Texte pseudonymisé

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

Jugement commercial 2018TALCH15/1056

Audience publique du mercredi, onze juillet deux mille dix-huit.

Numéro 187553 du rôle

Composition :

Gilles HERRMANN, Vice-président ;
Katia FABECK, 1er juge ;
Jacqueline KINTZELÉ, juge ;
Alfred TREINEN, greffier.

E n t r e :

Maître **Yvette HAMILIUS**, avocat à la Cour, demeurant à L-2229 Luxembourg, 2, rue du Nord/rue du Palais de Justice, prise en sa qualité de curateur de la faillite de la société SOCIETE1.) SARL, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.), déclaré en état de faillite par jugement rendu par le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 15ème chambre, le 2 juin 2017,

élisant domicile en l'étude de Maître Yvette HAMILIUS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

demanderesse, comparant par Maître Yvette HAMILIUS, avocat à la Cour susdit,

e t :

Monsieur **PERSONNE1.)**, commerçant, demeurant à L-ADRESSE2.),

défendeur, comparant par Maître Henri FRANK, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

F a i t s :

Par acte de l'huissier de justice Patrick MULLER de Luxembourg, en date du 3 octobre 2017, la demanderesse a fait donner assignation au défendeur à comparaître le vendredi 13 octobre 2017 à 09.00 heures devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, Cité Judiciaire, Bâtiment CO, 1er étage, salle CO1.01, pour y entendre statuer sur le mérite de la demande contenue dans ledit acte d'huissier ci-après reproduit :

L'affaire fut inscrite sous le numéro 187553 du rôle pour l'audience publique du 13 octobre 2017 devant la deuxième chambre, siégeant en matière commerciale.

La cause fut renvoyée devant la quinzième chambre.

L'affaire fut utilement retenue à l'audience du 6 novembre 2017 lors de laquelle les débats eurent lieu comme suit :

Maître Yvette Hamilius donna lecture de l'assignation et exposa ses moyens.

Maître Henri FRANK répliqua et exposa ses moyens.

Sur ce, le tribunal prit l'affaire en délibéré et fixa le prononcé au 11 décembre 2017. En date du 22 novembre 2017, le tribunal ordonna la rupture du délibéré et refixa l'affaire à l'audience publique du 4 décembre 2017.

L'affaire fut utilement retenue à l'audience du 12 mars 2018 lors de laquelle les débats eurent lieu comme suit :

Maître Yvette HAMILIUS exposa ses moyens.

Maître Henri FRANK répliqua et exposa ses moyens.

Sur ce, le tribunal prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique de ce jour le

j u g e m e n t q u i s u i t :

Par acte de l'huissier de justice Patrick MULLER de Luxembourg du 3 octobre 2017, Maître Yvette HAMILIUS, prise en sa qualité de curateur de la faillite de la société SOCIETE1.) SARL, déclarée en état de faillite par jugement rendu par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg le 2 juin 2017, a fait donner assignation à PERSONNE1.) (ci-après « PERSONNE1.) »), à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour entendre prononcer l'extension de faillite de la société SOCIETE1.) SARL à l'encontre de PERSONNE1.) en application de l'article 495 du Code de commerce.

La requérante demande encore la condamnation de PERSONNE1.) à tous les frais et dépens de l'instance, sinon d'instituer un partage des frais largement favorable au curateur et d'ordonner l'exécution provisoire du jugement à intervenir sans caution.

A l'appui de sa demande, le curateur fait plaider que la société en faillite SOCIETE1.) SARL a été constituée le 29 novembre 1982 par PERSONNE1.) (21.330 parts) et la société SOCIETE2.) (10 parts).

Les statuts de la société auraient prévu la mise en place d'un conseil de gérance composé de PERSONNE2.) (mis à la retraite le 30 juin 2010), PERSONNE3.), PERSONNE4.), PERSONNE1.) et PERSONNE5.) avec un mandat limité dans le temps jusqu'à l'assemblée générale ordinaire de 2011.

Il résulterait cependant du procès-verbal de l'assemblée générale ordinaire du 14 avril 2009 que PERSONNE1.) se serait vu accorder le droit de signature unique sur les comptes de la société, tandis que PERSONNE3.) et PERSONNE4.) ne pourraient engager la société que par leur signature conjointe.

