

VD_GERICHTE FU20.008311 vom 14. Dezember 2021

VD Tribunal cantonal, 2021-12-14, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_FU20.008311

FR: VD_GERICHTE FU20.008311 du 14 décembre 2021

IT: VD_GERICHTE FU20.008311 del 14 dicembre 2021

Erwägungen

E. 1

a) Par requête du 25 février 2020, le conseil d'administration de B. _____ SA, société sise à [...] ayant pour but le développement et la mise en place de services d'importation, de marketing, de distribution et financements pour les constructeurs automobiles destinés à assurer la distribution et le service après-vente de leurs véhicules sur les marchés européens, a avisé le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois (ci-après : le Président) de son surendettement et a requis la tenue d'une audience aux fins d'examiner et, le cas échéant, statuer sur les conséquences de cet avis. Deux pièces étaient jointes à cette requête : - un bilan de liquidation ainsi qu'un compte de résultat au 21 février 2020, dont il ressort ce qui suit :

- 3 - Total des fonds propres (3'205'365) (3'189'218) (2'971'951) Total des passifs •
21.02.2020 31.12.2019 31.12.2018 Compte de résultat Annexe 2020 2019 2018 CHF CHF
CHF Frais de personnel (2'500) Frais de voyage - (11'536) Frais généraux 2.2 (3'685)
(234'224) (566'255) Total des dépenses opérationnelles (3'685) (236'724) (577'791)
Résultat avant amortissement et frais financiers (3'685) (236'724) (577'791) Produits
financiers 0 15 0 Frais financiers (1'389) (3'626) Pertes de change . . (2'152) Produits
extraordinaires 2.3 25'593 94'630 Charges extraordinaires 2.4 (11'763) (4'429) (1'523'553)
Résultat avant impôts (15'448) (212'768) (2'012'494) Impôts (700) (4'500) (4'500) Résultat
de l'exercice (16'148) (217'268) (2'016'994) Dans l'annexe aux comptes, l'organe de
révision a constaté qu'à la date d'établissement de ce bilan de liquidation, la société était
surendettée au sens de l'art. 725 al. 2 CO pour un montant total de 3'205'365 fr. ; - un
courrier de l'organe de révision au conseil d'administration de la société, du 10 février
2020, lui accordant un nouveau délai au 21 février 2020 au plus tard pour « nous
transmettre tous les éléments et toutes les informations pour démontrer le respect des
dispositions de l'article 725 al. 2 CO en matière de surendettement ou le cas échéant
d'avertir le Juge », et l'avisant que, sans nouvelle de sa part ou faute d'indication probante
démontrant l'absence de surendettement et/ou de mesures d'assainissement suffisantes d'ici
à cette date, il aviserait lui-même le juge en application de l'art. 729c CO. b) Lors de
l'audience tenue par le Président le 19 mai 2020, la requérante a requis l'octroi d'un
ajournement de faillite et la suspension de la procédure jusqu'à droit connu « sur la
procédure arbitrale actuellement pendante en France »; elle a déposé un onglet de sept
pièces sous bordereau ; il s'agit des pièces suivantes, dont il sera revenu dans la partie droit
pour autant que de besoin :

- 4 - - un arrêt de la Cour des poursuites et faillites (ci-après : la CPF) du 2 décembre 2019
(no 252) rejetant le recours de la poursuivie B. _____ SA contre le prononcé du 5 août
2019 par lequel le Juge de paix du district de la Riviera – Pays-d'Enhaut a levé
définitivement l'opposition de celle-ci au commandement de payer, à concurrence de

