

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 19 août 2011

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

Art. 190 al. 1 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 la **SOCIÉTÉ COOPÉRATIVE M.**_____, à Lausanne, contre le jugement rendu le 7 avril 2011, à la suite de l'audience du 10 mars 2011, par le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne, prononçant la faillite sans poursuite préalable de la recourante à la requête de la **BANQUE Q.**_____, à Lausanne.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. a) La Société Coopérative M._____, inscrite au Registre du commerce du Canton de Vaud depuis le 8 août 2007, a pour but la "direction de projets et instauration de dispositifs de travail dans le cadre des projets culturels conduits par ses associés." Elle instaure des programmes de réinsertion professionnelle dans des activités culturelles. Elle a son siège à Lausanne, à l'adresse de l'association X._____.

Selon le jugement attaqué, la société coopérative a remis à la Banque Q._____ des chèques émis en Italie, que la banque a honorés, mais n'a ensuite pas pu encaisser, faute de règlement par l'émetteur. Au 30 juin 2010, le compte de la Société Coopérative M._____ auprès de la Banque Q._____ présentait un solde négatif de 101'305 fr. 80.

Le 12 août 2010, la banque a mis sa cliente en demeure de lui rembourser, jusqu'au 25 août 2010, le montant précité, avec intérêt à 10 % l'an, plus commission trimestrielle de $\frac{1}{4}$ % dès le 1^{er} juillet 2010, sous déduction de deux bonifications de 70 francs.

Par lettre du 25 août 2010, le conseil de la Société Coopérative M._____ et de l'association X._____ a informé la banque que ses clientes n'avaient pas pu procéder à un versement dans le délai imparti, mais étaient en train de préparer une proposition de remboursement. Un plan de remboursement par une société tierce italienne sur une durée de sept ans, proposé au mois de septembre 2010, a été refusé par la banque.

Celle-ci a requis la poursuite de la Société Coopérative M._____, à laquelle un commandement de payer la somme de 101'305 francs 80, plus intérêt à 11 % dès le 1^{er} juillet 2010, sous déduction de six acomptes de 70 fr. et d'un acompte de 170 fr. 50, a été notifié le 8 décembre 2010. La poursuivie a formé opposition totale.

b) Le 21 décembre 2010, la Banque Q._____ a requis du Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne la faillite sans poursuite préalable de la Société Coopérative M._____, invoquant la suspension de paiements.

L'intimée a déposé un procédé écrit le 10 mars 2011, concluant au rejet de la requête. Elle a produit des pièces, notamment une convention de prestations passée le 24 mars 2009 avec l'Office AI pour le canton de Vaud, dont elle est le mandataire, et le rapport de son organe de révision des comptes pour l'année 2009. Le 25 mars 2011, dans le délai qui lui avait été imparti à cet effet par le président du tribunal à l'audience du 10 mars 2011, elle a encore produit ses comptes non révisés pour l'année 2010. De ces pièces, il ressort qu'elle a fait un bénéfice de quelque 1'900 fr. en 2008, 9'500 fr. en 2009 et 10'500 fr. en 2010, les produits consistant essentiellement en prestations de réinsertion AI, pour environ 126'400 fr. en 2010. A l'actif du bilan 2010 figure la somme de 122'722 fr. 45 sous "débitéur X._____". Le président de la société a rédigé sur ces comptes les commentaires suivants :

"Les prestations de réinsertion (AI) représentent l'essentiel de l'activité de la Coopérative, pour un produit de Frs 126'432.-. Cette activité, débutée en 2008, est en croissance continue (Frs 50'000.- en 2008 / Frs 60'000.- en 2009).

Toutes les charges liées à l'activité ont pu être honorées. Les délais de paiement de l'AI causent des difficultés de trésorerie.

Le solde négatif du compte Banque Q._____ est dû au mouvement des chèques.

Le compte débiteur X._____ correspond au montant des chèques problématiques.

Le compte créancier X._____ correspond aux montants avancés par l'Association X._____ en phase de démarrage."

