

# BGer 5A 243/2019 vom 17. Mai 2019

Bundesgericht, 2019-05-17, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_243\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_243_2019)

FR: TF 5A 243/2019 du 17 mai 2019

IT: TF 5A 243/2019 del 17 maggio 2019

## Regeste

faillite sans poursuite préalable, faits nouveaux | Droit des poursuites et faillites

## Erwägungen

### E. 1

La décision qui prononce la faillite sur la base des art. 192 LP et 725a al. 1 CO constitue une décision finale ( art. 90 LTF ; arrêt 5A\_625/2015 du 18 janvier 2016 consid. 1.1 et la référence) rendue en matière de poursuite pour dettes et de faillite ( art. 72 al. 2 let. a LTF ). Interjeté dans le délai de 30 jours ( art. 100 al. 1 LTF ), contre une décision de l'autorité cantonale supérieure en matière de faillite ( art. 75 LTF ) par la débitrice déboutée de ses conclusions ( art. 76 al. 1 LTF ), le recours en matière civile est ainsi en principe recevable au regard de ces dispositions, indépendamment de la valeur litigieuse ( art. 74 al. 2 let. d LTF).

### E. 2.1

Le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 s. LTF. Le Tribunal fédéral applique le droit d'office ( art. 106 al. 1 LTF ). Cela étant, eu égard à l'exigence de motivation contenue à l' art. 42 al. 1 et 2 LTF , il n'examine en principe que les griefs soulevés; il n'est pas tenu de traiter, à l'instar d'une autorité de première instance, toutes les questions juridiques qui pourraient se poser, lorsque celles-ci ne sont plus discutées devant lui ( ATF 142 III 364 consid. 2.4 et les références). Le recourant doit par conséquent discuter les motifs de la décision entreprise et indiquer précisément en quoi il estime que l'autorité précédente a méconnu le droit ( ATF 142 I 99 consid. 1.7.1; 142 III 364 consid. 2.4 et la référence). Le Tribunal fédéral ne connaît par ailleurs de la violation de droits fondamentaux que si un tel grief a été expressément invoqué et motivé de façon claire et détaillée par le recourant (" principe d'allégation ", art. 106 al. 2 LTF ; ATF 142 II 369 consid. 2.1; 142 III 364 consid. 2.4).

### E. 2.2

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Il ne peut s'en écarter que si ceux-ci ont été constatés de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF ( art. 105 al. 2 LTF ), et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause ( art. 97 al. 1 LTF ). Le recourant qui soutient que les faits ont été établis d'une manière manifestement inexacte, c'est-à-dire arbitraire au sens de l' art. 9 Cst. ( ATF 143 I 310 consid. 2.2 et la référence), doit, sous peine d'irrecevabilité, satisfaire au principe d'allégation (cf. supra consid. 2.1). En l'espèce, la partie " Faits " figurant aux pp. 2-4 du recours sera ignorée en tant que les éléments qui y sont exposés ne sont pas expressément visés par le grief examiné ci-après (cf. infra consid. 3), qu'ils s'écartent de ceux contenus dans l'arrêt attaqué et que la

recourante n'invoque, ni a fortiori ne démontre, leur établissement arbitraire ou que leur correction influencerait sur le sort de la cause.

