Arrêt commercial

Audience publique du vingt-huit novembre deux mille douze.

Numéro 38199 du rôle.

Composition :

Françoise MANGEOT, présidente de chambre;
Valérie HOFFMANN, conseillère;
Marie-Laure MEYER, conseillère;
Jean ENGELS, avocat général;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

A, *commerçant, demeurant à U,*

appelant *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Tom NILLES d'Esch-sur-Alzette du 24 janvier 2012,*

comparant par Maître Charles KAUFHOLD, avocat à Luxembourg ;

e t :

Maître Yann BADEN, *avocat I, demeurant à Luxembourg, pris en sa qualité de curateur de la faillite de la société à responsabilité limitée B s.à r.l., ayant fait le commerce sous la dénomination « C », avec siège social à V, déclarée en état de faillite par jugement du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, en date du 25 juin 2010,*

intimé *aux fins du susdit exploit NILLES,*

comparant par Maître Yann BADEN, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 30 août 2011, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, a été saisi d'une demande de Maître Yann BADEN, (agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société B s.à r.l., ayant fait le commerce sous la dénomination « C »), dirigée à l'encontre de A, (associé majoritaire et gérant unique de cette société) et tendant à la condamnation du défendeur au paiement du montant de 133.138,20 €, sinon du montant de 80.341,35 €, avec les intérêts tels qu'indiqués dans l'assignation.

Le curateur, qui a avancé que A s'est rendu coupable d'un abus de biens sociaux, a versé à l'appui de sa demande, le bilan au 31 décembre 1994 présentant un compte courant associés débiteur d'un montant de 3.240.962,- LUF (80.341,35 €).

Le curateur a encore reproché au gérant unique de ne pas avoir fait l'aveu de la cessation de paiement dès 1994, de ne pas avoir dressé des bilans et comptes de profits et pertes à compter du 31 décembre 1994, de ne pas avoir tenu les livres comptables depuis cette date, de ne pas avoir procédé aux déclarations fiscales postérieures à 1994, de ne pas avoir tenu de comptabilité régulière et de ne pas avoir publié de bilans depuis fin 1994 et il a partant conclu que l'intégralité du passif est à mettre à charge du gérant.

Le demandeur avait basé ses demandes principalement sur les dispositions de l'article 495-1 du code de commerce, subsidiairement sur la responsabilité contractuelle du dirigeant d'entreprise et à titre encore plus subsidiaire, sur l'obligation contractuelle de rembourser le prêt accordé.

Par jugement du 23 décembre 2011, le tribunal a reçu la demande en la forme, l'a dit fondée et a condamné A à payer à Maître Yann BADEN, en sa qualité de curateur de la faillite de la société B s.à r.l., la somme de 133.138,20 €, avec les intérêts au taux légal à partir de la demande en justice, jusqu'à solde.

Pour décider ainsi, le tribunal a :

- constaté que le curateur n'a pas encore procédé à la vérification définitive des créances ; partant
- déclaré non fondé le moyen de la prescription de l'action en comblement ;
- constaté, sur base du bilan du 31 décembre 1994, que A est redevable envers la société B s.à r.l. de la somme de 3.240.962,- LUF soit 80.341,35 € ;
- que A a commis une faute grave et caractérisée en ne faisant pas l'aveu de la cessation de paiement en 1992 et en continuant l'activité déficitaire de la société ; et en conséquence,
- a mis le passif à charge du défendeur.

Par exploit d'huissier du 24 janvier 2012, A a régulièrement relevé appel du jugement du 23 décembre 2011 qui ne lui a pas été signifié.

L'appelant conclut à l'annulation du jugement « pour non respect du droit à un procès équitable » alors que le juge commissaire à la faillite a présidé la chambre ayant rendu le jugement dont appel.

Il soutient ensuite que la créance alléguée, résultant du compte courant associés, serait prescrite depuis 2002, en application de l'article 189 du code de commerce.

