

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

5A 93/2018

Arrêt du 18 avril 2018

Ile Cour de droit civil

Composition

Mme et MM. les Juges fédéraux Escher, Juge président, Herrmann et Bovey.
Greffière : Mme Hildbrand.

Participants à la procédure

A. _____ SA,
représentée par Me Stéphane Jordan, avocat,
recourante,

contre

B. _____,
intimé,

1. Registre du commerce du Ile arrondissement, place du Midi 30, 1950 Sion,
2. Office des poursuites et des faillites du district de Sion, rue des Vergers 1, 1950 Sion,
3. Registre foncier du IVe arrondissement, avenue de la Gare 39, case postale 478, 1951 Sion.

Objet

faillite (art. 174 LP),

recours contre le jugement du Tribunal cantonal du canton du Valais, Autorité de recours en matière de poursuite et faillite, du 18 janvier 2018 (LP 17 58).

Faits :

A.

Par jugement du 1er décembre 2017, le juge suppléant II du district de Sion a prononcé la faillite de la société A. _____ SA à U. _____, avec effet dès ce jour à 8h30.

B.

Par jugement du 18 janvier 2018, le Tribunal cantonal du Valais, Autorité de recours en matière de poursuite et faillite, a rejeté le recours interjeté par A. _____ SA et prononcé la faillite de cette dernière avec effet ce même 18 janvier 2018 à 10h.

C.

Par écriture du 29 janvier 2018, A. _____ SA interjette un recours en matière civile au Tribunal fédéral, assorti d'une demande d'effet suspensif. Invoquant l'arbitraire dans la constatation des faits et l'appréciation des preuves ainsi que la violation de l'art. 174 al. 2 LP, elle conclut, sous suite de frais et dépens, à l'annulation du jugement attaqué et du prononcé de faillite.

D.

L'effet suspensif a été attribué au recours par ordonnance présidentielle du 7 mars 2018, en ce sens qu'aucun acte d'exécution de la décision attaquée ne devait être entrepris, les éventuelles mesures conservatoires prises en vertu des art. 162 ss, 170, 174 al. 3 et 221 ss LP demeurant toutefois en vigueur.

Considérant en droit :

1.

Interjeté dans le délai légal (art. 100 al. 1 LTF) contre une décision finale (art. 90 LTF; ATF 133 III 687

consid. 1.2) qui confirme, en dernière instance cantonale et sur recours (art. 75 LTF), l'ouverture de la faillite de la recourante (art. 72 al. 2 let. a LTF), le recours en matière civile est en principe recevable, indépendamment de la valeur litigieuse (art. 74 al. 2 let. d LTF); la faillie, qui a succombé devant la juridiction précédente, a qualité pour recourir (art. 76 al. 1 LTF).

2.

2.1. Le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit fédéral, lequel comprend les droits constitutionnels (art. 95 let. a LTF; ATF 133 III 446 consid. 3.1, 462 consid. 2.3). Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF), sans être lié ni par les motifs de l'autorité précédente, ni par les moyens des parties (ATF 133 III 545 consid. 2.2). Il ne connaît toutefois de la violation des droits fondamentaux que si ce grief a été soulevé et motivé par le recourant (" principe d'allégation "; art. 106 al. 2 LTF; ATF 143 II 283 consid. 1.2.2; 134 I 83 consid. 3.2; 133 II 249 consid. 1.4.2).

2.2. Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF); le recourant ne peut critiquer les constatations de fait que si celles-ci ont été retenues d'une manière manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF, et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF). Le recourant qui entend se plaindre d'un établissement manifestement inexact - c'est-à-dire arbitraire (art. 9 Cst.; ATF 137 I 58 consid. 4.1.2; 136 II 304 consid. 2.4; 135 III 127 consid. 1.5) - des faits doit satisfaire au principe d'allégation susmentionné, étant rappelé que l'appréciation des preuves n'est arbitraire que si le juge n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, s'il a omis, sans raison sérieuse, de tenir compte d'un moyen important propre à modifier la décision attaquée ou encore si, sur la base des éléments recueillis, il a fait des déductions insoutenables (ATF 136 III 552 consid. 4.2 et les références). Les critiques appellatoires sont irrecevables (ATF 140 III 267 consid. 2.3).

