

Arrêt N° 95/21 IV-COM

Audience publique du six juillet deux mille vingt-et-un

Numéro CAL-2020-01022 du rôle

Composition:

Marie-Laure MEYER, président de chambre;
Carole BESCH, conseiller;
Nathalie HILGERT, conseiller;
Eric VILVENS, greffier.

E n t r e

la société anonyme SOC.1.), établie et ayant son siège social à L- (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),

appelante aux termes d'un acte de l'huissier de justice Frank Schaal de Luxembourg du 12 novembre 2020,

comparant par Maître Philippe-Fitzpatrick Onimus, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

1) l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, représenté par son Ministre d'Etat, établi à L-1341 Luxembourg, 2, Place de Clairefontaine, et pour autant que de besoin par son Ministre des Finances, établi à L-2931 Luxembourg, 3, rue de la Congrégation, poursuites et diligences de Monsieur le Directeur de l'Administration de l'Enregistrement, des Domaines et de la TVA, et/ou pour autant que de besoin par le Receveur de l'Administration de l'Enregistrement, des Domaines et de la TVA au bureau de la Recette Centrale de l'Administration de l'Enregistrement, des Domaines et de la TVA à Luxembourg, pour lesquels domicile est élu au bureau de Monsieur le Directeur de l'Administration de l'Enregistrement, des Domaines et de la TVA à L-1651 Luxembourg, 1-3, avenue Guillaume, et subsidiairement au bureau dudit Receveur à L-2341 Luxembourg, 5, rue du Plébiscite,

intimé aux fins du prédit acte Schaal,

comparant par Maître Claude Clemes, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) Maître Christian STEINMETZ, curateur, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-2128 Luxembourg, 30, rue Marie-Adélaïde,

intimé aux fins du prédit acte Schaal,

comparant par lui-même.

LA COUR D'APPEL

Par jugement contradictoire du 30 octobre 2020, la société anonyme **SOC.1.)** (ci-après « **SOC.1.)** ») a été déclarée en état de faillite sur assignation de l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG (ci-après l'« ETAT ») qui se prévalait d'une créance fiscale à hauteur de 457.563,35 euros et Maître Christian STEINMETZ en a été nommé curateur.

A la requête du curateur, ce jugement fut signifié à **SOC.1.)** le 12 novembre 2020.

Par acte d'huissier de justice du même jour, **SOC.1.)** a relevé appel de ce jugement et sollicite que le jugement déclaratif de faillite soit mis à néant et que les intimés soient condamnés aux frais et dépens des deux instances. L'appel a été enrôlé sous le numéro CAL-2020-01022.

A l'appui de son recours, l'appelante conteste que les conditions de la faillite aient été remplies dans son chef et expose que ses prestations de services ont été suspendues par décision de la Commission de Surveillance du Secteur Financier (ci-après « CSSF ») du 25 juillet 2019 sur base de l'article 38 paragraphe 2 c) de la loi modifiée du 10 novembre 2009 sur les services de paiement (ci-après « la Loi de 2009 »), qu'à partir de cette date, elle ne pouvait plus procéder à aucun paiement sans s'exposer aux sanctions pénales prévues par l'article 47 de la Loi de 2009 et que ses comptes auprès de la **BQUE.1.)** ont été bloqués.

L'appelante donne encore à considérer qu'elle avait trouvé un accord avec l'ETAT lui permettant de déposer une déclaration de cessation d'activité avec effet rétroactif au 30 novembre 2019. Elle conteste partant le caractère certain, liquide et exigible de la créance de l'ETAT dans la mesure où le décompte versé ferait état de sommes redues pour la période postérieure au 30 novembre 2019.

Elle fait encore valoir que ses actifs bancaires sont suffisants pour prendre en charge sa dette à l'égard de l'ETAT qui, en tout état de cause, aurait pu procéder à la saisie de ses comptes.

En date du 24 novembre 2020, **SOC.1.)** a encore relevé appel contre le jugement du 30 octobre 2020 auprès du greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, deuxième chambre, sur base de l'article 43 (6) de la Loi de 2009 et a déposé cet appel comme acte de procédure dans le cadre de l'affaire enrôlée sous le numéro CAL-2020-01022.

Dans le cadre de ses conclusions ultérieures prises dans ce rôle, l'appelante demande à la Cour principalement de déclarer son acte d'appel du 24 novembre 2020 recevable et subsidiairement de déclarer celui du 12 novembre 2020 recevable comme étant le recours de droit commun, de dire l'assignation en faillite non recevable en application de l'article 43 de la Loi de 2009, de rabattre le jugement de faillite et de condamner l'ETAT aux frais et dépens de l'instance.

L'ETAT demande à la Cour de dire que **SOC.1.)** a d'autres activités que celle de la prestation de services de paiement, de sorte que l'article 43 de la Loi de 2009 n'est pas applicable, de déclarer l'assignation introductive d'instance du 16 septembre 2020 recevable et de confirmer le jugement entrepris. Il sollicite encore une indemnité de procédure de 1.500 euros et la condamnation de l'appelante aux frais et dépens de l'instance.