Il conteste que la situation de la société aurait été déficitaire en 1992 et affirme qu'il n'est « pas prouvé que l'absence d'aveu en 1992 aurait contribué à la faillite ».

Il conteste également s'être accordé un crédit et affirme ne plus se souvenir de « l'origine de ce compte courant ».

Finalement, l'appelant conclut à l'allocation d'une indemnité de procédure de 1.000,- euros pour l'instance d'appel.

L'intimé conclut à la confirmation du jugement entrepris. Il requiert le rejet de la demande en annulation au vu du fait que le juge commissaire fait partie, sous peine de nullité, de la composition qui a rendu le jugement a quo.

Il fait valoir ensuite qu'il n'y a pas eu prescription (le litige ne se situe pas dans le cadre de l'article 189 du code de commerce) alors que l'action basée sur l'article 495-1 du code de commerce ne se prescrit que par trois ans à partir de la vérification définitive des créances, laquelle n'a pas encore eu lieu et il soutient que les fautes graves, caractérisées en relation causale avec la faillite, résultent à suffisance de droit de l'exposé des faits repris au jugement.

- <u>quant à la demande en annulation du jugement</u>

L'appelant soutient que le jugement a quo encourt l'annulation pour non respect du droit à un procès équitable car le juge commissaire de la faillite de la société B s.à r.l. a également présidé la composition du tribunal qui a rendu le jugement dont appel.

La Cour relève que l'affirmation de l'appelant que le juge commissaire aurait donné son avis quant à l'action du curateur en comblement de passif avant l'introduction de cette demande est restée en l'état de pure allégation.

L'article 635 du code de commerce dispose qu' « ils (les tribunaux d'arrondissement … siégeant en matière commerciale) connaîtront enfin de tout ce qui concerne les faillites, conformément à ce qui est prescrit au livre III du présent code ».

La décision rendue par un juge qui a précédemment connu de la cause dans l'exercice d'une autre fonction judiciaire est nulle. Néanmoins, la Cour rappelle que « le juge commissaire doit faire rapport au tribunal dans les cas où le tribunal est saisi d'un litige découlant d'une faillite » et « (il) doit faire partie du siège, lorsqu'il fait son rapport » (cf. I. Verougstraete Manuel du curateur de faillite 1987 5e éd. n° 77 et s.). Cette formalité du rapport est d'ordre public, son inobservation entraîne la nullité du jugement (cf. NOVELLES T.4 (éd. 1965) n° 1636 et s.) ; « le juge commissaire fait son rapport non comme juge consulaire, mais comme juge à part entière de sorte que le siège n'est pas valablement composé si le juge commissaire n'en fait pas partie (cf. NOVELLES T. 4 (éd. 1985) n° 2683bis p.778).

Rappelons que dans le contentieux des procédures collectives, il est admis que le juge-commissaire qui est chargé d'établir un rapport préparant la décision peut connaître du fond du litige sans encourir une éventuelle récusation pour défaut d'impartialité objective (cf. CEDH 6 juin 2000, MOREL c/ France D. 2001.328).

Par opposition à l'impartialité subjective, l'impartialité objective s'entend d'une « démarche (qui) conduit à se demander, lorsqu'une juridiction collégiale est en cause, si, indépendamment de l'attitude personnelle de tel de ses membres, certains faits vérifiables autorisent à mettre en cause l'impartialité de celle-ci ». En d'autres termes, il s'agit de s'assurer qu'un juge ou un tribunal « (offre) des garanties suffisantes pour exclure (…) tout doute légitime (quant à son impartialité) » (ibid). Il faut dès lors observer les circonstances, relever des faits objectivement vérifiables pour savoir s'ils sont ou non de nature à justifier un tel doute.

Dans l'arrêt MOREL, la Cour de Strasbourg a assigné de strictes limites à l'exigence de l'impartialité objective.

