

VD_GERICHTE FW11.009401 vom 29. Juli 2011

VD Tribunal cantonal, 2011-07-29, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_FW11.009401

FR: VD_GERICHTE FW11.009401 du 29 juillet 2011

IT: VD_GERICHTE FW11.009401 del 29 luglio 2011

Erwägungen

E. 1

a) D. _____ SA, inscrite au Registre du commerce du canton de Vaud le 23 novembre 2006, est une société anonyme sise à Lausanne, dont le but est notamment le commerce de céréales et de produits alimentaires. Elle est une filiale du groupe russe D. _____ actuellement en liquidation. Son capital-actions de 20'000'000 fr. a été entièrement libéré. Le 21 novembre 2006, cette société a ouvert un compte auprès de la banque S. _____ SA, à Genève, qui lui a accordé des lignes de crédit pour financer son activité commerciale, consistant à acheter des céréales russes pour les revendre dans le monde. Ce prêt bancaire était garanti par des marchandises stockées dans des silos à grain en Russie, dont le produit de la vente devait servir au remboursement de la banque. Une société de surveillance, [...], était chargée de vérifier la présence et la disponibilité de ces stocks. Au mois d'août 2010, les autorités russes ont décrété un moratoire sur les exportations de produits céréaliers, d'abord jusqu'au 31 décembre 2010, puis jusqu'à la fin du premier semestre de l'année 2011. Le dernier rapport de la société de surveillance date du mois de novembre 2010. Depuis lors, l'existence de la marchandise n'a pas pu être vérifiée – la société de surveillance n'ayant apparemment plus accès aux lieux de stockage. L'intimée n'a en tout cas pas pu revendre la marchandise qu'elle avait achetée depuis le mois d'août 2010 et n'a dès lors pas remboursé son crédit à la banque. Celle-ci a dénoncé le crédit au remboursement, par lettre "LSI" du 22 décembre 2010, et sommé sa débitrice de s'acquitter, jusqu'au 24 décembre 2010 au plus tard, de la somme de 76'250'196 USD, incluant les intérêts jusqu'au 30 septembre 2010.

- 3 - b) Le 8 mars 2011, S. _____ SA a requis du Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne la faillite sans poursuite préalable de D. _____ SA. Selon l'extrait des registres de l'Office des poursuites de Lausanne-Est au 7 mars 2011 produit à l'appui de la requête, D. _____ SA faisait à cette date l'objet de deux poursuites : l'une, frappée d'opposition, d'un montant de 559'662 francs 35 réclamé par la société de surveillance [...], l'autre, encore libre d'opposition (commandement de payer notifié le

E. 3

a) Le jugement a été notifié à D. _____ SA le 1er avril 2011, en mains de son précédent conseil. Le mandat de celui-ci ayant été révoqué – révocation intervenue le 24 mars 2011, mais dont l'avocat concerné n'a eu connaissance que le 31 mars 2011 et dont il a informé le premier juge par lettre du 1er avril 2011 que ce magistrat a reçue trois jours plus tard –, le jugement a été renvoyé directement à l'adresse de la recourante, le 4 avril 2011. Toutefois, le pli, non réclamé, a été renvoyé au greffe du tribunal d'arrondissement à l'échéance du délai de garde. Sous la plume de son nouveau conseil, D. _____ SA a déposé un recours avec demande d'effet suspensif le lundi 11 avril 2011, concluant, avec dépens, principalement, à l'annulation de sa faillite, subsidiairement, à l'ajournement de sa faillite.

Elle a produit des pièces, parmi lesquelles deux "reconnaisances de solde" signées le 18 mars 2011, émanant de deux fournisseurs russes, dont D. _____ LLC, pour des montants de 77'738'217,25 USD et 72'649'435, 63 USD au 31 décembre 2010. b) Dans une écriture du 14 avril 2011, l'intimée S. _____ SA s'est opposée à l'octroi de l'effet suspensif, exigeant subsidiairement, pour le cas où il serait accordé, que la recourante soit astreinte au dépôt de sûretés. La recourante s'est déterminée sur cette écriture par lettre du 18 avril 2011. Par décision du 19 avril 2011, le vice-président de la cour de céans a accordé l'effet suspensif, ordonné l'inventaire et l'audition de la faillie à titre de mesures conservatoires et dispensé en l'état la recourante de fournir des sûretés.

