

Arrêt N° 1/21 IV-COM

Audience publique du cinq janvier deux mille vingt et un

Numéro CAL-2019-00698 du rôle

Composition:

Marie-Laure MEYER, président de chambre;
Anne-Françoise GREMLING, conseiller;
Carole BESCH, conseiller;
Eric VILVENS, greffier.

E n t r e

la société anonyme A, établie et ayant son siège social à, représentée par son conseil d'administration, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro,

appelante aux termes d'un acte de l'huissier de justice suppléant Laura Geiger en remplacement de l'huissier de justice Carlos Calvo de Luxembourg du 3 juillet 2019,

comparant par Maître Yves Wagener, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

1) l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, représenté par son Ministre d'Etat en fonctions, établi à L-1341 Luxembourg, 2, Place de Clairefontaine, sinon par son Ministre des Finances en fonctions, établi à L-1352 Luxembourg, 3, rue de la Congrégation, poursuites et diligences de Monsieur le Directeur 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 de Luxembourg, pour lesquels domicile est élu au bureau dudit Receveur à L-1651 Luxembourg, 1-3, avenue Guillaume,

intimé aux fins du prédit acte Calvo,

comparant par Maître Claude Schmartz, avocat à la Cour, demeurant à Bofferdange,

2) Maître B, avocat à la Cour, demeurant à, pris en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme A, déclarée en état de faillite par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 21 juin 2019,

intimé aux fins du présent acte Calvo,

comparant par lui-même.

LA COUR D'APPEL

Par exploit d'huissier de justice du 20 mars 2019, l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg (ci-après l'ETAT), poursuites et diligences de l'Administration de l'enregistrement, des domaines et de la TVA, a fait donner assignation à la société anonyme A SA (ci-après A) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour s'entendre dire que son crédit est ébranlé et qu'elle est en cessation de paiements, partant qu'elle est en état de faillite.

A l'appui de sa demande, l'ETAT fit valoir que A lui redoit suivant extrait de compte du 13 mars 2019, le montant de 23.907,24 euros du chef de TVA impayée pour les années 2016 et 2018, acomptes provisionnels, amendes et frais administratifs ; qu'une contrainte a été décernée le 4 décembre 2018, rendue exécutoire le même jour, mais que malgré commandement de payer, A refuse de se libérer.

A l'audience des plaidoiries du 7 juin 2019, l'ETAT avait versé un décompte actualisé selon lequel A restait toujours redevable en date du 5 juin 2019 d'un montant de 22.133,64 euros (compte tenu du paiement de la somme de 8.357,24 euros en date du 7 mai 2019).

Par jugement du 21 juin 2019, le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, a

reçu la demande de l'ETAT en la forme ;

l'a dit fondée ;

déclaré A en état de faillite;

fixé provisoirement l'époque de la cessation des paiements au 21 décembre 2018 ;

(...)

condamné la faillie aux frais à prélever par privilège sur l'actif de la faillite ;

ordonné l'exécution provisoire du jugement.

Pour statuer ainsi, le tribunal a rappelé les conditions prévues à l'article 437, alinéa 1^{er} du Code de commerce pour qu'il y ait lieu à déclaration de faillite. Il a ensuite retenu au vu des éléments lui soumis, que A était restée en défaut d'établir qu'elle dispose d'un actif tangible ou d'autres liquidités lui permettant de faire immédiatement face à sa dette échue. Au vu de ce constat, le tribunal a dit que les conditions d'une mise en faillite étaient données en l'espèce et il a fait droit à la demande de l'ETAT.

Par exploit d'huissier de justice du 3 juillet 2019, A a interjeté appel contre le jugement du 21 juin 2019, qui selon les renseignements fournis par les parties ne lui a pas été signifié.

L'appelante conclut par réformation du jugement à voir dire que les conditions d'une mise en faillite ne sont pas remplies.

Elle demande encore à voir déclarer l'arrêt à intervenir commun à Monsieur le Procureur d'Etat respectivement à Madame le Procureur Général d'Etat.