Par lettre du 29 mars 2011, le conseil de la banque s'est déterminé en ces termes sur les comptes 2010 de la société :

"Il résulte du bilan au 31 décembre 2010 de la Coopérative que le principal actif à ce bilan serait constitué, à hauteur de CHF 122'722.45, par une créance intitulée "débitur X. _____", ce qui signifie que la Coopérative a fait crédit à l'association X. _____ d'une somme de 122'722.45. Cet actif au bilan de la Coopérative doit être considéré comme une non-valeur, l'association X. _____ étant elle-même dans l'incapacité de régler ses dettes [...] Il en résulte que les dettes de la Coopérative sont largement supérieures à ses actifs et qu'elle est indubitablement surendettée."

2. Par jugement adressé pour notification aux parties le 7 avril 2011, le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne a admis la requête de la Banque Q. _____ et prononcé la faillite sans poursuite préalable de la Société Coopérative M. _____ le 30 mars 2011 à 16 heures, les frais de justice, par 300 francs, étant mis à la charge de l'intimée, celle-ci devant les rembourser à la requérante qui en avait fait l'avance.

Le premier juge a considéré que la dette de l'intimée envers la requérante était importante comparée au flux financier peu important de la société, qui ne disposait d'aucune liquidité, que la comptabilité était trompeuse, l'actif du bilan étant grossi d'une créance contre l'association X. _____, laquelle n'était pas en mesure d'honorer cette dette, et qu'il apparaissait ainsi que les dettes de l'intimée dépassaient ses actifs, situation qui perdurait depuis plusieurs mois et n'allait pas s'améliorer rapidement compte tenu des faibles recettes réalisées par la société, l'essentiel de son activité étant financé par l'AI.

3. a) La Société Coopérative M. _____ a déposé un recours contre ce jugement, avec demande d'effet suspensif, le 18 avril 2011, concluant, avec suite de frais et dépens, à l'annulation de la décision prononçant sa faillite et au rejet de la requête de faillite sans poursuite préalable.

Par décision du 28 avril 2011, le vice-président de la cour de céans a accordé l'effet suspensif et ordonné l'inventaire et l'audition de la faillie à titre de mesures conservatoires.

L'intimée Banque Q._____ s'est déterminée le 1^{er} juin 2011 sur le recours, concluant, avec suite de frais et dépens, à son rejet.

b) Selon l'extrait des registres de l'Office des poursuites du district de Lausanne au 26 avril 2011, dont la production a été requise d'office par le vice-président de la cour de céans, la recourante ne fait l'objet que de la poursuite, d'un montant de 110'077 fr. 85, exercée à l'instance de l'intimée.

En droit :

I. Interjeté en temps utile, dans les dix jours suivant la notification du jugement de faillite (art. 174 al. 1 LP, auquel renvoie l'art. 194 al. 1 LP - loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite; RS 281.1), le recours ne tend pas à l'annulation de la faillite au sens de l'art. 174 al. 2 LP, mais à la réforme du jugement attaqué en ce sens que la requête de faillite sans poursuite préalable est rejetée. Il est recevable.

II. a) La recourante fait valoir qu'elle poursuit ses activités, ce qui nécessite une infrastructure et des liquidités, qu'elle ne fait l'objet d'aucune autre poursuite, que sa comptabilité a été révisée et jugée conforme, qu'elle entend bien effectuer des démarches contre l'association X._____ pour recouvrer sa créance, que le non-encaissement des chèques s'explique par des difficultés techniques dans le cadre de transfert de fonds internationaux. Elle conteste que les conditions restrictives fixées par la jurisprudence pour admettre une situation de cessation de paiement soient remplies et soutient qu'elle s'est

temporairement trouvée dans l'impossibilité de rembourser une dette unique "pour des motifs clairs et en voie de résolution".

