

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Séance du 7 juillet 2011

Présidence de M. HACK, président
Juges : M. Bosshard et Mme Rouleau
Greffier : Mme Debétaz Ponnaz

Art. 174 al. 1, 190 al. 1 ch. 2 et 194 al. 1 LP

La Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal, statuant en audience publique en sa qualité d'autorité de recours en matière sommaire de poursuites et de faillite, s'occupe du recours exercé par **S._____SA**, à Rennaz, **L._____**, à Ballens, et **B._____**, à Ollon, contre le jugement rendu le 1^{er} décembre 2010, à la suite de l'audience du 11 novembre 2010, par le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois, rejetant la requête de faillite sans poursuite préalable déposée par les recourants contre la société **Y._____SA**, à Rennaz.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. a) Par jugement du 3 septembre 2008, le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois a prononcé la faillite sans poursuite préalable de la société Y._____SA, à la requête de B._____.

Statuant sur le recours de la faillie contre cette décision, la cour de céans, par arrêt du 22 janvier 2009, a réformé le jugement en ce sens que la requête était rejetée et la faillite n'était pas prononcée.

b) Le 28 juillet 2010, S._____SA, L._____ et B._____ ont saisi le premier juge d'une nouvelle requête de faillite sans poursuite préalable contre la société Y._____SA.

Par jugement du 1^{er} décembre 2010, ce magistrat a rejeté la requête, arrêté les frais de justice des requérants à 300 fr. et dit que ceux-ci devaient verser à l'intimée la somme de 1'500 fr., débours compris, TVA en sus, à titre de dépens.

c) Du jugement et des pièces du dossier il ressort qu'Y._____SA est propriétaire de terrains et immeubles agricoles, qui sont affermés à la société S._____SA. Ce bail lui rapporte un fermage annuel de 100'000 fr. qui constitue son seul revenu. Ses immeubles sont grevés de deux cédulas hypothécaires, d'une valeur nominale de 1'660'000 fr. en premier rang et de 340'000 francs en deuxième rang, garantissant un prêt de 2'000'000 fr. accordé par la Banque Cantonale [...] en 2005. Ce prêt, également garanti par une cession des fermages et une caution de D._____, a été dénoncé au remboursement en 2007. En 2010, la banque a cédé ses droits à B._____ et L._____. Ceux-ci allèguent que, depuis la cession, Y._____SA ne s'est pas acquittée des intérêts hypothécaires. Dans le cadre d'une poursuite dirigée contre la caution, ils ont obtenu environ 600'000 francs.

Selon un extrait des registres de l'Office des poursuites d'Aigle du 11 novembre 2010, Y. _____ SA faisait à cette date l'objet de vingt et une poursuites pour une somme totale de 3'730'310 fr. 40, soit, outre six poursuites périmées :

- deux poursuites, au stade de la saisie, concernant des dettes d'impôt d'un montant total d'environ 112'000 francs. Les loyers saisis n'ont pas pu être distribués aux créanciers (Confédération, Etat de Vaud et Commune de Rennaz), étant revendiqués par B. _____ et L. _____ en vertu de la cession précitée des fermages en faveur du créancier hypothécaire;

- treize poursuites au stade du commandement de payer notifié, avec opposition, savoir :

- une poursuite en réalisation de gage immobilier introduite par L. _____ et B. _____ pour un montant de 2'096'300 francs. La Banque Cantonale [...], qui a cédé aux prénommés ses droits dans cette poursuite, avait retiré la réquisition de vente avant la cession;

- cinq poursuites introduites par les prénommés pour un montant total d'environ 55'500 fr. représentant des intérêts hypothécaires;

- cinq poursuites introduites par S. _____ SA pour un montant total d'environ 463'200 fr. réclamé en relation avec le bail à ferme;

- une poursuite introduite par B. _____ en sa qualité de caution solidaire d'un crédit d'exploitation, pour un montant de 278'300 francs;

- une poursuite en paiement de dépens introduite par la Banque Cantonale [...], pour 1'265 francs.

Trois actes de défaut de biens ont en outre été délivrés contre elle dans des poursuites pour dettes fiscales, respectivement en 2000, 2001 et 2003, pour un montant total de 265'198 fr. 40.

Dans le cadre de l'instruction de la première requête de faillite sans poursuite préalable, une expertise avait été confiée à une fiduciaire,

laquelle avait estimé dans son rapport que la société paraissait en état de surendettement au 31 juillet 2007. Elle avait toutefois obtenu par la suite une nouvelle estimation plus élevée de la valeur des immeubles, précisant que ce document qu'elle n'avait pas eu le temps d'étudier pourrait, le cas échéant, modifier ses conclusions.