- les moyens de la partie appelante

A l'appui de son appel, A donne à considérer que les conditions d'une faillite ne sont pas données dans la mesure où elle « dispose d'importantes créances exigibles et certaines à l'égard de différents clients » et qu'en cours de procédure, elle avait démontré qu'elle était à même de consigner les sommes principales réclamées « par l'administration ». Elle offre encore de régulariser les dettes en cours de procédure et elle dénonce l'acharnement à son égard sous la forme d'astreintes systématiques qui dépasseraient de loin le montant principal dû.

L'appelante rappelle que la créance invoquée par l'Administration de l'enregistrement et des domaines (ci-après l'AED) se chiffrait dans l'assignation à 23.907,24 euros ; qu'en première instance elle avait réglé la somme de 8.357,24 euros et qu'une somme complémentaire de 13.000 euros avait été provisionnée sur le compte de son mandataire à la suite du recours non contentieux visant l'annulation ou la réduction des amendes mises à sa charge.

En raison du prononcé de la faillite et du fait qu'elle ne recevait plus les correspondances lui adressées, A fait valoir qu'elle ignore la position prise par Monsieur le directeur de l'AED suite à son recours gracieux et elle conclut, qu'en tout état de cause, les amendes ne devraient pas être prises en compte dans la fixation du passif exigible.

L'appelante explique qu'au jour de la faillite, elle disposait d'une trésorerie de 12.625,42 euros et d'« une créance sur l'administration au titre du remboursement des cotisations employeurs » d'un montant

de l'ordre de 6.025,69 euros. Elle affirme n'avoir jamais cessé ses paiements et explique que son crédit ne s'est jamais trouvé ébranlé.

Tant sa société sœur, la société de droit français A S.D. que sa société mère, la société de droit français C SA seraient disposées à garantir qu'il n'y ait pas d'ébranlement de crédit.

Sa société mère aurait d'ailleurs partiellement réglé la créance produite par l'Administration des Contributions Directes (ci-après l'ACD) [à l'exception (i) des astreintes, pour lesquelles l'appelante affirme qu'un recours en annulation a été déposé mais dont le montant est en cours de consignation sur le compte tiers de son mandataire et (ii) des impôts sur salaires 2018 et 2019 pour lesquels une demande d'annulation des taxations d'office est en cours].

La déclaration de créance de la société D (ci-après D) serait « éminemment contestable » ; A reconnaît cependant ne pas avoir payé deux des six avances contractuelles sur commissions tout en précisant d'une part que celles-ci ne seraient pas dues et d'autre part que sa société mère serait prête à en consigner le montant (3.000 euros) sur le compte tiers du mandataire de l'appelante à condition pour D de « rabattre immédiatement sa déclaration de créance ».

La créance de E, d'un montant de 711,24 euros, aurait été réglée par la société C et le justificatif sera communiqué.

Elle précise que la déclaration de créance de l'AED se chiffre à 31.733,61 euros alors que l'assignation en faillite n'était basée que sur une créance de 23.907,24 euros de sorte que la créance actuelle « présente le caractère d'une demande nouvelle ». Elle rappelle que la somme reprise dans l'assignation a été réglée ou consignée avant le jugement du 21 juin 2019. A explique qu'au vu du virement du 6 mai 2019 de 8.357,24 euros et de la promesse lors des plaidoiries du 14 juin 2019 de consigner 13.000 euros sur le compte tiers de Maître Wagener, il serait établi que ces sommes « ont ainsi été largement suffisants pour couvrir le solde des amendes d'un montant de 15.550 euros ».

A rappelle que la situation de la cessation de paiements et l'ébranlement du crédit s'analysent au jour du jugement déclaratif de faillite ; il en découlerait que les bulletins de taxations d'office pour les années 2017, 2018 et 2019, établis après le prononcé de la faillite, ne sauraient être pris en compte pour analyser si les conditions de la faillite étaient remplies.

Elle demande à la Cour de ne pas prendre en compte les déclarations de créances établies après le prononcé de la faillite et notamment la déclaration de créance n° 4 de l'AED.

Dans ses dernières conclusions, A soutient disposer de créances à l'encontre de l'AED au titre de la TVA pour les années 2013, 2014 et 2015 de (1.366,74+1.204,10+2.662,75=) 5.233,59 euros.

