

VD_FINDINFO Faillite / 2020 / 38 vom 8. Januar 2021

VD Tribunal cantonal, 2021-01-08, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_Faillite___2020___38

FR: VD_FINDINFO Faillite / 2020 / 38 du 8 janvier 2021

IT: VD_FINDINFO Faillite / 2020 / 38 del 8 gennaio 2021

Regeste

INSOLVABILITÉ, FAILLITE SANS POURSUITE PRÉALABLE | 174 LP, 190 al. 1 ch. 2 LP

Erwägungen

E. 30

ad art. 190 LP ; Cometta, op. cit., n. 10 ad art. 190 LP ; Peter, Edition annotée de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, p. 851 ; Huber, in Hunkeler (éd.), Kurzkomentar SchKG, n. 8 ad art. 190 LP). Elle est la manifestation extérieure de l'insolvabilité, qu'il ne faut pas confondre avec l'insuffisance d'actifs, c'est-à-dire la situation dans laquelle les passifs excèdent les actifs, soit l'endettement ou le surendettement, encore qu'une situation prolongée d'insolvabilité aboutit au surendettement, comme un surendettement prolongé aboutit à une situation d'insolvabilité (Gilliéron, Commentaire précité, n. 28 ad art. 190 LP). Cette notion de suspension de paiements a été préférée par le législateur à celle d'insolvabilité parce qu'elle est perceptible extérieurement et par conséquent plus aisée à rendre vraisemblable. Lorsque l'insolvabilité est rendue vraisemblable, la faillite sans poursuite préalable doit toutefois a fortiori être déclarée (ibid., n. 29 ad art. 190 LP ; TF 5A_367/2008 du 11 juillet 2008 consid. 4.1) ; lorsqu'il existe de nombreux actes de défauts de biens, la condition de la solvabilité est exclue (TF 5A_452/2016 précité consid. 5.2.2, SJ 2017 I 235). 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, laissant démontrer par ce comportement qu'il ne dispose pas de liquidités suffisantes pour honorer ses engagements (ATF 137 III 460 consid. 3.4.1, JdT 2012 II 178). Il n'est 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 (ATF 137 III 460 consid. 3.4.1, JdT 2012 II 178 ; ATF 85 III 146 consid. 4b). 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 pouvant être le cas lorsque le débiteur refuse de désintéresser son principal créancier (TF 5A_439/2010 précité consid. 4, SJ 2011 I 175 ; TF 5A_367/2008 précité consid. 4.1). 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, JdT 2012 II 178; TF 5A_790/2017 du 3 septembre 2018 consid. 3.2, RSPC 2018 p. 523). Le fait de payer en priorité des créanciers privés au détriment des créanciers publics ne pouvant requérir la faillite ordinaire est un indice de suspension de paiements par le débiteur (TF 5A_300/2016 du 14 octobre 2016 consid. 7.2.2., SJ 2017 I 224). L'existence d'actes de défaut de biens peut en particulier constituer une « suspension de paiements », précisément dans l'hypothèse où des créanciers

