

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 13 septembre 2012

Présidence de M. S A U T E R E L, vice-président
Juges : M. Muller et Mme Rouleau
Greffier : Mme Diserens, ad hoc

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 **P._____ SA**, à Lausanne, contre le jugement rendu le 11 mai 2012, à la suite de l'audience du 26 avril 2012, par le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne, prononçant la faillite sans poursuite préalable de la recourante à la requête de **L._____**, à Epalinges.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. a) P._____ SA, inscrite au Registre du commerce du canton de Vaud le 29 janvier 1997, est une société anonyme sise à Lausanne, dont le but est le suivant : l'exploitation d'un centre médical utilisant les techniques de chirurgie générale, plastique, cosmétique, reconstructive, réparatrice, de même que la dermatochirurgie et la microchirurgie, ainsi que la chirurgie aux lasers de types : gaz carbonique, argon, yag, colorant et rubis; toutes opérations immobilières sur le territoire suisse, dans les limites de la "loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger". Son administrateur unique avec signature individuelle, depuis le mois d'avril 2011, est V._____.

L._____ est propriétaire et bailleur du local commercial dans lequel la société P._____ SA exerce son activité. Depuis le mois d'avril 2011, il a adressé plusieurs mises en demeure à la société pour des loyers échus. En date du 14 novembre 2011, L._____, par son conseil, a requis auprès de l'Office des poursuites du district de Lausanne une prise d'inventaire pour sauvegarde du droit de rétention du bailleur. Par lettre du 22 novembre 2011, le bail de la société poursuivie a été résilié pour le 31 décembre 2011 pour non paiement du loyer. L'Office des poursuites de Lausanne a établi l'inventaire susmentionné le 13 décembre 2011 et estimé les biens portés à l'inventaire à 48'900 francs. Une requête d'expulsion a été déposée par L._____ le 23 décembre 2011 auprès du Juge de paix du district de Lausanne. Le 18 janvier 2012, à la réquisition de L._____, l'Office des poursuites de Lausanne a notifié à P._____ SA, dans le cadre de la poursuite n° 6'038'688 en réalisation de gage mobilier, un commandement de payer la somme de 36'400 fr., plus intérêt au taux de 7 % l'an dès le 1^{er} avril 2011. La cause de l'obligation invoquée était la suivante : "loyer échu du 01.10.10 au 31.10.11. Validation de l'inventaire no 6005331". La poursuivie a fait opposition totale.

b) Le 25 janvier 2012, L._____ a requis du Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne la faillite sans poursuite préalable de P._____ SA, affirmant que cette société avait suspendu ses paiements au sens de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP.

Une audience a eu lieu le 8 mars 2012, à laquelle personne ne s'est présenté pour la société poursuivie.

Par prononcé du 22 mars 2012, le premier juge a prononcé la faillite sans poursuite préalable de P._____ SA avec effet au 8 mars 2012 à 10 heures 05.

Le 29 mars 2012, la société poursuivie, représentée par son conseil, a formé une requête de restitution de délai.

Le 30 mars 2012, l'effet suspensif a été prononcé en ce sens que les effets de la faillite ont été suspendus jusqu'à droit connu sur la requête en restitution de délai.

Une nouvelle audience a eu lieu le 26 avril 2012. Un délai au 1^{er} mai 2012 a été fixé aux parties pour produire toutes pièces utiles. Le procès-verbal de l'audience indique que la décision à intervenir sera communiquée aux parties conformément à la loi, à réception des pièces précitées ainsi que de l'extrait des poursuites à jour.

Selon l'extrait des registres de l'Office des poursuites du district de Lausanne au 26 avril 2012, P._____ SA faisait l'objet de quarante-quatre poursuites pour un montant total de 244'141 fr. 25. La poursuivie allègue qu'il convient toutefois de retrancher de ce montant les réclamations de la Caisse AVS qui font l'objet d'un accord au sens de l'art. 123 LP, la créance en loyers inscrite par deux fois ainsi que d'autres créances acquittées depuis lors ou contestées, de sorte que le montant total des poursuites ne serait plus que de 22'930 fr. 20. Elle a produit diverses quittances attestant du règlement de certaines créances.

2. Par jugement rendu le 11 mai 2012 et notifié aux parties le 14 mai 2012, le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne a admis la requête en restitution de délai (I), admis la requête de faillite sans poursuite préalable (II) et prononcé la faillite de P._____ SA avec effet au 26 avril 2012 à 10 heures 30 (III). Il a également statué sur les frais et dépens (IV et V).

