

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Séance du 5 mai 2011

Présidence de M. SAUTEREL, vice-président
Juges : MM. Bosshard et Muller
Greffier : M. Ritter

* * * * *

Art. 174 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 **Z.**_____, à Lausanne, contre le jugement rendu le 3 novembre 2010, à la suite de l'audience du 28 octobre 2010, par le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne, prononçant la faillite de la recourante à la requête de **N.**_____, à Martigny (VS).

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. Le 12 janvier 2010, à la requête de N._____, l'Office des poursuites du district de Lausanne-Est a notifié à Z._____ un commandement de payer, dans la poursuite n° 5'242'970, portant sur la somme de 1'732 fr. 10 en sus de 210 fr. de frais de sommation et de 80 fr. de frais d'ouverture du dossier. La cause de l'obligation mentionnée était la suivante :

"LAMal + LCA 04.09-09.09 476436
476436 Z._____ PART. 2009 LAMAL 51.50
476436 Z._____ PRIMES 04-09.09 LAMAL 1557.60 LCA
123.00".

La poursuite est restée libre d'opposition.

Au bénéfice d'une commination de faillite dans la même poursuite, notifiée le 19 avril 2010, la poursuivante a requis la faillite de la débitrice par écriture du 26 juillet 2010.

Par avis du 4 août 2010, le Président du Tribunal d'arrondissement a assigné les parties à comparaître à son audience du 26 août suivant.

A l'issue de cette audience, à laquelle la partie poursuivante avait fait défaut, le président a considéré que la requête de faillite et les pièces produites étaient conformes aux réquisits légaux et que la débitrice n'avait pas justifié par titre que la créance aurait été acquittée en capital, frais et intérêts, ou qu'un sursis lui aurait été accordé. Par jugement du 9 septembre 2010, notifié le 21 septembre suivant, il a déclaré, avec effet au 9 septembre 2010 à 9 h 30, la faillite d'Z._____ et a mis les frais, par 200 fr., à la charge de la faillie.

La faillie ayant requis le relief le 27 septembre 2010, l'effet suspensif a été accordé par prononcé présidentiel du lendemain. Le 28 septembre 2010, le président a assigné les parties à comparaître à une audience de relief le 28 octobre suivant.

Par jugement du 3 novembre 2010 rendu après comparution d'Z._____ à l'audience de faillite et notifié à la faillie le 5 novembre suivant, le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne a rejeté la requête de relief (I), confirmé le prononcé de faillite du 9 septembre 2010 (II), dit que la faillite prenait effet le 28 octobre 2010 à 9 h 30 (III) 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 (IV).

2. Le dossier de première instance comporte notamment un extrait du registre des poursuites de l'office de Lausanne-Est, faisant état de poursuites en cours pour 34'677 fr. 40 à la date du 27 octobre 2010 à l'encontre d'Z._____.

3. Par acte du 9 novembre 2010, Z._____ a recouru contre ce jugement de faillite, concluant à son annulation. Elle a requis l'effet suspensif. Par décision du 15 novembre 2010, le Président de la Cour des poursuites et faillites a accordé l'effet suspensif au recours et a ordonné, comme mesures conservatoires, l'inventaire et l'audition de la faillie.

Par mémoire du 1^{er} février 2011, déposé dans le délai reporté imparti à cet effet, la recourante a confirmé sa conclusion en annulation de la faillite. Elle a produit huit pièces.

Par écriture du 9 mars 2011, également déposée en temps utile, l'intimée N._____ a indiqué que sa créance en poursuite avait été payée, mais que d'autres redevances dues par la recourante faisaient l'objet de poursuites, à savoir les primes d'avril à juin 2010, par 1'033 fr. 60, ainsi que les primes de novembre et décembre 2010, par 742 fr. 40; la

créancière ajoutait que les primes des mois de janvier et de février 2011 étaient également impayées à ce jour et que force était, selon elle, de constater que l'assurée n'était plus en mesure de s'acquitter de ses primes.

En droit :

I. a) Le recours interjeté contre le jugement du 3 novembre 2010 rejetant la requête de relief et confirmant la faillite prononcée le 28 octobre 2010 a été déposé à temps dans le délai utile de dix jours dès la notification de ce jugement (art. 174 al. 1 LP). Il tend à l'annulation de la faillite (art. 174 al. 2 LP). Selon la jurisprudence, le failli qui choisit la voie du relief plutôt que celle du recours direct contre le jugement de faillite rendu par défaut, peut faire valoir, dans un recours éventuel contre le prononcé confirmant la faillite, que les conditions de l'art. 174 al. 2 LP (loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1) sont réunies (JT 2004 II 138; CPF, 7 juin 2007, n° 206; CPF, 11 décembre 2008, n° 617). Partant, il est recevable.

b) La production de pièces nouvelles en deuxième instance est autorisée en matière de faillite pour faire valoir des faits nouveaux lorsqu'ils se sont produits avant le jugement de première instance (art. 174 al. 1 LP) ou, si les pièces se rapportent à des faits intervenus depuis l'audience de faillite, pour rendre vraisemblable la solvabilité du débiteur et 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)

Dans cette mesure, les pièces produites par la recourante en deuxième instance sont recevables; il en sera fait état ci-dessous dans la mesure utile.

