

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 31 octobre 2011

Présidence de M. HACK, président
Juges : M. Bosshard et Mme Rouleau
Greffier : Mme Nüssli

Art. 174 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 **L._____**, à Lausanne, contre le jugement rendu le 1^{er} juin 2011, à la suite de l'audience du 12 mai 2011, par le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne prononçant la faillite de la recourante, à la requête de la **CAISSE MALADIE Z._____**, à Martigny.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. A la requête de la Caisse maladie Z._____, l'Office des poursuites du district de Lausanne-Ouest a notifié à L._____ le 27 décembre 2010 (considéré notifié le 3 janvier 2011 en raison des fêtes de Noël) un commandement de payer, dans la poursuite n° 5'639'984, portant sur les sommes de 1'072 fr. 20, avec intérêt à 5 % l'an dès le 4 décembre 2010, 120 fr. et 80 fr., sans intérêt. La cause de l'obligation invoquée était des primes d'assurance maladie, des frais de sommation et d'ouverture de dossier.

La poursuite est demeurée libre d'opposition.

Au bénéfice d'une commination de faillite dans la même poursuite, notifiée le 11 février 2011, la poursuivante a requis la faillite de la débitrice par écriture du 8 avril 2011.

Par avis du 20 avril 2011, le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne a convoqué les parties à son audience du 12 mai 2011.

Par jugement du 1er juin 2011, le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne a déclaré la faillite de L._____ et mis les frais, par 200 fr., à la charge de la faillie. Il a considéré que la requête de faillite et les pièces produites étaient conformes aux réquisits légaux et que la débitrice n'avait pas justifié par titre que la créance aurait été acquittée en capital, frais et intérêt ou qu'un sursis lui aurait été accordé,

Ce jugement n'a pas pu être notifié à la faillie, mais lui a été remis au greffe du tribunal le 14 juin 2011. Elle avait été avisée le 3 juin 2011 de l'envoi recommandé.

2. La faillie a recouru par acte motivé de son conseil du 20 juin 2011 et requis l'effet suspensif. Elle a produit un onglet de huit pièces sous bordereau, à savoir :

- un extrait de son "livre de caisse" de janvier 2010 à mai 2011, dans lequel la recourante indique manuellement toutes les recettes de son magasin de vêtements ainsi que ses dépenses, professionnelles et privées;

- un récapitulatif du chiffre d'affaire de l'année 2010, qui s'élève à 185'668 francs;

- une quittance délivrée le 1^{er} juin 2011 par l'Office des poursuites du district de Lausanne (ci-après : l'office) attestant du paiement de 1'445 fr. 80 en règlement de la poursuite à l'origine de la faillite;

- la copie d'un récépissé postal du 7 mars 2011 attestant du versement de 15'300 fr. à H. _____ SA, représentant trois mois du loyer de la boutique;

- un décompte débiteur adressé le 1^{er} juin 2011 par l'office indiquant que le total des poursuites à l'encontre de la recourante s'élève à 49'335 fr. 80;

-- la copie d'un récépissé postal du 1^{er} juin 2011 attestant du paiement de la somme de 700 fr. à l'office;

- une lettre de D. _____ SA, du 11 mars 2010, dans laquelle cette société accepte que la recourante règle une facture de 4'889 fr. 90, par des acomptes mensuels de 500 francs;

- une reconnaissance de dette signée le 3 août 2010 par laquelle la recourante reconnaît devoir à la Caisse de pensions du personnel de la Commune de Lausanne, notamment pour des loyers impayés en 2008 et 2009 ainsi que pour des indemnités d'occupation illicite, la somme de 36'241 fr. 70 à payer par mensualités de 1'000 francs.

Par décision du 29 juin 2011, le président de la cour de céans a accordé l'effet suspensif au présent recours.

Il résulte d'un extrait du registre des poursuites établi le 29 juin 2011 par l'office, à la demande de la cour de céans que la recourante fait l'objet de 31 poursuites pour la somme totale de 49'264 fr. 75. Dix d'entre elles en sont au stade

de la commination de faillite tandis que onze ont été payées, la recourante étant sous le coup d'une retenue de salaire d'un montant de 700 francs. Aucun acte de défaut de biens ne figure sur cet extrait.

Le 13 juillet 2011, le conseil de la recourante a fait part de ses déterminations sur la liste des poursuites qui lui avait été transmise. Elle a produit également un lot de deux pièces supplémentaires sous bordereau.

