Arrêt commercial - faillite

Audience publique du vingt-cinq mai deux mille onze.

Numéro 36933 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Annette GANTREL, première conseillère;
Eliane ZIMMER, première conseillère;
Jean BBBS, avocat général;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

1) AAA, *employé, demeurant à UUU,*

2) BBB, *hôtelier-restaurateur-cafetier, demeurant à VVV,*

3) CCC, *agent immobilier, demeurant à WWW,*

agissant en leur qualité d'administrateurs de la société anonyme DDD S.A., anciennement DDD1 S.A., établie et ayant eu son siège social à XXX, mise en faillite par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 4 octobre 2010,

appelants *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 27 décembre 2010,*

sub 1) à 3) comparant par Maître Jean-Paul RIPPINGER, avocat à Luxembourg ;

e t :

1) Maître Anne DEVIN-KESSLER, *avocat I, demeurant à Luxembourg, prise en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme DDD S.A. préqualifiée,*

intimée *aux fins du prédit exploit BIEL,*

Maître Anne DEVIN-KESSLER comparant par elle-même ;

2) le CENTRE COMMUN DE LA SECURITE SOCIALE, *établissement public, établi à L-2975 Luxembourg, 125, route d'Esch, représenté par le Président de son comité-directeur actuellement en fonctions, inscrit au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro J 17,*

intimé *aux fins du susdit exploit BIEL,*

comparant par Maître Sam TANSON, avocat à Luxembourg.

3) Monsieur le Procureur d'Etat *près du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, Cité Judiciaire, Plateau du Saint-Esprit, Parquet du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, Bâtiments PL à L-2080 Luxembourg,*

intimé *aux fins du susdit exploit BIEL.*

LA COUR D'APPEL :

Par jugement rendu le 4 octobre 2010, le tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale, a, sur demande du CENTRE COMMUN DE LA SECURITE SOCIALE (ci-après CCSS), qui a fait état d'une créance de 11 303,29 €, déclaré en faillite la société anonyme DDD S.A., anciennement DDD1.

Sur opposition faite contre ce jugement par AAA, BBB et CCC en date du 13 octobre 2010, le tribunal d'arrondissement a dans son jugement rendu le 6 décembre 2010 dit l'opposition irrecevable à l'égard du Ministère Public, a reçu pour le surplus l'opposition et a dit que le jugement dont opposition sera maintenu et sortira ses pleins et entiers effets pour être exécuté suivant ses forme et teneur.

De ce jugement AAA, BBB et CCC ont régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 27 décembre 2010.

C'est à bon droit que les premiers juges ont reçu la tierce-opposition formée par les actuels appelants en leur qualité d'associés, respectivement administrateurs de la société DDD et qu'ils ont déclaré irrecevable l'opposition en tant que dirigée contre le Ministère Public qui n'a pas été partie au jugement de faillite.

Les appelants, concluant au rabattement de la faillite, font plaider que la société n'a plus eu aucune activité commerciale depuis le 13 octobre 2008,

date à laquelle s'est tenue une assemblée générale extraordinaire ayant transféré le siège social et changé la dénomination de la société et que c'est EEE, ancien administrateur de la société révoqué de ses fonctions, qui aurait exploité le café-DDD sous le couvert de la société DDD ; qu'il aurait empoché les recettes de la société, qu'il aurait sous de fausses qualités dénoncé le siège social et qu'il aurait mandaté sans autorisation du conseil d'administration la fiduciaire FFF pour engager du personnel et pour faire les déclarations d'entrée des salariés auprès de l'organisme de la sécurité sociale ; que par conséquent la société DDD ne saurait être tenue de s'acquitter des cotisations sociales pour des salariés qui n'auraient jamais travaillé pour la société DDD, mais pour EEE. Ils se réfèrent encore à une plainte déposée contre EEE pour faux et usage de faux en date du 3 octobre 2009 et concluent à l'ouverture d'une enquête pénale. Ils demandent par ailleurs l'institution d'une expertise aux fins de prouver que « *EEE a utilisé le nom de la société pour exploiter sous le couvert de celle-ci le café-DDD S.A. durant la période du 13 octobre 2008 jusqu'au prononcé de la faillite du 6 décembre 2010 ».* Selon les appelants les conditions de la faillite, ébranlement de crédit et cessation de paiement, ne seraient pas données dans la mesure où les dettes auraient été contractées par EEE ; par ailleurs ils renvoient au fait que la caution a entretemps commencé à payer la créance auprès de GGG.

Le CCSS conclut à la confirmation du jugement. Il fait valoir que la société est toujours inscrite au registre de commerce et qu'elle n'est pas dissoute, que les actuels administrateurs avaient depuis le 13 octobre 2008 tous les pouvoirs pour licencier et désaffilier le personnel et qu'ils pouvaient donner des instructions à la fiduciaire FFF. Il insiste sur le fait que les administrateurs étaient parfaitement au courant de l'engagement de personnel et des affiliations auprès de la sécurité sociale, en relevant entre autres que l'un des appelants en la personne de AAA a été affilié en tant que gérant salarié à partir du 2 juin 2009. Il estime que les autres salariés ont été régulièrement affiliés par la fiduciaire FFF, qui était déclarée auprès du CCSS comme étant l'organe désigné par la société pour faire les déclarations et que les salariés affiliés disposaient de contrats de travail avec la société DDD. Il relève encore qu'il n'y a eu aucune procédure légale qui a été mise en mouvement pour contester les affiliations. Concernant sa créance, il fait valoir que la dette de 11.369,14 € existe toujours et renvoie à la contrainte émise et estime que les appelants n'ont pas prouvé l'absence de cessation de paiement et d'ébranlement de crédit dans le chef de la société DDD.

