

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Séance du 25 novembre 2010

Présidence de M. HACK, vice-président
Juges : M. Bosshard et M. Vallat, juge suppléant
Greffier : Mme Debétaz Ponnaz

Art. 174 al. 2 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 **F. _____ SÀRL**, à Morges, contre le prononcé rendu le 9 juin 2010, à la suite de l'audience du 17 mars 2010, reprise les 26 avril et 7 juin 2010, par la Présidente du Tribunal d'arrondissement de La Côte, admettant la requête de relief déposée par la recourante et confirmant le jugement du 17 février 2010 prononçant la faillite de celle-ci à la requête de **X. _____ Caisse de pension**, à Aarau, avec effet au 9 juin 2010 à 14 heures.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. Le 18 janvier 2010, au bénéfice d'une commination de faillite qu'elle avait fait notifier le 16 décembre 2009 à F._____Sàrl, dans la poursuite n° 5'088'063 de l'Office des poursuites de Morges-Aubonne exercée à son instance contre cette société et demeurée libre d'opposition, X._____ Caisse de pension a requis la faillite de sa débitrice.

Statuant par défaut des parties le 17 février 2010, la Présidente du Tribunal d'arrondissement de La Côte a prononcé la faillite de F._____Sàrl le même jour à 13 heures 40 et mis les frais de ce jugement, par 200 fr., à la charge de la faillie.

Celle-ci a demandé le relief, par lettre du 25 février 2010. La présidente du tribunal a prononcé l'effet suspensif, par décision du 26 février 2010, et convoqué les parties à son audience du 17 mars 2010, laquelle a été suivie de deux audiences de reprise, les 26 avril et 7 juin 2010.

Par prononcé du 9 juin 2010, la Présidente du Tribunal d'arrondissement de La Côte a admis la requête de relief (I), constaté que les conditions d'annulation du jugement de faillite n'étaient pas remplies (II), révoqué l'effet suspensif (III), dit que le jugement de faillite rendu le 17 février 2010 contre F._____Sàrl prenait effet le 9 juin 2010 à 14 heures (IV) et mis les frais de l'audience de faillite, par 200 fr., et ceux de l'audience de relief, par 200 fr., à la charge de la faillie (V).

Des extraits du registre des poursuites produits dans le cadre de la procédure de relief, il résulte que la poursuite à l'origine de la faillite a été réglée le 16 mars 2010 et qu'au 7 juin 2010, F._____Sàrl faisait l'objet de six poursuites pour un montant total de 46'815 fr. 40, dont deux

au stade de la continuation de poursuite, d'une poursuite périmée pour un montant de 2'203 fr. 85 et d'aucun acte de défaut de biens.

2. La faillie a recouru par lettre du 16 juin 2010, concluant implicitement à l'annulation de sa faillite. Elle a requis l'effet suspensif, qui a été refusé, par décision du président de la cour de céans du 18 juin 2010, après production d'un extrait du registre des poursuites.

Le 14 juillet 2010, la faillie a renouvelé sa requête d'effet suspensif et produit à son appui un onglet de trois pièces sous bordereau, dont il résultait qu'une grande partie des poursuites en cours avaient été réglées. L'effet suspensif a alors été accordé, par décision présidentielle du 16 juillet 2010.

La recourante a déposé un mémoire ampliatif le 31 août 2010, accompagné d'un onglet de cinq pièces sous bordereau, comprenant :

- un nouvel extrait du registre des poursuites au 25 août 2010, dont il résulte qu'elle faisait à cette date l'objet de quatre poursuites pour un montant total de 28'292 fr. 65, dont aucune au-delà du stade de la notification du commandement de payer, d'une poursuite périmée pour un montant de 2'203 fr. 85 et d'aucun acte de défaut de biens;
- deux pièces établissant le règlement de l'une des quatre poursuites précitées, le 31 août 2010, par 419 fr. 15;
- un bilan au 31 décembre 2009 et le compte de pertes et profits de l'année 2009 dont il résulte un bénéfice de 29'526 fr. 51.

L'intimée ne s'est pas déterminée.

En droit :

I. a) Le recours a été formé dans le délai de dix jours suivant la notification du prononcé admettant la demande de relief et constatant que les conditions d'annulation du prononcé n'étaient pas remplies.

