Arrêt commercial - faillite

Audience publique du vingt-huit mars deux mille douze.

Numéro 38171 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 à responsabilité limitée A s.à r.l.**, établie et ayant son siège social à U, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par ses gérants actuellement en fonctions,*

***appelante** aux termes d'une requête d'appel du 26 janvier 2012,*

comparant par Maître Max MAILLIET, avocat à Luxembourg ;

LA COUR D'APPEL :

Le 10 janvier 2012, B, gérant de la société à responsabilité limitée A s.à r.l., s'est présenté au greffe du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg en vue de faire l'aveu de la faillite de la société A s.à r.l.. Lors de sa présentation au greffe, B était muni d'un extrait du procès-verbal du conseil de gérance, composé de trois gérants, daté du 2 janvier 2012 ayant autorisé C et B à faire l'aveu de la société après avoir décidé à la majorité des voix la mise en faillite de la société, les gérants B et C ayant voté pour cette mise en faillite, le gérant D ayant voté contre cette résolution.

Par jugement du 13 janvier 2012, le tribunal, statuant par défaut, a déclaré l'aveu du 10 janvier 2012 irrecevable et à laissé les frais à charge de la société A s.à r.l..

Pour décider ainsi, le tribunal a relevé la contradiction entre les dispositions de l'article 12.9 des statuts, disant que *toute décision du conseil de gérance est prise à la majorité des votes émis* et les dispositions de l'article 14 des statuts, disant que *la société est engagée en toutes circonstances par la signature conjointe de tous les gérants ou par la seule signature de toute autre personne à laquelle le pouvoir de signature aura été donné par mandat spécial.*

Le tribunal a, face à cette *contradiction de textes*, dit qu'il y a lieu de *faire application des exigences les plus strictes en matière de pouvoir de représentation, ce d'autant plus qu'il s'agit de faire l'aveu de la cessation des paiements de la société, acte grave et lourd de conséquences.*

Le tribunal a dit que *la décision dont se prévaut B n'engage pas valablement la société et que, dès lors, B n'a pas pouvoir pour faire l'aveu de la faillite de la société A s.à r.l..*

Le 20 janvier 2012, la société A s.à r.l. a formé opposition contre le jugement par défaut du 13 janvier 2012.

Par requête déposée au greffe de la Cour le 27 janvier 2012, la société A s.à r.l. a, à titre conservatoire, relevé appel du jugement du 13 janvier 2012, pour le cas où son opposition formée le 20 janvier 2012 serait déclarée irrecevable.

Par jugement du 24 février 2012, l'opposition a été déclarée irrecevable.

L'appel interjeté par la société A s.à r.l. ayant été interjeté dans les formes et délai de la loi est à déclarer recevable.

La société A s.à r.l. conclut, par réformation du jugement entrepris, a voir déclarer recevable l'aveu de la faillite, à voir dire que les conditions de l'article 437 du Code de commerce sont remplies, en conséquence, à voir déclarer la société en état de faillite sur aveu.

Subsidiairement, la société A s.à r.l. demande à la Cour de prononcer la faillite d'office.

B et C E interviennent, en leur qualité de gérants de la société A s.à r.l., volontairement dans le litige introduit par requête d'appel du 26 janvier 2012 et concluent à voir dire qu'il sera statué conformément au dispositif de la prédite requête d'appel.

I) <u>quant à la recevabilité de l'aveu de faillite du 10 janvier 2012</u>

Il y a lieu de distinguer les pouvoirs des gérants dans les rapports entre associés et les pouvoirs des gérants à l'égard des tiers.

Dans les rapports entre associés, l'article 191 de la loi modifiée du 15 août 1915 sur les sociétés commerciales prévoit que *les sociétés à responsabilité limitée sont gérées par un ou plusieurs mandataires associés ou non associés, salariés ou gratuits. Ils sont nommés par les associés, soit dans l'acte de société, soit dans un acte postérieur* (… …).

L'article 191 bis de la même loi ajoute qu'*à moins que les statuts n'en disposent autrement, chaque gérant peut accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à l'accomplissement de l'objet social, sauf ceux que la loi réserve à la décision des associés.*

Dans les rapports des gérants avec les tiers, *chaque gérant représente la société à l'égard des tiers et en justice, en demandant et en défendant.* (… …).