II. 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. Ces deux conditions, soit le paiement de la dette ou le retrait de la requête de faillite et la vraisemblance de la solvabilité, sont cumulatives.

b) En l'espèce, la poursuite à l'origine de la faillite ayant été intégralement réglée, la créancière a fait savoir qu'en ce qui la concernait, la cause en faillite n'avait plus d'objet et pouvait être rayée du rôle. La première condition posée par la loi à l'annulation de la faillite est ainsi remplie.

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, Basler Kommentar, n. 26 ad art. 174 LP; TF 5P.399/1999 du 14 janvier 2000 c. 2b). L'insolvabilité 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 du 15 avril 2005 c. 3.2; TF 5P.456/2005 du 17 février 2006). S'il ne doit pas prouver de manière stricte sa solvabilité, le débiteur ne peut toutefois se contenter de simples allégations, mais doit fournir des indices tels que des récépissés de paiement, 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, que la production de l'extrait du registre des poursuites est en règle générale décisive. La solvabilité est en principe exclue s'il existe des actes de défaut de biens (Cometta, Commentaire romand, n. 10 ad art. 174 LP).

La recourante exploite, depuis le 1^{er} septembre 2008 un établissement public à l'enseigne [...] à la rue de [...], à Lausanne. Il ressort du nouvel l'extrait des registres de l'Office des poursuites du district de Lausanne-Est du 12 novembre 2010, produit par la recourante, que l'intéressée faisait alors l'objet de 18 poursuites, pour un total de 33'322 fr. 05; au surplus, des comminations de faillite avaient été délivrées pour 5'483 fr. 15 et il avait été procédé à des saisies pour 19'953 fr. 95. Selon un décompte débiteur établi par l'office le 31 janvier 2011, le total des poursuites s'élevait alors à 24'803 fr. 50, soit à 24'901 fr. 20, frais de saisie, par 97 fr. 70, inclus. Ce montant se décompose en sept poursuites, soit de la TVA pour 11'361 fr. 40 et 6'999 fr. 20, des primes d'assurance pour 1'241 fr. 90, 1'055 fr. 45 et 1'777 fr. 90, ainsi que des montants dus à une société de recouvrement, par 1'252 fr. 75 et 1'114 fr. 90. On constate ainsi, au vu de ces deux relevés, que, de la mi-novembre 2009 à la fin du mois de janvier 2010, soit en deux mois et demi, la recourante a réduit son passif en poursuite de 8'420 fr. 85; certains créanciers ont en outre été désintéressés.

Le débit du compte courant de la recourante à la BCV est passé de 61'538 fr. 85 en janvier 2009 à 36'968 fr. 30 à la fin de l'année 2010.

Enfin, selon les comptes de son établissement, la recourante aurait réalisé un chiffre d'affaires de 90'591 fr. 30 pour une perte de 2'899 fr. 15 en 2008, de 204'045 fr. 60 pour une perte de 39'601 fr. 55 en 2009 et de 244'271 fr. 50 pour un bénéfice de 1'310 fr. 95 en 2010. Elle table sur des investissements réalisés il y a peu pour développer sa clientèle en servant des repas. Elle fait état de réservations enregistrées en janvier, février et mars 2011.

d) L'intéressé peut être considéré comme suffisamment solvable lorsqu'un concordat est envisageable (CPF, F. c. H., 18 janvier 2007/11; B. c. P., 12 mars 2009/82).

En l'espèce, la recourante a montré que le chiffre d'affaires de son établissement augmente régulièrement. Elle compte sur l'accroissement des recettes pour payer ses créanciers. Cette prévision n'est pas illusoire, vu l'augmentation de ses rentrées. Elle a en outre pris des mesures pour diversifier sa clientèle. Simultanément, ses dettes en poursuite ont diminué, la diminution de son passif étant établie par pièces. Un concordat pourrait donc être envisageable. Même si sa situation est encore difficile, comme le montre notamment le cumul des primes d'assurances maladie impayées, il est, au vu des éléments de fait ci-dessus, possible que son incapacité à payer des dettes échues ne soit que temporaire. Ainsi, compte tenu de la capacité d'assainissement partiel de sa situation financière que la recourante a démontrée en quelques mois, sa solvabilité au sens de l'art. 174 al. 2 LP peut être admise au degré de la vraisemblance. Partant, la seconde condition posée à l'annulation de la faillite est également réalisée. Il s'ensuit que la faillite doit être annulée.

III. Le recours doit ainsi être admis et le jugement de première instance annulé en ce sens que la faillite d'Z. _____ n'est pas prononcée. Il 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 lorsqu'elle avait été rendue.

Les frais de deuxième instance de la recourante sont arrêtés à 300 francs.

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 jugement est annulé en ce sens que la faillite d'Z. _____ n'est pas prononcée.

Le jugement est maintenu pour le surplus.

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

IV. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du 5 mai 2011

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

Le greffier :

Du 1^{er} juillet 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 :

- Mme Geneviève Gehrig, agent d'affaires breveté (pour Z. _____),
- N. _____,
- M. le Préposé à l'Office des poursuites de Lausanne-Est,
- M. le Préposé à l'Office des faillites 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 :

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

Le greffier :