Arrêt commercial - faillite

Audience publique du douze novembre deux mille huit.

Numéro 32256 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Carlo HEYARD, premier conseiller;
Annette GANTREL, première conseillère;
Jean ENGELS, avocat général;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

***la société anonyme AAA**, établie et ayant son siège social à XXX, inscrite au Registre de Commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B ….., représentée par son conseil d'adminstration actuellement en fonctions,*

***appelante** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg du 2 mars 2007,*

comparant par Maître Luc TECQMENNE, avocat à Luxembourg ;

e t :

***1) ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG,** représenté par son Ministre d'Etat, établi à L-1352 Luxembourg, 4 rue de la Congrégation,*

***intimé** aux fins du prédit exploit SCHAAL,*

comparant par Maître Eliane SCHAEFFER, avocat à Luxembourg ;

***2) Maître Marguerite RIES,** avocat l, demeurant à Luxembourg, prise en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme AAA préqualifiée,*

***intimée** aux fins du prédit exploit SCHAAL,*

comparant par elle-même.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 8 décembre 2006, l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, ci-après l'ETAT, se prévalant d'un défaut de paiement de la T.V.A., a assigné la société AAA en faillite devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale.

L'article 3 du Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité dispose en son alinéa 1 que *« Les juridictions de l'Etat membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur sont compétentes pour ouvrir la procédure d'insolvabilité. Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège statutaire »*.

Dans son jugement du 9 février 2007, le tribunal a rejeté le moyen d'incompétence territoriale soulevé par la société AAA au motif que la société AAA n'a pas prouvé à suffisance de droit que le centre de ses intérêts principaux se situe en France et qu'elle n'a donc pas renversé la présomption que le centre de ses intérêts principaux est le Luxembourg, lieu de son siège statutaire.

Le tribunal, admettant que les conditions de la faillite étaient données, a prononcé la faillite et a provisoirement fixé l'époque de la cessation des paiements au 7 août 2006.

Par exploit d'huissier du 2 mars 2007, la société AAA a relevé appel.

Elle conclut en ordre principal à l'incompétence territoriale des juridictions luxembourgeoises.

Elle fait grief aux premiers juges de n'avoir pas admis que le centre de ses intérêts principaux se trouve en France.

Elle avance que pour apprécier la compétence territoriale il faut se placer à la date de la cessation des paiements, en l'occurrence donc à la date du 7 août 2006.

Pour dire que le centre de ses principaux intérêts s'est localisé en date du 7 août 2006 en France, la société AAA se prévaut avant tout d'un procès-verbal de l'ADMINISTRATION DE L'ENREGISTREMENT ET DES DOMAINES luxembourgeoise et d'un rapport dressé par le fisc

français suite à une vérification de comptabilité de la société AAA effectuée en France du 16 octobre 2006 au 18 décembre 2006.

Elle fait valoir que le siège social au Luxembourg indiqué dans ses statuts n'existait plus en 2006, que sa gestion ne se fait pas au Luxembourg mais en France, qu'elle n'a pas de biens et de comptes bancaires au Luxembourg et qu'elle exerce son activité commerciale en France et non au Luxembourg.

Si l'Etat estime que l'appréciation de la compétence territoriale doit se faire à la date de la cessation des paiements, il estime néanmoins que cette date de la cessation des paiements se situe antérieurement à la date du 7 août 2006 et qu'elle est à refixer au 17 octobre 2005.

Il prétend que le centre des principaux intérêts de la société AAA se trouve au Luxembourg. A cet égard, il s'oppose à ce que le procès-verbal de l'ADMINISTRATION DE L'ENREGISTREMENT ET DES DOMAINES luxembourgeoise et le rapport du fisc français soient pris en considération.

Il se prévaut d'une lettre de l'expert-comptable BBB adressée à l'ADMINISTRATION DE L'ENREGISTREMENT ET DES DOMAINES le 6 octobre 2005.

Il soutient que s'il y a une activité commerciale en France, celle-ci n'est que résiduelle et que toutes les décisions concernant le fonctionnement de la société et sa politique commerciale sont prises au Luxembourg lors des réunions du conseil d'administration au siège social statutaire où les courriers et actes de procédure ont été adressés.

