Arrêt commercial - faillite

Audience publique du vingt janvier deux mille dix.

Numéro 35035 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Carlo HEYARD, premier conseiller;
Théa HARLES-WALCH, conseillère;
Jean ENGELS, avocat général;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

AAA, *restaurateur, né ……., demeurant actuellement à UUU, déclaré en état de faillite par jugement n° 48/2009 du 18 février 2009 par le tribunal d'arrondissement de et à Diekirch,*

appelant *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Gilbert RUKAVINA de Diekirch du 8 juillet 2009 et aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 9 juillet 2009,*

comparant par Maître Claude PENNING, avocat à Luxembourg ;

e t

1) Maître Pascale HANSEN, *avocat I, demeurant à Diekirch, prise en sa qualité de curateur de la faillite de AAA,*

intimée *aux fins du prédit exploit RUKAVINA,*

comparant par elle-même ;

2) le CENTRE D'INFORMATIQUE, D'AFFILIATION ET DE PERCEPTION DES COTISATIONS DE LA SECURITE SOCIALE, *en abrégé CENTRE COMMUN DE LA SECURITE SOCIALE,*

établissement public en vertu de l'article 320 du Code des Assurances Sociales, représentée par le Président de son comité-directeur actuellement en fonctions, établi à L-1471 Luxembourg, 125 route d'Esch,

***intimée** aux fins du prédit exploit ENGEL,*

comparant par Maître François GENGLER, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Statuant sur une assignation en faillite dirigée par le Centre Commun de la Sécurité Sociale contre AAA, le tribunal d'arrondissement de Diekirch a, par un jugement rendu le 18 février 2009 par défaut contre AAA, déclaré celui-ci en état de faillite.

Par exploits d'huissier du 9 mars 2009 AAA a relevé opposition contre ce jugement.

Par jugement rendu le 29 avril 2009, le tribunal a déclaré cette opposition recevable, mais non fondée et a dit que le jugement dont opposition sortira ses pleins et entiers effets.

Par exploits d'huissier des 8 et 9 juillet 2009 AAA a relevé appel du jugement du 18 février 2009 et de celui du 29 avril 2009, non signifié.

L'appelant fait valoir qu'au moment où l'assignation en faillite a été lancée contre lui il se trouvait au Maroc avec sa famille, qu'il n'a donc pas été touché par cette assignation et ne s'est pas présenté à l'audience du tribunal d'arrondissement de Diekirch. Il reproche aux premiers juges de ne pas avoir usé de la faculté d'ordonner la réassignation du défendeur qui ne comparaît pas, prévue par l'article 81 du nouveau code de procédure civile, alors que, selon l'appelant, cette mesure aurait été de mise dans une matière aussi grave qu'une demande en faillite.

Selon l'appelant, il a en l'occurrence été privé des droits les plus élémentaires de la défense et a été mis dans l'impossibilité absolue de fournir au tribunal tous renseignements sur la marche de ses affaires et sur sa situation financière, dont sans nul doute le tribunal aurait tiré la conséquence que la demande en faillite n'était pas justifiée.

Il conclut donc à l'annulation, pour violation des droits de la défense, du jugement déclaratif de faillite du 18 février 2009 et de tous les actes de procédure qui s'en sont suivis.

Un jugement rendu par défaut ne peut être annulé du seul fait que le tribunal ayant rendu ce jugement n'a pas fait usage d'une simple faculté lui réservée par la loi.

Par ailleurs AAA n'a pas été mis dans l'impossibilité de faire valoir ses droits étant donné qu'il a relevé opposition contre le jugement du 18 février 2009 et a pu fournir les renseignements sur sa situation et faire valoir ses arguments et que le jugement rendu sur opposition le 29 avril 2009 l'a été après examen de ces renseignements et arguments.

Le moyen de nullité n'est dès lors pas fondé.