1'434'001 fr. 48 plus intérêts à 2% l'an dès le 31 août 2018 et de 6'645 fr. 29 plus intérêts à 2% l'an dès le 31 août 2018 dans la poursuite n° 8'936'563 en validation du séquestre no 8'912'592 du 18 octobre 2018 (le titre étant « Montant dû au titre de la sentence arbitrale ICC 22337/FS du 20.07.2018 ») notifié le 12 novembre 2018 à l'instance de la poursuivante J. _____ (réd. : Par arrêt du 27 mai 2020, le Tribunal fédéral a rejeté le recours formé par B. _____ SA contre cet arrêt [TF 5A_1046/2019]) ; - une commination de faillite du 17 décembre 2019 dans la poursuite précitée, pour les deux montants en cause ; - la sentence arbitrale invoquée comme titre à la mainlevée définitive dans la poursuite précitée, et une traduction partielle de celle-ci, rendue le 20 juillet 2018 par l'arbitre unique [...], avocat, docteur en droit et professeur, à Stuttgart, dans le cadre d'un arbitrage de la Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) ayant divisé B. _____ SA à J. _____ ; - une « Déclaration de recours en annulation » déposée par B. _____ SA à l'encontre de la sentence arbitrale précitée, datée du 31 août 2018, et les « Conclusions en annulation partielle d'une sentence arbitrale » prises le 31 janvier 2019 à l'appui de cette déclaration devant la Cour d'appel de Paris.

E. 2

a) Par prononcé rendu le 9 juin 2020, non publié (IV), le Président a accordé à B. _____ SA un ajournement de faillite jusqu'au 1er février 2021 (I), suspendu la procédure jusqu'à cette date (II), renoncé à désigner un curateur (II : sic), dit que la faillite ne pourrait pas être requise pendant la durée de l'ajournement (III), dit qu'une audience serait fixée en

- 5 - temps utile (V), et mis les frais, par 500 fr., à la charge de la société (VII : sic). Il a considéré, dans les faits, que B. _____ SA exposait dans son avis de surendettement s'être engagée avec J. _____, important fabricant chinois de voitures électriques, à importer des véhicules automobiles en Suisse et en France, qu'ensuite d'un litige avec cette société porté devant la CCI, elle a été condamnée à verser à J. _____ un montant de l'ordre de 1'200'000 euros à titre de frais et dépens, qu'elle a porté le litige devant la Cour d'appel de Paris, que, toutefois, l'issue de cette procédure d'appel ne serait connue qu'en 2021, qu'en raison de la procédure d'exécution forcée requise par J. _____ – alors devant le Tribunal fédéral –, elle avait constitué une provision de 1'500'000 fr. qui avait entraîné, sur l'avis de l'organe de révision, son surendettement ; le Président a ajouté que la requérante invoquait que, dans l'hypothèse où son appel (recte : recours) était admis, la provision tomberait et qu'elle avait indiqué au surplus qu'elle n'avait que deux autres créanciers, soit sa maison mère H. _____ SA pour un montant de 1'657'903 fr., et un autre créancier pour un montant minime, et que dès lors qu'elle n'avait « aucune activité concrète et aucun employé » elle ne générerait pas de nouvelles dettes. Le Président a considéré « que l'ajournement de faillite requis a pour but de maintenir l'existence de la société requérante jusqu'au rendu du jugement de la Cour d'appel de Paris », que cet ajournement était « dans l'intérêt de la société et avant tout des créanciers » et qu'au vu de ces considérations, il convenait de l'accorder jusqu'au 1er février 2021 ; il a estimé que « compte tenu de l'existence de deux créanciers, de la cessation de toute activité par la requérante et du but visé par l'ajournement, la désignation d'un curateur ne se justifi[ait] pas ». b) Par courrier du 12 janvier 2021, B. _____ SA a requis une prolongation de l'ajournement de faillite d'une durée minimale de six mois, au motif que la cause pendante devant la Cour d'appel de Paris serait plaidée le 8 mars 2021, et a demandé au Président d'apprécier l'opportunité de maintenir l'audience fixée au 19 janvier 2021.

