

VD_GERICHTE FW20.030009 vom 16. Juni 2021

VD Tribunal cantonal, 2021-06-16, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_FW20.030009

FR: VD_GERICHTE FW20.030009 du 16 juin 2021

IT: VD_GERICHTE FW20.030009 del 16 giugno 2021

Erwägungen

E. 19

octobre 2020.

- 20 - Les parties ont encore déposé des déterminations les 19, 21, 26, 27 et 30 octobre 2020. A l'appui de ses déterminations des 26 et 27 octobre 2020, le requérant a produit notamment les pièces suivantes : - une attestation du 27 octobre 2020 de la Commune de [...] attestant que l'administratrice de l'intimée, H._____, avait quitté cette commune pour Malte ; - un commandement de payer notifié le 15 octobre 2020, à la réquisition de H._____SA et du requérant, par l'Office des poursuites du district de Morges, dans la poursuite n° 9'738'673, à l'adresse « E._____SA c/o [...] Etoy », pour la somme de 5'000'000 fr., avec intérêt à 5 % l'an dès le 1er août 2020, indiquant comme titre et date de la créance ou cause de l'obligation : « Validation du séquestre no 9661637 de l'Office des poursuites de Nyon. Sentence arbitrale du 31 juillet 2017, sentence arbitrale du 1er novembre 2019 et arrêt du Tribunal fédéral du 23 janvier 2019 et créance de US\$ 1'977'196.71 cédée à L._____ lors de la vente aux enchères du 24 avril 2018 (action pendante devant la Chambre patrimoniale cantonale du canton de Vaud) » Sous la rubrique notification, le commandement de payer indique qu'il a été notifié à une personne autre que le destinataire. dd) Le 2 novembre 2020, la présidente a informé les parties qu'aucune mesure d'instruction supplémentaire ne serait ordonnée et que l'instruction était clôturée. Par courrier du 3 novembre 2020, l'intimée a produit un courriel de son organe de révision du 28 octobre 2020 attestant que l'audit des comptes arrêtés au 31 décembre 2019 était en cours de finalisation et que la dernière version des comptes qui lui avait été présentée ne montrait pas de situation de surendettement. ee) Par jugement du 13 novembre 2020, notifié au recourant le 16 novembre suivant, la présidente a rejeté la requête de faillite sans poursuite préalable déposée le 30 juillet 2020 par L._____ (I), a rapporté

- 21 - l'ordonnance de mesures conservatoires au sens de l'art. 170 LP rendue le 31 juillet 2020 (II), a mis les frais judiciaires, arrêtés à 300 fr., à la charge du requérant (III) et a dit que celui-ci devait verser à l'intimée la somme de 1'000 fr. à titre de dépens (IV). En bref, la première juge a déclaré irrecevable le courrier de l'intimée du 3 novembre 2020. S'agissant de la qualité de créancier du requérant, elle a retenu que les seuls éléments apportés par celui-ci pour l'établir étaient l'adjudication en sa faveur d'une créance contestée représentant un prêt consenti par X._____LTD et ses allégations sur ledit prêt ressortant de sa demande déposée devant la Chambre patrimoniale cantonale. Le requérant n'avait produit aucune pièce propre à étayer l'existence du prêt que la société X._____LTD aurait accordé à l'intimée E._____SA En outre, au vu de l'échange d'écritures des parties devant la Chambre patrimoniale cantonale, l'existence de ce prêt devra être établie devant cette dernière autorité. Elle en déduisait que le requérant avait échoué à établir, au stade de la simple vraisemblance, sa qualité de créancier, de sorte qu'il n'y avait pas lieu

d'examiner si les autres conditions alternatives de l'art. 190 al. 1 ch. 1 et 2 LP étaient réalisées, soit la fuite de l'intimée pour se soustraire à ses engagements et la suspension de ses paiements. 4. a) Par acte du 25 novembre 2020, L._____ a recouru contre ce jugement, concluant, avec suite de frais, principalement à sa réforme en ce sens que la faillite sans poursuite préalable d'E._____SA est prononcée aux premières date et heure possibles. Subsidiairement, il a conclu à son annulation et au renvoi du dossier de la cause au premier juge pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Le recourant a produit un bordereau de pièces du 6 juin 2019 produit à l'appui de la demande déposée devant la Chambre patrimoniale cantonale. Cet onglet contenait notamment les pièces nouvelles suivantes :

- 22 - - un document, en anglais, intitulé « Resolution of X._____LTD », non daté ni signé, indiquant que les membres de la société adoptent par écrit les décisions qui suivent, comme si elles avaient été prises lors d'une assemblée générale, convoquée et tenue en bonne et due forme : « Ordinary Resolutions (...) 2 That the setting off of the credit note in the amount of \$ 1'765,000 against the outstanding loan of US\$ 1'977'196.71 due by E._____SA to the Company be and is hereby approved ». - un document, en anglais, intitulé « Report and Financial Statements », soit un rapport du conseil d'administration « The Board » de X._____LTD (composé de [...]), accompagné des états financiers de la société au 31 décembre 2013. Le bilan de l'année 2013 comporte, dans les actifs, un compte débiteurs (« Debtors ») pour un montant de 2'104'603 USD. Une note explicative intégrée au bilan indique que ce montant est composé de 2'077'197 USD « Loan –E._____SA » et 27'406 USD « Other debtors and prepayments ». Il est également précisé que le prêt accordé à E._____SA n'est pas garanti et est sans intérêt et qu'il est payable à la demande (« The loan to E._____SA, is unsecured, interest free and repayable on demand ») ; - un courrier du 26 février 2016, en anglais, que la société [...], a adressé à Me Dominique Dreyer, conseil d'alors du recourant. Elle se référait au courrier de celui-ci du 19 février 2016, lui confirmait que X._____LTD avait octroyé un prêt à E._____SA pour la somme de 1'977'196.71 USD et lui envoyait le bilan de la société au 31 décembre 2013 pour information ; - un courrier du 4 novembre 2016, en anglais, que [...], l'un des administrateurs de X._____LTD, a adressé à E._____SA, intitulé Demande de remboursement du prêt (« Request for Loan Repayment »), dont la teneur est notamment la suivante (selon la traduction libre de la cour de céans) :

