

## **BGer 5A\_300/2016 vom 14. Oktober 2016**

Bundesgericht, 2016-10-14, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_300\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_300_2016)

FR: TF 5A\_300/2016 du 14 octobre 2016

IT: TF 5A\_300/2016 del 14 ottobre 2016

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Le recours a été déposé dans le délai légal ( art. 100 al. 1 LTF ) contre une décision finale ( art. 90 LTF ) rendue en matière de faillite ( art. 72 al. 2 let. a LTF , en relation avec l' art. 190 al. 1 ch. 2 LP ) par une autorité cantonale de dernière instance ayant statué sur recours ( art. 75 al. 1 et 2 LTF ); il est ouvert indépendamment de la valeur litigieuse ( art. 74 al. 2 let. d LTF); la débitrice en faillite, qui a succombé devant l'autorité cantonale, a qualité pour recourir ( art. 76 al. 1 LTF ).

#### **E. 2.1**

Le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit fédéral, lequel comprend les droits constitutionnels ( art. 95 let. a LTF ; ATF 133 III 446 consid. 3.1 p. 447, 462 consid. 2.3 p. 466). Le Tribunal fédéral applique le droit d'office ( art. 106 al. 1 LTF ). Toutefois, ce principe est limité par l'obligation de motiver qui incombe au recourant en vertu de l' art. 42 al. 2 LTF . Pour satisfaire à cette obligation, le recourant doit discuter les motifs de la décision entreprise et indiquer précisément en quoi il estime que l'autorité précédente a méconnu le droit; il faut qu'à la lecture de son exposé, on comprenne clairement quelles règles de droit auraient été, selon lui, transgressées par l'autorité cantonale. Dès lors qu'une question est discutée, le Tribunal fédéral n'est lié ni par les motifs invoqués par les parties, ni par l'argumentation juridique retenue par l'autorité cantonale; il peut donc admettre le recours pour d'autres motifs que ceux invoqués par le recourant, comme il peut le rejeter en opérant une substitution de motifs ( ATF 140 III 86 consid. 2 p. 89 et les références). De surcroît, le Tribunal fédéral ne connaît de la violation des droits fondamentaux que si ce grief a été soulevé et motivé par le recourant conformément au principe d'allégation; le recourant doit ainsi indiquer quelle disposition ou principe constitutionnel a été violé et démontrer, par une argumentation précise, en quoi consiste la violation ( art. 106 al. 2 LTF ; ATF 134 I 83 consid. 3.2 p. 88; 133 II 249 consid. 1.4.2 p. 254). Les critiques de nature appellatoire sont irrecevables ( ATF 133 III 589 consid. 2 p. 591).

En l'occurrence, il y a lieu de relever que la recourante se plaint inutilement aux pages 27 à 29 de son recours de la violation " arbitraire " des art. 190 al. 1 ch. 2 LP et 255 let. a CPC, alors que la Cour de céans jouit d'un plein pouvoir d'examen relativement à l'application de ces lois fédérales ( art. 95 let. a LTF ) et que dits griefs ne se distinguent pas de ceux déjà articulés aux pages 17 à 24 de son recours sous les chapitres " i. Violation de l' art. 190 al. 1 ch. 2 LP " et " ii. De la violation de la maxime inquisitoire ( art. 255 let. a CPC ) ".

#### **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 ces faits 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'influencer le sort de la cause ( art. 97 al. 1 LTF ). Le recourant qui soutient que les faits ont été établis de manière manifestement inexacte ( art. 97 al. 1 LTF ), c'est-à-dire arbitraire au sens de l' art. 9 Cst. ( ATF 140 III 264 consid. 2.3 p. 266), doit, conformément au principe d'allégation susmentionné (cf.

supra consid. 2.1), démontrer par une argumentation précise en quoi consiste la violation ( art. 106 al. 2 LTF ).

Les faits et moyens de preuve nouveaux sont prohibés, sauf s'ils résultent de la décision de l'autorité précédente ( art. 99 al. 1 LTF ; ATF 135 I 221 consid. 5.2.4 p. 229; 133 IV 342 consid. 2.1 p. 343). Il en va de même des faits et pièces postérieurs à l'arrêt entrepris ( ATF 133 IV 342 consid. 2.1 p. 344), à moins qu'ils ne rendent sans objet le recours ( ATF 137 III 614 consid. 3.2.1 p. 616).

