

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Arrêt N° 117/24 IV-COM

Audience publique du vingt-cinq juin deux mille vingt-quatre

Numéro CAL-2023-00989 du rôle

Composition:

Michèle HORNICK, premier conseiller président;
Carole BESCH, conseiller;
Claudine ELCHEROTH, conseiller;
Eric VILVENS, greffier.

E n t r e

PERSONNE1.), géomètre-topographe, demeurant à F-ADRESSE1.),

appelant aux termes d'un acte de l'huissier de justice suppléant Marine Haagen en remplacement de l'huissier de justice Tom Nilles, les deux demeurant à Esch-sur-Alzette, du 10 août 2022,

comparant par Maître Ersan Özdek, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

Maître Laurent BIZZOTTO, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-2324 Luxembourg, 9, avenue Jean-Pierre Pescatore, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) SARL, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par son conseil d'administration, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.), déclarée en état de faillite par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 7 juin 2019,

intimé aux fins du prédit acte Haagen,

comparant par lui-même.

LA COUR D'APPEL

La société à responsabilité limitée SOCIETE1.) (ci-après : la société SOCIETE1.) a été déclarée en état de faillite par jugement du 7 juin 2019 et Maître Laurent BIZZOTTO a été nommé curateur.

Par acte d'huissier de justice du 9 septembre 2021, Maître Laurent BIZZOTTO, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) (ci-après : le CURATEUR), a fait donner assignation à PERSONNE1.) à comparaître devant le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg aux fins de le voir condamner au paiement de la somme de 141.680,76 euros sur base de l'article 495-1 du Code de commerce, outre les intérêts, ainsi que de voir prononcer à son égard une interdiction d'exercer conformément à l'article 444-1 du Code de commerce.

Par jugement contradictoire du 3 juin 2022, le Tribunal a :

- condamné PERSONNE1.) à payer au CURATEUR la somme de 86.754,27 euros avec les intérêts légaux à partir du jugement jusqu'à solde,
- interdit à PERSONNE1.) d'exercer directement ou par personne interposée une activité commerciale, ainsi qu'une fonction d'administrateur, de gérant ou toute autre fonction conférant le pouvoir d'engager une société, pendant une durée de trois ans à partir du 3 juin 2022,
- condamné PERSONNE1.) aux frais et dépens de l'instance.

Pour statuer ainsi, le Tribunal a retenu que PERSONNE1.), en sa qualité de dirigeant de droit, devenu dirigeant de fait depuis le 20 février 2019, de la société SOCIETE1.), avait commis plusieurs fautes graves caractérisées, à savoir qu'il n'avait pas tenu de comptabilité et n'avait pas publié les bilans depuis 2017, qu'il avait une dette de 34.020,87 euros à l'égard du Centre Commun de la Sécurité Sociale et de 11.841,26 euros à l'égard de l'Administration de l'Enregistrement, des Domaines et de la TVA, qu'il avait utilisé les fonds de la société SOCIETE1.) à des fins personnelles et qu'il avait poursuivi l'activité de la société SOCIETE1.) après le 22 mars 2018, date qu'il a retenu comme étant la date de cessation de paiement des créanciers.

Il a encore retenu que ces agissements fautifs avaient significativement affecté la situation financière de la société SOCIETE1.) et avaient mis le CURATEUR dans l'impossibilité de

réaliser un actif suffisant pour apurer significativement le passif, de sorte qu'il y avait lieu, en application de l'article 495-1 du Code de commerce, de mettre à sa charge deux tiers du passif social s'élevant à la somme de 161.445,58 euros, dont à déduire l'actif réalisé de 19.799,81 euros, soit à une somme de 86.754,27 euros.

Eu égard aux fautes graves et caractérisées commises par PERSONNE1.), le Tribunal a encore prononcé à son encontre une interdiction d'exercer toute activité commerciale pendant une durée de trois ans, conformément à l'article 444-1 du Code de commerce.

Par exploit d'huissier de justice du 10 août 2022, PERSONNE1.) a interjeté appel contre ce jugement qui lui a été signifié en date du 18 juillet 2022.

Aux termes de son acte d'appel, PERSONNE1.) demande, par réformation du jugement entrepris, à voir débouter le CURATEUR de l'ensemble de ses demandes et il sollicite l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.500 euros pour la première instance et de 3.500 euros pour l'instance d'appel.