Depuis un changement de jurisprudence intervenu en 2004, le failli qui choisit la voie du relief plutôt que celle du recours direct contre le jugement de faillite rendu par défaut conserve la possibilité de faire valoir, dans un recours contre le prononcé admettant le relief mais n'annulant pas la faillite parce que les conditions plus restrictives de l'art. 56 al. 4 LVLP (loi vaudoise d'application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite – RSV 280.05) ne sont pas réalisées, que les conditions de l'art. 174 al. 2 LP sont quant à elles remplies (JT 2004 II 138). En d'autres termes, la voie du recours en réforme reste ouverte contre le jugement de faillite confirmé dans le prononcé admettant le relief et le recours déposé dans les dix jours dès ce prononcé et concluant à l'annulation de la faillite au sens de l'art. 174 al. 2 LP est recevable.

Dans un arrêt du 7 juin 2007, précisant cette jurisprudence, il a été jugé que la distinction entre le cas où le relief est admis mais la faillite n'est pas annulée et celui où le relief est rejeté et, partant, la faillite n'est pas annulée non plus, était artificielle et entraînait une inégalité de traitement qui n'était pas justifiée (CPF, 7 juin 2007/206). Désormais, le recours est ainsi ouvert tant dans l'hypothèse où la demande de relief a été admise mais le jugement de faillite confirmé que dans celle où la demande de relief a été rejetée et le jugement de faillite confirmé (CPF, 2 septembre 2010/321; CPF, 1^{er} juillet 2010/276; CPF, 5 février 2009/30; CPF, 12 juin 2008/273; CPF, 17 avril 2008/152; CPF, 15 novembre 2007/424).

Enfin, la jurisprudence s'est montrée large en ce sens que si le recourant invoquait l'art. 174 al. 2 LP, l'acte attaqué était non seulement le prononcé sur relief, formellement contesté, mais aussi le jugement de faillite confirmé par ce prononcé (CPF, 5 février 2009/30 précité).

En l'espèce, les conclusions du recours visent le jugement de faillite. Le recours est ainsi recevable.

b) La production de pièces nouvelles en deuxième instance est autorisée en matière de faillite, en vertu de l'art. 58 al. 7 LVLP, pour faire valoir des faits nouveaux lorsqu'ils se sont produits avant le jugement de première instance. Les pièces se rapportant à des faits intervenus depuis l'audience de faillite peuvent être produites, pour autant qu'elles tendent à rendre vraisemblable la solvabilité du débiteur et à établir que celui-ci a payé sa dette ou consigné les montants nécessaires auprès de l'autorité compétente ou que le créancier a retiré sa réquisition de faillite (art. 174 al. 2 LP; Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 17 ad art. 174 LP; Cometta, Commentaire romand, nn. 5 et 6 ad art. 174 LP; CPF, 2 octobre 2008/483).

L'article 174 al. 2 LP prévoit que le recourant doit établir les conditions d'application de cette disposition en déposant son recours. Récemment, le Tribunal fédéral a rappelé que les motifs empêchant la faillite doivent être apparus et soulevés dans le délai de recours (ATF 136 III 294). Cependant, la doctrine rapporte que depuis plusieurs années, la pratique permet d'établir en particulier la vraisemblance de la solvabilité après le dépôt du recours et donc des moyens de droit, dans la mesure où l'autorité judiciaire supérieure peut impartir au failli un délai pour la production de pièces (Giroud, Basler Kommentar, n. 26 in fine ad art. 174 LP et les références citées; TF 5A_80/2007 du 4 septembre 2007 c. 5.2; TF 5P.456/2005 du 17 février 2006 c. 4.1; TF 5P.178/2005 du 11 juillet 2005 c. 2.2.1; TF 5P.146/2004 du 14 mai 2004 c. 2). Dans le canton de Vaud, la jurisprudence s'est aussi montrée relativement large dans l'interprétation de la condition de simultanéité des vrais nova et du dépôt du recours, dès l'entrée en vigueur de l'art. 174 al. 2 LP. Elle a admis que de telles pièces soient déposées non seulement avec l'acte de recours, mais encore avec le mémoire ampliatif à l'appui du recours qui, avec des prolongations, pouvait intervenir plusieurs semaines après le dépôt du recours (Bosshard, Le recours contre le jugement de faillite, in JT 2010 II pp. 113 ss, p. 125 et la référence citée à la note infrapaginale n. 52). Compte tenu de cette