On ne saurait considérer que le courrier du 5 septembre 2016 adressé par les intimés à la Cour de céans, par lequel ceux-là font état de la transaction intervenue avec la recourante et du retrait de leur réquisition de faillite à son encontre, entre dans cette dernière hypothèse. Avec l'ouverture de la faillite se forme la masse des créanciers ou masse en faillite. Celle-là constitue une communauté légale formée aux fins de l'exécution forcée collective - c'est-à-dire au bénéfice de tous les intervenants - des biens du failli (GILLIÉRON, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 5

e éd., 2012, n

o 1582 p. 376). L' art. 174 al. 2 LP ne s'appliquant que devant l'autorité judiciaire de recours, le créancier qui a requis la faillite ne saurait mettre fin à cette procédure collective devant le Tribunal fédéral par un retrait de sa réquisition de faillite, d'autant qu'en l'espèce, la faillite a déjà sorti ses effets matériels, l'effet suspensif ne portant que sur les actes d'exécution (cf. en ce sens: ATF 118 III 37 consid. 2 p. 39).

En outre, les faits que la recourante expose aux pages 6 à 13 de son recours seront ignorés en tant qu'ils ne sont pas expressément visés par le grief examiné ci-après (cf.

infra consid. 5), 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. 3**

La Cour de justice a constaté qu'au 2 décembre 2015, A. \_\_\_\_\_ SA faisait l'objet de 31 poursuites, variant entre 17 fr. 55 et 67'886 fr. 95, pour un montant total d'environ 485'000 fr. Dix de ces poursuites avaient été initiées en 2014, le solde en 2015. Les quatre cinquièmes d'entre elles émanaient de créanciers de droit public. Cinq poursuites n'avaient pas fait l'objet d'opposition et sept en étaient, à la date précitée, au stade de l'avis de saisie. La plus importante des poursuites, en 67'886 fr. 95, engagée par la Fondation F. \_\_\_\_\_, en était au stade de la commination de faillite et avait fait l'objet d'un arrangement de paiement conclu le 6 octobre 2015, la dette ayant été réduite à cette date à 25'529 fr. en capital. Des " arrangements de paiement " avaient en outre été conclus avec l'Office des poursuites pour sept des poursuites, pour un total de 85'720 fr.

La cour cantonale a rappelé que le premier juge avait retenu que la suspension des paiements était établie au regard du nombre de poursuites pendantes et du fait que l'une d'elles en était déjà au stade de la commination de faillite, alors que sept autres en étaient au stade de l'avis de saisie. En outre, les poursuites émanaient en grande majorité de créanciers de droit public. Les " arrangements de paiement " conclus avec l'Office des poursuites n'étaient pas déterminants, dans la mesure où l'on ignorait si la recourante était en mesure de les respecter. Or la recourante n'avait, à ce jour, produit aucun document établissant que dits arrangements pourraient être respectés. Elle avait par contre établi que sa dette à l'égard de la Fondation F. \_\_\_\_\_ avait été amortie à hauteur de 42'358 fr., le solde à payer étant de 25'529 fr. Cependant, même en tenant compte de ce paiement, le total des poursuites de la recourante, ascendant à 442'642 fr., restait important. Par ailleurs, le fait que les quatre cinquièmes de ces poursuites émanaient de créanciers de droit public, lesquels ne sont pas autorisés à requérir la faillite ordinaire, était un indice de cessation des paiements. Il en allait de même du fait que la recourante ne contestait pas devoir les montants figurant sur l'extrait des poursuites, étant souligné que cinq de celles-ci n'avaient pas fait l'objet d'une opposition au commandement de payer. En outre, le défaut de paiement portait sur des montants même minimes, un commandement de payer pour 17 fr. 55 ayant été notifié à la recourante. L'état d'avancement des poursuites corroborait les indices précités de cessation de paiement puisque, hormis les sept poursuites ayant fait l'objet d'un arrangement avec l'Office et pour lesquelles celui-ci avait accepté de surseoir à la vente, sept autres poursuites en étaient au stade de l'avis de saisie.