L'ETAT donne à considérer que **SOC.1.)** n'a à aucun moment soulevé l'irrecevabilité de la demande en première instance et que le Parquet économique, qui reçoit une copie de chaque assignation en faillite ne se serait pas non plus opposé à la demande de mise en faillite. Il expose encore que **SOC.1.)**, dont l'objet social n'est pas limité à la prestation de services de paiement, avait cessé son activité en date du 5 juin 2020, de telle manière que l'assignation en faillite était régulière et qu'elle a été déclarée en état de faillite à bon droit.

Au fond, il requiert la confirmation du jugement étant donné que sa créance n'est toujours pas payée.

Le curateur demande à la Cour de déclarer les actes d'appel des 12 novembre 2020 et 24 novembre 2020 nuls. A titre subsidiaire, il se rapporte à la sagesse de la Cour quant à la recevabilité de l'assignation en faillite. Plus subsidiairement et quant au fond, il demande de déclarer l'appel non fondé et de confirmer le jugement entrepris. Il requiert finalement la condamnation de l'appelante aux frais et dépens de l'instance.

A l'appui de son moyen de nullité de l'acte d'appel du 12 novembre 2020, le curateur fait valoir que l'appel aurait dû être dirigé contre lui pris en sa qualité de curateur de la faillite de **SOC.1.)** et non pas contre lui en tant que curateur, étant donné qu'il est investi de plusieurs

mandats judiciaires et qu'il ne serait dès lors pas clair s'il était assigné en sa qualité de curateur d'une société ou de curateur d'une personne majeure. L'appelante aurait encore dû renseigner le nom de la société en faillite.

L'appel du 24 novembre 2020 serait également nul motif pris qu'il est dirigé contre **SOC.1.)** au lieu d'être dirigé contre lui pris en sa qualité de curateur de la faillite de cette société.

En relation avec la question de la régularité de l'assignation en faillite lancée par l'ETAT, le curateur se réfère à un courriel de la CSSF aux termes duquel **SOC.1.)** serait à considérer comme établissement de paiement pur ne fournissant pas d'activités autres que la prestation de services de paiement. Il se rapporte à la sagesse de la Cour en ce qui concerne la réponse à la question de savoir si c'est l'article 43 ou l'article 44 de la Loi de 2009 qui est à appliquer en l'espèce et en ce qui concerne les conséquences en droit qu'il y a lieu d'en tirer.

Au fond, il expose que le passif déclaré se chiffre à 7.117.000 euros et que l'appelante n'a pas consigné de quelconques sommes aux fins d'apurer ces dettes.

Appréciation

L'appelante demande à la Cour de statuer sur base de son acte d'appel du 24 novembre 2020. Le curateur conclut à la nullité de cet acte d'appel pour être dirigé contre la société en faillite et non pas contre lui pris en sa qualité de curateur.

Avant de se prononcer sur le contenu même de cet appel et des parties visées, il convient d'analyser la régularité de cet appel quant à la forme.

Il est constant en cause que le tribunal a statué sur la demande de mise en faillite lui soumise par l'ETAT conformément au droit commun et non pas sur base de la Loi de 2009. Il en découle que l'appel dirigé contre un tel jugement doit être relevé conformément au droit commun c'est-à-dire en application des articles 465 du Code de commerce et 584 et suivants du Nouveau Code de procédure civile.

Il s'en suit que l'acte d'appel du 24 novembre 2020, relevé par déclaration au greffe du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale en application de l'article 43 (6) de la Loi de 2009, n'est pas régulier et doit être déclaré irrecevable.

L'appel relevé, suivant les formes de droit commun, par exploit d'huissier de justice signifié à l'ETAT et à Maître Christian STEINMETZ, en date du 12 novembre 2020 est par contre recevable en la forme.

Il est argué de nullité par Maître Christian STEINMETZ au motif qu'il est dirigé contre lui en sa qualité de curateur, sans autre précision.

En application de l'article 585 du Nouveau Code de procédure civile et des articles 153 et 154 du même code auxquels il est expressément renvoyé, l'acte d'appel doit indiquer « les noms, prénoms, profession et domicile du destinataire ». Ces conditions sont remplies en l'espèce, de telle manière que l'omission de l'indication de la dénomination de la société en faillite est inopérante, ce d'autant plus qu'il résulte clairement de l'acte d'appel qu'il est dirigé contre le jugement ayant déclaré en faillite la société **SOC.1.**). Le curateur n'a donc pas su se méprendre quant au mandat judiciaire visé par l'appel. Il ne fait pas non plus valoir de grief. Le moyen de nullité est partant à rejeter et l'appel du 12 novembre 2020 est à déclarer recevable.