Posant une règle de procédure autonome, la C.J.C.E., désireuse d'éviter un forum shopping, a admis dans son arrêt STAUBITZ-SCHREIBER du 17 janvier 2006 (Aff. C-1/04) que pour localiser le centre des intérêts principaux il faut se placer à la date de l'introduction de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

L'appréciation de la compétence territoriale internationale doit donc se faire en l'espèce à la date du 8 décembre 2006, date de l'assignation en faillite.

La date de la cessation des paiements, notion spécifique au droit des faillites luxembourgeois, n'est partant pas à prendre en considération lors de l'appréciation de la compétence territoriale internationale et il est partant sans intérêt de savoir si la date de la cessation des paiements est le 7 août 2006 ou le 17 octobre 2005.

Dans son arrêt EUROFOOD FSC Ltd du 2 mai 2006 (Aff. C-341/04), la C.J.C.E. a cerné la notion du centre des intérêts principaux du

règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 en les termes suivants :

« - 31 La notion de centre des intérêts principaux est propre au règlement. Partant, elle revêt une signification autonome et doit donc être interprétée de manière uniforme et indépendante des législations nationales.

- 32 La portée de cette notion est éclairée par le treizième considérant du règlement, qui indique que « le centre des intérêts principaux devrait correspondre au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers ».

- 33 Il ressort de cette définition que le centre des intérêts principaux doit être identifié en fonction de critères à la fois objectifs et vérifiables par les tiers. Cette objectivité et cette possibilité de vérification par les tiers sont nécessaires afin de garantir la sécurité juridique et la prévisibilité concernant la détermination de la juridiction compétente pour ouvrir une procédure d'insolvabilité principale. Cette sécurité juridique et cette prévisibilité revêtent une importance d'autant plus grande que la détermination de la juridiction compétente entraîne, conformément à l'article 4, § 1, du règlement, celle de la loi applicable.

- 34 Il s'ensuit que, pour la détermination du centre des intérêts principaux d'une société débitrice, la présomption simple prévue par le législateur communautaire au bénéfice du siège statutaire de cette société ne peut être écartée que si des éléments objectifs et vérifiables par les tiers permettent d'établir l'existence d'une situation réelle différente de celle que la localisation audit siège statutaire est censée refléter.

- 35 Tel pourrait être notamment le cas d'une société « boîte aux lettres » qui n'exercerait aucune activité sur le territoire de l'Etat membre où est situé son siège social.

- 36 En revanche, lorsqu'une société exerce son activité sur le territoire de l'Etat membre où est situé son siège social, le simple fait que ses choix économiques soient ou puissent être contrôlés par une société mère établie dans un autre Etat membre ne suffit pas pour écarter la présomption prévue par le règlement. »

Suivant modification des statuts du 21 novembre 2002 déposée au registre de commerce du 6 décembre 2002 et publiée au Mémorial C le siège social de la société AAA a été transféré à XXX.

Suivant vérifications faites par l'huissier le siège social s'est trouvé à la prédite adresse lors de l'assignation en faillite en date du 8 décembre 2006.

Il faut donc admettre que le siège social à XXX a bien existé au moment de l'acte d'appel du 2 mars 2007.

L'Etat ne saurait donc, dans un ordre subsidiaire, se prévaloir de l'inobservation par la société AAA des dispositions des articles 153 et 585 du N.C.P.C. en vertu desquelles l'appelante doit indiquer dans son exploit d'appel son siège social si elle est une personne morale.

Lors d'un commandement de payer du 25 octobre 2005, l'huissier instrumentant n'a pu trouver personne ayant qualité pour recevoir l'acte.

Il en a été de même le 5 novembre 2005 lorsque l'huissier, se trouvant dans l'impossibilité de trouver des biens saisissables appartenant à la société AAA, a dressé un procès-verbal de carence.

Le 8 décembre 2006, lors de la signification de l'exploit d'assignation en faillite, l'huissier n'a de nouveau trouvé personne sur place pour recevoir l'acte.

L'Etat s'oppose à la prise en considération du procès-verbal de l'ADMINISTRATION DE L'ENREGISTREMENT ET DES DOMAINES en disant qu'il ne porte ni de date, ni de signature et qu'il est contredit par le fait que l'ADMINISTRATION DE L'ENREGISTREMENT ET DES DOMAINES a émis des bulletins d'imposition pour les années 1999 à 2004, ainsi qu'une contrainte en date du 17 octobre 2005.

