Arrêt commercial en matière de concordat préventif de la faillite

Audience publique du quatorze mars deux mille douze.

Numéro 38098 du rôle.

Composition :

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

Arrêt rendu sur appel de

***la société anonyme A S.A.**, déclarée en faillite en date du 21 décembre 2011, établie et ayant son siège social à U, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..., et son liquidateur **B,** demeurant à V,*

***appelants** aux termes d'une requête d'appel du 28 décembre 2011,*

comparant par Maître Régis MULLER, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par requête du 6 mai 2010 déposée au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, la société anonyme A S.A. en liquidation volontaire a demandé le bénéfice du concordat préventif par abandon d'actif.

Le tribunal, après avoir délégué l'un de ses magistrats pour vérifier la situation du débiteur concordataire et pour faire un rapport, a, au vu du rapport dressé par les experts C et D et déposé en juin 2011, ordonné la poursuite des opérations concordataires ainsi que la convocation des créanciers concordataires par ordonnance rendue le 19 octobre 2011.

Il résulte du procès-verbal de l'assemblé générale des créanciers du 29 novembre 2011 que les propositions concordataires faites par le débiteur, plus amplement détaillées aux points 1 à 5, ont été acceptées selon les règles de majorité requise.

Sur ce le tribunal a dans le jugement déféré du 21 décembre 2011 rejeté la demande en homologation du concordat préventif de faillite et a déclaré d'office en état de faillite la société A. Pour statuer ainsi le tribunal a dit en substance que :

- les créanciers non présents à l'assemblée sont censés adhérer à la demande pour le montant de leurs créances,
- il n'y a pas lieu de toiser les créances contestées étant donné qu'elles ne modifient pas les majorités à prendre en considération pour l'homologation,
- les conditions de majorité sont données,
- il lui appartient de vérifier si le véritable intérêt des créanciers ou des considérants tirés de l'ordre public ne s'opposent pas à l'homologation,
- la procédure concordataire ne présente aucun avantage pour les créanciers tiers , étant donné que ces créanciers devront supporter des frais plus importants que dans une faillite en devant notamment rémunérer les services du liquidateur de la société, sans en tirer un avantage, le pronostic optimiste par rapport aux procès à mener en Italie pour le recouvrement de créances ne se trouvant par ailleurs pas corroboré par les pièces,
- la question de l'intérêt public est liée étroitement à celle de la bonne foi et de la sincérité du débiteur,
- en se référant à un courrier de l'expert D du 28 septembre 2011, déposé au greffe le 30 septembre 2011, dans lequel il expose que plusieurs questions posées au liquidateur et aux représentants de la société dans le contexte de l'intervention des sociétés E et F qui semblent appartenir au même bénéficiaire économique et qui ont repris certains actifs sont restées sans réponse, ces points n'ont pas été élucidés de sorte que l'intérêt public s'oppose également à l'homologation du concordat,
- les conditions de la faillite, à savoir la cessation de paiement et l'ébranlement de crédit sont données et, par application de l'article 18 de la loi concernant le concordat préventif de la faillite, la faillite est à prononcer.

De ce jugement la société A et son liquidateur ont régulièrement relevé appel par requête déposée le 28 décembre 2011 au greffe du tribunal d'arrondissement.

La société A conclut à voir rabattre la faillite prononcée et à voir homologuer le concordat préventif de faillite.

En instance d'appel elle fait valoir que le concordat préventif serait dans l'intérêt des créanciers et qu'il ne serait pas démontré que la faillite se ferait à un coût moindre que celui du concordat préventif, étant donné que le recouvrement de la créance H nécessiterait également de poursuivre la procédure en Italie, que les frais et honoraires ne seraient pas pris en charge même partiellement par l'actionnaire G, que la créance de cet actionnaire ne serait pas subordonnée au désintéressement préalable des autres créanciers,

que les engagements de M. G quant à la subordination de créance et quant au paiement des frais étant seulement pris dans le cadre de la procédure concordataire.