L'appelant fait grief aux premiers juges d'avoir prononcé sa faillite en raison d'une seule dette impayée, à savoir des cotisations sociales de l'ordre de 13.000.- euros redues au Centre Commun de la Sécurité Sociale. Il soutient qu'en réalité il n'avait pas cessé ses paiements, qu'il n'était pas endetté vis-à-vis du fisc, qu'il payait régulièrement ses loyers ainsi que ses fournisseurs et qu'il respectait ses engagements bancaires résultant du crédit qu'il avait dû prendre dans l'intérêt de l'acquisition du fonds de commerce et de l'amélioration des lieux. Il reproche aux premiers juges de ne pas avoir tenu compte de ces moyens et de s'être limités à constater que le passif total déclaré s'élèverait à quelque 25.800.- euros, dont la moitié à titre privilégié, tout en oubliant que ce passif, somme toute modique, n'est venu à échéance que parce que la faillite a été prononcée.

Le tribunal a bien pris en considération ces moyens, ainsi que l'affirmation de AAA, reproduite au jugement du 29 avril 2009, qu'il disposerait de moyens financiers suffisants pour payer sa dette auprès du Centre Commun.

Il a toutefois également relevé que le Centre Commun affirme que sa créance n'est pas encore réglée et que AAA est en défaut de rapporter la preuve d'avoir effectivement à sa disposition les fonds nécessaires pour régler sa dette auprès du Centre Commun.

Après avoir rappelé que la cessation des paiements apparaît lorsque l'actif disponible ne permet plus de couvrir le passif exigible, qu'elle peut être définie comme l'impossibilité de faire face, dans un délai raisonnable proche, et avec des moyens financiers normaux, à des engagements commerciaux devenus exigibles, le tribunal a retenu qu'en l'espèce AAA n'est pas à même de présenter un actif disponible à court terme et suffisant pour combler le passif exigible, ni un autre moyen de paiement qui permettrait de contrebalancer le passif. Il en a déduit que la cessation de paiement et l'ébranlement de crédit se trouvent établis à suffisance de droit.

La Cour constate que la créance qu'a fait valoir le Centre Commun de la Sécurité Sociale à l'appui de son assignation en faillite du 29

janvier 2009 provient de cotisations sociales restées impayées depuis mars 2007. Les cotisations sociales constituent des dépenses courantes prévisibles pour tout commerçant et leur non-paiement pendant une période de près de deux ans dénote l'impuissance du commerçant de faire face à ses engagements.

Ainsi qu'il est encore relevé dans le jugement du 18 février 2009 le Centre Commun a, sur base d'une contrainte exécutoire du 12 septembre 2008, fait signifier le 24 octobre 2008 à AAA un commandement à toutes fins, que le 16 décembre 2008 l'huissier Gilbert Rukavina a dressé un procès-verbal de saisie-exécution converti en procès-verbal de carence.

Nonobstant les procédures engagées AAA n'a pas réglé sa dette.

Le non-paiement d'une seule dette certaine, liquide et exigible suffit pour établir la cessation de paiement (Les Novelles, Droit commercial, T.IV, n° 217).

Il faut d'autre part retenir l'ébranlement du crédit de l'appelant. En effet, du seul fait de l'assignation en faillite lancée par le Centre Commun, on ne peut déceler dans le chef de ce créancier une quelconque volonté d'accorder un crédit supplémentaire à AAA. Il résulte d'autre part des conclusions prises en instance d'appel par le curateur que le passif de la faillite s'élève à un total de 86.509,02 euros. Il est vrai que ce passif n'est venu à échéance que du fait de la faillite, mais il n'en demeure pas moins qu'il existe et en présence d'un passif de cette importance et du défaut de toute réaction aux procédures d'exécution engagées par le Centre Commun, il faut admettre, à défaut de preuve contraire non rapportée en l'espèce, que AAA n'était plus en mesure de se procurer le crédit nécessaire au règlement de la créance du Centre Commun.

A l'audience du 9 décembre 2009 où l'affaire a été fixée pour rapport et plaidoiries, AAA a demandé au magistrat de la mise en état de révoquer l'ordonnance de clôture en faisant valoir qu'un élément grave a été découvert dans le dossier, justifiant le renvoi de l'affaire dans une nouvelle conférence de mise en état. Le magistrat de la mise en état a décidé de soumettre la demande de l'appelant à la formation collégiale de la Cour qui pourrait, le cas échéant, prononcer la rupture du délibéré et la révocation de l'ordonnance de clôture.

D'après le dispositif de sa demande de révocation de l'ordonnance de clôture AAA se prévaut de deux éléments justifiant d'après lui cette demande.