La Cour de justice a par ailleurs considéré que l'estimation de la valeur de la recourante faite en 2013 par la société D. \_\_\_\_\_ & Cie SA, à concurrence de 7'500'000 fr., respectivement 9'500'000 fr., n'était pas probante car elle datait de trois ans et était visiblement fondée sur des prévisions qui ne s'étaient pas réalisées. L'attestation établie par E. \_\_\_\_\_ le 3 décembre 2015, selon laquelle les actifs de la recourante dégageraient une " réserve latente " de 5'260'253 fr. n'emportait pas non plus la conviction. En effet, l'estimation d'expert mentionnée dans ce document et fixant la valeur de la parcelle sise à Y. \_\_\_\_\_ à 6'700'000 fr. n'était pas produite. Rien n'établissait en outre que la valeur d'acquisition de l'immeuble de X. \_\_\_\_\_, retenue par E. \_\_\_\_\_, corresponde à sa valeur actuelle. De plus, la recourante n'avait fourni aucune indication étayée par pièces sur l'état des charges hypothécaires de ces deux biens immobiliers. Il n'y avait donc pas lieu de retenir que la valeur réelle des immeubles dont la recourante est propriétaire était supérieure à celle qui figure dans son dernier bilan révisé.

Les juges cantonaux ont encore relevé que la recourante n'avait produit aucun document comptable fiable pour 2015 permettant de retenir que sa situation se serait améliorée par rapport à 2014, année qui s'était clôturée sur une perte d'exploitation de 435'779 fr. et à l'issue de laquelle le réviseur avait souligné que ses difficultés de trésorerie étaient susceptibles de mettre en cause sa capacité à poursuivre son activité. Le fait que le nombre de poursuites engagées à son encontre ait triplé entre 2014 et 2015 permettait au contraire de penser que sa situation s'était aggravée depuis décembre 2014.

La Cour de justice a enfin jugé que les différents documents non signés et échanges de courriels produits par la recourante à l'appui de ses allégations selon lesquelles elle devrait bénéficier à l'avenir d'entrées de liquidités étaient dénués de toute force probante.

Dans ces conditions, le premier juge avait à juste titre retenu que la recourante avait suspendu ses paiements et le jugement prononçant sa faillite devait être confirmé.

#### **E. 4**

Dans un grief de nature formelle qu'il convient d'examiner en premier lieu ( ATF 138 I 232 consid. 5.1 p. 237), la recourante se plaint de la violation de son droit d'être entendu ( art. 29 al. 2 Cst. ).

Elle soutient que la Cour de justice a omis de l'interpeller sur le fait que sa situation financière devait être examinée à l'échéance du délai de recours cantonal, à savoir le 28 décembre 2015, notamment à la lumière de l'état des poursuites en cours à cette date. Ce faisant, elle ne lui avait pas donné la possibilité, comme la maxime inquisitoire l'imposait, de produire les pièces utiles à cette date et démontrer que les conditions d'une faillite sans poursuite préalable n'étaient pas réunies. Au surplus, en écartant les pièces qu'elle avait produites, en déniaient leur valeur probante, ou en ne requérant pas leur production, la Cour de justice avait également violé la maxime inquisitoire et, partant, son droit d'être entendu.

Au vu de cette motivation, force est de constater que les critiques de la recourante se confondent entièrement avec son grief de violation de la maxime inquisitoire ( art. 255 let. a CPC ), lequel sera examiné ci -après (cf.

infra consid. 5).

#### **E. 5**

La recourante se plaint de la violation de l' art. 255 let. a CPC .

Elle soutient que le devoir de collaboration des parties ne dispensait pas la Cour de justice de rechercher les faits pertinents et de requérir les pièces utiles à l'examen de sa situation financière. Il lui appartenait ainsi de se procurer un extrait des poursuites à la date d'échéance du délai de recours cantonal, soit le 28 décembre 2015, afin de disposer des éléments déterminants pour l'appréciation de la condition matérielle de l' art. 190 al. 1 ch. 2 LP . Elle ne pouvait pas, sans violer la maxime inquisitoire, statuer sur la base des états des poursuites au 17 novembre et au 2 décembre 2015, produits à l'appui du recours cantonal. La Cour de justice ne pouvait pas non plus écarter l'estimation de la valeur de la société établie par D. \_\_\_\_\_ & Cie SA, également produite à l'appui du recours, sans l'interpeller préalablement sur le fait qu'elle était datée de 2013 et sans lui donner la possibilité de produire une estimation actualisée, respectivement " complémentaire ou plus récente ". Il lui appartenait également de lui permettre de produire l'estimation d'expert du terrain sis à Y. \_\_\_\_\_ mentionnée dans l'attestation de E. \_\_\_\_\_ du 3 décembre 2015, respectivement de lui permettre de produire une estimation actualisée. La Cour de justice aurait encore dû attirer son attention sur le fait que son dernier bilan pour l'année 2014 n'était pas suffisant. Enfin, elle ne pouvait écarter les pièces attestant de ses perspectives financières sans l'interpeller à ce sujet ou lui permettre d'apporter la preuve de la réalisation des projets concernés.