- 6 - Par prononcé du 15 janvier 2021, le Président, statuant à huis clos, a décidé de prolonger l'ajournement de faillite jusqu'au 30 septembre 2021 (I) et a fixé une audience au mardi 21 septembre 2021 (IV). Par courrier du 2 juin 2021, J. _____ a requis la révocation de l'ajournement de faillite et le prononcé de la faillite de B. _____ SA, en faisant valoir que, compte tenu du rejet par la Cour d'appel de Paris du recours interjeté par cette société et de la condamnation de celle-ci au paiement de la somme de 100'000 euros à titre de frais de justice, l'assainissement de la société n'apparaissait plus possible. Etait annexé à ce courrier l'arrêt, invoqué par J. _____, rendu le 25 mai 2021 par la Cour d'appel de Paris. Par courrier du 14 juin 2021, B. _____ SA a requis le maintien de l'ajournement de faillite, en faisant valoir qu'elle entendait se pourvoir en cassation auprès de la Cour de cassation à l'encontre du jugement rendu le 25 mai 2021 par la Cour d'appel de Paris. Par avis du 18 juin 2021, le Président a informé les parties qu'il n'entendait pas mettre un terme à la procédure d'ajournement, pour le motif que la décision française n'était pas devenue définitive et exécutoire. Le 12 juillet 2021, J. _____ a demandé au Président de reconsidérer sa position. Elle a réitéré les conclusions qu'elle avait prises le 2 juin 2021, en exposant que, selon les termes du prononcé rendu le 19 mai 2020 (recte : 9 juin 2020), l'ajournement de faillite avait été accordé uniquement jusqu'au rendu du jugement par la Cour d'appel de Paris et non durant un éventuel pourvoi en cassation, que le jugement rendu par la Cour d'appel de Paris était exécutoire indépendamment du pourvoi en cassation, qu'il constituait en outre un titre de mainlevée définitive et que le maintien de la procédure d'ajournement de faillite durant la procédure par-devant la Cour de cassation aurait pour conséquence de prolonger indéfiniment l'ajournement de faillite.

- 7 - Le 21 juillet 2021, B. _____ SA a répondu que les motifs ayant justifié l'octroi d'un ajournement de la faillite, soit en particulier le fait de maintenir son existence durant la procédure judiciaire, étaient toujours d'actualité, de sorte qu'il n'y avait pas lieu à révocation. Le 10 août 2021, J. _____ a derechef déclaré prendre les conclusions qu'elle avait déjà formulées au pied de ses courriers des 2 juin et 12 juillet 2021. Par prononcé du 18 août 2021, le Président a renoncé à révoquer l'ajournement de faillite avant le 30 septembre 2021, au motif qu'une audience était d'ores et déjà prévue à brève échéance, soit le 21 septembre 2021, et que la créancière ne faisait pas valoir l'existence d'une urgence particulière qui justifierait de statuer avant cette audience. Lors de l'audience du 21 septembre 2021, B. _____ SA a conclu à la prolongation de l'ajournement de faillite pour une durée d'une année. J. _____, [...] a conclu à la révocation de l'ajournement et au prononcé de la faillite. Par prononcé du 12 octobre 2021, notifié au conseil de la faillie le lendemain, le Président a révoqué l'ajournement de faillite accordé à B. _____ SA (I), prononcé la faillite de celle-ci, avec effet au 11 octobre 2021, à 12h00 (II), mis les frais de la décision, arrêtés à 200 fr., à la charge de la faillie (III) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (IV). La motivation du prononcé est notamment la suivante : « (...) qu'en premier lieu, l'Autorité de céans souligne que la présente procédure dure depuis plus d'une année, que la décision d'ajournement a déjà fait l'objet d'une prolongation, que la perspective d'assainissement envisagée dépend uniquement de l'issue de la procédure divisant la requérante d'avec sa créancière principale par-devant les autorités françaises, qu'à cet égard, on constate, au vu de l'arrêt rendu le 25 mai 2021 par la Cour d'appel civile de Paris, que les chances de succès pour la requérante d'obtenir gain de cause apparaissent aléatoires, entraînant des risques supplémentaires pour la créancière, que ces risques sont d'autant plus grands que, compte tenu du pourvoi en cassation formé par la requérante ainsi que du pouvoir de cognition de la