de droit public, qui ne peuvent requérir une faillite ordinaire (art. 43 ch. 1 LP), sont renvoyés perdants et doivent se satisfaire d'un acte de défaut de biens (définitif) après saisie ; le but de la loi n'est pas de permettre au débiteur d'échapper à la faillite en favorisant de manière systématique ses créanciers privés au détriment des créanciers de droit public (TF 5A_452/2016 précité consid. 5.2.2, SJ 2017 I 235). b) Au moment de l'audience de première instance, en juin 2020, la recourante faisait l'objet de quarante-neuf poursuites pour un montant total de 1'114'805 fr. 85, dont onze poursuites payées (234'995 fr. 49) et deux éteintes (14'021 fr. 20). Trois poursuites étaient au stade de la commination de faillite, dont deux pour les sommes minimales de 256 fr. 35 et 414 fr. 40, cinq au stade de la saisie et vingt-quatre au stade de l'opposition. Le premier juge a considéré que le montant total des poursuites, s'il avait baissé depuis 2019, restait considérable, que la grande majorité des poursuites introduites depuis 2017 concernait des créances de droit public et qu'il y avait eu deux actes de défaut de biens pour la somme totale de 861 fr. 10. Il a en outre constaté que les allégations de la recourante, selon lesquelles elle avait pu désintéresser des créanciers en utilisant une somme obtenue de la part d'une société tierce et qu'elle avait elle-même des créances à recouvrer, n'étaient pas établies, et que, même si elle avait effectué des paiements pour une somme totale de 693'570 fr. en 2019, comme elle le prétendait, elle n'indiquait avoir payé ses créanciers de droit public qu'à hauteur de 59'720 francs. c) La recourante conteste ce dernier point : elle allègue avoir payé plus de 350'000 fr., soit près de 200'000 fr. en mains de l'office des poursuites en novembre 2019 (P. 122 à 124), et quelque 59'600 fr. à la Fondation Institution supplétive LPP (P. 117 et P. R-19), 14'000 fr. à l'Office des assurances sociales de Genève (P. 117), près de 20'000 fr. à la Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS (P. 117), plus 1'000 fr. à l'office des poursuites pour payer une dette envers la Ville de Genève (P. 117). Elle fait valoir qu'elle a dépensé plus de 50'000 fr. en avances de frais judiciaires pour divers procès qu'elle a ouverts contre des sociétés détenues par la même personne que l'intimée (ndr : qui ne font pas partie des poursuivants, ce qui permet de déduire qu'il ne s'agit pas d'actions en libération de dettes), réclamant notamment environ 160'000 fr. à l'une d'elles et 110'000 fr. à une autre. Elle relève qu'elle ne fait l'objet d'aucun acte de défaut de biens. Elle soutient en outre que l'extrait des poursuites est trompeur en faisant valoir ce qui suit : en vertu d'un accord passé avec [...] SA, qui a introduit contre elle deux poursuites de quelque 12'000 fr. chacune, seul un montant de 2'000 fr. resterait dû (P. R-7) ; trois poursuites, dont l'une au stade de la commination de faillite, figurent encore dans l'extrait alors qu'elles auraient été payées ; de nombreuses poursuites, pour plusieurs centaines de milliers de francs, émanent de sociétés détenues par l'animateur de l'intimée ou de fournisseurs de ces sociétés, et sont infondées, comme celle de 329'788 fr. 45 de Q._____SA. Une fois ces poursuites retirées, le solde des poursuites en cours est ramené à quelque 141'000 fr. ; or, ce solde inclut des créances de droit public dont certaines ont été revues à la baisse (P. 125 à 128), l'Administration fédérale des contributions devant même lui restituer près de 97'000 fr. (P. R-12), et d'autres, de l'ordre de 50'000 fr. en tout, font l'objet de plans de paiement. La recourante fait encore valoir qu'elle poursuit son activité de manière soutenue, qu'elle a réalisé un chiffre d'affaires de quelque 450'000 fr. en 2019, qu'elle paie ses charges courantes et assainit sa situation, qu'elle a obtenu en janvier et février 2020 deux contrats en sous-traitance pour 785'000 fr. et 385'000 fr., et que les travaux sont en cours. d) Les arguments de la recourante ne manquent pas de pertinence et certains sont étayés par les pièces au dossier. Néanmoins, ils ne suffisent pas à faire admettre qu'elle ne se trouve pas en suspension de paiements. Contrairement à l'extrait des poursuites au 15 juillet 2020 produit à l'appui du

