

Arrêt commercial - faillite

*Audience publique du dix-sept juin deux mille quinze*

Numéro 40858 du rôle.

Composition :

*Roger LINDEN, président de chambre;  
Marianne HARLES, conseillère;  
Elisabeth WEYRICH, conseillère;  
Serge WAGNER, avocat général ;  
Eric VILVENS, greffier assumé.*

**Entre :**

**1) A**, administrateur de sociétés, né le (...) à Tallinn, demeurant en (...),

**2) B**, administrateur de sociétés, né le (...) à Tallinn, demeurant en (...),

**3) C**, administrateur de sociétés, né le (...), demeurant en (...),

**appelants** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Véronique Reyter en remplacement de l'huissier de justice Jean-Claude Steffen d'Esch-sur-Alzette du 15 janvier 2014,

sub 1) - 3) comparant par Maître Laurent Niedner, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**et :**

**1) D**, déclarée en état de faillite par jugement du 19 août 2013 par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, ayant été établie et ayant eu son siège social à (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro (...), actuellement sans siège social connu,

**2) (...)**, avocat à la Cour, demeurant à (...), pris en sa qualité de curateur de la faillite de la société à responsabilité limitée D,

**intimés** aux fins du susdit exploit Reyter,

*sub 1) et 2) comparant par Maître Julien Boeckler, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,*

*3) F, représenté par son Ministre d’F+G, (...), établi en son Ministère d’F+G à (...),*

*4) G, représenté par son Ministre des Finances actuellement en fonctions, poursuites et diligences de Monsieur le Directeur de l’Administration de l’Enregistrement et des Domaines et pour autant que de besoin du Receveur de l’Enregistrement et des Domaines au bureau de la Recette Centrale à Luxembourg pour lesquels domicile est élu au bureau de Monsieur le Directeur de l’Enregistrement et subsidiairement au bureau dudit Receveur à (...),*

*intimés aux fins du susdit exploit Reyter,*

*sub 3) et 4) comparant par Maître Eliane Schaeffer, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.*

#### **LA COUR D'APPEL :**

Par jugement contradictoire du 6 décembre 2013, le tribunal d’arrondissement de Luxembourg a dit non fondée l’opposition relevée par A, B et C d’un jugement du même tribunal du 19 août 2013 qui avait prononcé sur assignation de F, la faillite de la société à responsabilité limitée D.

Pour statuer ainsi, le tribunal a dit que l’opposition relevée par les demandeurs était recevable, étant donné qu’ils sont, en leur qualité d’associés de la société, à considérer comme parties intéressées au sens de l’article 473 alinéa 2 du Code de commerce, rejeté le moyen tiré de la nullité de l’assignation en faillite du 31 juillet 2013, dit que la créance de l’F+G résultant des bulletins de taxation d’office de la TVA relatifs aux exercices 2007 à 2009 faisait l’objet d’une contestation sérieuse non définitivement tranchée, de sorte que l’F+G ne pouvait se prévaloir d’une créance certaine, liquide et exigible à l’égard de la société D, constaté cependant que cette dernière ne disposait pas des fonds nécessaires pour apurer le passif de 210 € résultant d’une créance déclarée par l’Administration des Contributions Directes (ACD), de sorte que les conditions pour prononcer la faillite étaient réunies.

Par acte d’huissier de justice du 15 janvier 2014, A, B et C ont relevé appel du jugement du 6 décembre 2013 dont il n’est pas établi qu’il leur ait été signifié. Ils concluent, par réformation, à voir dire nulle l’assignation introductive d’instance, sinon à voir rabattre la faillite au motif que les conditions de l’article 437 du Code de commerce n’étaient pas remplies au jour du prononcé de la faillite.

Les appelants reprennent le moyen tiré de l'article 163 du NCPC en ce que l'assignation en faillite du 31 juillet 2013 aurait, selon eux, dû être lancée à la requête du Ministre d'F et non pas du G.

C'est cependant à bon droit et pour des motifs que la Cour adopte que le tribunal a dit que la portée de l'article 163 ,1° du NCPC est limitée à la représentation de l'F+G, pris en sa qualité de partie défenderesse - l'article en question dispose que l'F+G est *assigné* en la personne du Ministre d'F+G -, mais ne désigne pas ce dernier pour représenter l'F+G dans toutes les actions en justice qu'il est amené à introduire.

