Arrêt commercial – fermeture d'une société

Audience publique du quatorze décembre deux mille onze.

Numéro 36785 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Annette GANTREL, première conseillère;
Eliane ZIMMER, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

la société à responsabilité limitée AAA s.à r.l., *établie et ayant son siège social à UUU, représentée par son gérant actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 12 juillet 2010,*

comparant par Maître Vincent FRITSCH, avocat à Luxembourg ;

e t :

Monsieur le Procureur d'Etat près le Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg, *ayant ses bureaux à L-2080 Luxembourg, Cité Judiciaire, Plateau du Saint-Esprit,*

intimé *aux fins du susdit exploit BIEL.*

LA COUR D'APPEL :

Lors de l'assemblée générale extraordinaire du 18 août 1997, les associés de la société à responsabilité limitée AAA s.à r.l., avec siège social à F-….. VVV, inscrite sous le n° du registre de commerce XXX ……, ont décidé d'implanter une succursale au Grand-Duché de Luxembourg, actuellement établie à UUU.

Par requête du 13 avril 2010, Monsieur le Procureur d'Etat a demandé à voir ordonner la fermeture de la succursale au motif que depuis sa constitution en 1997 aucun compte social, approuvé par l'assemblée générale, n'a été déposé au registre de commerce et des sociétés.

Par jugement du 1ier juillet 2010, le tribunal a fait droit à la demande tendant à la fermeture de la succursale en question. Le tribunal a en outre ordonné la publication du jugement par extrait au Mémorial ainsi que dans les journaux Luxemburger Wort et Tageblatt et a ordonné l'exécution provisoire du jugement.

De ce jugement, la société AAA s.à r.l. a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 12 juillet 2010.

Dans son acte d'appel la société AAA s.à r.l. fait valoir que les juges de première instance ont à juste titre invoqué les articles 160-2 et 160-3 de la loi modifiée du 15 août 1915 sur les sociétés commerciales mais qu'ils en ont fait une application inexacte.

Elle fait plaider, principalement, qu'*aucune disposition légale française n'impose de procéder à la publication respectivement à l'approbation des comptes d'une succursale alors que conformément au droit commercial français, une succursale est dépourvue de personnalité juridique qui lui soit propre* ; qu'*aucune disposition légale n'impose à la partie requérante de faire procéder à la publication de ses bilans respectivement à leur approbation* ; que l'appelante *n'était partant aucunement tenue de procéder au dépôt et à la publication de ses bilans* ; qu'*il n'y a dès lors pas lieu à fermeture de la succursale de la société de droit français AAA s.à r.l..*

Subsidiairement, l'appelante soutient que si la Cour devait estimer qu'une quelconque obligation de dépôt respectivement de publication des bilans serait à mettre à sa charge, force serait de constater que jusqu'à l'heure actuelle aucun règlement grand-ducal déterminant la procédure de dépôt et précisant la forme dans laquelle les documents seront versés n'aurait été pris.

Plus subsidiairement encore, l'appelante soutient avoir régularisé sa situation en déposant les bilans manquants au registre de commerce et des sociétés en date du 1ier juin 2010. Elle souligne que l'opportunité des sanctions prévues en cas de contraventions aux articles 203 et suivants de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales devrait être appréciée au cas par cas.

La partie appelante réclame en outre une indemnité de procédure de 2.000 € pour la première instance et une indemnité de procédure de 1.500 € pour l'instance d'appel.

DISCUSSION

C'est en vain que la partie appelante fait actuellement plaider que le tribunal, en ordonnant la fermeture de la succursale sur base de l'article 203-1 de la loi sur les sociétés commerciales, aurait statué au-delà de ce que lui avait été demandé alors que le Procureur d'Etat, dans sa requête du 13 avril 2010, se serait basé sur l'article 203 de la même loi qui prévoit la dissolution et la liquidation subséquente d'une société commerciale.

Que le Procureur d'Etat se soit basé sur l'article 203 de la loi sur les sociétés commerciales pour demander la fermeture de la succursale au lieu de faire référence à l'article 203-1 de la même loi, procède d'une simple erreur matérielle. Par ailleurs, face à une requête du parquet visant clairement à la fermeture de la succursale, l'indication non correcte du texte à appliquer ne saurait porter à conséquence, le juge devant appliquer la base légale qui s'impose.

