

## COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

---

---

Arrêt du 19 juillet 2018

---

Composition : Mme BYRDE, présidente  
Mme Rouleau et M. Maillard, juges  
Greffier : M. Elsig

\*\*\*\*\*

### **Art. 40, 174 al. 1 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 **H.**\_\_\_\_\_, à [...], contre le jugement rendu le 20 avril 2018, à la suite de l'audience du 17 avril 2018, par le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois, prononçant la faillite du recourant à la réquisition de **L.**\_\_\_\_\_, à [...].

Vu les pièces au dossier, la cour considère :



**En fait :**

**1.**           **a)** Le 14 décembre 2016, à la réquisition de L.\_\_\_\_\_, l'Office des poursuites du district d'Aigle a notifié à H.\_\_\_\_\_, dans la poursuite n° 8'084'665, un commandement de payer la somme de 319'700 fr. 50 sans intérêt, indiquant comme titre de la créance ou cause de l'obligation : *« Acte de défaut de biens après saisie du 18.12.2013 numéro 5026556 délivré par l'Office des poursuites du district de [...], ramené à 319'700 fr. 50. ».*

Le poursuivi a formé opposition totale.

**b)** Par prononcé du 31 mars 2017 attesté définitif et exécutoire dès le 2 mai 2017, le Juge de paix du district d'Aigle a prononcé la mainlevée provisoire de l'opposition à concurrence de 319'700 fr. sans intérêt. Selon attestation du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois du 9 juin 2017, aucune action en libération de dette n'a été déposée à la suite du prononcé du 31 mars 2017 susmentionné.

**c)** Le 20 octobre 2017, à la réquisition de la poursuivante, l'Office des poursuites du district d'Aigle a notifié au poursuivi, dans la poursuite susmentionnée, une commination de faillite datée du 17 octobre 2017.

**2.**           Par acte du 25 janvier 2018, la poursuivante a requis du Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois, qu'il prononce la faillite du poursuivi.

Après avoir demandé à la poursuivante des pièces complémentaires, le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois a, par courrier recommandé du 21 mars 2018, notifié la requête au poursuivi et a cité les parties à comparaître à l'audience du 17 avril 2018.

Par courrier du 20 avril 2018, adressé au tribunal d'arrondissement, le poursuivi a fait valoir qu'il était salarié de la société D. \_\_\_\_\_ Sàrl depuis 2015 et que son inscription sous raison individuelle au Registre du commerce avait été radiée. Il a en conséquence mis en doute que sa faillite puisse être prononcée, a requis l'octroi d'un effet suspensif de cinq jours et a produit les pièces suivantes :

- une copie de la détermination du total des acomptes pour l'impôt sur le revenu et la fortune, l'impôt anticipé et l'impôt fédéral direct pour l'année 2017 adressé le 11 avril 2017 par l'Office d'impôt du district d'Aigle, au poursuivi constatant un revenu imposable de 40'000 fr. et une fortune imposable de 0 franc ;

- une copie d'un certificat de salaire pour l'année 2017 établi le 22 janvier 2018 par D. \_\_\_\_\_ Sàrl attestant que le poursuivi avait reçu un salaire net de 31'632 francs ;

- un extrait du Registre du commerce du Canton de Vaud relatif à D. \_\_\_\_\_ Sàrl, dont il ressort que cette société a été inscrite le 3 mars 2015 et qu'elle a le poursuivi comme associé gérant avec signature individuelle ;

- un extrait internet du Registre du commerce du Canton de Vaud relatif à « [...]H. \_\_\_\_\_ », raison individuelle de l'entreprise du poursuivi, dont il ressort qu'elle a été radiée le 27 octobre 2017 par suite de cessation d'activité, radiation publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) du 1<sup>er</sup> novembre 2017 ;

- une copie d'un courrier recommandé de D. \_\_\_\_\_ Sàrl au Registre du commerce du canton de Vaud du 25 octobre 2017 requérant la radiation de la raison individuelle susmentionnée, au motif que cette entreprise n'avait plus d'activité depuis la fin du mois de février 2015, et indiquant qu'elle avait cru que cette radiation était intervenue d'office à la suite de l'inscription de la société à responsabilité limitée.