Le moyen est à écarter.

Les intimés de même que le représentant du Parquet Général concluent à la confirmation du jugement en ce que la faillite a été prononcée du fait de l'impossibilité pour la société D de régler la créance de 210 € déclarée par l'ACD.

Cette déclaration de créance n'est pas versée. Le tableau des créanciers dont question au jugement ne l'est pas non plus.

La Cour n'est ainsi pas en mesure de connaître la nature de la créance de l'ACD, ni surtout la date de son exigibilité et plus particulièrement de savoir si elle était exigible dès avant le prononcé de la faillite du 19 août 2013. Il s'y ajoute que la dette a entretemps été réglée pour compte de la société faillie.

Il en découle que le jugement n'est pas à confirmer en ce que le tribunal a prononcé la faillite du fait de l'impossibilité pour la société de régler la créance de l'ACD portant sur 210 €.

L'F+G réitère son moyen - il parle erronément d'appel incident qu'il relève du jugement alors pourtant qu'ayant obtenu gain de cause en ce que la faillite a été prononcée, il ne fait que reprendre un moyen non accueilli en première instance pour voir prononcer la faillite - tendant à la mise en faillite de la société du fait de la créance de l'Administration de l'Enregistrement (AED) et reproche au tribunal d'avoir retenu qu'il ne disposait pas d'une créance certaine, liquide et exigible basée sur les taxations d'office de la TVA relatives aux exercices 2007 à 2009.

Il soutient que la réclamation contre les bulletins portant taxation d'office a été introduite le 13 novembre 2013 par les associés devant le directeur de l'AED. Or, les conditions de la faillite s'apprécient au jour du jugement de faillite, soit le 19 août 2013 et non pas au jour où le tribunal a vidé l'opposition; la réclamation provient non pas du curateur, mais des anciens associés qui n'ont plus qualité pour agir

au nom de la société faillie ; les réclamations sont hors délai au sens de l'article 76 alinéa 2 de la loi sur la TVA.

Il fait en outre valoir avoir respecté la procédure légale en matière de recouvrement.

Ainsi, la notification du bulletin de l'exercice 2007 a été effectuée le 19 juin 2009 au siège de la société à Luxembourg, (...), siège dénoncé le 9 septembre 2009 par le domiciliataire de la société, à savoir (...). Les taxations d'office relatives aux exercices 2008 et 2009 ont été notifiées le 18 septembre 2009 à Riga (Lettonie) à l'adresse d'un certain (...) qui avait contacté l'AED le 5 août 2009 pour lui faire part de ce qu'il avait reçu le bulletin 2007 et lui avait communiqué une adresse à Riga où l'AED pourrait envoyer le courrier destiné à la société D, ce que l'AED a fait par la suite, les courriers ne lui ayant jamais été retournés.

Il fait encore valoir que les réclamations contre les bulletins de taxation d'office relatifs aux exercices 2007 à 2009 ont été rejetées par le directeur de l'AED par décision du 6 février 2014.

L'F+G expose ensuite qu'une première contrainte dressée le 14 septembre 2010 a été notifiée à la société en conformité avec le règlement grand-ducal du 3 décembre 1981 déterminant les formes et les modalités à observer pour la signification de la contrainte en matière de TVA. Le commandement du même jour et la contrainte envoyés par courrier recommandé à Riga ont été retournés à l'expéditeur avec la mention « *unclaimed* ». Aucun recours n'a été introduit contre cette contrainte de sorte qu'elle serait exécutoire. En ordre plus subsidiaire, l'F+G demande à ce que la Cour ne tienne compte que du montant de la TVA redû pour l'année 2007.

Le curateur se rallie aux conclusions de l'F+G.

Le représentant du ministère public conclut également à la réformation du jugement et demande à la Cour de prononcer la faillite de la société D en raison de la créance certaine, liquide et exigible de l'F+G découlant de l'exercice 2007.

