

## COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

---

---

Séance du 25 novembre 2010

---

Présidence de M. HACK, vice-président  
Juges : M. Bosshard et M. Vallat, juge suppléant  
Greffier : Mme Diserens, ad hoc

\*\*\*\*\*

### **Art. 174, 190 al. 2 ch. 2 et 194 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 **Y.\_\_\_\_\_ SA**, à Bâle et à Zurich, contre le jugement rendu le 5 août 2010, à la suite de l'audience du 24 juin 2010, par le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois, rejetant la requête de faillite sans poursuite préalable formée par la recourante contre **X.\_\_\_\_\_ SA**, à Aigle.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

**En fait :**

**1. a)** La société A. \_\_\_\_\_ SA, précédemment B. \_\_\_\_\_ SA, a fusionné avec Y. \_\_\_\_\_ SA, au mois de novembre 2009.

X. \_\_\_\_\_ SA, à Aigle, est une société anonyme inscrite au Registre du commerce le 24 mars 2006, dont le but est le commerce et l'exportation d'additifs alimentaires et de consommables pour l'imprimerie. Son capital-action, par 143'700 francs, soit 1'437 actions de 100 fr. chacune, a été entièrement libéré. S. \_\_\_\_\_ est inscrit en qualité d'administrateur-président, avec signature individuelle.

**b)** Par contrat du mois de décembre 2006, la société B. \_\_\_\_\_ SA a accordé à X. \_\_\_\_\_ SA un financement d'un montant maximum de 3'000'000 fr., l'intimée cédant à B. \_\_\_\_\_ SA toutes les créances résultant de livraisons de marchandises et/ou de prestations du client effectuées vis-à-vis de ses acheteurs domiciliés en Suisse et/ou à l'étranger. L'intimée s'engageait en outre à encaisser ses créances exclusivement sur les comptes ouverts à son nom auprès d'Y. \_\_\_\_\_ SA, respectivement en francs suisses, en euros ou en dollars américains.

**c)** Devenue A. \_\_\_\_\_ SA, la société prêteuse a augmenté la limite maximale de financement dans un premier temps à 5'000'000 fr., puis à 7'000'000 francs et, enfin, à 10'000'000 fr. le 6 octobre 2008.

**d)** Par courrier du 14 mai 2009, A. \_\_\_\_\_ SA a résilié le contrat de factoring pour le 31 décembre 2009.

**e)** Au 30 septembre 2009, les comptes de X. \_\_\_\_\_ SA mentionnaient parmi les actifs circulants des débiteurs pour 10'641'801 fr. 16 et, au passif, une dette sur le compte en francs suisses à l'égard d'" A. \_\_\_\_\_ SA" de 283'485 fr. 90 et sur le compte en euros de 10'034'696

fr. 56, tandis que les fonds propres étaient évalués à 666'352 francs. Quant au compte de pertes et profits, il indiquait un résultat net pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2009 au 30 septembre 2009 de 791'518 fr. 92.

**f)** Par lettre du 22 octobre 2009, A. \_\_\_\_\_ SA s'est inquiétée du nombre important de créances, cédées et échues, qui restaient impayées et sollicitait des explications complémentaires pour certaines factures.

**g)** Le 7 décembre 2009, Y. \_\_\_\_\_ SA a confirmé à X. \_\_\_\_\_ SA la teneur d'un entretien du 4 décembre précédent, au cours duquel elle a notamment indiqué qu'elle notifierait à C. \_\_\_\_\_ SA les créances échues à plus de 45 jours et informerait tous les débiteurs ayant des factures ouvertes de la cession de créances par des avocats mandatés localement.

**h)** Plusieurs débiteurs prétendus de X. \_\_\_\_\_ SA, notamment en Lituanie, en Ukraine et en Russie ont répondu à l'information d'Y. \_\_\_\_\_ SA qu'ils n'avaient aucune facture ouverte auprès de X. \_\_\_\_\_ SA.

Il s'en est suivi un échange de courriers avec l'ancien conseil de cette société qui a notamment expliqué que pour des raisons fiscales la marchandise était commandée localement à des correspondants de X. \_\_\_\_\_ SA et que cette dernière avait également subi des pertes de change.

**2.** Le 22 mars 2010, Y. \_\_\_\_\_ SA a requis du Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois qu'il prononce la faillite sans poursuite préalable de la société X. \_\_\_\_\_ SA en application de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP (loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ; RS 281.1). Elle alléguait en substance que X. \_\_\_\_\_ SA, qui avait suspendu ses paiements, était en situation de surendettement depuis de nombreux

mois et que son président du conseil d'administration avait pris la fuite dans l'intention de se soustraire à ses obligations.

Selon une attestation de l'Office des poursuites au 23 avril 2010, X.\_\_\_\_\_ SA ne fait pas l'objet de poursuites et n'est pas sous le coup d'actes de défaut de biens. Contrairement à ce que prétendait la requérante, l'administrateur de X.\_\_\_\_\_ SA n'était pas en fuite.

