

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 26 février 2015

Composition : Mme ROULEAU, présidente
Mme Carlsson et M. Hack, juges
Greffier : M. Pfeiffer

Art. 174 LP et 725a al. 1 CO

La Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal, statuant à huis clos en sa qualité d'autorité de recours en matière sommaire de poursuites et de faillite, s'occupe du recours exercé par **E. _____ SA**, au Mont-sur-Lausanne, contre le jugement rendu le 22 janvier 2015, à la suite de l'audience du même jour, par la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Lausanne, prononçant sa faillite le 22 janvier 2015 à 11h19, à la requête de **N. _____ GMBH**, à [...].

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. Le 14 mai 2014, à la réquisition de N. _____ GMBH, l'Office des poursuites du district de Lausanne a notifié à E. _____ SA, dans la poursuite n° 7'024'807, un commandement de payer portant sur les montants de 299'961 fr. 41, avec intérêt à 7.87 % l'an dès le 1^{er} mai 2014, et de 90'093 fr. 27 sans intérêt, avec comme titre de la créance ou cause de l'obligation respectivement : « jugement rendu le 9 juillet 2013 par le Handelsgericht du Canton de Zurich, exécutoire depuis le 07.03.2014. Taux de change EUR/CHF : 1.2198 » et « intérêts du 17 mai 2010 au 30 avril 2014 ». La poursuivie a formé opposition totale.

Par décision du 18 septembre 2014, le Juge de paix du district de Lausanne a prononcé la mainlevée définitive de l'opposition de la débitrice dans la poursuite n° 7'024'807.

Une commination de faillite a été notifiée à cette dernière le 21 novembre 2014 et, par acte daté du 12 décembre 2014, le poursuivant a requis la faillite.

2. Par jugement rendu à l'issue d'une audience du 22 janvier 2015, à laquelle les parties ont comparu, respectivement ont été représentées, la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Lausanne a déclaré la faillite de E. _____ SA le 22 janvier 2015 à 11h19 (I) et mis les frais, par 200 fr., à la charge de la faillie (II). La décision a été notifiée à celle-ci le 28 janvier 2015.

3. Le 2 février 2015, la faillie a requis du Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne la constatation de son surendettement (I) et l'ajournement de la faillite pour une durée de six mois (II).

Le même jour, la faillie a recouru devant l'autorité de céans contre le jugement de faillite du 22 janvier 2015, concluant avec suite de dépens à l'admission du recours (I) et, principalement, à la réforme du jugement attaqué en ce sens qu'il est pris acte de la requête de surendettement susmentionnée (II.I) et à l'ajournement de la faillite sur une période de six mois (II.II) ; subsidiairement, elle a conclu à l'annulation du prononcé de faillite et au renvoi de la cause à l'autorité de première instance pour nouvelle décision (III). A l'appui de son écriture, elle a notamment produit :

- un extrait du rapport de l'organe de révision du 23 septembre 2014 concernant la faillie duquel il ressort qu'au 31 mars 2013 les pertes reportées de la faillie s'élevaient à 264'384 fr. 65 et les pertes annuelles à 158'342 fr. 60. Les actifs de la société ne figurent pas sur l'extrait produit ;
- un rapport de l'organe de révision du 9 octobre 2014 concernant la société [...] AG, à Winterthur, dont il ressort que selon le bilan au 31 mars 2014 elle détient une participation de 678'542 fr. dans la société faillie et a consenti à cette dernière deux prêts de 300'000 fr. et 80'481 fr. 65 ;
- un contrat de vente conclu le 23 décembre 2014 entre F._____AG, d'une part, et W._____Ltd., à Hongkong, d'autre part, portant sur l'achat par la seconde de 20'040'000 actions au porteur d'une valeur nominale de 0 fr. 01 par action. Selon le préambule de cette convention, l'acheteur serait intéressé à acquérir une participation majoritaire de F._____AG; le chiffre 7 de la convention mentionne les actions de la société faillie détenues par la société venderesse. Selon le § 2, le transfert des actions devait avoir lieu le 31 mars 2015. Le prix de vente n'est pas fixé. Le § 3 du contrat précisant « The purchase price for the shares referred to under paragraph I, which are sold to the Buyer, shall be comprised of a variable purchase price dependent upon the Company's operating results at the end of the financial year. A further element shall result from the sale of the bearer shares at the market price at the relevant time, less any payables accounted for. The definitive purchase price shall be calculated on the basis of these

figures and settled in accordance with a payment plan ». Ce contrat a été signé, pour la venderesse, au nom de la recourante E. _____ SA.