#### **E. 5.1**

En matière de faillite, l' art. 255 let. a CPC réserve la maxime inquisitoire. Le tribunal doit ainsi établir les faits d'office ("

von Amtes wegen feststellen "). Il s'agit là de la maxime inquisitoire simple ou sociale (" eingeschränkte oder soziale Untersuchungsmaxime "; arrêt 5A\_829/2014 du 9 février 2015 consid. 2.4; ANDREAS GÜNGERICH, in Berner Kommentar, 2012, n° 2 ad art. 255 CPC et les auteurs cités; RAFAEL KLINGLER, in Kommentar zur Schweizerischen

Zivilprozessordnung, 3ème éd., 2016, n° 1 ad art. 255 CPC ; FRANÇOIS BOHNET/PASCAL JEANNIN, La maxime inquisitoire sociale sous l'empire du CPC, in Revue de droit suisse, 2015, p. 223 ss, 238). Cette maxime a été conçue pour protéger la partie faible au contrat, pour garantir l'égalité entre les parties au procès et pour accélérer la procédure. Elle ne dispense pas les parties d'une collaboration active lors de la procédure ( ATF 130 III 102 consid. 2.2 p. 107 et l'arrêt cité; 125 III 231 consid. 4a p. 238). Les parties doivent recueillir elles-mêmes les éléments du procès; il leur incombe de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuve propres à établir ceux-ci. De son côté, le juge doit établir d'office les faits, ce qui ne le contraint toutefois pas à rechercher lui-même l'état de fait pertinent ("

von Amtes wegen erforschen "). Il doit informer les parties de leur devoir de coopérer à la constatation des faits et à l'administration des preuves et doit les interroger pour s'assurer que leurs allégués de fait et leurs offres de preuves sont complets s'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur ce point. Son rôle ne va toutefois pas au-delà; il ne se livre à aucune investigation de sa propre initiative ( ATF 141 III 569 consid. 2.3.1, 2.3.2 et 3.1 p. 575 ss; arrêt 5A\_829/2014 précité consid. 2.4 et la référence citée; KLINGLER, loc. cit.). Lorsque les parties sont représentées par un avocat, le tribunal peut et doit faire preuve de retenue comme dans un procès soumis à la procédure ordinaire. Il n'appartient en effet pas au juge de fouiller le dossier pour tenter d'y trouver des moyens de preuve en faveur d'une partie ( ATF 141 III 569 consid. 2.3.1 et 2.3.2 p. 575 s.; arrêt 4A\_211/2015 du 8 décembre 2015 consid. 3.3). Il n'y a ainsi pas de violation de dite maxime si le juge ne prévient pas le justiciable assisté d'un avocat que les preuves administrées n'emportent pas sa conviction et qu'il conviendrait d'en produire d'autres (arrêt 4A\_705/2014 du 8 mai 2015 consid. 3.3). L'autorité judiciaire supérieure est toutefois fondée à requérir d'office un extrait du registre des poursuites pendantes contre le débiteur qui recourt contre le prononcé de sa faillite (arrêt 5A\_175/2015 du 5 juin 2015 consid. 5 et les références citées, publié in SJ 2016 I 101).

