Arrêt commercial - faillite

Audience publique du vingt-neuf avril deux mille neuf.

Numéro 33664 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 :

***la société anonyme AAA**, établie et ayant son siège social à UUU, inscrite au Registre de Commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son gérant actuellement en fonctions,*

***appelante** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLE d'Esch-sur-Alzette du 30 avril 2008,*

comparant par Maître Michel MOLITOR, avocat à Luxembourg ;

e t :

***1) Maître Claude SPEICHER,** avocat I, demeurant à Diekirch, pris en sa qualité de curateur de la faillite de la société AAA préqualifiée, déclarée sur assignation par jugement du Tribunal d'arrondissement de et à Diekirch, siégeant en matière commerciale, en date du 9 avril 2008,*

***intimé** aux fins du prédit exploit GALLE,*

comparant par lui-même ;

2) le CENTRE D'INFORMATIQUE, D'AFFILIATION ET DE PERCEPTION DES COTISATIONS DE LA SECURITE SOCIALE, CENTRE COMMUN DE LA SECURITE SOCIALE, *établissement public en vertu de l'article 320 du Code des assurances sociales, établi à L-1471 Luxembourg, 125 route d'Esch, représenté par le Président de son comité-directeur actuellement en fonctions,*

intimé *aux fins du prédit exploit GALLE,*

comparant par Maître James JUNKER, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Procédure

Par exploit de l'huissier de justice Alex Mertzig du 27 septembre 2007, le CENTRE COMMUN DE LA SECURITE SOCIALE a assigné la société à responsabilité limitée AAA en faillite au motif que des arriérés de cotisations sociales se chiffrant suivant décompte du 24 septembre 2007 au montant de 13.729,15 € restaient impayés.

A l'audience publique du 17 octobre 2007, la gérante de AAA a demandé un délai de paiement.

Le 20 novembre 2007, AAA a versé sur un compte tiers le montant de 15.000 € en règlement de sa dette envers le CENTRE COMMUN DE LA SECURITE SOCIALE.

L'affaire fut réappelée à l'audience publique du 17 mars 2008 lors de laquelle le CENTRE COMMUN DE LA SECURITE SOCIALE a demandé la mise en faillite de AAA sur base d'un décompte du 17 mars 2008 documentant des arriérés de cotisations sociales impayés d'un montant total de 5.680,90 € se rapportant aux mois d'octobre 2007 à février 2008.

Par jugement du 9 avril 2008, le tribunal de Diekirch a déclaré AAA en faillite sur assignation.

Pour statuer ainsi, le tribunal a dit :

- que malgré *le paiement d'un montant substantiel en décembre 2007, la société assignée éprouve actuellement de nouveau de graves problèmes de trésorerie* ;

- que *le versement d'un dernier acompte de 300 € le 3 mars 2008* (… …) *n'est pas de nature à ébranler la conviction du tribunal que ladite société se trouve en état de cessation des paiements.*

De ce jugement, AAA a relevé appel par exploit d'huissier du 30 avril 2008.

L'appelante fait plaider que les juges de première instance – pour prononcer la faillite – se sont à tort basés sur *la contrainte exécutoire, le commandement à toutes fins ainsi que le procès-verbal de saisie-exécution converti en procès-verbal de carence du 10 septembre **2007***, alors que la dette visée par ces actes d'exécution avait été intégralement payée en novembre 2007.

L'appelante, qui admet l'existence d'*un certain désordre dans la gestion de ses affaires*, estime que les conditions de la faillite n'étaient pas réunies dans son chef au moment du jugement déclaratif de faillite du 9 avril 2008.

Pour démontrer que le non-paiement du montant de 5.680,90 € à titre d'arriérés de cotisations sociales n'est pas le résultat d'un désarroi général et irrémédiable de son activité commerciale, AAA se prévaut des éléments suivants :

- réalisation de deux paiements, l'un daté du 21 février 2008 d'un montant de 500 €, l'autre daté du 3 mars 2008 d'un montant de 300 € ;

- les avoirs en caisse journaliers afférents à la période du 20 février 2008 au 8 avril 2008 oscillaient entre 490 € et 885 € ;

- inexistence d'autres dettes au jour du jugement déclaratif de faillite.

AAA conclut que la gêne financière momentanée par elle éprouvée ne justifie pas sa mise en faillite. Elle ajoute que son crédit n'est pas davantage ébranlé, étant donné que la gérante BBB avait mis à sa disposition le montant de 15.000 € en règlement de sa dette envers le CENTRE COMMUN DE LA SECURITE SOCIALE.

L'appelante demande – par réformation du jugement entrepris – le rabattement de la faillite.

Elle réclame reconventionnellement le paiement du montant de 5.000 € en réparation du préjudice prétendument lui accru suite à la mise en faillite non justifiée ayant prétendument porté atteinte à son image commercial.

Elle sollicite en outre l'octroi d'une indemnité de procédure de 2.500 € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Le CENTRE COMMUN DE LA SECURITE SOCIALE conclut à la confirmation pure et simple du jugement a quo.

Il demande le rejet tant de la demande reconventionnelle que de celle tendant à l'obtention d'une indemnité de procédure.

Discussion

Dans sa requête du 23 avril 2008 tendant à la rectification d'une erreur matérielle qui s'est glissée dans le jugement du 9 avril 2008, AAA admet que l'affaire, après avoir été appelée à l'audience publique du 17 octobre 2007, a été remise à l'audience publique du 21 novembre 2007, du 19 décembre 2007 et du 19 mars 2008, date à laquelle l'affaire fut retenue pour plaidoiries.

