Arrêt commercial - faillite

Audience publique du quatre janvier deux mille douze.

Numéro 36733 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Marie-Anne STEFFEN, présidente de chambre;
Eliane ZIMMER, première conseillère;
Jean ENGELS, avocat général;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

le CENTRE COMMUN DE LA SECURITE SOCIALE, *établissement public autonome, établi à L-2975 Luxembourg, 125, route d'Esch, représenté par le Président de son comité-directeur actuellement en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Alex MERTZIG de Diekirch du 1er octobre 2010,*

comparant par Maître Joë LEMMER, avocat à Luxembourg ;

e t :

la société anonyme A S.A.*, établie et ayant son siège social à U, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du prédit exploit MERTZIG,*

comparant par Maître Patrice Rudatinya MBONYUMUTWA, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 27 octobre 2008 le Centre Commun de la Sécurité Sociale a assigné la société anonyme A devant le tribunal d'arrondissement de Diekirch pour s'entendre déclarer en faillite, faisant état d'une créance de 886.254,09 euros, constituée par des cotisations échues et des intérêts de retard.

Par jugement rendu le 30 septembre 2009 le tribunal a transmis le dossier au Ministère Public aux fins de rapport et de conclusions.

Par jugement rendu le 10 août 2010 le tribunal a dit la demande non fondée.

A l'appui de cette décision le tribunal, après avoir rappelé que la cessation des paiements se définit comme l'impossibilité constatée dans laquelle se trouve un débiteur de faire face à ses engagements et que l'ébranlement du crédit peut provenir tant de l'impossibilité pour le débiteur d'obtenir de l'argent frais pour payer ses dettes que du refus des créanciers de lui accorder des délais de paiement, a dit qu'il est cependant admis qu'une gêne financière momentanée, accidentelle, même prononcée, mais susceptible d'être surmontée, ne suffit pas à être constitutive d'une cessation de paiement.

Il a constaté qu'en cours de l'instruction de l'affaire la créance du Centre Commun, qui avait atteint à un certain moment le montant très élevé de 1.215.634,29 euros (solde au 15 janvier 2010) a sensiblement diminué au courant des mois subséquents, ne s'élevant au 9 juin 2010 qu'à 765.159,16 euros, que le représentant de la société A a relevé, affirmation non contestée par le Centre Commun, que le terme courant des cotisations, qui s'élève à quelques 80.000.- euros par mois, est régulièrement payé.

Concernant un ébranlement éventuel du crédit de la société A, le tribunal a constaté qu'une ouverture de crédit de 500.000.- euros lui a été consentie le 20 mai 2010 par la banque B, que par courrier du 5 mai 2010 le Ministère de l'Economie et du Commerce l'a informée que *"suite à l'analyse approfondie des paramètres économiques et financiers de votre société et des pistes de redressement esquissées"* une aide forfaitaire et remboursable de 500.000.- euros lui sera accordée sur base de la loi du 29 mai 2009 instituant un régime temporaire d'aide au redressement économique, que lors d'une assemblée générale du 5 mai 2010 une augmentation de capital par apport en numéraire a été décidée et que le 9 avril 2010 un accord-cadre de restructuration est intervenu entre la société A et la société anonyme C prévoyant un crédit de 1.400.000.- euros en faveur de A.

Au vu de ces éléments le tribunal a dit qu'il n'est pas établi que la société A soit en état de cessation de paiement, que par ailleurs son crédit n'est pas ébranlé, qu'une gêne financière momentanée, engendrée par une crise économique générale qui a secoué gravement le secteur des transports, n'a pas plongé la société dans un désarroi général et irrémédiable.

Il a ajouté que si le représentant de la société A a admis à l'audience que les salaires d'une partie de son personnel ne sont réglés qu'avec un certain retard, il a néanmoins relevé qu'au vu de la progression du chiffre d'affaires ces retards vont être résorbés.

Par exploit d'huissier du 1er octobre 2010 le Centre Commun de la Sécurité Sociale a régulièrement relevé appel de ce jugement.

L'appelant reproche aux premiers juges de ne pas avoir retenu qu'il y avait cessation de paiement et ébranlement de crédit dans le chef de la société A. Il fait valoir que suivant décompte au 16 septembre 2010 l'intimée lui redoit le montant de 808.402,16 euros, que la société ne dispose d'aucun actif réel et ne donne aucune garantie, comme cela résulte notamment d'un constat d'huissier du 7 octobre 2008. Il soutient que le non paiement des dettes de Sécurité Sociale est un élément caractéristique de la cessation de paiement, le Centre Commun de la Sécurité Sociale étant créancier privilégié qui devrait être payé en priorité.

La société A conteste qu'elle soit en état de cessation de paiement. Elle soutient qu'il y a continuité ininterrompue de paiements tant du terme mensuel courant que des arriérés. Elle renvoie à la motivation du jugement entrepris concernant les crédits lui accordés pour faire constater qu'il n'y a pas non plus ébranlement du crédit dans son chef. Elle fait valoir que des mesures importantes ont été prises au sein de l'entreprise afin de surmonter les problèmes rencontrés et que la société commence à regagner la confiance des clients et des fournisseurs. Elle verse à ce sujet des attestations testimoniales et formule une offre de preuve. Elle signale que les arriérés de salaire dont fait état le jugement du 10 août 2010 ont totalement été apurés.