L'article 160-2 de la loi sur les sociétés commerciales est de la teneur suivante :

Les succursales créées au Grand-Duché de Luxembourg par des sociétés qui relèvent du droit d'un autre Etat membre des Communautés européennes et auxquelles s'applique la directive 68/151/CEE du 9 mars 1968, sont tenues de publier selon les modalités de l'article 9 les actes et indications suivants.

(… …)

g) les documents comptables dans les conditions indiquées à l'article 160-3.

L'article 160-3, 1ier alinéa, dit que *l'obligation de publicité visée à l'article 160-2 point g) ne porte que sur les documents comptables de la société tels qu'établis, contrôlés et publiés selon le droit de l'État membre dont la société relève, en conformité avec les directives 787660/CEE, 83/349 CEE et 84/253/CEE.*

La société AAA s.à r.l. fait valoir qu'*en application du principe de la territorialité en droit français les résultats d'un établissement situé à l'étranger ne sont pas imposables en France et que ce principe joue tant pour les profits que pour les charges et pertes : que ce principe de la territorialité sur le plan fiscal emporte des conséquences en matière comptable*, puisque « *lorsqu'une entreprise exerce son activité tant en France qu'à l'étranger, une ventilation doit être opérée afin de ne taxer en France que la part du bénéfice correspondant à l'entreprise exploitée en France. Si, par exemple, une entreprise possède un*

établissement de vente en France et une usine de fabrication à l'étranger, seul le bénéfice de vente doit être taxé en France, à l'exclusion du bénéfice de fabrication réalisé par l'établissement étranger ; le bénéfice imposable en France doit alors être déterminé comme si les opérations entre la France et l'étranger avaient été réalisées avec des tiers à des conditions normales » ; que *l'obligation existant en droit luxembourgeois est de publier les bilans de la société AAA s.à r.l. tels qu'ils sont déposés en France au registre de commerce de BRIEY, autrement dit sans prise en compte de l'activité de la succursale.*

La société appelante conclut dès lors que *les articles 160-2 et 160-3 de la loi sur les sociétés commerciales pour transposer les directives communautaires n'imposent nullement la publication de comptes ou d'un bilan séparé pour la succursale* et que, par conséquent, il *ne peut pas être reproché à la partie appelante de n'avoir pas déposé au registre de commerce et des sociétés luxembourgeois une comptabilité séparée de la succursale.*

La Cour tire l'attention de la partie appelante sur le fait qu'on lui fait seulement grief de n'avoir pas obéi au prescrit des articles 160-2 et 160-3 de la loi sur les sociétés commerciales en ce sens qu'elle n'a pas procédé à la publication au registre de commerce et des sociétés luxembourgeois, non pas de son propre bilan – à supposer établi que la succursale ait établi un tel bilan relatif à son activité – mais des documents comptables que la société AAA s.à r.l. a établis en France, c'est-à-dire ceux que la société AAA s.à r.l. a déposés et publiés dans son pays d'origine.

Force est de constater que ces documents comptables n'ont été déposés au registre de commerce et des sociétés luxembourgeois qu'en date du 1er juin 2010.

Quant à l'argumentation de la société AAA s.à r.l., tirée de l'absence d'un règlement grand-ducal déterminant la procédure de dépôt et précisant la forme dans laquelle les documents seront versés, le tribunal a dit que *cette absence n'est pas de nature à enlever à l'obligation de publicité (résultant de la loi de 1915) son caractère contraignant et la succursale n'est pas non plus dispensée de l'obligation de publicité puisqu'elle n'est pas une société visée aux points 2 et 3 de l'article 77 alinéa 2 de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que de la comptabilité et les comptes annuels des entreprises.*

A relever d'emblée que ce dernier point n'a plus été débattu en instance d'appel.

La partie appelante réitère cependant ses contestations en rapport avec l'absence d'un *règlement grand-ducal à prendre sur avis du conseil d'Etat et de la Commission des normes comptables déterminant la procédure de dépôt, la forme dans laquelle les documents sont versés et les conditions dans lesquels ceux-ci peuvent être soumis à des contrôles arithmétiques et logiques* (cf : art. 75, alinéa 2, de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés).