Elle affirme de même être créancière de l'ADEM pour la somme de 6.025,39 euros « constituée d'une demande de remboursement des cotisations sociales patronales au titre du contrat de travail de Stephan Probst, demandeur d'emploi luxembourgeois de plus de 50 ans lors de son embauche par A » et elle reproche au curateur de n'avoir « lancé aucune diligence pour récupérer cette somme ».

Finalement, elle répète qu'au jour du prononcé, elle disposait d'un solde bancaire créditeur de 12.625,42 euros.

Au vu de ces éléments, elle conclut qu'en date du 21 juin 2019 elle n'avait nullement cessé ses paiements puisqu'elle disposait de fonds en banque, de créances certaines, exigibles et liquides à l'encontre de l'AED et de l'ADEM et qu'elle a provisionné le compte tiers de son avocat. Son crédit n'était nullement ébranlé puisque « l'actionnaire soutient financièrement sa société fille et au besoin avance toute somme nécessaire afin d'éviter la faillite ».

Par conclusions du 3 juillet 2020, l'appelante affirme que la société C a procédé au paiement des déclarations de créance de E (711,24 euros), du CCSS (3.104,61 euros), de l'ACD (7.300 euros) et de D (3.000 euros) ont été payées et elle verse à titre de preuve des paiements allégués, les pièces n° 8, 9, 10 et 11 (farde II).

Elle expose encore que la société C reste dans l'attente du montant des honoraires du curateur pour les régler.

Elle précise toutefois qu'« à ce stade l'actionnaire de l'appelante ne peut que s'engager à payer les frais et honoraires du curateur, ce qu'elle fait volontiers si c'est pour éviter une faillite et démontrer que A dispose bel et bien de crédit. Par contre, les sommes dues devront être taxées et donc vérifiées par le Tribunal compétent ».

Au vu de ces développements elle estime que seule l'AED dispose d'une créance mais que celle-ci est différente de l'acte d'assignation « et a donc le caractère de nouvelle demande ».

L'appelante donne également à considérer que « le responsable de A a déposé des déclarations auprès de l'AED pour que les taxations d'office soient remplacées par ces déclarations ».

A ce sujet, Maître Wagener écrit (i) qu'il a demandé au curateur de déposer une réclamation écrite pour remettre en cause les taxations d'office et (ii) que « l'information suivant laquelle le délai pour le dépôt de la réclamation devait commencer à courir n'est de surcroît jamais parvenue ni au représentant, ni à l'associée de la société en faillite ».

En dernier ordre de subsidiarité A « offre de consigner le solde de tous les frais et de toutes les créances légalement dues afin d'échapper à la mise en faillite, sur le compte de son mandataire à charge pour lui de transférer les sommes à qui de droit lorsque le jugement entrepris sera réformé et que la faillite sera rabattue ».

- les développements du curateur

Le curateur se rapporte à la sagesse de la Cour en ce qui concerne la recevabilité de l'acte d'appel. Quant au fond, il demande à la Cour de rejeter l'appel comme non fondé.

Il déclare avoir récupéré comme seul actif la somme de 12.625,43 euros et donne à considérer que le total des déclarations de créances déposées au 14 octobre 2019 se chiffre à 56.245,42 euros auxquels il conviendrait d'ajouter ses frais et honoraires à hauteur de 4.143,76 euros. Il incomberait dès lors à l'appelante de prouver qu'elle a fait consigner entre les mains de son conseil la somme de 60.389,18 euros avec l'instruction irrévocable d'utiliser ces fonds pour, dès le rabatement de la faillite, apurer toutes les dettes.

Comme une telle preuve ne serait pas établie, il s'oppose au rabatement de la faillite.

Par conclusions du 9 décembre 2019, le curateur précise que la faillie redoit à ce jour la somme de 31.733,564 euros à l'AED tandis que la créance de l'ACD a été, suite aux paiements intervenus, réduite à 7.300 euros (suivant déclaration de créance déposée le 18 novembre 2019).

Il fait de même valoir que l'appelante reste en défaut de verser des preuves de ses recours à l'encontre des astreintes, des impôts et des amendes et il précise que ces recours, en admettant qu'ils aient eu lieu, seraient probablement irrecevables en raison de l'expiration des délais régissant leur introduction.

Il rappelle encore que le contribuable même s'il n'est pas d'accord avec l'imposition doit malgré tout régler le montant réclamé entre les mains du fisc qui en l'espèce se chiffre à (4.800 + 2.500=) 7.300 euros.

