Arrêt commercial - faillite

Audience publique du dix-huit janvier deux mille douze.

Numéro 38002 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Annette GANTREL, première conseillère;
Eliane ZIMMER, première conseillère;
Jean ENGELS, avocat général;
Jean-Paul TACCHINI, greffier.

E n t r e :

l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, *représenté par son Ministre d'Etat actuellement en fonction, établi à L-1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation, sinon par son Ministre des Finances actuellement en fonction, établi à L-1352 Luxembourg, 3, rue de la Congrégation, poursuites et diligences de Monsieur le Directeur de l'Enregistrement et des Domaines et/ou pour autant que de besoin par le Receveur de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines au bureau de la Recette Centrale, pour lesquels domicile est élu au bureau dudit Receveur à L-1651 Luxembourg, 1-3, avenue Guillaume,*

appelant *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Carlos CALVO d'Esch-sur-Alzette du 5 octobre 2011,*

comparant par Maître Julien BOECKLER, avocat à Luxembourg ;

e t :

la société anonyme A S.A. radiée*, ayant eu son siège social à U, ayant été inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..,*

intimée *aux fins du prédit exploit CALVO,*

n'ayant pas constitué d'avocat à la Cour.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 15 avril 2010, l'Etat du GRAND-DUCHE de Luxembourg, ci-après l'ETAT, a fait comparaître la société anonyme A devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour entendre prononcer sa mise en faillite.

Le tribunal, dans son jugement du 6 mai 2011, a déclaré cette demande irrecevable au motif que la société assignée a été liquidée, que la liquidation a été clôturée, que la société a été rayée en date du 27 novembre 2008 du registre de commerce et des sociétés et que son activité commerciale a cessé le 23 octobre 2008.

Selon le tribunal, pour être déclaré en faillite, il faut être commerçant, respectivement avoir été commerçant dans les six mois antérieurement à la déclaration de faillite ; la clôture de la liquidation consacre la fin de l'activité commerciale et le délai de six mois prévu à l'article 437, alinéa 3 du Code de commerce commence à courir à partir de la clôture de la liquidation.

De cette décision l'ETAT a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 5 octobre 2011.

L'ETAT fait valoir en instance d'appel que la dissolution de la société s'est faite sans phase de liquidation et sans nomination de liquidateurs conformément à l'article 143 de la loi sur les sociétés commerciales, que le recouvrement de la dette fiscale auprès des actionnaires, personnes de droit étranger, aurait été illusoire, que le notaire instrumentaire n'aurait pas procédé à la vérification sociale et financière de la société et surtout de la situation passive, que les droits des tiers ne seraient pas à suffisance garantis « *dans le cadre législatif incomplet en ce que la procédure de dissolution simplifiée, telle que visée par l'article 143 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales n'exige ni de vérifier l'état du passif de la société en voie de dissolution, ni de constituer une provision… ».* Il y aurait partant lieu de transposer au cas d'espèce le régime légal et jurisprudentiel selon lequel l'extinction de la personne morale vis-à-vis des tiers par la publication des résolutions de l'assemblée au registre de commerce et des sociétés ne serait pas absolue. En l'occurrence la prescription quinquennale de l'article 157 de la loi sur les sociétés commerciales aurait commencé à courir à partir du 28 novembre 2008, date de la publication de la radiation, de sorte que la prescription ne serait pas acquise à l'heure actuelle et que la demande en déclaration de faillite serait à déclarer recevable.

Le Ministère Public conclut à la confirmation du jugement entrepris.

Il est constant en cause que la société A a été dissoute et la liquidation clôturée par acte notarié du 16 octobre 2008 suivant la procédure simplifiée de dissolution; cet acte a été enregistré le 28 octobre 2008, publié le 3 décembre 2008, et la société a été rayée du registre de commerce et des sociétés en date du 27 novembre 2008.

Une société commerciale dissoute est réputée exister pour sa liquidation et conserve son caractère de société de commerce tant que sa liquidation n'est point clôturée ; c'est à bon droit que les premiers juges ont retenu qu'elle peut, jusqu'à la clôture de sa liquidation, et dans une période subséquente de six mois – ce délai s'expliquant par le fait que la cessation de paiement ne peut être fixée qu'à six mois au plus avant la déclaration de faillite par application des articles 437 et 442 du Code de commerce -, être déclarée en état de faillite (Cass. belge 8 mai 1930, Pas. 1930, I, page 202 ; note de J-G RENAULD sous Cass. 22 mars 1962, rev. crit. jur. belge, 1963, page 42). En effet, la clôture consacre la fin de l'activité commerciale et c'est à ce moment-là que prendra cours le délai de six mois.

Par la clôture de la liquidation, l'extinction de la société n'est pas absolue, la société continuant d'exister pour répondre des actions que les créanciers sociaux peuvent encore exercer contre elle en la personne de ses liquidateurs, aussi longtemps que la prescription n'est pas acquise par l'écoulement de cinq ans à partir de la publication de la clôture de la liquidation (art. 157 de la loi sur les sociétés commerciales). Elle continue dès lors à avoir une existence « passive », comme relevé par les premiers juges.

Contrairement à l'argumentation de l'appelant ci-avant exposée, l'article 157 précité est d'interprétation stricte et ne concerne que les actions où les liquidateurs agissent en cette qualité, et non les actions en déclaration de faillite (Novelles, les concordats et la faillite, troisième édition, no 191 ; trib com. Brux. 13 oct. 1951, rev. prat.soc.1956, no 4563).

La Cour note qu'il est toujours loisible à un créancier, qui estime que la décision de clôture a été prise en fraude de ses droits, de demander l'annulation de la décision de clôture et dans ce cas la société serait de nouveau réputée exister pour sa liquidation.

L'appel est dès lors à déclarer non fondé.

Au vu de l'issue du litige, la demande de l'ETAT en paiement d'une indemnité de procédure est à déclarer non fondée.

PAR CES MOTIFS :

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

confirme le jugement entrepris ;

déclare non fondée la demande de l'appelant en paiement d'une indemnité de procédure ;

condamne la partie appelante aux frais et dépens de l'instance d'appel.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Madame Irène FOLSCHEID, présidente de chambre, en présence de Monsieur Jean-Paul TACCHINI, greffier.