

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 19 décembre 2011

Présidence de M. SAUTEREL, président
Juges : M. Bosshard et Mme Rouleau
Greffière : Mme Tchamkerten

Art. 172, 173, 173a et 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 **N. _____ SA**, à Payerne, contre le jugement rendu le 8 juin 2011, à la suite de l'audience du 7 juin 2011, par le Président du Tribunal d'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois, prononçant la faillite de la recourante à la réquisition de **R. _____ SA**, à Saint-Légier-La Chiésaz, et de **J. _____ SA**, à Fribourg.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. a) Le 26 janvier 2011, à la réquisition de J. _____ SA, l'Office des poursuites du district de La Broye - Vully a notifié à N. _____ SA, dans la poursuite n° 5'646'170, un commandement de payer la somme de 1'500 fr. plus intérêt à 8 % l'an dès le 14 mai 2010, la cause de l'obligation étant "Créance cédée : Commission professionnelle paritaire de la plâtrerie peinture du canton de Fribourg. Facture du 14.04.2010", ainsi que le montant de 168 fr. sans intérêt représentant les "Frais de créancier, selon art. 103/106 CO".

La poursuivie n'a pas formé opposition.

Une commination de faillite lui a été notifiée le 26 février 2011 dans la même poursuite. Le 12 avril 2011, la poursuivante a requis la faillite de la débitrice.

b) Le 16 février 2011, à la réquisition de R. _____ SA, l'office des poursuites précité a notifié à N. _____ SA un commandement de payer dans la poursuite n° 5'668'807 portant sur la somme de 50'513 fr. 10 avec intérêt à 5 % l'an dès le 26 novembre 2010, invoquant comme titre de la créance ou cause de l'obligation "Compte client 300007081, factures du 30.07.2010 au 13.10.10".

La poursuivie n'a pas formé opposition.

Une commination de faillite lui a été notifiée le 23 mars 2011 dans cette même poursuite. Le 6 mai 2011, la poursuivante a requis la faillite de N. _____ SA.

2. Statuant à la suite de l'audience du 7 juin 2011, à laquelle les parties ont fait défaut, le Président du Tribunal d'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois a prononcé la faillite de N._____SA le même jour à 11 heures 55 (I), ordonné la liquidation sommaire de cette faillite (II) et mis les frais, par 200 fr., à la charge de la faillie (III).

Ce jugement a été adressé pour notification aux parties le 8 juin 2011. La faillie l'a reçu le 10 juin 2011.

3. N._____SA a recouru contre cette décision par acte du 20 juin 2011, concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à son annulation, subsidiairement à l'ajournement de la faillite et, plus subsidiairement encore, à l'octroi d'un sursis concordataire. A l'appui de son recours, la recourante a produit notamment les pièces suivantes :

- un extrait internet du registre du commerce la concernant;
- un extrait internet du registre du commerce concernant la société " N._____SA, Victoria, Mahé, Seychelles, succursale de Sévaz en liquidation";
- un extrait des registres 8a LP (loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889, RS 281.1) la concernant, établi par l'Office des poursuites du district de La Broye - Vully le 16 juin 2011, dont il ressort que le solde dû en faveur de R._____SA s'élève à 37'081 fr. 90 et que la poursuite intentée par J._____SA n'a pas été réglée;
- un extrait des comptes créanciers et débiteurs de N._____SA non daté ni signé;
- une lettre qui lui avait été envoyée le 4 avril 2011 par R._____SA, par laquelle cette dernière indiquait prendre note que la dette à l'origine de la réquisition de faillite serait acquittée à raison de trois versements de 15'000 fr. les 10 avril, 10 mai et 10 juin 2011 et d'un versement de 5'513

fr. 10 plus intérêts et frais le 10 juillet 2011, et précisait que, si le plan de paiement précité n'était pas respecté, elle demanderait la faillite de la poursuivie;

- un extrait du compte courant de la recourante faisant état des opérations effectuées entre le 20 mai et le 15 juin 2011;

- diverses factures et demandes d'acomptes adressées par la recourante à ses clients.

La recourante a formulé des réquisitions de production de pièces auxquelles il n'a pas été donné suite.

Elle a également requis l'effet suspensif, qui a été accordé par décision du président de la cour de céans du 5 juillet 2011, ordonnant à titre de mesures conservatoires, l'inventaire et l'audition de la faillie.

Le 6 juillet 2011, le président de la cour de céans a transmis à la recourante un extrait au 29 juin 2011 des registres 8a LP de l'Office des poursuites du district de La Broye - Vully, en lui impartissant un délai non prolongeable au 3 août 2011 pour se déterminer au sujet de cette pièce, si elle le souhaitait. Par courrier daté du 3 août 2011 et posté le lendemain, la recourante s'est déterminée en produisant des pièces.

Le 12 août 2011, R. _____ SA a déposé sa réponse, indiquant qu'un solde de quelque 15'000 fr. restait dû en sa faveur et qu'elle en préférerait le règlement à une faillite. J. _____ SA ne s'est pas déterminée.