Y. _____ SA a produit sa comptabilité au 31 décembre 2007 et le rapport de l'organe de révision selon lequel les comptes sont conformes, sous réserve de la valeur des terrains qui est surévaluée et devrait être soumise à une nouvelle expertise.

En bref, le premier juge a rejeté la requête de faillite sans poursuite préalable pour le motif que la situation actuelle de la société intimée était fondamentalement identique à celle qu'avait examinée la cour de céans dans son arrêt du 22 janvier 2009 et qu'on ne pouvait pas considérer que l'intimée se trouvait en cessation de paiements.

2. Les requérants ont recouru contre ce jugement par acte du 9 décembre 2010, concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens que la faillite requise est prononcée, subsidiairement à son annulation et au renvoi de la cause en première instance pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Ils ont produit un mémoire ampliatif, le 21 février 2011.

Le 28 mars 2011, soit après l'échéance du délai de mémoire qui avait été prolongé au 21 février 2011, les recourants ont produit une pièce nouvelle, savoir un extrait du registre des poursuites concernant l'intimée au 25 mars 2011.

L'intimée s'est déterminée le 25 mai 2011, concluant, avec suite de frais et dépens, au rejet du recours.

En droit :

I. En vertu de l'art. 405 al. 1 CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011; RS 272), le recours est régi par le droit en vigueur au moment de la communication de la décision aux parties. En l'espèce, ce sont donc les dispositions de procédure de la LVLP (loi vaudoise d'application de la LP [loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite; RS 281.1]; RSV 280.05) dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 ainsi que le CPC-VD (Code de procédure civile vaudoise; RSV 270.11) et l'art. 174 al. 1 LP dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 qui s'appliquent.

a) Déposé en temps utile (art. 174 al. 1 LP, auquel renvoie l'art. 194 al. 1 LP, et art. 57 al. 1 aLVLP) et concluant - principalement - à la réforme du jugement attaqué (art. 38 al. 2 let. g aLVLP), le recours est recevable.

La conclusion subsidiaire en nullité doit être écartée, faute pour les recourants de formuler des moyens de nullité (art. 465 al. 3 CPC-VD).

b) Dans la procédure de recours contre une décision du juge de la faillite, selon l'art. 174 al. 1 in fine LP, les parties peuvent faire valoir des faits nouveaux lorsqu'ils se sont produits avant le jugement de première instance (pseudo-nova). En vertu de l'art. 174 al. 2 LP, les pièces se rapportant à des faits intervenus depuis l'audience de faillite (vrais nova) peuvent être produites, pour autant qu'elles tendent à rendre vraisemblable la solvabilité du débiteur et à établir que celui-ci a payé sa dette ou consigné les montants nécessaires auprès de l'autorité compétente ou que le créancier a retiré sa réquisition de faillite.

En matière de faillite sans poursuite préalable, que le recourant soit le prétendu débiteur ou le prétendu créancier, il peut invoquer des pseudo-nova (art. 174 al. 1 LP auquel renvoie l'art. 194 al. 1

LP). 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 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'est pas applicable en matière de faillite sans poursuite préalable, puisqu'il n'existe justement pas de prétention déduite en poursuite.

Il s'ensuit qu'en l'espèce, la pièce nouvelle produite par les recourants, soit les prétendus créanciers, qui plus est hors délai, est irrecevable.

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*, 4^{ème} 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 soi-disant 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). 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 (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".

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, 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). 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 celui de la vraisemblance qualifiée, ce même si la créance n'est pas encore exigible (Cometta, op. cit., n. 3 ad art. 190, qui cite l'arrêt paru aux ATF 120 III 88, JT 1996 II 77, notamment). La cour de céans a considéré que, même si elle s'était parfois contentée de la simple vraisemblance (CPF, 29 novembre 2007/455, qui se réfère à CPF, 10 décembre 1998/683), il y avait lieu de suivre l'auteur précité sur ce point, le degré de la vraisemblance qualifiée tenant adéquatement compte des intérêts du créancier requérant et du débiteur dont la faillite est demandée (CPF, 13 novembre 2008/549; CPF, 18 septembre 2008/439).

c) En l'espèce, les recourants soutiennent que l'intimée se trouve en situation de cessation de paiement. Ils font valoir qu'elle n'a aucune activité et aucune rentrée financière, son seul revenu (les fermages de ses immeubles) étant cédé et faisant pour l'instant l'objet d'une gérance légale pour une saisie d'ordre fiscal, mais qu'en revanche, elle a des charges qui restent impayées : intérêts hypothécaires et amortissement, frais de fonctionnement. Ils relèvent que depuis la dénonciation du crédit hypothécaire en 2007 la société n'a pas trouvé de nouveau financement. Elle serait même, les recourants invoquant sur ce point le rapport de la fiduciaire, en état de surendettement.

