

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 8 décembre 2020

Composition : M. MAILLARD, président
M. Hack et Mme Rouleau, juges
Greffier : Mme Umulisa Musaby

Art. 190 al. 1 ch. 2 LP

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 **R._____**, à Nyon, contre la décision rendue le 15 septembre 2020, à la suite de l'audience du 8 septembre 2020, par la Présidente du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois, dans la cause qui oppose le recourant à **O._____SÀRL**, à Aigle.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. a) Par requête du 5 août 2020, R. _____ a demandé la faillite sans poursuite préalable de son ancien employeur, O. _____ Sàrl, en invoquant des arriérés de salaire de 68'412 fr. 80 et des frais professionnels et en faisant valoir que la société avait manifestement suspendu ses paiements au sens de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP.

Le requérant a notamment produit des extraits des registres de poursuites des districts de Lausanne et d'Aigle relatifs à la société intimée, dont il ressort qu'au 8 juillet 2020 celle-ci faisait l'objet de 5 actes de défaut de biens pour un total de 22'563 fr. 45 et des poursuites totalisant 2'528'591 fr. 55 (1'125'499 fr. 85 + 1'403'091 fr. 70) qui peuvent être résumées comme il suit, abstraction faite des poursuites payées à l'Office et des poursuites éteintes :

- quatre poursuites requises dès le 26 avril 2016 par « E. _____ » pour un montant total de 1'031'893 fr. 20 au stade de l'opposition ;
- une poursuite du 6 février 2020 requise par C. _____, [...] pour le montant de 1'393'091 fr. 70 au stade de l'opposition ;
- une poursuite du 6 décembre 2019 requise par X. _____ pour un montant de 12'468 fr. 40 au stade de l'opposition ;
- neuf poursuites, pour un montant total de 19'160 fr. 20, requises à partir du 19 septembre 2019 par des corporations publiques, l'une de ces poursuites au stade de la réquisition de vente (4'250 francs 20), trois frappées d'opposition (4'910 fr.) et cinq poursuites, figurant dans le registre des poursuites de l'Office des poursuites du district d'Aigle, au stade de la saisie (10'000 fr.).

b) Par réponse du 17 août 2020, O. _____ Sàrl a conclu au rejet de cette requête. Elle a admis la créance de salaire du requérant sur le principe, mais en a contesté l'ampleur, alléguant que les arriérés de salaire s'élevaient tout au plus à 9'041 fr. 30. Elle a également soutenu

qu'elle avait des liquidités suffisantes pour couvrir les prétentions du requérant mais qu'elle ne pouvait en l'état procéder à aucun paiement du fait que ses comptes faisaient l'objet d'un séquestre pénal. Elle a produit notamment les pièces suivantes :

- une ordonnance rendue le 29 avril 2019 par le Ministère public central, division criminalité économique (ci-après : le Ministère public), dont il ressort qu'à la suite d'une plainte pénale déposée le 21 avril 2017 par E._____, contre O._____Sàrl, son associé gérant T._____ et contre inconnu, notamment pour abus de confiance, escroquerie, gestion déloyale, blanchiment d'argent, le Ministère public avait placé sous séquestre plusieurs relations bancaires ouvertes au nom de la société intimée ou de son associé gérant, dont les comptes CH [...] en francs suisses et [...], en euros ouverts par O._____Sàrl auprès de la banque [...]. Le 29 avril 2019, le Ministère public a levé partiellement ce séquestre, en confirmant le maintien du séquestre frappant ce dernier compte, en euros, à concurrence de 60'000 euros, l'intimée pouvant disposer de ce compte pour le surplus dès que l'ordonnance serait définitive et exécutoire ;

