

## **COUR DES POURSUITES ET FAILLITES**

---

---

Arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2016

---

Composition : Mme ROULEAU, présidente  
M. Hack et Mme Byrde, juges  
Greffier : M. Elsig

\*\*\*\*\*

### **Art. 174 al. 1 et 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 **P.\_\_\_\_\_ SA**, au [...], contre le jugement rendu le 7 janvier 2016, à la suite de l'audience du même jour, par le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne, prononçant la faillite de la recourante à la requête de **I.\_\_\_\_\_ SA**, à [...].

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

**En fait :**

**1.** Le 9 février 2015, l'Office des poursuites du district de Lausanne a notifié à P.\_\_\_\_\_ SA, à la requête de I.\_\_\_\_\_ SA, un commandement de payer les sommes de 28'800 fr. plus intérêt à 15 % l'an dès le 1er mars 2014, 8'999 fr. 96 plus intérêt à 15 % l'an dès le 1er janvier 2014, et 8'999 francs 96 plus intérêt à 15 % l'an dès le 1er juillet 2014. La poursuivie a formé opposition.

Par prononcé du 11 juin 2015, le Juge de paix du district de Lausanne a levé provisoirement l'opposition à concurrence de 28'800 fr. plus intérêt à 15 % l'an dès le 2 mars 2014, 8'999 fr. 96 plus intérêt à 15 % l'an dès le 2 janvier 2014, et 8'999 fr. 96 plus intérêt à 15 % l'an dès le 2 juillet 2014, et mis les frais de la procédure de mainlevée par 1'860 fr. à la charge de la poursuivie.

Faute de recours ou d'action en libération de dette, la poursuivante a requis la continuation de la poursuite. Le 25 septembre 2015, une commination de faillite a été notifiée à la poursuivie, pour les montants sus indiqués plus les frais de poursuite par 206 fr. 60.

Par acte du 19 octobre 2015, la poursuivante a requis la faillite.

Le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne a appointé une audience au 19 novembre 2015.

Par décision du 19 novembre 2015, il a prononcé, par défaut des parties, la faillite de P.\_\_\_\_\_ SA.

La faillie ayant requis une restitution de délai, il a fixé une nouvelle audience au 7 janvier 2016.

**2.** Par décision du 7 janvier 2016, notifiée le 14 janvier 2016 à la faillie, le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne a admis la requête de restitution de délai formée par celle-ci (I), mais confirmé le prononcé du 19 novembre 2015, dit que la faillite prenait effet le 7 janvier 2016 à 10 h 50 (II) et mis les frais par 400 fr. à la charge de la faillie (III).

**3.** Par acte du 15 janvier 2016, la faillie a recouru contre cette décision, concluant principalement à sa réforme en ce sens que la requête de faillite est rejetée et que la faillite n'est pas prononcée, subsidiairement à son annulation et au renvoi de la cause à l'autorité inférieure pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Elle a produit un onglet de pièces sous bordereau.

Par décision du 18 janvier 2016, la présidente de la cour de céans a admis la requête d'effet suspensif contenue dans le recours et ordonné l'inventaire et l'audition de la faillie.

Le lundi 25 janvier 2016, la faillie a encore produit un second onglet de pièces avec bordereau.

L'intimée I. \_\_\_\_\_ SA a déclaré s'en remettre à justice sur le recours, tout en demandant que « l'intégralité des frais judiciaires et éventuels dépens soient mis à la charge » de la faillie.

Selon l'extrait des registres art. 8a LP au 18 janvier 2016, la faillie faisait l'objet de cinq poursuites frappées d'opposition, pour un total de 52'361 fr. 60. Quatre ont été introduites en 2015, la cinquième, de 689 fr. 20, date de 2012. Aucun acte de défaut de biens n'a été délivré.

Le 8 février 2016, la recourante s'est déterminée sur l'extrait du registre des poursuites.

Le 10 février 2016, l'intimée a répondu à ces déterminations, et a produit deux pièces.

