délai de six mois antérieurement à la déclaration en faillite, au cours duquel le défendeur à l'action devait encore être commerçant, s'entendait à compter du jour du prononcé et non à compter du jour de l'assignation en faillite* ; que décider ainsi signifierait que *le demandeur à l'action serait tributaire des aléas de l'administration judiciaire pour obtenir gain de cause et la mise en faillite de son débiteur récalcitrant* ; que les conditions de mise en faillite doivent exister au jour de l'assignation en faillite, *et pour autant que le défendeur n'est plus commerçant à cette date, six mois avant cette date.*

Pour démontrer que BBB *était bien commerçant au plus tôt le 25 janvier 2008,* AAA se prévaut du certificat de cabaretage aux termes duquel l'intimé a exploité le *débit*, pré-mentionné, jusqu'au 6 février 2008.

L'appelante conclut – par réformation du jugement entrepris – à voir déclarer BBB en état de faillite personnelle et à voir mettre à sa charge les frais et dépens des deux instances.

Discussion

L'article 437 alinéa 1er du Code de commerce dispose que *tout commerçant qui cesse ses paiements et dont le crédit se trouve ébranlé est en état de faillite.*

L'alinéa 2 ajoute que *celui qui n'exerce plus le commerce peut être déclaré en faillite, si la cessation de ses paiements remonte à une époque où il était encore commerçant.*

Conformément à l'article 442 du même code, l'époque à laquelle a eu lieu la cessation de paiements ne peut, sauf exception portée à l'article 613, être fixée à une date de plus de six mois antérieurs au jugement déclaratif de la faillite.

C'est le demandeur en faillite qui doit prouver que, dans les six mois qui précèdent le jugement, le débiteur a possédé la qualité de commerçant (Répertoire pratique du droit belge, Tome V, v. Faillite et Banqueroute).

L'ouverture d'une faillite ne peut donc jamais, au vœu des articles précités, être fixée à une date antérieure de plus de six mois au jugement déclaratif de la faillite (Pandectes Belges 42, v. Faillite).

Ainsi, la loi défend de remonter à plus de six mois avant le jugement déclaratif de la faillite.

L'argumentation de AAA, consistant à dire qu'il y a lieu de tenir compte *d'un délai de six mois antérieur à l'assignation en faillite* est erronée au regard du texte même de la loi qui dit que l'époque à laquelle a eu lieu la cessation de paiements ne peut être fixée à une date de plus de six mois antérieure *au jugement déclaratif de la faillite* (Pandectes Belges 42, v. Faillite no 92).

Les juges de première instance sont dès lors à confirmer purement et simplement en ce qu'ils ont dit que les six mois doivent se compter, non du jour d'une éventuelle demande en faillite, mais du jour du jugement sur la demande en faillite, et en ce qu'ils ont constaté qu'en l'espèce un délai dépassant les six mois s'est écoulé entre la date de la cessation de la concession de cabaretage, pré-mentionnée, et le jugement déclaratif de la faillite.

Par ailleurs, abstraction faite du problème lié à la fixation de l'époque de la cessation de paiements, la Cour se doit de relever que le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette a, dans le dispositif de son jugement du 17 décembre 2007, condamné non pas BBB en son nom personnel mais BBB s.à r.l. à payer à AAA le montant de 18.787,93 €, de sorte que l'on peut légitimement se poser la question si BBB a effectivement posé des actes de commerce en son nom personnel et en a fait sa profession habituelle.

Il suit de toutes ces considérations que l'appel de AAA est à déclarer non fondé.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant par défaut à l'égard de BBB, sur rapport du magistrat de la mise en état, le Ministère public entendu en ses conclusions,

reçoit l'appel ;

le dit non fondé ;

confirme le jugement entrepris ;

condamne AAA aux frais et dépens de l'instance d'appel.