Ce procès-verbal a la teneur suivante :

*« **1. Constatations***

- *chiffre d'affaires : entièrement exonéré, la société est immatriculée en France et facture la TVA française essentiellement à des clients français.*
- *taxe en aval : différence dans les acquisitions intracommunautaires, le comptable en a été informé sans réaction jusqu'à présent.*
- *La société a plusieurs véhicules sur le tableau d'amortissement qui ont été déclarées en tant qu'acquisitions intracommunautaires. Du fait que la totalité de l'activité de la société se déroule en France, les véhicules ne sont certainement jamais entrés au Luxembourg.*

2. Conséquences

Le dossier a été clôturé avec effet au 31 décembre 2004 vu qu'elle n'a aucune activité au Luxembourg mais principalement en France en tant qu'assujetti français. Taxation de la différence des AIC faute de réponse à ma demande de renseignements années 2002 et 2003.

Année 2002 : Redressement de la taxe en amont au niveau des investissement (AIC) Taxation d'office de l'année 2004. »

Bien que non signé, le procès-verbal, non argué de faux, doit bien émaner de l'ADMINISTRATION DE L'ENREGISTREMENT ET DES DOMAINES dès lors qu'il est écrit sur du papier à en-tête de cette administration et qu'il est l'œuvre d'un vérificateur qui fait partie du service anti-fraude de cette administration.

Sur base d'une lettre de l'expert-comptable de la société AAA du 10 novembre 2005, lettre dans laquelle l'expert parle du procès-verbal qu'il vient de recevoir, et sur base de la clôture du dossier avec effet au 31 décembre 2004, la Cour admet que le procès-verbal a été dressé au plus tard dans la deuxième moitié de l'année 2005 et qu'il repose sur des constatations faites à ce moment.

Il se dégage de ce procès-verbal que du moins à partir du début de l'année 2005 la société AAA n'a plus exercé au Luxembourg d'activités donnant lieu à paiement de la T.V.A. au Luxembourg.

Le rapport de l'ADMINISTRATION DE L'ENREGISTREMENT ET DES DOMAINES n'est pas contredit par des agissements contraires de la même administration alors qu'il résulte de la déclaration de créance de l'ADMINISTRATION DE L'ENREGISTREMENT ET DES DOMAINES qu'elle ne réclame pas de T.V.A. pour les exercices 2005 et 2006 et que la contrainte du 17 octobre 2005 ne porte pas sur les exercices 2005 et 2006.

Le fisc français a pendant la période du 16 octobre 2006 au 9 novembre 2006 procédé à la vérification de la comptabilité de la société AAA en présence de CCC, représentant légal de la société.

Ayant été informé le 13 novembre 2006 du décès du représentant légal, le fisc français a clôturé la procédure de vérification le 18 décembre 2006 en l'absence d'un nouveau représentant de la société AAA.

Dans son rapport le fisc français a dit que

« 3) <u>Modalités d'exploitation</u>
Les constatations matérielles rencontrées, lors du contrôle de l'entreprise, mettent en évidence les modalités d'exploitation suivantes :
a) <u>Lieu de direction effectif de l'entreprise</u>
Le siège de décision et de direction effective de la société se situe au lieu de prise en compte fiscal qui est également le domicile du dirigeant de l'entreprise.
b) <u>Activité d'achat revente</u>
L'entreprise réalise des opérations d'achat de mobilier de jardin (pergolas, meubles, …) en Italie et procède à l'installation et au montage de ces articles en France, auprès de ses clients localisés essentiellement en région Provence Alpes Côte d'Azur.
Le démarchage commercial est réalisé lors de foires commerciales, et sur le lieu d'exposition du YYY ou par l'intermédiaire de sites internet.
c) <u>Matériel d'exploitation</u>
L'entreprise utilise en France des installations et agencements sur le site du YYY, un bureau garni de mobilier et de matériel informatique sur la commune du ZZZ.

Des machines et outillage destiné au montage et à la pose du matériel vendu.
Des véhicules de tourisme utilisés pour les démarches commerciales, ainsi qu'une camionnette, destinée aux livraisons.
d) Main d'œuvre utilisée
L'entreprise utilise en sous-traitance, les services de deux agents commerciaux et d'un installateur, tous trois rémunérés à hauteur de 5 % des recettes facturées aux clients de la société AAA.