En droit :

I. a) Le recours a été introduit auprès de l'instance de recours conformément à l'art. 321 al. 1 CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272). Déposé le 20 juin 2011, il a été formé en temps utile, dans le délai de dix jours de l'art. 174 al. 1 LP. Le recours est en outre suffisamment motivé, de sorte qu'il est recevable formellement (art. 321 al. 1 CPC). Les déterminations de la recourante sur l'extrait des poursuites la concernant, déposées le lendemain de l'échéance du délai imparti à cet effet par le président de la cours de céans, soit tardivement, sont en revanche irrecevables.

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^{ème} 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 JT 2010 II 113 ss, 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). En revanche, 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).

En l'espèce, les pièces produites avec le recours, qui sont antérieures à la faillite ou tendent à établir la solvabilité de la recourante, sont recevables. En revanche, les pièces produites après le délai de recours sont irrecevables.

c) A titre de mesures d'instruction, la recourante a requis la production de pièces, savoir les dossiers des causes FF11.015014 et FF11.018217 par le greffe du Tribunal d'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois, le dossier complet la concernant par l'Office des poursuites de La Broye - Vully, le dossier de la faillite de la société N._____SA, succursale de Sévaz en liquidation, prononcée en 2010 par le Tribunal de

La Broye, ainsi que, en mains de J._____SA, toutes les pièces justificatives concernant sa "pseudo-créance de Fr. 1'500.- ou Fr. 1'966.65".

Les dossiers FF11.015014 et FF11.018217 font précisément l'objet de la présente cause et ont été transmis par le Tribunal d'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois avec le recours, de sorte que la réquisition est sans objet. Quant aux autres pièces requises, elles ne sont d'aucune pertinence pour l'examen du recours. Il n'a dès lors pas été donné suite aux réquisitions de la recourante.

II. a) La recourante soutient que sa faillite a été prononcée à tort. Se fondant sur l'art. 320 CPC, elle invoque une constatation manifestement inexacte des faits ainsi qu'une violation du droit.

Les art. 319 et suivants CPC ne sont applicables en matière de poursuites et faillites que sous réserve de la *lex specialis* que constitue la LP. Ainsi, la partie qui recourt contre un jugement de faillite ne peut faire valoir que les moyens résultant des art. 172 à 174 LP.

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.

Le juge prononce la faillite si la réquisition est accompagnée d'un commandement de payer passé en force et d'un acte de commination de faillite régulièrement notifiés, si le délai d'atermoiement de vingt jours de l'art. 160 al. 1 ch. 3 LP est écoulé, s'il est compétent à raison du lieu et si le poursuivi est bien sujet à la poursuite par voie de faillite (Bosshard, op. cit., p. 121).

Selon l'art. 172 LP, le juge rejette la réquisition de faillite lorsque l'autorité de surveillance a annulé la commination de faillite (ch. 1), lorsqu'il a été accordé au débiteur la restitution d'un délai au sens de l'art. 33 al. 4 LP ou le bénéfice d'une opposition tardive au sens de l'art. 77 LP (ch. 2 LP), ou lorsque le débiteur justifie par titre que la créance a été

acquittée en capital, intérêts et frais ou que le créancier lui a accordé un sursis (ch. 3). En outre le juge doit rejeter la réquisition lorsque son incompétence *ratione loci* est évidente, si le droit de présenter la réquisition de faillite était périmé parce que le délai de quinze mois à compter de la notification du commandement de payer prévu par l'art. 166 al. 2 LP était échu, si la clôture d'une précédente faillite déclarée à l'encontre du failli n'a pas encore été prononcée, s'il existe un motif évident de nullité au sens de l'art. 22 LP qui puisse être établi *prima facie* par le juge de la faillite, par exemple lorsque le poursuivi n'est pas inscrit au registre du commerce en l'une des qualités énumérées à l'art. 39 LP ou si, de toute évidence, la partie poursuivie n'existe pas ou n'existe plus (Bosshard, op. cit., p. 121 et les références citées aux notes infrapaginales nn. 35 à 39).

Conformément à l'art. 173 LP, le juge doit ajourner sa décision sur le jugement de la faillite si la suspension de la poursuite a été ordonnée par l'autorité de surveillance saisie d'une plainte à laquelle elle a accordé l'effet suspensif ou si le juge a prononcé la suspension provisoire de la poursuite en application de l'art. 85 ou de l'art. 85a al. 2 LP (al. 1). Il doit également ajourner sa décision et soumettre le cas à l'autorité de surveillance, s'il estime qu'une décision nulle a été rendue dans la procédure antérieure (al. 2), cette disposition étant d'application restrictive, pour des motifs de sécurité du droit. Sont nulles les mesures contraires à des dispositions édictées dans l'intérêt public ou dans l'intérêt des personnes qui ne sont pas parties à la procédure (art. 22 al. 1 LP).