En substance, le premier juge a considéré que même à supposer que les créances contestées ne soient effectivement pas dues - ce qui n'est pas démontré - il ressort de l'extrait des poursuites un défaut de paiement s'agissant de créances relatives à de petits montants. En outre, seules les créances urgentes semblent être réglées, ce sous la pression que certaines prestations, telles le téléphone, ne soient plus fournies. A cela s'ajoute que le conseil du poursuivant a produit un acte de cession de biens, signé le 16 août 2004 par V._____ et C._____ au nom de l'établissement D._____, à [...]. Il ressort de cet acte et d'un courrier adressé par le conseil de la poursuivie à l'Office de poursuites du district de Lausanne que V._____ et l'établissement D._____ exercent un droit de revendication sur le mobilier de P._____ SA, ce qui aurait pour effet de la dépouiller de ses actifs. Selon le premier juge, ces différents éléments, ajoutés les uns aux autres, prouvent à satisfaction de droit l'état de cessation de paiement de la société. Enfin, la poursuivie n'a fourni que ses comptes afférents aux exercices 2008 et 2009, aucun bilan n'étant établi pour les années 2010 et 2011. Elle ne démontre ainsi pas qu'elle disposerait d'actifs suffisants pour pouvoir procéder au remboursement de ses dettes restantes, dont le montant est plus qu'incertain au vu de ses allégations. Elle ne renverse donc pas la présomption de cessation de paiement.

3. P._____ SA a recouru, sous la plume de son conseil, par acte motivé du 24 mai 2012, concluant au rejet de la requête de faillite sans poursuite préalable. Dans son écriture, la recourante allègue que la réclamation de l'intimé en paiement de loyers pour plus de 45'000 fr. figure à double et qu'en tenant compte des versements intervenus, la

dette de loyer admise s'élève en réalité à 19'600 fr. ([2'800 fr. x 12] - [2'800 fr. x 5]), d'où une différence pour ce créancier de plus de 70'000 francs. La recourante fait de plus valoir qu'elle a obtenu des plans de paiement avec ses principaux créanciers, soit les Caisses AVS et LPP, pour rattraper ses arriérés de cotisations, qui ont pour effet que les créances en question ne sont plus exigibles. Elle expose par ailleurs que les revendications exercées par V._____ et l'Etablissement D._____ n'auraient pas pour effet de la "dépouiller", dès lors qu'elle est propriétaire d'instruments sophistiqués estimés à 32'680 fr. selon l'inventaire établi par l'Office de poursuites. Enfin, la recourante présente un tableau des poursuites commenté, dont il ressort que le montant total des poursuites serait de moins de 15'000 francs.

A l'appui de son recours, elle produit un bordereau de vingt-quatre pièces, comportant des pièces déjà produites en première instance ainsi que les titres nouveaux suivants :

- les bilans non signés de la société établis au 31 décembre 2009 et 31 décembre 2010, faisant apparaître des résultats bénéficiaires et des fonds propres de respectivement 180'101 fr. 95 et 214'554 fr. 38;
- une copie de l'inventaire n° 6113153 pour sauvegarde des droits de rétention établi par l'Office des poursuites du district de Lausanne le 21 février 2012;
- des récépissés postaux établissant divers paiements à la Caisse AVS, pour la plupart d'un montant de 250 fr., datés des 2 et 4 mai 2012.

La recourante a requis l'effet suspensif, qui a été accordé par décision du président de la cour de céans du 25 mai 2012, ordonnant à titre de mesures conservatoires l'inventaire et l'audition de la faillie.

Par courrier du 2 juillet 2012, l'intimé a requis la levée de l'effet suspensif, invoquant notamment la mise en péril de l'inventaire sauvegardant ses droits de bailleur et exposant qu'un avis du 29 juin 2012 de la Justice de paix fixait l'exécution forcée de la libération des locaux au 20 juillet 2012 à 9 heures 00.

Par avis du 6 juillet 2012, le président de la cour de céans a refusé de lever l'effet suspensif, indiquant que le droit de rétention du bailleur s'exerce de manière totalement indépendante d'une faillite.

L'intimé a déposé une réponse le 2 juillet 2012, concluant, sous suite de frais et dépens, au rejet du recours.

4. Figure encore au dossier un nouvel extrait du registre des poursuites, établi au 29 mai 2012, sur lequel la recourante a eu l'occasion de se déterminer. Il ressort de ce document que la recourante fait l'objet de quarante-deux poursuites pour un montant total de 237'325 fr. 80. Dix-sept poursuites sont au stade de la réalisation pour un total de 51'129 fr. 25, six poursuites sont au stade de la commination de faillite pour un total de 14'878 fr. 15 et dix-huit poursuites sont au stade du commandement de payer pour un total de 125'710 fr. 15, étant précisé que quinze poursuites sont frappées d'une opposition totale ou partielle.

Toutes les poursuites datent de 2011 et de 2012, hormis une seule poursuite, en 2009, intentée par F. _____ SA, à Lausanne. A cet égard, la recourante a produit une copie d'un procès-verbal d'audience du 18 janvier 2011, lors de laquelle la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Lausanne a ratifié pour valoir jugement la transaction passée entre cette société et la recourante. Selon les termes de cette convention, les parties se donnent quittance pour solde de tous comptes moyennant paiement par la recourante de la somme de 5'000.- sur le compte de F. _____ SA d'ici au 14 février 2011.

Il ressort encore de cet extrait des poursuites que la Caisse AVS de la Fédération patronale vaudoise a intenté dix-huit poursuites contre la recourante, les 9 et 22 mars 2012 (deux poursuites, frappées d'opposition), 12 et 13 avril 2012 (quatorze poursuites) et le 10 mai 2012 (deux poursuites dont une pour 13'675 fr. 65). Seize de ces poursuites font l'objet d'un sursis selon l'art. 123 LP. L'Etat de Vaud, par le Service des automobiles et de la navigation, a intenté sept poursuites contre la recourante, les 11 octobre, 8 décembre 2011 et 11 avril 2012, pour des montants de l'ordre de 80 fr. ou 270 francs. Les poursuites intentées par la B. _____ SA et A. _____ SA sont périmées. Q. _____ SA a notifié trois poursuites à la recourante, dont deux en sont au stade de la commination de faillite, pour respectivement 1'436 fr. 80 et 1'917 fr. 40. M. _____ a intenté contre la recourante une poursuite le 6 mars 2012 pour la somme de 5'835 fr. 20, qui se trouve également au stade de la commination de faillite. Il en va de même des poursuites intentées par W. _____ Sàrl, d'un montant de 2'548 fr. 75, Y. _____ SA, d'un montant de 2'852 fr. 30 et X. _____ AG, d'un montant de 287 fr. 70.

En droit :

I. a) 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]), et suffisamment motivé (art. 321 al. 1 CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272]), le recours est recevable.

b) En matière de faillite sans poursuite préalable, en vertu de l'art. 174 al. 1 LP, auquel renvoie l'art. 194 al. 1 LP, les parties peuvent faire valoir des faits nouveaux lorsqu'ils se sont produits avant le jugement de première instance (pseudo-nova), c'est-à-dire avant l'audience de faillite qui marque la fin de l'instruction. En revanche, seul le prétendu débiteur, sujet à la poursuite par voie de faillite et déclaré en

faillite pour le motif qu'il a suspendu ses paiements (art. 190 al. 1 ch. 2 LP), peut faire valoir des faits intervenus depuis l'audience de faillite (vrais nova) au sens de l'art. 174 al. 2 LP, qu'il doit établir par titre, pour rendre vraisemblable sa solvabilité (Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 58 ad art. 190 LP et n. 18 ad art. 194 LP), la condition de la preuve du paiement de la prétention déduite en poursuite n'étant pas applicable en matière de faillite sans poursuite préalable (CPF, 22 janvier 2009/9).

Il en résulte que les pièces produites par la recourante à l'appui de son recours sont recevables.

II. La recourante reproche au premier juge d'avoir considéré qu'elle se trouvait en état de suspension ou de cessation de paiements et se plaint d'une violation de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP.

a) Aux termes de cette disposition, 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 notion de 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; SJ 1933 p. 145; SJ 1994 pp. 434 ss; Cometta, Commentaire romand, n. 10 ad art. 190 LP; Huber, Kurzkomentar SchKG, n. 8 ad art. 190 LP; Peter, Edition annotée de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, p. 851). Elle a été préférée par le législateur à l'insolvabilité parce qu'elle est perceptible extérieurement et, dès lors, plus aisée à constater que l'insolvabilité proprement dite; il s'agit ainsi de faciliter au requérant la preuve de l'insolvabilité.

Pour qu'il y ait suspension de paiement, 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 omette de s'acquitter même des dettes minimales. 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. Même une dette unique n'empêche 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 (TF 5A_439/2010 du 11 novembre 2010; TF 5A_367/2008 du 11 juillet 2008 c. 4.1; SJ 2000 I 248, p. 250 et réf. cit.). Le non-paiement de créances de droit public peut constituer un indice de suspension de paiements (SJ 2000 I 248 précité et réf. cit.).

Pour juger de l'existence d'une suspension de paiements, l'autorité judiciaire supérieure doit tenir compte des faits nouveaux (art. 174 LP applicable par renvoi de l'art. 194 LP) et donc de la situation financière du débiteur à l'échéance du délai de recours cantonal (ATF 136 III 294 c. 3).

