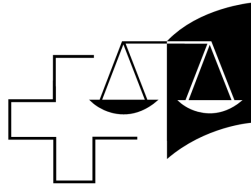


Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal



5A_252/2020

Arrêt du 18 juin 2020

Ile Cour de droit civil

Composition
MM. les Juges fédéraux Herrmann, Président,
von Werdt et Bovey.
Greffière : Mme Ahtari.

Participants à la procédure
A. _____ SA,
représentée par Me Aba Neeman, avocat,
recourante,

contre

B. _____ SA,
représentée par Me Christian Grosjean, avocat,
intimée.

Objet
faillite sans poursuite préalable,

recours contre la décision du Tribunal cantonal du canton du Valais, Autorité de recours en matière de poursuite et faillite, du 9 mars 2020 (LP 19 35).

Faits :

A.

A.a. Par décision du 28 août 2019, statuant sur la requête du 14 juin 2019 de B. _____ SA, la Juge suppléante du district de Monthey a prononcé la faillite sans poursuite préalable de A. _____ SA le même jour à 14h30.

La décision motivée a été expédiée aux parties le 12 septembre 2019. Il en ressort que la magistrate a retenu que la faillie avait suspendu ses paiements.

A.b. Par arrêt du 4 décembre 2019 (5A_845/2019), le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable le recours de A. _____ SA du 23 octobre 2019 contre le rejet, le 11 octobre 2019, de la requête d'effet suspensif assortissant le recours qu'elle avait déposé le 23 septembre 2019 contre cette décision.

B.

Par décision du 9 mars 2020, l'Autorité de recours en matière de poursuite et de faillite du Tribunal cantonal valaisan a rejeté, dans la mesure de sa recevabilité, le recours du 23 septembre 2019.

C.

Par acte posté le 1^{er} avril 2020, A. _____ SA interjette un recours en matière civile contre cette décision. Elle conclut principalement à sa réforme, en ce sens que la requête de faillite sans poursuite préalable est rejetée, et subsidiairement à son annulation et au renvoi de la cause à l'autorité précédente pour nouvelle décision. En substance, elle se plaint de la violation de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP et de l'art. 9 Cst. dans l'établissement des faits. Des observations au fond n'ont pas été requises.

D.

Par ordonnance présidentielle du 15 mai 2020, l'effet suspensif a été attribué au recours en ce sens que le prononcé de la faillite reste en force mais qu'aucun acte d'exécution de la décision attaquée ne doit être entrepris, les éventuelles mesures conservatoires déjà prises par l'Office des poursuites et des faillites demeurant toutefois en vigueur.

Considérant en droit :

1.

Le recours a été déposé dans le délai légal (art. 100 al. 1 et 46 al. 1 LTF), contre une décision finale (art. 90 LTF; arrêt 5A_561/2018 du 14 décembre 2018 consid. 1.1) rendue en matière de faillite (art. 72 al. 2 let. a LTF, en relation avec l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP) par une autorité cantonale de dernière instance ayant statué sur recours (art. 75 al. 1 et 2 LTF); il est ouvert indépendamment de la valeur litigieuse (art. 74 al. 2 let. d LTF); la débitrice en faillite, qui a succombé devant l'autorité cantonale, a qualité pour recourir (art. 76 al. 1 LTF).

2.

2.1. Le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 s. LTF. Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Cela étant, eu égard à l'exigence de motivation contenue à l'art. 42 al. 1 et 2 LTF, il n'examine en principe que les griefs soulevés ([ATF 142 III 364](#) consid. 2.4 et les références). Le recourant doit par conséquent discuter les motifs de la décision entreprise et indiquer précisément en quoi il estime que l'autorité précédente a méconnu le droit ([ATF 142 I 99](#) consid. 1.7.1; [142 III 364](#) consid. 2.4 et la référence).

2.2. Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Il ne peut s'en écarter que si ceux-ci ont été constatés de façon manifestement

inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 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 soutient que les faits ont été établis d'une manière manifestement inexacte, c'est-à-dire arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. ([ATF 143 I 310](#) consid. 2.2 et la référence), doit satisfaire au principe d'allégation, en invoquant et motivant de façon claire et détaillée ce grief (art. 106 al. 2 LTF; [ATF 143 IV 500](#) consid. 1.1). Le recourant ne peut se limiter à contredire les constatations litigieuses par ses propres allégations ou par l'exposé de sa propre appréciation des preuves; il doit indiquer de façon précise en quoi ces constatations sont arbitraires au sens de l'art. 9 Cst. ([ATF 133 II 249](#) consid. 1.4.3). Une critique des faits qui ne satisfait pas à cette exigence est irrecevable ([ATF 141 IV 249](#) consid. 1.3.1 et la référence).