PERSONNE1.) serait en plus titulaire d'une autorisation d'établissement pour l'activité commerciale d'agent immobilier qu'il exercerait, de même que celle de syndic d'immeubles, sous la dénomination Bureau PERSONNE1.).

Le curateur aurait découvert, en premier lieu, que PERSONNE1.) aurait fait des prélèvements/paiements à des fins purement personnelles à partir des comptes de la société en faillite pour un montant total de 3.934.987,67 EUR. PERSONNE1.) refuserait cependant de rembourser ce montant sur le compte de la faillite, notamment en affirmant que les montants retirés du compte d'SOCIETE1.) SARL auraient servi, entre autres, à financer des investissements qui ne correspondraient pas à la gestion courante de la société, faits qu'il resterait cependant en défaut de prouver.

Il résulterait en effet des constatations de la Fiduciaire SOCIETE3.) SARL effectuées sur base des données comptables remises au curateur et à PERSONNE6.), gérant de ladite fiduciaire, que sur la période du 1er janvier 2011 au 30 mars 2017, PERSONNE1.) aurait prélevé au préjudice de la société le montant de 3.557.775,36 EUR, sans préjudice du fait qu'à la clôture de l'exercice au 31 décembre 2010, il y aurait prétendument eu une compensation de dettes entre la société SOCIETE1.) SARL et PERSONNE1.) pour un montant de 831.084,75 EUR.

Au vu du fait que les raisons de cette compensation resteraient cependant incompréhensibles, le curateur estime que le montant total prélevé au préjudice de la société en faillite s'élèverait à 4.388.860,11 EUR.

Le curateur conteste, à ce sujet, encore la déclaration de créance de plus de 8 millions d'euros, déposée par l'assigné dans la faillite pour une prétendue créance de 2010, en raison de la compensation de ce montant intervenue suivant les écritures des livres comptables de l'année 2010 qui, suivant une jurisprudence récente, devraient être considérées comme un aveu extrajudiciaire.

Ensuite, en deuxième lieu, le curateur aurait fait inscrire des hypothèques sur les immeubles de PERSONNE1.) au Luxembourg. Mais il résulterait des pièces soumises au tribunal que ces immeubles de PERSONNE1.) seraient déjà lourdement hypothéqués, bien au-delà de leurs valeurs.

En troisième lieu, le curateur fait valoir que PERSONNE1.) se serait à plusieurs reprises porté caution des engagements de la société, d'abord à l'encontre du bailleur SOCIETE4.) SA et ensuite à l'encontre de la société SOCIETE5.) Benelux.

PERSONNE1.) aurait en plus été condamné suivant jugement civil du 11 juillet 2017 à titre personnel à payer à la société SOCIETE6.) SA le montant de 250.000.- EUR avec les intérêts légaux. Suivant ordonnance de référé du 26 juillet 2016, exécutoire par provision, nonobstant l'appel relevé et non encore toisé, il aurait encore été condamné à payer à la même société la somme de 1.223.250.- EUR avec les intérêts de retard.

Au vu de ces faits et de l'absence de tout remboursement de ces montants, la situation financière personnelle de PERSONNE1.) serait donc des plus précaires.

Il résulterait ensuite, quatrièmement, des informations concordantes données par les employés de la société en faillite qu'il n'y aurait pas eu d'assemblée générale ordinaire ou extraordinaire, à l'exception de l'AGO du 14 avril 2009, et que toutes les décisions de quelque nature qu'elles soient (notamment en relation avec les paiements et les prélèvements) auraient été prises exclusivement par PERSONNE1.) seul, en sa qualité de seul gérant pouvant engager la société en faillite par sa signature personnelle.

PERSONNE1.) serait d'ailleurs le seul membre du conseil de gérance qui se serait porté caution pour les engagements de la société et il aurait signé seul tous les documents sociaux, de même que toutes les déclarations d'impôts, bilans etc. Il n'y aurait par ailleurs jamais eu une approbation des comptes sociaux par les organes sociaux, respectivement par les associés.

Ainsi, PERSONNE1.) n'aurait pas seulement été dirigeant de droit de la société en faillite, mais également dirigeant de fait, alors que le conseil de gérance n'aurait jamais fonctionné en tant qu'organe collégial.