Il précise que D a remplacé et réduit sa déclaration de créance initiale et réclame désormais la somme de 3.000 euros.

Finalement, il expose que la créance de E d'un montant de 711,24 euros est maintenue en l'absence de preuve de paiement de ce montant par l'appelante.

Au vu de ces développements, le curateur déclare que les dettes de la faillie se chiffrent à la date du 9 décembre 2019 à la somme de 45.849,49 euros auxquelles il y a lieu d'ajouter ses frais et honoraires de curateur pour la somme de 4.143,76 euros.

Déduction faite du montant de 13.000 euros, prétendument consigné sur le compte tiers de Maître Wagener et de celui de 12.621,92 euros au titre de l'actif récupéré, donc de la somme de 25.621,92 euros, la faillie reste redevable d'au moins 20.227,57 euros à ses créanciers ainsi que le montant de 4.143,76 euros au curateur.

- les développements de l'ETAT

L'ETAT se rapporte à prudence de justice quant à la recevabilité de l'acte d'appel en la pure forme. Quant au fond, il conclut à la confirmation du jugement entrepris. Il fait valoir que l'appelante n'a versé aucune pièce documentant qu'elle disposerait des fonds nécessaires pour s'acquitter de la dette à son encontre.

Il déclare ensuite que les reproches formulés par l'appelante à l'encontre de l'AED sont mal fondés alors qu'il serait établi que depuis le 4^{ème} trimestre de l'année 2015, A n'a plus déposé de déclaration de TVA de sorte que des amendes lui ont été notifiées. Ces amendes ont progressivement augmenté au vu de l'absence de réaction de A, à savoir :

- année 2015 : 500 euros
- année 2016 : 1.500 euros
- année 2017 : 6.800 euros
- année 2018 : 8.300 euros.

L'ETAT estime qu'il aurait été facile pour A d'éviter ces amendes en respectant les obligations légales en matière de TVA. Il souligne encore que les déclarations de 2017 et de 2018 ainsi que les déclarations périodiques mensuelles pour les mois de janvier à mai 2019 n'ont été déposées que le 12 novembre 2019, postérieurement aux conclusions de Maître Wagener pour le compte de A. L'ETAT s'interroge sur l'auteur de ces déclarations au vu du fait que ni ... et Olivier Emmanuel Bic, ni la société C n'ont de mandat pour agir au nom de A, suite au prononcé de la faillite du 21 juin 2019.

Il expose qu'il résulterait des conclusions de A du 11 novembre 2019 que celle-ci, en reconnaissant n'avoir eu qu'un actif disponible de 12.625,42 euros, est en aveu qu'elle ne disposait au jour du prononcé pas de disponibilités suffisantes pour honorer ses engagements financiers immédiats et que la créance de l'AED n'a pas été entièrement réglée.

L'ETAT soutient que le caractère certain et exigible de sa créance ne saurait être contesté au regard des dispositions de la loi TVA (les taxations de 2017 et 2018 qui ont été dûment notifiées à A étant définitives).

Dans ses conclusions du 10 février 2020, l'ETAT explique que la faillite de A a été prononcée à juste titre ; que les manques de compétence et de diligence de ses administrateurs ... et ...sont établis

par le listing des amendes fiscales qui ont dû être prononcées pour infraction à la loi TVA en raison du non dépôt de déclarations, totalisant un montant de 17.390,49 euros. Il précise que les conjoints BIC ne disposent apparemment pas non plus d'une autorisation d'établissement dans le cadre de la gestion de A.

L'ETAT déclare avoir procédé à la fixation de l'état de sa créance au jour du jugement de faillite et il souligne que le paiement de la somme de 8.357,24 euros en date du 7 mai 2019, donc avant le jugement de faillite, avait déjà été comptabilisé ; que ce paiement n'est donc plus pertinent quant au calcul du montant de la créance actuellement encore ouvert.

En ce qui concerne les amendes, qui ont été contestées par courrier de A du 24 avril 2019, l'ETAT rappelle le courrier du 6 mai 2019 par lequel le directeur de l'AED a maintenu ces amendes à hauteur de 17.200 euros.