Au vu du dossier, on doit constater avec le premier juge que la situation n'a pas fondamentalement changé depuis la précédente requête de faillite sans poursuite préalable. L'intimée a une activité, puisqu'elle afferme ses parcelles agricoles. Elle a un revenu de 100'000 fr. par an. Cela couvre les intérêts hypothécaires et l'amortissement du crédit

bancaire. La société assume donc en temps ordinaire cette charge. Actuellement, toutefois, la distribution des fermages est bloquée en raison d'une revendication des cessionnaires de la créancière hypothécaire. L'allégation des recourants selon laquelle "depuis la cession (...), l'intimée ne s'est pas acquittée des intérêts hypothécaires" n'est cependant pas établie et leur prétendue créance en découlant n'est en tout cas ni incontestée ni exigible. Il est en revanche établi que l'intimée a des dettes d'impôts, puisque de précédentes poursuites y relatives ont abouti à la délivrance d'actes de défaut de biens, qui fondent des poursuites actuellement en cours. Vu le blocage des fermages, il apparaît que l'une des deux dettes fiscale et hypothécaire restera impayée.

Quant aux autres poursuites, il n'est pas davantage possible aujourd'hui qu'il ne l'était lors de l'examen de la précédente requête de faillite sans poursuite préalable de déterminer ce qui est dû de part et d'autre ni, partant, d'en tenir compte dans l'appréciation d'une éventuelle situation de cessation de paiements.

Il est certes inquiétant que, depuis 2007, l'intimée n'ait pas trouvé un nouveau financement, mais on ne connaît pas la raison de cet état de fait. Sa dette a diminué en raison d'un paiement de la caution, ce qui est un élément favorable à la société; à ce stade on ignore si cette caution fera valoir des droits contre elle.

Au vu de ce qui précède, il apparaît qu'il y a trop peu d'éléments nouveaux par rapport à la situation existant au moment du précédent arrêt de la cour de céans pour statuer dans un sens différent. Quant au surendettement invoqué par les recourants, on ne saurait le retenir, vu la réserve émise par la fiduciaire sur son propre rapport.

d) Les recourants soutiennent que si la cour de céans a réformé le jugement de faillite dans l'arrêt précité, c'est parce que la débitrice avait trouvé un arrangement avec l'un de ses créanciers en lui versant 65'000 francs. Selon eux, cette somme ne provient ni de la société ni de son administrateur mais d'un tiers. Ce paiement serait en outre

litigieux et aurait fait l'objet d'une provision de 40'000 fr. dans la comptabilité.

L'arrêt en question retient qu'après la faillite, dix poursuites sur seize, totalisant 64'913 fr. 45, ont été réglées, mais que "ces poursuites n'étaient pas suffisantes pour prononcer la faillite sans poursuite préalable". Ce n'est donc pas en raison du paiement de ces poursuites que la cour de céans a réformé le jugement en ce sens que la faillite n'était pas prononcée, mais pour d'autres motifs, principalement l'absence de preuve stricte de la cessation de paiement.

e) Les recourants soutiennent encore que D._____ aurait commis des irrégularités et que la société ne remplirait pas ses obligations comptables.

Outre qu'elles ne sont pas établies, ces allégations portent sur des faits qui ne constituent pas des motifs pour prononcer la faillite sans poursuite préalable d'une société.

III. Le recours doit ainsi être rejeté et le jugement confirmé.

Les frais de deuxième instance des recourants, solidairement entre eux, sont arrêtés à 300 fr. et ils doivent verser à l'intimée la somme de 900 fr. à titre de dépens de deuxième instance.

Par ces motifs,
la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal,
statuant en audience publique en sa qualité d'autorité
de recours en matière sommaire de poursuites et de faillite,
p r o n o n c e :

I. Le recours est rejeté.

II. Le jugement est confirmé.

III. Les frais de deuxième instance des recourants, solidairement entre eux, sont arrêtés à 300 fr. (trois cents francs).

IV. Les recourants S. _____ SA, L. _____ et B. _____, solidairement entre eux, doivent verser à l'intimée Y. _____ SA la somme de 900 fr. (neuf cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.

V. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 7 juillet 2011

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

La greffière :

Du 3 octobre 2011

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies à :

- Me François Roux, avocat (pour S. _____ SA, L. _____ et B. _____),
- Me Yves Hofstetter, avocat (pour Y. _____ SA),

- M. le Préposé à l'Office des poursuites du district d'Aigle,
- M. le Préposé à l'Office des faillites de l'arrondissement de l'Est vaudois.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110). Ce recours doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Conservateur du Registre foncier d'Aigle,
- M. le Préposé au Registre du Commerce du canton de Vaud,
- M. le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois.

La greffière :