Aux termes de ses conclusions subséquentes notifiées en date du 24 janvier 2024, PERSONNE1.), demande, par réformation du jugement entrepris, principalement, à voir déclarer les demandes irrecevables sur base de l'exception de transaction, sinon à les voir déclarer non fondées.

A l'appui de son appel, il expose que la société SOCIETE1.) a été constituée le 11 juillet 2016 et que son objet social était l'exploitation d'une entreprise de nettoyage de monuments et de bâtiments tant professionnels que chez les particuliers.

PERSONNE2.) qui aurait été la gérante technique, aurait démissionné le 15 janvier 2019.

Lui-même et PERSONNE3.) auraient été les gérants administratifs.

Lors de l'assemblée générale du 20 février 2019, ils auraient cédé la totalité de leurs parts sociales à PERSONNE4.) et démissionné de leur poste de gérants administratifs.

L'appelant soulève, à titre principal, l'exception de transaction sur base des articles 492 du Code de commerce et de l'article 2044 du Code civil, en faisant valoir que suite au jugement rendu en première instance et afin de mettre fin au présent litige, les parties auraient trouvé un accord transactionnel qui aurait consisté dans le paiement par l'appelant d'une somme totale de 40.000 euros moyennant des versements mensuels de 4.000 euros, lequel aurait été homologué par un jugement rendu en date du 26 janvier 2023 par le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, mettant ainsi fin au litige.

Il précise avoir d'ores et déjà procédé au paiement d'un montant de 4.000 euros et affirme qu'il s'est engagé à payer très prochainement le solde restant qui proviendrait du produit de la vente d'un bien immobilier.

A titre subsidiaire et quant au fond, PERSONNE1.) soutient que la faillite résulterait exclusivement des difficultés financières rencontrées par la société SOCIETE1.) et non pas d'une quelconque faute dans son chef.

Ce serait, en effet, à tort que le premier jugement a retenu le 22 mars 2018 comme date de cessation de paiement, étant donné que le CURATEUR resterait en défaut d'établir qu'à cette date, la société SOCIETE1.) était en ébranlement de crédit. Celle-ci aurait, au contraire, jusqu'à la date de la démission de l'appelant, disposé de suffisamment de liquidités pour payer les salaires jusqu'à la fin de l'année 2018 et pour maintenir son activité et tenter de redresser sa situation financière. Il aurait en outre injecté des deniers personnels au courant de cette année.

S'y ajouterait que le résultat de la société SOCIETE1.) pour l'année 2017 aurait été positif et que les difficultés financières ne seraient apparues que par la suite.

Le maintien de l'activité aurait dès lors été justifié par l'intérêt de la société SOCIETE1.) jusqu'à la fin de l'année 2018, respectivement jusqu'à la date de la démission de l'appelant, et la date de cessation de paiement ne pourrait en conséquence pas être fixée à une date antérieure au mois de février 2019.

L'appelant insiste encore pour dire qu'il n'avait plus aucun lien avec la société SOCIETE1.) à partir du 20 février 2019, à savoir qu'il n'avait plus été ni dirigeant de droit, ni dirigeant de fait, et qu'il aurait dès lors appartenu au nouveau gérant et non pas à lui-même, de faire l'aveu de la faillite.

PERSONNE1.) soutient ensuite qu'il avait convenu avec le Centre Commun de la Sécurité Sociale d'un plan de paiement des cotisations sociales que la société SOCIETE1.) aurait toujours scrupuleusement respecté jusqu'en 2018 lorsque la situation financière de celle-ci a commencé à se dégrader, et que le non-paiement, respectivement le retard de paiement des cotisations sociales, serait exclusivement imputable à cette dégradation.

Il fait encore valoir que la publication des bilans d'une année se ferait usuellement vers les mois de mai-juin de l'année suivante, et qu'en raison de la mise en faillite de la société SOCIETE1.) en date du 7 juin 2019, il aurait été dans l'impossibilité d'y procéder pour les bilans des années 2018 et 2019. Depuis le mois de février 2019, il n'aurait d'ailleurs plus été gérant de celle-ci.

PERSONNE1.) conteste enfin avoir effectué les virements et prélèvements litigieux.

Le CURATEUR se rapporte à prudence de justice concernant la recevabilité de l'appel en la pure forme.