- 8 - Cour de cassation, la situation actuelle est destinée à durer sans qu'une perspective d'amélioration solide et prochaine ne soit rendue vraisemblable, que les mesures d'assainissement doivent se traduire par des actions concrètes, solides et précises, et non sur de simples attentes, et doivent se dérouler selon un calendrier resserré afin de résorber au plus vite le surendettement et d'éviter ainsi la faillite, que l'unique perspective d'assainissement annoncée par la requérante n'est à cet égard qu'une éventualité qui repose sur des incertitudes, ce qui n'est ni suffisamment précis, ni suffisamment crédible, que pour le surplus, comme le relève la créancière, la sentence arbitrale française est, selon l'arrêt rendu le 2 décembre 2019 par la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal, confirmé par arrêt du Tribunal fédéral du 27 mai 2020, exécutoire en Suisse et constitue un titre de mainlevée définitive au sens de l'art. 80 al. 1 LP, que le pourvoi en cassation formé par la requérante à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris ne déploie pas d'effet suspensif (art. 579 du Code de procédure civile français et art. L 111-11 du Code des procédures civiles d'exécution français), l'arrêt susmentionné étant dès lors exécutoire, qu'au vu de ces éléments qui précède (sic), on ne saurait concéder à la requérante une prolongation de l'ajournement de faillite pour une durée indéterminée, étant encore une fois relevé que la procédure d'ajournement de faillite dure depuis plus d'une année sans que des réelles chances de succès n'aient été rendues vraisemblables, que force est de constater que B. _____ SA échoue dans la preuve de l'aboutissement de mesures d'assainissement concrètes permettant d'admettre à suffisance de droit que la société serait en mesure de sortir de la situation de surendettement, que la société requérante ne fait valoir aucun élément convaincant susceptible de justifier, même au stade de la vraisemblance, la prolongation de l'ajournement, sans mettre en péril les intérêts des créanciers, qu'au vu de ce qui précède, il apparaît que les possibilités d'assainissement sont faibles de sorte qu'il convient de révoquer l'ajournement de faillite, que partant, il y a lieu de prononcer la faillite de B. _____ SA, avec effet au lundi 11 octobre 2021, à 12h00. »

E. 3

Par acte du 21 octobre 2021, B. _____ SA a recouru contre ce prononcé, en concluant à titre préalable à l'octroi de l'effet suspensif, et principalement à sa réforme en ce sens que l'ajournement est prolongé d'une durée de douze mois à compter de l'audience du 21 septembre 2021 et, subsidiairement, à son annulation et au renvoi de la cause au premier juge pour nouvelle décision dans le sens des considérants de l'arrêt à intervenir.

- 9 - Par décision du 27 octobre 2021, la Vice-présidente de la CPF a rejeté la requête d'effet suspensif. Par arrêt du 4 novembre 2021 (TF 5A_908/2021), le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable le recours que B. _____ SA avait interjeté, le 1er novembre 2021, contre cette dernière décision. L'intimée J. _____ n'a pas été invitée à se déterminer. En droit : I. La voie du recours au sens des art. 319 ss CPC (Code de procédure civile ; RS 272) est ouverte contre la décision du juge de révoquer un ajournement de la faillite au sens de l'art. 725a al. 1 CO (art. 174 al. 1 LP [loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ; RS 281.1]) par renvoi de l'art. 194 al. 1 LP ; Haas/Strub in Zürcher Kommentar, Art. 698-728 et 731b OR [CO], 3e éd. 2018, n. 23 ad art. 725a OR). En l'espèce, le recours a été formé en temps utile (art. 174 al. 1 LP) et dans les formes requises (art. 321 al. 1 CPC). Il est recevable. II. a) La recourante reproche au premier juge d'avoir appliqué de manière trop stricte les conditions de l'art. 725a CO, notamment lorsqu'il a estimé qu'il n'y avait pas de perspectives concrètes d'assainissement. Elle fait valoir que la situation n'a pas changé de manière fondamentale depuis l'octroi, respectivement depuis la première prolongation de

l'ajournement ; elle concède que le recours en annulation qu'elle avait formé auprès de la Cour d'appel de Paris a été rejeté mais soutient que, pour les mêmes motifs, l'ajournement de faillite doit être confirmé et prolongé en raison du pourvoi en cassation qu'elle a déposé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris. Elle en déduit que des perspectives d'assainissement sont très