**3.** Par jugement rendu le 20 avril 2018 par défaut de la poursuivante, le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois, statuant en tant qu'autorité de première instance en matière sommaire de poursuites et de faillite, a prononcé la faillite du poursuivi avec effet au 20 avril 2018 à 12 heures (I), a mis les frais judiciaires fixés à 200 fr. à la charge du failli (II) et a dit que celui-ci était le débiteur de la poursuivante de la somme de 200 fr. à titre de restitution de son avance de frais (III). Ce jugement a été notifié au poursuivi le 23 avril 2018.

**4. a)** Par acte du 3 mai 2018, le recourant, par son conseil, a recouru contre le jugement du 20 avril 2018 en concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens que sa faillite n'est pas prononcée et, subsidiairement à son annulation et au renvoi de la cause au premier juge pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Il a requis que l'effet suspensif soit accordé au recours et a produit notamment les pièces suivantes :

- une procuration ;

- une copie d'un acte de défaut de biens après saisie établi le 18 décembre 2013 par l'Office des poursuites et faillites du district de [...] dans le cadre de la poursuite n° 5026556 exercée par l'intimée contre le recourant, laissant apparaître un montant impayé de 327'300 fr. 50 ;

- une copie d'un certificat de salaire pour l'année 2015 établi le 7 mars 2016 par D.\_\_\_\_\_ Sàrl attestant que le recourant avait reçu un salaire net de 50'958 francs ;

- une copie d'un certificat de salaire pour l'année 2016 établi le 7 mars 2017 par D.\_\_\_\_\_ Sàrl attestant que le recourant avait reçu un salaire net de 62'618 francs ;

- une copie de la requête de mainlevée déposée le 31 janvier 2017 par l'intimée devant le Juge de paix du district d'Aigle ;
- une copie de la facture établie le 2 novembre 2017 par le Registre du commerce du Canton de Vaud pour la radiation de la raison individuelle du recourant ;
- un extrait de la FOSC du 1<sup>er</sup> novembre 2017 mentionnant la radiation de la raison individuelle du recourant.

**b)** A la réquisition de la cour de céans, l'Office des poursuites du district d'Aigle a produit le 7 mai 2018 la liste des affaires en cours relative au recourant, qui fait état d'un montant total des poursuites de 927'039 fr. 30.

Par décision du 11 mai 2018, la Présidente de la cour de céans a rejeté la requête d'effet suspensif.

Par courrier du 25 mai 2018, le recourant a indiqué qu'il n'avait pas d'observations particulières à formuler sur la liste des affaires en cours à l'exception d'une poursuite qui n'aurait finalement pour objet qu'un montant de quelque dizaines de milliers de francs et non de 440'425 fr. 50.

L'intimée n'a pas été invitée à se déterminer.

### **En droit :**

**I.**           **a)** En vertu de l'art. 174 al. 1 LP (loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite; RS 281.1), la décision du juge de la faillite peut, dans les dix jours, faire l'objet d'un recours au sens du CPC (Code de procédure civile; RS 272). Selon l'art. 321 al. 1 CPC, le recours s'exerce par

le dépôt d'un acte écrit et motivé, introduit auprès de l'instance de recours.

En vertu de l'art. 174 al. 1 2ème phrase LP, les parties peuvent faire valoir devant l'instance de recours des faits nouveaux lorsque ceux-ci se sont produits avant le jugement de première instance. La loi vise ici les faits nouveaux improprement dits (faux nova ou pseudo-nova), à savoir ceux qui existaient déjà au moment de l'ouverture de la faillite et dont le premier juge n'a pas eu connaissance pour quelque raison que ce soit; ces faits peuvent être invoqués sans restriction devant la juridiction de recours, pour autant qu'ils le soient dans le délai de recours (ATF 139 III 491 consid. 4.4). Selon la jurisprudence, les vrais nova - à savoir les faits qui sont intervenus après l'ouverture de la faillite en première instance (art. 174 al. 2 ch. 1-3 LP) - doivent également être produits avant l'expiration du délai de recours (ATF 139 III 491 consid. 4; 136 III 294 consid. 3; TF 5A\_899/2014 du 5 janvier 2015 consid. 3.1 et les autres références, publié in SJ 2015 I p. 437). En vertu de la lettre claire de l'art. 174 al. 2 LP, aucun autre novum n'est admissible (TF 5A\_874/2017 du 7 février 2018 ; TF 5A\_625/2015 du 18 janvier 2016 consid. 3.6.1). L'octroi d'un délai pour se déterminer sur l'extrait du registre des poursuites et des actes de défaut de biens requis d'office et joint au dossier n'a pas pour effet de prolonger le délai de recours ni d'instituer un délai supplémentaire pour produire des pièces (TF 5A\_681/2016 du 24 novembre 2016 ; CPF 7 juillet 2016/215 ; CPF, 16 octobre 2013/409).

