

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Séance du 20 mai 2010

Présidence de M. MULLER, président
Juges : M. Sauterel et M. Vallat, juge suppléant
Greffier : Mme Debétaz Ponnaz

Art. 174, 190 al. 1 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 **K. _____ SA**, à Lausanne, contre le jugement rendu le 30 novembre 2009, à la suite de l'audience du 19 novembre 2009, par le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne, prononçant la faillite sans poursuite préalable de la recourante à la requête de **R. _____ SA**, à Lausanne.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. a) Le 25 août 2009, à la réquisition de R. _____ SA, l'Office des poursuites de Lausanne-Est a notifié à K. _____ SA, dans la poursuite n° 5'123'827, un commandement de payer les sommes de 40'000 fr., plus intérêts à 5 % l'an dès le 21 juillet 2008, et de 2'000 fr., sans intérêt. La cause de l'obligation invoquée était :

« 1) Montant dû selon facture N° 808643 du 21 juillet 2008 (demande d'acompte N° 3), soit solde de la facture impayée N° 808810 du 11 août 2008. 2) Indemnité de la créancière, selon les articles 97 al. 1, 103 et 106 CO ».

La poursuivie a formé opposition totale.

b) Le 10 septembre 2009, la poursuivante a requis du Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne qu'il prononce la faillite sans poursuite préalable de la poursuivie en application de l'art. 190 ch. 2 LP (loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite; RS 281.1), alléguant que celle-ci avait suspendu ses paiements puisqu'en date du 2 septembre 2009, elle faisait l'objet de poursuites frappées d'opposition totale pour un montant de 94'129 fr. 05, dont une créance privilégiée de 8'047 fr. 25 envers une caisse AVS.

c) Par jugement rendu à la suite de l'audience du 8 octobre 2009, à laquelle l'intimée avait fait défaut, et envoyé sous forme de dispositif aux parties le 13 octobre 2009, le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne a admis la requête de faillite sans poursuite préalable (I), prononcé la faillite de K. _____ SA le 8 octobre 2009, à 11 heures (II), mis les frais de la cause à la charge de la requérante par 300 fr. (III), dit que si aucune demande de motivation de la décision n'était déposée, le montant des frais était réduit d'un tiers (IV), et alloué des dépens à la requérante par 400 fr. (V).

2. a) Le 14 octobre 2009, K. _____ SA a déposé une demande de relief et requis l'effet suspensif.

Par décision du 15 octobre 2009, le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne a suspendu les effets de la procédure de faillite jusqu'à droit connu sur la demande de relief.

Statuant à la suite de l'audience du 19 novembre 2009, à laquelle les deux parties étaient présentes, le magistrat précité a admis la requête de relief (I), constaté que les conditions d'annulation du prononcé de faillite n'étaient pas remplies (II), révoqué l'effet suspensif prononcé le 15 octobre 2009 et dit que la décision du 13 octobre 2009 déclarant la faillite de K. _____ SA prenait effet le 19 novembre 2009, à 10 heures 10 (III) et mis les frais de l'audience de faillite, par 300 francs, et ceux de l'audience de relief, par 300 fr., à la charge de la faillie (IV). Ce jugement a été adressé pour notification aux parties le 30 novembre 2009.

b) Par acte du 14 octobre 2009, K. _____ SA a également recouru contre le jugement de faillite, concluant, avec dépens, à son annulation. Elle a requis l'effet suspensif.

Dans une écriture complémentaire du 3 décembre 2009 déposée à l'appui de sa requête d'effet suspensif, K. _____ SA a exposé qu'elle employait dix-sept collaborateurs, dont les salaires et les charges sociales étaient payés jusqu'à la fin du mois de novembre 2009, qu'elle était propriétaire de ses locaux, dont les charges hypothécaires et les charges PPE étaient à jour, que toutes les autres charges courantes étaient régulièrement payées et que seules quatre poursuites, frappées d'opposition totale, portant sur des créances contestées, étaient dirigées contre elle, qu'aucun acte de défaut de biens n'avait été délivré à son encontre et que les comptes des années 2007 et 2008 ne faisaient pas apparaître de surendettement. Elle a produit, notamment, les pièces suivantes :

- un extrait du registre des poursuites de l'Office de Lausanne-Est au 3 décembre 2009, indiquant qu'elle n'a pas d'acte de défaut de biens et fait l'objet de quatre poursuites, toutes frappées d'opposition, pour un montant total de 69'003 fr. 35 ;
- ses comptes 2007 audités et ses comptes 2008 provisoires, attestant d'un bénéfice reporté en 2007 de 82'747 fr. et d'un bénéfice provisoire en 2008 de 740 fr. 93 ;
- un extrait du registre foncier de Lausanne, attestant qu'elle est propriétaire d'un immeuble en PPE, sis [...] ;
- des relevés de ses comptes auprès de la Raiffeisen et des avis de débit de comptes auprès de l'UBS attestant de divers paiements ;
- une liste du personnel de la société et les avis de débit attestant du paiement des salaires.

Par lettre de son conseil du 7 décembre 2009, R. _____ SA a déclaré s'opposer à l'effet suspensif requis pour le motif que le montant de sa créance n'avait été ni payé ni déposé (art. 174 al. 2 ch. 1 et 2 LP).

Par lettre du 9 décembre 2009, la recourante a indiqué qu'elle contestait la qualité de créancière de R. _____ SA mais que, pour éviter le risque d'une confirmation de faillite à l'issue de la procédure de recours, la poursuite litigieuse serait néanmoins réglée.

Le président de la cour de céans a accordé l'effet suspensif au recours, par décision du 9 décembre 2009, ordonnant en outre, à titre de mesures conservatoires, l'inventaire et l'audition de la faillie.

c) Le 14 janvier 2010, l'Office des faillites de l'arrondissement de Lausanne a établi le procès-verbal d'interrogatoire de la faillie, par son administrateur et fondateur X. _____. Il ressort notamment de ce procès-

verbal que le capital social de la poursuivie s'élève à 1'729'000 fr., que la société emploie dix-huit collaborateurs, dont les salaires sont payés, qu'elle est propriétaire de l'immeuble où se trouvent ses locaux, acheté pour un montant de l'ordre de 2'370'000 fr., et que cet immeuble est grevé de deux hypothèques pour un montant total de 1'700'000 francs. L'office a également déposé l'inventaire des biens de la faillie.

Par mémoire du 26 février 2010, la recourante a confirmé sa conclusion en annulation de la faillite, faisant valoir que l'intimée n'avait pas établi, au degré de la vraisemblance qualifiée, détenir une créance à son encontre et que, si elle-même avait finalement payé le montant contesté dans le cadre de la présente procédure pour éviter sa faillite, elle se réservait d'ouvrir action en répétition de l'indu au sens de l'art. 86 LP. Pour le surplus, elle a contesté être en situation de suspension de paiements. Elle a produit les pièces suivantes :

- un extrait internet du Registre du commerce du canton de Vaud du 25 février 2010, indiquant notamment qu'elle est inscrite depuis le 20 mars 2001 ;
- un extrait de son compte UBS des mois de juin à décembre 2009 ;
- des avis de débit relatifs au paiement des salaires de ses employés pour les mois de novembre et décembre 2009 et le mois de janvier 2010 ;
- des avis de débit relatifs au paiement des charges sociales des mois de novembre 2009 à janvier 2010 ;
- des avis de débit relatifs au paiement d'autres charges d'exploitation ;
- un extrait du registre des poursuites au 23 février 2010, dont il résulte qu'à cette date, la recourante faisait l'objet de quatre poursuites, toutes frappées d'opposition, pour un montant total de

35'944 fr. 15, étant précisé que la poursuite à l'origine de la faillite a été acquittée.

D'un nouvel extrait du registre des poursuites au 3 mars 2010, il ressort que la recourante ne fait pas l'objet de nouvelles poursuites.

Par mémoire du 22 mars 2010, R. _____ SA a conclu, avec dépens, au rejet du recours. Elle allègue que, sur la base des pièces produites, sa créance de 40'000 fr. est établie avec un degré de vraisemblance qualifiée et que si cette créance a été payée, elle entend préserver ses droits dans la perspective de l'action en répétition de l'indu annoncée par la recourante. Pour le surplus, l'intimée s'en remet à justice en ce qui concerne la question de la solvabilité de la recourante.

En droit :

I. a) Interjeté en temps utile et tendant à l'annulation de la faillite, le recours est recevable (art. 174 al. 1 et 2 LP).

b) Depuis un changement de jurisprudence intervenu en 2004 (JT 2004 II 138), la cour de céans admet que le failli qui choisit la voie du relief plutôt que celle du recours direct contre le jugement de faillite rendu par défaut reste autorisé à faire valoir que les conditions de l'art. 174 al. 2 LP sont réalisées, dans un recours éventuel contre un prononcé admettant le relief mais n'annulant pas la faillite, ainsi d'ailleurs, que dans un recours contre un prononcé rejetant le relief et confirmant la faillite (CPF, 7 juin 2009/206). Cette jurisprudence s'applique également dans la faillite sans poursuite préalable, vu le renvoi de l'art. 194 LP aux art. 173a à 176 LP, notamment.

Il s'ensuit que le recours est matériellement recevable.

c) En matière de faillite sans poursuite préalable, en vertu de l'art. 174 al. 1 LP, auquel renvoie l'art. 194 al. 1 LP, et de l'art. 58 al. 7 LVLP (loi vaudoise d'application de la LP; RSV 280.05), les parties peuvent faire valoir des faits nouveaux lorsqu'ils se sont produits avant le jugement de première instance (pseudo-nova). Il s'ensuit qu'en l'espèce, les pièces antérieures ou se rapportant à des faits antérieurs au jugement attaqué sont recevables, qu'elles aient été produites par la recourante ou par l'intimée. En revanche, seul le prétendu débiteur, sujet à la poursuite par voie de faillite et déclaré en faillite pour le motif qu'il a suspendu ses paiements (art. 190 al. 1 ch. 2 LP), peut faire valoir des faits intervenus depuis l'audience de faillite (vrais nova) au sens de l'art. 174 al. 2 LP, qu'il doit établir par titre, pour rendre vraisemblable sa solvabilité (Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 58 ad art. 190 LP et n. 18 ad art. 194 LP), la condition de la preuve du paiement de la prétention déduite en poursuite n'étant pas applicable en matière de faillite sans poursuite préalable (CPF, 22 janvier 2009/9).

Il en résulte que les pièces relatives à des éléments postérieurs au jugement produites par la recourante (prétendue débitrice) sont toutes 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.

Le requérant, soi-disant créancier, doit rendre vraisemblable sa qualité pour agir, c'est-à-dire, en règle générale, qu'il est titulaire de la créance dont il se prévaut (Gilliéron, op. cit., n. 6 ad art. 190 LP). Dans sa jurisprudence récente, la cour de céans a jugé que la qualité de créancier devait être établie au degré de la vraisemblance qualifiée, même si la créance n'était pas encore exigible (Cometta, Commentaire romand, n. 3 ad art. 190). Elle a en effet considéré que, même si elle s'était parfois contentée de la simple vraisemblance, il y avait lieu de suivre l'auteur précité sur ce point, le degré de vraisemblance qualifiée tenant adéquatement compte des intérêts du créancier requérant et du débiteur dont la faillite est demandée (CPF, 13 novembre 2008/549 ; CPF, 18 septembre 2008/439). Par la notion de vraisemblance qualifiée, on entend que le juge, sur la base d'éléments suffisants pour formuler des conclusions relativement sûres en instance sommaire, doit être de l'avis que d'autres solutions, quoique possibles, sont toutefois moins probables (Cometta, op. cit., n. 9 ad art. 174 LP). Le requérant n'a toutefois pas à prouver l'existence et le montant de la créance qu'il allègue de manière à emporter la conviction du juge de la faillite ; il lui suffit de rendre vraisemblable l'existence de cette créance ; à cet égard le juge de la faillite est dans une position semblable à celle du juge de la mainlevée ou du séquestre (Gilliéron, op. cit., n. 9 ad art. 190 LP).

b) En l'espèce, le premier juge n'a pas abordé cette question. Il résulte des pièces produites que la créance de 40'000 fr. correspond au montant d'une facture n° 808643, soit un montant de 37'174 fr. 70 à titre de plus values sur travaux d'entreprise devisés et 2'825 fr. 28 de TVA. La

recourante admet que des travaux devisés à hauteur de 82'358 fr. 85 ont été effectués à sa demande par l'intimée et qu'elle a payé à celle-ci 90'032 fr. 30, soit le montant des devis majoré d'un dépassement de 10 %, mais elle conteste devoir le dépassement supplémentaire de 40'000 francs. Au regard de ces éléments, la titularité de la créance n'est pas douteuse. Pour le surplus, la recourante admet avoir accepté de payer un dépassement de devis de 10 %. Le litige ne porte ainsi pas sur le principe, ni apparemment sur l'exécution de travaux à plus values, mais uniquement sur l'ampleur du dépassement de devis dont le paiement est réclamé au maître de l'ouvrage. Ces indications suffisent à se convaincre, au stade de la vraisemblance qualifiée, de la qualité de créancière de l'intimée.