recours (P. R-6), sur lequel figurent des poursuites payées ou éteintes, soit, après soustractions de ces dernières, une somme de 875'887 fr. 66 en poursuite, l'extrait au 17 juillet 2020 sur lequel la recourante a été invitée à se déterminer ne montre que les poursuites encore en cours, au nombre de trente-quatre, dont la somme totale s'élève à 960'558 fr. 65, intérêts et frais compris. Même si l'on peut constater qu'aucune poursuite antérieure à juin 2019 n'a dépassé le stade de l'opposition et que deux poursuites, pour 12'900 fr. et 151'854 fr., émanent de sociétés domiciliées à l'adresse de Q. _____ SA, représentées par le même conseil que l'intimée, on ne saurait retenir sans autres éléments probants, comme le soutient la recourante, que ces poursuites sont « absolument injustifiées et abusives » ou qu'elles constituent des « représailles ». L'accord invoqué avec la société [...] SA résulte d'une lettre de la mandataire de cette société du 15 mai 2020, laquelle exigeait clairement le paiement du montant de 2'000 fr. dans un délai au 15 juin 2020, faute de quoi « une nouvelle demande de faillite pour la totalité des montants ouverts » serait déposée. La recourante n'allègue ni ne prouve s'être acquittée de ce montant en temps utile. Quoi qu'il en soit, la poursuite exercée à l'instance de [...] SA, représentée par la mandataire précitée, subsiste dans l'extrait au 17 juillet 2020, au stade de la commination de faillite, et deux autres poursuites exercées par cette société, représentée par un autre mandataire, y figurent également. Une autre poursuite, exercée à l'instance d'une société [...] SA, est au stade de la commination de faillite, pour une somme de 360 fr. 40. La recourante dit avoir payé cette poursuite et produit une pièce (P. R-8), à savoir le récépissé postal d'un versement, le 14 juillet 2020, sur le compte de ladite société, d'un montant inférieur à celui de la poursuite, d'ailleurs sans aucune référence à celle-ci, ce qui laisse penser qu'il pouvait s'agir du règlement d'une autre dette, ou que la recourante ne s'est pas acquittée des intérêts et des frais de la poursuite en question. Quoi qu'il en soit, un retrait de cette poursuite par la créancière n'est pas non plus établi. Des onze poursuites de droit public, soit un tiers des poursuites listées, pour des dettes fiscales (88'991 fr. 15) – notamment TVA (80'542 francs 55) – ou de cotisations sociales (24'942 fr. 95), cinq sont au stade de l'avis de saisie. En ce qui concerne la TVA, il est vrai que l'Administration fédérale des contributions, par lettres des 8 octobre, 10 décembre et 17 décembre 2019, a informé la recourante de la correction en sa faveur des montants d'impôt provisoirement dus pour le quatrième trimestre de 2018 et les deux premiers trimestres de 2019 et de la mise en compte des montants résultant de cette correction (P. R-12). Il n'est toutefois pas établi que les six poursuites en cours portant sur des dettes de TVA concernent les mêmes périodes. Cela n'est même pas vraisemblable dès lors que les lettres en question ne font aucune mention de poursuites en cours sur lesquelles les corrections annoncées auraient une incidence, que les deux dernières poursuites ont été introduites au mois de juin 2020 et que les avis de saisie dans les trois premières poursuites ont été établis soit à la même période que les corrections annoncées, en décembre 2019, soit postérieurement, en juin 2020. Enfin, l'extrait des poursuites montrent deux poursuites émanant de [...] SA, de plus de 60'000 fr. chacune, ce qui indique que la recourante, de manière répétée, n'a pas pu payer le salaire de ses employés intérimaires. Au de tous ces éléments, on doit considérer que la recourante est bien en suspension de paiements. VI. A titre subsidiaire, la recourante invoque l'art. 174 al. 2 LP. Elle fait valoir qu'elle a consigné le montant de 15'678 fr. en mains de la cour de céans. a) En vertu de l'art. 174 al. 2 LP, la décision du juge de la faillite peut être déférée à l'autorité de recours, qui peut annuler l'ouverture de la faillite lorsque le débiteur, en déposant le recours, rend vraisemblable sa solvabilité et établit par titre que depuis lors la dette, intérêts et frais compris, a été payée (ch. 1) ou que la totalité de la somme à