- 10 - concrètes, même s'il n'est pas possible de fixer une date précise à celui-ci, puisque la question dépend de l'agenda de la Cour de cassation. Elle conteste que les intérêts des créanciers puissent être mis en péril par une prolongation d'un an de l'ajournement, et considère qu'à l'issue de celle-ci, ou en cas de faillite, le dividende revenant à la créancière intimée serait « systématiquement de 0% ». Elle précise qu'en cas d'admission de son pourvoi, la sentence arbitrale serait annulée ; elle invoque que cela ne signifierait pas la fin de la procédure judiciaire entre les parties, mais supprimerait son obligation de comptabiliser une provision de 1'500'000 fr. pour les dépens dus à la créancière, et que la « procédure judiciaire française pourrait ainsi se poursuivre entre deux sociétés qui ne seraient plus en faillite ». Comme la prolongation de l'ajournement de la faillite ne provoquerait pas de préjudice supplémentaire pour la créancière, ni ne péjorerait ses droits, la pesée des intérêts en présence aurait dû conduire le premier juge à prolonger l'ajournement de faillite. b)aa) L'art. 192 LP prévoit que la faillite est prononcée d'office sans poursuite préalable dans les cas prévus par la loi, soit en particulier les art. 725 et 725a CO (cf. TF 5A_269/2010 du 3 septembre 2010 consid. 3; Spühler/Dolge, *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II*, 6ème éd., 2014, nos 75 s. p. 25 s.). L'art. 725a al. 1 CO permet au juge qui reçoit l'avis obligatoire de l'art. 725 al. 2 CO, en cas de surendettement, d'ajourner la faillite, à la requête du conseil d'administration ou d'un créancier, si l'assainissement de la société paraît possible. L'ajournement de la faillite au sens de l'art. 725a CO a pour but de permettre la continuation de l'activité de la société (TF 5A_260/2021 du 22 juin 2021 consid. 3). A la différence des cas d'ajournement prévus par le droit des poursuites (art. 173 et 173a LP), il ne s'agit pas d'une mesure relevant de l'exécution forcée, mais d'un simple moratoire, dont la finalité est de redresser la société en évitant toute procédure d'exécution forcée, y compris concordataire. Le requérant doit présenter au juge un plan d'assainissement exposant les mesures

- 11 - propres à redresser la société - telles qu'une postposition par les créanciers de la société, la conversion de créances en actions, des cautionnements ou garanties bancaires, etc. -, et indiquer le délai dans lequel le surendettement sera éliminé. Sur la base de ces éléments, le juge doit estimer les chances d'un assainissement réussi et durable. L'assainissement paraît possible quand les mesures proposées permettront, selon toute vraisemblance, d'éliminer le surendettement dans le délai prévu et de restaurer à moyen terme la capacité de gain, qui seule laisse entrevoir des perspectives d'avenir (TF 5A_260/2021 précité consid. 3 ; TF 5A_902/2016 du 21 mars 2017 consid. 5.3.2; TF 5P.263/2003 du 25 août 2003 consid. 3.2 et les références; TF 4C.366/2000 du 19 juin 2001 consid. 4b ; TF 5P.466/1999 du 11 avril 2000 consid. 3b). La plausibilité du redressement de la société surendettée doit être cumulativement examinée à la lumière du test du bilan (le surendettement doit être résorbé), du test du compte de pertes et profits (la société doit être à nouveau bénéficiaire au terme de son assainissement sur la base d'un budget prévisionnel) et du test du compte de flux financiers (un résultat positif doit résulter des flux financiers prévisibles) (Peter/Cavadini, in Tercier/Amstutz/Trigo Trindade [éd.], *Commentaire romand, Code des obligations II*, 2ème éd., 2017, n° 30 ad art. 725a CO). Ce qui est

nécessaire en tout cas, selon la jurisprudence, c'est qu'une société aux bases financières saines ressorte, avec une haute probabilité, du processus d'assainissement (ATF 130 V 196 consid. 5.5; TF 5A_260/2021 précité consid. 3 ; TF 5A_902/2016 précité consid. 5.3.2 ; TF 4C.366/2000 précité consid. 4b). Des interventions ponctuelles, qui se limitent à faire disparaître le surendettement sans assurer une exploitation qui soit par la suite équilibrée, ne constituent pas des mesures d'assainissement adéquates (Peter/Peyrot, L'ajournement de la faillite (article 725a CO) dans la jurisprudence des tribunaux genevois, in SJ 2006 II 43-94, spéc. 59 et les nombreuses références citées). Si l'assainissement est devenu impossible ou que ses chances de succès sont réellement compromises, le juge doit prononcer la faillite