longue pratique, il serait contraire au principe de la bonne foi en procédure (art. 5 al. 2 et 3 Cst - Constitution fédérale; RS 101) de déclarer aujourd'hui irrecevables les pièces produites par la recourante conformément à cette pratique (cf. sur ce point TF 5A_80/2007 du 4 septembre 2007 précité c. 5.2 in fine).

Dans cette mesure, les pièces nouvelles produites par la recourante jusqu'au dépôt de son mémoire ampliatif sont recevables.

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 du recourant, le jugement du 17 février 2010 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.

C'est également à juste titre que le premier juge, ayant admis la requête de relief, a confirmé le jugement de faillite par prononcé du 9 juin 2010, dès lors que le débiteur n'avait pas établi avoir payé la poursuivante avant la décision par défaut ni désintéressé tous ses créanciers dans les poursuites libres d'opposition exercées à son encontre (art. 56 al. 4 let. b et c LVLP).

III. a) En vertu de l'art. 174 al. 2 LP, la décision du juge de la faillite peut être déférée à l'autorité judiciaire supérieure, 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 ou que la totalité de la somme à rembourser a été déposée à l'intention du créancier, ou encore que celui-ci a retiré sa réquisition de faillite.

En l'espèce, la recourante a établi, par la production de divers extraits des poursuites, avoir payé intégralement le montant de la poursuite à l'origine de la faillite, avant même le dépôt de son recours, entre l'audience de faillite et l'audience de relief. 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 de l'art. 191 LP (Giroud, op. cit., n. 25 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 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 réf. cit.).

En l'espèce, la recourante a soldé une très grande partie des poursuites dirigées contre elle, notamment toutes les poursuites exécutoires. En outre, même si elles ne sont pas de la plus haute valeur probante dès lors qu'elles ne proviennent pas d'un organe de révision, il résulte des pièces comptables produites que la recourante a réalisé un bénéfice pendant l'année 2009 et que son bilan paraît équilibré. Au vu de ces pièces et de l'extrait du registre des poursuites au 25 août 2010, comme de la capacité qu'elle a eue de solder bon nombre de poursuites pendantes contre elle après le jugement de faillite, la recourante a rendu sa solvabilité plus vraisemblable que son insolvabilité (CPF, 27 novembre 2008/572). La seconde condition à l'annulation de la faillite au sens de l'art. 174 al. 2 LP est ainsi également réalisée.

IV. Le recours doit ainsi être admis, le prononcé du 9 juin 2010 réformé et le jugement de faillite du 17 février 2010 annulé en ce sens que la faillite de F. _____ Sàrl n'est pas prononcée.

Le prononcé doit en revanche être maintenu en ce qui concerne les frais de première instance, tant du jugement de faillite que du prononcé de relief, puisque la décision du premier juge était fondée, la recourante n'ayant soldé la créance à l'origine du jugement qu'après sa mise en faillite.

Pour les mêmes motifs, la recourante supportera les frais de deuxième instance, 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 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 prononcé du 9 juin 2010 est réformé et le jugement de faillite du 17 février 2010 est annulé en ce sens que la faillite de F. _____ Sàrl n'est pas prononcée.

Le prononcé et le jugement de faillite sont confirmés pour le surplus.

III. Les frais de deuxième instance de la recourante F. _____ Sàrl sont arrêtés à 300 fr. (trois cents francs).

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

V. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 25 novembre 2010

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

La greffière :

Du 27 janvier 2011

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. Christophe Savoy, agent d'affaires breveté (pour F. _____ Sàrl),
- X. _____ Caisse de pension,
- M. le Préposé à l'Office des poursuites du district de Morges,
- M. le Préposée à l'Office des faillites de l'arrondissement de La Côte.

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 Morges,
- M. le Préposé au Registre du Commerce du canton de Vaud,
- M. le Président du Tribunal d'arrondissement de La Côte.

La greffière :