Le jugement du 7 mai 2008, portant rectification partielle du jugement du 9 avril 2008, se lit – entre autres – comme suit :

« (… …) La partie défenderesse comparut à l'audience du 17 octobre 2007 par sa gérante, la dame BBB, et laissant défaut par la suite bien que reconvoquée par lettre recommandée du 12 mars 2008 (… …) ».

Que cette reconvocation ait visé l'audience publique du 19 mars 2008, n'est pas contesté.

AAA ne saurait dès lors sérieusement prétendre avoir été dans l'ignorance de la procédure pendante devant la juridiction de première instance en rapport avec l'assignation en faillite du 27 septembre 2007.

Conformément à l'article 437 du Code de commerce *tout commerçant qui cesse ses paiements et dont le crédit se trouve ébranlé est en état de faillite.*

Ces deux conditions doivent coexister au moment de la déclaration de faillite.

La cessation des paiements suppose impayées des dettes certaines, liquides et exigibles au jour du prononcé de la faillite.

L'ébranlement du crédit n'est qu'une modalité que la cessation des paiements doit revêtir pour justifier une déclaration de faillite.

Cette condition existe dès que le défaut de paiement d'une dette est de nature à provoquer une perturbation sérieuse des affaires

commerciales, à compromettre l'activité commerciale ou le gage commun des créanciers ou qu'il est la conséquence d'une situation compromettante pour l'ensemble des affaires du commerçant (cf : Revue des faillites 1952-1953 p. 310).

C'est au demandeur en déclaration de faillite à fournir la preuve que les conditions de la faillite sont réunies. Si cette preuve est rapportée, il appartient au débiteur de la renverser (cf : Les Novelles, Droit commercial, Les concordats et la faillite, Tome IV, numéro 221).

C'est au moment du prononcé du jugement déclaratif de faillite qu'il faut se placer pour apprécier la situation de fait rencontrée dans le jugement. Les événements ultérieurs sont, en principe, sans influence sur le bien jugé de la décision.

C'est à tort que AAA invoque l'apurement total de sa dette envers le CENTRE COMMUN DE LA SECURITE SOCIALE par le versement du montant de 15.000 € en date du 21 novembre 2007, alors que ce versement s'est révélé insuffisant pour couvrir les cotisations sociales échues des mois de septembre, d'octobre et de novembre 2007.

Si à l'audience du 17 octobre 2007, AAA a obtenu un délai de paiement pour régler sa dette envers le CENTRE COMMUN DE LA SECURITE SOCIALE, la moindre des choses aurait été qu'elle ait continué à payer, de manière ponctuelle, les cotisations sociales mensuelles à venir.

Force est cependant de constater qu'entre le 20 novembre 2007, date du paiement du montant de 15.000 €, et le 19 mars 2008, jour où l'affaire a été retenue pour plaidoiries, AAA a été dans l'impossibilité de faire face – de manière durable et continue – au règlement des termes courants des cotisations sociales.

Que AAA ait eu connaissance de sa dette envers le CENTRE COMMUN DE LA SECURITE SOCIALE, va sans dire, une facture mentionnant les cotisations sociales échues étant envoyée chaque mois aux entreprises engageant du personnel.

Le fait que AAA a disposé de quelques avoirs en caisse n'empêche pas qu'elle puisse être considérée comme étant en état de cessation des paiements si, de fait, elle ne paie pas ses dettes à leurs échéances.

Il ne s'agit pas dans le chef de AAA d'une simple impossibilité momentanée de payer une dette unique, mais d'un non paiement systématique de dettes prévisibles et obligatoires telles les cotisations sociales.

Que AAA ait payé les 21 février et 3 mars 2008 deux acomptes d'un montant total de 800 € s'avère peu relevant face à un terme courant s'élevant à 1.291,60 € par mois.

A cela s'ajoute que si la dette envers le CENTRE COMMUN DE LA SECURITE SOCIALE a constitué la seule dette échue, certaine et exigible au moment du jugement déclaratif de faillite, il n'en demeure pas moins que tel n'a été le cas qu'en apparence, d'autres créanciers – comme en témoignent les pièces du dossier – se sont tout simplement abstenus de se manifester ou d'agir en faillite.

On ne se trouve dès lors pas en présence d'une gêne financière momentanée accidentelle mais en présence d'un grave problème de trésorerie mettant AAA dans l'impossibilité de s'acquitter, à leurs échéances, des termes courants des cotisations sociales constituant des dépenses prévisibles pour tout commerçant.

Il ressort à suffisance de l'attitude du CENTRE COMMUN DE LA SECURITE SOCIALE que celui-ci n'est plus disposé à accorder un crédit supplémentaire à AAA.

Les conditions de la cessation des paiements et de l'ébranlement du crédit sont, par ailleurs, corroborées par la faible importance de l'actif réalisé par le curateur (2.072,26 €). L'actif disponible ne suffit pas pour faire face à un passif nettement supérieur.

Il suit de toutes ces considérations que le jugement dont appel est à confirmer.

Tant la demande de AAA en obtention de dommages et intérêts que celle tendant à l'octroi d'une indemnité de procédure sont à rejeter.

PAR CES MOTIFS :

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

rejette les demandes de la société à responsabilité limitée AAA en obtention de dommages et intérêts et en obtention d'une indemnité de procédure ;

met les frais de l'instance d'appel à charge de la masse ;

ordonne la distraction au profit de Maître James JUNKER qui la demande, affirmant avoir fait l'avance des frais et dépens.