- 12 - de la société. Le cas échéant, cette constatation peut être faite sans attendre la fin de la durée de l'ajournement. Dans ce cas, le juge met fin à celui-ci de façon anticipée (Peter/Cavadini, op. cit., n° 62 ad art. 725a CO). Enfin, le juge est libre de prolonger l'ajournement de façon réitérée ; toutefois, à mesure que les prolongations s'enchaînent, il doit veiller avec plus de circonspection aux intérêts en cause, si bien que la motivation devra être plus solidement étayée (Peter/Peyrot, op. cit., p. 63). bb) Quant à la condition de la non-dégradation de la situation des créanciers, elle ne découle pas du texte de l'art. 725a CO, mais de la jurisprudence et de la doctrine. Le Tribunal fédéral considère en effet que les créanciers de la société ne doivent pas se trouver, en raison de l'ajournement de la faillite, dans une situation plus mauvaise qu'en cas d'ouverture immédiate de celle-ci (cf. TF 4C.366/2000 précité consid. 4b ; Peter/Peyrot, op. cit., p. 61 et les nombreuses références citées). Autrement dit, les créanciers devraient obtenir, dans le cadre d'une éventuelle faillite subséquente à l'ajournement, un dividende au moins égal à celui qu'ils auraient perçu à la suite d'une faillite immédiate, auquel doivent être ajoutés les intérêts moratoires qui continuent à courir pendant l'ajournement (ibidem). c) aa) En l'espèce, la recourante a admis en première instance qu'elle n'avait aucune activité concrète ni aucun employé. Cette absence d'activité est du reste corroborée par le compte de résultat fourni à l'appui de l'avis au juge du 25 février 2020, qui ne prévoit aucun frais de personnel pour l'exercice de 2018, 2'500 fr. pour l'exercice de 2019 et aucun frais pour le début de l'année 2020. Il ressort en outre du bilan également fourni à l'appui de l'avis au juge, et de l'aveu de la partie, qu'hormis une dette de 150 fr. envers « [...] », la recourante n'avait lors de l'avis au juge que deux dettes : l'une de 1'687'753 fr. envers « H. _____ SA, actionnaire », qui serait sa société mère, et les dettes en poursuite découlant de la sentence arbitrale rendue à Paris le 20 juillet 2018 par un Juge unique de la CCI, qui est définitive et exécutoire en Suisse, de 1'434'001 fr. 48 plus intérêts à 2% l'an dès le 31 août 2018 et

- 13 - de 6'645 fr. 29 plus intérêts à 2 % l'an dès le 31 août 2018. Enfin, cette absence d'activité est attestée par le fait que, de manière très exceptionnelle, aucun curateur n'a été désigné pour surveiller le déroulement des activités de la société durant l'ajournement, prendre des mesures pour la conservation des actifs de celle-ci, veiller à la couverture des charges, et informer le juge si les charges courantes ne devaient plus être couvertes, ainsi que remettre au juge un rapport périodique sur l'avancement de l'assainissement ainsi que sur l'évolution des fonds propres et des liquidités de la société (Peter/Peyrot, op. cit., p. 65). C'est le lieu de rappeler qu'aussi bien dans le cadre de l'opposition au séquestre que dans le cadre de la procédure de mainlevée définitive de l'opposition à la poursuite en validation de séquestre n° 8'936'563, la recourante a invoqué, expressément, pour faire échec à la reconnaissance et à l'exécution de la sentence arbitrale du 20 juillet 2018 en Suisse, une violation de l'art. V ch. 1 let. d et ch. 2 let. b CNY (Convention de New York du 10 juin

1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ; RS 0.277.12), en ce sens que l'arbitre qui avait rendu la sentence litigieuse aurait violé son devoir de révélation et présenterait une apparence de partialité ; à l'issue d'un examen qui a été confirmé par le Tribunal fédéral, la Cour de céans est arrivée à la conclusion que le moyen était tardif et que du reste l'arbitre n'avait pas violé l'obligation qui lui était faite – aussi bien sous l'angle des principes généraux de l'arbitrage posés par la Constitution (art. 30 Cst.) et par le Tribunal fédéral (ATF 119 II 271 consid. 3b ; ATF 111 Ia 72), que sous l'angle de l'art. 11 al. 2 du Règlement CCI, de l'art. 1456 al. 1 et 2 du Code de procédure civile français désigné par la règle de conflit en tant que droit du pays dans lequel l'arbitrage a eu lieu et des Lignes directrices sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, édictées par le Conseil de l'International Bar Association (IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, approuvées le 22 mai 2004 et révisées le 23 octobre 2014) – de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance et son impartialité (CPF du 2 juillet 2019/128 et CPF 2 décembre 2019/252 confirmé par TF 5A_1046/2019 du 27 mai 2020 consid. 4 et 5).