- 23 - « Par email de [...] du 20 juin 2013 E._____SA a demandé à X._____LTD un prêt correspondant aux montants dont X._____LTD disposaient sur ses comptes, moins USD 100,000. Donnant suite à cette requête, la somme de USD 1,323,735.11 a été transférée à E._____SA en juin 2013. X._____LTD a transféré à E._____SA une autre somme de USD 753,461.60 selon une autre demande de prêt en décembre 2013. Selon la convention, ces prêts ont été accordés sans intérêt et étaient remboursables à la demande. (...) En janvier 2014, une partie du prêt a été remboursée à hauteur de USD 100.000. Le solde dû par E._____SA à X._____LTD à titre de remboursement de ces prêts s'élève à USD 1,977,196.71. Nous notons que E._____SA a, par email du 8 septembre 2015, demandé qu'une note de crédit totalisant la somme de USD 1,765,000 soit émise en lien avec le Contrat d'affrètement (Charter Agreement) en vigueur en 2009. Nous confirmons que la décision de l'actionnaire approuvant cette note de crédit n'a pas eu lieu (...). Conformément au contrat de prêt, nous demandons le remboursement immédiat de la somme de USD 1,977,196.71, payable dans les 14 jours, à défaut de quoi nous

entreprendrons les procédures nécessaires au recouvrement de cette somme ». - une réquisition de poursuite que le recourant a déposée contre E. _____ SA le 11 février 2019 ; - un commandement de payer, notifié le 15 février 2019 au conseil de l'intimée, à la réquisition du recourant, dans la poursuite n° 9'061'962 de l'Office des poursuites du district de Nyon, portant sur la somme de 1'978'459 fr. 72, avec intérêt à 5 % l'an dès le 4 novembre 2016, et indiquant ce qui suit comme titre et date de la créance ou cause de l'obligation : «créance résultant d'un prêt consenti par X. _____ LTD achetée lors des enchères publiques organisées le 24 avril 2018 par l'Office des poursuites du district de Nyon ». b) Par ordonnance du 25 novembre 2020, le Président de la Cour des poursuites et faillites a prononcé l'effet suspensif sur le chiffre II

- 24 - du dispositif du jugement attaqué (I) et a fait interdiction à l'intimée, à titre de mesures conservatoires, de vendre ou transférer les actions de ses sociétés filiales (II). c) Par réponse du 14 janvier 2021, l'intimée a conclu, avec suite de frais, au rejet du recours. Elle a produit deux pièces (une « feuille de présence », ainsi qu'une copie d'un procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire de l'intimée, tenue à Genève le 27 novembre 2020, lors de laquelle [...] a été nommé au conseil d'administration de la société). d) Par réplique spontanée du 29 janvier 2021, le recourant a requis que la cour de céans ordonne la production par l'intimée de ses comptes et du rapport de révision, documents qui seraient indispensables pour expliquer et établir la fuite. Les 12 et 22 février 2021, l'intimée a spontanément dupliqué. Elle a conclu au rejet de cette réquisition et a produit une pièce nouvelle (prononcée sur opposition au séquestre dans l'une des causes opposant les parties). e) Il ressort de l'extrait du registre du commerce disponible sur Internet (état au 14 juin 2021) que le siège social de l'intimée était à Gland, depuis le 2 mars 1999 jusqu'au 30 mars 2007, puis à Nyon (à l'avenue [...] depuis le 26 janvier 2018), enfin qu'il est à Etoy depuis le 4 septembre 2020. Il en ressort également que les administrateurs actuels de la société sont : [...] et [...], tous deux domiciliés aux Emirats arabes-unis, [...], en Allemagne, [...] (au Liban), H. _____, à [...] (depuis le 4 septembre 2020), et [...] à Chamoson (inscrite le 9 février 2021 avec signature collective à deux, puis avec signature individuelle, dès le 20 avril 2021). En Droit :