L'intimée, pour sa part, fait valoir que la comptabilité 2010 de la recourante, présentée "avant révision", n'a pas été contrôlée et contient des éléments douteux, notamment un poste "comptes consolidés" incompréhensible, que le contrat signé avec l'Office AI ne l'aurait pas été par des représentants autorisés de la recourante et que le bénéfice annoncé de celle-ci ne serait qu'une illusion, sa créance contre l'association X. _____ étant irrécupérable.

b) Le système du droit suisse de la poursuite pour dettes et la faillite prévoit fondamentalement qu'une procédure de faillite est précédée d'une poursuite préalable ordinaire (Fritschi, *Verfahrensfragen bei der Konkursöffnung*, thèse Zurich 2010, p. 151; Gilliéron, *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, 4^{ème} éd., n. 564, p. 114). Ce n'est qu'exceptionnellement, dans un certain nombre de cas que la loi permet à un soi-disant créancier de requérir l'ouverture de la faillite de son soi-disant débiteur sans commandement de payer exécutoire (Gilliéron, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, n. 2 ad remarques introductives : art. 190 - 194 LP).

Aux termes de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP, le créancier peut requérir la faillite sans poursuite préalable si le débiteur sujet à la poursuite par voie de faillite a suspendu ses paiements. La suspension de paiements est une notion imprécise qui confère au juge de la faillite un ample pouvoir d'appréciation (TF 5P.312/2002 du 13 février 2003 c. 3.3; Gilliéron, *Commentaire précité*, n. 30 ad art. 190 LP; Cometta, *Commentaire romand*, n. 10 ad art. 190 LP). Elle a été préférée par le législateur à l'insolvabilité parce qu'elle est perceptible extérieurement, plus aisée à constater que l'insolvabilité proprement dite et, partant, plus aisée à prouver pour le requérant.

Pour qu'il y ait suspension de paiements, il faut que le débiteur ne paie pas des dettes incontestées et exigibles, laisse les poursuites se

multiplier contre lui, tout en faisant systématiquement opposition, ou omettre de s'acquitter même de dettes minimales (Gilliéron, op. cit., eod. loc.). Par ce comportement, le débiteur démontre qu'il ne dispose pas de liquidités suffisantes pour honorer ses engagements. Il n'est toutefois pas nécessaire que le débiteur interrompe tous ses paiements; il suffit que le refus de payer porte sur une partie essentielle de ses activités commerciales (ibid.). Même une dette unique n'empêcherait pas, si elle est importante et que le refus de payer est durable, d'admettre une suspension de paiements; tel peut être le cas lorsque le débiteur refuse de désintéresser son principal créancier. (Sj 2000 I 248, p. 250 et réf. cit.; TF 5A_367/2008 du 11 juillet 2008 c. 4.1; TF 5A_709/2009 du 23 décembre 2009; TF 5A_439/2010 du 11 novembre 2010; Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, volume II, p. 91). On remarquera toutefois que, dans l'avant-dernier arrêt cité, le Tribunal fédéral a considéré que la Cour cantonale s'était "basée, à tort, uniquement sur l'existence des quatre créances de droit public pour admettre que la recourante se trouvait en situation de suspension de paiements" (TF 5A_709/2009 c. 4.4). Dans l'arrêt précédent cité (TF 5A_367/2008), le Tribunal fédéral avait également pris en compte le fait que la dette unique en cause (trois ans de loyer) concernait une partie essentielle de l'activité commerciale de la poursuivie. Le dernier arrêt cité (TF 5A_439/2010) concerne, quant à lui, un cas où le Tribunal fédéral a annulé une faillite sans poursuite préalable en dépit de poursuites nombreuses. Au demeurant, on ne voit pas qu'on puisse considérer que le débiteur d'une dette unique "laisse les poursuites se multiplier contre lui". Quoi qu'il en soit, le recours doit de toute manière être admis pour les motifs qui suivent.