- 14 - Ceci étant précisé, il faut constater que la seule perspective « d'assainissement » qui était proposée au premier juge résidait dans le fait que la recourante tentait d'invalider devant la Cour d'appel de Paris le titre fondant la créance de l'intimée à l'encontre de la recourante, reconnu en Suisse comme étant définitif et exécutoire, et ce en raison d'une prétendue impartialité de l'arbitre unique reposant sur les mêmes motifs que ceux qu'elle avait déjà invoqués – en vain, et sur trois niveaux de juridiction – en Suisse. Ce faisant, la recourante ne se proposait en réalité pas d'assainir durablement la société, à savoir de reconstituer sa capacité de rendement en vue de la réalisation de son but social, mais uniquement de tenter de faire disparaître le surendettement sans assurer par la suite une exploitation qui soit équilibrée, et plus vraisemblablement d'obtenir des délais pour différer sa faillite et, le cas échéant, celle de la société mère qui la contrôle. Dans ces conditions, et conformément aux principes rappelés plus haut, le recours déposé devant la Cour d'appel de Paris ne constituait pas une mesure d'assainissement adéquate. En outre, depuis lors, par arrêt du 25 mai 2021 la Cour d'appel de Paris a rejeté les conclusions prises par la recourante, et a condamné celle-ci à payer « 100'000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile français et aux entiers dépens » ; en particulier, comme la Cour de céans, elle a considéré que les griefs de la recourante étaient tardifs, car les informations dont la recourante se prévalait pour contester l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre étaient notoires et elle s'était abstenue d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral. C'est dire que, contrairement à ce qu'elle soutient, en dépit du fait qu'elle n'a absolument plus aucune activité correspondant à son but social, la recourante crée de nouvelles dettes, notamment vis-à-vis de l'intimée, par les divers procédés qu'elle intente devant les juridictions françaises.

- 15 - Quant au pourvoi en cassation devant la Cour de cassation, il s'agit d'une voie de recours extraordinaire (cf. art. 579 à 639-4 du Code de procédure civile français ; ci-après : CPC/FR) et, contrairement à ce qu'invoque la recourante, son admission n'impliquerait pas l'annulation de la sentence arbitrale (qui n'est pas susceptible de pourvoi), mais de l'arrêt rendu sur recours par la Cour d'appel de Paris, d'une part, et, le cas échéant, le renvoi de l'affaire à une cour de renvoi qui reprendrait la procédure engagée devant la Cour d'appel, d'autre part. On relèvera en effet que la recourante a conclu à ce que la Cour de cassation « casse et annule la décision attaquée avec toutes conséquences de droit » et que les art. 625

ss CPC/FR prévoient que sur les points qu'elle atteint, la cassation replace les parties dans l'état où elles se trouvaient avant le jugement cassé (art. 625 al. 1 CPC/FR) ; l'affaire peut être renvoyée à une juridiction désignée pour nouvelle décision (art. 626 CPC/FR). C'est donc à tort que la recourante conclut qu'en cas d'admission de son pourvoi, son obligation de comptabiliser une provision de 1'500'000 fr. disparaîtrait. De toute manière, comme rappelé plus haut, une intervention ponctuelle se limitant à faire disparaître le surendettement – en l'occurrence, une intervention qui n'aurait en tout état de cause pas cet effet – sans assurer que l'exploitation soit par la suite équilibrée ne constituerait pas une mesure d'assainissement adéquate. Ainsi, en résumé, la saisine de la Cour d'appel de Paris ne pouvait pas être une mesure d'assainissement permettant de restaurer durablement la capacité de gain de la recourante et, ainsi, de lui assurer une exploitation équilibrée, mais tout au plus une tentative pour faire disparaître le surendettement, tentative qui, après plus d'un an d'ajournement de faillite, a échoué. A fortiori, et pour les mêmes motifs, la saisine de la Cour de cassation ne saurait pas non plus constituer une mesure d'assainissement permettant d'améliorer durablement la situation financière de la société, mais une autre tentative pour faire disparaître le surendettement ayant encore moins de probabilité d'aboutir que la première.