Par ailleurs, contrairement à ce que prévoit l'art. 174 al. 1 LP pour la procédure de recours cantonale, aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté devant le Tribunal fédéral, à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente (art. 99 al. 1 LTF; arrêts 5A 921/2014 du 11 mars 2015 consid. 3.2 et les arrêts cités; 5A 624/2014 du 14 octobre 2014 consid. 2.2).

3.

3.1. Invoquant une violation de l'art. 174 al. 2 LP, la recourante s'en prend tout d'abord au constat du Tribunal cantonal selon lequel ses considérations quant à l'absence de surendettement n'étaient pas pertinentes. Elle estime que l'autorité précédente aurait au contraire dû tenir compte du fait qu'elle n'est pas surendettée. Cette absence de surendettement était notamment attestée par les bilans des exercices 2013-2014, 2014-2015 et 2015-2016. Il en résultait que la société n'était ni dans une situation de sous-bilan ni dans un cas de surendettement puisque son actif social était supérieur aux fonds étrangers et qu'elle n'a pas connu de pertes lors des trois précédents exercices comptables. Or, selon la doctrine unanime, la solvabilité d'une société de capital est présumée dès lors que, comme en l'espèce, elle n'est pas surendettée. Le Tribunal cantonal aurait dû retenir cette présomption et considérer en conséquence que les conditions prévues par l'art. 174 al. 2 LP pour annuler le prononcé de faillite étaient remplies.

3.2. Ce faisant, la recourante perd de vue que, selon la jurisprudence, l'absence de surendettement démontré n'exclut pas l'insolvabilité si le débiteur ne dispose pas de liquidités pour acquitter ses dettes échues (arrêt 5P.153/2001 du 26 juin 2001 consid. 3 et les références). Sa critique est donc directement liée et dépend entièrement de la réponse à son grief d'arbitraire dans la constatation et l'appréciation des faits, lequel sera examiné ci-après.

4.

La recourante se plaint ensuite d'arbitraire (art. 9 Cst.) dans la constatation des faits et l'appréciation des preuves en tant que le Tribunal cantonal n'a pas retenu qu'elle avait rendu vraisemblable sa solvabilité.

4.1. Aux termes de l'art. 174 al. 2 LP, l'autorité de recours peut annuler l'ouverture de la faillite lorsque le débiteur rend vraisemblable sa solvabilité et qu'il établit par titre que l'une des conditions suivantes est remplie: la dette, intérêts et frais compris, a été payée (ch. 1), la totalité du montant à rembourser a été déposée auprès de l'autorité judiciaire supérieure à l'intention du créancier (al. 2) ou le créancier a retiré sa réquisition de faillite (al. 3).

C'est le débiteur qui doit rendre sa solvabilité vraisemblable; il n'appartient pas à l'autorité de recours