- 25 - I. a) En vertu de l'art. 174 LP, auquel renvoie l'art. 194 al. 1 LP, le jugement rejetant la requête de faillite sans poursuite préalable peut faire l'objet d'un recours au sens des art. 319 ss CPC (Code de procédure civile; RS 272). Formé par acte écrit, motivé (art. 321 al. 1 CPC) et déposé dans le délai de dix jours des art. 174 al. 1 LP et 321 al. 2 CPC, le recours est recevable. b) La réponse est également recevable. Il en va de même de la réplique et la duplique spontanées, déposées dans le délai prévu par la jurisprudence pour répondre aux arguments de la partie adverse (ATF 142 III 48 consid. 4.1.1). II. a) Dans le cadre du recours de l'art. 174 LP - applicable à la faillite sans poursuite préalable par renvoi de l'art. 194 al. 1 LP -, les parties peuvent faire valoir des faits nouveaux, lorsque ceux-ci se sont produits avant le jugement de première instance (art. 174 al. 1, 2ème phrase, LP). Cette disposition spéciale de la loi, au sens de l'art. 326 al. 2 CPC, vise les faits nouveaux improprement dits (faux nova ou pseudo-nova), à savoir ceux qui existaient déjà au moment de l'ouverture de la faillite et dont le premier juge n'a pas eu connaissance pour quelque raison que ce soit; ces faits peuvent être invoqués sans restriction et prouvés par pièces, pour autant qu'ils le soient dans le délai de recours (ATF 139 III 491 consid. 4.4; TF 5A_243/2019 du 17 mai 2019 consid. 3.1, SJ 2019 I 376 ; 5A_874/2017 du 7 février 2018 consid. 4.2.1). Aux termes de l'art. 174 al. 2 LP, le failli peut aussi, dans le délai de recours,

invoquer de vrais nova, à savoir les faits, intervenus après l'ouverture de la faillite en première instance, qui sont énumérés aux chiffres 1 à 3 (ATF 139 III 491 consid. 4.4; 136 III 294 consid. 3; TF 5A_874/2017 précité consid. 4.2.1).

- 26 - Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, dans le cadre d'un recours contre un prononcé de faillite sans poursuite préalable, seuls les pseudo-nova sont en principe recevables, les hypothèses énumérées exhaustivement à l'art. 174 al. 2 ch. 1-3 LP étant étrangères à ce type de procédure (TF 5A_243/2019 précité consid. 3.1 et 3.2). b) En l'espèce, contrairement à ce que soutient l'intimée, les pièces produites par le recourant à l'appui de son recours - qui sont celles produites le 6 juin 2019 devant la Chambre patrimoniale cantonale - portent sur des faits antérieurs au jugement entrepris (faux nova) et sont dès lors recevables. Les deux pièces produites par l'intimée en deuxième instance, qui portent sur des faits postérieurs au jugement entrepris sont irrecevables. L'une concerne la composition de son conseil d'administration le 27 novembre 2020, et l'autre est un prononcé sur opposition au séquestre rendu le 2 décembre 2020. Il s'agit donc de vrai nova et sont irrecevables conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF 5A_243/2019 consid. 3.1 et 3.2). En revanche, le courrier de l'organe de révision du 28 octobre 2020 (cf. pièce 2 annexée au courrier du conseil de l'intimée du 3 novembre 2020), produit tardivement en première instance, est recevable, dans la mesure où il porte sur des faits antérieurs au jugement attaqué (faux nova). La réquisition formée par le recourant dans sa réplique du 29 janvier 2021 tendant à la production des comptes et du rapport de révision de l'intimée doit être rejetée, pour le motif qu'elle a été formulée après le délai de recours, soit tardivement. III. a) Le recourant se plaint de la violation de la maxime inquisitoire sociale. Il reproche à la première juge d'avoir considéré que le dossier manquait des pièces pertinentes, sans avoir invité les parties à les produire. Pour le recourant, ces pièces étaient offertes comme preuves des allégués contenus dans la demande du 6 juin 2019 et de la réponse du

- 27 - 31 octobre 2019 déposées devant la Chambre patrimoniale cantonale, écritures qu'il a produites devant la première juge sous pièces 15 et 17. b) L'art. 255 let. a CPC prévoit la maxime inquisitoire en matière de faillite. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, en application de cette maxime, le tribunal ne porte pas la responsabilité de l'établissement des faits. Il n'est soumis qu'à une obligation d'interpellation accrue. Les parties doivent recueillir elles-mêmes les éléments du procès. Le tribunal ne leur vient en aide que par des questions adéquates afin que les allégations nécessaires et les moyens de preuve correspondants soient précisément énumérés. En revanche, il ne se livre à aucune investigation de sa propre initiative. Les parties doivent renseigner le juge sur les faits de la cause et lui indiquer les moyens de preuve propres à établir ceux-ci. De son côté, le juge doit les informer de leur devoir de coopérer à la constatation des faits et à l'administration des preuves. Il 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 (ATF 141 III 569 consid. 2.3.1 et 2.3.2 ; TF 5A_965/2020 du 11 janvier 2021 consid. 7.2). En particulier, la maxime inquisitoire sociale n'impose pas au juge de prévenir le justiciable assisté d'un avocat que les preuves administrées n'emportent pas sa conviction et qu'il est nécessaire d'en produire d'autres (TF 4A_705/2014 du 8 mai 2015 consid. 3.3). c) Le recourant se méprend sur la portée de la maxime inquisitoire prévue par l'art. 255 let. a CPC. Etant donné qu'il lui incombait au premier chef de rendre vraisemblable l'existence d'une créance, c'était à lui de produire les pièces offertes comme preuve dans le cadre de

l'action en reconnaissance de dette qu'il jugeait utiles. La première juge devait d'autant moins lui venir en aide, qu'il était assisté d'un avocat. De toute manière, les pièces litigieuses ont été produites à l'appui du recours (pièces 4/4 à 4/6) et sont recevables ; en outre, le présent arrêt en tient compte. Au demeurant, comme on le verra plus loin, même si la première