- 6 - c) Selon l'extrait des registres de l'Office des poursuites de Lausanne-Est au 14 avril 2011, dont la production a été requise d'office par le vice-président de la cour de céans, la recourante faisait à cette date l'objet de trois poursuites : la première, frappée d'opposition, d'un montant de 562'499 fr. 55 réclamé par la société de surveillance [...], la deuxième, frappée d'opposition depuis l'édition du précédent extrait, d'un montant de 30'303 francs 05 réclamé par Y. _____ assurances et la troisième, également frappée d'opposition, d'un montant de 113'526'915 fr. 35 réclamé par la société de surveillance précitée. Par lettre du 12 mai 2011, la recourante s'est déterminée sur cet extrait du registre des poursuites. Elle a produit des pièces. d) L'intimée a produit ses déterminations sur le recours le 1er juin 2011, concluant à son rejet. Elle a produit des pièces. Les 8 et 16 juin 2011, la recourante a requis la fixation d'un délai pour se déterminer sur la réponse de l'intimée au recours. Le président de la cour de céans, par lettres du 15 et du 20 juin 2011, lui a répondu que ni la loi ni la jurisprudence du Tribunal fédéral n'imposait au juge de fixer un tel délai. En droit : I. a) Interjeté en temps utile, dans les dix jours suivant la notification du jugement de faillite (art. 174 al. 1 LP, auquel renvoie l'art. 194 al. 1 LP – loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite; RS 281.1), intervenue en l'espèce au plus tôt le 1er avril 2011 de sorte que l'échéance du délai au dimanche 10 avril 2011 était reportée au premier jour ouvrable suivant (art. 142 CPC – Code de procédure civile du 19

- 7 - décembre 2008; RS 272), et tendant principalement à l'annulation de la faillite (art. 174 al. 2 LP, par renvoi de l'art. 194 al. 1 LP), subsidiairement à son ajournement (art. 173a al. 2 LP), le recours est recevable. b) En matière de faillite sans poursuite préalable, en vertu de l'art. 174 al. 1 LP, auquel renvoie l'art. 194 al. 1 LP, les parties peuvent faire valoir des faits nouveaux lorsqu'ils se sont produits avant le jugement de première instance (pseudo-nova), c'est-à-dire avant l'audience de faillite qui marque la fin de l'instruction. Il s'ensuit qu'en l'espèce, les pièces antérieures ou se rapportant à des faits antérieurs au 22 mars 2011 sont recevables, qu'elles aient été produites par la recourante ou par l'intimée. En revanche, seul le prétendu débiteur, sujet à la poursuite par voie de faillite et déclaré en faillite pour le motif qu'il a suspendu ses paiements (art. 190 al. 1 ch. 2 LP), peut faire valoir des faits intervenus depuis l'audience de faillite (vrais nova) au sens de l'art. 174 al. 2 LP, qu'il doit établir par titre, pour rendre vraisemblable sa solvabilité (Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 58 ad art. 190 LP et n. 18 ad art. 194 LP), la condition de la preuve du paiement de la prétention déduite en poursuite n'étant pas applicable en matière de faillite sans poursuite préalable (CPF, 22 janvier 2009/9). Il en résulte que les pièces relatives à des éléments postérieurs au 22 mars 2011 produites par la recourante (prétendue débitrice) sont toutes recevables et que celles produites par l'intimée (prétendue créancière), savoir les pièces 37 à 41, 44, 47 et 52 à 56 sont irrecevables et doivent être écartées. c) A deux reprises, la recourante a requis qu'un délai lui soit fixé pour

se déterminer sur la réponse de l'intimée, en vain, dès lors que le CPC ne prévoit pas de fixation de délais en vue d'un deuxième échange d'écritures (art. 322 CPC) et que la jurisprudence du Tribunal fédéral relative au droit à la réplique (TF 5A_779/2010 du 1er avril 2011) n'implique pas que le juge fixe un délai en vue de nouvelles déterminations. La recourante avait toutefois la latitude de déposer spontanément une nouvelle écriture, ce qu'elle n'a pas fait.