### **E. 2.3**

Contrairement à ce que prévoit l' art. 174 al. 1 LP pour la procédure de recours cantonale, aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté devant le Tribunal fédéral, à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente ( art. 99 al. 1 LTF ; arrêts 5A\_67/2019 du 25 février 2019 consid. 2.2; 5A\_251/2018 du 31 mai 2018 consid. 2.3 et les références). Cette exception, dont il appartient aux parties de démontrer que les conditions sont remplies ( ATF 143 V 19 consid. 1.2 et la référence; arrêt 5A\_904/2015 du 29 septembre 2016 consid. 2.3, non publié in ATF 142 III 617 , et les références), vise les faits qui sont rendus pertinents pour la première fois par la décision attaquée, par exemple concernant le déroulement de la procédure devant l'instance précédente afin d'en contester la régularité, ou des faits postérieurs à l'arrêt attaqué permettant d'établir la recevabilité du recours ou encore qui sont propres à contrer une argumentation de l'autorité précédente objectivement imprévisible pour les parties avant la réception de la décision (arrêt 5A\_904/2015 précité consid. 2.3, non publié in ATF 142 III 617 , et les références). En dehors de ces cas, les nova ne sont pas admissibles, qu'il s'agisse de faits ou moyens de preuve survenus postérieurement à la décision attaquée (vrais nova ; ATF 144 V 35 consid. 5.2.4; 143 V 19 consid. 1.2 et les références), ou d'éléments que les parties ont négligé de présenter aux autorités cantonales ( ATF 143 V 19 consid. 1.2; 136 III 123 consid. 4.4.3; arrêt 5A\_1000/2018 du 3 mai 2019 consid. 2.3). En l'espèce, quoi qu'en dise la recourante, les deux pièces nouvelles qu'elle a produites à l'appui de son recours, soit une copie d'un permis de construire délivré le 7 décembre 2018 par la commune de U.\_\_\_\_\_ et une convention de postposition conclue le 25 février 2019, ne remplissent pas les conditions rappelées ci-dessus. Elles sont partant irrecevables.

### **E. 2.4**

Lorsque, comme en l'espèce, l'autorité cantonale de dernière instance statue sur recours, conformément au principe de l' art. 75 al. 1 LTF , l'épuisement des instances cantonales est une condition de recevabilité du recours en matière civile au Tribunal fédéral, ce qui signifie que les voies de droit cantonales doivent avoir été non seulement utilisées sur le plan formel, mais aussi épuisées sur le plan matériel ( ATF 143 III 290 consid. 1.1 et les références; arrêts 4A\_533/2018 du 23 avril 2019 consid. 3; 5A\_978/2018 du 15 avril 2019 consid. 2.1.2). En l'occurrence, la recourante soulève un grief de violation de la maxime inquisitoire ( art. 255 let. a CPC ) par le premier juge. Il apparaît toutefois qu'un tel moyen n'a pas été invoqué devant la cour cantonale. Il s'ensuit que la recourante est forclosée à s'en prévaloir pour la première fois devant le Tribunal fédéral et ne saurait tirer un quelconque argument du fait que le premier juge ne lui aurait à tort pas donné la possibilité de produire une convention de postposition de créance signée non pas par D.\_\_\_\_\_, ce qui procédait d'une erreur, mais par E.\_\_\_\_\_.

### **E. 3**

Se plaignant de constatation arbitraire des faits et de violation de l' art. 174 LP , la recourante reproche à la cour cantonale d'avoir déclaré irrecevable sa pièce nouvelle n° 5 produite à l'appui de son recours cantonal, soit la convention de postposition conclue le 5 décembre 2018 avec E.\_\_\_\_\_ pour un montant de 800'000 fr. Dès lors qu'elle permettait de prouver qu'au moment de l'échéance du délai de recours, elle était solvable,

respectivement qu'elle ne se trouvait plus en état de surendettement, cette pièce aurait dû être déclarée recevable. En l'ignorant et en retenant, contrairement à ce qui en ressortait, que la société était surendettée, la cour cantonale aurait fait preuve d'arbitraire. Soulignant qu'aucune des situations visées par l'art. 174 al. 2 ch. 1 à 3 LP n'entre en ligne de compte dans le cas d'une faillite sans poursuite préalable fondée sur les art. 192 LP et 725a CO, la recourante relève notamment que la doctrine considère que la jurisprudence est trop formaliste et que d'autres nova que ceux énumérés à l'art. 174 al. 2 LP doivent être admis dans le cadre d'un recours. Elle rappelle que, selon la jurisprudence (arrêts 5A\_899/2014 du 5 janvier 2015 et 5A\_300/2016 du 14 octobre 2016), l'admission des vrais nova est destinée à éviter et non à permettre l'ouverture de la faillite et que la situation financière de la faillie doit être appréciée au moment de l'échéance du délai de recours.