Le représentant du Ministère Public renvoie aux paiements intervenus en instance d'appel en faveur du Centre Commun et conclut qu'on ne peut parler de cessation de paiements. Il demande la confirmation du jugement.

Un décompte au 30 septembre 2011 versé par le Centre Commun renseigne une dette de la société A de 449.510.- euros. D'après un décompte au 7 octobre 2011 la dette s'élève à 521.404 euros. Ainsi que le fait valoir la société A, cette augmentation est due au terme mensuel courant venu à échéance.

Depuis l'acte d'appel du Centre Commun la dette a donc diminué de plus de 300.000.- euros.

Il est vrai que cette réduction des arriérés est due pour partie à des remboursements de TVA dont a bénéficié la société A en cours d'instance d'appel. En ce qui concerne le crédit de 500.000.- euros accordé par l'Etat, longuement discuté par le Centre Commun, il a été payé en mai 2010 donc avant le jugement entrepris.

Concernant ce crédit le Centre Commun fait plaider que l'aide exceptionnelle accordée par l'Etat ne renseigne en rien sur la santé financière et économique de l'intimée et s'explique par la volonté du Ministère de l'Economie d'attirer

d'autres entreprises du groupe vers le Luxembourg. Ainsi qu'il résulte du courrier du 5 mai 2010 du Ministère de l'Economie, cette aide a toutefois été accordée suite à une analyse des paramètres économiques et financiers de la société et des pistes de redressement esquissés, qu'il faut en déduire que ce Ministère jugeait cette situation suffisamment rassurante pour l'accorder.

Le Centre Commun soutient encore qu'en utilisant cette aide pour payer les arriérés de cotisations, la société A a en quelque sorte détourné les fonds de l'Etat de leur objet, qui est celui d'un investissement et d'une implantation du groupe au Grand-Duché. Tout en constatant que l'aide accordée est une "aide au redressement économique" la Cour n'entrera pas dans cette discussion qui est sans intérêt pour le présent litige où il s'agit d'examiner si les conditions d'une mise en faillite de la société A sont remplies.

L'affirmation du Centre Commun que la société A n'arrive même pas à payer le terme courant des cotisations ne saurait être suivie. Si la dette de l'intimée a diminué à concurrence du montant ci-dessus indiqué, c'est parce qu'à côté des remboursements sur les arriérés le terme courant a été payé. La manière dont ces paiements interviennent, que ce soit directement ou par l'intermédiaire des indemnités de maladie qui sont retenues par le Centre Commun pour venir en déduction des cotisations dues, n'est dans ce contexte pas déterminant.

Il est vrai que la dette de la société A envers le Centre Commun reste importante – encore que cette importance est relativisée si on la compare avec le terme annuel courant des cotisations lequel s'élève à plus de 800.000.- euros. Mais au vu des remboursements intervenus dès avant le jugement entrepris et qui ont continué en instance d'appel, on ne peut pas dire que la société A se trouve en état de cessation de paiement.

Le Centre Commun fait plaider que maintenant que la société ne dispose plus de créance auprès de l'Administration de l'Enregistrement elle ne sera plus à même de régler le solde de sa dette et faire face aux cotisations à venir, ce qui prouve qu'elle est en état de cessation de paiement.

Les conditions exigées pour la mise en faillite s'apprécient toutefois au jour de la décision déclarative de faillite.

Ainsi que l'ont déjà fait les premiers juges dans leur jugement du 10 août 2010 la Cour doit constater à son tour qu'une cessation des paiements par la société A n'est actuellement pas donnée.

Concernant la condition d'ébranlement du crédit la société A fait valoir qu'outre les crédits déjà énoncés dans le jugement du 10 août 2010, il résulte des pièces versées par elle, notamment d'une offre du 24 juin 2011 émanant de la société D, confirmée par une commande du 3 août 2011, portant sur trois tracteurs au prix de leasing de 60 x 1.670.- euros + TVA, d'un avenant du 7 septembre 2011 au contrat de location longue durée conclu avec la société E, avenant portant sur une durée de 60 mois, et d'une renégociation de contrat obtenue par elle en décembre 2010 auprès de Foyer Assurances pour le

paiement échelonné sur une période de 24 mois de ses primes d'assurances, que la société A dispose encore de crédit auprès d'entreprises tierces.

Compte tenu de tous ces éléments la Cour retient qu'au demeurant les conditions d'une mise en faillite de la société A ne sont pas remplies.

Le jugement est partant à confirmer.

Au vu de cette confirmation du jugement entraînant la condamnation du Centre Commun aux frais de l'instance d'appel, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure est à rejeter.

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 Ministère Public entendu en ses conclusions,

reçoit l'appel en la forme;

le dit non fondé et confirme le jugement entrepris;

déboute le Centre Commun de la Sécurité Sociale de sa demande basée sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile et le condamne aux frais et dépens de l'instance d'appel.