de rechercher d'office des moyens de preuve idoines (arrêts 5A 354/2016 du 22 novembre 2016 consid. 4.1 et les arrêts cités; 5A 300/2016 du 14 octobre 2016 consid. 5.1 et les arrêts cités; 5A 175/2015 du 5 juin 2015 consid. 4.1 publié in SJ 2016 I p. 101; 5A 912/2013 du 18 février 2014 consid. 3). 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 (arrêt 5P.399/1999 du 14 janvier 2000 consid. 2b); elle consiste en la capacité du débiteur de disposer de liquidités suffisantes pour payer ses dettes échues et peut aussi être présente si cette capacité fait temporairement défaut, pour autant que des indices d'amélioration de la situation à court terme existent (arrêts 5A 606/2014 du 19 novembre 2014 consid. 3.1; 5A 912/2013 précité consid. 3; 5A 328/2011 du 11 août 2011 consid. 2, publié in SJ 2012 I p. 25). Si le débiteur doit seulement rendre vraisemblable - et non prouver - sa solvabilité, il ne peut se contenter de simples allégations, mais doit fournir des indices concrets tels que récépissés de paiements, justificatifs des moyens financiers (avoirs en banque, crédit bancaire) à sa disposition, liste des débiteurs, extrait du registre des poursuites, comptes annuels récents, bilan intermédiaire, etc. (arrêt 5P.399/1999 précité). En plus de ces documents, le poursuivi doit établir qu'aucune requête de faillite dans une poursuite ordinaire ou dans une poursuite pour effets de change n'est pendante contre lui et qu'aucune poursuite exécutoire n'est en cours contre lui (arrêts 5A 153/2017 du 21 mars 2017 consid. 3.1; 5A 810/2015 du 17 décembre 2015 consid. 3.2.1; 5A 921/2014 précité consid. 3.1; 5A 606/2014 précité consid. 3.1; 5A 912/2013 du 18 février 2014 consid. 3; 5A 115/2012 du 20 avril 2012 consid. 3). L'extrait du registre des poursuites constitue un document indispensable pour évaluer la solvabilité du failli (arrêts 5A 126/2010 du 10 juin 2010 consid. 6.2; 5A 80/2007 du 4 septembre 2007 consid. 5.2). La condition selon laquelle le débiteur doit rendre vraisemblable sa solvabilité ne doit pas être soumise à des exigences trop sévères; il suffit que la solvabilité apparaisse plus probable que l'insolvabilité, en particulier lorsque la viabilité de l'entreprise ne saurait être déniée d'emblée (arrêts 5A 153/2017 précité consid. 3.1; 5A 681/2016 du 24 novembre 2016 consid. 3.1.1; 5A 810/2015 précité consid. 3.2.1; 5A 921/2014 du 11 mars 2015 consid. 3.1; 5A 413/2014 du 20 juin 2014 consid. 4.1; 5A 230/2011 du 12 mai 2011 consid. 3; 5A 529/2008 du 25 septembre 2008 consid. 3.1).

L'appréciation de la solvabilité repose sur une impression générale fondée sur les habitudes de paiement du failli (arrêts 5A 153/2017 précité consid. 3.1; 5A 810/2015 précité consid. 3.2.1; 5A 921/2014 précité consid. 3.1; 5A 413/2014 précité consid. 4.1; 5A 115/2012 précité consid. 3; 5A 642/2010 du 7 décembre 2010 consid. 2.4; 5A 350/2007 du 19 septembre 2007 consid. 4.3). 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 (arrêts 5A 413/2014 précité consid. 4.1; 5A 118/2012 du 20 avril 2012 consid. 3.1). S'il y a des poursuites ayant atteint le stade de la commination de faillite ou des avis de saisie dans les cas de l'art. 43 LP, le débiteur doit en principe prouver par titre qu'une des hypothèses de l'art. 174 al. 2 ch. 1 à 3 LP s'est réalisée, à moins qu'il ne résulte du dossier la vraisemblance qualifiée de l'existence de disponibilités en liquidité objectivement suffisantes non seulement pour payer ces créances, mais aussi pour faire face aux autres prétentions créancières déjà exigibles (COMETTA, Commentaire romand, LP, 2005, n° 13 ad art. 174 LP). 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 du débiteur, 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 (arrêts 5A 413/2014 précité consid. 4.1; 5A 469/2012 du 22 août 2012 consid. 4.1.1).