- 28 - juge avait ordonné leur production, l'issue du recours ne serait pas différente. IV. a) Aux termes de l'art. 190 al. 1 ch. 1 LP, le créancier peut requérir la faillite sans poursuite préalable si le débiteur n'a pas de résidence connue, s'il a pris la fuite dans l'intention de se soustraire à ses engagements, s'il a commis ou tenté de commettre des actes en fraude des droits de ses créanciers ou cédé ses biens dans le cours d'une poursuite par voie de saisie dirigée contre lui. Seul celui qui a la qualité de créancier peut requérir la faillite sans poursuite préalable de son débiteur en vertu de l'art. 190 LP. Comme ce type de faillite n'est pas précédé d'une poursuite préalable et qu'il n'y a donc pas de procédure de mainlevée au cours de laquelle la titularité de la créance du requérant aurait pu être examinée, il est justifié d'exiger que, à l'instar du créancier qui se fonde sur un titre pour requérir la mainlevée provisoire au sens de l'art. 82 LP (ATF 132 III 140 consid. 4.1), le créancier motive sa requête en produisant en particulier le titre sur lequel il se base, la production de cette pièce, considérée en vertu de son contenu, de son origine et de ses caractéristiques extérieures comme un tel titre, étant suffisante pour que sa qualité de créancier soit admise si le débiteur n'oppose pas et ne rend pas immédiatement vraisemblables des exceptions (TF 5A_730/2013 du 24 avril 2014 consid. 6.1). La jurisprudence exige que le créancier rende vraisemblable l'existence de sa créance ; une vraisemblance qualifiée n'est pas exigée (TF 5A_442/2015 du 11 septembre 2015 consid. 4.1.2). Le cas de la fuite du débiteur dans l'intention de se soustraire à ses engagements (art. 190 al. 1 ch. 1 2e cas LP) est réalisé s'il y a abandon d'un domicile en Suisse dans le but de léser des créanciers. Selon la jurisprudence, un simple transfert de domicile à l'étranger ne suffit pas ; il faut encore qu'il y ait des indices que le transfert a eu lieu dans le but de léser les créanciers. Cette intention se déduit généralement des modalités du transfert; par exemple, le débiteur est parti sans laisser d'adresse, il ne

- 29 - s'est pas constitué de nouveau domicile fixe, il emporte des biens ou il en dispose de manière inhabituelle (TF 5A_872/2010 du 1er mars 2011 consid. 2.1 ; 5A_719/2010 du 6 décembre 2010 consid. 4.1; 5P.91/2004 du 24 septembre 2004 consid. 7 et les références). b) Selon 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. 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, elle doit être appliquée et interprétée restrictivement. Parmi les causes matérielles de la faillite, soumises aux exigences d'une preuve stricte, figure celle de la suspension des paiements (Cometta, in Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, nn. 5 et 10 ad art. 190 LP). Cette preuve peut être rapportée sous la forme d'indices et résulter d'actes du débiteur permettant de conclure à une suspension ou à une cessation des paiements (CPF, 29 novembre 2007/455). La suspension de paiements au sens de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP est une notion imprécise qui confère au juge de la faillite un ample pouvoir d'appréciation (ATF 137 III 460 consid. 3.4.1; TF 5A_561/2018 du 14 décembre 2018 consid. 3.2 ; TF 5A_442/2015 du 11 septembre 2015 consid. 6.1 ; TF 5A_439/2010 du 11 novembre 2010, in SJ 2011 I 175 ; TF 5P.312/2002 du 13 février 2003 consid. 3.3; Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la

poursuite pour dettes et la faillite, n. 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 Kurzkomentar SchKG, 2009, 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, op. cit., n. 28 ad art. 190 LP). Cette notion a été préférée par le législateur

- 30 - 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 du 12 octobre 2016 consid. 5.2.2). 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 p. 468). 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, p. 468 ; TF 5A_561/2018 du 14 décembre 2018 consid. 3.2 ; ATF 85 III 146, consid. 4b p. 155). 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 ; TF 5A_367/2008 précité consid. 4.1 ; TF 5P.412/1999, SJ 2000 I 248). La suspension des paiements ne doit pas être de nature simplement temporaire, mais doit avoir un horizon indéterminé (ATF 137 III 460, JT 2012 II 178, consid. 3.4.1). Le non-paiement de créances de droit public peut constituer un indice de suspension de paiements (TF 5A_561/2018 du 14 décembre 2018 consid. 3.2 ; TF 5A_439/2010 du 11 novembre 2010 consid. 4, publié in SJ 2011 I p. 175 ; TF 5P.412/1999 du 17 décembre 1999, in SJ 2000 I 248 ; TF 5P.114/1999, in SJ 1999 I 496 ; Acocella, in : Staehelin/Bauer/Staehelin [éd.], Basler Kommentar, SchKG 2e éd., n. 12 ad art. 43 LP et les références ; Brunner/Boller, in : Basler Kommentar, SchKG, n. 12 et 13 ad art. 190 SchKG et les références). Tel est le cas lorsqu'il est établi que le débiteur a sur une certaine durée effectué ses paiements en

- 31 - faveur des créanciers autres que ceux de droit public, qui ne pouvant requérir de faillite ordinaire, sont renvoyés perdants et doivent se satisfaire d'un acte de défaut de biens (définitif) après saisie (art. 43 al. 1 LP ; TF 5A_452/2016 du 12 octobre 2016 consid. 5.2.2 et les réf. cit.) ; le but de la loi n'est en effet pas de permettre au débiteur d'échapper à la faillite en favorisant de manière systématique ses créanciers privés au détriment de ses créanciers de droit public (ibidem). V. a) La première juge a considéré que le recourant n'avait pas rendu vraisemblable sa qualité de créancier de l'intimée. Il convient d'examiner en premier lieu ce point. Le recourant se prévaut en particulier des allégués 4 à 9 de la demande, ainsi que des allégués 52, 60 à 62 et 66 de la réponse déposées devant la Chambre patrimoniale cantonale. Ces allégués concorderaient et démontreraient que l'intimée était bien la débitrice d'une somme de 1'977'196.71 USD au titre d'un contrat de prêt conclu avec la créancière initiale, X. _____ LTD. La première juge aurait versé dans l'arbitraire

en n'accordant aucune portée à ces éléments, et les faits auraient été établis de manière manifestement inexacte et incomplète. Puis, il reproche à la première juge d'avoir mentionné dans la motivation que le recourant n'avait apporté « aucun élément objectif qui permettrait de tenir l'existence du prêt de E. _____SA pour plus vraisemblable que son inexistence » ; elle aurait, ce faisant, exigé du recourant qu'il démontre que d'autres possibilités que l'existence du contrat de prêt ne pouvaient raisonnablement pas entrer en ligne de compte. Elle aurait alors appliqué le critère de la vraisemblance prépondérante, alors que la jurisprudence se contente de la simple vraisemblance. En outre, ce serait à tort que la première juge a refusé la production des comptes de l'intimée : ceux-ci auraient pu établir le traitement réservé aux montants litigieux dans les comptes. Par ailleurs, si l'intimée a offert de prouver les allégués de la réponse précités par témoin ou par l'audition de partie, ce serait parce que l'intimée aurait uniquement la volonté de pouvoir compenser le montant du prêt avec une note de crédit, que la créancière initiale n'aurait

- 32 - jamais acceptée. Pour le surplus, à supposer que les pièces produites en première instance ne fussent pas suffisantes, celles produites à l'appui du recours permettraient de retenir la qualité de créancier du recourant, bien au-delà des exigences posées par la jurisprudence en matière de vraisemblance. L'intimée reconnaît que le recourant bénéficie d'un degré de preuve abaissé pour établir sa qualité de créancier. Cela étant, elle est d'avis que les pièces produites par le recourant en première instance, ainsi que les allégations des parties devant la Chambre patrimoniale cantonale n'étaient pas suffisantes pour la rendre vraisemblable. En particulier, l'écriture de l'intimée devant la Chambre patrimoniale ne contiendrait rien en faveur du recourant. Quant aux pièces produites en deuxième instance, l'intimée réitère qu'elles seraient irrecevables, et partant ne pourraient pas être prises en considération. Ces faux nova ne devraient de toute façon pas permettre au recourant d'obtenir une faillite sans poursuite préalable, qui doit demeurer exceptionnelle. Le recourant aurait fait un choix révélateur de ne pas requérir la mainlevée et aurait préféré d'ouvrir une action au fond, parce que sa créance n'était pas rendue vraisemblable. La présente procédure n'aurait pas pour objectif de permettre au recourant de plaider sa cause au fond, pendante devant la Chambre patrimoniale cantonale. S'agissant du grief fait à la première juge de ne pas avoir ordonné la production des comptes, l'intimée soutient que le recourant avait requis la production des comptes et bilan de l'intimée de l'année 2019 pour établir le prétendu surendettement de l'intimée, et non la qualité de créancier du recourant. b) En l'espèce, il ressort des pièces au dossier que le recourant a acquis aux enchères la créance contestée de 1'977'196,71 USD, représentant un prêt consenti par X. _____LTD à E. _____SA. Il ressort également des pièces produites à l'appui du recours – et qui étaient annoncées dans les écritures des parties – qu'en 2013, X. _____LTD a fait deux transferts d'argent, en faveur d'E. _____SA, totalisant 2'104'603.00 USD. Ce point est admis (all. 60 de la réponse de

- 33 - l'intimée devant la Chambre patrimoniale cantonale). Ce qui est litigieux, c'est la question de savoir si ces transferts faisaient suite à la conclusion d'un contrat de prêt ou non. La réponse est affirmative, sous l'angle de la simple vraisemblance à tout le moins. En effet, d'une part, le montant en cause de 2'104'603.00 USD figure au bilan de X. _____LTD de l'année 2013 comme un prêt à hauteur de 2'077'107 USD effectué par cette société à E. _____SA ; d'autre part, une note explicative intégrée à ce bilan expose que ce prêt n'est pas garanti, est sans intérêt, et est remboursable à la demande. En outre, par courrier du 4 novembre 2016, l'un des administrateurs de X. _____LTD – qui faisait

partie du conseil d'administration en 2013 – a confirmé ces termes, précisant en outre qu'un montant de 100'000 USD ayant été remboursé, le solde de la dette d'E. _____ SA s'élevait à 1'977'196.71 USD. Compte tenu de ces éléments, il faut admettre que le recourant a rendu suffisamment vraisemblable que X. _____ LTD a conclu un contrat de prêt avec E. _____ SA portant sur le montant litigieux, et que la créance en remboursement de ce prêt lui a été adjugée aux enchères du

E. 24

avril 2018. Certes, l'intimée invoque que les transferts d'argent reposent sur une autre cause. Devant la Chambre patrimoniale cantonale, elle a allégué, dans sa réponse (cf. supra ch. 2 let. b), qu'il était entendu entre administrateurs de X. _____ LTD et E. _____ SA qu'il s'agissait en réalité de remboursements (all. 61 à 68) ; E. _____ SA aurait négocié un rabais rétroactif sur le taux d'affrètement applicable au contrat de 2009, ce qui lui aurait permis d'obtenir un crédit (all. 63) ; elle invoque expressément que ces remboursements auraient été comptabilisés comme des prêts pour justifier leur transfert du point de vue comptable (all. 62) ; elle a offert de prouver ces allégués par l'audition des parties, par témoins et par un échange de courriels qui ne ressortent pas du dossier. On observe toutefois que l'arbitre anglaise a examiné cet argument (cf. supra ch. 2 let. c), qui avait été invoqué à l'appui des

- 34 - conclusions constatatoires de X. _____ LTD, et qu'elle est arrivée à la conclusion qu'aucun rabais n'avait été octroyé. Si l'intimée tente ici de plaider l'exception de simulation prévue à l'art. 18 al. 1 CO - selon laquelle pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il ne faut pas s'arrêter aux expressions ou dénominations inexacts dont les parties ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention -, elle n'a pas apporté d'éléments pour que cette exception soit retenue. Elle s'appuie sur des allégations et des preuves annoncées dans la réponse déposée devant la Chambre patrimoniale cantonale, alors que le recourant apporte déjà des pièces allant dans son sens. La sentence arbitrale a également rejeté la conclusion reconventionnelle prise par E. _____ SA tendant au remboursement de la somme de 4'748'250 USD pour cause d'enrichissement illégitime. Cette conclusion correspond à la première conclusion subsidiaire de la réponse déposée devant la Chambre patrimoniale cantonale, soit le premier moyen invoqué en compensation. Dans son deuxième moyen, également invoqué en compensation, E. _____ SA soutenait avoir subi un préjudice à hauteur de 5'326'750 USD, respectivement de 5'380'120 fr. 68 du fait que le recourant aurait, en violation de ses devoirs d'administrateur, fixé un taux d'affrètement excessif. Ce moyen n'a pas non plus été retenu par l'arbitre anglaise. En conclusion, sans préjuger l'issue de la cause pendante devant la Chambre patrimoniale cantonale, on peut constater que les éléments qui précèdent rendent vraisemblable l'existence d'un contrat de prêt et que, pour leur part, les arguments invoqués par l'intimée, tirés de la simulation de ce prêt, voire de la compensation de la créance découlant de ce prêt avec une autre créance, ne sont pas rendus vraisemblables. Contrairement à ce qu'invoque l'intimée, le fait que le recourant ait déposé une action en reconnaissance de dette, plutôt que de requérir la mainlevée de l'opposition n'est pas déterminant. Il signifie que le recourant a opté directement pour l'action de droit matériel qui aboutit à un jugement condamnatore statuant définitivement sur l'existence de la

- 35 - créance. Il ne s'agit en tout cas pas d'un aveu au sujet de l'inexistence de la créance, ni du reste sur l'inexistence d'une reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 LP, les parties demeurant libres de requérir simultanément (ou pas) la mainlevée provisoire ou d'ouvrir

l'action en reconnaissance de dette (Abbet, in : Abbet/Veuillet [éd.], Mainlevée de l'opposition, n. 3 ad art. 79 LP et les références citées). Il s'agit donc d'examiner si les autres conditions posées par l'art. 190 al. 1 LP sont réalisées. VI. a) Le recourant soutient que l'intimée a organisé sa fuite à l'étranger au cours du printemps 2020 dans l'intention de léser ses créanciers. Elle aurait résilié le contrat de bail pour les locaux qu'elle occupait à Nyon et conclu un contrat sur « un hébergement dans un hôtel », les nouveaux bureaux étant manifestement insuffisants pour son personnel ; elle n'aurait plus d'activité en Suisse, ni d'employés (ou en télétravail seulement), ni d'administrateur domicilié en Suisse pendant des mois. Il ajoute que C. _____ SAL – actionnaire de l'intimée – a fait inscrire au registre du commerce de Malte, le 4 mars 2020, une société et qu'il suffit pour l'intimée de transférer les liquidités présentes en Suisse pour laisser à Nyon une « coquille complètement vide sans plus aucun actif ». L'administratrice de l'intimée H. _____ aurait quitté la Suisse le 15 septembre 2020 pour Malte, quelques jours après l'audience de faillite. L'intimée aurait nommé un nouvel administrateur – plus de deux mois après le départ de H. _____ – sans toutefois le faire inscrire au registre du commerce. Par ailleurs, l'intimée aurait une dette importante envers la Caisse AVS et n'aurait pas respecté le plan de paiement négocié avec celle-ci. La production des comptes requise permettrait également de démontrer les difficultés de l'intimée à honorer ses engagements, et par voie de conséquence, les raisons de sa fuite. Dans sa réplique spontanée, le recourant a également allégué avoir appris que la banque de l'intimée avait dénoncé au remboursement un crédit de l'ordre de deux millions d'euros.