Les appelants font valoir que la créance TVA alléguée de l'AED relative à l'exercice 2007 est prescrite depuis le 31 décembre 2012. Ils soutiennent qu' (...) n'avait jamais pouvoir de représenter la société D, de sorte que les notifications des bulletins relatifs aux années 2008 et 2009 et la contrainte du 14 septembre 2010 n'ont pas été valablement faites à l'adresse indiquée par ce dernier. La contrainte aurait, selon eux, dû être publiée dans un quotidien paraissant au Luxembourg. Ils exposent avoir introduit une opposition à contrainte le 13 novembre 2013 devant le tribunal compétent de même qu'un recours le 22 avril 2014 contre la décision de rejet du directeur de l'AED devant le même tribunal.

La Cour constate que le bulletin de la taxation d'office de la TVA reduite pour l'exercice 2007 a été régulièrement notifié le 19 juin 2009 à l'adresse du siège social de la société qui était situé à (...), siège qui sera dénoncé le 9 septembre suivant par le domiciliataire de la société, dénonciation publiée au Mémorial C le 18 septembre 2009.

Les bulletins de la taxation d'office de la TVA reduite pour les exercices 2008 et 2009 ont été notifiés, après la dénonciation du siège social, à une adresse située en Lituanie.

Le moyen des appelants quant à la prescription au 31 décembre 2012 de la créance TVA de l'AED portant sur 129.345,90 € relative à l'exercice fiscal 2007 est basé sur l'omission de l'AED d'avoir posé un acte de poursuite valable durant la période quinquennale suivant l'exercice pour lequel la taxe est due.

Aux termes de l'article 81 de la loi modifiée sur la TVA de 1969 :

*L'action du Trésor en paiement de l'impôt et des amendes se prescrit par cinq ans à partir du 31 décembre de l'année dans laquelle la somme à percevoir est devenue exigible. Ce délai de prescription est interrompu soit de la manière et dans les conditions prévues par les articles 2244 et suivants du code civil, soit par une renonciation de l'assujetti au temps couru de la prescription.*

*En cas d'interruption, une nouvelle prescription susceptible d'être interrompue de la même manière commence à courir et est acquise à la fin de la quatrième année suivant celle du dernier acte interruptif de la précédente prescription.*

Les intimés font valoir que la contrainte du 14 septembre 2010 portant sur les trois exercices 2007 - 2009 est venue interrompre la prescription quinquennale, notamment en ce qui concerne l'exercice 2007.

Les appelants arguent de nullité la notification opérée en 2010 dès lors qu'elle aurait été faite à une adresse située en Lituanie, communiquée à l'AED par une personne non habilitée à agir au nom et pour compte de la société dans laquelle elle n'aurait jamais revêtu une qualité ou fonction quelconque.

Le règlement grand-ducal du 3 décembre 1981 déterminant les formes et les modalités à observer pour la signification de la contrainte en matière de TVA, invoqué par les intimés à l'appui de leur demande tendant à voir constater la régularité de la notification, dispose notamment ce qui suit :

*« Art. 1er. La contrainte prévue à l'article 85 de la loi du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée est signifiée soit par un*

*huissier soit par un agent des poursuites de l'administration de l'enregistrement désigné par le directeur de cette administration. La signification pourra se faire soit dans les formes ordinaires prévues au code de procédure civile soit par la voie postale.*

**Art. 2.** *La signification par la voie postale comporte l'envoi d'une copie de la contrainte au débiteur de la taxe, soit au lieu de son domicile, de sa résidence ou de son siège, soit à l'adresse qu'il a lui-même fait connaître à l'administration de l'enregistrement.*

*Une copie peut également être délivrée à un tiers solidaire du paiement de la taxe.*

*La copie de la contrainte est signifiée avec un acte de commandement, dressé et signé par l'agent des poursuites ou l'huissier, portant sommation de payer dans les délais indiqués le montant renseigné sur la contrainte.*

**Art. 5.** *Lorsque le débiteur de la taxe est sans domicile ni résidence connus, la signification de la contrainte s'effectue par l'insertion d'un avis dans un des journaux imprimés dans le Grand-Duché de Luxembourg, invitant le destinataire de la contrainte à en prendre connaissance au bureau de l'enregistrement indiqué dans l'avis. Cette signification produit ses effets à partir du jour de la publication de l'avis. »*

L'F+G s'empare des dispositions de l'article 2 pour conclure à la régularité de la notification de la contrainte tandis que les appelants soutiennent que l'AED aurait dû se conformer à l'article 5 et que ne l'ayant pas fait, la notification serait nulle.