- Un contrat de distribution exclusif conclu le 7 avril 2014 entre E. _____ SA, d'une part, et W. _____ Ltd., d'autre part, portant sur la mise à disposition par E. _____ SA d'un brevet. Le § 4 dudit contrat stipule ce qui suit : « The purchase price is EUR 750'000.00. For the purchase price the party 1) (*i.e.* E. _____ SA) takes over open accounts payable (according to the assignment contract) as soon as the patent is put on the market and first revenues are received. In return Party 1) shall not be invoiced for any costs whatsoever in respect of marketing or other costs in conjunction with the marketing. In the event of unsuccessful marketing of the patent, the purchase price shall fall due for payment in monthly instalments the latest on 01.01.2021 as follows : EUR 12'000.00 (60 instalments) Party 2) (*i.e.* W. _____ Ltd.) waives objecting to the period of limitations in respect of the payable monthly purchase price instalments » ;
- Un document signé par [...] lequel atteste être propriétaire de 80 % des actions de la société F. _____ AG et s'engage à payer les créanciers de la société E. _____ SA au moyen du bénéfice réalisé sur la vente des actions de F. _____ AG à W. _____ Ltd. dès réception du prix de vente ;
- Un extrait des registres 8a LP au 2 février 2015 de E. _____ SA.

Par prononcé du 11 février 2015, la présidente de la cour de céans a admis la requête d'effet suspensif et ordonné au titre de mesures conservatoires l'inventaire et l'audition de la faillie.

Un extrait des registres 8a LP au 9 février 2015 a été versé au dossier. Il atteste de huit poursuites pour un montant total de 758'094 fr. 85, dont six poursuites au stade du commandement de payer en cours pour la somme de 298'349 fr. 85 (quatre étant frappées d'une opposition totale ou partielle) et deux comminations de faillite délivrées pour la somme de fr. 459'745.

Dans le délai qui lui a été imparti pour se déterminer sur l'extrait des poursuites, la faillie a indiqué que trois poursuites étaient périmées, une avait fait l'objet d'une opposition et deux avaient été payées directement auprès des créanciers, de sorte qu'il restait deux poursuites au stade de la commination de faillite.

En droit :

I. a) Le recours a été formé auprès de l'instance de recours conformément à l'art. 321 al. 1 CPC (Code de procédure civile du 18 décembre 2008, RS 272). Il a été déposé en temps utile, dans le délai de dix jours suivant la notification du jugement de faillite (art. 174 al. 1 LP [loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1]). Tendante à ce qu'il soit pris acte de la requête de surendettement et à l'ajournement de la faillite pour six mois, subsidiairement, à l'annulation du prononcé de faillite et au renvoi de la cause à l'autorité de première instance pour nouvelle décision, il est recevable en la forme (art. 174 al. 2 LP et 321 al. 1 CPC).

b) La production de pièces nouvelles en deuxième instance est autorisée en matière de faillite pour faire valoir des faits nouveaux (nova) sous certaines conditions. La loi différencie deux types de nova : ceux qui se sont produits avant le jugement de première instance (pseudo-nova - art. 174 al. 1 *in fine* LP) et ceux qui se sont produits après (vrai nova - art. 174 al. 2 LP ; Giroud, Basler Kommentar, n. 17 ad art. 174 LP). Il est possible de faire valoir les pseudo-nova sans aucune restriction (Giroud, op. cit., n. 19 ad art. 174 LP ; Bosshard, Le recours contre le jugement de faillite, *in* JT 2010 II 113, p. 126 ; FF 1991 III 1, p. 130 ; TF 5A_571/2010 du 2 février 2011 c. 2, publié *in* SJ 2011 I 149).

Par conséquent, les pièces produites avec le recours – qui sont antérieures à la faillite – sont recevables.

II. a) Selon l'art. 171 LP, lorsque le débiteur est sujet à la poursuite par la voie de la faillite, le juge compétent saisi d'une réquisition de faillite doit prononcer celle-ci, sauf dans les cas mentionnés aux art. 172 à 173a LP.

b) En vertu de l'art. 174 al. 2 LP, la décision du juge de la faillite peut être déférée à l'autorité de recours, qui peut annuler le jugement lorsque le débiteur, en déposant le recours, rend vraisemblable sa solvabilité et établit par titre que depuis lors la dette, intérêts et frais compris, a été payée (ch. 1) ou que la totalité de la somme à rembourser a été déposée auprès de l'autorité de recours à l'intention du créancier (ch. 2), ou encore que celui-ci a retiré sa réquisition de faillite (ch. 3). Ces deux conditions, soit le paiement de la dette à l'origine de la faillite ou le retrait de la requête de faillite et la vraisemblance de la solvabilité sont cumulatives (TF 5A_965/2013 du 3 février 2014 c. 6.2.1 ; Bosshard, op. cit., p. 127). Selon l'intention du législateur, l'art. 174 al. 2 LP vise surtout les cas où, par inadvertance ou à la suite d'un contretemps, il n'a pas été possible d'éviter à temps la déclaration de faillite. En revanche, le but de cette disposition n'est pas d'accorder au débiteur un délai supplémentaire de paiement (TF 5A_728/2007 du 23 janvier 2008 ; FF 1991 III p. 130).