## **E. 5.2**

En l'espèce, la cour cantonale ne saurait se voir reprocher de ne pas avoir requis d'office un extrait des poursuites en cours contre la recourante à la date de l'échéance du délai de recours cantonal. Si la jurisprudence admet qu'un tel extrait peut être requis d'office par l'autorité saisie d'un recours contre un prononcé de faillite, la maxime inquisitoire simple applicable ne l'oblige toutefois nullement à le faire. Ceci vaut d'autant qu'en l'espèce, la recourante était assistée d'un avocat, de sorte que la maxime inquisitoire sociale ne s'applique qu'avec retenue à la présente procédure. En effet, alors même qu'elle a joint plusieurs pièces nouvelles à son mémoire de recours, la recourante n'a pas produit un extrait des poursuites plus récent que celui sur lequel s'est fondé la cour cantonale. Le fait qu'elle a choisi de déposer son acte de recours devant l'instance précédente sept jours avant l'échéance du délai de recours ne saurait à cet égard être retenu comme un motif justificatif. La recourante était en effet libre de le déposer à l'échéance du délai de recours et aurait dû percevoir l'importance de produire un extrait des poursuites actualisé à cette date puisqu'elle soutient s'être acquittée de plusieurs dettes dans l'intervalle. En outre, la recourante n'expose pas pour quel motif elle n'a pas produit un extrait des poursuites plus récent sachant que celui sur lequel s'est fondée la cour cantonale date du 5 décembre 2015 et que le recours a été déposé le 21 décembre 2015. Elle n'expose pas davantage pourquoi elle n'a pas attiré l'attention de la cour cantonale sur le fait que des paiements susceptibles d'avoir une

incidence sur l'état des poursuites avaient été effectués entre le 5 et le 28 décembre 2015. Compte tenu des éléments qui précèdent, et en particulier du fait qu'elle était assistée d'un avocat, il apparaît que la recourante n'a pas satisfait à son devoir de collaboration.

Pour les mêmes motifs, l'autorité précédente n'avait pas à interpellier la recourante pour qu'elle actualise ou complète les estimation, attestation et bilan produits à l'appui du recours. La recourante, assistée d'un avocat, devait en effet se rendre compte de l'importance de fournir des pièces attestant de sa situation financière actuelle, dans la mesure où elle soutient elle-même avoir procédé à plusieurs paiements durant les mois de septembre à décembre 2015. S'agissant enfin des documents censés attester de futures rentrées d'argent, la recourante perd de vue que la Cour de justice les a considérés comme dénués de force probante. Or, si, aux termes de l'appréciation des preuves, le juge parvient à la conviction que les faits pertinents ne sont pas prouvés, la question d'une violation de la maxime inquisitoire ne se pose pas, seul un grief d'appréciation arbitraire des preuves pouvant entrer en considération (cf. arrêts 5A\_524/2014 du 21 août 2014 consid. 2.2; 5A\_829/2014 précité consid. 2.4). Ce point sera dès lors examiné, en tant que de besoin, à l'aune du grief d'appréciation arbitraire des preuves soulevé (cf.

infra consid. 6).

Il suit de là que le grief de violation de l' art. 255 let. a CPC est infondé.

## **E. 6**

La recourante se plaint ensuite d'arbitraire ( art. 9 Cst. ) dans l'appréciation des preuves et l'établissement des faits.

Elle soutient derechef qu'il appartenait à la Cour de justice de requérir d'office, en vertu de la maxime inquisitoire applicable, un extrait des poursuites à son encontre au 28 décembre 2015, date de l'échéance du délai de recours cantonal. Or, elle ne s'était fondée que sur les états des poursuites produits à l'appui du recours, établis les 17 novembre et 2 décembre 2015. Si la Cour de justice avait requis un extrait des poursuites au 28 décembre 2015, elle se serait aperçue que le montant des poursuites, hors arrangements de paiement et poursuites soldées, s'élevait en réalité à 262'873 fr. 80 et non à 442'642 fr. La Cour de justice avait par ailleurs méconnu le fait que les relevés de compte des mois de septembre à novembre 2015 et la liste des paiements effectués d'octobre à décembre 2015, produits à l'appui du recours cantonal, démontraient qu'elle avait procédé à des paiements pour un montant de 448'212 fr. 87 et que la liste des clients au 30 novembre 2015, également produite à l'appui du recours cantonal, laissait apparaître un solde débiteur de plus de 515'000 fr. En outre, la Cour de justice avait arbitrairement écarté les " arrangements de paiement " conclus avec l'Office des poursuites, alors même que les poursuites et les sursis accordés par l'Office des poursuites étaient suspendus depuis le jugement de faillite du 10 décembre 2015 et que les plans de paiement n'étaient plus applicables jusqu'au prononcé d'une décision finale concernant la faillite. Il avait au demeurant été démontré que les premiers acomptes avaient été payés le 16 novembre 2015 pour les huit poursuites concernées - et non sept comme le mentionnait à tort l'arrêt attaqué - conformément aux courriers de l'Office des poursuites du 30 octobre 2015, ce que la Cour de justice avait arbitrairement ignoré. Enfin, les juges précédents avaient procédé à une appréciation arbitraire des faits en écartant les expertises et évaluations de la valeur de la société ainsi que les pièces comptables attestant que ses actifs sont manifestement supérieurs au montant des passifs et en ne tenant pas compte de la confirmation de l'effet suspensif par l'arrêt du