Cette décision a été notifiée à A le 16 mai 2019, donc antérieurement au prononcé de faillite. Il souligne de même que A reste en défaut de préciser en quoi les amendes fiscales seraient contestées.

Finalement, l'ETAT rappelle que le délai pour introduire un recours contre les bulletins portant taxation d'office (déclarations de TVA 2017, 2018 et 2019) est expiré et que le dépôt d'une déclaration de TVA postérieure à l'émission d'un bulletin d'imposition n'invalide pas ce dernier.

Il précise que les bulletins portant taxation d'office ont été notifiés comme suit :

2017 : 21 juin 2019

2019 : 2 août 2019

2018 : 2 août 2019

et qu'en l'absence de réclamation(s), l'appelante serait actuellement forclosé pour les contester.

Selon l'ETAT il résulte de l'extrait de compte de l'AED, qu'au 5 juin 2019 A était redevable de la somme de 22.133,64 euros au titre de la TVA ; qu'elle n'a pas contesté ce montant ; qu'elle n'a pas donné mandat à Maître Wagener de transmettre les fonds (13.000 euros prétendument consignés) en apurement du passif existant et qu'en tout état de cause ce montant est insuffisant pour couvrir l'intégralité de la créance de l'AED.

Appréciation

- quant à la recevabilité de l'appel qui est contestée

Les intimées se rapportent à prudence de la Cour en ce qui concerne la recevabilité de l'acte d'appel en la pure forme.

S'il est exact que le fait, pour une partie de se rapporter à prudence de justice équivaut à une contestation, il n'en reste pas moins qu'une contestation non autrement étayée est à écarter, étant donné qu'il n'appartient pas au juge de suppléer la carence des parties au litige et de rechercher lui-même les moyens juridiques qui auraient pu se trouver à la base de leurs conclusions.

Il en découle qu'à défaut de contestation précise, le moyen tendant à voir dire que la demande est irrecevable en la forme est à rejeter comme non fondé.

L'appel est recevable pour avoir été introduit selon les forme et délai prévus par la loi.

- quant à la demande de déclaration d'arrêt commun

L'appelante demande à la Cour de déclarer l'arrêt à intervenir commun à Monsieur le Procureur d'Etat respectivement à Madame le Procureur général d'Etat.

En l'absence par A d'avoir procédé par assignation en intervention forcée ou en déclaration d'arrêt commun, sa demande tendant à voir déclarer le présent arrêt commun à Monsieur le Procureur d'Etat et/ou à Madame le Procureur général d'Etat, lesquels n'étaient pas partie en première instance, est irrecevable (cf. Encyclopédie Dalloz, Proc. civ. et commerciale, T.II, V° Intervention, n° 66).

- quant au fond

Il incombe à l'appelante, sollicitant le rabattement de la faillite, de prouver qu'elle ne se trouvait pas au moment du prononcé du jugement déclaratif en état de faillite au sens de l'article 437 du Code de commerce, en d'autres termes qu'elle n'était pas en état de cessation des paiements et que son crédit n'était pas ébranlé.

La cessation des paiements est l'impossibilité dans laquelle se trouve un débiteur de faire face à ses engagements. Elle consiste dans le fait purement matériel du commerçant qui n'honorant plus ses dettes certaines, liquides et exigibles, a arrêté son mouvement de caisse. Elle s'analyse au jour du jugement déclaratif de faillite et le refus de paiement même d'une seule dette peut entraîner la faillite.

L'ébranlement de crédit est la conséquence d'un manque de crédit et provient de l'impossibilité d'obtenir de l'argent frais pour payer ses dettes, respectivement du refus des créanciers d'accorder des délais de paiement.

L'appelante expose que les conditions de l'article 437 précité n'étaient pas remplies dans son chef en date du 21 juin 2019. Dans

son acte d'appel, elle affirme disposer d'importantes créances et elle offre de régulariser ses dettes en cours de procédure. Elle s'oppose toutefois, à titre principal, à ce que les déclarations de créance autres que celle figurant dans l'assignation en faillite soient prises en considération pour apprécier si elle se trouvait en état de cessation et si son crédit était ébranlé. A ce sujet, l'appelante relève que la créance de l'AED qui se chiffrait, selon le dernier état des conclusions de l'ETAT en première instance, à 22.133,64 euros (valeur 5 juin 2019) a été augmentée à 31.733,64 euros (cf. déclaration de créance déposée par l'AED, pièce n° 4 de Me B). A estime que cette augmentation constitue une demande nouvelle, puisque différente de la créance invoquée dans l'assignation en faillite.