Il conclut ensuite au rejet du moyen d'irrecevabilité soulevé par PERSONNE1.), en donnant à considérer qu'à défaut pour celui-ci d'avoir satisfait à son obligation de paiement stipulée dans la transaction endéans le délai lui imparti et d'avoir honoré les promesses de paiement lui faites depuis un an, il aurait été obligé de procéder, par courrier du 14 novembre 2023, à la résolution de l'accord transactionnel, en application des stipulations de celui-ci.

Au fond, le CURATEUR conclut à la confirmation du jugement entrepris et il sollicite une indemnité de procédure de 2.500 euros pour l'instance d'appel.

Ce serait à bon droit que le premier juge a retenu que PERSONNE1.) a commis des fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite.

Il insiste d'abord pour dire qu'après sa démission en tant que gérant administratif et jusqu'à la date de la faillite, PERSONNE1.) avait la qualité de dirigeant de fait de la société SOCIETE1.) en ayant continué *de facto* à diriger celle-ci dans le cadre d'une mise en commun de ses intérêts avec le nouveau gérant et associé PERSONNE4.) pour la gestion de différentes structures sociétaires. Il donne à cet égard à considérer que la banque SOCIETE3.) attesterait qu'au jour de la faillite, l'appelant avait toujours pouvoir sur le compte bancaire de la société SOCIETE1.) et était toujours porteur d'une carte VPay, et que lors de l'établissement de l'inventaire de la faillite en date du 12 juin 2019, il aurait personnellement rencontré PERSONNE1.) dans les bureaux de la société. De même, dans le cadre de la procédure en opposition de la faillite, PERSONNE1.) aurait, outre le conseil de société, été son interlocuteur. Il résulterait en plus du jugement entrepris que l'appelant n'aurait nullement contesté en première instance sa qualité de dirigeant de fait.

A titre subsidiaire et pour autant que de besoin, le CURATEUR offre de prouver par l'audition de témoins la qualité de dirigeant de fait de PERSONNE1.) jusqu'au jour de la faillite.

Il soutient encore que l'article 440 du Code de commerce poserait uniquement comme condition la cessation de paiement, et non pas l'ébranlement de crédit, et qu'en l'occurrence, les cotisations sociales, l'impôt sur le salaire et la TVA ainsi que les fournisseurs n'auraient plus été payés, et que dix procès-verbaux de carence auraient dû être dressés par des huissiers de justice entre le 22 mars 2018 et le 10 janvier 2019 pour un montant total de 59.952,52 euros. Le cumul de ces dettes aurait mis la société irrémédiablement en péril tout en nuisant aux intérêts des tiers, de sorte qu'en poursuivant l'activité au-

delà du 22 mars 2018, PERSONNE1.) aurait commis une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite. Le fait que la société aurait fait un léger bénéfice en 2017, essentiellement lié à l'enregistrement de créances à court terme, et la circonstance, d'ailleurs non prouvée, que l'appelant aurait injecté des fonds personnels dans la société au courant de l'année 2018, ne seraient pas pertinents au regard de son obligation de faire l'aveu de faillite.

Le CURATEUR relève ensuite que l'appelant ne fournit pas la moindre donnée économique et financière concernant l'état et/ou l'évolution du secteur d'activité de celle-ci. Le non-paiement des cotisations sociales et le maintien de l'activité de la société constitueraient en tout état de cause à eux seuls une faute de gestion. L'affirmation de PERSONNE1.) qu'il aurait scrupuleusement respecté le plan de paiement des cotisations sociales serait contredite par le courrier adressé le 24 janvier 2018 par le Centre Commun de la Sécurité Sociale à la société SOCIETE1.), aux termes duquel celui-ci dénoncerait le non-respect répété dudit engagement. Il serait de même admis en jurisprudence que le non-paiement par le commerçant de la TVA et des impôts directs serait constitutif d'une faute grave et caractérisée contribuant à la faillite.

Ce serait encore à bon droit que les premiers juges ont retenu que PERSONNE1.) a en outre commis une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite en ce qu'il n'a pas tenu de comptabilité régulière et n'a pas publié les bilans depuis 2017, défaillance qui serait d'autant plus grave que la société a commencé à éprouver des difficultés de paiements à partir de l'année 2018. La société n'aurait ainsi eu aucune visibilité sur sa gestion courante et elle aurait dissimulé sa situation financière et sa perspective d'évolution aux tiers et en particulier à ses cocontractants.