Tribunal fédéral du 17 mars 2016.

### **E. 6.1**

Selon la jurisprudence, il y a arbitraire dans l'appréciation des preuves lorsque le juge n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, s'il a omis, sans raison sérieuse, de tenir compte d'un moyen important propre à modifier la décision attaquée ou encore si, sur la base des éléments recueillis, il a fait des déductions insoutenables ( ATF 136 III 552 consid. 4.2 p. 560; 129 I 8 consid. 2.1 p. 9). En matière d'établissement des faits et d'appréciation des preuves, le juge est autorisé à effectuer une appréciation anticipée des preuves déjà disponibles et, s'il peut admettre de façon exempte d'arbitraire ( art. 9 Cst. ) qu'une preuve supplémentaire offerte par une partie serait impropre à ébranler sa conviction, refuser d'administrer cette preuve ( ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 p. 299; 138 III 374 consid. 4.3.2 p. 376; 136 I 229 consid. 5.3 p. 236; 134 I 140 consid. 5.3 p. 148).

### **E. 6.2**

En tant que la recourante se plaint du fait que la Cour de justice a omis de requérir d'office un extrait des poursuites à son encontre au 28 décembre 2015 et, partant, n'a arbitrairement pas retenu que le montant des poursuites s'élevait à cette date à 262'873 fr. 80 et non à 442'642 fr., son grief se recoupe intégralement avec celui de violation de la maxime inquisitoire sur ce point, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'y revenir. Il en va de même s'agissant des estimations, attestations et bilans produits à l'appui du recours. Pour ce qui est des poursuites pour lesquelles la recourante a obtenu un sursis à la réalisation ( art. 123 LP ; poursuites nos aaaaa, bbbbb, ccccc, ddddd, eeeee, fffff, et ggggg) - qu'elle-même et l'autorité cantonale nomment " arrangement de paiement " -, elles sont bien au nombre de sept, la pièce produite par la recourante en lien avec une huitième poursuite ne comportant pas la décision de sursis et concernant une poursuite non mentionnée dans les extraits au 17 novembre et 2 décembre 2015, de sorte qu'elle ne saurait être prise en compte. Eu égard au nombre de poursuites dont la recourante fait l'objet et aux montants importants sur lesquels portent le sursis à la réalisation obtenu, l'on ne saurait au demeurant reprocher à la cour cantonale d'avoir fait preuve d'arbitraire en considérant la capacité de la recourante à respecter ces " arrangements de paiement " comme non établie. Enfin, pour ce qui a trait aux documents censés attester de futures rentrées d'argent, l'on ne saurait faire grief à la cour cantonale d'avoir apprécié arbitrairement ces pièces en considérant qu'elles n'avaient pas de force probante. En effet, la présente procédure porte sur une faillite sans poursuite préalable au sens de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP dont la condition est la suspension de ses paiements par le débiteur sujet à la poursuite par voie de faillite (cf.

infra consid. 7.2.1). Or, si tant est que plusieurs de ses clients lui doivent encore de l'argent, cela ne signifie pas encore que la recourante pourra effectivement recouvrer les sommes dues et cela n'a de surcroît aucune incidence sur la suspension de ses propres paiements, condition dont la réalisation doit être constatée au jour de l'échéance du délai de recours et non en tenant compte de versements futurs hypothétiques.