rembourser a été déposée auprès de l'autorité judiciaire supérieure à l'intention du créancier (ch. 2), ou encore que celui-ci a retiré sa réquisition de faillite (ch. 3). Ces deux conditions, soit le paiement de la dette à l'origine de la faillite, le dépôt de la totalité de la somme à rembourser ou le retrait de la requête de faillite et la vraisemblance de la solvabilité, sont cumulatives (TF 5A_801/2014 du 5 décembre 2014 consid. 6.1 ; Bosshard, Le recours contre le jugement de faillite, in JdT 2010 II 113 ss, p. 127). Le débiteur doit rendre sa solvabilité vraisemblable ; il ne peut se contenter de simples allégations, mais doit fournir des indices concrets tels que récépissés de paiements, justificatifs des moyens financiers (avoirs en banque, crédit bancaire) à sa disposition, liste des débiteurs, extrait du registre des poursuites, comptes annuels récents, bilan intermédiaire, etc. (TF 5A_181/2018 du 30 avril 2018 consid. 3.1 ; TF 5A_615/2020 du 30 septembre 2020 consid. 3.1). En principe, s'avère insolvable le débiteur qui, par exemple, laisse des comminations de faillite s'accumuler, fait systématiquement opposition et ne paie pas même des montants peu élevés (TF 5A_181/2018 précité ; TF 5A_413/2014 du 20 juin 2014 consid. 4.1; TF 5A_118/2012 du 20 avril 2012 consid. 3.1). S'il y a des poursuites ayant atteint le stade de la commination de faillite, le débiteur doit en principe prouver par titre qu'une des hypothèses de l'art. 174 al. 2 ch. 1 à 3 LP s'est réalisée, à moins qu'il ne résulte du dossier la vraisemblance qualifiée de l'existence de disponibilités en liquidité objectivement suffisantes non seulement pour payer ces créances, mais aussi pour faire face aux autres prétentions créancières déjà exigibles (TF 5A_615/2020 précité consid. 3.1). b) La première condition à l'annulation de la faillite est remplie, le montant litigieux (y compris 300 fr. de frais judiciaires de première instance) ayant été consigné en mains de la cour de céans. Il reste à examiner si la recourante est solvable. On ne dispose pas d'une comptabilité. L'examen de l'extrait des poursuites conduit à considérer que la recourante ne rend pas sa solvabilité vraisemblable, notamment pour les motifs ayant conduit à considérer qu'elle se trouve en suspension de paiements. Certes, elle s'efforce d'assainir sa situation, a payé certains de ses créanciers, a passé des arrangements de paiement avec d'autres et a signé deux contrats de sous-traitance en janvier et février 2020 pour un montant global de 1'170'000 francs. Cependant, de janvier à juin 2020, elle a fait l'objet de cinq nouvelles poursuites, pour plus de 44'700 fr., dont quelque 34'000 fr. de dettes de droit public (TVA et cotisations sociales). Il est ainsi patent que la recourante ne peut faire face à ses charges courantes. VII. En conclusion, le recours doit être rejeté et le jugement confirmé, la faillite de la recourante prenant effet, vu l'effet suspensif accordé, à la date du présent arrêt. Les frais de deuxième instance doivent être mis à la charge de la recourante (art. 106 al. 1 CPC), savoir les frais judiciaires, arrêtés à 300 fr., dont elle a déjà fait l'avance et des dépens auxquels l'intimée a droit, arrêtés à 1'500 fr. (art. 8 TDC [tarif des dépens en matière civile ; BLV 270.11.6]). La faillie étant dessaisie de ses biens (art. 197 LP), le montant déposé auprès de l'autorité de recours conformément à l'art. 174 al. 2 ch. 2 LP tombe dans la masse en faillite (Talbot, in Kren Kostkiewicz/Vock [éd.], Kommentar SchKG, 4 e éd., n. 15 ad art. 174 LP). Le montant de 15'678 fr. déposé par la recourante auprès de la cour de céans devra donc être versé à l'Office des faillites de l'arrondissement de Lausanne, une fois le présent arrêt devenu définitif et exécutoire.