Par décision du 5 août 2010, notifiée le lendemain aux parties, le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois a rejeté la requête de faillite sans poursuite préalable (I) arrêté les frais et émoluments de justice à 300 fr. à la charge d'Y.\_\_\_\_\_ SA (II) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (III). En substance, le premier juge a considéré que la société ne faisait l'objet d'aucune procédure de poursuite et qu'elle n'avait aucune autre dette que celle réclamée par la requérante, du reste reconnue ; que l'intimée avait rendu vraisemblable la réalité de son activité commerciale et que c'était le modèle d'affaire, qui ne correspondait plus à la politique de crédit de la requérante, qui avait abouti à la résiliation du contrat de factoring. Le défaut de liquidités ne pouvait être qualifié de durable et la situation de surendettement n'était pas établie ; en tous les cas, la suspension des paiements n'était pas prouvée.

**3.** Par acte du 10 août 2010, Y.\_\_\_\_\_ SA a recouru contre ce jugement concluant, principalement, à l'annulation du prononcé, subsidiairement, à sa réforme en ce sens que la faillite de X.\_\_\_\_\_ SA est prononcée.

Dans son mémoire ampliatif du 2 septembre 2010, la recourante n'a repris que sa conclusion en réforme.

L'intimée a conclu, dans son mémoire responsif du 15 octobre 2010, au rejet du recours, sous suite de frais et dépens de toutes les instances. A l'appui de son écriture, elle a produit un onglet de quatre

pièces sous bordereau, soit notamment un document de la fiduciaire V.\_\_\_\_\_, du 1<sup>er</sup> octobre 2010, attestant qu'au 30 septembre 2009, l'intimée avait des débiteurs à hauteur de 11'824'223 fr. 51 ainsi que divers avis de crédit de deux comptes de l'intimée auprès de Y.\_\_\_\_\_ SA en 2008, 2009 et janvier 2010.

### **En droit :**

**I. a)** Le recours a été formé dans le délai de dix jours suivant la notification du prononcé, soit en temps utile (art. 174 al. 1 LP auquel renvoie l'art. 194 al. 1 LP et art. 57 al. 1 LVLP [loi d'application dans le canton de Vaud de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 18 mai 1955 ; RSV 280.05]). L'acte de recours comporte des conclusions principales en nullité et subsidiaires en réforme, valablement formulées. Toutefois, la recourante n'a articulé dans son mémoire ampliatif aucun grief en nullité, de sorte que ces conclusions-là sont irrecevables. Le recours est donc recevable comme recours en réforme.

**b)** Le recours est dirigé contre une décision refusant de prononcer la faillite, ce qui est admissible puisque l'actuel art. 174 al. 1 LP ouvre la voie du recours contre toute décision du juge de la faillite, y compris le rejet de la requête de faillite (Cometta, Commentaire romand, n. 1 ad art. 174 LP ; Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 26 ad art. 174 LP). Cela pourrait ne plus être le cas à l'avenir puisque le Conseil fédéral envisage de modifier cet article et de ne permettre de recourir que contre l'ouverture de la faillite (Message du Conseil fédéral du 8 septembre 2010, FF 2010 pp. 5871 ss, p. 5922 ; cf. Bosshard, Le recours contre le jugement de faillite, in JT 2010 II pp. 113 ss, pp. 124 s).

**c)** En matière de faillite sans poursuite préalable, les parties peuvent faire valoir des faits nouveaux lorsqu'ils se sont produits avant le

jugement de première instance (pseudo-nova). Les pièces produites par l'intimée avec son mémoire responsif sont ainsi recevables.

**II. a)** L'art. 190 al. 1 ch. 2 LP prévoit que le créancier peut requérir la faillite sans poursuite préalable si le débiteur sujet à la poursuite par voie de faillite a suspendu ses paiements.

Selon la jurisprudence, la déclaration de faillite ayant de graves conséquences financières et juridiques pour le débiteur, il y a lieu d'exiger une preuve stricte du motif pour lequel la faillite sans poursuite préalable est requise, la simple vraisemblance ne suffisant pas (SJ 2001 I 352 et réf. cit.). Cette preuve peut certes être rapportée sous la forme d'indices et résulter d'actes du débiteur permettant de conclure à une suspension ou cessation des paiements (CPF, 29 novembre 2007/455). Cependant, c'est seulement lorsque, d'après la nature des choses, il n'est pas possible d'administrer une preuve directe, que le juge est en droit de décider qu'une preuve par indices est suffisante (CPF, 18 septembre 2008/439 précité). Lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne est en état de cessation de paiements, il intervient forcément une part d'appréciation, puisque la suspension des paiements, au sens de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP, est une notion juridique, qui plus est partiellement indéterminée. Ainsi, les faits sur lesquels le juge fondera cette appréciation ne peuvent pas résulter que d'indices mais doivent être pleinement prouvés.