Quant aux conditions de la bonne foi et de l'état malheureux, la société appelante conteste que la procédure de concordat soit contraire à l'intérêt public. Elle estime être un débiteur malheureux et de bonne foi dans la mesure où la dégradation de sa situation financière serait due aux difficultés irréversibles rencontrées par ses filiales opérationnelles, elles-mêmes dues à la détérioration des conditions économiques du secteur de la pharmacie en Italie. Elle se réfère par ailleurs à la décision du tribunal du 19 octobre 2011 ayant retenu que « *il ne paraît pas que le débiteur ne serait pas malheureux et de bonne foi »* et aux constatations de l'expert ayant retenu que *« les experts n'ont pas trouvé dans le cas d'espèce d'éléments permettant de conclure que le requérant ne soit pas malheureux et de bonne foi. »* Elle dit ne pas être au courant de la lettre précitée de Maître D déposée au greffe du tribunal le 30 septembre 2011.

Le Ministère public s'est rapporté à la sagesse de la Cour en ce qui concerne les conditions de l'homologation de la faillite et notamment celles de « débiteur malheureux et de bonne foi ».

Le curateur à la faillite, après avoir relevé l'importance du passif et jugé difficilement récupérables les créances douteuses et jugé peu convaincante la proposition transactionnelle faite par I dans sa lettre du 31 janvier 2012, s'est également rapporté à la sagesse de la Cour.

L'article 17 de la loi modifiée du 14 avril 1886 concernant le concordat préventif de la faillite dispose que le tribunal doit refuser l'homologation, si des motifs tirés soit de l'intérêt public, soit de l'intérêt des créanciers, empêchent le concordat préventif.

L'article 2, dernier alinéa de la loi précitée réserve le concordat au « débiteur malheureux et de bonne foi ».

La loi ne donne pas de définition de ces notions, c'est une question de fait, variable selon les circonstances et abandonnée complètement à l'appréciation des tribunaux. Le juge, tout en possédant un pouvoir d'appréciation discrétionnaire, est chargé de sauvegarder un intérêt social de premier ordre, en n'encourageant que la probité et la moralité commerciales. Le concordat préventif, accordant au débiteur une grande liberté en le maintenant à la tête de ses affaires, constitue une mesure exceptionnelle, qui ne peut être accordée qu'au débiteur malheureux et de bonne foi, qu'à des débiteurs dignes de cette faveur (A.RUYSSEN, commentaire de la loi du 20 juillet 1887 sur le concordat préventif de la faillite, éd 1892, no 37 pages 40 à 43).

Le concordat préventif n'est qu'une mesure protectrice pour le débiteur malheureux, qui fait son commerce honnêtement ; il n'est accordé qu'au commerçant malheureux et de bonne foi ; le juge a un pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation de la bonne foi (CA, 23 déc. 1887, Pas 2, p.555).

Par « malheur » il faut entendre la survenance d'événements dont on n'est pas, en ordre principal, responsable ; le malheur se situerait ainsi au degré non intentionnel, tandis que la mauvaise foi fait supposer sinon la volonté de fraude, du moins la conscience claire chez le débiteur qu'il mène ses affaires à la ruine.

Une société est de bonne foi suivant que ses dirigeants se sont conduits de manière loyale ou non.

Le juge apprécie - bien entendu au moment où il statue - l'itinéraire du débiteur passant d'une situation prospère à la situation existante. Il ne limite pas son examen aux sentiments du débiteur au jour de l'homologation, par exemple à sa sincérité présente (Rev. prat. des sociétés, 1982, M. MARECHAL, procédure concordataire et bonne foi des sociétés anonymes). En l'espèce il faut donc se référer au comportement des dirigeants de la société A pendant la phase dite de restructuration et à l'attitude du liquidateur, des dirigeants et de l'actionnaire unique G et bénéficiaire économique pendant le cours de la procédure concordataire.