### **E. 7**

La recourante invoque enfin une violation de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP, estimant que la Cour de justice s'est à tort écartée de l'exigence de la " preuve stricte " de la suspension des paiements.

Rappelant que la situation financière de la société doit être appréciée au moment de l'échéance du délai de recours cantonal, soit en l'espèce au 28 décembre 2015, elle allègue qu'elle faisait à cette date l'objet de poursuites pour un montant de 505'324 fr. 15, dont il fallait déduire les " arrangements de paiement " conclus avec l'Office des poursuites, la poursuite soldée de G. \_\_\_\_\_, ainsi que les trois poursuites notifiées en 2016. Le montant des poursuites en cours s'élevait ainsi à 262'873 fr. 80 et non à 442'642 fr. comme retenu à tort par la Cour de justice. Elle allègue également qu'en exécution des " arrangements de paiement " conclus avec l'Office des poursuites, elle avait versé divers montants dans le cadre des huit poursuites qui se trouvaient au stade de la réquisition de vente, ce qui était attesté par la production des détails de transaction de l'UBS et par le relevé de compte bancaire produits à l'appui du recours cantonal. Elle avait par ailleurs prouvé par pièces que la Fondation F. \_\_\_\_\_ avait accepté un remboursement du solde de la dette, ramenée à 25'529 fr. au 1er septembre 2015, par le paiement d'un acompte mensuel de 3'000 fr., qui avait été versé les 15 septembre et 28 octobre 2015. Suite à cette convention, aucune poursuite ne se trouvait au stade de la commination de faillite au moment du prononcé de l'arrêt querellé. Elle avait également démontré, par la production des relevés de son compte bancaire, avoir déboursé un montant total de 448'212 fr. 87 entre les mois de septembre et novembre 2015. Le stock de bateaux qu'elle détenait était au surplus évalué à 1'627'094 fr. en date du 31 août 2015, ce qui couvrait largement le montant des poursuites. La liste des débiteurs au 16 décembre 2015 produite à l'appui du recours cantonal démontrait par ailleurs qu'elle était créancière d'un montant d'environ 500'000 fr. auprès de ses clients pour son activité de janvier à novembre 2015. L'immeuble sis à Y. \_\_\_\_\_ valait à tout le moins 3'440'000 fr. selon l'estimation du Département genevois de l'Urbanisme produite devant l'autorité cantonale. Tous les salaires avaient en outre été payés, y compris les treizièmes salaires. Enfin, la créance des intimés était garantie par la cession de quatre bateaux pour une valeur totale de 345'000 fr., notablement supérieure à la créance exigible. Dès lors qu'elle avait prouvé l'ensemble de ces éléments, notamment qu'elle avait désintéressé des créanciers pour des montants substantiels, il était manifeste que l'on se trouvait en présence d'une débitrice qui continue de rembourser la plupart de ses dettes - et qui n'avait donc pas cessé ses paiements -, et que les intimés avaient échoué dans l'apport de la " preuve stricte " de la réalisation de la condition matérielle qu'est la suspension des paiements. Les intimés n'étaient ainsi pas fondés à requérir la faillite, sauf à se satisfaire préalablement sur les bateaux qui leur avaient été cédés en garantie de leur créance.

Cela étant, la décision querellée heurtait de manière choquante le sentiment de justice puisqu'elle l'empêchait de poursuivre son activité, de sauvegarder des emplois, de continuer ses paiements et de conserver ses clients. Or, la faillite ne devait être prononcée qu'en dernier recours compte tenu de ses graves conséquences. Elle n'était pas justifiée en l'espèce eu égard aux montants qu'elle avait versés et à la valeur de ses actifs.

### **E. 7.1**

Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si le créancier doit rendre vraisemblable le cas de faillite sans poursuite préalable ( ATF 78 I 117 consid. 6 p. 123) ou en apporter la " preuve stricte " comme l'affirme la recourante (arrêt 5A\_135/2016 du 19 avril 2016 consid. 2.3.2 et l'arrêt cité). Cette question n'a pas non plus besoin d'être résolue dans la présente affaire, dès lors que, là également, le recours est voué à l'échec quel que soit le degré de preuve retenu.