Le curateur à la faillite conclut à la confirmation du jugement, en disant que l'actif de la société se limite à un avoir bancaire de 91,10 € insuffisant à régler les créances déclarées et que les appelants restent en défaut de prouver que les conditions de la faillite n'étaient pas données au jour du prononcé de la faillite.

Le Ministère Public conclut également au maintien de la faillite en estimant que les appelants ne prouvent pas l'absence de cessation de paiement et d'ébranlement de crédit. En ce qui concerne l'affaire pénale en cours à l'encontre d'EEE, il précise que celle-ci est toujours en instruction et qu'elle n'a pas d'incidence sur l'appréciation des conditions de la faillite.

En principe ne peut être déclaré en faillite que le commerçant et celui qui, ayant été commerçant, a cessé son activité depuis moins de 6 mois. Tel n'est cependant pas le cas pour la société commerciale tant qu'elle continue d'exister juridiquement. Ainsi peut être déclarée en état de faillite la société commerciale, même si depuis plus de 6 mois, elle a, en fait, cessé d'exercer le commerce (Novelles, tome IV, droit commercial, faillites et concordats, no 188).

Il résulte des pièces versées qu'une contrainte au montant de 8.070,96 € à charge de la société DDD a été émise du chef de cotisations, amendes et intérêts comptabilisés au 11 mai 2010 et rendue exécutoire le 12 juin 2010 ; que l'huissier chargé de l'exécution de cette contrainte a dressé un procès-verbal de carence en date du 7 juillet 2010.

Il en résulte encore que la société DDD a fait affilier ses salariés par sa fiduciaire et commissaire aux comptes fiduciaire FFF en 2009 et 2010, qui a été déclarée auprès du CCSS comme mandataire de la société. Il résulte plus précisément de la déclaration d'entrée que la fiduciaire a déclaré comme salarié l'actuel appelant AAA comme gérant salarié le 5 juin 2009. Les appelants ne prouvent donc pas que la fiduciaire n'a pas eu de mandat pour faire les déclarations auprès du CCSS et AAA, administrateur et associé, qui lui-même a été affilié par la fiduciaire, est malvenu de prétendre que les affiliations auraient été effectuées à son insu par la fiduciaire FFF sur ordre d'EEE. Ils ne prouvent pas non plus que la fiduciaire aurait commis une quelconque irrégularité en affiliant les salariés de la société DDD. La créance du CCSS est dès lors certaine et exigible à l'encontre de la société faillie et n'a d'ailleurs pas été réglée à ce jour.

La Cour constate, au vu des pièces produites par le curateur, que l'actif de la société est quasiment nul et est insuffisant pour régler les créances qui ont été déclarées, outre celle du CCSS de 11.369,14 €, pour les montants de 1.041,90 €, 476,61 €, 567,83 €, 159,09 € et 27.300,69 €. Contrairement à l'argumentaire des appelants, il y a lieu de considérer la créance de la GGG, qui a existé au moment du prononcé de la faillite et qui continue à exister en son principe, indépendamment du fait qu'entretemps la caution a été sollicitée pour rembourser la dette.

En ce qui concerne la plainte pénale qui a été déposée contre EEE le 3 octobre 2009 et qui est toujours en instruction, la Cour constate qu'elle a trait à une cession d'actions conclue prétendument de façon frauduleuse par EEE au préjudice d'HHH ; que la cession contiendrait 2 fausses indications sur la date de la cession et sur le prétendu paiement du prix de la cession.

Cette plainte, en ce qu'elle a pour objet la cession des parts sociales de la société et est relative à des prétendus actes de faux et d'usage de faux, respectivement d'abus de confiance, est étrangère à l'appréciation des conditions de la faillite.

Il est admis que la cause de la cessation de paiement est indifférente, le fait seul importe ; le tribunal ne doit pas rechercher quelles sont les circonstances

qui ont entraîné cet état (Novelles, précité, no 203). Il est dès lors irrrelevant de savoir qui a causé l'état d'insolvabilité de la société et dans cet ordre d'idées la demande en institution d'une expertise des appelants en vue de prouver qu' EEE a utilisé le nom de la société pour exploiter le café-DDD et a contracté les dettes de la société, est à rejeter comme étant non pertinente. Pour les mêmes motifs il y a lieu de rejeter la demande en communication du dossier au Ministère Public, d'autant qu'une procédure pénale est d'ores et déjà en cours.

Il se dégage de ce qui précède que les appelants n'ont pas établi l'absence de cessation de paiement et d'ébranlement de crédit. La Cour constate dès lors avec les premiers juges que l'état de faillite est donné.

Le jugement entrepris est à confirmer.

Il est inéquitable de laisser à charge du CCSS les frais non compris dans les dépens, dont les honoraires d'avocat ; l'indemnité de procédure allouée de ce chef est fixée à 900 €.

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 représentant du Ministère Public entendu en ses conclusions,

reçoit l'appel en la forme ;

le dit non fondé et confirme le jugement entrepris ;

condamne les appelants chacun à payer au CENTRE COMMUN DE LA SECURITE SOCIALE le montant de 300 € à titre d'indemnité de procédure ;

met les frais et dépens de l'instance d'appel à charge des appelants.