

VD_GERICHTE FW11.046865 vom 21. Juni 2012

VD Tribunal cantonal, 2012-06-21, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_FW11.046865

FR: VD_GERICHTE FW11.046865 du 21 juin 2012

IT: VD_GERICHTE FW11.046865 del 21 giugno 2012

Erwägungen

E. 1

a) G. _____ SA est une société anonyme dont l'administrateur avec signature individuelle a été E. _____, du 18 janvier 2007 au 6 août 2008, date à laquelle N. _____ a été inscrit au registre du commerce comme directeur avec signature individuelle. Son organe de révision a été P. _____ SA, dont l'administrateur unique est E. _____, du 6 août 2008 au 5 décembre 2011. Précédemment, une société tierce avait exercé cette fonction, du 18 janvier 2007 au 6 août 2008, et précédemment encore, depuis 1998, P. _____ SA, sous son ancienne raison sociale. Le 28 novembre 2011, P. _____ SA a saisi le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne d'une requête de faillite sans poursuite préalable contre G. _____ SA, complétée, dans le délai imparti par le président à cet effet, par une écriture déposée le 6 décembre 2011, à l'appui de laquelle elle a produit les pièces suivantes : - cinq factures de sa part à JF SA : 1) n° 45191 du 30 janvier 2008, d'un montant de 3'015 fr. TTC, pour divers travaux entre le 22 novembre 2007 et le 23 janvier 2008, 2) n° 46431 du 25 avril 2008, d'un montant de 4'905 fr. TTC, pour divers travaux entre le 25 janvier et le 17 avril 2008, 3) n° 48191 du 28 juillet 2008, d'un montant de 1'775 fr. TTC, pour divers travaux entre le 22 mai et le 15 juillet 2008, 4) n° 50231 du 28 octobre 2008, d'un montant de 1'290 fr. TTC, pour divers travaux entre le 4 août et le 28 octobre 2008, 5) n° 64121 du 7 décembre 2010, d'un montant de 925 fr. TTC, pour divers travaux entre le 28 octobre 2008 et le 21 juin 2010;

- 3 - - un contrat de vente d'actions signé le 2 juillet 2008, par lequel elle a vendu à N. _____ la totalité du capital actions de G. _____ SA, pour un prix de 25'000 francs, payable par mensualités minimales de 400 fr. par mois dès le 15 août 2008, après acquittement, le 13 juin 2008, d'une première tranche de 13'000 francs. Le contrat comporte une reconnaissance de dette expresse de l'acheteur envers la société venderesse d'un montant de 12'000 francs; - un prononcé d'amende de l'Office d'impôt des personnes morales du 12 janvier 2011, de 600 fr., pour défaut de déclaration 2009 de G. _____ SA; - une lettre de sa part à G. _____ SA du 13 juillet 2009, rédigée en ces termes : "Monsieur, N'ayant pas pu vous joindre par téléphone, nous vous confirmons que nous devons nous rencontrer de grande urgence. En effet, le domicile de Romont risque d'être supprimé. Les loyers ne sont pas payés, ni les charges d'adresses postales. De plus, l'AFC nous inquiète au sujet de la société G. _____ SA. Enfin, il est important que les travaux de révision soient exécutés dans les délais, à défaut l'inscription au RC devra être modifiée. [salutations]"; - deux décisions de l'Office d'impôt des personnes morales du 2 novembre 2011 de taxation d'office de G. _____ SA pour défaut de déclaration 2008 et 2009. b) Par jugement rendu le 27 janvier 2012, à la suite d'une audience tenue la veille à laquelle G. _____ SA avait fait défaut, le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne a admis la requête de P. _____ SA et prononcé la faillite sans poursuite préalable de

G._____SA, le 26 janvier 2012 à 10 heures 35, les frais, par 300 fr., étant mis à la charge de l'intimée, laquelle devait rembourser ce montant à la requérante qui en avait fait l'avance.

- 4 - c) Le 6 février 2012, G._____SA a formé un recours contre ce jugement et requis la tenue d'une nouvelle audience de faillite. Le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne a prononcé l'effet suspensif et convoqué les parties à une nouvelle audience, fixée au 15 mars 2012, pour statuer sur la demande de restitution (art. 148 CPC [Code de procédure civile; RS 272]) et, le cas échéant, statuer à nouveau sur la requête de faillite sans poursuite préalable. Dans son écriture, G._____SA a notamment allégué – allégations qu'elle a reprises en deuxième instance et sur lesquelles P._____SA s'est déterminée – ce qui suit : Le 21 décembre 2006, N._____ a vendu un portefeuille de clients à E._____, lequel n'aurait pas respecté ses obligations. P._____SA admet la vente du portefeuille et conteste le surplus. Le 9 janvier 2007, un contrat de travail a été conclu entre G._____SA, employeur, et N._____, employé, contrat qui n'aurait pas été respecté. P._____SA admet la conclusion du contrat de travail et conteste le surplus. Par contrat du 2 juillet 2008, N._____ a acheté "la totalité du capital restant" de G._____SA à P._____SA, ce que celle-ci admet "sous réserve que le plan de paiement n'a pas été respecté" et qu'elle réclame le solde dû selon elle. A la signature du contrat du 2 juillet 2008, parties seraient convenues "que le montant de la transaction soit pour solde de tout compte, ce qui signifie que toutes les factures plus anciennes devaient être annulées". P._____SA l'admet implicitement, en précisant que cette quittance pour solde de tous comptes concernait divers travaux entrepris jusqu'au 2 juillet 2008 mais en aucun cas des travaux entrepris depuis cette date.

E. 2

Par décision rendue le 23 mars 2012, le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne, statuant à nouveau sur la requête de faillite sans poursuite préalable après avoir admis la demande de restitution, a admis la requête déposée par P._____SA et dit que le prononcé de faillite rendu contre G._____SA le 27 janvier 2012 prenait effet le 15 mars 2012 à 9 heures. Il a mis les frais de l'audience du 26

- 5 - janvier 2012, par 300 fr., et ceux de l'audience en restitution du 15 mars 2012, par 300 fr., à la charge de G._____SA. En bref, le premier juge a considéré que la qualité de créancière de la requérante était démontrée par les cinq factures produites demeurées impayées et que l'extrait des poursuites montrant que les impôts, les charges sociales et les loyers n'étaient pas payés prouvait à satisfaction de droit l'état de cessation de paiements de l'intimée. Ce jugement a été notifié à la société faillie le 26 mars 2012.

E. 3

G._____SA a recouru par acte motivé déposé le 7 avril 2012, concluant à l'annulation de sa faillite. Elle a requis l'effet suspensif, qui a été accordé par décision du Vice-président de la cour de céans, autorité de recours, du 11 avril 2012, ordonnant à titre de mesures conservatoires l'inventaire et l'audition de la faillie. Le 12 avril 2012, le Président de la cour de céans a transmis à la recourante un extrait des registres de l'Office des poursuites du district de Lausanne concernant les poursuites dirigées contre elle au 10 avril 2012 et lui a imparti un délai au 30 avril 2012 pour se déterminer au sujet de cette pièce, si elle le souhaitait. Cet extrait fait état de vingt-neuf poursuites introduites entre le 9 mars 2009 et le 12 mars 2012 pour un montant total de 91'337 fr. 45. Seize poursuites, totalisant 58'971 fr.

40, en sont au stade de la notification du commandement de payer, treize étant frappées d'opposition. Parmi ces poursuites, huit concernent des impôts ou contributions de droit public ou des cotisations d'assurances sociales et trois concernent des loyers. Douze poursuites, totalisant 30'233 fr. 50 et concernant des impôts et des cotisations d'assurances sociales, en sont au stade de la continuation par voie de saisie. Une poursuite d' [...] AG, de 2'132 fr. 55, en est au stade de la commination de faillite.

- 6 - Dans le délai fixé, la recourante a contesté les poursuites concernant les loyers, une poursuite de [...] SA de 710 fr. 05 et les poursuites d' [...] AG, soit deux poursuites – y compris celle au stade de la commination de faillite et donc libre ou libérée d'opposition. Elle a en outre indiqué que les poursuites en paiement des cotisations d'assurances sociales étaient en voie de remboursement. L'intimée P. _____ SA s'est déterminée le 10 mai 2012, concluant au rejet du recours et à la confirmation du jugement de faillite.

- 7 - En droit : I. Formé en temps utile, compte tenu des fêtes de Pâques (art. 56 ch. 2, 63 et 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]) et suffisamment motivé (art. 321 al. 1 CPC), le recours est recevable. Au vu des moyens développés, il ne tend pas à l'annulation de la faillite au sens de l'art. 174 al. 2 LP, mais à la réforme du jugement en ce sens que la requête de faillite sans poursuite préalable est rejetée, II. a) Le système du droit suisse de la poursuite pour dettes et la faillite prévoit fondamentalement qu'une procédure de faillite est précédée d'une poursuite préalable ordinaire (Fritschi, *Verfahrensfragen bei der Konkursöffnung*, thèse Zurich 2010, p. 151; Gilliéron, *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, 4ème éd., n. 564, p. 114). Ce n'est qu'exceptionnellement, dans un certain nombre de cas que la loi permet à un soi-disant créancier de requérir l'ouverture de la faillite de son prétendu débiteur sans commandement de payer exécutoire (Gilliéron, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, n. 2 ad remarques introductives : art. 190 – 194 LP). Aux termes de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP, 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; Gilliéron, *Commentaire précité*, n. 30 ad art. 190 LP; Cometta, *Commentaire romand*, n. 10 ad art. 190 LP; Peter, *Edition annotée de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, 2010, p. 851; Huber, *Kurzkommentar SchKG*, 2009, n. 8 ad art. 190 LP). Elle a été préférée par le législateur à l'insolvabilité parce qu'elle est perceptible extérieurement,