3.

3.1. L'autorité cantonale a établi que, selon l'extrait du registre de l'office des poursuites et faillites du 10 septembre 2019, la recourante était sous le coup de 17 poursuites portant sur une somme totale de 22'058'142 fr 80. Parmi elles, certes deux (n° ttt: 1'689'712 fr. 65; n° uuu: 20'000'000 fr.) avaient été introduites par l'intimée et avaient fait chacune l'objet d'une action en libération de dette ouverte par la recourante les 11 juillet 2017 et 9 novembre 2018; sept avaient été initiées par le canton du Valais et avaient trait à des dettes d'impôts remises par celui-ci en faveur de la recourante pour les périodes fiscales 2007 à 2013. En revanche, il n'était pas établi que la créance déduite dans la poursuite n° vvv (11'973 fr. 85) de la commune municipale de X. _____ était concernée par la remise de l'impôt sur le capital et le bénéfice relatif aux années 2007 à 2013 accordée à la recourante par cette municipalité. Quatre autres poursuites avaient été introduites par le canton du Valais (n° www: 2'088 fr. 65; n° xxx: 32'901 fr. 05; n° yyy: 31'327 fr. 55) ou la commune municipale de X. _____ (n° zzz: 201'036 fr. 75) avant le prononcé de la faillite. Parmi ces quatre poursuites, les trois premières et, selon toute vraisemblance, la quatrième également se rapportaient à des créances d'impôts relatives aux années 2014 à 2017 et toutes reposaient sur des décisions de taxation définitive. L'autorité cantonale a alors jugé que l'existence de telles poursuites émanant de collectivités publiques, dont l'une portait sur un montant modique de 2'088 fr. 65, constituait un indice de suspension des paiements au sens de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP. L'autorité cantonale a ensuite retenu qu'il n'était pas établi que la recourante disposait de liquidités suffisantes pour payer les créances déduites dans les poursuites précitées. De son extrait de compte bancaire, il ressortait, au 10 septembre 2019, un solde de 1'018 fr. 40, les immeubles dont elle était propriétaire n'étaient pas des moyens liquides. Émise le 23 septembre 2019, la garantie bancaire de 267'354 fr. constituait non seulement un *novum* irrecevable mais, dans tous les cas, fournie par un tiers, ne permettait pas de remédier au défaut de liquidités dont souffrait la recourante. L'autorité cantonale a dès lors jugé que celle-ci paraissait également insolvable. Enfin, l'autorité cantonale a jugé que le critère de mise en danger des prétentions du créancier avancé par la recourante n'était pas pertinent en cas de faillite sans poursuite préalable prononcée pour cause de suspension des paiements et que, dans ces conditions, il n'y avait pas besoin d'examiner les mérites des autres moyens soulevés par la recourante.

3.2. S'agissant de la suspension de ses paiements, la recourante se plaint tout d'abord de la violation de l'art. 9 Cst. dans l'établissement des faits. Elle reproche à l'autorité cantonale d'avoir ignoré que, au moment de la requête de faillite, elle était en procédure avec les collectivités publiques au sens de l'art. 167 de la loi fiscale du 10 mars 1976 du canton du Valais en vue d'obtenir une remise des impôts 2014 à 2017 et que le non-paiement de ces poursuites ne résulte donc pas d'une suspension des paiements. Elle précise que les décisions

sur la remise d'impôts n'ont été rendues que les 23 juillet 2019 et 20 août 2019, soit après la requête de faillite. Elle soutient que, en conséquence, les créances d'impôt n'étaient ni incontestées ni exigibles à ce moment-là et qu'elles ne sont pas pertinentes pour appliquer l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP. La recourante reproche également à l'autorité cantonale de s'être appuyée sur le seul indice des poursuites émanant de collectivités publiques pour retenir la suspension des paiements, en ignorant que d'autres à prendre en considération selon la jurisprudence fédérale n'existaient pas en l'occurrence. Elle conclut que si l'on rétracte les cinq poursuites pour les impôts 2014 à 2017, en sus de celles figurant au registre au sujet desquelles l'autorité cantonale a déjà admis qu'elles n'étaient pas pertinentes, il ne reste que trois poursuites, dont deux périmées de longue date (C. _____ AG) et une d'un montant de 475 fr. (D. _____ SA).