Le CURATEUR rappelle dans ce contexte que PERSONNE1.) avait tout pouvoir sur le compte de la société SOCIETE1.) et qu'il était à l'origine d'une multitude de retraits et virements bancaires à partir dudit compte pour des dépenses personnelles d'agrément, dont il se serait expressément reconnu débiteur et qu'il se serait engagé envers le CURATEUR à rembourser pour le 31 octobre 2019, fait qu'il aurait expressément reconnu en première instance, de sorte qu'il serait malvenu à nier actuellement être à l'origine de ces opérations.

Ce serait dès lors encore à bon droit que les premiers juges ont considéré que ces opérations bancaires ont été faites de manière abusive à des fins personnelles et qu'elles sont constitutives d'une faute grave et caractérisée.

Appréciation de la Cour

L'appel est recevable pour avoir été interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi.

1. Quant à la recevabilité des demandes

En vertu de l'article 2044 du Code civil, la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître, et qui, à l'instar de tout contrat, lie les parties.

En application de l'article 2052 du Code civil, la transaction doit être assimilée à un jugement, qui se voit reconnaître le caractère d'autorité de chose jugée, en ce sens que le litige auquel la transaction met fin, ne peut plus être tranché par le juge, entraînant ainsi le dessaisissement du juge au cas où une instance est en cours.

Une transaction légalement conclue entre parties constitue dès lors une fin de non-recevoir contre une demande ultérieure d'une des parties qui porterait sur le même objet que celui définitivement réglé par la transaction.

En l'espèce, il est constant en cause que les parties ont conclu en date du 20 octobre 2022 une transaction qui a été homologuée par jugement commercial du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 20 janvier 2023, aux termes de laquelle PERSONNE1.) s'est engagé à effectuer un paiement de 40.000 euros jusqu'au 15 décembre 2022 moyennant des paiements mensuels de 4.000 euros, mais qu'il n'a payé au total qu'une somme de 4.000 euros.

Par courriel du 14 novembre 2023, le CURATEUR a procédé à la résolution de cette transaction, au motif que PERSONNE1.) n'a pas honoré son obligation de paiement telle que stipulée dans la transaction.

Compte tenu de la résolution de la transaction intervenue, qui n'est pas remise en cause par PERSONNE1.), l'exception de transaction n'est pas fondée.

Le moyen d'irrecevabilité soulevé par l'appelant est partant à rejeter.

2. Quant au fond

2.1. Quant à l'action en comblement de passif

L'article 495-1 du Code de commerce permet, en cas d'insuffisance d'actif de la faillite d'une société, de faire supporter les dettes en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par les dirigeants sociaux, de droit ou de fait à l'égard desquels sont établies des fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite.

L'action en comblement du passif ne sanctionne que les fautes avérées et incontestables, à savoir une faute « impardnable qu'un dirigeant raisonnablement prudent et diligent n'aurait pas commise, heurtant les normes essentielles de la vie en société, non identifiable au dol bien qu'en en étant voisine. La faute doit, en outre, être caractérisée, à savoir "nettement marquée", ce qui signifie que l'acte doit pouvoir être perçu comme gravement fautif par tout homme

raisonnable » (Coipel, M., « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *Rép. not.*, T. XII, Le droit commercial et économique, Livre 4, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 317-2 et les jurisprudences citées).

Comme illustrations fournies par la doctrine et la jurisprudence, sont cités des prélèvements massifs effectués par un administrateur sur les avoirs sociaux, la tenue d'une comptabilité lacunaire et l'absence de comptabilité, le non-paiement des charges fiscales et sociales comme mode de financement délibérément choisi par les dirigeants, le fait de laisser assumer des obligations par la société en sachant qu'elle ne dispose pas du capital nécessaire pour réaliser les investissements envisagés (*idem*).

Il est encore exigé que la faute grave et caractérisée ait contribué à la faillite. Cela signifie qu'il faut un lien entre la faute et la faillite mais il n'est pas nécessaire que la faute soit l'unique cause de la faillite. Le juge peut se contenter de constater que la faute est une des causes de la faillite, sans qu'elle n'en soit nécessairement la cause immédiate (I. Verougstraete, *L'action en comblement de passif dans : Les créanciers et le droit de la faillite*, p.432).

L'insuffisance d'actif n'est pas contestée en l'espèce, et par ailleurs dûment établie par les pièces versées par le CURATEUR.