Le 10 août 2011, l'intimée a produit un mémoire responsif concluant au rejet du recours et à la confirmation du jugement de faillite. Elle a produit une pièce.

En droit :

I. a) Depuis le 1er janvier 2011, la procédure de recours contre un jugement de faillite est régie par les dispositions applicables au recours selon les art. 319 et suivants CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272) (Giroud, Basler Kommentar, n. 1 in fine ad art. 174 LP; Bosshard, Le recours contre le jugement de faillite, in JT 2010 II 113 ss, pp. 125-126).

Le recours, écrit et motivé (art. 321 CPC), doit être déposé dans le délai fixé par le droit fédéral à dix jours dès la notification du jugement (art. 174 al. 1 LP; loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889, RS 281.1).

Selon l'art. 138 al. 3 let. a CPC, en cas d'envoi recommandé, qui n'est pas retiré à la poste, l'acte est réputé notifié à l'expiration d'un délai de sept jours à compter de l'échec de la remise, si le destinataire devait s'attendre à recevoir la notification.

En l'espèce, le recours du 20 juin 2011, écrit et motivé, a été formé en temps utile, compte tenu de la notification du jugement de faillite censée intervenir auprès de la faillie le 10 juin 2011 (Bohnet, CPC commenté, nn. 19 et 25 ad art. 138 CPC). Il est ainsi recevable à la forme.

b) D'après l'art. 326 al. 1 CPC, les conclusions, les allégations de faits et les preuves nouvelles sont irrecevables. Toutefois, le second alinéa de cette disposition réserve les dispositions spéciales de la loi, par quoi il faut entendre non seulement les règles de procédure, mais toute norme de droit fédéral (Spühler, Basler Kommentar, n. 3 ad art. 326 CPC). En particulier, cette réserve vise les dispositions spéciales de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite concernant le recours contre le jugement de faillite (art. 174 LP), le recours contre la décision sur opposition à séquestre (art. 278 LP) et le recours contre le jugement statuant sur la révocation du sursis extraordinaire (art. 348 LP) (Jeandin, CPC commenté, n. 4 ad art. 326 CPC).

Selon l'art. 174 LP, dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2011, la décision du juge de la faillite peut, dans les dix jours, faire l'objet d'un recours au sens du CPC, les parties pouvant faire valoir des faits nouveaux lorsque ceux-ci se sont produits avant le jugement de première instance (al. 1); d'après le deuxième alinéa de cette disposition, l'autorité de recours peut annuler le jugement de faillite lorsque le débiteur rend vraisemblable sa solvabilité et qu'il établit par titre que l'une des conditions suivantes a été 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 de recours à l'intention du créancier (ch. 2) ou le créancier a retiré sa réquisition de faillite (ch. 3). La loi différencie ainsi deux groupes de nova : ceux qui se sont produits avant le jugement de première instance (al. 1 2ème phrase) et ceux qui se sont produits après (al. 2) (Giroud, op. cit., n. 17 ad art. 174 LP). Il est possible de faire valoir les novas du premier groupe sans aucune restriction (Giroud, op. cit., n. 19 ad art. 174 LP; Bosshard, op. cit., p. 126; FF 1991 III 1 ss, p. 130; TF

5A_571/2010 du 2 février 2011 c. 2.2, publié in SJ 2011 I 149). Le second groupe vise les nova proprement dits et ne peuvent être apportés que par le débiteur. Ils doivent être apportés dans la motivation du recours et ne peuvent plus être pris en considération après l'échéance du délai de recours (Giroud, op. cit., n. 20 ad art. 174 LP).

Par conséquent, les pièces produites par la faillie avec le recours sont recevables alors que celles produites après le dépôt du recours ne le sont pas. N'est pas non plus recevable la pièce supplémentaire produite par l'intimée.

II. Selon l'art. 171 LP, le juge saisi d'une réquisition de faillite doit prononcer celle-ci, sauf dans les cas mentionnés aux art. 172 à 173a LP, qui n'étaient pas réalisés en l'espèce au moment du jugement de première instance.

C'est donc à bon droit que le premier juge a prononcé la faillite de la recourante, le jugement du 1er juin 2011 n'étant entaché d'aucune irrégularité, les délais de l'art. 166 LP ayant été respectés et les parties régulièrement convoquées à l'audience de faillite.