- 36 - L'intimée fait valoir que le recourant invoque sa fuite depuis plusieurs années déjà et dans le cadre de nombreuses procédures, mais qu'il n'en serait rien. Elle admet avoir développé des activités vers Malte, mais nie l'intention de quitter la Suisse. Elle allègue avoir toujours un siège, un administrateur, des activités, un local, ainsi que du personnel dans notre pays. Pour sa restructuration et dans le but de rationaliser ses frais fixes et de s'orienter vers la pratique du télétravail, elle aurait choisi de quitter son siège à Nyon, de réduire son effectif et de prendre un local plus petit et modulable à Etoy. En outre, elle n'aurait pas de dettes incontestées, ayant payé sa dette fiscale figurant dans l'extrait du registre de poursuite au 12 février 2019 et obtenu un plan de paiement à l'égard de l'AVS. Enfin, l'allégation articulée dans la réplique spontanée du recourant serait irrecevable. b) aa) En l'espèce, il est vrai que le courrier et l'avis de l'Office des poursuites des 3 et 30 août 2020 rendent vraisemblable qu'à cette époque l'intimée n'occupait plus de locaux à l'avenue [...] à Nyon et que la société n'était pas représentée en Suisse. Toutefois, entendue par la première juge le 7 septembre 2020, H. _____, administratrice de l'intimée, a déclaré que la société avait connu une période de restructuration, qu'elle avait réduit son personnel et changé de siège, mais sans l'intention de quitter la Suisse. Ses déclarations sont, dans une grande mesure, corroborées par les éléments du dossier. En effet, l'extrait du registre du commerce actualisé (au 14 juin 2021) indique que depuis le 4 septembre 2020, l'intimée a une nouvelle adresse à la [...], à Etoy. Les documents produits par la Caisse AVS établissent qu'entre 2019 et 2020, la société a réduit son effectif - le montant des cotisations qui était de l'ordre de 40'000 fr. s'est réduit à 15'000 fr. environ au mois de juillet 2020 -, mais qu'elle avait toujours des employés en tout cas jusqu'au 29 septembre 2020. Il découle de ce décompte que l'intimée a eu, pendant la période considérée, des employés en Suisse soumis à de telles cotisations. Aussi, contrairement à ce que soutient le recourant, l'intimée n'a pas nommé dans l'urgence, soit

- 37 - à cause de la procédure de faillite uniquement, un administrateur domicilié en Suisse. L'extrait du registre du commerce indique que [...], domicilié en Suisse, a été administrateur de l'intimée du 15 janvier 2019 au 15 mai 2020. Il a été remplacé par H. _____, également domiciliée en Suisse, dès le 20 mai 2020. Il est également rendu vraisemblable, ainsi que celle-ci l'a déclaré devant la première juge, qu'il y a eu des va-et- viens avec l'Office du registre du commerce avant que son inscription, en qualité d'administratrice, apparaisse dans le registre du commerce (cf. supra ch. 3 let. b/bb). Ces nominations sont dès lors bien antérieures à la requête de faillite du 30 juillet 2020. Le recourant fait également grand cas du fait que H. _____ a quitté la Suisse en septembre 2020, après son audition par la première juge. H. _____ n'avait toutefois pas déclaré qu'elle ne quitterait pas la Suisse. Devant la première juge, elle a laissé entendre que les employés de l'intimée avaient le choix de rester en Suisse ou d'aller à Malte. En outre, dès lors que l'intimée compte toujours un administrateur domicilié en Suisse, il importe peu que H. _____ ait changé de domicile. En effet, il ressort de l'extrait du registre du commerce que [...], domicilié en Suisse, a été inscrit en qualité d'administrateur. Par ailleurs, s'il est vrai que la majorité des membres du conseil d'administration de l'intimée sont domiciliés à l'étranger cela peut s'expliquer par le fait que cette société a été acquise par une société libanaise en 2017, dans le cadre de la faillite de G. _____. Ainsi que l'indique la sentence arbitrale anglaise le changement de l'actionnariat a eu une influence sur la composition du conseil d'administration. Cette composition ne constitue dès lors pas, en soi, un indice de fuite. Le fait pour C. _____ SAL d'avoir créé une société fille à Malte, en mars 2020, n'est pas non plus suffisant pour retenir la fuite. Les sociétés évoquées dans le présent litige ont coutume de créer des filiales à travers le monde pour l'extension de leurs activités. On peut se référer aux nombreuses filiales d'E. _____ SA (citées dans le recours) ou aux nombreuses filiales de la société du recourant H. _____ SA (cf. pièce 3 bordereau du 30 juillet 2020). En outre, le fait que la Caisse AVS ait pu trouver un interlocuteur au mois d'août à septembre 2020 rend vraisemblable que l'intimée n'est pas en fuite. Il ressort de l'échange de courriels entre la Caisse AVS et elle (cf.