Il fait valoir en premier lieu que dans le procès-verbal de saisie-exécution converti en procès-verbal de carence du 16 décembre 2008, sur lequel le tribunal s'est basé dans son jugement du 18 février 2009 pour prononcer la faillite, l'huissier Gilbert Rukavina, chargé de

procéder à la saisie des meubles et effets mobiliers de AAA, a noté *"mais attendu qu'il m'a déclaré ne posséder aucun bien mobilier de valeur j'ai dressé le présent procès-verbal de carence pour servir et valoir ce que de droit".* Selon AAA, il résulte toutefois des conclusions du curateur qu'il était propriétaire du mobilier garnissant le café et le restaurant exploité par lui. Soutenant qu'il n'a jamais fait à l'huissier la déclaration consignée dans le procès-verbal du 16 décembre 2008, il demande acte qu'il se réserve le droit de déposer plainte au pénal contre l'huissier pour faux en écritures publiques.

Abstraction faite de ce que la Cour se demande quelle raison aurait pu avoir l'huissier chargé d'exécuter la créance du Centre Commun, d'acter la susdite déclaration de AAA, si elle ne lui avait pas été faite par ce dernier, la question de savoir si le mobilier garnissant le restaurant de l'appelant était sa propriété ou non n'a pas d'incidence sur son état de cessation de paiement.

En effet, la solvabilité ne peut être démontrée par l'existence d'avoirs, tels que moyens d'exploitations, fonds de commerce et même stocks, puisqu'ils ne sont pas destinés à couvrir les dettes courantes (Novelles, op. cit. n° 207).

Dans sa demande en révocation de l'ordonnance de clôture AAA demande encore acte qu'il se réserve de déposer plainte contre le curateur de la faillite pour escroquerie à jugement.

Il soutient que le curateur, à un moment où la procédure en rabattement de la faillite était en cours, sollicita contre tout bon sens l'autorisation de vendre le fonds de commerce de l'appelant, que le propriétaire des lieux avait pourtant convenu avec l'appelant que celui-ci pourrait reprendre l'exploitation du fonds de commerce dans les lieux loués une fois la faillite rabattue, qu'il avait même déclaré renoncer aux loyers venus à échéance après le jugement déclaratif de faillite, point qu'il avait confirmé dans une lettre adressée le 15 juin 2009 au curateur. Selon l'appelant, lors des plaidoiries devant le tribunal, qui ont eu lieu le 24 juin 2009, le curateur alla jusqu'à contester l'accord intervenu entre bailleur et locataire, alors qu'il était portant en possession de la lettre du 15 juin 2009 qu'il n'a pas produite, que le tribunal a toutefois pris la sage décision d'attendre l'issue de l'instance d'appel avant de statuer sur le mérite de l'autorisation de vendre pour ne pas causer à l'appelant un préjudice irrémédiable.

Concernant ces affirmations de l'appelant, la Cour constate que la requête en autorisation de vendre a été déposée par le curateur le 15 juin 2009, que l'acte d'appel de AAA contre le jugement du 29 avril 2009 n'a été signifié que les 8 et 9 juillet 2009. Dans le courrier du 15 juillet 2009 il n'est rien dit d'une possibilité pour AAA de reprendre le commerce dans les lieus loués après un rabattement de la faillite, le propriétaire informant le curateur que *"Monsieur AAA accepte de vider et de quitter les lieux pour le 01 juillet 2009 au plus tard et à titre*

définitif, et Madame BBB consent à ne pas réclamer au locataire les loyers impayés."

De toute façon les reproches adressés par l'appelant au curateur de la faillite et concernant l'exécution de la mission lui confiée, n'ont pas d'incidence sur le jugement ayant prononcé la faillite.

La demande de révocation de l'ordonnance de clôture n'est donc pas fondée.

Au vu des considérations qui précèdent les jugements entrepris sont à confirmer.

L'appelant, qui succombe dans son appel, est à débouter de sa demande basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement et sur le rapport du magistrat de la mise en état, le représentant du Ministère Public entendu en ses conclusions,

reçoit l'appel en la forme;

le dit non fondé et confirme les jugements entrepris;

déboute l'appelante de sa demande basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;

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