Ainsi – « le simple fait, pour un juge, d'avoir pris des décisions avant le procès ne peut pas passer pour justifier en soi des appréhensions relativement à son impartialité », « la connaissance approfondie du dossier par le juge n'implique pas un préjugé empêchant de le considérer comme impartial au moment du jugement sur le fond » et « l'appréciation préliminaire des données disponibles ne saurait non plus passer comme préjugeant l'appréciation finale ».

La formation de jugement est cependant objectivement partiale si et seulement si l'un de ses membres a été amené, préalablement et dans la même affaire, à traiter des questions analogues à celles sur lesquelles le tribunal doit se prononcer (cf. §47 arrêt MOREL) ; est donc partial ou de parti pris (apparent) le magistrat qui a jugé (ou préjugé), en quelque mesure le fond.

Or, il y a lieu de rappeler que l'office principal du tribunal de la faillite n'est pas contentieux. Lorsqu'il s'agit d'ouvrir une procédure en constatant la cessation de paiements, le tribunal prend une mesure dictée par l'état de l'entreprise, l'opportunité économique ou les circonstances. Il ne tranche aucune contestation.

Le juge commissaire, nommé par le jugement déclaratif de faillite, n'a pas tranché le fond ; il n'y a donc pas d'empêchement pour sa part de siéger dans l'action en comblement de passif introduite par le curateur.

Comme l'appelant n'apporte en l'espèce aucun élément de preuve que l'impartialité (subjective ou objective) du juge-commissaire peut être suspectée, le moyen soulevé est à rejeter comme non fondé.

- quant à la prescription

L'action basée sur les dispositions de l'article 495-1 du code de commerce se prescrit « par trois ans à partir de la vérification définitive des créances ».

C'est donc à bon droit et pour des motifs que la Cour adopte que les premiers juges ont, au vu du fait que la vérification définitive n'a pas encore eu lieu, décidé qu'il n'y a pas prescription.

- quant au fond

L'article 495-1 du Code de commerce dispose que :

« Lorsque la faillite d'une société fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut décider, à la requête du curateur, que les dettes doivent être supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par les dirigeants sociaux, de droit ou de fait apparents ou occultes, rémunérés ou non, à l'égard desquels sont établies des fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite ».

La faute grave est celle qui est voisine du dol sans s'y identifier et qu'un dirigeant raisonnablement prudent et diligent n'aurait pas commise, alors que la faute est de celle qui heurtent les normes essentielles de la vie en société (cf. I. VEROUGSTRAETE : Manuel de la faillite et du concordat, éd. KLUWER 2003, nos 1062 et 1161). Il importe peu que ce soit une faute de gestion, un délit, une faute contractuelle envers la société ou tout autre manquement (cf. I. VEROUGSTRAETE, no 1062). Elle est la légèreté ou l'insouciance impardonnable, c'est-à-dire, l'acte ou l'omission où l'auteur est conscient ou ne pouvait ne pas l'être de ce que son comportement contribuera à la faillite (cf. Revue critique des sociétés 1979, page 2292, no 6049 par Jan RONSE p. 300).

La faute doit être une faute caractérisée ce qui fait que le juge ne tiendra compte que de la faute incontestable. Il ne peut ignorer les difficiles appréciations de fait que devait faire le dirigeant au moment où il a accompli l'acte incriminé (cf. Aspects nouveaux du droit de la faillite suite à la loi du 21 juillet 1992 : Bulletin Fr. LAURENT 1994, III, p. 165).

Encore faut-il qu'il existe un lien de causalité entre cette faute grave et caractérisée et la faillite.

Il ressort des éléments du dossier que le compte courant associé, tel qu'il figurait au bilan au 31 décembre 1994 de la société B, présentait un solde débiteur de 3.240.962,- LUF, soit 80.341,35 €.

Or, d'après les principes généraux de comptabilité, le compte courant d'associé est une créance de l'associé ou du dirigeant sur la société, remboursable et rémunérée. La législation interdit formellement les comptes courants débiteurs des gérants et associés physiques des s.à r.l. et des personnes physiques assurant une fonction de directeur, d'administrateur ou de surveillance dans les SA.