En cinquième lieu il faudrait retenir que PERSONNE1.), en sa qualité de Président du Conseil de gérance, avec signature unique pour engager la société, aurait manifestement omis de faire l'aveu de la faillite en temps utile.

En effet, la société en faillite se serait vu saisir ses comptes bancaires déjà en février 2017, tandis que le 13 mars 2017, la société SOCIETE5.) aurait résilié avec effet immédiat le contrat de gestion avec la société SOCIETE1.) SARL, tout en signalant des arriérés de redevances de 627.230,02 EUR, ainsi qu'une indemnité de résiliation équivalente à trois années de redevances évaluée à 1.450.773,24 EUR.

Depuis le mois de février 2017, les salariés de la société en faillite n'auraient plus obtenu le paiement de leur bonus figurant sur leur fiche de salaire et la moitié des salariés n'auraient pas touché leur salaire du mois de mars, aucun salarié n'ayant finalement été payé en avril et mai 2017.

Il résulterait encore des appels en garantie de la part de l'Administration des contributions directes à l'encontre de PERSONNE3.) et de PERSONNE4.) des arriérés d'impôts sur salaire impayés pour les années 2015 à 2017, ceux de la seule année 2017 s'élevant à 24.725,26 EUR, intérêts de retard compris.

En sixième et dernier lieu, il résulterait de l'information du bureau d'imposition sociétés 4 du 12 juin 2017, statuant sur base des bilans et déclarations d'impôt remises, que PERSONNE1.) aurait déclaré n'être redevable à la société SOCIETE1.) SARL que du montant de 119.903,29 EUR, montant pour lequel il a été taxé à titre de distribution cachée de bénéfices.

En réponse aux moyens d'irrecevabilité soulevés par le défendeur, le curateur conteste toute connivence avec le mandataire du demandeur en faillite et précise que la faillie a bel et bien géré l'hôtel SOCIETE1.), l'intervention de la société SOCIETE5.) s'étant limitée à la gestion des réservations.

Quant au fond, contrairement aux affirmations en ce sens du défendeur, l'article 495 du Code de commerce n'exigerait pas la qualité prouvée de commerçant de celui contre lequel l'extension de la faillite est prononcée, l'extension étant à considérer comme une sanction civile qui peut être prononcée contre tout dirigeant fautif. Les textes français et luxembourgeois en la matière seraient par ailleurs identiques et n'exigeraient pas la preuve de la cessation de paiement et de l'ébranlement du crédit dans le chef du dirigeant lui-même afin de permettre de prononcer l'extension de la faillite.

En conséquence, les conditions posées par l'article 495 du Code de commerce pour l'extension de la faillite seraient remplies en l'espèce, PERSONNE1.), en sa qualité de dirigeant de droit et/ou de fait, ayant agi tout au long de l'existence de la société en faillite, sinon pour le moins depuis l'année 2010, dans un intérêt personnel, en disposant des biens sociaux comme des siens propres et en poursuivant au-delà de tout délai raisonnable une exploitation déficitaire, faisant de surcroît usage d'artifices pour retarder la faillite.

Après s'être rapporté à prudence de justice en ce qui concerne la compétence du tribunal pour connaître de la demande, le mandataire du défendeur, à titre préliminaire, a demandé acte qu'il se réservait le droit de récuser le curateur Maître Yvette HAMILIUS pour cause de connivence entre elle et le représentant (Maître Metzler) de la société SOCIETE4.), créancier ayant provoqué la faillite.

La connivence existerait par le fait d'un échange d'informations nécessaire entre le curateur et Maître Metzler au sujet des sociétés domiciliées au bureau de PERSONNE1.) et aurait permis à la société SOCIETE4.) de procéder à des saisies-arrêts sur toutes les participations de PERSONNE1.) dans ces sociétés, quelques jours seulement avant les saisies sur les mêmes participations effectuées par le curateur.

En conséquence de cette connivence ayant abouti à avantager l'un des créanciers par rapport aux autres, l'assignation lancée par le curateur devrait être déclarée nulle.

La demande serait encore à déclarer irrecevable au motif que le gestionnaire de l'hôtel SOCIETE1.) n'aurait pas été la société en faillite, mais la société SOCIETE5.), ce qui résulterait du contrat de licence versé en pièce au tribunal.