La question de savoir si l'autorité est partie d'une juste conception du degré de la preuve exigé par le droit fédéral, soit en l'occurrence la simple vraisemblance, relève du droit. En revanche, celle de savoir si le débiteur a, ou non, rendu vraisemblable sa solvabilité, soit si le degré de preuve exigé par le droit fédéral est atteint dans le cas particulier, relève du fait (cf. parmi plusieurs, arrêts 5A 810/2015 précité consid. 3.2.1 et les arrêts cités; 5A 516/2015 du 3 septembre 2015 consid. 3.1 et les arrêts cités; 5A 175/2015 précité consid. 3.1 publié in SJ 2016 I 101; 5A 921/2014 précité consid. 3.1; 5A 446/2014 du 27 octobre 2014 consid. 4.3). Le recourant qui entend attaquer la décision cantonale sur ce point doit dès lors présenter une motivation fondée sur l'art. 9 Cst., répondant aux exigences du principe d'allégation (cf. supra consid. 2.2).

4.2. Le Tribunal cantonal a jugé que la solvabilité de la recourante n'était pas rendue vraisemblable. Les considérations de cette dernière relatives à sa capacité de s'acquitter de ses dettes exigibles étaient démenties par les pièces figurant en cause, principalement par l'extrait du registre des poursuites de l'Office des poursuites et faillites du district de Sion du 21 décembre 2017. Il ressortait

en effet de ce document que la recourante faisait l'objet de huit poursuites exécutoires pour un montant total de plus de 30'000 fr. Trois d'entre elles en étaient au stade du commandement de payer, notifié et sans opposition (poursuites nos 1, 2 et 3), deux au stade de la saisie (poursuites nos 4 et 5) et trois au stade de la commination de faillite (poursuites nos 6, 7 et 8). Il en résultait également que la très grande partie des poursuites (y compris celles éteintes ou faisant l'objet d'opposition) avaient été introduites pour des créances de droit public (fiscales ou de cotisations sociales). La réitération de poursuites introduites par les mêmes créanciers, principalement en relation avec des prétentions fiscales et d'assurances sociales, ainsi que l'existence, notamment, de trois poursuites au stade de la commination de faillite, étaient autant d'indices de l'insolvabilité de la société recourante.

Le Tribunal cantonal a également constaté que, durant l'année 2017, la recourante avait fait opposition à onze poursuites (non encore réglées à fin décembre 2017), pour plus de 27'000 fr., refusant parfois de s'acquitter de sommes modiques (131 fr.: poursuite n° 9 de la Commission C._____ du canton du Valais; 518 fr. 40: poursuite n° 10 de D._____ Fondation). Après s'être opposée à d'autres poursuites, elle les avait finalement soldées (poursuite n° 11 de E._____, d'un montant de 1'816 fr. 85, le 4 décembre 2017; poursuite n° 12 de F._____ d'un montant de 4'225 fr. 15, le 5 décembre 2017).

Les arguments soulevés par la recourante sur la base de sa comptabilité ne permettaient pas de considérer qu'elle était solvable. Le montant dû à ses créanciers, selon la " liste postes ouverts " des mois de septembre, octobre et novembre 2017, était de l'ordre de 300'000 fr. Même si elle était titulaire de créances à encaisser auprès de ses débiteurs - enregistrées sous la rubrique comptable " réalisables moyen terme " - de l'ordre de 400'000 fr., cela ne signifiait pas qu'elle disposât des liquidités pour faire face à ses propres dettes exigibles. On constatait au contraire qu'elle peinait à encaisser les montants qui lui étaient dus.

Le Tribunal cantonal a encore souligné que la recourante n'avait produit aucun relevé bancaire ou contrat établissant qu'elle bénéficiait de lignes de crédit exploitables ou d'un éventuel prêt, voire qu'elle aurait envisagé la réalisation d'actifs afin de faire face à ses obligations. Les comptes et bilans des exercices 2013-2014, 2014-2015 et 2015-2016 laissaient apparaître de faibles liquidités (32'518 fr. 66 au 30 septembre 2014, 16'550 fr. 43 au 30 septembre 2015 et 58'415 fr. 61 au 30 septembre 2016) compte tenu des " engagements à court terme " de, respectivement, 1'037'070 fr. 72 au 30 septembre 2014, 1'082'230 fr. 11 au 30 septembre 2015 et 1'025'748 fr. 69 au 30 septembre 2016. Les difficultés de trésorerie de la recourante ne pouvaient dès lors être qualifiées de passagères.