**b)** En l'espèce, le recours du 3 mai 2018 a été déposé dans le délai de dix jours de l'art. 174 al. 1 LP. Les pièces produites avec cette écriture sont également recevables.

**II.** Le recourant conteste être soumis à la procédure de faillite, dès lors que sa raison individuelle avait été radiée au moment où le jugement de faillite a été prononcé et qu'au moment de la réquisition de continuer la poursuite, cette raison individuelle n'avait plus d'existence

économique réelle depuis 2015. Il invoque qu'une faillite pourrait entraîner la liquidation de la société D. \_\_\_\_\_ Sàrl et la perte de son salaire.

**a)aa)** La personne physique titulaire (ou l'exploitant ou le chef) d'une entreprise individuelle (Einzelunternehmen ou Einzelfirma), qui exerce une activité économique indépendante en vue d'un revenu régulier (art. 2 let. b ORC), est tenue de requérir son inscription - qui est une immatriculation au registre du commerce (art. 934 al. 1 CO) - si elle l'exploite en la forme commerciale et qu'elle obtient, sur une période d'une année, une recette brute de 100'000 fr. au moins (chiffre d'affaires annuel; art. 36 al. 1 ORC). L'entreprise individuelle préexiste à son inscription au registre du commerce: sa création ne dépend pas de l'inscription et, par conséquent, son immatriculation n'est pas constitutive. Elle a toutefois l'obligation - de droit public - de se faire immatriculer (art. 934 al. 1 CO). Comme unité de production, l'entreprise individuelle a une existence réelle; son immatriculation ne constitue que la preuve de son existence et en crée l'apparence. La personne physique exploitant l'entreprise individuelle répond sur tout son patrimoine. L'inscription au registre du commerce a pour conséquence que la personne physique titulaire ("le chef") de la raison individuelle est assujettie à la poursuite par voie de faillite (art. 39 al. 1 ch. 1 LP). L'inscription formelle au registre du commerce est décisive à cet égard: il ne suffit pas que la personne ait la qualité d'exploitant, mais il faut qu'elle soit inscrite au registre du commerce. Par conséquent, si une personne exploite une entreprise individuelle commerciale sans être inscrite, le créancier qui veut la poursuivre par voie de faillite doit provoquer son inscription au registre du commerce (art. 152 ORC). Inversement, si le titulaire est resté inscrit au registre du commerce malgré la cessation de son activité, il reste soumis à la poursuite par voie de faillite; l'autorité de poursuite n'a pas à examiner si l'inscription est justifiée ou non et le poursuivi n'est pas admis à démontrer que l'inscription est erronée. Le critère formel de l'inscription est décisif; il importe peu que l'inscription eût dû être supprimée. (cf. TF 4A\_23/2014 du 8 juillet 2014, consid. 2.1.1 et les réf. citées; S.J. 2015 I 5).

Lorsque le titulaire de l'entreprise individuelle met un terme à son activité (ou la cède à une autre personne ou à une autre entité juridique), il doit requérir sa radiation au registre du commerce (art. 938 al. 1 CO et 39 al. 1 ORC). Cette radiation doit être opérée au terme de la liquidation. En vertu de l'art. 40 al. 1 LP, même s'il a été radié au registre du commerce, le titulaire de l'entreprise individuelle demeure sujet à la poursuite par voie de faillite durant les six mois qui suivent la publication de sa radiation dans la FOOSC. Cette disposition a pour but d'éviter que la personne inscrite puisse, dans le courant d'une procédure de poursuite déjà engagée, se soustraire à la faillite en se faisant radier (cf. TF 4A\_23/2014 du 8 juillet 2014, consid. 2.1.2 et les réf. citées; SJ 2015 I 5). L'art. 40 al. 2 LP précise que la poursuite se continue par la voie de la faillite lorsque, avant l'expiration du délai prévu à l'art. 40 al. 1 LP, le créancier a requis la continuation de la poursuite.