- 38 - pièce 10 des déterminations du 12 octobre 2020 de l'intimée et la pièce 57 requise) que le 11 septembre 2020 une employée de l'intimée (HR Coordinator, Office Manager) a informé la Caisse AVS que le plan de paiement proposé était accepté par l'intimée. Enfin, H. _____ – dont aucun indice ne permet de douter de la véracité de ses déclarations – a confirmé que l'intimée comptait maintenir la partie opérationnelle et logistique de ses activités en Suisse, qu'elle avait des bureaux à Etoy et que tous ses employés travaillaient à distance. Il faut en déduire que l'intimée a rendu vraisemblable qu'elle avait des activités et des locaux en Suisse. bb) S'agissant de la suspension de paiement, il est établi que la dette d'impôt d'environ 18'000 fr. ne figure plus dans l'extrait du registre des poursuites, les poursuites ayant été retirées le 25 mars 2019, selon l'arrêt du 17 février 2020 de la Cour d'appel civile. Quant aux dettes qui ressortent de l'extrait des poursuites au 16 juin 2020, il s'agit, d'une part, de la créance du recourant lui-même, qui fait l'objet de l'action en reconnaissance de dette et, d'autre part, d'une dette d'un ex-employé de l'intimée, à hauteur de 153'333 francs. Les deux poursuites étant frappées d'opposition, ces créances sont en l'état contestées. En outre, comme l'a relevé à juste titre la Cour d'appel civile, l'intimée a constitué une provision en ce qui concerne la dette anciennement due à X. _____ LTD. Devant la Chambre patrimoniale cantonale, elle a réitéré qu'elle avait inscrit dans ses comptes un montant de 1'766'066 fr. en attente (cf. all. 52 de la réponse, supra ch. 2 let. b). Elle aurait ainsi, le cas échéant, les moyens d'exécuter un jugement au fond qui lui serait

défavorable dans le procès pendant devant la Chambre patrimoniale cantonale. Quant à la dette de 220'368 fr. 40 que l'intimée a à l'égard de la Caisse AVS au 29 septembre 2020, et qui correspond à un arriéré de cotisations pour 2019 et 2020, il est vrai qu'elle est très élevée. Il est cependant difficile d'en déduire qu'elle aurait motivé l'intimée à fuir à l'étranger. Il ressort des courriels de l'intimée de mars et juin 2020, que celle-ci a demandé un plan de paiement, pour les motifs que la crise sanitaire l'avait touchée de plein fouet (réduction des effectifs, nombreux

- 39 - départs, etc.) et qu'étaler ses paiements sur plusieurs mois lui permettrait de les honorer plus facilement. Or, le 7 août 2020, la Caisse AVS lui a accordé un tel plan de paiement, que l'intimée a accepté le 11 septembre suivant. On déduit de ce plan de paiement et du décompte AVS qu'au 11 septembre 2020, l'intimée devait avoir réglé les cotisations en souffrance pour les mois de mars, avril, juillet, août et septembre 2020, soit 130'000 fr. environ ([43'768 fr. x 2] + [15'307 fr. 85 x 2] + 13'378 fr. 90). Dès le mois de septembre, l'intimée devait également payer par acomptes, dont le montant n'est pas précisé, le décompte de l'année 2019 et les cotisations afférentes aux mois de mai et juin 2020. Les 10 août et 11 septembre 2020, l'intimée a payé 87'517 fr. (43'568 fr. 50 + 200 fr. + 43'748 fr. 50), ce qui représente les cotisations de mars et avril 2020 avec taxes de sommation. Au 29 septembre 2020, elle n'avait certes pas honoré la totalité des arriérés susmentionnés. Cependant, le fait qu'elle a réussi à payer un montant de 87'000 fr. dans deux mois consécutifs est un indice qu'elle n'était pas en suspension de paiement. De plus, on n'a pas d'éléments sur l'évolution de la situation entre le 29 septembre 2020 et le

E. 26

novembre 2020, date de l'échéance du délai de recours. Il n'est ainsi pas établi qu'elle n'a pas respecté le plan de paiement pour l'arriéré dû jusqu'au mois de novembre 2020. Le fait qu'elle était en retard de paiement de cotisations au 29 septembre 2020 est une circonstance défavorable, mais qui à elle seule ne suffit pas à contrebalancer la création d'une provision importante et l'absence de commandement de payer exécutoire. De plus, l'intimée a vraisemblablement pu trouver des liquidités ensuite de l'accord conclu avec la Caisse. Quant à l'organe de révision, il a confirmé, dans ses courriels des 3 septembre et 28 octobre 2020, que les comptes arrêtés au 31 décembre 2019 ne montraient pas de situation de surendettement. On relèvera également que la réquisition de production des comptes et du rapport de révision tendant à faire état de la situation financière de l'intimée n'est pas recevable (cf. consid. II supra). Il en va de même de l'allégation du recourant figurant dans sa réplique, selon laquelle la banque de celle-ci aurait dénoncé au remboursement un crédit de 2'000'000 francs. De toute manière, le recourant n'a produit aucune pièce pour la rendre vraisemblable.

- 40 - Compte tenu de ce qui précède, la production des comptes et du rapport de l'année 2019 requise en première instance n'aurait pas été décisive ; elle n'était pas en mesure de rendre vraisemblable une fuite ou une suspension de paiement à la date du jugement, en novembre 2020. Dans ces conditions, on ne saurait reprocher à la première juge d'avoir refusé d'y donner suite, étant rappelé que dans une procédure parallèle, le recourant s'est vu refuser le droit de consulter les comptes de l'intimée. VII. En conclusion, le recours doit être rejeté et le jugement confirmé. Vu l'issue du recours, l'interdiction faite à l'intimée de vendre ou de transférer les actions de ses sociétés filiales, selon l'ordonnance d'effet suspensif du 25 novembre 2020, sera levée. Les frais de deuxième instance doivent être mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC), savoir les frais judiciaires,

arrêtés à 300 fr. (art. 53 et 61 OELP [Ordonnance sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ; RS 281.35]) et des dépens auxquels l'intimée a droit, arrêtés à 2'000 fr. (art. 8 TDC [tarif des dépens en matière civile ; BLV 270.11.6]).

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