

# **BGer 5A\_117/2012 vom 12. Juli 2012**

Bundesgericht, 2012-07-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_117\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_117_2012)

FR: TF 5A\_117/2012 du 12 juillet 2012

IT: TF 5A\_117/2012 del 12 luglio 2012

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Les sociétés X.\_\_\_\_\_ SA (i.e. maître de l'ouvrage) et Y.\_\_\_\_\_ SA (i.e. entrepreneur) sont liées par un contrat d'entreprise générale, signé le 5 septembre 2002, ayant pour objet la réalisation d'ouvrages relatifs à des parcelles sises sur la commune de Port-Valais.

### **E. 1.2**

Le 13 mai 2011, Y.\_\_\_\_\_ SA a demandé la faillite sans poursuite préalable de X.\_\_\_\_\_ SA. Statuant le 4 juillet suivant, la Juge III du district de Monthey a prononcé la faillite, avec effet dès ce jour à 16h00; le Juge de l'Autorité de recours en matière de faillite du Tribunal cantonal valaisan a rejeté le recours de la débitrice le 5 janvier 2012 et déclaré sa faillite, avec effet dès ce jour à 11h00.

### **E. 1.3**

Agissant le 3 février 2012 par la voie du recours en matière civile au Tribunal fédéral, la débitrice conclut à l'annulation de l'arrêt attaqué et au rejet de la requête de faillite.

Des observations sur le fond n'ont pas été requises.

Par ordonnance du 1er mars 2012, la Présidente de la Cour de céans a attribué l'effet suspensif au recours, en ce sens qu'aucun acte d'exécution de la décision attaquée ne doit être accompli, les éventuelles mesures conservatoires déjà prises restant toutefois en vigueur.

## **E. 2**

Le recours a été déposé en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ) contre une décision finale ( art. 90 LTF ; ATF 133 III 687 consid. 1.2) qui confirme, en dernière instance cantonale et sur recours ( art. 75 LTF ), un prononcé de faillite ( art. 72 al. 2 let. a LTF ); il est ouvert indépendamment de la valeur litigieuse ( art. 74 al. 2 let. d LTF); la société faillie, qui a succombé devant l'autorité précédente, a qualité pour recourir ( art. 76 al. 1 LTF ).

### **E. 3.1**

Contredisant le premier juge, le magistrat précédent a retenu que la qualité de créancière de l'intimée ne pouvait découler uniquement de l'inscription définitive d'hypothèques légales, "puisque celles-ci emportent seulement la reconnaissance du montant garanti par gage, soit en l'occurrence 454'652 fr. 60". Il a néanmoins confirmé le jugement attaqué pour les motifs suivants: Le contrat d'entreprise du 5 septembre 2002 ainsi que ses avenants constituent une reconnaissance de dette, et la débitrice n'a pas allégué que l'ouvrage présenterait des défauts ni apporté d'autres moyens libératoires. Au surplus, lors de l'audience du 4 juillet 2011 en première instance, la recourante a produit différents tableaux de "calcul des dividendes" afin de démontrer que l'ouverture de la faillite irait à l'encontre des intérêts des créanciers; dans

chaque situation, elle a tenu compte d'une créance de 1'300'000 fr. en faveur de l'intimée, en sorte qu'il faut admettre "qu'elle reconnaît, implicitement, l'existence d'une créance de l'intimée à son encontre, pour le moins à concurrence de ce montant". Enfin, le juge précédent a admis que la recourante se trouvait bien en état de suspension de paiements au sens de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP ; elle fait l'objet de 22 poursuites (10'608'694 fr. 30), dont quatre sont périmées (135'478 fr. 35), six ne sont pas contestées (211'362 fr. 50) et les autres sont toutes frappées d'opposition, même pour des montants relativement modestes (à titre d'exemples: 2'114 fr. 70: créance de la Société A. \_\_\_\_\_ SA; 865 fr. 75: créance de B. \_\_\_\_\_ SA; 795 fr. 85: créance de l'État de Neuchâtel; 6'817 fr. 50: créance de l'État du Valais), et s'est vu notifier quatre comminations de faillite; la comparaison des actifs et passifs, outre le fait qu'elle est dénuée de pertinence quant au motif de faillite invoqué, permet tout au plus de relever que, sur la valeur de réalisation des unités d'étages (7'178'700 fr.), la recourante ne pourrait disposer que de 2'512'545 fr., montant inférieur à celui que l'intimée a fait valoir; même dans l'hypothèse la plus favorable, les passifs de la débitrice s'élèveraient à 2'800'000 fr. et ne pourraient être couverts au moyen de la somme précitée.