Il résulte ensuite des pièces versées, que depuis la constitution de la société SOCIETE1.), PERSONNE1.) et PERSONNE3.) étaient les gérants administratifs de celle-ci, et que suivant résolution prise lors de l'assemblée générale extraordinaire du 20 février 2019, leur démission de cette fonction a été acceptée et PERSONNE4.) a été nommé gérant administratif. Aux termes de cette même résolution, il a été acté que PERSONNE1.) et PERSONNE3.) avaient, suivant convention de cession de parts sociales signée le même jour, cédé la totalité de leurs parts sociales à PERSONNE4.) qui est devenu l'associé unique.

PERSONNE1.) conteste actuellement avoir été dirigeant de fait de la société SOCIETE1.) après sa démission de sa fonction de gérant administratif le 20 février 2019.

La notion de dirigeant de fait vise toute personne qui, directement ou par personne interposée, exerce une activité positive et indépendante dans l'administration générale d'une société, sous le couvert ou aux lieu et place de ses représentants légaux.

Le dirigeant de fait se comporte, sans partage, comme maître de l'affaire. Il exerce son activité sous le couvert et au lieu et place du représentant légal, mais sans en avoir le pouvoir.

La qualité de dirigeant de fait ne peut être présumée mais doit être prouvée par le demandeur. Elle sera appréciée souverainement par

les juges du fond sur la base des éléments de fait, par application de la théorie des « faisceaux d'indices ».

Il ressort d'un écrit de la banque SOCIETE3.) du 3 novembre 2023, que jusqu'au jour de la faillite, PERSONNE1.) avait une procuration sur le compte de la société SOCIETE1.) et disposait seul d'une carte VPay associée à ce compte.

Il convient de relever ensuite les faits non discutés que PERSONNE1.) était présent au siège de la société SOCIETE1.) lorsque le CURATEUR s'est présenté pour faire l'inventaire de la faillite en date du 12 juin 2019, et que dans le cadre de la procédure en opposition de la faillite, il a été l'un des interlocuteurs du CURATEUR.

La Cour considère qu'il est établi par ces éléments que tout en ayant démissionné officiellement de ses fonctions, PERSONNE1.) a continué à diriger de fait la société SOCIETE1.) jusqu'au jour de la faillite.

Concernant les griefs invoqués par le CURATEUR, tout commerçant est obligé de tenir une comptabilité régulière et de publier les comptes annuels.

Il résulte des pièces versées que les comptes de la société SOCIETE1.) de l'année 2017 ont été déposés et publiés en décembre 2018.

L'absence de tenue d'une comptabilité et de publication des comptes annuels à partir de l'année 2018 n'est ensuite pas discutée par l'appelant et n'est en outre contredite par aucune pièce probante versée par lui, PERSONNE1.) soutenant uniquement que la publication des comptes annuels des années 2018 et 2019 n'aurait pas été possible en raison de la survenance de la faillite en juin 2019.

S'il est vrai qu'au moment de la faillite, l'exercice 2019 était toujours en cours et que les comptes y relatifs ne pouvaient dès lors pas avoir été publiés au moment de la survenance de la faillite, et même à considérer que l'absence de publication en juin 2019 des comptes de 2018 ne constitue pas une faute grave et caractérisée, il n'en reste pas moins que l'absence totale de tenue de comptabilité à partir de 2018 constitue une faute grave et caractérisée dans le chef de PERSONNE1.) ayant indéniablement contribué à la survenance de la faillite, conformément aux développements faits ci-avant, en rendant en effet impossible toute vue d'ensemble sur la situation financière de la société SOCIETE1.).

Quant au grief d'avoir utilisé l'argent de la société SOCIETE1.) pour financer des dépenses personnelles, PERSONNE1.) avait en première instance affirmé que les prélèvements et virements dont le CURATEUR faisait état étaient destinés à des fins de prospection commerciale. En instance d'appel, il ne conteste plus que les

opérations litigieuses ont été utilisées à des fins privées, mais il conteste être à l'origine de ces opérations.

Il est établi par l'écrit de la banque SOCIETE3.) du 3 novembre 2023, que PERSONNE1.) était seul titulaire d'une carte VPay associée au compte de la société SOCIETE1.), de sorte que les prélèvements litigieux ont nécessairement été effectués par l'appelant.