- 8 - II. La recourante reproche au premier juge d'avoir considéré qu'elle se trouvait en état de suspension ou de cessation de paiements et se plaint d'une violation de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP. a) Aux termes de cette disposition, le créancier peut requérir la faillite sans poursuite préalable si le débiteur sujet à la poursuite par voie de faillite a suspendu ses paiements. La suspension de paiements est une notion imprécise qui confère au juge de la faillite un ample pouvoir d'appréciation (TF 5P.312/2002 du 13 février 2003 c. 3.3; SJ 1933 p. 145; SJ 1994 pp. 434 ss; Cometta, Commentaire romand, n. 10 ad art. 190 LP; Huber, Kurzkomentar SchKG, n. 8 ad art. 190 LP; Peter, Edition annotée de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, p. 851). Elle a été préférée par le législateur à l'insolvabilité parce qu'elle est perceptible extérieurement, plus aisée à constater que l'insolvabilité proprement dite et, partant, plus aisée à prouver pour le requérant. 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 de dettes minimales. Par ce comportement, le débiteur démontre qu'il ne dispose pas de liquidités suffisantes pour honorer ses engagements. Il n'est toutefois 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, d'admettre une suspension de paiements; tel peut être le cas lorsque le débiteur refuse de désintéresser son principal créancier (TF 5A_439/2010 du 11 novembre 2010; TF 5A_367/2008 du 11 juillet 2008 c. 4.1; SJ 2000 I 248, p. 250 et réf. cit.). Le non-paiement de créances de droit public peut constituer un indice de suspension de paiements (SJ 2000 I 248 et réf. cit.).

- 9 - Pour juger de l'existence d'une suspension de paiements, l'autorité judiciaire supérieure doit tenir compte des faits nouveaux (art. 174 LP applicable par renvoi de l'art. 194 LP) et donc de la situation financière du débiteur à l'échéance du délai de recours cantonal (ATF 136 III 294 c. 3). b) En l'espèce, le rapport de l'organe de révision de la recourante du 17 mars 2011 mentionne des provisions pour perte sur débiteur de près de 142'000'000 fr. et une provision sur acomptes aux fournisseurs de près de 131'000'000 fr. et conclut au surendettement manifeste de la société. La recourante conteste les comptes et le rapport de son organe de révision en soutenant que les provisions sur débiteurs telles que comptabilisées sont injustifiées, ses deux principaux fournisseurs russes ayant reconnu lui devoir, au 31 décembre 2010, 77'738'217,25 USD et 72'649'435, 63 USD, soit un montant total converti en francs suisses de 141'447'000 fr. supérieur au montant des acomptes aux fournisseurs de 130'915'884 fr. qui figure au bilan. aa) L'art. 669 al. 1 CO dispose que des amortissements, corrections de valeur et provisions pour risques et charges sont effectués dans la mesure où ils sont nécessaires selon les principes généralement admis dans le commerce. Des provisions pour risques et charges sont notamment constituées pour couvrir les engagements incertains et les risques de pertes sur les affaires en cours. Les montants comptabilisés doivent être la meilleure estimation de la dépense nécessaire à l'extinction de l'obligation actuelle à la date de clôture, autrement dit le montant qu'une entreprise devrait

raisonnablement payer pour éteindre l'obligation à la date de clôture ou pour la transférer à un tiers à cette même date (Torrione, Commentaire romand, n. 26 ad art. 669 CO). Dans un arrêt du 27 juin 2006 (TF 4C.122/2006 c. 5.1), le Tribunal fédéral a considéré ce qui suit :

- 10 - "L'art. 669 al. 1 CO impose de constituer des provisions pour risques et charges, afin de couvrir les engagements incertains et les risques de pertes sur les affaires en cours. Le montant de la provision à indiquer au bilan doit être évalué selon le principe de la prudence (Neuhaus/Schönbächler, Commentaire bâlois, N. 22 ad art. 669 CO) et va dépendre de la probabilité que la prétention émise à l'encontre de la société se concrétise (Böckli, op. cit., § 8 N. 494). S'il ressort du dernier bilan annuel que la moitié du capital-actions et des réserves légales n'est plus couverte, le conseil d'administration convoque immédiatement une assemblée générale et lui propose des mesures d'assainissement (art. 725 al. 1 CO). S'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société est surendettée, un bilan intermédiaire est dressé et soumis à la vérification de l'organe de révision (art. 725 al. 2 1re phrase CO). Lorsque les dettes sociales ne sont plus couvertes, les administrateurs doivent en principe aviser le juge (cf. art. 725 al. 2 CO; ATF 128 III 180 consid. 2e p. 185).