Pour le surplus, la partie défenderesse se rapporte à prudence de justice concernant la recevabilité de l'acte introductif en sa pure forme, conclut au débouté de la demande au fond et réclame une indemnité de procédure de 10.000.- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

A l'appui de sa demande de débouté au fond, le défendeur fait plaider, qu'à côté des conditions spécifiques de l'article 495 du Code de commerce, la jurisprudence applicable à l'extension de la faillite exigerait encore la qualité de commerçant, l'accomplissement d'un acte de commerce dans les six mois précédant la demande en extension et la cessation de paiement et l'ébranlement du crédit dans le chef personnel du défendeur.

PERSONNE1.) conteste tout d'abord sa qualité de commerçant pour ne pas être inscrit comme commerçant au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg et pour se trouver à la retraite et percevoir une pension à ce titre. Il conteste encore que

la société lui aurait servi de prête-nom pour ses propres activités commerciales, de même que d'être gérant, voire gérant unique, de la société, que ce soit de droit ou de fait, sa seule fonction étant celle de président du conseil de gérance.

Pour le surplus, même à supposer qu'il aurait la qualité de commerçant, il n'aurait effectué aucun acte commercial dans les six mois précédant la demande d'extension de la faillite, ce qui rendrait la demande irrecevable, sinon non fondée.

Le défendeur fait ensuite plaider l'absence de cessation de paiement et d'ébranlement du crédit. Il conteste à cet effet l'existence de toute créance certaine, liquide et exigible qu'il refuserait ou serait dans l'impossibilité de rembourser, les deux jugements invoqués par le curateur feraient actuellement l'objet d'une procédure en appel.

En l'absence de toute preuve rapportée, voire même offerte, que PERSONNE1.) se trouverait en état de cessation de paiement et d'ébranlement du crédit, la demande serait à déclarer non fondée.

Quant aux conditions particulières de l'article 495 du Code de commerce, ces conditions ne seraient pas non plus remplies, tout d'abord en ce que le curateur n'établirait et ne préciserait même aucun acte de commerce fait par PERSONNE1.) dans son intérêt personnel sous le couvert de la société.

Il ne serait ensuite nullement établi que le défendeur aurait disposé des biens sociaux comme des siens propres, les virements effectués sur ses comptes propres étant à considérer comme des distributions de bénéfices, certes cachées et de ce fait taxées par l'administration des contributions, mais justifiées par son travail et ses investissements. Toute créance de la société SOCIETE1.) à son égard à hauteur de plusieurs millions d'euros serait formellement contestée. A ce sujet il y aurait encore lieu de lui donner acte de sa demande d'audition de PERSONNE6.), gérant de la fiduciaire SOCIETE3.), sur la question de savoir comment qualifier les prélèvements effectués par PERSONNE1.).

Il fait encore état de la déclaration de créance de 8.848.053,99 EUR qu'il a déposée dans la faillite de la société SOCIETE1.) et qui établirait notamment une créance de 2010 en sa faveur largement supérieure aux montants prélevés depuis 2011. Aucune faute de gestion ne saurait donc lui être reprochée.

Finalement, l'activité de la société SOCIETE1.) aurait bien été bénéficiaire jusqu'au moment où la société se serait trouvée en désaccord avec le bailleur des lieux sur une diminution du loyer qui lui aurait été promise, mais non tenue. PERSONNE1.) conteste en conséquence avoir poursuivi abusivement, dans son intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale.

Les conditions d'application de l'article 495 du Code de commerce ne seraient en conséquence pas établies et la demande serait à rejeter comme non fondée.

Motifs de la décision :

Quant à la recevabilité

A titre liminaire, il y a lieu de constater que conformément à l'article 635 du Code de commerce, le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale connaîtra de tout ce qui concerne les faillites, conformément à ce qui est prescrit au livre III du même code.

L'extension de faillite prévue à l'article 495 du Code de commerce, qui fait partie du livre III du même code, est donc une action née de la faillite et le tribunal de céans peut donc en connaître.

Ensuite, la partie défenderesse reste en défaut d'établir en quoi une éventuelle connivence entre le curateur et un créancier, même à la supposer établie, devrait entraîner la nullité d'une assignation en extension de faillite lancée par le curateur contre un dirigeant de la société faillie. Elle reste encore en défaut d'établir que l'assignation serait en rapport avec le créancier auquel la connivence est reprochée, respectivement que la demande serait fondée sur cette connivence ou les informations en résultant.