- 8 - 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 (Gilliéron, *op. cit.*, eod. loc.). 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 (*ibid.*). Même une dette unique n'empêcherait 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 (SJ 2000 I 248, p. 250 et réf. cit.; TF 5A_367/2008 du 11 juillet 2008 c. 4.1; TF 5A_709/2009 du 23 décembre 2009; TF 5A_439/2010 du 11 novembre 2010; Fritzsche/Walder, *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, volume II,

p. 91). On remarquera toutefois que, dans l'avant-dernier arrêt cité, le Tribunal fédéral a considéré que la cour cantonale s'était "basée, à tort, uniquement sur l'existence des quatre créances de droit public pour admettre que la recourante se trouvait en situation de suspension de paiements" (TF 5A_709/2009 c. 4.4). Dans l'arrêt précédent cité (TF 5A_367/2008), le Tribunal fédéral avait également pris en compte le fait que la dette unique en cause (trois ans de loyer) concernait une partie essentielle de l'activité commerciale de la poursuivie. Le dernier arrêt cité (TF 5A_439/2010) concerne, quant à lui, un cas où le Tribunal fédéral a annulé une faillite sans poursuite préalable en dépit de poursuites nombreuses. Au demeurant, on ne voit pas qu'on puisse considérer que le débiteur d'une dette unique "laisse les poursuites se multiplier contre lui". En rapport avec la situation du débiteur qui choisit de privilégier ses créanciers ordinaires et de ne pas payer ses dettes de droit public, le Tribunal fédéral a considéré ce qui suit (TF 5A_720/2008 du 3 décembre 2008 c. 4) :

- 9 - "Le non-paiement de créances de droit public peut constituer un indice de suspension des paiements (ALEXANDRE BRUNNER, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, n. 13 ad art. 190 LP). Il n'est en tout cas pas arbitraire de conclure à la suspension des paiements lorsqu'il est établi que le débiteur a, sur une certaine durée, effectué ses paiements quasi exclusivement en faveur de ses créanciers privés et qu'il a ainsi suspendu ses paiements vis-à-vis d'une certaine catégorie de créanciers, à savoir ceux qui ne peuvent requérir la faillite par la voie ordinaire (art. 43 ch. 1 LP). Le but de la loi n'est en effet pas de permettre à un débiteur d'échapper indéfiniment à la faillite uniquement grâce à la favorisation permanente des créanciers privés au détriment de ceux de droit public (arrêt 5P.412/1999 déjà cité, consid. 2b; SJ 2000 I p. 250 et les références). [...] Ainsi, la recourante a laissé les poursuites se multiplier contre elle, tout en faisant systématiquement opposition, et a omis de s'acquitter même de dettes minimales. Pendant une certaine durée, elle a suspendu ses paiements à l'égard d'une catégorie de créanciers, savoir ceux de droit public qui ne pouvaient requérir sa faillite. Dans ces circonstances, il n'était pour le moins pas arbitraire de considérer que la condition légale de suspension de paiements était réalisée, d'autant que, selon les comptes de l'exercice 2006, les revenus de la recourante ne couvraient pas ses charges et que l'administrateur de celle-ci avait reconnu que l'exploitation des taxis était peu rentable. Le grief de violation de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP n'est donc pas fondé." b) Vu les lourdes conséquences de la déclaration de faillite sans poursuite préalable et le fait qu'elle constitue une exception dans le système de l'exécution forcée, de sorte qu'elle doit être appliquée et interprétée restrictivement, la cour de céans, suivant l'avis de plusieurs auteurs, considère qu'il faut, quant au degré de preuve requis, faire une distinction, en ce sens que pour les causes matérielles de la faillite, on exige en principe la preuve stricte – quand bien même les moyens de preuve consentis en procédure sommaire sont limités – alors que pour les autres conditions la vraisemblance qualifiée est suffisante (Cometta, op. cit., n. 2 ad art. 190 LP; Fritschi, op. cit., pp. 153-154). Sur ce dernier point, elle a jugé que, même si elle s'était parfois contentée de la simple vraisemblance (CPF, 29 novembre 2007/455, qui se réfère à CPF, 10

- 10 - décembre 1998/683), il y avait lieu de suivre l'auteur précité (Cometta, op. cit., n. 3 ad art. 190, qui cite l'arrêt paru aux ATF 120 III 88, JT 1996 II 77, notamment), le degré de la vraisemblance qualifiée tenant adéquatement compte des intérêts du créancier requérant et du débiteur dont la faillite est demandée (CFP, 12 mars 2012/8; CPF, 19 août 2011/323; CPF, 7 juillet 2011/239; CPF, 13 novembre 2008/549; CPF, 18 septembre 2008/439). La

jurisprudence de la cour de céans sur ce point (CPF, 12 mars 2012/8, CPF, 19 août 2011/323 et CPF, 7 juillet 2011/239 précités) n'est pas contredite par le Tribunal fédéral, qui a laissé ouverte la question du degré de la preuve, même en ce qui concerne le cas de faillite invoqué (TF 5A_719/2010 du 6 décembre 2010 c. 5.5 in fine). Parmi les causes matérielles de la faillite, soumises aux exigences d'une preuve stricte, figure celle de la suspension des paiements (Cometta, op. cit., nn. 5 et 10 ad art. 190 LP). Quant à la qualité de créancier du requérant, le degré de preuve requis pour sa démonstration est, comme exposé ci-dessus, celui de la vraisemblance qualifiée, ce même si la créance n'est pas encore exigible. c) aa) En l'espèce, l'extrait des poursuites la concernant montre que la recourante fait l'objet de poursuites pour près de 100'000 fr., dont les deux tiers pour des créances de droit public, parfois d'un montant de quelques centaines de francs seulement. On peut ainsi considérer que la condition de suspension de paiements est réalisée. bb) La requête de faillite sans poursuite préalable doit émaner d'un créancier dont la prétention est rendue vraisemblable selon les critères rappelés précédemment, soit au degré de la vraisemblance qualifiée (cf. supra ch. II let. a dernier paragraphe). En l'occurrence, l'intimée a produit cinq factures, dont les trois premières concernent divers travaux entre le 22 novembre 2007 et le 15 juillet 2008, soit durant une période antérieure au 2 juillet 2008, date de la vente des actions de JF SA par Ficogère SA, transaction dont les parties admettent qu'elle valait quittance pour solde de tout compte pour tous travaux entrepris avant

- 11 - cette date. Le montant dû pour chaque opération n'étant pas détaillé, il n'est pas possible de déterminer ce qui serait éventuellement dû pour des travaux effectués entre le 3 et le 15 juillet 2008. Au demeurant, on ne voit pas à quel titre l'intimée, qui n'est devenue organe de révision de la recourante que le 6 août 2008, a effectué des travaux pour celle-ci avant cette date. En outre, certaines opérations facturées ne sont clairement pas à la charge de la recourante, mais de l'intimée. Il en va ainsi de toutes les opérations liées à la vente des actions de la recourante par l'intimée, qu'il est exclu de facturer à la société vendue. Quant au montant qui resterait dû pour l'achat des actions, il est évidemment dû, le cas échéant, par l'acheteur et non par la société achetée. Il apparaît ainsi qu'une certaine confusion est faite entre les différentes personnes physiques et morales impliquées et les opérations les liant et il n'est en tout cas pas rendu suffisamment vraisemblable que l'intimée ait des prétentions à faire valoir contre la recourante, y compris pour la période postérieure au 2 juillet 2008, respectivement au 6 août 2008. III. Le recours doit ainsi être admis et le jugement réformé en ce sens que la requête de faillite sans poursuite préalable est rejetée et la faillite de G._____SA n'est pas prononcée. Tous les frais de première instance doivent être mis à la charge de la requérante P._____SA, qui succombe. La moitié, soit 300 francs, est compensée avec l'avance de frais qu'elle a effectuée. Elle doit en outre verser la somme de 300 fr. à l'intimée G._____SA, à titre de restitution de l'avance de frais que celle-ci a effectuée, sans allocation de dépens pour le surplus. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr., sont mis à la charge de l'intimée, qui doit verser ce montant à la recourante à titre de restitution d'avance de frais. Il n'est pas alloué de dépens de deuxième instance pour le surplus, la recourante G._____SA, qui obtient gain de cause, ayant procédé sans l'assistance d'un représentant professionnel.

- 12 -