c) En ce qui concerne le degré de preuve requis quant au motif de la faillite sans poursuite préalable, la cour de céans a considéré que "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 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). Dans un arrêt subséquent, la cour a précisé sa jurisprudence en ce sens que 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. Cependant, 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 (ibid., 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 (ibid., 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. Or, la règle est que la faillite doit être prononcée à la suite d'une poursuite devenue exécutoire. De même, l'avis de Cometta doit-il être nuancé, sans quoi la simple inadvertance d'un débiteur pourrait le conduire à la faillite immédiate pour un montant impayé, même minime.

d) En l'espèce, les motifs du jugement de faillite du 13 octobre 2009 ne sont pas connus. En effet, alors que le dispositif du jugement notifié aux parties mentionne, conformément à l'art. 54 al. 3 LVLP, que le dépôt d'un recours dans le délai de demande de motivation est censé comprendre une telle demande, cette dernière n'a pas été traitée. Ce défaut de motivation devrait se traduire par l'annulation du jugement et le renvoi de la cause au premier juge. Toutefois, par économie de procédure et compte tenu de l'issue du recours telle qu'exposée ci-dessous, il est opportun de statuer sur celui-ci.

Au moment de la requête de faillite sans poursuite préalable, la recourante faisait l'objet de cinq poursuites totalisant 107'497 fr. 60, dont quatre étaient frappées d'opposition et une laissée libre d'opposition. Compte tenu du capital social de la recourante de 1'729'000 fr., de son patrimoine, du mouvement de ses comptes, du paiement de ses charges courantes, frais hypothécaires et charges PPE ainsi que de ses charges salariales concernant une quinzaine d'employés, on doit considérer qu'elle n'était pas en cessation de paiements.

Cette condition de la faillite sans poursuite préalable n'étant pas réalisée, il s'ensuit que le recours est bien fondé.

e) Par ailleurs, le 23 février 2010, la recourante a payé la créance de l'intimée ayant conduit à sa mise en faillite, éteignant cette dette au sens de l'art. 174 al. 2 ch. 1 LP. Selon la liste des poursuites établie le même jour par l'office, elle fait encore l'objet de quatre poursuites frappées d'opposition pour un total de 35'944 francs 15, soit 6'453 fr. 25 de [...] Fondation collective LPP, 10'274 fr. 80 de [...], 7'703 fr.

25 de [...], 11'512 fr. 85 de PPE [...]. De plus, elle n'a donné lieu à aucune délivrance d'acte de défaut de biens. Dans la mesure où l'on ne tient en principe pas compte des poursuites en cours suspendues au stade de l'opposition (Cometta, op. cit., n. 11 ad art. 174 LP), la solvabilité de la recourante est rendue vraisemblable de ce seul fait et le jugement de faillite doit également être annulé en application de l'art. 174 al. 2 LP.

III. Le recours doit ainsi être admis et le jugement du 30 novembre 2009 annulé en ce sens que la faillite de K. _____ SA n'est pas prononcée.

Les frais de la procédure de relief doivent être remboursés à la recourante, qui a droit à des dépens.

Dès lors que la requête de faillite sans poursuite préalable était mal fondée, la recourante ne doit supporter aucun frais de deuxième instance et se voir allouer des dépens en remboursement des frais dont elle a fait l'avance ainsi qu'en participation aux honoraires de son conseil.

S'agissant du jugement du 13 octobre 2009, R. _____ SA doit supporter les frais de sa requête de faillite sans poursuite préalable. Dès lors que K. _____ SA n'était alors pas encore assistée, elle n'a pas droit à des dépens.

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 admis.

- II.** Le jugement du 30 novembre 2009 est annulé en ce sens que la faillite de K. _____ SA n'est pas prononcée.

Les frais de première instance de la requérante sont arrêtés à 300 fr. (trois cents francs).

La requérante R. _____ SA doit verser à l'intimée K. _____ SA la somme de 600 fr. (six cents francs) à titre de dépens de première instance.

- III.** Les chiffres I, II, IV et V du jugement du 13 octobre 2009 sont annulés, son chiffre III étant confirmé.

- IV.** Les frais de deuxième instance de la recourante sont arrêtés à 300 fr. (trois cents francs).

- V.** L'intimée R. _____ SA doit verser à la recourante K. _____ SA la somme de 1'300 fr. (mille trois cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.

- VI.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 20 mai 2010

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

La greffière :

Du 10 septembre 2010

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

- M. Julien Greub, agent d'affaires breveté (pour K. _____ SA),
- M. Jean-François Pfeiffer, agent d'affaires breveté (pour R. _____ SA),
- M. le Préposé à l'Office des poursuites de Lausanne-Est,
- M. le Préposé à l'Office des faillites 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 de Lausanne,
- M. le Préposé au Registre du Commerce du canton de Vaud,
- M. le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne.

La greffière :