4.3. La recourante reproche au Tribunal cantonal d'avoir arbitrairement omis de prendre en compte le fait qu'elle s'acquittait régulièrement du paiement de ses dettes auprès de l'Office des poursuites et de ses créanciers, que le montant de ses liquidités était supérieur au montant des poursuites exigibles et des comminations de faillite et qu'elle disposait des moyens nécessaires pour faire face à ses engagements financiers. Or, ces faits, résultant des pièces du dossier, démontraient indubitablement sa solvabilité et étaient, partant, de nature à modifier la décision entreprise.

Singulièrement, le Tribunal cantonal aurait dû constater qu'elle s'acquittait régulièrement de toutes ses dettes auprès de l'Office des poursuites et faillites de Sion. Cela ressortait en effet clairement des pièces nos 6 (décompte débiteur), 7 (décompte débiteur pour l'année 2017), 8 (extrait du registre des poursuites) et 23 (extrait du registre des poursuites du 21 décembre 2017) versées en cause. En outre, elle avait régulièrement allégué ce fait dans ses écritures des 11 décembre 2017 (allégués nos 26 et 27) et 3 janvier 2018 (allégué n° 56). Par exemple, les poursuites nos 13, 11, 14, 8, 15, 7, 16, 17, 18, 19, 6, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 et 31 avaient toutes fait l'objet d'un paiement partiel auprès de l'autorité (pièce no 7), dans le respect d'un plan de paiement convenu avec l'Office des poursuites et des faillites du district de Sion. Sur les 177 poursuites mentionnées sur l'extrait du 21 décembre 2017 (pièce no 23), 75 étaient éteintes et 63 avaient été payées directement en main de l'Office des poursuites. En outre, entre le 1er et le 21 décembre 2017, elle s'était acquittée sur le compte de l'Office des poursuites et faillites de Sion d'un montant de 2'730 fr. 35 dans la poursuite n° 15, ouverte le 21

août 2017, d'un montant de 1'894 fr. 95 dans la poursuite n° 11, ouverte le 12 septembre 2017, et d'un montant de 4'298 fr. 45 dans la poursuite n° 12, ouverte le 5 octobre 2017 (pièces nos 23 et 24).

La recourante fait également grief au Tribunal cantonal de ne pas avoir constaté qu'à fin novembre 2017, elle s'était acquittée d'un montant de 560'918 fr. 33 versé aux créanciers, qu'il ne restait qu'à leur payer un montant de 273'829 fr. 23, soit moins de la moitié de la somme déjà acquittée (pièce no 5a, liste des créanciers des trois derniers mois), et que le montant des créances qu'elle avait encaissées en novembre 2017 était de 352'843 fr. 55, soit un montant supérieur à celui de ses dettes d'un montant de 300'000 fr. Cela démontrait qu'elle s'acquittait de ses dettes, qu'elle prévoyait de les payer dans leur intégralité, qu'elle dispose des moyens d'indemniser complètement ses

créanciers et qu'elle peut faire face à ses dépenses courantes.

Enfin, la recourante reproche au Tribunal cantonal de ne pas avoir constaté que les trois comminations de faillite dont elle fait l'objet avaient été partiellement payées (pièces nos 7 et 23). Il aurait ainsi dû retenir que le montant dû pour les comminations de faillite était de 368 fr. 05, soit un montant des plus modiques en comparaison des 58'415 fr. 61 de liquidités disponibles. Ce dernier montant était également supérieur au montant des poursuites " exigibles " de 30'000 fr. environ dont faisait état le jugement querellé.