Les mentions prévues aux articles 153 et 154 du Nouveau Code de procédure civile, d'ailleurs non autrement contestées, ayant pour le surplus été indiquées dans l'acte introductif, l'assignation ne saurait encourir la nullité.

Le défendeur reste encore en défaut d'établir en quoi l'intervention, de quelle que nature qu'elle soit, dans la gestion de l'hôtel SOCIETE1.) par la société SOCIETE5.) rendrait irrecevable la demande en extension de la faillite de la société SOCIETE1.) à celui de ses dirigeants que le curateur estime responsable de la survenance de la faillite, la gestion de l'hôtel SOCIETE1.) n'étant pas à confondre avec la gestion de la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) SARL.

Le moyen est donc à rejeter comme non fondé.

La demande, non autrement contestée sous ce rapport, est donc à déclarer recevable pour avoir été formée dans les forme et délai de la loi.

Quant au fond

Le curateur de la société en faillite SOCIETE1.) demande l'extension de la faillite à PERSONNE1.) pris en sa qualité de dirigeant de droit, sinon de fait, de la faillie, sur base de l'article 495 du Code de commerce.

L'article 495 du Code de commerce dispose :

« En cas de faillite d'une société, peut être déclaré personnellement en faillite tout dirigeant de droit ou de fait, apparent ou occulte, rémunéré ou non, qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale, qui a:

- sous le couvert de la société masquant ses agissements, fait des actes de commerce dans un intérêt personnel ou
- disposé des biens sociaux comme des siens propres ou
- poursuivi abusivement, dans son intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale.

Le passif de la faillite du dirigeant comprend, outre le passif personnel, celui de la société.

La date de la cessation des paiements est celle fixée par le jugement prononçant la faillite de la société. »

L'article 495 du Code de commerce relatif à l'extension de la faillite, de même que l'article 495-1 du même code relatif au comblement de passif, y ont été introduits par la loi du 21 juillet 1992 portant adaptation de la réglementation concernant les faillites et nouvelle définition des actes de commerce et créant l'infraction d'abus de biens sociaux.

Il résulte de l'exposé des motifs de cette loi (voir : Doc. parl. 3381 ; sess. ord. 1989-1990, 1990-1991 et 1991-1992) que le législateur de 1992 a estimé que le régime des faillites, « *essentiellement conçu pour des commerçants individuels, n'est (-il) plus approprié en ce qui concerne les sanctions qu'il édicte contre le failli. […] Aussi, pour décourager et sanctionner efficacement les agissements de ceux qui sous couvert ou à l'aide d'une société poursuivent des fins personnelles et étrangères aux intérêts de la société, se recommande-t-il de mettre en place un régime de mesures civiles et pénales appropriées, à l'instar de ce qui existe dans d'autres pays.* »

Le législateur a ainsi estimé, qu'à côté de la dissolution judiciaire qui n'affecte que l'être moral, il fallait introduire des mesures « *affectant directement les personnes responsables de sa gestion.* »

Dans le commentaire des articles (voir : Doc. parl. 3381 précité), il est précisé sous l'article 495 :
« *Conformément à l'article 101 de la loi française de 1967 et en entérinant la jurisprudence antérieure, ce texte prévoit l'extension de la faillite sociale au maître effectif de l'affaire, c'est-à-dire au dirigeant qui en fait s'est comporté comme si la société était sa chose personnelle. Mais, conformément au texte français, le projet va plus loin que la jurisprudence actuelle, en permettant de déclarer la faillite personnelle du dirigeant non seulement dans le cas où il a masqué son activité personnelle sous le couvert d'une société, mais encore dans tous les cas où pour son avantage personnel il a poursuivi une exploitation déficitaire de la société. Si dans la première hypothèse, la confusion entre le patrimoine social et le patrimoine personnel est un signe apparent de l'attitude du dirigeant donnant ouverture à faillite, la deuxième hypothèse réprime plutôt des faits de mauvaise gestion, d'indélicatesse, à condition que le dirigeant en ait tiré des avantages personnels, sans qu'il y ait nécessairement appropriation de biens sociaux, et que ces faits aient entraîné la cessation des paiements de la société.* »