Le fisc a conclu que

« Compte tenu de ces deux notions « d'établissement stable » et de « cycle commercial complet » les constatations réalisées durant les opérations de vérification de comptabilité entraînent les conséquences fiscales suivantes :
L'appréciation objective des conditions matérielles dans lesquelles les opérations en cause ont été réalisées ainsi que les moyens matériels et techniques mie en œuvre, indiquent que la société AAA possède en France un « établissement stable » tel que des bureaux et un lieu de décision sur la commune de ZZZ ainsi qu'un local commercial technique et d'exposition sur la commune de YYY.
La société réalise également en France un cycle commercial complet caractérisé essentiellement par son activité d'achat revente sur le territoire français. »

La Cour n'a pas de raison de mettre en doute les constatations et conclusions du fisc français.

Il se dégage de la combinaison du procès-verbal de l'ADMINISTRATION DE L'ENREGISTREMENT ET DES DOMAINES luxembourgeoise et du rapport du fisc français que l'activité commerciale essentielle de la société AAA s'est déployée en France au moment de l'assignation en faillite le 8 décembre 2006 et ce au moins depuis le début de l'année 2005.

Il se dégage également de ces mêmes pièces que l'infrastructure matérielle et intellectuelle en vue d'assurer le déploiement de l'activité commerciale en France s'est également localisée en France au moment de l'assignation en faillite.

Cette localisation de l'infrastructure en France, le procès-verbal de carence dressé au Luxembourg ainsi que les exploits signifiés au Luxembourg sans que quelqu'un ayant qualité pour recevoir les exploits ait pu être trouvé sur place établissent que la société AAA n'a plus été au moment de l'assignation en faillite qu'une société « boîte aux lettres » au Luxembourg quitte à ce qu'elle ait encore pu recevoir quelques courriers à son siège social et qu'elle ait encore pu réunir l'un ou l'autre conseil d'administration à son siège social.

Ce statut de société « boîte aux lettres » n'est pas contredit par la lettre de l'expert-comptable BBB du 6 octobre 2005, qui fait état de la mise en veilleuse de la société luxembourgeoise suite au déplacement de la clientèle sur la Côte d'Azur. Cette lettre est plutôt de nature à corroborer le statut de société boîte aux lettres.

Comme la société AAA, ayant au moment de l'assignation en faillite le statut de société « boîte aux lettres » au Luxembourg, a à ce moment habituellement géré ses relations avec des tiers, en l'occurrence essentiellement ses clients et fournisseurs, d'une façon objectivement vérifiable par ceux-ci à partir du territoire français, il y a lieu d'admettre qu'au moment de l'assignation en faillite le centre des intérêts principaux de la société AAA s'est trouvé en France et que la présomption que le centre des intérêts principaux est le lieu du siège statutaire est renversée.

Indépendamment de la question de savoir dans quelle mesure les critères soumis à l'appréciation d'un seul tiers sont pertinents, il y a lieu de remarquer que la circonstance que quelques factures de l'année 2005, émanant du fournisseur italien de la société AAA portent le Luxembourg comme adresse de facturation, reste sans incidence, puisqu'il ressort de ces mêmes factures que le siège d'exploitation en France de la société AAA était connu du fournisseur.

Il résulte de l'ensemble des développements qui précèdent qu'il y a lieu de dire que les juridictions françaises sont compétentes pour ouvrir la procédure d'insolvabilité et que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg s'est à tort déclaré compétent pour connaître de la demande en faillite.

La faillite prononcée est partant à rabattre.

L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, qui est à condamner aux frais et dépens de l'instance d'appel, est à débouter de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

L'ETAT devra supporter les frais d'administration de la faillite, y compris les honoraires du curateur.

Il ne paraît pas inéquitable de laisser à charge de la société AAA les frais irrépétibles de l'instance d'appel.

La société AAA est donc également à débouter 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 de la société AAA recevable ;

le déclare fondé ;

réformant :

dit que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg n'a pas compétence pour connaître de la demande en faillite ;

rapporte la faillite de la société AAA prononcée par jugement du 9 février 2007 ;

met les frais d'administration de la faillite rabattue, y compris les honoraires du curateur, à charge de la société AAA ;

déboute les parties de leurs demandes en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

condamne l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG aux frais et dépens des deux instances et ordonne en ce qui concerne les frais et dépens de l'instance d'appel la distraction au profit de Maître Luc TECQMENNE, avocat à la Cour qui la demande, affirmant avoir fait l'avance des frais et dépens.