### **E. 3.2.1**

La recourante ne formule aucun grief ( art. 42 al. 2 LTF ) quant à l'admission d'une suspension de paiements au sens de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP (sur cette notion: ATF 137 III 460 consid. 3.4.1; Peter, Edition annotée de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, 2010, p. 851 et les références); il n'y a dès lors pas lieu d'en débattre.

### **E. 3.2.2**

La première exigence légale est que le requérant soit créancier, qualité qu'il lui appartient d'établir (arrêt 5A\_860/2008 du 28 mai 2009 consid. 5). D'après la jurisprudence, il suffit de rendre cette condition vraisemblable (arrêts 5P.365/1997 du 2 février 1998 consid. 3b et les nombreuses références; 5P.275/2003 du 8 janvier 2004 consid. 4.11); contrairement à ce que soutient la recourante, à la suite de l'autorité précédente - qui reprend l'avis d'un auteur (Cometta, in: Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, n° 2 ad art. 190 LP ) -, la loi n'exige pas une "vraisemblance qualifiée", degré de preuve qu'une partie de la doctrine réserve à la cause de faillite sans poursuite préalable (sur cette distinction: arrêt 5P.365/1997 déjà cité; arrêt du Tribunal de cassation du canton de Zurich du 17 septembre 1985, in: BIZR 84/1985 n° 133; Brunner/Boller, in: Basler Kommentar, SchKG II, 2e éd., 2010, n° 29 ad art. 190 LP ; Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, vol. II, 3e éd., 1993, § 38 n° 22; Vock/Müller, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2012, p. 231 ch. 11; en faveur d'une preuve stricte: Cometta, loc. cit.; en faveur d'une simple vraisemblance: ATF 78 I 117 consid. 6). Ces principes restent valables sous l'empire du nouveau droit de procédure civile ( art. 251 ss CPC ; cf. en général: Vock/Müller, op. cit., p. 23; Ziltener, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2011, n° 36 ad art. 251 CPC ).

Certes, dans un arrêt récent non publié, la Cour de céans a affirmé que le droit de demander la faillite sans poursuite préalable appartient à celui qui prétend être créancier et rend plausible ce réquisit "au degré de la vraisemblance qualifiée" (arrêt 5A\_720/2008 du 3 décembre 2008 consid. 3.2). Cette jurisprudence isolée ne saurait être maintenue. Les arrêts auxquels elle se réfère n'abordent pas cette question: le premier concerne le moment de la naissance de la créance invoquée à l'appui de la requête ( ATF 120 III 87 consid. 3b), alors que le second examine la nécessité de l'exigibilité de cette créance ( ATF 85 III 146 consid.

3); de plus, elle contredit - sans aucune explication - tant la jurisprudence antérieure que la doctrine dominante (cf. en plus des références citées supra: Brand, in: FJS n° 993 [1947] p. 2; Huber, in: Kurzkommentar SchKG, 2009, n° 21 ad art. 190 LP ). Comme le souligne la recourante elle-même, la situation du créancier qui requiert l'ouverture de la faillite sans poursuite préalable est analogue à celle du créancier qui requiert un séquestre (cf. art. 271 ss LP ); or il est largement reconnu que cette dernière mesure est accordée sur le vu de la simple vraisemblance de la prétention (cf. parmi plusieurs: Vock/Müller, loc. cit.; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8e éd., 2008, § 51 n° 32; Reeb, Les mesures provisoires dans la procédure de poursuite, in: RDS 1997 II p. 465/466; Stoffel, in: Basler Kommentar, op. cit., n° 5 ad art. 272 LP ).

La question de savoir si le degré de vraisemblance exigé par le droit fédéral est atteint dans le cas particulier ressortit à l'appréciation des preuves ( ATF 130 III 321 consid. 5). Le Tribunal fédéral reconnaît en ce domaine un large pouvoir aux autorités cantonales ( ATF 120 Ia 31 consid. 4b); il n'intervient que si le juge cantonal n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, a omis sans motifs objectifs de tenir compte de preuves pertinentes ou a opéré, sur la base des éléments recueillis, des déductions insoutenables ( ATF 136 III 552 consid. 4.2 et la jurisprudence citée). Il incombe à la partie recourante de motiver ce grief conformément aux exigences (strictes) posées par l' art. 106 al. 2 LTF (cf. ATF 134 II 244 consid. 2.2, 349 consid. 3, avec la jurisprudence citée dans ces arrêts).

### **E. 3.2.3**

La recourante fait valoir d'emblée que le contrat d'entreprise et ses avenants n'ont pas été passés avec l'intimée, mais avec la société "C.\_\_\_\_\_ SA", élément qui suffirait à lui seul "à écarter toute vraisemblance quant à la créance". Il ne ressort pas de la décision entreprise que l'intimée ne serait pas partie au contrat, ni que ce moyen aurait été invoqué devant l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Quoi qu'il en soit, le grief frise la témérité. Dans sa requête du 10 novembre 2008 en inscription définitive de l'hypothèque légale, l'intimée avait allégué avoir "repris les actifs et passifs" de la société précitée, produisant à cet égard un extrait du registre du commerce (pièce n° 2); or, non seulement la recourante n'avait pas contesté cette allégation, mais avait de surcroît acquiescé à la requête (cf. jugement du Juge II du district de Monthey du 16 février 2009).