La déclaration de faillite ayant de graves conséquences financières et juridiques pour le débiteur, il y a lieu d'exiger une preuve stricte du motif pour lequel la faillite sans poursuite préalable est requise, la vraisemblance ne suffisant pas (SJ 2001 I 352 et la réf. cit.). Cette preuve peut être rapportée sous la forme d'indices et résulter d'actes du débiteur permettant de conclure à une suspension ou cessation des paiements (CPF, 29 novembre 2007/455, précité).

b) En l'espèce, l'extrait des poursuites au 29 mai 2012 fait état de quarante-deux poursuites pour un montant total de 237'325 fr. 80. Dix-sept poursuites sont au stade de la réalisation pour un total de 51'129 fr. 25, six sont au stade de la commination de faillite pour un total de 14'878 fr. 15 et dix-huit sont au stade du commandement de payer pour un total de 125'710 fr. 15, étant précisé que quinze sont frappées d'une opposition totale ou partielle.

Il n'y a qu'une seule poursuite en 2009, la première, intentée par F. _____ SA à Lausanne. Cette créance a été transigée à 5'000 fr.

moyennant paiement au 14 février 2011 au plus tard. Rien n'établit cependant son paiement effectif. Toutes les autres poursuites datent de 2011 et de 2012.

La Caisse AVS de la Fédération patronale vaudoise a intenté dix-huit poursuites contre la recourante, les 9 et 22 mars 2012 (deux poursuites, frappées d'opposition), 12 et 13 avril 2012 (quatorze poursuites) et le 10 mai 2012 (deux poursuites dont une pour 13'675 fr. 65).

L'extrait de l'office des poursuites indique que seize poursuites ont fait l'objet d'un sursis selon l'art. 123 LP. Si l'octroi de ce sursis est plutôt de nature à démontrer la solvabilité de la recourante, il ressort toutefois des pièces produites par la recourante que les montants à verser sont de 250 fr. et que les versements ont tous eu lieu les 2 et 4 mai 2012. Le fait qu'il y ait deux nouvelles poursuites après l'audience du 26 avril dernier est par ailleurs un élément très défavorable.

L'Etat de Vaud, par le Service des automobiles et de la navigation, a intenté sept poursuites contre la recourante, les 11 octobre et 8 décembre 2011 et le 11 avril 2012, pour des montants de l'ordre de 80 fr. ou 270 fr., soit des petits montants. Ces créances ont été payées en cours de procédure.

Les poursuites intentées par la B._____ SA et A._____ SA sont périmées mais la recourante n'établit pas les avoir payées.

Q._____ SA a notifié trois poursuites à la recourante, dont deux en sont au stade de la commination de faillite, pour respectivement 1'436 fr. 80 et 1'917 fr. 40. M._____ a intenté contre la recourante une poursuite le 6 mars 2012 pour la somme de 5'835 fr. 20, qui se trouve également au stade de la commination de faillite. Il en va de même des poursuites intentées par W._____ Sàrl, d'un montant de 2'548 fr. 75, Y._____ SA, d'un montant de 2'852 fr. 30, et X._____ AG, d'un

montant de 287 fr. 70. La recourant n'établit pas que ces poursuites, qui en sont toutes au stade de la commination de faillite, ont été payées.

Le bilan au 31 décembre 2010 produit par la recourante est peu probant, dès lors qu'on ignore qui l'a établi, qu'il n'est pas signé et qu'aucune pièce au dossier ne permet d'en attester la vraisemblance.

En définitive, même si la recourante a soldé de nombreuses poursuites et obtenu un sursis au sens de l'art. 123 LP, on doit constater qu'elle a laissé s'accumuler les poursuites et que les prévisions pour le futur ne sont pas bonnes. Le bilan n'est pas probant. La recourante ne parvient pas à solder les poursuites qui donnent lieu à des comminations de faillite, même pendant le délai de recours. Ces comminations de faillite portent sur de petits montants. Il ne s'agit donc pas d'un problème de liquidités passager.

On doit ainsi retenir que la recourante se trouve effectivement en situation de suspension de paiements au sens de la disposition légale précitée, de sorte que son recours doit être rejeté.

III. En conclusion, le jugement de faillite entrepris doit être maintenu. Vu l'effet suspensif accordé, la faillite de P._____ SA prend effet le 13 septembre 2012 à 16 heures 15.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr., compensés avec l'avance de frais effectuée, sont mis à la charge de la recourante. Celle-ci doit en outre verser à l'intimé la somme de 2'000 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,
prononce :

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** Le jugement est confirmé, la faillite sans poursuite préalable de P. _____ SA prenant effet le 13 septembre 2012, 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.** La recourante P. _____ SA doit verser à l'intimé L. _____ la somme de 2'000 fr. (deux mille francs) à titre de dépens de deuxième instance.

Le vice-président :

La greffière :

Du 13 septembre 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 Bernard de Chedid, avocat (pour P. _____ SA),
- Me Pierre-Xavier Luciani (pour L. _____),
- M. le Préposé à l'Office des poursuites du district de Lausanne,

- 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, par l'envoi de photocopies, à :

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

et communiqué à :

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

La greffière :