C'est au débiteur qui demande un concordat à apporter la preuve que sa situation n'est pas due à des éléments élisifs de la bonne foi, mais à des éléments indépendants de sa volonté (Novelles, droit commercial, tome IV, les concordats et la faillite, éd 1985, no 611 et références jurisprudentielles citées).

S'il est exact que les experts chargés d'analyser la situation de la société appelante, actuelle et pendant les années précédant la requête, ont retenu que la restructuration de la société a été justifiée par la dégradation de l'environnement économique qui est celui du secteur pharmaceutique, les experts ont également relevé des transactions ayant présenté certaines « anomalies » et ont dans ce contexte posé des questions au liquidateur et aux représentants de la société déjà lors d'une réunion en date du 16 mars 2011. Il s'agissait entre autres de l'intervention de la société E.

Ainsi en avril 2009 A a vendu sa participation à 100 % dans la société de droit suisse J à E au prix de 8.000 €, prix à première vue dérisoire, tout en ayant stipulé un prix éventuel définitif de 2.000.000 USD dépendant du résultat d'une procédure judiciaire opposant J à K devant les juridictions de l'Etat de NEW YORK ; la raison indiquée a été que E a pris en charge les honoraires et frais de cette procédure ; actuellement ce procès est perdu, de sorte que A n'a pas touché l'élément variable du prix de vente. Il ressort du procès-verbal du 16 mars 2011 que les représentants de A n'ont donné aucune réponse satisfaisante quant aux questions relatives aux raisons inhérentes aux opérations de cession et quant aux raisons de la cession à E dans les conditions aléatoires, sinon défavorables précitées.

Les parts détenues par A dans la société L, à savoir «sa part de participation égale à 3.533.544 € dans le capital de la société à responsabilité limitée de droit italien L » ont été cédées le 30 juin 2009 à E au prix de 8.000 €, de sorte que le capital social d'L s'est trouvé réparti entre E et F S.A .

Il résulte des motifs du jugement entrepris que le Ministère public en première instance a contesté l'état malheureux de la société requérante en rapport avec certaines de ses transactions et que, même à faire abstraction de la lettre précitée de Maître D du 28 septembre 2011 qui n'est pas versée à la Cour, la Cour ne peut que constater, à l'instar des juges de première instance, que certains points importants relatifs à la reprise des actifs de la société A n'ont pas été élucidés devant elle, en dépit de l'insistance des experts dès le mois de février 2011 et en dépit des contestations opposées devant les juges. La Cour tient à relever que dans ses conclusions d'appel la société A admet expressément que les experts ont écrit au juge-délégué pour obtenir des éclaircissements sur l'intervention des sociétés E et F, même si ces écrits datent du mois de février 2011 suivant l'appelante.

La Cour relève partant dans le chef de la société A un manque de sincérité en rapport avec certaines aliénations d'actifs.

Dans ces conditions le jugement est à confirmer en ce qu'il a dit que le la société A ne peut être considérée comme étant malheureuse et de bonne foi. Par conséquent c'est à bon droit que la juridiction de première instance a rejeté l'homologation du concordat préventif de faillite sur base de considérants relevant de l'intérêt public.

Le jugement est encore à confirmer par adoption des motifs des juges de première instance en ce que la faillite a été prononcée. Il résulte des constatations des experts quant au passif et à l'actif quasi inexistant de la société et quant aux difficultés de récupération de certaines créances douteuses (la créance envers H ayant été évaluée à 1 € par A dans sa requête, la proposition transactionnelle de I faite dans le cadre de la récupération de la créance de A étant jugée peu sérieuse par le curateur), que la société appelante est en cessation de paiement et que son crédit est ébranlé.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant sur appel contre un jugement rendu en matière de concordat préventif de faillite, le Ministère Public entendu en ses conclusions,

déclare l'appel recevable ;

le déclare non fondé ;

confirme le jugement entrepris ;

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