

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 29 février 2012

Présidence de M. SAUTEREL, vice-président
Juges : M. Bosshard et Mme Rouleau
Greffier : Mme Joye

Art. 174 al. 2 ch. 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 **C._____ SA**, à Renens, contre le jugement rendu le 26 mai 2011, 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 **M._____**, à Lausanne.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. Le 22 février 2011, à la requête de M._____, l'Office des poursuites du district de Lausanne-Ouest a notifié à C._____ SA un commandement de payer n° 5'697'329 portant sur le montant de 5'918 fr. plus intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} janvier 2011, la cause de l'obligation étant libellée comme il suit : "Loyer payable par trimestre d'avance, correspondant au mois de mars 2011, concernant Lac 27 à Renens, des locaux commerciaux d'environ 520 m2 au rez-de-chaussée et selon le décompte du mandataire du 17 février 2011. Tous plus amples droits expressément réservés." La poursuivie n'a pas formé opposition à ce commandement de payer.

Une commination de faillite a été notifiée à C._____ SA le 29 mars 2011 dans la même poursuite. Le 21 avril 2011, M._____ a requis la faillite de la débitrice.

2. Statuant à la suite de l'audience du 26 mai 2011, à laquelle les parties ont fait défaut, le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne a déclaré la faillite de C._____ SA le 26 mai 2011 à 11 heures 37 (I) et mis les frais, par 200 francs, à la charge de la faillie (II). Ce jugement a été adressé pour notification aux parties le 26 mai 2011. La faillie l'a reçu le lendemain.

3. Le 6 juin 2011, la faillie a recouru contre cette décision concluant, avec suite de frais et dépens, à son annulation et à ce que la garantie de 6'500 fr. qu'elle a constituée et versée le même jour au greffe de la cour de céans lui soit restituée. A l'appui de son recours, elle a produit notamment les pièces suivantes :

- un bail à loyer pour locaux commerciaux du 2 août 1999 d'où il ressort que le loyer mensuel de C._____ SA était de 5'600 fr. charges et places de parc comprises, payable par trimestre (16'800 fr.) d'avance,

- un courrier du 17 février 2011 par lequel M._____ réclamait à C._____ SA un montant de 10'898 fr. 45, selon le détail suivant :

"	Solde redu sur le trimestre de loyer payable d'avance au 31 mars 2001, soit mars 2011	Fr. 5'918.--
	Décompte de chauffage 2009/2010 (faisant d'ores et déjà l'objet d'une poursuite)	Fr. 9'398.45
	./. de Fr. 4'418.--, d'acompte à valoir, valeur reportée, valeur au 30 juin 2010	- Fr. 4'418.--
	Total s.e.o	Fr. 10'898.45 "
		=====

- un courrier de la Fiduciaire [...] du 3 juin 2011 attestant que tous les salaires et charges sociales de C._____ SA étaient payés à fin mai, que la société avait effectué deux versements de 17'754 fr. chacun au titre des loyers des 1^{er} et 2^{ème} semestres 2011 respectivement les 30 décembre 2010 et 31 mars 2011, qu'à sa connaissance les fournisseurs étaient payés régulièrement et que les paiements des mensualités des deux leasings de la société étaient à jour,

- deux avis de débit attestant de deux paiements de la recourante, les 30 décembre 2010 et 31 mars 2011, de 17'754 fr. chacun, à titre de loyers,

- un récépissé postal attestant du paiement par C._____ SA d'un montant de 5'823 fr. 75 à l'Office des poursuites de Lausanne-Ouest dans le cadre d'une poursuite n° 5'688'992 introduite par M._____ concernant le décompte de chauffage 2009/2010,

- un extrait du registre de l'Office des poursuites du district de l'Ouest lausannois du 6 juin 2011 d'où il ressort que la seule poursuite en cours contre C._____ SA est celle ayant donné lieu à la présente procédure, d'un montant de 6'185 fr. 40 (intérêts et frais de poursuite compris),

- un décompte débiteur établi également le 6 juin 2011 par l'Office des poursuites du district de l'Ouest lausannois, indiquant que le montant total dû par la société débitrice est de 6'216 fr. 35 (intérêts, frais de poursuite et frais d'encaissement compris),
- un aperçu global des comptes bancaires de la recourante au 3 juin 2011, établi par la Banque [...], faisant notamment état d'un disponible de 24'468 francs 28 sur le compte courant entreprise,
- un extrait du Registre du commerce du canton de Vaud d'où il ressort que la société C._____ SA existe depuis 1999 et possède un capital-actions de 500'000 francs.