Concernant les virements litigieux effectués à partir du compte de la société SOCIETE1.), il résulte du prédit écrit de la banque SOCIETE3.) du 3 novembre 2023 que PERSONNE1.) et PERSONNE3.) disposaient tous les deux de pouvoirs individuels illimités sur ce compte. Néanmoins, sa contestation actuelle n'est pas crédible au vu de ses explications données en première instance quant au but de ces opérations et au vu de sa reconnaissance de cette dette dans l'échange du 24 septembre 2019 avec le CURATEUR et de son engagement à la rembourser jusqu'au 31 octobre 2019.

La Cour considère partant qu'il est établi que PERSONNE1.) est à l'origine de l'ensemble de ces prélèvements et virements s'élevant, suivant le décompte du CURATEUR, à une somme totale de 25.285,50 euros.

L'utilisation à titre privé du compte de la société par ses dirigeants constitue une faute grave que n'aurait pas commise un dirigeant raisonnablement prudent et diligent, et est perçue comme telle par toute personne raisonnable.

Non seulement, les prélèvements et virements ont diminué le patrimoine de la société SOCIETE1.), mais eu égard à l'importance du montant en cause, l'absence de séparation entre le compte de la société et le patrimoine privé de l'appelant a encore nécessairement contribué à la faillite.

Il est ensuite dûment établi par les pièces versées par le CURATEUR que pour les années 2018 et 2019, les arriérés de cotisations sociales de la société SOCIETE1.) s'élèvent à une somme de 39.708,65 euros, les arriérés d'impôts directs s'élèvent à une somme de 7.850,52 euros et les arriérés de TVA s'élèvent à une somme de 11.841,26 euros. S'y ajoute une dette de 4.000 euros envers l'Administration de l'Enregistrement, des Domaines et de la TVA du chef d'une amende administrative.

Il est de principe que le non - paiement des charges sociales et fiscales ne constitue pas en soi une faute grave et caractérisée au sens de l'article 495-1 du Code de commerce lorsqu'il est involontaire et est la conséquence de l'évolution défavorable des affaires de l'entreprise ; il devient gravement fautif lorsqu'il constitue un mode de financement délibérément choisi.

Le fait d'utiliser à d'autres fins respectivement des taxes que le commerçant perçoit et qu'il a pour obligation de déclarer et continuer à l'Administration de l'Enregistrement, des Domaines et de la TVA et des retenues qu'il est obligé d'effectuer en sa qualité d'employeur sur le salaire des salariés et qu'il ne continue pas à qui de droit, est à considérer comme un détournement de sommes au profit de l'employeur et comme un procédé utilisé afin d'arroger indûment à la société un crédit à l'aide de fonds ainsi détournés de leurs fins. Cette façon de procéder est constitutive d'une faute grave et caractérisée au sens de l'article 495-1 du Code de commerce.

En l'espèce, l'appelant ne verse aucune pièce probante pour établir que le non-paiement des cotisations sociales et des impôts ne résulterait pas d'un choix de sa part. S'y ajoute qu'il a utilisé l'argent de la société pour financer des dépenses privées.

Il s'agit partant de fautes graves et caractérisées dans la mesure où un dirigeant raisonnablement diligent et prudent ne les aurait pas commises, qui ont, eu égard à leur importance, nécessairement contribué à la faillite de la société.

Concernant enfin le grief de l'absence d'avoir fait l'aveu de la faillite, l'article 440 du Code de commerce dispose que tout commerçant et toute société commerciale qui cesse ses paiements doit dans le mois faire l'aveu au greffe du Tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale, de son domicile ou de son siège social.

Ainsi, il incombe à tout commerçant, respectivement à tout gérant, voir administrateur de société, de faire dans le mois de la survenance, l'aveu de la cessation des paiements.

L'ébranlement du crédit ne constitue en revanche pas une condition requise par l'article 440 précité du Code de commerce.

Il n'y a toutefois pas d'obligation d'arrêter l'activité sociale lorsque l'entreprise se trouve dans un état même difficile, lorsqu'elle a des chances raisonnables d'échapper à la faillite ou à la liquidation et que les administrateurs ou gérants s'y emploient. Au contraire, s'il apparaît même avant que la cessation des paiements ne soit acquise, que suivant des prévisions raisonnables, l'entreprise n'a pas de chances raisonnables de sortir de ses difficultés, la poursuite de l'activité sociale est fautive. (Dépistage, Faillite et Concordat, par A. Zenner, Larquier 1998, n° 1166).