Comme l'appelante ne tire cependant aucune conséquence juridique de ce constat, la Cour n'a pas lieu d'en tenir compte.

Au vu des pièces soumises en cause, les déclarations de créances suivantes ont été déposées suite au prononcé de la faillite :

- n°1 : retirée et remplacée par la déclaration n°6
- n°2 : retirée et remplacée par la déclaration n° 7
- n°3 : 711,24 euros réclamés par E
- n°4 : 31.733,64 euros réclamés par l'AED
- n°5 : 3.104,61 euros réclamés par le CCSS
- n°6 : 7.300 euros réclamés par l'ACD
- n°7 : 3.000 euros réclamés par D.

Ces cinq déclarations se chiffrent au montant de 45.849,49 euros.

La déclaration de créance n° 3 de la société E résultait de fournitures d'accès à internet et des prestations de téléphonie en faveur de A.

La déclaration de créance n° 4 de l'AED était émise au titre de la TVA, des intérêts moratoires et des amendes fiscales des années 2017, 2018 et 2019. Elle était basée pour l'année 2017 sur un bulletin d'impôt notifié à A en date du 21 juin 2019, et pour les années 2018 et 2019 sur deux bulletins d'impôt notifiés à A en date du 2 août 2019.

La déclaration de créance n° 5 du CCSS concernait les parts patronales et assurés impayées des exercices 2018 et 2019.

La déclaration de créance n° 6 de l'ACD était basée, à titre privilégié, sur les impôts sur les salaires de 2018 et 2019 et à titre chirographaire sur des astreintes des années 2016, 2017 et 2018.

Finalement, la déclaration de créance n° 7 de D était basée sur des factures impayées de 2018.

Même si la doctrine et la jurisprudence retiennent qu'il y a lieu d'apprécier les deux conditions cumulatives prévues à l'article 437 du Code de commerce au moment du prononcé de la faillite, cela

n'implique pas que la Cour, saisie d'une demande de rabatement, ne puisse pas prendre en compte des faits survenus depuis le prononcé. Il est en effet admis que la connaissance du litige dévolue aux juges d'appel s'étend aux faits survenus depuis le jugement et au cours de l'instance d'appel. Ainsi, il est communément admis que la Cour peut prendre en considération le fait que, depuis le jugement déclaratif de faillite, le failli est revenu à meilleure fortune lui permettant de payer les sommes réclamées au titre des déclarations de créance déposées par ses créanciers.

Par ailleurs, le paiement de la seule dette, ayant été à la base de l'assignation en faillite, ne saurait justifier un rabatement si l'existence d'autres dettes et l'impossibilité du débiteur de les honorer sont établies.

La Cour doit donc vérifier si les conditions de la faillite ne demeurent pas en dépit de ce paiement, alors que le crédit trouvé par le débiteur pour payer sa dette la plus criante, ne prouve pas la restauration générale de son crédit.

Il en découle que la Cour pour apprécier s'il y a lieu à rabatement de la faillite ne doit pas s'arrêter à l'examen de la seule créance invoquée dans l'assignation en faillite mais peut prendre en compte, afin d'apprécier la situation financière du failli, toutes les déclarations de créance à condition qu'elles ont trait à des créances certaines, liquides et exigibles.

Le moyen soulevé par l'appelante n'est donc pas fondé.

Il ressort des développements ci-dessus que l'appelante a contesté les créances de l'AED, de l'ACD, de E, du CCSS et de D. Ces contestations ne sont toutefois, au regard des développements ci-dessous, pas sérieuses.

En effet, la Cour constate d'abord que les dettes à la base des déclarations de créance de l'AED et de l'ACD ne sont pas devenues exigibles en raison de la déclaration en faillite. Contrairement aux affirmations de l'appelante, elles étaient certaines, liquides et exigibles à la date de la mise en faillite.