## **En droit :**

**I. a)** Le recours contre la décision du 7 janvier 2016 a été formé en temps utile (art. 174 al. 1 LP [loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite ; RS 281.1]) et il est motivé (art. 321 al. 1 CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272]). Il est recevable. Avec la recourante, il faut admettre que la décision du 7 janvier 2016 est, dans la mesure où la requête de restitution de délai a été admise, le seul prononcé de faillite, celui du 19 novembre 2015 ayant été mis à néant par la restitution de délai, nonobstant les termes du chiffre II du dispositif.

Les déterminations de l'intimée du 1<sup>er</sup> février 2016 sont recevables (art. 322 CPC), de même que celles du 10 février 2016 en application de la jurisprudence déduite du droit d'être entendu (ATF 139 I 189 et références).

**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, 2<sup>e</sup> phrase, LP) et ceux qui se sont produits après (vrais 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 JdT 2010 II 113, p. 126 ; FF 1991 III 1, p. 130). En revanche, selon la doctrine, seul le débiteur peut apporter de vrais nova et il doit le faire dans la motivation du recours ou en tout cas avant l'échéance du délai de recours (Giroud, op. cit. n. 20 ad art. 174 LP ; ATF 139 III 491).

En l'espèce, les pièces produites par la recourante avec le recours ainsi que le lundi 25 janvier 2016, soit dans le délai de recours échu le dimanche 24 et reporté au lundi 25, sont recevables, dès lors

qu'elles tendent à démontrer le paiement de la dette à l'origine de la faillite et la solvabilité de la recourante (art. 174 al. 2 LP).

La question de la recevabilité des pièces produites par l'intimée (qui sont des pseudo-nova) après l'échéance du délai pour se déterminer sur le recours, dans le cadre d'une réponse aux déterminations de la recourante sur l'extrait du registre des poursuites, peut rester ouverte, ces pièces n'étant pas déterminantes sur le fond.

**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, notamment lorsque le débiteur prouve par titre que la créance a été acquittée en capital, intérêts et frais (Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 5<sup>e</sup> éd., Bâle 2012, n. 1451, p. 344).

**b)** En l'espèce, c'est à bon droit que le premier juge a prononcé la faillite de la recourante, la dette n'ayant pas été acquittée au moment du jugement et les autres hypothèses visées par les art. 172 à 173a LP n'étant pas réalisées. Malgré la teneur de la conclusion principale du recours, qui donne à penser que la recourante entend soutenir que les conditions pour prononcer la faillite (art. 172 à 173a LP) n'étaient pas remplies, les motifs invoqués démontrent que c'est bien à l'annulation de la faillite au sens de l'art. 174 al. 2 LP que tend le recours.

**III. a)** 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 (Bosshard, op. cit., p. 127).

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 consid. 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 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 invoqué s'est produit, sans pour autant devoir exclure la possibilité qu'il ait pu se dérouler autrement (ATF 132 III 715, consid. 3.1 et les réf. citées). Ainsi, la solvabilité du débiteur doit au moins être plus probable que son insolvabilité (TF 5A\_230/2011 du 12 mai 2011 consid. 3 ; TF 5A\_350/2007 du 19 septembre 2007 consid. 4 ; TF 5P.80/2005 du 15 avril 2005 consid. 3.2 ; TF 5P.456/2005 du 17 février 2006, consid. 2.2). Il ne faut donc pas poser d'exigences trop sévères quant à la solvabilité: celle-ci est rendue vraisemblable lorsqu'elle apparaît plus vraisemblable que l'insolvabilité, en particulier lorsque la viabilité de l'entreprise ne saurait être déniée d'emblée (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 ; TF 5A\_529/2008 du 25 septembre 2008 et les réf. citées ; TF 5P.129/2006 du 30 juin 2006 ; TF 5P.80/2005 du 15 avril 2005 précité).

La suspension de 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).

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 consid. 3.2 ; TF 5A\_328/2011 du 11 août 2011 consid. 2 et les réf. citées, 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 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 (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, 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\_328/2011 du 11 août 2011 consid. 2, publié in SJ 2012 I p. 25 ; TF 5A\_642/2010 du 7 décembre 2010 consid. 2.4 ; TF 5A\_350/2007 du 19 septembre 2007 consid. 4.3). La cour de céans a par ailleurs admis que le recourant pouvait être considéré comme suffisamment solvable, même si des poursuites (parfois nombreuses) sont

en cours, lorsqu'un concordat paraît possible au sens de l'art. 173a al. 2 LP (Bosshard, op. cit., pp. 127-128 ; CPF, 12 mars 2009/82 et les réf. cit. ; CPF, 3 avril 2008/138 et les réf. citées ; SJ 2012 I 25).