**bb)** La poursuite continuée par voie de saisie, alors que le débiteur est soumis à la faillite, et inversement, est nulle (Jent-Sorenson, Kurzkomentar SchKG, n° 3 ad art. 39 LP, et les réf. citées).

Le juge de la faillite qui traite la requête de faillite est tenu d'examiner également la capacité du poursuivi à être sujet à la poursuite par voie de faillite (ATF 135 III 14 consid. 5.4 ; JdT 2010 II 140). S'il parvient dans un cas concret à la conclusion qu'une décision nulle a été rendue au cours de la procédure antérieure (art. 22, al. 1), il ajourne sa décision et soumet le cas à l'autorité de surveillance (art. 173 al. 2 LP). Si le juge de la faillite est d'avis que la poursuite doit être continuée par la voie de la saisie ou de la réalisation de gage, il doit procéder de la même manière (ATF 135 III 14 consid. 5.4 et les réf. citées; JdT 2010 II 140). Il statue sur la réquisition de faillite après avoir reçu communication de la décision de l'autorité de surveillance (art. 173 al. 3 LP).

**b)** En l'espèce, la commination de faillite, datée du 17 octobre 2017, faisant suite à la réquisition de l'intimée de continuer la poursuite, a été notifiée au recourant le 20 octobre 2017, soit avant la radiation de sa raison individuelle du registre du commerce publiée à la FOOSC le 1<sup>er</sup>

novembre 2017, la radiation ayant pris effet le lendemain de cette publication (Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 34 ad art. 40 LP). Au moment déterminant selon l'art. 40 al. 2 LP, la raison individuelle du recourant était encore inscrite au Registre du commerce et le délai de six mois de l'art. 40 al. 1 LP n'avait pas encore commencé à courir. Conformément à ces dispositions, la poursuite devait donc être continuée par la voie de faillite et le fait que le jugement de faillite ait été rendu alors que la raison individuelle du recourant était radiée du Registre du commerce est sans pertinence. De même, au vu de la jurisprudence susmentionnée, il est sans portée que cette raison individuelle ait cessé toute activité bien avant sa radiation.

Le moyen du recourant doit en conséquence être rejeté.

**III.** 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 l'ouverture de la faillite 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 judiciaire supérieure 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, le dépôt de la totalité de la somme à rembourser ou le retrait de la requête de faillite et la vraisemblance de la solvabilité, sont cumulatives (TF 5A\_801/2014 du 5 décembre 2014 consid. 6.1 ; Bosshard, Le recours contre le jugement de faillite, in JdT 2010 II 113 ss, p. 127).

En l'espèce, le recourant ne prétend pas ni n'établit avoir réglé le montant en poursuite dans le délai de recours. Une des deux conditions cumulatives à l'annulation du prononcé de faillite n'est dès lors par réalisée. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner si le recourant a rendu vraisemblable sa solvabilité, ce qu'il n'allègue du reste pas.

**IV.** En conclusion, le recours, manifestement mal fondé, doit être rejeté et le jugement confirmé.

Vu le rejet du recours, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr., doivent être mis à la charge du recourant (art. 106 al. 1 CPC).

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.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr. (trois cents francs), sont mis à la charge du recourant H.\_\_\_\_\_.
- IV.** L'arrêt est exécutoire.

La présidente :

Le greffier :

Du

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

- Me Julien Gafner, avocat (pour H.\_\_\_\_\_),
- L.\_\_\_\_\_,

- M. le Préposé à l'Office des poursuites du district d'Aigle,
- M. le Préposé à l'Office des faillites de l'arrondissement de l'Est 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 d'Aigle et de la Riviera,
- M. le Préposé au Registre du Commerce du canton de Vaud,

et communiqué à :

- M. le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois.

Le greffier :