L'article 2244 du Code civil auquel renvoie le règlement grand-ducal de 1981 dispose que le commandement signifié à celui qu'on veut empêcher de prescrire forme l'interruption civile.

Se pose partant la question de la régularité de la notification de la contrainte du 14 septembre 2010 faite par la voie postale à une adresse située en Lituanie. De la réponse à cette question dépend le caractère certain ou non de la créance de l'AED, une créance prescrite ne pouvant fonder une assignation en faillite, étant encore entendu qu'aucun autre acte de poursuite susceptible d'interrompre la prescription quinquennale n'a été accompli, relativement à l'exercice 2007, avant le 31 décembre 2012.

L'article 76 alinéas 2 et 3 de la loi modifiée sur la TVA dispose que :

*2. Le bulletin portant rectification ou taxation d'office conformément aux articles 73, 74 et 75 est notifié à l'assujetti, lequel est censé l'avoir reçu à la date de la notification y figurant. La notification est valablement faite par dépôt à la poste de l'envoi recommandé adressé soit au lieu du domicile de l'assujetti, de sa*

*résidence ou de son siège, soit à l'adresse que l'assujetti a lui-même fait connaître à l'administration. Le bulletin contiendra la justification sommaire des opérations effectuées d'office par l'administration ainsi qu'une instruction relative aux délais et voies de recours.*

*Dans le mois de la notification du bulletin portant rectification ou taxation d'office, l'assujetti doit acquitter la taxe ou le supplément de taxe réclamés, nonobstant l'exercice d'une voie de recours. Le paiement préalable de la taxe ou du supplément de taxe ne constitue cependant pas une condition de recevabilité du recours.*

*3. Les bulletins portant rectification ou taxation d'office visés au paragraphe 2 peuvent être attaqués par voie de réclamation. La réclamation, dûment motivée, doit être introduite par écrit auprès du bureau d'imposition compétent dans un délai de trois mois à compter de la date de notification du bulletin portant rectification ou taxation d'office. En cas de rejet total ou partiel de la réclamation au niveau de ce bureau, le directeur de l'administration est saisi d'office de la réclamation. Dans ce cas, le directeur réexamine l'imposition sur laquelle porte la réclamation. Sa décision se substitue à l'imposition entreprise et donne lieu, selon le cas, à l'émission d'un avis confirmatif, en partie ou en totalité, des éléments du bulletin attaqués et/ou à l'émission d'un bulletin portant rectification du bulletin attaqué. La notification de la décision est valablement faite par dépôt à la poste de l'envoi recommandé adressé soit au lieu du domicile de l'assujetti, de sa résidence ou de son siège, soit à l'adresse que l'assujetti a lui-même fait connaître à l'administration. La décision indique la date de notification à laquelle l'assujetti est censé l'avoir reçue.*

*La décision du directeur est susceptible de recours. Le recours est introduit par une assignation devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile. Sous peine de forclusion, l'exploit portant assignation doit être signifié à l'Administration de l'enregistrement et des domaines en la personne de son directeur dans un délai de trois mois à compter de la date de notification figurant sur la décision du directeur...*

Les appelants ont introduit un recours contre la décision du directeur de l'AED qui a rejeté la réclamation dont ils l'avaient saisi par courrier du 13 novembre 2013. La décision de rejet date du 6 février 2014 et les appelants ont saisi le tribunal d'arrondissement de Luxembourg par assignation du 22 avril 2014 d'un recours contre cette décision.

Ce recours porte sur la fixation d'office de la TVA relative aux exercices 2007 à 2009.

La réclamation contre le bulletin de fixation d'office de la TVA reduite au titre de l'exercice 2007 notifié régulièrement à l'adresse du

siège social semble, tel que retenu par le directeur de l'AED, tardive pour avoir été introduite en-dehors du délai légal d'un mois à partir de sa notification.

Les bulletins portant fixation d'office de la TVA réduite pour les exercices 2008 - 2009 ont été notifiés à une adresse lituanienne.

Tant la réclamation introduite par les appelants le 13 novembre 2013 devant le directeur de l'AED contre les bulletins portant fixation d'office de la TVA réduite du chef des exercices 2007 - 2009 que leur assignation du 22 avril 2014 devant le tribunal d'arrondissement contre le rejet de ladite réclamation par le directeur de l'AED sont notamment basées sur la nullité de la notification des bulletins de taxation d'office à la société D.