III. **a)** En vertu de l'art. 174 al. 2 LP, l'autorité de recours peut annuler le jugement de faillite lorsque le débiteur rend vraisemblable sa solvabilité et qu'il établit par titre que la dette, intérêts et frais compris, a été payée, que la totalité du montant à rembourser a été déposée auprès de l'autorité de recours à l'intention du créancier ou que celui-ci a retiré sa réquisition de faillite.

En l'espèce, la recourante a établi, par la production de la quittance de l'office des poursuites, avoir payé intégralement le montant de la poursuite à l'origine de la faillite. L'intimée le reconnaît du reste dans son mémoire responsif. La première condition posée par la loi pour pouvoir annuler la faillite est ainsi remplie.

b) La solvabilité au sens de l'art. 174 al. 2 LP se définit par opposition à l'insolvabilité au sens des art. 190 al. 1 ch. 2 et 191 LP (Giroud, op. cit., n. 26 ad art. 174 LP). 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. Selon la jurisprudence, la solvabilité du débiteur doit au moins être plus probable que son insolvabilité (TF 5A_230/2011 du 12 mai 2011 c. 3; TF 5A_350/2007 du 19 juillet 2007 c. 4; TF 5P.80/2005 c. 3.2; TF 5P.456/2005). Dès lors que la loi se contente

d'une simple vraisemblance, il n'y a pas lieu d'exiger du juge qu'il soit convaincu de l'exactitude des faits, comme en matière d'appréciation des preuves. Il ne doit pas être posé des exigences trop sévères quant à la vraisemblance de 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).

S'il ne doit pas prouver sa solvabilité de manière stricte, le débiteur ne peut toutefois se contenter de simples allégations, mais doit fournir des indices tels que des récépissés de paiements, des justificatifs de moyens financiers à sa disposition, des listes de ses débiteurs, un extrait du registre des poursuites, des comptes annuels récents avec bilan intermédiaire, cette liste n'étant pas exhaustive. Il faut examiner concrètement la situation du débiteur, par comparaison entre ses actifs et ses passifs, des difficultés momentanées de trésorerie, même si elles amènent un retard dans le paiement des dettes, ne constituant pas à elles seules, un indice d'insolvabilité. Selon une jurisprudence bien établie, la cour de céans admet que le recourant peut 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 réf. cit. ; CPF, 3 avril 2008/138 et les références citées).

En l'espèce, la recourante a conclu un certain nombre d'arrangements avec ses créanciers. Elle a produit sa comptabilité d'où il résulte qu'elle perçoit un revenu régulier de l'activité de sa boutique. Ainsi, en 2010, elle a eu un chiffre d'affaires de plus de 185'000 francs. Le bilan comptable des cinq premiers mois de l'année 2011 est aussi positif, même si la valeur probante des pièces comptables n'est pas idéale, ne provenant pas d'un organe de révision. Certes, il reste un certain nombre de poursuites pendantes contre elle, dont certaines au stade de la commination de faillite, mais elle ne paraît pas en cessation de paiement au sens de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP.

La recourante a ainsi rendu sa solvabilité plus vraisemblable que son insolvabilité, même s'il s'agit d'un cas limite. La seconde condition à l'annulation de la faillite au sens de l'art. 174 al. 2 LP est donc également réalisée.

III. En définitive, le recours doit être admis et le jugement de première instance annulé en ce sens que la faillite de L. _____ n'est pas prononcée. Il est confirmé pour le surplus, c'est-à-dire en ce qui concerne les frais de première instance, la décision du premier juge étant justifiée.

Les frais de deuxième instance de la recourante sont arrêtés à 300 francs. Il n'est pas alloué de dépens de deuxième instance.

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 admis.

II. Le jugement est annulé en ce sens que la faillite de L. _____ n'est pas prononcée.

Le jugement est maintenu pour le surplus.

III. Les frais de deuxième instance, arrêtés à 300 fr. (trois cents francs), sont mis à la charge de la recourante L. _____.

IV. Il n'est pas alloué de dépens de deuxième instance.

V. L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 31 octobre 2011

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, prend date de ce jour.

Il est notifié, par l'envoi de photocopies, à :

- Me Alain Dubuis, avocat (pour L. _____),
- Z. _____,
- 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 Préposé au Registre du Commerce du canton de Vaud,

et, en original, à :

- M. le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne.

La greffière :