Toujours en lien avec la condition de la suspension des paiements, la recourante se plaint ensuite de la violation de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP en tant que l'autorité cantonale n'a pas examiné le caractère durable de cette suspension exigé par la jurisprudence fédérale. S'agissant de son insolvabilité, la recourante se plaint également de la violation de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP. Elle reproche à l'autorité cantonale d'avoir confondu cette notion avec celle de la suspension des paiements et prétend que l'insolvabilité peut toujours faire l'objet de mesures de la part des organes de la SA. La recourante affirme qu'elle n'est dans tous les cas ni insolvable ni surendettée, étant donné que l'actionnariat recapitalise chaque année la société afin d'équilibrer ses comptes, que celle-ci engendre des recettes en relation avec ses droits d'eau et que l'emprunt bancaire de 884'000 fr. a été remboursé par l'actionnaire unique qui est toujours en mesure de postposer sa créance, de sorte que, en dehors de cette dette et de celles d'impôts, il n'existe aucun créancier ni aucuns frais significatifs en relation avec les charges d'exploitation. Elle poursuit en affirmant que les dettes fiscales seront couvertes, au besoin en hypothéquant ses actifs qui ne sont pas mis en gage actuellement. Elle affirme encore que les dettes fiscales sont quoi qu'il en soit couvertes par la garantie bancaire de 267'354 fr. octroyée par la banque. Sur ce financement, elle oppose à l'autorité cantonale de n'avoir émis qu'une réserve de forme pour refuser de le constater, d'avoir omis de prendre en compte que cette garantie n'est pas un apport de tiers mais de l'actionnariat et d'avoir retenu qu'elle produisait une pièce nouvelle alors qu'elle s'est elle-même fondée sur un extrait des poursuites du 10 septembre 2019, postérieur au jugement de faillite et que la jurisprudence impose de statuer sur la situation financière du débiteur à l'échéance du délai de recours cantonal.

La recourante expose encore qu'il serait manifestement abusif d'exiger d'elle de déposer une garantie de 63'000'000 fr. dans le cadre de la révocation de l'art. 174 al. 2 LP et que, dans tous les cas, l'autorité cantonale n'a pas examiné cette question en retenant son insolvabilité. Elle termine en opposant le caractère restrictif du prononcé de la faillite sans poursuite préalable et que l'autorité cantonale n'a pas tenu compte de ses arguments sur ce point.

4.

La question qui se pose est de savoir si la faillite sans poursuite préalable de la recourante doit être prononcée parce que celle-ci se trouve en situation de suspension des paiements.

4.1.

4.1.1. Le motif de la faillite posé à l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP, soit la suspension des paiements, est une notion juridique indéterminée qui accorde au juge un large pouvoir d'appréciation.

Pour qu'il y ait suspension des 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; il n'est cependant 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. Même une dette unique n'empêche pas, si elle est importante et que le refus de payer est durable, de trahir une suspension des paiements; tel est notamment le cas lorsque le débiteur refuse de désintéresser son principal créancier. Le non-paiement de créances de droit public peut constituer un indice de suspension des paiements. Il n'est en tout cas pas arbitraire de conclure à la suspension des paiements lorsqu'il est établi que le débiteur a, sur une certaine durée, effectué ses paiements quasi exclusivement en faveur de ses créanciers privés et qu'il a ainsi suspendu ses paiements vis-à-vis d'une certaine catégorie de créanciers, à savoir ceux qui ne peuvent requérir la faillite par la voie ordinaire (art. 43 ch. 1 LP). Le but de la loi n'est en effet pas de permettre à un débiteur d'échapper indéfiniment à la faillite uniquement grâce à la favoritisation permanente des créanciers privés au détriment de ceux de droit public (arrêt 5A_720/2008 du 3 décembre 2008 consid. 4). La suspension des paiements ne doit pas être de nature simplement temporaire, mais doit avoir un horizon indéterminé ([ATF 137 III 460](#) consid. 3.4.1; arrêts 5A_1014/2019 du 25 mars 2020 consid. 2.1; 5A_828/2016 du 11 mai 2017 consid. 2.1; 5A_354/2016 du 22 novembre 2016 consid. 6.2.1). La suspension des paiements a été préférée par le législateur à l'insolvabilité parce qu'elle est perceptible extérieurement et, dès lors, plus aisée à constater que l'insolvabilité proprement dite; il s'agit ainsi de faciliter au requérant la preuve de l'insolvabilité. Il ne faut donc pas confondre la suspension des paiements, qui est la manifestation extérieure d'un manque de liquidités, et l'insolvabilité; il n'en demeure pas moins que, lorsque l'insolvabilité est établie, la faillite sans poursuite préalable doit *a fortiori* être prononcée (arrêt 5A_367/2008 du 11 juillet 2008 consid. 4.1 et les références).