Les appelants ont encore introduit un recours contre la contrainte du 14 septembre 2010. L'opposition à contrainte et commandement du 14 septembre 2010 et à saisie par sommation du 12 avril 2013 a été introduite par les appelants le 13 novembre 2013 devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg. Les requérants y concluent à la nullité de la contrainte et de la sommation à tiers détenteur.

Cette contrainte porte sur la somme de 657.118,70 € (soit la TVA réduite pour les exercices 2007 - 2009 à laquelle viennent s'ajouter des amendes d'ordre, des intérêts et autres frais)

L'opposition est notamment basée sur les considérations suivantes (page 2 in fine de l'assignation) :

*« Attendu que la contrainte datée du 14 septembre 2010 n'a été précédée d'aucun bulletin d'imposition ou de taxation d'office valablement notifié, et n'a elle-même pas valablement été notifiée, de sorte qu'elle est nulle en la forme ;*

*Attendu que toute imposition qui serait due pour l'année 2007 est prescrite, alors qu'aucun acte valablement notifié n'a pu interrompre la prescription prévue par l'article 81 de la loi du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée. »*

La Cour est amenée à constater que l'échange des conclusions des parties en cette instance a trait à la régularité de la notification des bulletins de taxation d'office, de même qu'à la régularité de la notification de la contrainte du 14 septembre 2010. Ce débat est actuellement également pendant devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg.

Aux fins de déterminer si l'AED dispose d'une créance certaine, liquide et exigible à l'égard de la société déclarée en état de faillite, la Cour devrait, par voie d'exception, notamment trancher la question

de la notification de la contrainte du 14 septembre 2010, qui, s'il devait s'avérer qu'elle est régulière, aurait valablement interrompu la prescription de l'article 81 de la loi sur la TVA, à tout le moins en ce qui concerne la TVA réduite pour l'exercice 2007. Quant aux exercices 2008 et 2009, la Cour devra analyser la régularité de la notification des bulletins envoyés en Lituanie et éventuellement également la question de la régularité de la notification de la contrainte du 14 septembre 2010 en ce qu'elle contient les montants réduits pour les exercices 2008 - 2009.

L'article 76 de la loi modifiée sur la TVA donne compétence au tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour connaître du recours contre une décision du directeur de l'AED.

Les articles 83 à 89 de la loi modifiée sur la TVA traitent des « droits d'exécution et garanties de recouvrement, poursuites et instances ». L'article 83, 1° donne ainsi au Trésor le droit d'exécution sur contrainte administrative. L'article 85 prévoit que le premier acte d'exécution est une contrainte décernée par le receveur du bureau de recette chargé du recouvrement de la taxe, rendue exécutoire par le directeur de l'enregistrement ou par son délégué. Elle est signifiée par exploit d'huissier ou par un agent de l'administration ou par voie postale, ledit article prévoyant en outre qu'un règlement grand-ducal déterminera les formes et les modalités, même dérogatoires aux dispositions du code de procédure civile, à observer pour la signification de la contrainte et des actes de poursuite ultérieurs, ledit règlement étant celui du 3 décembre 1981 dont question ci-dessus. L'article 86 prévoit enfin que l'exécution de la contrainte ne peut être interrompue que par une opposition motivée à jour fixe devant le tribunal d'arrondissement siégeant en matière civile. Cette opposition ne peut être basée que sur des nullités de forme soit de la contrainte, soit du commandement ou sur des causes d'extinction de la dette.

Au vu des considérations faites ci-dessus, il y a lieu de surseoir à statuer en attendant une décision définitive des juridictions compétentes quant au mérite des recours introduits.

Tous droits et demandes des parties sont réservés.

#### **PAR CES MOTIFS :**

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat de la mise en état, le ministère public entendu en ses conclusions

reçoit l'appel,

avant tout autre progrès,

**sursoit** à statuer en attendant le sort définitif réservé à l'opposition introduite par les appelants le 13 novembre 2013 contre la contrainte du 14 septembre 2010 et à l'assignation du 22 avril 2014 introduite par les appelants contre la décision du directeur de l'AED du 6 février 2014,

réserve tous droits et demandes des parties,

renvoie le dossier devant le magistrat de la mise en état.