Par décision du 10 juin 2011, le président de la cour de céans a accordé l'effet suspensif requis par la recourante.

Le 16 juin 2011, le président de la cour de céans a transmis à la recourante un extrait des poursuites la concernant, en lui impartissant un délai non prolongeable au 27 juin 2011 pour se déterminer au sujet de cette pièce, ce qu'elle a fait dans le délai indiqué.

Dans sa réponse du 8 juillet 2011, l'intimé a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet du recours. A l'appui de son écriture, il a produit douze pièces sous bordereau, dont un extrait du registre du commerce concernant la Fiduciaire [...].

La recourante s'est encore déterminée le 1^{er} septembre 2011 et produit des pièces supplémentaires.

Le 5 septembre 2011, l'intimé a déposé une dernière écriture.

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 6 juin 2011, il a été formé en temps utile, dans le délai de dix jours de l'art. 174 al. 1 LP. Il est en outre suffisamment motivé, de sorte qu'il est recevable formellement (art. 321 al. 1 CPC).

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 1^{er} 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 2^{ème} phrase) et ceux qui se sont produits après (al. 2) (Giroud, Basler Kommentar, 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, 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). 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 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 par la faillie le 1^{er} septembre 2011, après l'échéance du délai de recours, sont irrecevables. Sont également irrecevables les pièces produites par l'intimé à l'appui de son écriture du 8 juillet 2011, tendant à établir des novas proprement dits, à l'exception de l'extrait du registre du commerce, considéré comme un fait notoire (TF 5A_62/2009 du 21 juillet 2009 c. 2.1).

II. a) 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 réalisées en l'espèce. C'est donc à juste titre que le premier juge a prononcé la faillite de la recourante.

b) 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, son dépôt, ou le retrait de la requête de faillite et la vraisemblance de la solvabilité sont cumulatives (Bosshard, op. cit., p. 127).

C. _____ SA fait valoir que sa dette a été payée. Il ressort des pièces figurant au dossier que la recourante est locataire de l'intimé et que le montant du loyer mensuel, de 5'918 fr., est payable par trimestre d'avance (17'754 francs). Pour l'année 2009/2010, la recourante devait en outre un solde de décompte de chauffage de 9'398 fr. 45. Le créancier a déduit de cette somme un acompte de 4'418 fr., valeur au 30 juin 2010, et introduit une poursuite (n° 5'688'992) pour le solde. La débitrice a versé 5'823 fr. 75 le 17 mai 2011 dans le cadre de cette poursuite. Les 30 décembre 2010 et 31 mars 2011, la recourante a effectué en faveur de l'intimé deux versements de 17'754 fr. chacun. L'intimé fait valoir que le paiement du 30 décembre 2010 ne couvrirait pas la totalité du loyer du 1^{er} trimestre 2011 car la recourante aurait accumulé des arriérés notamment au début de 2009 et que les acomptes versés seraient insuffisants pour couvrir une mensualité. Les pièces ne permettent pas de comprendre comment le bailleur arrive à la conclusion que le loyer de mars 2011 - exactement - reste dû. Il n'est pas non plus établi par pièce que la recourante aurait eu du retard dans le paiement du loyer 2009. Quoi qu'il en soit, on doit admettre que par lettre du 17 février 2011 le bailleur a informé la locataire que le loyer de mars 2011 restait dû et que celle-ci n'a pas réagi. Elle n'a pas non plus fait opposition au commandement de payer. Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que la preuve stricte du paiement de la créance en poursuite, avec intérêts et frais (art. 174 al. 2 ch. 1 LP), n'est pas rapportée.