### **E. 3.1**

Dans le cadre du recours de l'art. 174 LP - applicable à la faillite sans poursuite préalable par renvoi de l'art. 194 al. 1 LP -, les parties peuvent faire valoir des faits nouveaux, lorsque ceux-ci se sont produits avant le jugement de première instance (art. 174 al. 1, 2<sup>ème</sup> phrase, LP). Cette disposition spéciale de la loi, au sens de l'art. 326 al. 2 CPC, vise les faits nouveaux improprement dits (faux nova ou pseudo-nova), à savoir ceux qui existaient déjà au moment de l'ouverture de la faillite et dont le premier juge n'a pas eu connaissance pour quelque raison que ce soit; ces faits peuvent être invoqués sans restriction et prouvés par pièces, pour autant qu'ils le soient dans le délai de recours (ATF 139 III 491 consid. 4.4; arrêt 5A\_874/2017 du 7 février 2018 consid. 4.2.1). Aux termes de l'art. 174 al. 2 LP, le failli peut aussi invoquer de vrais nova, à savoir les faits, intervenus après l'ouverture de la faillite en première instance, qui sont énumérés aux chiffres 1 à 3; selon la jurisprudence, ces vrais nova doivent également être produits avant l'expiration du délai de recours (ATF 139 III 491 consid. 4.4; 136 III 294 consid. 3; arrêt 5A\_874/2017 précité consid. 4.2.1). En vertu de la lettre claire de l'art. 174 al. 2 LP, aucun autre novum n'est admissible (arrêts 5A\_874/2017 précité consid. 4.2.1 [faillite ordinaire]; 5A\_625/2015 du 18 janvier 2016 consid. 3.6.1 et les références, publié in BISchK 2016 p. 226 [faillite sans poursuite préalable d'une Sàrl]). Partant, dans le cadre d'un recours contre un prononcé de faillite sans poursuite préalable, seuls les pseudo-nova sont en principe recevables, les hypothèses énumérées exhaustivement à l'art. 174 al. 2 ch. 1-3 LP étant étrangères à ce type de procédure (cf. Obergericht du canton de Zurich, arrêt du 30 octobre 2012 [PS120190-O/U] consid. II.1, cité in arrêt 5A\_625/2015 précité consid. 3.6.1; cf. ég. arrêt 5A\_711/2012 du 17 décembre 2012 consid. 5.2 in fine et la référence). Il n'est ainsi pas possible d'invoquer que, dans le délai de recours, l'état de surendettement a été éliminé, qu'un nouvel organe de révision est arrivé à la conclusion qu'il n'y a pas de surendettement ou encore qu'une postposition de créance nouvellement consentie rend superflu l'avis au juge (cf. arrêt 5A\_625/2015 précité consid. 3.6.1; Appellationsgericht du canton de Bâle-Ville, arrêt du 31 octobre 2014 [BEZ.2014.89] consid. 3.2.2; Obergericht du canton de Zoug, arrêt du 9 novembre 2012 [BZ 2012 77] consid. 4.1-4.3, in GVP 2012 p. 171 et in CAN online 2013 n° 37; Tribunal cantonal du canton de Fribourg, arrêt du 25 avril 2006 [A2 2006-36] consid. 3b, in RFJ 2006 p. 190; STAEHELIN, in Basler Kommentar, Ergänzungsband zur 2. Auflage, 2017, art. 192 LP ad n° 24 let. a et b et art. 194 LP ad n° 8 let. a; TALBOT, in Schulthess Kommentar, SchKG, 4<sup>ème</sup> éd. 2017, n° 32 ad art. 192 LP; FRITSCHI, Die Beschwerde gegen Konkurseröffnungsentscheide, in Festschrift für Isaak Meier, 2015, p. 169; plus nuancés: BRUNNER/BOLLER, in Basler Kommentar, SchKG II, 2<sup>ème</sup> éd. 2010, n° 24 ad art. 192 LP; en faveur d'une admission plus large des vrais nova dans le délai de