Dans son avis du 5 décembre 1989 (voir : Doc. Parl. 3381 précité), le Conseil d'Etat, par rapport au même article 495 du Code de commerce, a encore précisé que « *cet article consacre essentiellement le principe élaboré par la jurisprudence*

luxembourgeoise relative à l'extension de la faillite à un dirigeant d'une société en cas d'abus de la personnalité morale de la société et en cas de confusion des patrimoines. Le texte correspond à l'article 182 de la loi française du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises. »

Afin de définir le domaine d'application de l'article 495 du Code de commerce, il y a donc lieu de se reporter également à la doctrine et la jurisprudence françaises relatives à l'article 182 de la loi du 25 janvier 1985 (qui a complété l'ancien article 101 de la loi de 1967) qui concerne l'action en extension de redressement judiciaire à l'encontre des dirigeants sociaux.

Si l'article 182 de la loi française du 25 janvier 1985 a ajouté trois causes d'ouverture d'un redressement judiciaire aux trois cas déjà prévus à l'article 101 de la loi française de 1967, le texte de l'article 495 du Code de commerce n'a, quant-à-lui, que repris les trois cas initiaux de l'ancien article 101 précité et ainsi, en référence à la doctrine française, l'extension de la faillite prévue à l'article 495 du Code de commerce peut être définie comme étant la sanction du détournement de la personnalité morale à des fins personnelles. (voir : Encyclopédie DALLOZ, SOCIETES, vo : Entreprises en difficulté – Redressement judiciaire (Personnes morales et dirigeants), n°420)

La conséquence directe à tirer de cette définition concerne la question, controversée en l'espèce, de la nécessité de la preuve de la qualité de commerçant de PERSONNE1.).

Avant l'introduction de l'article 495 du Code de commerce sous sa forme actuelle, la jurisprudence exigeait en effet que la qualité de commerçant de l'assigné soit établie, cumulativement avec la cessation des paiements et l'ébranlement du crédit.
(Cour d'appel, 12 mai 1993, numéros 14065 et 14193 du rôle)

Il résulte cependant, aussi bien des documents parlementaires que de la doctrine française précités, que l'article 495 du Code de commerce vise non seulement les dirigeants qui auraient fait personnellement des actes de commerce sous le couvert d'une société commerciale, et de ce fait seraient à considérer comme commerçants eux-mêmes, mais encore tous les dirigeants des sociétés commerciales, de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non, personnes physiques ou morales, qui auraient tiré des avantages personnels de leur mauvaise gestion.

Il n'est donc plus besoin d'établir la qualité de commerçant du dirigeant pour pouvoir faire application de l'extension de la faillite de l'article 495 du Code de commerce, mais il faut et il suffit d'établir que le dirigeant a tiré des avantages personnels de sa mauvaise gestion ou de son indélicatesse et que ces faits ont entraîné la cessation des paiements de la société.

Les développements des parties au sujet de la qualité de commerçant, ou non, de PERSONNE1.), de même que ceux en relation avec le délai de six mois dans lequel ce dernier n'aurait plus effectué d'acte de commerce, sont donc sans pertinence pour la demande en extension de faillite fondée sur l'article 495 du Code de commerce et le tribunal passera outre.

Il est constant en cause que PERSONNE1.) faisait partie du conseil de gérance de la société SOCIETE1.) et qu'il en était le président. (pièce n°1 de Maître Hamilius et note de plaidoiries de Maître Frank)

Il résulte encore d'une décision de l'assemblée générale ordinaire du 14 avril 2009 (pièce n°2 de Maître Hamilius) que PERSONNE1.), à partir de cette assemblée générale, pouvait engager par sa signature unique la société.

La doctrine française admet que les dirigeants de droit sont ceux régulièrement investis des fonctions d'administration et de direction. Dans les sociétés autres que la société anonyme, il s'agit notamment du ou des gérants. (Encyclopédie DALLOZ précitée, n°369) Tous les membres d'un conseil de gérance d'une société à responsabilité limitée sont donc à considérer comme dirigeants de droit de cette société.