4.4. Force est de constater que, par son argumentation, la recourante ne parvient pas à démontrer à satisfaction l'arbitraire de la décision querellée. Elle ne s'en prend en effet pas spécifiquement aux critères, pourtant décisifs, retenus par le Tribunal cantonal. En particulier, alors que, selon la jurisprudence, la démonstration de l'absence de telles poursuites est un minimum qui doit être exigé, le constat selon lequel elle fait l'objet de huit poursuites exécutoires pour un montant total de plus de 30'000 fr. n'est pas discuté: la recourante ne dit mot des poursuites nos 1, 2 et 3 au stade du commandement de payer notifié sans opposition, ni des poursuites nos 4 et 5 au stade de la saisie; quant aux poursuites nos 6, 7 et 8 au stade de la commination de faillite, elle ne prétend pas avoir prouvé par titre qu'une des hypothèses indiquées à l'art. 174 al. 2 ch. 1 à 3 LP serait réalisée, se contentant d'alléguer que dites poursuites étaient partiellement payées. La recourante ne se prononce pas non plus sur le constat du juge précédent selon lequel la très grande partie des réitérées poursuites dont elle fait l'objet émanent de créanciers de droit public ni sur le fait que, sur les 11 poursuites auquel elle avait fait

opposition en 2017, elle refusait parfois de s'acquitter de sommes modiques. Or de tels éléments, pertinents selon la jurisprudence susrappelée, donnent une image pour le moins défavorable des habitudes de paiement de la recourante, en tant notamment qu'elle ne paie pas régulièrement ses dettes de droit public, comme les impôts ou les cotisations sociales. Quant au fait qu'elle aurait encaissé de ses débiteurs un montant de 352'843 fr. 55 en novembre 2017, il ne saurait valablement remettre en cause le constat selon lequel elle peine à encaisser les montants qui lui sont dus. Outre qu'il ne ressort pas de la décision attaquée, ce fait n'a pas été allégué en instance cantonale (cf. all. 21 ss du recours du 11 décembre 2017) et la recourante n'indique pas précisément de quelle pièce versée au dossier il résulterait. C'est donc sans arbitraire que le Tribunal cantonal a jugé que le montant des créances à encaisser auprès des débiteurs ne signifiait pas que la recourante disposait des liquidités pour faire face à ses propres dettes exigibles, ce qui, au demeurant, scelle le sort du grief de la recourante tiré de l'absence de surendettement (cf. supra consid. 3.2). Enfin, le Tribunal cantonal n'est nullement contredit lorsqu'il relève

que la recourante n'a produit aucun relevé bancaire ou contrat qui établirait qu'elle bénéficie de lignes de crédits exploitables ou d'un éventuel prêt voire qu'elle envisagerait la réalisation d'actifs afin de faire face à ses obligations.

Sur la base de l'ensemble de ces éléments - non valablement remis en cause - parvenir à la conclusion que la viabilité de la société apparaît douteuse et que sa solvabilité est moins vraisemblable que son insolvabilité n'a rien d'insoutenable. Infondé, le moyen doit être rejeté.

5.

Vu ce qui précède, le recours doit être rejeté. La recourante, qui succombe, supportera les frais de la procédure (art. 66 al. 1 LTF). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens à l'intimé qui agit par son propre service juridique, n'a de toute façon pas été invité à répondre sur le fond et s'en est remis à justice quant à l'octroi de l'effet suspensif (art. 68 al. 1 et 2 LTF).

L'octroi de l'effet suspensif ne se rapporte qu'aux mesures d'exécution, ce qui dispense de fixer à nouveau la date de l'ouverture de la faillite (arrêts 5A 874/2017 du 7 février 2018 consid. 6 et l'arrêt cité; 5A 495/2015 du 26 août 2015 consid. 3.1 et les arrêts cités).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 5'000 fr., sont mis à la charge de la recourante.

3.

Le présent arrêt est communiqué aux parties, au Registre du commerce du II^e arrondissement, à l'Office des poursuites et des faillites du district de Sion, au Registre foncier du IV^e arrondissement et au Tribunal cantonal du canton du Valais, Autorité de recours en matière de poursuite et faillite.

Lausanne, le 18 avril 2018

Au nom de la IIe Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

La Juge président : Escher

La Greffière : Hildbrand