La recourante invoque également l'art. 174 al. 2 ch. 2 LP et fait valoir qu'elle a consigné le montant litigieux auprès de l'autorité de recours. Il ressort du décompte de l'office des poursuites du 6 juin 2011 qu'à cette date le solde à payer par la recourante était de 6'216 fr. 35. L'intéressée ayant déposé à l'intention du créancier une somme de 6'500 fr. au greffe de la cour de céans, la première condition de l'annulation de la faillite est réalisée.

c) 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 c. 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. Dès lors que la loi se contente d'une simple vraisemblance, il ne faut 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 réf. cit.; TF 5P.129/2006 du 30 juin 2006; TF 5P.80/2005 du 15 avril 2005).

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 (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. 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. 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). Dans sa jurisprudence actuelle, la cour de céans admet que, s'agissant d'une poursuite d'un montant relativement faible, le paiement de cette poursuite accompagnée d'un extrait des poursuites vierge est suffisant pour rendre la solvabilité vraisemblable (CPF, 20 septembre 2007/341; CPF, 7 juin 2007/206; CPF 27 janvier 2005/4 et les arrêts cités). Cette vision libérale

est aussi celle de la doctrine la plus récente (Cometta, op. cit., nn. 10-13 ad art. 174 LP; CPF, 15 novembre 2007/424).

En l'espèce, les extraits des poursuites des 6 et 27 juin 2011 montrent qu'il n'y a pas d'autres poursuites en cours contre la recourante que celle ayant abouti à la faillite litigieuse. Pour le surplus, l'intéressée a produit un aperçu de ses comptes bancaires, qui fait état de liquidités disponibles d'environ 24'000 fr. au 3 juin 2011. Ce montant - dont il convient de déduire les 6'500 fr. déposés au greffe de céans le 6 juin 2011 - n'est certes pas très élevé, compte tenu notamment du loyer, qui se monte à 17'754 fr. par trimestre. Il est toutefois difficile d'en tirer des conclusions dans la mesure où on ne sait pas comment fonctionne la société, si elle a des rentrées régulières d'argent, quelles sont ses charges mensuelles, etc. La recourante a également produit une attestation datée du 3 juin 2011 de la fiduciaire [...] selon laquelle les salaires, les charges sociales, les loyers des deux premiers trimestres de l'année 2011, les fournisseurs et les mensualités des leasings de la recourante sont payées. L'intimé observe que cette fiduciaire a été radiée du registre du commerce en 2008. Une vérification de ce fait notoire permet toutefois de constater que cette société existe toujours. Ces indices sont certes assez maigres. La recourante aurait pu produire des éléments de comptabilité. Cela étant, au vu de ce qui précède, et en l'absence de poursuites - sauf celle litigieuse, d'un montant assez modeste - la solvabilité paraît plus vraisemblable que l'insolvabilité. La seconde condition de l'annulation de la faillite est ainsi également réalisée.

d) La recourante conclut à la restitution du montant de 6'500 fr. déposé au greffe comme « garantie ». Il ne s'agit en réalité pas d'une garantie mais d'un dépôt « à l'intention du créancier » (art. 174 al. 2 ch. 2 LP). Ledit montant ne peut dès lors être restitué à la recourante mais devra servir à désintéresser le créancier, seul un solde éventuellement positif pouvant être restitué. Cette conclusion doit donc être rejetée.

III. Le recours doit par conséquent être admis et le jugement annulé en ce sens que la faillite de C. _____ SA n'est pas prononcée. Le jugement 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 judiciaires de deuxième instance de la recourante sont arrêtés à 300 fr. et l'intimé doit lui verser la somme de 1'500 fr. à titre de dépens et de restitution d'avance de frais 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 C. _____ SA n'est pas prononcée.

Il est confirmé pour le surplus.

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

IV. L'intimé M. _____ doit verser à la recourante C. _____ SA la somme de 1'500 fr. (mille cinq cents francs) à titre de dépens et de restitution d'avance de frais de deuxième instance.

V. Toutes autres ou plus amples conclusions sont rejetées.

VI. L'arrêt est exécutoire.

Le vice-président :

La greffière:

Du 29 février 2012

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 César Montalto, avocat (pour C. _____ SA),
- M. Jean-Marc Decollogny, agent d'affaires breveté (pour M. _____),
- M. le Préposé à l'Office des poursuites du district de l'Ouest lausannois,
- 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 à :

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

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Préposé au Registre du commerce du canton de Vaud,
- Mme la Conservatrice du Registre foncier, office de Lausanne.

La greffière :