La solvabilité au sens de l'art. 174 al. 2 LP se définit par opposition à l'insolvabilité au sens de l'art. 191 LP (Giroud, op. cit., n. 25 ad art. 174 LP ; TF 5P.399/1999 du 14 janvier 2000 c. 2b). Cette dernière n'équivaut pas au surendettement mais consiste en l'incapacité du débiteur, en raison d'un manque de liquidités qui n'apparaît pas seulement comme temporaire, de payer ses dettes échues. La loi se

contente d'une simple vraisemblance. Un fait est rendu vraisemblable si le juge, en se basant sur des éléments objectifs, a l'impression que le fait s'est produit, sans pour autant devoir exclure la possibilité qu'il ait pu se dérouler autrement (ATF 132 II 712, c. 3.1 et les réf. citées ; TF 5A_413/2014 du 20 juin 2014 c. 4.1). Ainsi, la solvabilité du débiteur doit au moins être plus probable que son insolvabilité. Il ne faut donc pas poser d'exigences trop sévères quant à la solvabilité, en particulier lorsque la viabilité de l'entreprise ne saurait être déniée d'emblée (TF 5A_413/2014 du 20 juin 2014 c. 4.1 ; TF 5A_230/2011 du 12 mai 2011 c. 3 ; TF 5A_529/2008 du 25 septembre 2008 c. 3.1 ; Giroud, op. cit., n. 26 ad art. 174 LP ; Cometta, Commentaire romand, n. 9 ad art. 174 LP ; Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 45 ad. Art. 174 LP).

S'il ne doit pas prouver sa solvabilité de manière stricte, il incombe au débiteur d'offrir les moyens de preuve propres à rendre vraisemblable sa solvabilité (TF 5A_469/2012 du 22 août 2012 c. 4.1.1 ; TF 5A_328/2011 du 11 août 2011 c. 2, publié *in* SJ 2012 I p. 25 ; Message du Conseil fédéral, du 8 mai 1991, concernant la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, FF 1991 III, p. 130 s.). Le débiteur doit fournir des indices tels que les récépissés de paiements, des justificatifs de moyens financiers à sa disposition (avoirs en banque, crédits bancaires), des listes de ses débiteurs, un extrait du registre des poursuites, des comptes annuels récents avec un bilan intermédiaire, cette liste n'étant pas exhaustive. L'extrait du registre des poursuites concernant le failli est en règle générale décisif (Cometta, op. cit, n. 10 ad art. 174 LP). Il faut examiner concrètement la situation du débiteur, par comparaison entre ses actifs et ses passifs. En principe, s'avère insolvable le débiteur qui, par exemple, laisse des comminations de faillite s'accumuler, fait systématiquement opposition et ne paie pas même des montants peu élevés. Des difficultés momentanées de trésorerie, même si elles amènent un retard dans le paiement des dettes, ne sont pas à elles seules un indice d'insolvabilité, à moins qu'il n'y ait aucun indice important permettant d'admettre une amélioration de sa situation financière et qu'il semble manquer de liquidités pour une période indéterminée. A l'inverse,

l'absence de poursuite en cours n'est pas une preuve absolue de solvabilité; elle constitue toutefois un indice sérieux de la capacité du débiteur de s'acquitter de ses engagements échus (TF 5A_413/2014 du 20 juin 2014, c. 4.1; TF 5A_469/2012 du 22 août 2012 c. 4.1.1; CPF, 9 décembre 2010/474; CPF, 2 octobre 2008/483; CPF, 13 juin 2002/229). Le Tribunal fédéral a rappelé que la ratio legis consiste à éviter la faillite lorsque le manque de liquidités suffisantes n'apparaît que passager et que l'entreprise du débiteur semble en mesure de survivre économiquement (TF 5A_328/2011 du 11 août 2011, c. 2, publié in SJ 2012 I p. 25). L'appréciation de la solvabilité repose sur une impression générale fondée sur les habitudes de paiement du failli (TF 5A_413/2014 du 20 juin 2014, c. 4.1; TF 5A_642/2010 du 7 décembre 2010, c. 2.4 ; TF 5A_350/2007 du 19 septembre 2007, c. 4.3).

c) En l'espèce, la recourante ne prétend pas, à juste titre, que les conditions de la faillite n'étaient pas remplies en première instance. Elle ne prétend pas non plus que les conditions d'une annulation de la faillite seraient réunies. Il est en effet constant que la recourante n'a pas payé la dette, intérêts et frais compris, de sorte que l'une des deux conditions cumulatives de l'art. 174 al. 2 LP fait défaut.