Les dispositions des statuts coordonnés de la société A s.à r.l. du 15 juillet 2009, en rapport avec le présent litige, sont libellées comme suit :

Article 10. <u>Conseil</u>

10.1 *La société est gérée par le Conseil composé de trois gérants qui seront nommés par une résolution de l'assemblée générale des associés* (… …).

Article 11. <u>Pouvoirs du conseil</u>

11.1 *Tous les pouvoirs non expressément réservés à l'assemblée générale des associés par la loi ou les statuts seront de la compétence du conseil qui aura les pouvoirs les plus larges de gestion et les pouvoirs d'approuver tout acte ou opération en relation avec l'objet social*.

11.2 *Le conseil pourra conférer dans des cas spécifiques tout pouvoir spécial et limité à une ou plusieurs personnes, associés ou non*.

Article 12. <u>Procédure</u>

12.6 *Le conseil ne peut valablement délibérer et statuer que si la majorité de ses membres est présente ou représentée*.

12.9 (… …). *Toute décision du conseil est prise à la majorité des votes émis*. (… …).

Article 14. <u>Représentation de la société</u>

En toutes circonstances, la société sera engagée par la signature conjointe de tous les gérants ou par la seule signature de toute autre personne à laquelle le pouvoir de signature aura été donné par mandat spécial.

La partie appelante fait plaider, en substance, qu*'il y a en l'espèce aucune contradiction entre les articles 12.9 et 14 des statuts alors que, du point de vue du processus de décision interne, la décision de faire l'aveu de faillite a été valablement prise à la majorité des votes émis, et, du point de vue de représentation vis-à-vis des tiers, la société était valablement représentée par une personne, Monsieur B, à laquelle le pouvoir de signature avait été donné par mandat spécial dans le cadre dudit conseil de gérance (article 11.2 et article 14 des statut*s).

Le Ministère public conclut à la réformation du jugement entrepris en ce sens qu'il y a lieu de déclarer l'aveu de la faillite de la société A s.à r.l. recevable et fondé. Il demande dès lors à la Cour de prononcer la faillite sur aveu de la société A s.à r.l. et de renvoyer l'affaire pour les opérations de la faillite devant le premiers juges.

Les décisions de gestion qui doivent être prises par les sociétés sont soit de nature essentiellement internes, soit nécessitent pour être exécutées l'accomplissement d'actes qui mettent la société en relation avec des tiers en créant à leur égard des droits et des obligations. Ces décisions ont donc tant un effet interne qu'un effet externe. Du point de vue interne, elles sont un acte de gestion. Du point de vue externe, elles nécessitent un acte de représentation. Leur validité en tant qu'acte de gestion est une chose ; leur validité en tant qu'acte de représentation en est une autre. La validité des décisions de gestion doit être analysée de ce double point de vue avec pour conséquence de procéder à la dissociation des fonctions de gestion et de représentation de la société. Il convient de décider comment et par qui les décisions de la société sont prises dans les relations internes d'une part et comment cette prise de décision doit se manifester vers le monde extérieur d'autre part. En d'autres termes, il convient de décider comment et sous quelles conditions la société en tant que personne morale est engagée. Cette question a trait au pouvoir de représentation de la société (cf : Jean-Pierre WINANDY : Manuel de droit des sociétés ; édition 2008, pages 404 et 405).

Le rôle du gérant est de diriger l'entreprise, d'en définir la stratégie et de la mettre en œuvre. Compte parmi de telles attributions également le pouvoir de décider de l'avenir de la société au vu de sa situation financière. Il est de l'intérêt du débiteur ou de la société débitrice aux abois de faire l'aveu de sa situation financière précaire, acte de sincérité, plutôt que de se laisser déclarer en faillite d'office ou sur assignation.

Il appartient aux représentants légaux de la société, c'est-à-dire à ses administrateurs ou gérants, ou à ses liquidateurs, d'avouer la cessation des paiements (cf : LES NOVELLES, droit commercial, Tome IV, les concordats et la faillite par André CLOQUET). Lorsqu'il s'agit d'une société à responsabilité limitée, il appartient au gérant de faire l'aveu de la faillite de la société (cf : L. FRÉDÉRICQ, Tome VIII, p. 561).

Si la société à responsabilité limitée s'est dotée d'un conseil de gérance, la décision de faire l'aveu de l'état de cessation des paiements sera prise par celui-ci en conformité des règles de vote déterminées par les statuts.