Les juges de première instance ont rappelé à juste titre que le paiement de la TVA est une dette courante et prévisible dont tout commerçant doit s'acquitter aux échéances et le défaut d'y procéder, d'autant plus si comme en l'espèce ce défaut perdure pendant plusieurs années, fait présumer l'état de cessation de paiements.

Les développements de l'appelante au sujet de l'imputation de son paiement de 8.357,24 euros en date du 7 mai 2019 sur la créance invoquée actuellement par l'AED, ses contestations quant à l'exigibilité du montant réclamé par l'AED en raison du recours hiérarchique (pour lequel elle serait toujours en attente d'une réponse) et ses moyens

basés sur des recours contentieux introduits ou à introduire devant le tribunal compétent, ne sont que purement dilatoires et donc à rejeter. Le paiement de 8.357,24 euros, qui a été fait avant le jugement de faillite, a été comptabilisé et n'est donc pas à imputer une deuxième fois sur la créance de l'AED. A a reçu en date du 16 mai 2019, donc bien avant le prononcé de la faillite, notification de la décision du directeur de l'AED du 6 mai 2019 suite à son recours hiérarchique du 24 avril 2019. Le délai pour introduire un recours contre cette décision a expiré et les reproches à l'adresse du curateur au sujet de son manque de réaction et de diligence sont purement gratuits.

L'introduction de recours contentieux reste en l'état d'allégation et les recours à introduire sont d'ores et déjà à considérer comme irrecevables eu égard aux dates de notification des divers bulletins par l'AED.

Finalement, l'affirmation de l'appelante « que le responsable de A a déposé des déclarations auprès de l'AED pour que les taxations d'office soient remplacées par ces déclarations » n'est pas pertinente alors qu'il ressort des pièces versées en cause (farde II, pièces 12-14) que ces déclarations ont été déposées après l'écoulement des délais prescrits en matière de recours contre les taxations d'office et que les montants mis en compte, y compris au titre des amendes, qui sont devenus définitifs, ne sauraient être modifiés par des déclarations postérieures.

A a d'ailleurs été informée de ce fait par les courriers de l'AED des 15 novembre 2019 (cf. pièces n° 14 et 15 de Me Schmartz).

Finalement, il convient de rappeler qu'en application de la loi modifiée du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée, l'assujetti doit acquitter la taxe ou le supplément de taxe endéans le mois de la notification du bulletin portant rectification ou taxation d'office, nonobstant l'exercice d'une voie de recours.

La Cour constate que l'appelante a en date du 3 juillet 2020, pour la première fois, allégué être créancière de l'AED pour la somme de 5.233,59 euros au titre de la TVA des années 2013, 2014 et 2015. Elle n'explique pas autrement cette affirmation qui est restée en l'état de pure allégation.

L'appelante a encore de manière générale fait valoir qu'elle dispose d'importantes créances. Sa créance à l'encontre de l'ADEM à hauteur de la somme de 6.025,39 euros est restée en l'état de pure allégation ; sa créance à l'encontre de l'ACD, basée partiellement sur l'existence de recours en cours n'est pas autrement expliquée et l'existence des recours n'est établie par aucune pièce versée en cause.

Finalement sa créance de 5.233,59 euros à l'encontre de l'AED, au titre de la TVA concernant les années fiscales 2013, 2014 et 2015, invoquée pour la première fois dans les conclusions du 3 juillet 2020,

n'est pas autrement expliquée et n'est pas appuyée par des pièces. Elle n'est par ailleurs pas pertinente au vu de l'extrait de compte et de la déclaration de créance de l'AED.

D'ailleurs, le fait que l'actif allégué de A serait supérieur à son passif, quod non, n'empêche pas qu'elle puisse être en état de cessation de paiements si, de fait, elle ne paye pas ses dettes. Un commerçant qui posséderait un actif de grande valeur ou des créances suffisantes pour faire servir cet actif à l'apurement de ses dettes, mais qui aurait négligé de le faire, pourra être déclaré en faillite, (cf. Nouvelles, T. IV, Les concordats et les faillites, A. Cloquet, n° 207).

Même s'il ressort actuellement des pièces que quatre des cinq déclarations de créance ont été payées par la société mère de l'appelante, il n'en reste pas moins que la créance de l'AED est toujours en souffrance. Il est établi au vu des pièces que cette créance se chiffre à 31.733,61 euros.