Pour démontrer l'in vraisemblance de la créance alléguée, la recourante affirme que l'intimée ne lui a pas adressé la moindre mise en demeure et ne lui a pas davantage fait notifier de poursuites, en particulier en réalisation de gage, alors même qu'elle bénéficiait d'une hypothèque légale inscrite définitivement.

Une telle argumentation n'emporte pas la conviction. Le cas de faillite invoqué en l'espèce est donné même si la créance n'est pas exigible à la date du dépôt de la requête ( ATF 85 III 146 consid. 3); au surplus, il n'est pas nécessaire qu'un commandement de payer ait été notifié au débiteur (Jaeger, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dette et la faillite, vol. II, 1920, n° 2 ad art. 190 LP ); enfin, le créancier gagiste peut aussi requérir une faillite sans poursuite préalable et n'est pas renvoyé à agir par la voie de la poursuite en réalisation de gage (arrêt 5P.79/1993 du 24 mai 1993 consid. 3; Cometta, ibid., n° 3; Jaeger, ibid., n° 5). Les éléments mis en exergue par la recourante, dénués de pertinence en droit, sont donc loin de corroborer le prétendu caractère arbitraire de l'appréciation de l'autorité cantonale.

Ces points étant précisés, l'arrêt entrepris n'est pas critiquable. C'est à tort que la recourante se prévaut d'une décision rendue le 24 juin 2011 par le premier juge pour soutenir que l'intimée n'a pas rendu plausible sa qualité de créancière, faute d'avoir fourni la "preuve de l'exécution des prestations dont dépend l'exigibilité des créances résultant des contrats d'entreprise qu'elle invoque". D'une part, la loi n'exige pas que la créance soit exigible. D'autre part - comme l'a relevé le magistrat précédent -, c'est bien à la recourante qu'il appartient, non seulement d'invoquer la garantie des défauts, mais encore de soulever l'exception d'inexécution ( art. 82 CO ); ce n'est qu'une fois que ce dernier moyen a été invoqué qu'il incombe alors au cocontractant (i.e. l'entrepreneur) de prouver qu'il a exécuté, ou offert d'exécuter, sa propre prestation (arrêt 4A\_252/2008 du 28 août 2008 consid. 2.2, in: SJ 2009 I p. 63, avec les arrêts cités). Or il ressort de la décision attaquée ( art. 105 al. 1 LTF ), dont les constatations ne sont pas remises en discussion (art. 97 al. 1 et 106 al. 2 LTF), que l'intéressée n'a nullement allégué que l'ouvrage présentait des défauts ni soulevé d'autres moyens libératoires. Quant à l'affirmation de la recourante selon laquelle l'inscription d'hypothèques légales (pour la somme de 454'652 fr. 60) est révélatrice "de l'existence d'un litige sur la (bonne) exécution du contrat", elle est loin de prouver l'arbitraire de l'autorité cantonale; au regard de la réglementation légale (cf. art. 367 ss CO ), il est pour le moins singulier de vouloir assimiler une telle procédure - à laquelle l'intéressée a acquiescé - à l'exercice du droit à la garantie.

Enfin, la recourante ne réfute aucunement le motif du juge précédent fondé sur le tableau de "calcul des dividendes", mais se contente de présenter sa propre analyse de l'opération (i.e. tenter de convaincre la recourante de ne pas demander la faillite - "surtout dans l'hypothèse contestée où sa créance serait admise" - avant la vente de gré à gré des lots de PPE). Quoi qu'il en soit, la décision entreprise n'apparaît pas contestable sur ce point, tant il est vrai qu'on ne discerne guère la pertinence d'une "simulation" intégrant une créance - quel qu'en soit le montant - dont l'existence même est par ailleurs niée.

#### **E. 4**

En conclusion, le présent recours est rejeté dans la (faible) mesure de sa recevabilité, aux frais de la recourante ( art. 66 al. 1 LTF ). L'intimée a succombé quant à l'octroi de l'effet suspensif et a répondu sur le fond sans y avoir été invitée; elle n'a donc pas droit à des dépens.

L'effet suspensif octroyé en instance fédérale concerne uniquement les mesures d'exécution (ordonnance du Juge instructeur du 8 mai 2012), de sorte que la date de l'ouverture de la faillite demeure celle qu'a fixée la juridiction précédente (i.e. 5 janvier 2012 à 11h00).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.