- un extrait d'un arrêt rendu le 15 août 2019, à la suite d'un recours déposé par E._____, par lequel la Chambre des recours pénale (ci-après : la CREP) a constaté que plusieurs relations bancaires avaient été placées sous séquestre à titre de garantie de l'exécution d'une créance compensatrice au sens de l'art. 71 al. 3 CP (Code pénal suisse du 21 décembre 1937 ; RS 311.0), que les soupçons pesant sur le prévenu T._____ demeurant d'actualité, l'assiette du séquestre tel qu'arrêtée par le Ministère public ne pouvait pas être confirmée et a considéré que le séquestre devait être maintenu en l'état. La CREP a renvoyé le dossier de la cause au Ministère public pour nouvel examen dans le sens des considérants ;

- des « contrats de gestion de cave de grands crus » conclus notamment entre L._____, [...] et la société intimée ;

- un procès-verbal d'une audience tenue le 26 juin 2020 par la Juge déléguée de la Chambre patrimoniale cantonale dans la cause qui

opposait L._____, [...] à O._____Sàrl, dont il ressort que la procédure de conciliation a été suspendue pour une durée de quatre mois ;

- une ordonnance rendue le 20 décembre 2018 par le Tribunal de première instance de la République et canton de Genève, dans la cause divisant E._____ (demanderesse), d'avec [...] - S.R.L (défenderesse) et les appelés en cause, dont O._____Sàrl et P._____ par laquelle le Tribunal a suspendu la procédure jusqu'à droit connu dans une procédure pénale.

c) La Présidente du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois a tenu une audience le 8 septembre 2020, au cours de laquelle l'intimée a produit deux extraits de comptes bancaires indiquant qu'au 31 mars 2020 elle avait un solde final de 10'698 fr. 50 et de 221'221,25 euros sur deux comptes à l' [...].

2. Par décision du 15 septembre 2020, notifiée au conseil de R._____ le lendemain, la Présidente a rejeté la requête de faillite sans poursuite préalable (I) et mis les frais à la charge du requérant (II et III).

Le premier juge a admis que le requérant avait rendu vraisemblable sa qualité de créancier, mais pas la condition de la suspension des paiements. Il a relevé qu'une partie importante des poursuites concernait un litige civil et pénal dont les créances n'étaient pas incontestées et exigibles, que les autres poursuites étaient dues au fait qu'un séquestre pénal dans le cadre de ce litige avait été ordonné sur les comptes bancaires de l'intimée, que cette dernière disposait des liquidités nécessaires pour les régler mais ne le pouvait pas en raison du blocage de ses comptes, qu'elle avait rendu vraisemblable que le séquestre pourrait être partiellement levé à brève échéance, que la créance garantie semblait ne pas devoir dépasser 60'000 fr., et que l'intimée avait aussi exposé ne plus avoir d'activité ni de charges de sorte que les dettes n'allaient pas continuer à s'accumuler.

3. a) Par acte du 28 septembre 2020, le requérant a fait recours, concluant principalement à la réforme de la décision attaquée en ce sens que la requête de faillite est admise ; subsidiairement, il a conclu à son annulation et au renvoi de la cause à l'autorité précédente pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Le recourant a produit deux pièces nouvelles. Il en ressort qu'à la requête d'L._____ et six consorts, le Juge de paix du district de Lausanne a rendu une ordonnance de séquestre le 2 décembre 2019 portant sur les bouteilles de vin stockées dans les ports-francs de [...] exploités par notamment par X._____ au nom des sociétés O._____ Sàrl, [...], P._____ et/ou T._____, pour une créance de 1'428'202 fr., intérêts en sus, résultant « des contrats de gestion de cave de grands crus non honorés ».

Un extrait de l'Office des poursuites du district d'Aigle du 30 septembre 2020, versé d'office au dossier, indique une poursuite du 11 mars 2020 requise par L._____ et six consorts pour un montant de 1'454'646 fr. 25, au stade de l'opposition.

b) L'intimée n'a pas été invitée à se déterminer.