Au vu des dix procès-verbaux de carence qui ont été dressés à l'encontre de la société SOCIETE1.) entre le 22 mars 2018 et le 10 janvier 2019 pour un montant total de 59.952,52 euros, face à un bénéfice de seulement 6.677,13 euros réalisé en 2017, et compte tenu encore du courrier du Centre Commun de la Sécurité Sociale du 24 janvier 2018 aux termes duquel celui-ci dénonce le plan de paiement accordé à la société SOCIETE1.) pour le remboursement d'arriérés de

cotisations sociales pour l'année 2017 à défaut pour la société d'avoir respecté les échéances de paiement, il est établi à suffisance de droit qu'à partir du 22 mars 2018, la société n'a plus payé ses créanciers. C'est dès lors à bon droit que les juges de première instance ont retenu cette date comme celle de cessation des paiements.

Compte tenu de l'accroissement des dettes postérieurement à cette date et de l'importance des dettes au moment de la faillite, il est en outre prouvé que la poursuite de l'activité après cette date était néfaste pour la société, et PERSONNE1.) ne fournit d'ailleurs aucun élément de preuve de nature à établir qu'il aurait raisonnablement pu admettre qu'il existait des chances réelles pour que la situation financière de la société ait pu se récupérer, respectivement des efforts éventuels fournis pour lui pour renverser la situation et sauver la société de faillite.

Dès lors, l'omission pour l'appelant, en sa qualité de dirigeant de fait de la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) de faire l'aveu de la cessation des paiements, alors qu'il était ou du moins aurait dû être conscient que la continuation de l'exploitation allait aggraver la situation financière de la société, constitue une faute grave et caractérisée qui a contribué à la faillite.

Concernant le montant à charge duquel les dirigeants seront appelés à combler le passif, le curateur ne doit pas établir le lien entre la faute et l'insuffisance d'actif. En fait, le dirigeant est présumé, si sa faute grave a contribué à la faillite, responsable de l'ensemble de l'insuffisance d'actif, mais le juge disposera d'un pouvoir de modération discrétionnaire qui sera utilisé pour réduire l'obligation du dirigeant. Le juge peut fixer en équité ce montant (Cour d'appel, 11 juillet 2012, n° 35838 du rôle ; Cour d'appel, 29 janvier 2014, n° 38130 du rôle ainsi que la référence y citée).

Le juge est libre de fixer le montant de la condamnation qui correspond au maximum à celui de l'insuffisance d'actif à laquelle les dirigeants de fait ou de droit ont contribué par leur faute grave et caractérisée (Hainaut-Hamende, P. et Raucq, G., « La société anonyme. Première partie : Constitution et fonctionnement », *Rép. not.*, T. XII, Le droit commercial et économique, Livre 3/1, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 435).

Le montant de la condamnation prononcée en première instance n'étant pas remis en cause, il y a lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a dit l'action en comblement du passif fondée pour la somme de 86.754,27 euros.

2.2. Quant à l'interdiction professionnelle

Eu égard aux fautes graves et caractérisées retenues ci-avant sub 2., ayant contribué à la faillite, c'est à juste titre et pour des motifs que la Cour adopte, que le Tribunal a prononcé à l'encontre de PERSONNE1.) une interdiction d'exercer toute activité commerciale

pendant une durée de trois ans à partir du 3 juin 2022, conformément à l'article 444-1 du Code de commerce.

Le jugement entrepris est dès lors encore à confirmer sur ce point.

3. Quant aux demandes respectives des parties sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile

Eu égard à l'issue du litige, PERSONNE1.) ne peut prétendre au paiement d'une indemnité de procédure ni pour la première instance, ni pour la présente instance d'appel, de sorte qu'il est à débouter de ses demandes sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Il serait en revanche, inéquitable de laisser à la charge du CURATEUR l'intégralité des frais, non compris dans les dépens, de sorte qu'au vu des soins requis pour l'instruction de l'affaire en appel, sa demande en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel est à déclarer fondée pour le montant de 2.500 euros.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel,

dit les demandes recevables,

dit l'appel non fondé,

confirme le jugement entrepris,

déboute PERSONNE1.) de ses demandes tant pour la première instance que pour l'instance d'appel sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

condamne PERSONNE1.) à payer à Maître Laurent BIZZOTTO, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société à responsabilité limitée SOCIETE1.), une indemnité de procédure de 2.500 euros pour l'instance d'appel sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

condamne PERSONNE1.) aux frais et dépens de l'instance d'appel.