4.1.2. Selon la jurisprudence, pour apprécier l'existence d'une suspension des paiements, l'autorité judiciaire supérieure (contrairement au Tribunal fédéral: art. 99 LTF) doit tenir compte des faits nouveaux (art. 174 LP, applicable par renvoi de l'art. 194 al. 1 LP) et statuer sur le vu de la situation financière du débiteur à l'échéance du délai de recours cantonal. L'alinéa 1er, 2ème phrase, de l'art. 174 LP vise les faits nouveaux improprement dits, ou faux *nova*, à savoir qui existaient déjà au moment de l'ouverture de la faillite et dont le premier juge n'a pas eu connaissance pour quelque raison que ce soit; ces faits peuvent être invoqués sans restriction devant la juridiction de recours, pour autant qu'ils le soient durant le délai de recours. L'alinéa 2 de cette norme permet aussi au failli d'invoquer des vrais *nova*, à savoir les faits énumérés aux chiffres 1 à 3 qui sont intervenus après l'ouverture de la faillite (arrêt 5A_899/2014 du 5 janvier 2015 consid. 3.1, publié *in* SJ 2015 I p. 437). En vertu de la lettre claire de l'art. 174 al. 2 LP, aucun autre *novum* n'est admissible. Partant, dans le cadre d'un recours contre un prononcé de faillite sans poursuite préalable, seuls les *pseudo-nova* sont en principe recevables, les hypothèses énumérées exhaustivement à l'art. 174 al. 2 ch. 1 à 3 LP étant étrangères à ce type de procédure. Il n'est ainsi pas possible d'invoquer que, dans le délai de recours, l'état de surendettement a été éliminé ou encore qu'une postposition de créance nouvellement consentie rend superflu l'avis au juge (arrêt 5A_243/2019 du 17 mai 2019 consid. 3.1 et les références, publié *in* SJ 2019 I p. 376).

La question de l'admissibilité des *nova* dans la procédure de recours contre le jugement de faillite ne doit pas être confondue avec celle de l'application de la maxime inquisitoire par l'autorité judiciaire supérieure (art. 255 let. a CPC). A cet égard, il est constant que dite autorité est fondée à requérir d'office un extrait du registre des poursuites pendantes contre le débiteur qui recourt contre le prononcé de sa faillite. La jurisprudence exige seulement, aux fins de respecter le droit d'être entendu, que, lorsque cette pièce est propre à influencer sur la décision à intervenir, l'autorité donne la possibilité au recourant de se prononcer sur celle-ci, en particulier d'expliquer les raisons pour lesquelles les créances ressortant de l'extrait ont

donné lieu à des poursuites (arrêts 5A_1009/2017 du 16 février 2018 consid. 2.3; 5A_175/2015 du 5 juin 2015 consid. 5 et les références, publié in SJ 2016 I p. 101).

4.2. En l'espèce, pour retenir que la recourante avait suspendu ses paiements, l'autorité cantonale s'est fondée sur cinq poursuites introduites par des collectivités publiques en recouvrement d'impôts, dont l'une d'un montant qu'elle a considéré comme modique (2'088 fr. 65), fondées sur des décisions de taxation définitives, soit deux introduites par la commune, par 11'973 fr. 85 pour des impôts relatifs aux années 2007 à 2013 et par 201'036 fr. 75 pour des impôts relatifs aux années 2014 à 2017, et trois introduites par le canton, par 2'088 fr. 65, 32'901 fr. 05 et 31'327 fr. 55 pour des impôts relatifs aux années 2014 à 2017. Ces poursuites totalisent un montant de 279'325 fr. environ, pour des créances dues depuis 2007 pour la plus ancienne. Pour retenir que la recourante était aussi insolvable, l'autorité cantonale s'est fondée sur son extrait de compte bancaire qui laissait apparaître, au 10 septembre 2019, un montant de 1'018 fr.40 et sur l'absence de tout autre moyen de paiement liquide.