Elle soutient plus particulièrement qu'aucune disposition – sous forme de règlement grand-ducal – n'a été prise pour le dépôt des documents comptables des succursales de sociétés étrangères, alors qu'*un tel règlement est pourtant nécessaire, ne serait-ce que pour savoir quels sont les exercices comptables pour lesquels il y aurait lieu de déposer les bilans* ; que, concrètement, *s'agissant d'une succursale se pose la question de savoir si les comptes doivent être publiés pour l'exercice courant à la date de son immatriculation, l'exercice suivant, ou tous les exercices antérieurs, avant même l'immatriculation de la succursale puisqu'il s'agira des bilans de la société étrangère, immatriculée par définition à une date antérieure à celle de la succursale.*

La société AAA s.à r.l. conclut qu'*en l'absence de détermination d'une procédure de publication, la loi du 19 décembre 2002 et plus précisément l'obligation de publication qui en découle sont incontestablement inapplicables.*

Selon les usages de notre régime politique, le pouvoir législatif – la loi – se borne aux principes et aux généralités en abandonnant la mise en œuvre au pouvoir réglementaire (cf : Introduction à la Science du Droit par Pierre PESCATORE).

Le règlement grand-ducal a le pouvoir de compléter la loi dans ses questions de détail pour la rendre pleinement opérationnelle. C'est le pouvoir réglementaire qui fixe les règles de détail dans le cadre posé par la loi (cf : Le domaine de la loi et du règlement par Alain STEICHEN, Pasicrisie 1-2/2008, pages 39 et 43).

Il est constant en cause qu'à l'heure actuelle le pouvoir réglementaire n'a pas encore pris de règlement grand-ducal prévu à l'article 75, alinéa 2, de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés.

La loi n'est cependant pas pour autant inapplicable dès lors que son exécution – nonobstant l'absence du règlement grand-ducal fixant tous les détails – n'est pas rendue impossible. Même à défaut d'un tel texte réglementaire, rien n'a empêché la succursale qui existe depuis 1997 de se conformer aux articles 160-2 et 160-3 de la loi modifiée du 10 août 1915 qui exigent la publication des *documents comptables de la société tels qu'établis, contrôlés et publiés* dans son pays d'origine.

Conformément à l'article 203-1 de la loi modifiée du 10 août 1915, le tribunal a la faculté, à la requête du Ministère public, de prononcer la fermeture de tout établissement au Grand-Duché de Luxembourg d'une société étrangère qui poursuit des activités contraires à la loi pénale ou qui contrevient gravement aux dispositions du code de commerce ou des lois régissant les sociétés commerciales et du droit d'établissement.

Il n'est pas reproché à la succursale de poursuivre une activité contraire à la loi pénale.

La Cour, au regard des circonstances particulières de l'espèce, juge inopportune la fermeture de la succursale, celle-ci ayant – fait non contesté – depuis son implantation au Grand-duché de Luxembourg satisfait, à l'exception de la publication des documents qu'a établis la société dans son pays d'origine, à toutes les autres obligations mises à charge dans le cadre de son implantation.

Il suit de l'ensemble de ces considérations qu'il a lieu à réformation du jugement entrepris en ce sens qu'il n'y a pas lieu de prononcer la fermeture de la succursale.

Il n'y a cependant pas lieu d'allouer à la société AAA s.à r.l. une indemnité de procédure, alors qu'il ne paraît pas inéquitable de laisser à sa charge les sommes par elle déboursées et non comprises dans les dépens.

Il y a lieu de condamner la société AAA s.à r.l. aux frais et dépens des deux instances, alors que c'est par la négligence de cette dernière qu'a eu lieu le présent litige.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement et sur rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit l'appel ;

le dit fondé ;

réformant :

dit qu'il n'y a pas lieu de prononcer la fermeture de la succursale de la société AAA s.à r.l.;

dit non fondée la demande en obtention de la société AAA s.à r.l. d'une indemnité de procédure ;

condamne la société AAA s.à r.l. aux frais et dépens des deux instances.