Le curateur a fait valoir que ses frais et honoraires se chiffrent à 4.143,76 euros.

Tel qu'indiqué ci-dessus, l'appelante a déclaré qu'elle « offre de consigner le solde de tous les frais et de toutes les créances légalement dues afin d'échapper à la mise en faillite, sur le compte de son mandataire à charge pour lui de transférer les sommes à qui de droit lorsque le jugement entrepris sera réformé et que la faillite sera rabattue ».

Toutefois selon le dernier état des conclusions de A, son mandataire s'est limité à reconnaître que la somme de 13.000 euros a été consignée sur son compte tiers mais il n'a pris aucun engagement formel de les continuer à qui de droit.

En outre, il résulte de la preuve de la consignation (cf. pièce n° 15 de Me Wagener) que A a consigné le 11 juin 2019 la somme de 6.500 euros avec la communication « consignation CCSS ass. Faillite paiement 1 sur 2 » et le 14 juin 2019 la somme de 6.500 euros avec la communication « consignation AED ass. Faillite paiement 2 sur 2 CONTESTATION AMENDES ». Les consignations sont donc affectées à des créances précises.

Par ailleurs, et malgré le fait que le curateur ait à d'itératives reprises indiqué le montant précis réclamé au titre de ses frais et honoraires, l'appelante écrit dans ses dernières conclusions que « la société C reste dans l'attente du montant des honoraires de Maître Claude B, curateur, pour les régler directement. A ce stade l'actionnaire de l'appelante ne peut que s'engager à payer les frais et honoraires (...) par contre, les sommes dues devront être taxés et donc vérifiées par le tribunal compétent ».

Les frais et honoraires d'un montant de 4.134,76 euros, qui en cas de rabatement doivent être laissés à charge de A, sont donc actuellement contestés par l'appelante.

La Cour retient que malgré toutes ses affirmations, A ne verse aucune pièce de nature à établir qu'elle pouvait lors du prononcé de la faillite faire face à son passif exigible. Il faut dès lors constater qu'elle n'avait, à l'exception d'un solde bancaire créditeur de 12.625,43 euros, plus aucun actif et qu'elle ne disposait partant pas des moyens financiers suffisants pour payer ses créanciers. Elle ne disposait, au jour du prononcé, pas non plus de fonds prêtés par quelqu'un qui lui fit crédit en dépit de ses difficultés.

Il y a donc bien eu, en date du prononcé de la faillite, cessation des paiements et ébranlement de crédit.

C'est partant à bon droit que les premiers juges ont retenu que les conditions de la faillite, à savoir la cessation des paiements et l'ébranlement du crédit de la société, étaient remplies à la date du prononcé de la faillite. Elles continuent d'être remplies.

En effet, même en tenant compte de la consignation de la somme de 13.000 euros, l'actif de A ne se chiffre actuellement qu'à (12.625,43 + 13.000 =) 25.625,43 euros. Il est insuffisant pour régler la créance certaine, liquide et exigible de l'AED ayant justifié la mise en faillite de l'appelante et les frais et honoraires du curateur.

L'appelante n'est actuellement pas à même de s'acquitter de sa dette auprès de l'AED et des frais et honoraires du curateur.

Son crédit est ébranlé dans la mesure ou malgré les promesses invoquées qui auraient été données par sa société mère de payer toutes ses dettes, y compris les frais et honoraires du curateur, tel n'est pas le cas.

Il y a donc lieu de confirmer le jugement et de rejeter la demande en rabatement de la faillite formulée par A.

Au vu de l'issue de l'appel, les frais et dépens sont à mettre à charge de la masse de la faillite de A.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, en application de l'article 2 (2) de la loi du 20 juin 2020 portant prorogation de mesures concernant la tenue d'audiences publiques pendant l'état de crise devant les juridictions dans les affaires soumises à la procédure écrite,

reçoit l'appel en la forme,

le dit non fondé,

confirme le jugement 2019TALCH02/01053 du 21 juin 2019,

déclare irrecevable la demande de la société anonyme A tendant à voir déclarer le présent arrêt commun à Madame le Procureur général d'Etat et à Monsieur le Procureur d'Etat près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg.

met les frais de l'instance d'appel à charge de la masse de la faillite.