En l'occurrence, le conseil de gérance de la société A s.à r.l. s'est tenu le 2 janvier 2012 pour débattre des points suivants :

1) Financial situation of the Company and approval of financial statements of Company as at January 1, 1012 ;
2) Acknowledgement that the Company is (i) no longer in a position to pay for its debts as they become due and (ii) is no longer creditworthy and consideration of potential legal consequences of such acknowledgement for the Company.

Les gérants B et C ont voté pour la résolution suivante :

- *the Acknowledgement and the filing of bankruptcy petition with the clerk of the relevant district court are in the best corporate interest of the Company ;*
- *the Acknowledgement and the filing of a bankruptcy petition with the clerk of the relevant district court be and hereby are approved;*
- *Mr. C and Mr. B, as managers of the Company, be and hereby are individually authorised, in the name and on behalf of the board of managers of the Company, with full power of sub-delegation, to do all such acts (including any filings) and execute all such documents, agreements, certificates and notices, as the may consider expedient in connection with the Acknowledgement and the filing of the bankruptcy petition with the clerk of the relevant district or which might otherwise be necessary, useful and/or desirable in connection herewith.*

Le gérant D a voté contre cette résolution au motif qu'il *still see a chance to find a solution with the Lender regarding the loan.*

Il suit de ce qui précède que la décision de faire l'aveu de la cessation des paiements par la société A s.à r.l. a été prise conformément au prescrit de l'article 12.9 des statuts, prévoyant que *toute décision du conseil est prise à la majorité des votes émis.*

Les règles en rapport avec la représentation de la société (article 14 des statuts) ont également été respectées, étant donné que pouvoir spécial a été donné individuellement à chacun des gérants B et C pour engager valablement la société à l'égard des tiers.

C'est partant à tort que les juges de première instance ont dit qu'il y a contradiction entre les dispositions de l'article 12.9 des statuts et celles de l'article 14 des mêmes statuts, étant précisé que ces deux articles concernent des domaines différents, l'un ayant trait à la gestion interne de la société, l'autre à la représentation de la société à l'égard des tiers.

Le jugement a quo est partant à réformer en ce sens qu'il y a lieu de dire que *la décision dont se prévaut B engage valablement la société et que B a pouvoir pour faire l'aveu de la faillite de la société A s.à r.l..*

Il est de principe que l'aveu n'entraîne pas nécessairement la faillite du débiteur. Le tribunal doit examiner, avant de prononcer la faillite, s'il y a réellement cessation des paiements (cf : Répertoire pratique du droit belge, Tome IV, Faillite et Banqueroute, page 346, n° 143).

Il ressort de toutes les pièces soumises à la Cour, ensemble la considération que les liquidités de la société A s.à r.l. s'élèvent à seulement 4.796 € face à une dette échue se chiffrant, en principal, à la somme de 98.471 €, que les conditions de la faillite sont remplies.

Il échet partant de prononcer la faillite de la société A s.à r.l. sur aveu de la société.

L'affaire est à renvoyer devant les juges de première instance.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel ;

reçoit les interventions volontaires ;

dit l'appel fondé ;

réformant :

déclare la société à responsabilité limitée A s.à r.l., ayant son siège social à U, en état de faillite sur aveu ;

fixe provisoirement la cessation des paiements au 28 septembre 2011 ;

nomme juge-commissaire Madame Karine GUILLAUME, vice-présidente du tribunal d'arrondissement de Luxembourg et désigne comme curateur Maître Alain Rukavina, avocat à Luxembourg;

ordonne aux créanciers de faire leurs déclarations de créance avant le 13 avril 2012 ;

fixe le jour pour la clôture du procès-verbal de vérification des créances au 3 mai 2012, salle CO 1.07 (Cité judiciaire, 7, rue du St. Esprit, 1er étage) et pour

les débats sur les contestations à naître de cette vérification au 14 mai 2012, salle CO 1.01, (Cité judiciaire, 7, rue du St. Esprit, 1er étage);

ordonne que les scellés seront apposés au siège social de la faillie et partout ailleurs où besoin en sera, à moins que l'inventaire ne puisse être terminé en un seul jour, auquel cas il y sera procédé sans apposition préalable;

ordonne que le présent arrêt sera affiché en l'auditoire du tribunal de commerce de Luxembourg et inséré par extraits dans les journaux "Luxemburger Wort" et "Tageblatt", édités respectivement à Luxembourg et à Esch-sur-Alzette;

condamne la faillie aux frais qui seront prélevés par privilège sur l'actif de la faillite.