Ainsi, en tant que la recourante affirme que les créances d'impôts ne sont pas exigibles parce qu'elle avait introduit des requêtes de remise d'impôts pour les années 2014 à 2017 sur lesquelles il n'avait pas encore été définitivement statué au moment du prononcé de la faillite, non seulement elle ne prétend pas que tel serait aussi le cas pour les impôts communaux de 2007 à 2013, mais elle n'avance aucun argument à propos de l'effet de ces requêtes sur l'exigibilité des créances, en particulier sur un quelconque effet suspensif qui lui aurait été accordé; en tant qu'elle affirme que la procédure de remise d'impôts revient à contester ces créances, elle se méprend sur le but de cette institution qui est d'éviter les conséquences trop rigoureuses pour des contribuables tombés dans le dénuement en raison du paiement d'impôts normalement dus ([ATF 143 II 459](#) consid. 4.2); elle ne prétend en tout cas pas que l'autorité cantonale aurait arbitrairement (art. 9 Cst.; ATF 143 précité consid. 2.1) appliqué le droit cantonal pertinent en s'en tenant à cette conception. Pour le reste, en se bornant à affirmer qu'il n'y avait pas d'autres indices pour retenir une suspension des paiements, elle ne démontre pas que l'autorité cantonale aurait abusé de son pouvoir d'appréciation en considérant que l'indice des cinq poursuites engagées par des collectivités publiques, pour une somme modique s'agissant de l'une d'elles, revêtait une importance telle qu'il est suffisant pour admettre cette suspension. Enfin, le grief de la recourante selon lequel l'autorité cantonale n'aurait pas examiné le caractère durable de la suspension des paiements n'est pas fondé, en tant que les créances en souffrance s'échelonnent sur plusieurs années. Il résulte de ce qui précède, d'une part, que la recourante ne démontre pas l'arbitraire dans l'établissement des faits permettant de retenir la suspension des paiements et, d'autre part, que l'autorité cantonale n'a ni méconnu cette notion ni abusé de son pouvoir d'appréciation dans son application. Cela suffit à rejeter le recours sans qu'il y ait lieu d'examiner les autres griefs de la recourante, qui procèdent au demeurant en partie d'une compréhension erronée de l'art. 174 al. 2 LP.

Par surabondance, on relèvera encore que les critiques que la recourante formule contre la seconde partie de la motivation de l'arrêt attaqué selon laquelle elle serait également insolvable doivent toutes être rejetées au vu de la jurisprudence précitée à laquelle il suffit de renvoyer: la recourante se méprend manifestement sur le sens de la distinction entre suspension des paiements et insolvabilité - la seconde permettant *a fortiori* de prononcer la faillite -, sur la notion de faux *nova* de l'art. 174 al. 1 LP en invoquant une éventuelle postposition et une garantie bancaire du 23 septembre 2019, et sur la portée de la maxime inquisitoire dans la procédure de faillite qui permet à l'autorité de recours de se fonder sur un extrait des poursuites actualisé.

Il suit de là que les griefs doivent être rejetés, dans la mesure où ils sont recevables.

5.

En définitive, le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable. Les frais judiciaires, arrêtés à 5'000 fr., sont mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 66 al. 1 LTF). Aucuns dépens ne sont dus, l'intimée n'ayant pas été entièrement suivie sur ses conclusions sur effet suspensif et n'ayant pas été invitée à répondre au fond (art. 68 al. 1 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

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 Tribunal cantonal du canton du Valais, Autorité de recours en matière de poursuite et faillite, à l'Office du registre du commerce du IIIe arrondissement, St-Maurice, à l'Office des poursuites et des faillites du district de Monthey et à l'Office du registre foncier du VIe arrondissement.

Lausanne, le 18 juin 2020

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

Le Président : Herrmann

La Greffière : Acharti