III. a) La recourante conclut principalement à la suspension de la faillite jusqu'à droit connu sur la requête d'ajournement de la faillite adressée au Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne le 2 février 2015, soit le même jour que le recours déposé devant la cour de céans.

Selon l'art. 725a CO, le juge déclare la faillite au vu de l'avis de surendettement. Il peut l'ajourner à la requête du conseil d'administration ou d'un créancier si l'assainissement paraît possible.

La recourante ayant déposé un avis de surendettement parallèlement au jugement de faillite dont est recours, il appartiendrait au juge saisi de prononcer une nouvelle fois la faillite, et éventuellement

l'ajournement de celle-ci. Mais cette décision n'aurait aucun effet sur le jugement de la faillite déjà intervenu. En réalité, le recours est, dans cette mesure, dirigé contre un jugement qui n'est pas encore intervenu, non contre la décision formellement attaquée. Il eût appartenu à la recourante de requérir un sursis concordataire et de demander en première instance un ajournement, conformément à l'art. 173a al. 1^{er} LP.

b) Selon l'art. 173a al. 2 LP, le juge peut ajourner d'office la faillite, lorsqu'un concordat paraît possible. En l'espèce, toutefois, aucun assainissement n'apparaît envisageable.

De son propre aveu, la recourante est surendettée. D'après l'extrait du rapport de l'organe de révision qu'elle produit, ses pertes reportées s'élèveraient, au 31 mars 2014, à 264'384 fr. 65 et ses pertes annuelles à 158'342 fr. 60. Ses passifs s'élèveraient à 2'412'162 fr. 32. La recourante n'indique au demeurant pas quels sont ses actifs, de sorte qu'il n'est pas possible de les comparer à ses passifs.

Ensuite, la recourante ne démontre pas de quelle manière la vente de l'un de ses brevets, qui n'a pas encore été commercialisé, à W._____Ltd. assainirait sa situation financière à long terme. On remarquera que le contrat produit est vague, s'agissant du paiement du prix de ce brevet, dont rien n'indique qu'il ait une véritable valeur commerciale.

En définitive, la seule perspective d'assainissement qui est présentée par la recourante consiste en la vente par [...], propriétaire à 80% d'une société tierce, F._____AG, des actions de la recourante que dite société détient à une société chinoise, W._____Ltd., [...] s'engageant ensuite à rembourser les dettes de la recourante au moyen des bénéfices réalisés sur la vente des actions de la recourante. Or, la vente des actions de la recourante par une société tierce à une société chinoise ne concerne pas la recourante en premier lieu. Et même à supposer que dite transaction arrive à chef et que [...] paie les dettes de la

recourante, celui-ci garderait une créance contre la recourante, de sorte que cette dernière n'assainirait aucunement sa situation financière.

Au demeurant, même si [...] comptait faire donation de son bénéfice à la recourante, force est de constater que le contrat produit est remarquablement peu clair, voire contradictoire. Il est établi au nom de F. _____AG, mais signé au nom de la recourante. L'objet même de la vente n'est pas plus clair. Il apparaît, d'une part que l'acheteur souhaiterait acquérir une part majoritaire dans les actions de F. _____AG - qui vendrait ainsi ses propres actions - ; d'autre part les actions de la recourante sont mentionnées, comme s'il s'agissait de l'actif vendu. Ce qui est clair est que [...], qui s'engage par ailleurs à payer les dettes de la recourante avec le bénéfice de l'opération, n'est pas partie à cette convention. Enfin, le prix de vente n'est pas fixé, ni même déterminable aux termes du contrat.

On peine ainsi à discerner de quelle façon la débitrice serait en mesure de survivre économiquement. Non seulement la vraisemblance de sa solvabilité n'est pas apportée, mais il ne ressort du dossier aucune perspective sérieuse d'encaissement.

IV. Le recours doit par conséquent être rejeté et le jugement confirmé, la faillite de E. _____SA prenant effet, compte tenu de l'effet suspensif accordé, le 20 mai 2015.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr., sont mis à la charge de la recourante, sans allocation de dépens de deuxième instance.

Par ces motifs,
la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos 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, la faillite de E._____SA prenant effet le 20 mai 2015 à 16 heures 15.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr. (trois cents francs), sont mis à la charge de recourante.
- IV.** Il n'est pas alloué de dépens de deuxième instance.

La présidente :

Le greffier :

Du

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

- Me Schuler, avocat (pour E._____SA),
- Me Guyaz, avocat (pour N._____GMBH),
- M. le Préposé à l'Office des poursuites du district de Lausanne,
- M. le Préposé à l'Office des faillites de l'arrondissement de Lausanne et Ouest lausannois.

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 :

- Mme la Conservatrice du Registre foncier, Office de Lausanne,
- M. le Préposé au Registre du Commerce du canton de Vaud,

et communiqué à :

- Mme la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Lausanne.

Le greffier :