Un tel acte risque de constituer à lui seul l'abus de biens sociaux alors qu'il n'est guère conforme à l'intérêt de la société.

Peu importe donc que l'appelant se souvienne ou non, à tort ou à raison, de la cause du prêt que la société lui avait accordé alors que le seul fait du solde débiteur du compte courant d'associé, contraire à l'objet et à l'intérêt de la société B, constitue une faute caractérisée grave dans le chef du gérant unique, associé majoritaire.

Par ailleurs, il est établi au vu de la pièce émanant de l'administration des contributions que la société n'a plus payé les impôts sur les salaires et sur la fortune ainsi que l'impôt commercial communal depuis 1992.

Le 5 juin 1992, le directeur des contributions a rendu exécutoire une contrainte du préposé du bureau de recette des contributions de Luxembourg du 11 mai 1992 d'un montant de 5.499.196,- LUF.

La situation financière précaire de la société B s.à r.l. dès l'année 1992 est confirmée par la déclaration de créances de l'administration des contributions directes d'un montant de 40.587,- € correspondant à des impôts sur la fortune, des impôts sur salaires, l'impôt commercial communal, des astreintes et frais de 1992 à 2009 et celle de l'administration de l'enregistrement et des domaines d'un montant de 92.551,20 € du chef de TVA pour les années 1992, 1993 et 1994.

L'appelant ne saurait sérieusement contester que la trésorerie de la société B s.à r.l. fût désastreuse dès l'année 1992.

Au vu des diverses déclarations de créances déposées après la déclaration de la société en faillite et à l'absence d'actif, il y a lieu d'admettre que la société B se trouvait matériellement, au plus tard en 1994, dans l'impossibilité d'honorer sa dette.

Comme A n'a pas fait l'aveu de la faillite de la société auprès du tribunal de commerce dans le mois suivant la cessation de paiements, il a contrevenu aux dispositions de l'article 574-4 du code de commerce.

Si on remonte la chaîne des antécédents de la faillite, prononcée le 28 juin 2010, on constate qu'en continuant l'exploitation de la société au risque d'augmenter le passif, de 1992 à 1994, date où elle fut mise en liquidation, ce en l'absence d'actif nécessaire pour désintéresser les créanciers, le gérant A a manifesté un comportement fautif heurtant les normes essentielles de vie en société et se situant largement au-delà de la marge dans laquelle les commerçants et dirigeants peuvent se tromper. Il n'a par ailleurs pas contesté de ne pas avoir, depuis 1994, tenu les livres comptables et de ne pas avoir procédé aux publications et déclarations prescrites légalement. Il est encore constant qu'il n'a pas payé la TVA depuis 1992.

Il y a lieu de souligner que l'argent redû par le gérant à la société aurait en principe suffi pour apurer le passif.

C'est donc à raison que les premiers juges ont relevé que si la société n'avait pas les moyens en 1992 de continuer la TVA à l'administration de l'enregistrement et des domaines, son gérant, aurait dû prendre l'initiative de faire l'aveu de la cessation des paiements. En ne faisant pas l'aveu en 1992 et en continuant l'activité déficitaire de la société, en augmentant ainsi sensiblement et inutilement le préjudice de la masse des créanciers, A a commis une faute grave et caractérisée, justifiant l'application de l'article 495-1 du code de commerce.

Au vu des développements qui précèdent, le jugement entrepris est à confirmer purement et simplement.

Il s'ensuit que l'appel n'est pas fondé.

Au vu de l'issue du litige, il y a lieu de débouter A de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

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 Ministère Public entendu en ses conclusions,

déclare l'appel recevable ;

le dit non fondé ;

confirme le jugement entrepris ;

déboute A de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure ;

condamne A aux frais et dépens de l'instance d'appel.