**b)** En l'espèce, la recourante a notamment produit, le 25 janvier 2016, soit dans le délai de recours, un courrier de l'Office des poursuites du district de Lausanne, confirmant le paiement intégral de trois poursuites, notamment, le 18 janvier 2016, de la poursuite n° 7'340'695a, de 62'067 fr. 40, intentée par I.\_\_\_\_\_ SA (P. 22). La première condition à l'annulation de la faillite est ainsi remplie.

**c)** Il reste à examiner si la recourante rend vraisemblable sa solvabilité, au sens de l'art. 174 al. 2 LP et de la jurisprudence rappelée ci-dessus.

Il ressort de l'extrait des poursuites que, mis à part une poursuite périmée de 2012, la faillie fait encore l'objet de quatre poursuites introduites en 2015, frappées d'opposition. Elle explique qu'il s'agit de montants litigieux. Elle n'a pas fait l'objet d'actes de défaut de biens.

La recourante a notamment produit :

- un extrait du registre du commerce la concernant, dont il ressort que son capital-actions est de 150'000 fr., qu'elle n'est pas soumise à révision, et que A.O.\_\_\_\_\_ est administrateur président délégué et B.O.\_\_\_\_\_ administratrice directrice générale adjointe (P. 7) ;

- des comptes aux 31 décembre 2013 et 2014 (P. 8). Il ressort du compte d'exploitation que la société a subi une perte de plus de 769'000 fr. en 2013 et de plus de 391'000 fr. en 2014, pour des chiffres d'affaires de l'ordre du million de francs chaque année. Le bilan indique, à fin 2014, des actifs pour 370'981 fr. 12 ; les passifs 2014 se présentent ainsi :

Fournisseurs, créanciers

74'965,48

[...] - Euro	16'638,70	
Prêt V. _____		<u>20'400,00</u>
<b>Dettes à court terme</b>		<b>112'004,18</b>
Prêt A.O. _____	998'105,15	
Prêt E. _____ Ltd		578'635,78
Prêt K. _____		<u>319'946,90</u>
<b>Dettes à long terme</b>		<b>1'896'687,83</b>
Ducroire sur débiteurs		<u>6'800,00</u>
<b>Provisions</b>		<b>6'800,00</b>
Capital-actions		150'000,00
Perte et profits reportés		- 1'403'331,17
Perte de l'exercice		<u>- 391'179,72</u>
<b>Capital propre</b>		<b>- 1'644'510,89</b>
<b>TOTAL DU PASSIF</b>		<b>370'981,12</b>

Le compte d'exploitation fait état d'achat de marchandises de 563'857 fr. 65 en 2013 et de 337'362 fr. 79 en 2014, des frais de personnel de 722'034 fr. 58 en 2013 et de 720'270 fr. 91 en 2014, des frais de locaux de 131'696 fr. 73 en 2013 et de 135'331 francs 27 en 2014, des frais de véhicules de 36'930 fr. 51 en 2013 et de 32'906 fr. 19 en 2014, des frais de vente de 142'062 fr. 02 en 2013 et 120'513 fr. 86 en 2014 et des frais d'administration de 46'148 fr. 40 en 2013 et de 50'442 fr. 30 en 2014 ;

- une pièce décrite comme « chiffre d'affaires 2015 », caviardée, manifestement établie par la faillie, qui fait état d'un total TTC de 973'073 fr. 49 ;

- des pages tirées du site internet de la faillie, décrivant son activité et ses produits ;

- des photographies de son entrepôt ;

- une liste de ses seize employés et des décomptes de salaires pour un montant global pour le mois de décembre 2015 de 44'641 fr. 25 ;

- une attestation du manager marketing et relations publiques, indiquant l'intention de la société d'engager encore cinq personnes ;

- une lettre de la fiduciaire de la faillie (P. 26), comportant les passages suivants :

« (...) j'ai l'avantage de vous répondre aux questions posées selon le détail suivant :

1. (...)

2. J'ai pris connaissance de l'attestation de postposition de la société E. \_\_\_\_\_ Ltd. Néanmoins selon le bilan au 31.12.2014, vous voudrez bien préparer trois documents de postposition selon le détail suivant :

E. \_\_\_\_\_ Ltd pour Fr. 578'635.78

A.O. \_\_\_\_\_ pour Fr. 998'105.15

K. \_\_\_\_\_ pour Fr. 319'946.90

(...) Les postpositions de bilan permettent d'éviter de se retrouver en situation de surendettement (...). (...)

3. La dernière situation comptable clôturée des P. \_\_\_\_\_ SA est celle au 31.12.2014. Dès lors et vous le comprendrez bien, il ne m'est pas possible aujourd'hui d'attester que la situation comptable ne s'est pas détériorée au 31.12.2015 dans la mesure où je n'ai pas encore pu établir le bilan 2015. » ;

- trois déclarations de postposition de créances signées par A.O. \_\_\_\_\_, en son nom, comme « International Development Program Manager » de E. \_\_\_\_\_ Ltd et comme fondé de pouvoir de K. \_\_\_\_\_.

La recourante fait valoir qu'elle est active, développe des produits, a un chiffre d'affaires important, de nombreux employés, qu'elle paie ses dettes, qu'elle n'a quasiment pas de créancier « externe », les passifs étant liés à des prêts de l'administrateur/actionnaire ou de sociétés qui lui sont liées, créances postposées, et que les quelques poursuites concernent des prétentions litigieuses.

La plupart des pièces produites ont été établies par la recourante elle-même de sorte que leur caractère probant est douteux. Quoi qu'il en soit, il en résulte que, depuis 2013 en tout cas, la société est

en surendettement manifeste et n'évite l'avis obligatoire au juge que par les déclarations de postposition de créance signées par l'administrateur. En l'état, elle ne semble pas encore être à court de liquidités ; elle a pu s'acquitter de la poursuite litigieuse, dépassant 60'000 fr., et semble assumer, pour l'instant, ses charges. On peut pourtant remarquer qu'avec la poursuite litigieuse, elle en a réglé deux autres, l'une de 45 fr. pour la TVA, l'autre de 1'732 fr. 60 émanant de [...], sans que l'on sache pour quelle raison la facture de TVA n'était pas réglée jusqu'alors. Toutefois, la société, à long terme, ne paraît pas viable : son chiffre d'affaires pour 2015 s'élève à 973'073 fr. 49, alors que ses charges salariales pour onze à seize employés s'élèvent à 44'641 fr. 25 par mois, soit environ 500'000 fr. par an au moins. D'après les comptes 2013-2014 ses charges sont en moyenne de 450'610 fr. pour l'achat de marchandises, de 721'152 francs pour les frais de personnel, de 133'514 fr. pour ses charges de loyer, de 34'918 fr. pour les frais de véhicule, de 131'287 fr. pour les frais de vente et de 48'295 fr. de frais d'administration, soit un total de charges de 1'519'776 fr., qui dépasse de 546'703 fr. le chiffre d'affaires réalisé. Or, elle n'entend pas réduire ses charges, mais au contraire les augmenter, puisqu'elle envisage d'engager cinq personnes de plus. A cela s'ajoute que l'on ignore si A.O. \_\_\_\_\_ a les pouvoirs de postposer les créances des sociétés E. \_\_\_\_\_ Ltd et K. \_\_\_\_\_.

En définitive, il y a lieu d'admettre que la recourante n'a pas rendu vraisemblable sa solvabilité.

**IV.** En conclusion, le recours doit être rejeté et le jugement confirmé, la faillite prenant effet à la date du présent arrêt, vu l'effet suspensif accordé au recours.

Vu le rejet du recours, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr. sont mis à la charge de la recourante (art. 106 al. 1 CPC).

Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens de deuxième instance, l'intimée s'en étant remise à justice sur le recours.

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 P.\_\_\_\_\_ SA prenant effet le 1<sup>er</sup> avril 2016 à 16 h 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.
- V.** L'arrêt est exécutoire.

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 Eric Muster, avocat, (pour P.\_\_\_\_\_ SA),
- Me Eric Cerottini, avocat (pour I.\_\_\_\_\_ SA),

- 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.

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 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 :