c) Vu les lourdes conséquences de la déclaration de faillite sans poursuite préalable et le fait qu'elle constitue une exception dans le système de l'exécution forcée, de sorte qu'elle doit être appliquée et interprétée restrictivement, il faut, quant au degré de preuve requis, faire une distinction, en ce sens que pour les causes matérielles de la faillite, on exige en principe la preuve stricte - quand bien même les moyens de preuve consentis en procédure sommaire sont limités - alors que pour les

autres conditions la vraisemblance qualifiée est suffisante (Cometta, op. cit., n. 2 ad art. 190 LP; Fritschi, op. cit., pp. 153-154). Parmi les causes matérielles de la faillite, soumises aux exigences d'une preuve stricte, figure celle de la suspension des paiements (Cometta, op. cit., nn. 5 et 10 ad art. 190 LP). Quant à la qualité de créancier du requérant, le degré de preuve requis pour sa démonstration est celui de la vraisemblance qualifiée, ce même si la créance n'est pas encore exigible (cf. Cometta, n. 3 ad art. 190, qui cite l'arrêt paru aux ATF 120 III 88, JT 1996 II 77, notamment). La cour de céans a considéré que, même si elle s'était parfois contentée de la simple vraisemblance (CPF, 29 novembre 2007/455, qui se réfère à CPF, 10 décembre 1998/683), il y avait lieu de suivre l'auteur précité sur ce point, le degré de la vraisemblance qualifiée tenant adéquatement compte des intérêts du créancier requérant et du débiteur dont la faillite est demandée (CPF, 13 novembre 2008/549; CPF, 18 septembre 2008/439).

d) En l'espèce, tant les éléments censés établir la qualité de créancière de l'intimée que ceux censés démontrer la situation de suspension des paiements de la recourante sont peu clairs. Le compte de la recourante, selon un relevé établi par l'intimée elle-même, présente au 30 juin 2010 un solde débiteur de 101'305 fr. 80. Aucun bien-trouvé n'a été signé. L'intimée aurait honoré des chèques présentés par la recourante, émis en Italie - sans qu'on sache quand ni par qui ni pourquoi ni pour quels montants - puis n'aurait pas pu les encaisser - pour des motifs qu'on ignore également - et le compte de la recourante aurait alors été débité des montants de ces chèques. De tels mouvements n'apparaissent toutefois pas sur les pièces produites. On ne peut pas considérer que la créance invoquée est ainsi suffisamment établie, au degré de preuve requis de la vraisemblance qualifiée, ni, partant, qu'elle est incontestée et exigible. On ne peut pas non plus considérer que cette dette, objet de l'unique poursuite dirigée contre la recourante, porte sur une part essentielle de l'activité de celle-ci, puisque, là encore, on ignore à peu près tout de cette activité, en particulier ses liens avec des partenaires italiens. Il apparaît en tout cas qu'elle se poursuit et qu'elle est rémunérée par l'AI. Au vu de tous les éléments qui précèdent, on ne peut

pas considérer que la recourante aurait suspendu ses paiements et que sa faillite sans poursuite préalable serait justifiée.

III. Le recours doit ainsi être admis et le jugement réformé, en ce sens que la faillite sans poursuite préalable de la Société Coopérative M._____ n'est pas prononcée. Les frais de première instance de la requérante sont arrêtés à 300 fr. et celle-ci doit verser à l'intimée la somme de 600 fr. à titre de dépens de première instance.

Les frais de deuxième instance de la recourante sont arrêtés à 300 fr. et l'intimée doit lui verser la somme de 1'300 fr. à titre 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 réformé en ce sens que la faillite sans poursuite préalable de la Société Coopérative M._____ n'est pas prononcée.

Les frais de première instance de la requérante sont arrêtés à 300 fr. (trois cents francs).

La requérante Banque Q._____ doit verser à l'intimée Société Coopérative M._____ la somme de 600 fr. (six cents francs) à titre de dépens de première instance.

- III.** Les frais de deuxième instance de la recourante sont arrêtés à 300 fr. (trois cents francs).
- IV.** L'intimée Banque Q. _____ doit verser à la recourante Société Coopérative M. _____ la somme de 1'300 francs (mille trois cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- V.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 19 août 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 Yves Hofstetter, avocat (pour la Société Coopérative M. _____),
- Me Christian Fischer, avocat (pour la Banque Q. _____),
- M. le Préposé à l'Office des faillites de l'arrondissement de Lausanne,
- M. le Préposé à l'Office des poursuites du district 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 :

- Mme la Conservatrice du Registre foncier de Lausanne,
- M. le Préposé au Registre du Commerce du canton de Vaud,
- M. le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne.

La greffière :