PERSONNE1.) est en conséquence à considérer comme dirigeant de droit de la société SOCIETE1.), son pouvoir de signature ne faisant que confirmer qu'il en était même le principal dirigeant, les autres membres du conseil de gérance ne disposant que d'un pouvoir de signature conjointe. (voir : pièce n°2 de Maître Hamilius)

Le curateur estime que toutes les conditions posées par l'article 495 du Code de commerce seraient remplies en l'espèce, PERSONNE1.) « *ayant agi tout au long de l'existence de la société en faillite, sinon pour le moins depuis l'année 2010, sans préjudice de date plus exacte, dans un intérêt personnel, en disposant des biens sociaux comme des siens propres et en poursuivant au-delà de tout délai raisonnable une exploitation déficitaire, faisant de surcroit usage d'artifices pour retarder la faillite.* »

Le défendeur, tout en contestant les affirmations du curateur au sujet des avantages personnels qu'il aurait tirés abusivement de l'exploitation de la société, estime qu'à côté des conditions prévues expressément dans l'article 495 du Code de commerce, il appartiendrait encore au curateur d'établir la cessation des paiements et l'ébranlement du crédit dans son chef, preuve qu'il ne rapporterait cependant pas, toute cessation de paiement et tout ébranlement du crédit dans son chef personnel étant contestés.

Le curateur n'a, à aucun instant de la procédure, établi, voire même affirmé, disposer d'un titre exécutoire ou d'une créance certaine liquide et exigible contre PERSONNE1.), mais il s'est limité à contester la nécessité de prouver la cessation de paiement et l'ébranlement du crédit dans le chef personnel de PERSONNE1.), en contestant que les conditions exigées par la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 21 juillet 1992 devraient toujours être remplies. Actuellement, seules les conditions libellées à l'article 495 du Code de commerce devraient être établies.

S'il est vrai que l'introduction de l'article 495 dans le Code de commerce par la loi du 21 juillet 1992 a entraîné une modification au niveau de la condition de la qualité de commerçant, tel qu'il a été précisé ci-dessus, il n'en reste pas moins que le législateur de 1992 a tenu à préciser, dans le commentaire de l'article 495 lui-même, qu'il entendait entériner la jurisprudence antérieure. (voir : Doc. Parl. 3381 précité)

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 5 décembre 1989 (voir : Doc. Parl. 3381 précité), estime ainsi que « *l'avantage de consacrer par la voie législative une jurisprudence acquise est d'assurer ainsi une sécurité juridique accrue, une jurisprudence pouvant toujours faire l'objet d'un revirement. Le désavantage du recours à la voie législative*

est cependant qu'on empêche ainsi toute évolution jurisprudentielle dans une matière donnée. »

Ensuite, le Conseil d'Etat, après avoir précisé ne pas s'opposer à l'adoption du texte de l'article 495 proposé, relève cependant qu'il « *doit pourtant être clair que pour que la faillite puisse être étendue au vrai maître de l'affaire, la cessation de paiement et l'ébranlement du crédit de ce dernier doivent également être prouvés. Si tel n'est pas le cas, le dirigeant fautif peut faire l'objet d'une action en comblement du passif prévue à l'article suivant du présent projet.* »

Il aurait dès lors appartenu, en l'espèce, au curateur de rapporter la preuve de la cessation de paiement et de l'ébranlement du crédit, non pas dans le chef de la société faillie (cette preuve ayant été retenue par le jugement déclaratif de la faillite la concernant), mais dans le chef du dirigeant de droit de la société qui, en l'espèce, n'est autre que la personne physique PERSONNE1.).

En l'absence de toute preuve, voire même de toute offre de preuve de la part du curateur à ce sujet et au vu des contestations formelles du défendeur, la demande en extension de la faillite sur base de l'article 495 du Code de commerce doit partant être déclarée non fondée.

Le défendeur a encore demandé une indemnité de procédure de 10.000.- EUR. Il reste cependant en défaut d'établir en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge l'entièreté des frais non compris dans les dépens, de sorte que sa demande sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile n'est pas fondée.

P a r c e s m o t i f s :

Le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, quinzième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, le juge-commissaire entendu en son rapport oral,

dit la demande recevable en la forme,

au fond, la **dit** non fondée et **en déboute**,

dit non fondée la demande en allocation d'une indemnité de procédure de PERSONNE1.), partant **en déboute**,

laisse les frais à charge de la masse de la faillite SOCIETE1.) SARL.