Le juge de la faillite doit également ajourner sa décision s'il a des doutes sur sa compétence *ratione loci* ou sur la régularité de la commination de faillite (Bosshard, op. cit., p. 122 et les références citées aux notes infrapaginales nn. 40 et 41). Selon l'art. 173a al. 2 LP, il peut ajourner d'office le jugement de faillite lorsqu'un concordat paraît possible. Cette norme constitue toutefois une mesure d'exception dans le système du droit de l'exécution forcée et doit être appliquée restrictivement (Cometta, Commentaire romand, n. 7 ad art. 173a LP; Gilliéron,

Commentaire de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 14 ad art. 173a LP).

b) aa) Dans un premier moyen, la recourante fait valoir que la débitrice de l'intimée J._____SA serait en réalité une autre société, dont la raison sociale est presque identique à la sienne, savoir la société " N._____SA, Victoria, Mahé, Seychelles, succursale de Sévaz en liquidation". Pour ce motif, le premier juge aurait dû, selon elle, ajourner la faillite sur la base de l'art. 173 al. 2 LP.

A supposer que la recourante ne soit pas la débitrice de la société intimée J._____SA - ce qui n'est ni établi ni même rendu vraisemblable en l'espèce -, la poursuite ne serait pas pour autant considérée comme nulle au sens de l'art. 22 al. 1 LP. Partant, c'est à bon droit que le premier juge n'a pas ajourné la faillite pour cette raison.

Mal fondé, ce moyen doit être rejeté.

bb) Dans un second moyen, la recourante soutient que R._____SA lui avait accordé un sursis par lettre du 4 avril 2011 et que le premier juge aurait dû rejeter la requête de faillite pour ce motif. Elle explique avoir déjà payé 15'000 fr. et qu'il demeure un solde de 37'081 fr. 90.

En l'espèce, l'intimée R._____SA avait effectivement accepté un plan de paiement. Comme l'a toutefois admis la recourante, et ainsi qu'il ressort de la pièce 8 produite, ce plan n'a pas été respecté puisqu'au jour du recours, un seul acompte avait été payé alors que trois auraient dû l'être. Dans ces conditions, la créancière était fondée à requérir la faillite, comme elle en avait du reste avisé la recourante par son courrier du 4 avril 2011.

Ce moyen est par conséquent infondé.

cc) Invoquant l'art. 173a al. 2 LP, la recourante fait enfin valoir qu'elle n'est pas en situation de surendettement et que le juge aurait dû ajourner d'office le jugement de faillite, un concordat paraissant possible.

En l'espèce, la recourante ne propose aucun projet de concordat et se limite à reprocher au premier juge de ne pas avoir examiné d'office si les conditions en étaient remplies. Or, le dossier de la faillite ne contient que la requête de faillite, la commination de faillite et le commandement de payer, ce qui ne permet pas d'apprécier la perspective de l'homologation d'un concordat. Sans un projet de concordat, il est impossible d'établir un pronostic. L'extrait des comptes débiteurs et créanciers produit par la recourante (P. 6), non daté ni signé, est insuffisant à cet égard. Le droit fédéral ne prescrit pas au juge de la faillite d'instruire et d'établir d'office les éléments qui lui sont nécessaires (Gilliéron, op. cit., n. 14 ad art. 173a LP).

dd) Au vu de ce qui précède, les conditions pour rejeter la réquisition de faillite ou ajourner la décision de faillite sur la base des art. 172 à 173a LP n'étant pas réunies, c'est à juste titre que le premier juge a prononcé la faillite de la recourante.

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).

b) En l'espèce, la recourante n'invoque aucune de ces hypothèses. Elle n'a en particulier pas établi avoir payé les dettes à

l'origine de la faillite. De son propre aveu, la créance de R._____SA n'a pas été entièrement réglée, un solde de 15'000 fr. plus accessoires légaux demeurant dû. Ainsi, la première des conditions exigées par la loi pour annuler la faillite n'étant pas remplie, il n'y a pas lieu d'examiner si la recourante a rendu vraisemblable sa solvabilité.

IV. Le recours doit ainsi être rejeté et le jugement confirmé, la faillite de la recourante prenant effet, compte tenu de l'effet suspensif accordé, le 19 décembre 2011 à 16 heures 15.

Les frais de deuxième instance de la recourante sont arrêtés à 300 francs. Il n'y a pas lieu à l'allocation de dépens aux intimées, dès lors que R._____SA a procédé sans l'assistance d'un mandataire professionnel et que J._____SA ne s'est pas déterminée.

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 N._____SA prenant effet le 19 décembre 2011, à 16 heures 15.

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

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

Le président :

La greffière :

Du 19 décembre 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 :

- N. _____ SA,
- R. _____ SA,
- J. _____ SA,
- M. le Préposé à l'Office des poursuites de La Broye - Vully,
- M. le Préposé à l'Office des faillites de La Broye et du Nord vaudois.

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 La Broye,
- M. le Préposé au Registre du Commerce du canton de Vaud,

et, en original, à :

- M. le Président du Tribunal d'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois.

La greffière :