### **E. 7.2.1**

Le motif de la faillite posé à l' art. 190 al. 1 ch. 2 LP est la suspension de paiements. Il s'agit d'une notion juridique indéterminée qui accorde au juge un large pouvoir d'appréciation. Pour qu'il y ait suspension de paiements, il faut que le débiteur ne paie pas des dettes incontestées et exigibles, laisse les poursuites se multiplier contre lui, tout en faisant systématiquement opposition, ou omette de s'acquitter même des dettes minimales; il n'est cependant pas nécessaire que le débiteur interrompe tous ses paiements; il suffit que le refus de payer porte sur une partie essentielle de ses activités commerciales. Même une dette unique n'empêche pas, si elle est importante et que le refus de payer est durable, de trahir une suspension de paiements; tel est notamment le cas lorsque le débiteur refuse de désintéresser son principal créancier. Le non-paiement de créances de droit public peut constituer un indice de suspension de paiements. Pour apprécier l'existence d'une suspension de paiements, l'autorité judiciaire supérieure doit tenir compte des faits nouveaux ( art. 174 al. 2 LP , applicable par renvoi de l' art. 194 al. 1 LP ) et statuer sur le vu de la situation financière du débiteur à l'échéance du délai de recours cantonal, l'admission des nova étant destinée à éviter l'ouverture de la faillite; en outre, les conditions de la déclaration de faillite doivent être remplies à la date du jugement de première instance (arrêt 5A\_442/2015 du 11 septembre 2015 consid. 6.1 et les arrêts cités, publié in SJ 2016 I 85). La suspension des paiements ne doit pas être de nature simplement temporaire, mais doit avoir un horizon indéterminé ( ATF 137 III 460 consid. 3.4.1 p. 468).

### **E. 7.2.2**

En l'espèce, il apparaît que la recourante fait l'objet d'un nombre important de poursuites pour une somme totale de 442'642 fr. Elle allègue certes avoir effectué divers paiements qui auraient réduit le montant des poursuites en cours à 262'873 fr. 80. Or, quand bien même cet allégué devrait être considéré comme établi, ce qui n'est pas le cas, le montant subsistant demeure important et la recourante ne soutient, et encore moins ne démontre, que la réduction alléguée de ses dettes aurait une réelle incidence sur l'issue de la procédure et ferait obstacle à l'application de l' art. 190 al. 1 ch. 2 LP . Alors qu'elle soutient avoir des liquidités suffisantes, la recourante n'explique pas pourquoi des poursuites portant sur des montants minimales ont été initiées contre elle, son allégué selon lequel il s'agirait d'une inadvertance n'étant pas convaincant, ni pourquoi elle a laissé sept poursuites suivre leur cours jusqu'au stade de l'avis de saisie sans s'acquitter des dettes correspondantes. La majorité des poursuites dont la recourante fait l'objet, émane de surcroît de créanciers de droit public qui ne peuvent requérir la faillite ordinaire ( art. 43 ch. 1 LP ), soit de la Confédération suisse (Administration fédérale des contributions), de l'Etat de Genève (Administration fiscale cantonale) et de la Caisse cantonale genevoise de compensation. Il apparaît donc que la recourante a ainsi systématiquement laissé impayées des dettes de droit public, en ne réglant ni ses impôts - vraisemblablement la TVA - ni les cotisations sociales, ce qui tend à démontrer qu'elle a choisi d'indemniser en priorité les créanciers dont elle savait qu'ils pouvaient requérir une faillite ordinaire. Le fait qu'elle ait obtenu un sursis à la réalisation en lien avec sept poursuites diligentées par les créanciers susvisés (cf.

supra consid. 6.2) ne change rien à ce constat, ce d'autant que, comme déjà mentionné, la cour cantonale a retenu sans arbitraire que la capacité de la recourante à s'en tenir au versement des acomptes convenus n'était pas établie.

Les éléments qui précèdent constituent autant d'indices d'une cessation de paiements et d'un état d'insolvabilité qui n'est pas que passager. En conclusion, on doit constater que les

conditions d'une faillite sans poursuite préalable de la recourante sont réunies.

#### **E. 8**

En définitive, le recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité, aux frais de la recourante ( art. 66 al. 1 LTF ). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens.

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\_606/2014 du 19 novembre 2014 consid. 6.1; 5A\_446/2014 du 27 octobre 2014 consid. 6.1 et les arrêts cités).

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