En droit :

I. En vertu de l'art. 174 al. 1 LP (loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite ; RS 281.1), auquel renvoie l'art. 194 al. 1 LP, le jugement statuant sur une requête de faillite sans poursuite préalable peut faire l'objet d'un recours au sens du CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272). Le recours au sens des art. 319 ss CPC doit être introduit auprès de l'instance de recours par acte écrit et motivé (art. 321 al. 1 CPC), dans les dix jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 321 al. 2 CPC).

Les pièces nouvelles concernent des faits antérieurs au jugement entrepris et sont recevables (art. 174 al. 1 et 194 LP).

II. Seule est litigieuse la question de la suspension des paiements.

Le recourant fait valoir que le caractère fautif de la suspension des paiements n'était pas une condition légale, que si l'on retenait le contraire, il faudrait admettre en l'espèce que l'intimée, dont l'administrateur était soupçonné d'une infraction pénale, était responsable du séquestre pénal, qu'il n'était pas établi que ce séquestre pourrait être rapidement levé en partie, que de toute façon il y avait déjà une poursuite avant le séquestre pénal. Il observe aussi que l'intimée a pu s'acquitter de plusieurs dettes en poursuite, ce qui permettait de penser qu'elle n'avait nullement cessé ses activités mais avait encore des revenus sur d'autres comptes, et que le groupe de personnes en litige avec la société avait obtenu un séquestre de ses stocks.

a) 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_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 *Kurzkommentar 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 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; 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, S.J. 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_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, Basler Kommentar, n. 12 ad art. 43 LP et références). Tel est le cas lorsqu'il est établi que le débiteur a sur une certaine durée effectué ses paiements en 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).

b) En l'espèce on ne dispose d'aucun élément comptable qui permettrait de déterminer s'il y a insolvabilité. On peut seulement se demander s'il y a suspension des paiements. Il n'est pas contesté que l'essentiel des poursuites concerne des créances litigieuses et pas incontestées et exigibles. Par ailleurs, le recourant lui-même fait valoir que l'intimée doit avoir des activités et des ressources dès lors qu'elle a pu régler un certain nombre de poursuites : c'est de bon pronostic. En outre, si on ne peut pas dire si le séquestre pénal a des chances d'être levé prochainement, on ne sait rien de la procédure pénale, si elle aboutira à une condamnation et ce que cela impliquerait pour les lésés. En tout état de cause, il convient de faire la part des choses entre l'infraction commise par une personne physique et la question de la solvabilité d'une personne morale.

Il découle des principes exposés ci-haut, que la suspension de tous paiements doit refléter une attitude du poursuivi qui, faute d'argent, conteste même l'incontestable. Telle n'est pas l'image qui résulte du dossier. Sans le séquestre garantissant une créance en l'état non constatée judiciairement, les poursuites auraient pu être réglées avec les liquidités disponibles. Comme le premier juge l'a relevé, au 8 juillet 2020, les créances incontestées et exigibles ne dépassaient pas 31'000 fr., alors que les comptes bloqués de la société affichaient des montants supérieurs

à 200'000 francs. Enfin, l'existence d'une seule poursuite antérieure au séquestre - une poursuite du 26 avril 2016 pour 11'930 fr. 40 requise par [...], qui a au demeurant été payée à l'Office - ne saurait évidemment pas fonder un constat de cessation de paiements.

III. En conclusion, le recours, manifestement infondé, doit être rejeté selon le mode procédural de l'art. 322 al. 1 CPC et la décision confirmée.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr., doivent être mis à la charge du recourant (art. 106 al. 1 CPC).

Il n'est pas alloué de dépens de deuxième instance, l'intimée n'ayant pas été invitée à procéder.

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. La décision est confirmée.

III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr. (trois cents francs), sont mis à la charge du recourant R._____.

IV. L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière:

Du

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

- Me Jean-Marc Reymond, avocat (pour R._____),
- Me Fabien V. Rutz, avocat (pour O._____ Sàrl),
- 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, Office de l'Est vaudois,
- M. le Préposé au Registre du Commerce du canton de Vaud,

et communiqué à :

- Mme la Présidente du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois.

La greffière :