- 16 - Dans ces conditions, c'est à raison que le premier juge a révoqué l'ajournement de faillite et prononcé la faillite de la recourante. bb) La recourante soutient que la sentence litigieuse constitue la seule base pour laquelle elle est en situation de surendettement. Cet argument est sans pertinence dès lors que, comme rappelé plus haut, l'élimination du surendettement par l'une ou l'autre intervention ponctuelle ne constituerait pas encore une mesure d'assainissement adéquate. En outre, il est mal fondé. En effet, une société est surendettée lorsque des dettes ne sont plus couvertes par ses actifs (art. 725 al. 2 2e phrase CO), à savoir lorsque l'actif social ne couvre plus les fonds étrangers ou lorsque les pertes sont supérieures à 100 % des fonds propres (TF 5A_950/2015 du 29 septembre 2016 consid. 8.1 et les références citées) ; or, la recourante perd de vue que sa situation ne dépend pas seulement de la dette de 1'511'763 fr. découlant de la provision « pour litige J. _____ » qu'elle a inscrite à son bilan intermédiaire du 21 février 2020, mais également de la dette inscrite à ce bilan sous l'intitulé « dette envers H. _____ SA, actionnaire », d'un montant de 1'687'753 francs. Or, à supposer que la recourante soit sa société fille, il n'apparaît pas que H. _____ SA ait eu l'intention de renoncer à sa créance de 1'687'753 fr. ni de la postposer, ce qui aurait assurément eu pour effet d'éviter les conséquences du surendettement (cf. art. 725 al. 2 in fine CO ; sur la postposition et ses effets, cf. Vouilloz, Perte de capital, surendettement, ouverture et ajournement de faillite. Etat des lieux (art. 725 et 725a CO), in L'expert-comptable suisse, 2004, pp. 312 – 324, spéc. 316-317 et les références citées). En définitive, le surendettement n'a pas pour seule cause la dette découlant de la sentence arbitrale, définitivement reconnue et déclarée exécutoire en Suisse, mais aussi une autre dette que la recourante n'identifie pas comme cause de son surendettement et à propos de laquelle elle ne fournit pas d'explication ni ne propose de mesures d'assainissement. cc) Enfin, s'il est vrai que l'art. 725 al. 2 CO tend, comme on l'a vu (cf. supra IIb)bb), à assurer la protection des créanciers, et que la situation de l'intimée dans le cadre de l'exécution forcée ne se trouverait

- 17 - pas nécessairement avantagée du point de vue d'un éventuel dividende en cas de faillite immédiate, il ne faut pas perdre de vue que cette disposition est aussi destinée à protéger le public et d'éventuels bailleurs de fonds et, en particulier, à éviter qu'une société

sans capital propre continue à commercer et puisse, ainsi, causer des dommages à des tiers (cf. Vouilloz, op. cit., p. 312 et les références citées). Or, en l'espèce, les procédés judiciaires intentés successivement par la recourante en France ont inmanquablement créé de nouvelles dettes (frais d'avocats, frais de justice, dépens de 100'000 euros dus à l'intimée selon l'arrêt du 25 mai 2021 de la Cour d'appel de Paris). Dans ces conditions, il faut constater que la situation financière et juridique de la recourante s'est péjorée depuis l'avis au juge du 25 février 2020, et que la prolongation de l'ajournement présenterait un risque pour les tiers sans présenter aucun avantage pour la créancière intimée. III. a) Vu ce qui précède, le recours manifestement mal fondé, doit être rejeté selon le mode procédural de l'art. 322 al. 1 in fine CPC, et le prononcé attaqué confirmé. L'effet suspensif ayant été refusé, les effets de la faillite remontent à la date figurant dans le prononcé, soit le 11 octobre 2021 à 12h00. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr., sont mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 106 al. 1 CPC), et qui en a déjà fait l'avance. Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens de deuxième instance, personne n'ayant été invitée à se déterminer sur le recours.

- 18 -

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