Exceptionnellement, il peut être renoncé à un avis immédiat au juge, si des mesures tendant à un assainissement concret et dont les perspectives de succès apparaissent comme sérieuses sont prises aussitôt (ATF 116 II 533 consid. 5a p. 541, confirmé in arrêt du Tribunal fédéral 4C.366/2000 du 19 juin 2001, consid. 4b et les références citées). En pratique, pour déterminer s'il existe des "raisons sérieuses" d'admettre un surendettement, le conseil d'administration ne doit pas seulement se fonder sur le bilan, mais aussi tenir compte d'autres signaux d'alarmes liés à l'évolution de l'activité de la société (cf. Böckli, op. cit., § 13 N. 768), tels l'existence de pertes continues (Garbarski, op. cit., p. 167) ou l'état des fonds propres (Wüstiner, op. cit., N. 33 ad art. 725 CO). L'administrateur qui tarde de manière fautive à aviser le juge au sens de l'art. 725 al. 2 CO répond du dommage qui en découle (Glanzmann/Roberto, *Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates in Sanierungssituationen*, in *Praxis zum unternehmerischen Verantwortlichkeitsrecht*, Zurich 2004, p. 77 ss, 80)". bb) Dans la présente cause, à supposer que les états de compte signés par les directeurs des deux sociétés russes censées fournir les céréales aient été constitutifs de reconnaissances de dettes, même pour un montant total supérieur d'environ 10'000'000 fr. à celui des acomptes aux fournisseurs indiqué au bilan, cela n'éliminait pas la nécessité comptable de constituer des provisions. En effet, la recourante n'apporte aucun élément sur la question décisive de l'exécution de leur obligation par les fournisseurs, soit la livraison des céréales payées,

- 11 - exécution qui ne dépend pas seulement de la levée du moratoire étatique sur les exportations à la fin du 1er semestre de l'année 2011, mais encore et surtout de l'existence et de la libre disposition des marchandises cédées en nantissement aux banques, faits dont le contrôle a été empêché. En outre, comme le fait valoir l'intimée, ces deux sociétés russes apparaissent comme des débiteurs douteux qui ne sont pas en situation de régler leurs dettes. Les créances de la recourante contre ses fournisseurs ont été cédées en garantie à des banques, notamment à l'intimée. Or, le 16 décembre 2010, les sociétés en question ont adressé à l'intimée une lettre l'informant qu'elles n'étaient pas en mesure d'honorer leurs dettes envers les banques en raison de divers motifs (pièce 26). De plus, la société D._____ LLC a requis sa mise en faillite pour cause d'insolvabilité, le 24 janvier 2011. Par décision du 1er mars 2011, le Tribunal arbitral de la région de Krasnodar a ordonné l'introduction d'une procédure de surveillance devant déboucher à bref délai sur une faillite

ou sur une reconstitution de la solvabilité du débiteur. Dans ce contexte, le provisionnement litigieux s'imposait et il en découle sur le plan comptable un surendettement patent de la recourante. c) La recourante soutient que les poursuites frappées d'opposition dont elle fait l'objet sont infondées ou abusives et qu'on ne saurait donc en déduire une suspension de paiements. Dans ses déterminations du 12 mai 2011 sur l'extrait du registre des poursuites la concernant du 14 avril 2011, elle fait valoir que la poursuite d'un montant de 562'039 fr. 45 exercée à l'instance de la société de surveillance [...] correspond à des honoraires pour une activité de surveillance de stocks de blé en relation avec des "Collateral Management Agreements", mais qu'elle n'entend pas s'en acquitter dès lors que les banques reprochent à la société de surveillance une violation de ses obligations découlant de ces accords (Agreements). Ainsi, la recourante n'invoque pas l'inexécution