Quant aux activités exercées par l'appelante, il résulte d'un courriel de la CSSF du 17 février 2021 que « *selon les informations à notre disposition, **SOC.1.) SA est à considérer comme établissement de paiement pur, ne fournissant pas d'activités autres que la prestation de services de paiement conformément à l'article 10 (1) (c) de la loi sur les services de paiement et par conséquent l'article 43 devrait être applicable dans le cas présent*** ».

La CSSF a également précisé que, dans le cadre de sa demande de renouvellement de son autorisation, **SOC.1.)** a sollicité cette autorisation en tant qu'établissement de paiement pur tel que prévu par l'article 6 de la Loi de 2009 et non pas comme établissement de paiement hybride tel que prévu par l'article 10 (1) (c) de la Loi de 2009.

Les pièces versées, dont notamment les autorisations conférées par la CSSF, établissent également que **SOC.1.)** est un établissement de paiement pur et la Cour ne dispose pas d'éléments de preuve quant à d'autres activités prestées par l'appelante. S'il est certes vrai que ses statuts l'autorisent à exercer d'autres activités commerciales que la prestation de services de paiement, aucune pièce versée ne permet de retenir qu'elle a effectivement exercé de telles activités.

Aux termes de l'article 43 de la Loi de 2009 relatif notamment à la procédure de faillite des établissements de paiement agréés au Luxembourg qui n'exercent pas au titre de l'article 10 (1) (c) des activités autres que la prestation de services de paiement, « *[s]ans préjudice de l'aveu de l'établissement de paiement ou de l'établissement de monnaie électronique, seuls la CSSF ou le Procureur d'Etat, la CSSF dûment appelée en cause, peuvent demander au Tribunal de prononcer la faillite d'un établissement de paiement ou d'un établissement de monnaie électronique* ».

Cet article déroge par ses dispositions au droit commun des faillites, en prévoyant pour certains établissements de paiement agréés au Luxembourg des règles de procédure spécifiques, et notamment que seuls la CSSF ou le Procureur d'Etat peuvent demander au tribunal

de prononcer la faillite d'un établissement de paiement qui n'exerce pas d'autres activités. Cette disposition doit être considérée comme relevant de l'organisation judiciaire, de telle manière qu'elle peut encore être invoquée en appel.

Le fait que **SOC.1.)** a cessé ses activités n'a aucune conséquence sur son existence en tant qu'établissement de paiement au sens de la Loi de 2009. L'ETAT ne saurait pas non plus tirer une quelconque conséquence juridique du simple fait que le Ministère Public, dont il n'est pas établi qu'il a effectivement été informé de cette assignation en faillite, n'a pas réagi, ce d'autant moins que le Ministère Public n'a pas été partie à l'instance.

Par réformation du jugement entrepris, il convient dès lors de déclarer irrecevable la demande de l'ETAT tendant à la mise en faillite de **SOC.1.)**.

Si un jugement qui a prononcé la faillite est rapporté sur opposition ou appel, les frais d'administration de la faillite et les honoraires du curateur sont mis à la charge du débiteur, sauf si la faillite a été prononcée sur assignation d'un créancier ayant commis une faute, auquel cas c'est celui-ci qui rapporte les frais de faillite (cf. Cour d'appel, 2 décembre 1998, n°21939 du rôle).

En l'espèce, il résulte clairement des statuts de **SOC.1.)** qu'elle a pour objet social la prestation de services de paiement telle que prévue par la Loi de 2009 et elle a été autorisée à exercer de telles activités par la CSSF. Ces éléments ont nécessairement été connus par l'ETAT qui a dès lors assigné **SOC.1.)** à tort suivant le droit commun. Il est partant à condamner aux frais de la faillite et aux honoraires du curateur, de même qu'aux frais et dépens des deux instances.

Etant donné que l'assistance d'un avocat à la Cour n'est pas requise devant le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale, la distraction de frais et dépens n'est ordonnée que pour l'instance d'appel.

Comme une partie qui est condamnée à supporter les frais et dépens ne peut bénéficier des dispositions de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, l'ETAT est à débouter de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, en application de l'article 2 de la loi modifiée du 19 décembre 2020 portant adaptation temporaire de certaines modalités procédurales en matière civile et commerciale,

dit l'acte d'appel du 24 novembre 2020 irrecevable,

laisse les frais et dépens y relatif à charge de la société anonyme **SOC.1.)**,

dit l'acte d'appel du 12 novembre 2020 recevable,

le déclare fondé,

réformant,

déclare irrecevable la demande de l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG tendant à la mise en faillite de la société anonyme **SOC.1.)**,

dit que la faillite de la société anonyme **SOC.1.)** prononcée le 30 octobre 2020 est rabattue,

déboute l'ETAT DU GRANDE-DUCHE DE LUXEMBOURG de sa demande basée sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

condamne l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG aux frais et dépens des deux instances ainsi qu'aux frais d'administration de la faillite et aux honoraires du curateur et ordonne la distraction des frais et dépens de l'instance d'appel au profit de Maître Philippe-Fitzpatrick Onimus sur ses affirmations de droit.