recours au vu de la ratio legis de l' art. 725a CO : Obergericht du canton de Schaffhouse, arrêt du 22 septembre 2017 [40/2017/30/A] consid. 4, in Amtsbericht 2017 p. 82 et in CAN 2017 n° 74 p. 242; DOLGE, Praktische Fragen im Beschwerdeverfahren gegen die Konkursöffnung, in Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, 2018, p. 474 s.; HAAS/STRUB, in Zürcher Kommentar, Art. 698-726 und 731b OR, 3ème éd. 2018, n° 14 ad art. 725a CO ; PETER/CAVADINI, in Commentaire romand, CO-II, 2ème éd. 2017, n° 10b ad art. 725a CO ; PETER/PEYROT, L'ajournement de la faillite (article 725a CO) dans la jurisprudence des tribunaux genevois, in SJ 2006 II p. 52 s.; cf. ég. Cour de justice du canton de Genève, arrêt du 13 mars 2017 [ACJC/291/2017] consid. 3, admettant, au regard de l' art. 174 al. 2 ch. 1-3 LP , la recevabilité d'une convention de postposition de créance conclue après le prononcé de faillite).

### **E. 3.2**

Il est vrai que l'application à la faillite sans poursuite préalable de la jurisprudence limitant la recevabilité des vrais nova aux seuls cas limitativement énumérés à l' art. 174 al. 2 ch. 1-3 LP (cf. arrêt 5A\_625/2015 précité) est critiquée en doctrine et n'est pas suivie par certains tribunaux cantonaux (cf. supra consid. 3.1). Par son argumentation, la recourante n'expose toutefois pas valablement en quoi les conditions d'un changement de jurisprudence seraient remplies (à ce sujet, cf. ATF 144 IV 265 consid. 2.2; 142 V 112 consid. 4.4; 139 V 307 consid. 6.1). Elle ne peut au demeurant rien tirer des arrêts qu'elle invoque à l'appui de son argumentation. En effet, l'arrêt 5A\_300/2016, qui se rapporte à une faillite sans poursuite préalable prononcée sur la base de l' art. 190 al. 1 ch. 2 LP , n'a pas élargi le catalogue des vrais nova admissibles selon l' art. 174 al. 2 LP . Quant à l'arrêt 5A\_899/2014, il ne fait que rappeler les principes régissant la recevabilité des nova , y ajoutant uniquement, par référence à un arrêt antérieur, que seul le débiteur poursuivi a la faculté d'invoquer des vrais nova . Par ailleurs, sauf à rappeler la teneur de l'audience de faillite ainsi que son grief - irrecevable (cf. supra consid. 2.4) - de violation de la maxime inquisitoire, la recourante ne prétend à juste titre pas que la convention de postposition litigieuse ne constituerait pas un vrai novum , qui relève du champ d'application de l' art. 174 al. 2 LP , mais un pseudo-novum, dont la production est permise par l'art. 174 al. 1, 2ème phrase, LP. On ne saurait en effet considérer qu'on est en présence d'un pseudo - novum selon l' art. 174 al. 1 LP , puisque la pièce invoquée est postérieure au jugement de faillite. Il s'ensuit que c'est à bon droit que la cour cantonale a déclaré irrecevable la pièce nouvelle dont se prévaut la recourante. La critique manque ainsi sa cible. Quoi qu'il en soit, même si la recourante avait pu s'en prévaloir, la postposition en question n'aurait servi qu'à démontrer qu'elle avait permis de réduire les dettes à long terme et mettre fin au surendettement, mais n'aurait en rien modifié la situation de la société du point de vue de son endettement à court terme, au sujet duquel la recourante ne dit mot. Or l' art. 174 al. 2 LP soumet en outre l'annulation d'un jugement de faillite à la condition générale qu'en déposant son recours, le débiteur rende vraisemblable sa solvabilité (arrêts 5A\_1009/2017 du 16 février 2018 consid. 3.2 et la référence; 5A\_509/2014 du 27 août 2014 consid. 4.3 et la référence).

### **E. 4**

En définitive, le recours est rejeté dans la mesure de sa recevabilité, aux frais de son auteur ( art. 66 al. 1 LTF ). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens ( art. 68 al. 3 LTF ). L'octroi de l'effet suspensif ne se rapporte qu'aux mesures d'exécution, ce qui dispense de fixer à nouveau la date de l'ouverture de la faillite (arrêts 5A\_181/2018 du 30 avril 2018 consid. 4; 5A\_93/2018 du 18 avril 2018 consid. 5 et les références).

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