- 12 - d'une prestation contractuelle qui lui serait due, mais des griefs formulés par des tiers, motif qui n'apparaît dès lors pas sérieusement fondé. La recourante conteste également la créance en poursuite d'un montant de 113'526'915 fr. 35 réclamée par la même société de surveillance et censée relever d'une action récursoire en responsabilité consécutive aux prétentions émises par les banques contre la société de surveillance. Là encore, elle ne nie pas sérieusement les prétentions en réparation dirigées contre la poursuivante, mais se borne à contester son propre appel en cause. Enfin, en ce qui concerne la poursuite de 30'303 fr. 05 introduite par Y. _____ assurances, la recourante soutient qu'il s'agit d'une créance de loyers concernant un bureau et un dépôt, que le bail du bureaux a pris fin le 28 mars 2011 et celui du dépôt au 30 juin 2011 et que la dette est inexistante dès lors que la lettre du bailleur du 16 mars 2011 relative à l'état de lieux ne mentionne pas d'arriérés. Cet argument est dénué de pertinence, le silence du bailleur sur ce point ne signifiant nullement qu'il reconnaisse n'être plus titulaire d'une créance et renonce à la poursuite, dont il n'est au demeurant pas établi qu'elle porte sur des arriérés de loyer ni, le cas échéant, pour quels locaux et quelle période de location. Il s'ensuit que ces déterminations ne permettent pas d'écarter une pratique systématique de l'opposition pour des motifs de peu de pertinence. De plus, les pièces produites démontrent la cessation d'activités de la recourante qui ne dispose plus de locaux à l'adresse de son siège lausannois et n'a plus de personnel. d) Se référant à l'art. 716a al. 1 CO qui réserve au conseil d'administration la compétence d'informer le juge en cas de surendettement, la recourante soutient que les déclarations de sa directrice, qui n'est pas membre du conseil, à l'audience de faillite n'auraient pas dû être prises en compte. En réalité, elle confond ainsi l'avis de surendettement de l'art. 725 CO avec la représentation en justice de la société. La directrice en fonction, jouissant du pouvoir de signature

- 13 - individuelle, avait la capacité de représenter la recourante à l'audience et de se déterminer oralement au nom de celle-là sur la requête de faillite et ses perspectives éventuelles de rétablissement économique et financier. e) En définitive, on constate que la recourante n'a plus d'activités, qu'elle fait systématiquement opposition aux importantes poursuites dirigées contre elle, que ses comptes 2010 montrent un lourd surendettement imposant, de l'avis de son organe de révision, de donner au juge l'avis de l'art. 725 CO – ce qui a d'ailleurs été fait – et que sa directrice considérait la faillite comme inéluctable. Dans ces circonstances, auxquelles s'ajoutent l'ampleur de la créance de l'intimée – non contestée par la recourante qui déclare d'entrée de cause, dans son acte du 11 avril 2011, qu'elle n'entend pas discuter le bien-fondé de cette prétention – et l'inconsistance des garanties offertes, la situation de cessation de paiements est suffisamment établie, ce qui

justifie de confirmer la faillite sans poursuite préalable. III. La recourante conclut subsidiairement à l'ajournement de sa faillite. Rien ne permet de considérer qu'un concordat paraît possible, ce qui est la condition pour ajourner d'office le jugement de faillite (art. 173a al. 2 LP), la recourante ne disposant d'aucuns actifs substantiels et ne formulant d'ailleurs aucune offre et l'intimée, principal créancier, déclarant expressément rejeter toute idée de concordat. Au demeurant, et comme mentionné ci-dessus, la recourante n'a plus d'activité. IV. Le recours doit ainsi être rejeté et le jugement confirmé, la faillite sans poursuite préalable de D. _____ SA prenant effet, compte tenu de l'effet suspensif accordé, le 29 juillet 2011, à 16 heures 15.

- 14 - Les frais de deuxième instance de la recourante sont arrêtés à 300 francs. Elle doit en outre verser à l'intimée la somme de 3'000 fr. à titre de dépens de deuxième instance.

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