La notion de cessation de paiements a été laissée indéterminée par le législateur. Il s'agit d'une notion imprécise, qui laisse une grande latitude au juge de la faillite (Gilliéron, op. cit., n. 27 ad art. 190 LP). La cessation ou suspension des paiements 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). La notion de cessation des paiements a été préférée par le législateur à celle d'insolvabilité parce qu'elle est perceptible extérieurement et par conséquent plus aisée à rendre vraisemblable. Mais, lorsque l'insolvabilité est rendue vraisemblable, la faillite sans poursuite préalable doit a fortiori être déclarée (Gilliéron, op. cit., n. 29 ad art. 190 LP ; TF 5A\_367/2008 du 11 juillet 2008 c. 4.1). La suspension des paiements est la manifestation extérieure d'un défaut de liquidités qui doit être durable et dépasser la simple gêne passagère. C'est un comportement du débiteur qui est l'expression évidente de son incapacité à honorer ses engagements échus. Il n'est cependant pas nécessaire que le débiteur suspende tous ses paiements ; il suffit que le refus de payer concerne une partie essentielle de son activité (Gilliéron, op. cit., n. 30 ad art. 190 LP ; BISchK 1993, p. 97). La suspension des paiements est réalisée lorsque le débiteur ne paie pas des créances incontestées et exigibles, laisse les poursuites se multiplier contre lui tout en faisant systématiquement opposition et omet de payer même des dettes minimales (SJ 2000 I 248, p. 250 et réf. cit.). Selon un auteur, cette condition est satisfaite notamment lorsque des comminations de faillite ont été émises et demeurent valables, c'est-à-dire non périmées, en présence de commandements de payer frappés d'opposition alors même qu'ils se réfèrent à des prétentions de droit public fondées sur des décisions administratives entrées en force, ou encore lorsque le défaut de paiement se réfère à une part prépondérante de l'activité commerciale du débiteur (Cometta, op. cit., n. 10 ad art. 190 LP ; SJ 1994 435).

Il faut toutefois se garder d'une application mécanique de ces principes, sauf à considérer qu'il n'existe pas de stade intermédiaire entre la gêne passagère, laquelle ne justifie en principe pas de prononcer la faillite, et la cessation de paiements, laquelle justifie en principe de prononcer la faillite sans poursuite préalable.

**b)** En l'occurrence, l'intimée n'a pas de poursuites en cours, ce qui tend à démontrer qu'elle paie ses fournisseurs et, partant, qu'elle n'est pas en cessation de paiement.

La recourante est une créancière importante (plus de 8'000'000 de francs). L'intimée a trouvé auprès d'elle du financement par factoring ; en d'autres termes, elle a obtenu des liquidités sous forme de limites de crédit contre cession de ses prétentions à l'égard de ses clients. Certes, quelques sociétés mentionnées à la recourante ont indiqué à cette dernière n'être pas débitrices de l'intimée ; les explications de l'ancien conseil de l'intimée permettent cependant de justifier ces déclarations. En outre, même si, jusqu'à un certain point, la pérennité des paiements de l'intimée (fournisseurs, etc.) peut éventuellement s'expliquer par les liquidités dont elle dispose ou plutôt disposait par le contrat de factoring, le fait que la recourante ne soit pas en mesure d'obtenir les montants des débiteurs de l'intimée ne signifie pas encore que cette dernière serait en cessation de paiement.

La recourante allègue, en définitive, que l'intimée lui aurait menti quant aux créances cédées, ce qui aurait conduit à la résiliation du contrat de factoring, et qu'elle est dans l'incapacité de s'acquitter de sa dette, soit du solde des comptes de factoring. Bien que la créance de la recourante soit constituée par le solde de ce compte, il n'en demeure pas moins que dans les relations entre les parties, ce montant était constitué des contreparties de créances cédées. Or les pièces produites par l'intimée démontrent qu'elle s'est acquittée, en 2008, 2009 et encore en janvier 2010 de différents montants correspondants à ces créances sur les comptes nantis. Cela ne plaide pas non plus en faveur d'une cessation de paiement mais plutôt en faveur de difficultés transitoires.

C'est donc à juste titre que le premier juge a considéré que les exigences élevées pour déclarer sans poursuite préalable une faillite d'une société ne sont pas réunies.

**III.** Le recours doit ainsi être rejeté et le jugement du 5 août 2010 confirmé.

Les frais de deuxième instance de la recourante sont arrêtés à 750 francs. Elle doit en outre verser la somme de 1'000 fr. à l'intimée, 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 de la recourante sont arrêtés à 750 fr. (sept cent cinquante francs).
- IV.** La recourante Y. \_\_\_\_\_ SA doit verser à l'intimée X. \_\_\_\_\_ SA la somme de 1'000 fr. (mille francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- V.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

La greffière :

**Du 25 novembre 2010**

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

La greffière :

Du 25 février 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 Rémy Wyler, avocat (pour Y. \_\_\_\_\_ SA),
- Me Christophe Piguet, avocat (pour X. \_\_\_\_\_ SA),
- M. le Préposé à l'Office des poursuites d'Aigle,
- M. le Préposé à l'Office des faillites 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: