

## COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

---

---

Arrêt du 7 mai 2019

---

Composition : Mme BYRDE, présidente  
MM. Colombini et Maillard, juges  
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 **Q.\_\_\_\_\_**, à [...], contre le jugement rendu le 26 février 2019, à la suite de l'audience du 31 janvier 2019, par la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Lausanne, prononçant la faillite sans poursuite préalable du recourant, le 19 février 2019 à 10 heures, à la requête de la **CONFÉDÉRATION SUISSE**, représentée par l'**Administration fédérale des contributions**, à Berne.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

**En fait :**

**1. a)** Le 6 décembre 2018, la Confédération suisse, représentée par l'Administration fédérale des contributions, Division principale ressources, a requis, avec suite de frais et dépens, la faillite sans poursuite préalable de Q.\_\_\_\_\_, fondée sur l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP (loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ; RS 281.1). Elle a fait valoir que l'intimé avait suspendu ses paiements envers elle et « fai[sai]t montre à son endroit d'une profonde et durable carence », que ses créances - de TVA - n'étaient pas contestées, que trente-sept actes de défaut de biens lui avaient été délivrés pour un montant total de 229'661 fr. 75, auquel il convenait d'ajouter le montant de 3'752 fr. dû pour le premier semestre 2017, qui faisait l'objet d'une poursuite, et le montant dû pour le deuxième semestre 2017, évalué à 10'000 fr., échu depuis le 28 février 2018.

A l'appui de sa requête, elle a produit :

- annexe 1 : un extrait du registre du commerce relatif à l'entreprise individuelle de Q.\_\_\_\_\_, titulaire de la raison de commerce du même nom et exploitant un restaurant à l enseigne de « [...] » ;
- annexe 2 : un extrait des registres de l'Office des poursuites du district de Lausanne au 28 novembre 2018, mentionnant cent trente-sept poursuites contre Q.\_\_\_\_\_, lesquelles avaient évolué, entre le 23 décembre 2013 et le 25 novembre 2018, de la manière suivante :
  - quatre poursuites étaient éteintes,
  - deux poursuites avaient abouti à un paiement intégral après réalisation : Confédération suisse (impôt : 75 fr.) et Etat de Vaud (impôt : 150 fr.),
  - trente-trois poursuites avaient été payées à l'Office : vingt-deux d'Intras Assurance-maladie SA (total : 40'421 f. 45), trois de l'Agence

d'assurances sociales (total : 1'697 fr. 75), une de la Confédération suisse (1'011 fr. 15), deux de la Ville de Lausanne (total : 1'242 fr. 10), deux de Gastrosocial (total : 1'175 fr. 70), trois de sociétés privées (total : 10'872 fr. 75),

- dix poursuites étaient bloquées par une opposition : Etat de Vaud (5'421 fr. 55) et sept sociétés privées (total : 71'832 fr. 20),

- quarante-huit poursuites avaient abouti à la délivrance d'actes de défaut de biens, soit quarante-trois 149 LP et cinq 115 LP (saisie infructueuse), pour une somme totale de 83'337 fr. 15 (Confédération suisse, Ville de Lausanne, Intras Assurance-maladie SA, Gastrosocial, Etat de Vaud, Agence d'assurances sociales-Caisse AVS 22.132, Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS),

- trente-cinq poursuites étaient au stade de la saisie pour une somme totale de 43'718 fr. 47 (Ville de Lausanne, Etat de Vaud, Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS, Confédération suisse, Agence d'assurances sociales-Caisse AVS 22.132),

- deux poursuites étaient au stade de la commination de faillite (un créancier privé pour 12'980 fr. et Intras Assurance-maladie SA pour 2'096 fr. 70),

- trois poursuites étaient au stade de « poursuite introduite » (une SA pour 1'150 fr., Intras Assurance-maladie SA pour 1'947 fr. 35 et Sanitas Privat-versicherungen AG pour 315 fr.),

- l'extrait mentionne également cent sept « actes de défaut de biens non radiés des 20 dernières années » pour un montant total de 390'349 fr. 35 ;

- annexe 3 : trente-sept actes de défaut de biens après saisie délivrés entre les mois d'août 2003 et octobre 2017 dans des poursuites exercées par la requérante contre l'intimé en paiement de la TVA.

**b)** Le 7 décembre 2018, la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Lausanne a notifié la requête à l'intimé et cité les parties à comparaître à son audience du 31 janvier 2019.

La requérante ayant annoncé qu'elle ne se présenterait pas, l'audience a eu lieu en présence du conseil de l'intimé et du Préposé à l'Office des faillites de l'arrondissement de Lausanne. Le premier a indiqué que le restaurant exploité par son client avait toujours une activité et que les salaires et les loyers étaient payés, de même que les fournisseurs, dès lors que les livraisons étant toujours effectuées. Il a soutenu que l'intimé n'était ainsi pas dans une situation de suspension de paiements et que les conditions de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP n'étaient donc pas réalisées. D'un avis contraire, le préposé s'est déterminé en faveur du prononcé de la faillite.

Selon l'extrait des registres de l'Office des poursuites du district de Lausanne au jour de l'audience, le montant total des poursuites s'élevait à 323'284 francs 64 et celui des actes de défaut de biens à 392'007 fr. 60, trois nouveaux actes ayant été délivrés le 9 janvier 2019, à la Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS et à la Ville de Lausanne. Par ailleurs, deux nouvelles comminations de faillite avaient été notifiées, les 8 et 18 janvier 2019, à la requête, respectivement, de Sanitas Privatversicherungen AG et d'Intras Assurance-maladie SA.

**2.** Par décision du 26 février 2019, notifiée à l'intimé le lendemain, la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Lausanne a admis la requête de faillite sans poursuite préalable (I), prononcé la faillite de Q.\_\_\_\_\_, le mardi 19 février 2019, à 10 heures (II), mis les frais judiciaires, arrêtés à 300 fr., à la charge du failli (III), dit qu'il rembourserait à la requérante son avance de frais du même montant (IV) et dit qu'il n'y avait pas lieu à l'allocation de dépens (V).

Elle a considéré que l'intimé, bien qu'il semble continuer à s'acquitter des charges courantes de son restaurant, permettant de continuer l'activité de celui-ci, n'était pas en mesure de s'acquitter des dettes relatives aux charges sociales de ses employés, à la TVA et aux impôts, ce qui démontrait qu'il ne disposait pas de liquidités suffisantes

pour honorer ses engagements et se trouvait donc en cessation de paiement.

**3.** Q.\_\_\_\_\_ a recouru par acte du 7 mars 2019, concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à la réforme du jugement en ce sens que la requête de faillite sans poursuite préalable est rejetée, subsidiairement à son annulation et au renvoi de la cause en première instance pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Il a requis l'effet suspensif.

Par décision du 12 mars 2019, le Vice-président de la cour de céans a rejeté la requête d'effet suspensif.

Un extrait des registres de poursuites au 11 mars 2019 a été versé au dossier. Il en résulte que le montant total des actes de défaut de biens s'élevait à 385'609 fr. 20, avec dix-neuf nouveaux actes de défaut de biens délivrés pour le seul mois de février 2019, ainsi qu'une nouvelle commination de faillite délivrée ce même mois pour un montant de 709 fr. 10 et une nouvelle poursuite notifiée le 4 mars 2019 par Intrass Assurance-maladie SA pour un montant de 1'535 fr. 65, sans opposition.

Par lettre du 19 mars 2019, le recourant s'est déterminé sur l'extrait des poursuites qui lui avait été transmis à cet effet. Il a fait valoir en substance que l'intimée semblait s'être accommodée des nombreux actes de défaut de biens qui lui avaient été délivrés durant des années et ne saurait aujourd'hui requérir la faillite sans poursuite préalable comme une sorte de sanction contre le débiteur et que, par ailleurs, le fait qu'il poursuive son activité professionnelle démontrait qu'il n'était pas en situation de suspension de paiements.

**En droit :**

**I.** En vertu de l'art. 174 al. 1 LP, auquel renvoie l'art. 194 al. 1 LP, le jugement statuant sur une requête de faillite sans poursuite préalable peut, dans les dix jours, faire l'objet d'un recours au sens du CPC.

En l'espèce, le recours a été introduit dans les formes requises, auprès de l'instance de recours par acte écrit et motivé (art. 321 al. 1 CPC), et en temps utile, dans les dix jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 321 al. 2 CPC et 174 al. 1 LP). Il est ainsi recevable.

**II. a)** 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 légitimation pour requérir la faillite sans poursuite préalable appartient à celui qui prétend être créancier et le rend vraisemblable (TF 5A\_452/2016 du 12 octobre 2016 consid. 4.2.1 ; TF 5A\_442/2015 du 11 septembre 2015 consid. 4.1.2). Jurisprudence et doctrine admettent qu'un créancier de droit public, qui ne pourrait pas requérir la faillite, vu l'art. 43 ch. 1 LP, peut requérir la faillite sans poursuite préalable de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP (TF 5P.114/1999 du 25 mai 1999 consid. 3, in SJ 1999 I 496 ; Acocella, *in* Stahelin/Bauer/Staehelin (éd.), Basler Kommentar SchKG I, n. 12 *ad* art. 43 LP et réf. cit.).

**b)** En l'espèce, le recourant ne conteste pas l'existence des créances invoquées par l'intimée, qui résultent au demeurant des actes de défaut de biens figurant sur les extraits des registres de poursuites au dossier. Il ne prétend pas avoir réglé les montants dus. L'intimée a donc établi sa qualité de créancière. Quant au recourant, il n'est pas contesté qu'il est sujet à la poursuite par voie de faillite, de par son inscription au registre du commerce (art. 39 al. 1 LP).

**III. a)** 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*, n. 564, p. 114). Ce n'est qu'exceptionnellement, dans un certain nombre de cas, que la loi permet à un créancier de requérir l'ouverture de la faillite de son prétendu débiteur sans commandement de payer exécutoire (Gilliéron, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, t. III, 2000, n. 2 *ad art.* 190 à 194 LP).

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, elle doit être appliquée et interprétée restrictivement. Parmi les causes matérielles de la faillite, soumises aux exigences d'une preuve stricte, figure celle de la suspension des paiements (Cometta, *in Commentaire romand, Poursuite et faillite*, 2005, nn. 5 et 10 *ad art.* 190 LP). 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 3 octobre 2018/244 et réf. citées).

La suspension de paiements au sens de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP est une notion imprécise qui confère au juge de la faillite un ample pouvoir d'appréciation (ATF 137 III 460 consid. 3.4.1, *JdT* 2012 II 178 ; TF 5A\_442/2015 précité consid. 6.1, *SJ* 2016 I 84 ; TF 5A\_439/2010 du 11 septembre 2010 consid. 4, *SJ* 2011 I 175 ; Gilliéron, *op. cit.*, n. 30 *ad art.* 190 LP ; Cometta, *op. cit.*, n. 10 *ad art.* 190 LP ; Peter, *Edition annotée de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, p. 851 ; Huber, *in Kurzkomentar SchKG*, n. 8 *ad art.* 190 LP). Elle est la manifestation extérieure de l'insolvabilité, qu'il ne faut pas confondre avec l'insuffisance d'actifs, c'est-à-dire la situation dans laquelle les passifs excèdent les actifs, soit l'endettement ou le surendettement, encore qu'une situation prolongée d'insolvabilité aboutit au surendettement, comme un surendettement prolongé aboutit à une situation d'insolvabilité (Gilliéron,

*op. cit.*, n. 28 *ad art.* 190 LP). Cette notion a été préférée par le législateur à celle d'insolvabilité parce qu'elle est perceptible extérieurement et par conséquent plus aisée à rendre vraisemblable. Lorsque l'insolvabilité est rendue vraisemblable, la faillite sans poursuite préalable doit toutefois a fortiori être déclarée (*ibid.*, n. 29 *ad art.* 190 LP ; TF 5A\_367/2008 du 11 juillet 2008 consid. 4.1) ; lorsqu'il existe de nombreux actes de défauts de biens, la condition de la solvabilité est exclue (TF 5A\_452/2016 précité consid. 5.2.2). 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 omette de s'acquitter même des dettes minimales, laissant démontrer par ce comportement qu'il ne dispose pas de liquidités suffisantes pour honorer ses engagements (ATF 137 III 460 consid. 3.4.1, JdT 2012 II 178). Il n'est 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 (ATF 137 III 460 consid. 3.4.1, JdT 2012 II 178 ; ATF 85 III 146 consid. 4b). Même une dette unique n'empêche pas, si elle est importante et que le refus de payer est durable, de trahir une suspension de paiements, tel pouvant être le cas lorsque le débiteur refuse de désintéresser son principal créancier (TF 5A\_439/2010 précité consid. 4, *in* SJ 2011 I 175 ; TF 5A\_367/2008 précité consid. 4.1). La suspension des paiements ne doit pas être de nature simplement temporaire, mais doit avoir un horizon indéterminé (ATF 137 III 460 consid. 3.4.1, JdT 2012 II 178; TF 5A\_790/2017 du 3 septembre 2018 consid. 3.2, RSPC 2018 p. 523).

Le fait de payer en priorité des créanciers privés au détriment des créanciers publics ne pouvant requérir la faillite ordinaire est un indice de suspension de paiements par le débiteur (TF 5A\_300/2016 du 14 octobre 2016 consid. 7.2.2., SJ 2017 I 224). L'existence d'actes de défaut de biens peut en particulier constituer une « suspension de paiements », précisément dans l'hypothèse où des créanciers de droit public, qui ne peuvent requérir une faillite ordinaire (art. 43 ch. 1 LP), sont renvoyés perdants et doivent se satisfaire d'un acte de défaut de biens (définitif) après saisie ; le but de la loi n'est pas de permettre au débiteur

d'échapper à la faillite en favorisant de manière systématique ses créanciers privés au détriment des créanciers de droit public (TF 5A\_452/2016 précité consid. 5.2.2, SJ 2017 I 235).

**b)** En l'espèce, il résulte de l'extrait des registres concernant le recourant qu'au 28 novembre 2018, cent sept actes de défaut de biens avaient été délivrés à ses créanciers depuis 2013, pour une somme totale de 390'349 fr. 35, dont trente-sept, soit près d'un tiers, en faveur de l'intimée pour une somme totale de 229'661 fr. 75.

Le montant des actes de défaut de biens a augmenté à 392'007 fr. 60 au 31 janvier 2019. Outre des créances de droit public relatives à la TVA et à des impôts, les actes de défaut de biens concernent également notamment des créances de l'Agence d'assurances sociales, Caisse AVS 22.132 (vingt-quatre actes de défaut de biens pour un montant total de 76'061 fr. 40), de la Caisse de compensation Gastrosocial (sept actes de défaut de biens pour un montant total de 26'580 fr. 45), de la Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS (trois actes de défaut de biens pour un montant total de 6'132 fr. 15) et de l'ECA (sept actes de défaut de biens pour un montant total de 4'460 fr. 95). Par ailleurs, contrairement à ce que soutient le recourant, les actes de défaut de biens ne sont pas tous antérieurs à 2010, puisqu'il en existe de nombreux qui sont postérieurs, mentionnés en pp. 18-25 de l'extrait, y compris encore trois pour le seul mois de janvier 2019, pour un montant de 2'609 fr. 25. Le montant total des poursuites au 31 janvier 2019 s'élevait à 323'284 fr. 64. Si des saisies étaient en cours en 2017-2018 pour un certain nombre de créances de droit public, les dernières saisies du mois de janvier 2019, pour des montants de 435 fr. 45, 50 fr., 2'413 fr. 65 et 496 fr. 25, se sont révélées infructueuses. De plus, quatre comminations de faillite ont été notifiées entre septembre 2018 et janvier 2019 pour un montant total de 17'339 fr. 05, dont une créance d'assurance privée Sanitas pour un montant de 315 francs. Il résulte en outre de la liste des affaires en cours au 11 mars 2019 que le montant total des actes de défaut de biens s'élevait à 385'609 fr. 20, avec dix-huit nouveaux actes de défaut de biens délivrés pour le seul mois de février 2019, ainsi qu'une nouvelle

commination de faillite délivrée ce même mois pour un montant de 1'535 fr. 65.

Il s'ensuit que, comme l'a constaté le premier juge, si le recourant semble continuer à s'acquitter de la plupart des charges courantes de son restaurant, permettant de continuer l'activité de celui-ci, soit le salaire de ses employés, son loyer et ses fournisseurs, c'est au détriment des charges de droit public obligatoires pour l'exercice de son activité, notamment les charges sociales, d'impôt et de TVA, qui sont totalement négligées pour un montant important de longue date. Au vu du caractère considérable des retards de paiement des cotisations pris par le recourant, on ne saurait considérer que ceux-ci relèvent d'une simple gêne passagère. En outre, compte tenu du montant total des actes de défaut de biens et des poursuites qui continuent d'être régulièrement introduites, c'est à juste titre que le premier juge a constaté que les éventuels paiements que pourrait effectuer le recourant en cours de procédure d'exécution forcée ne permettraient pas de lever l'état de non-paiement. On doit dès lors retenir que, si le recourant a échappé à la faillite jusqu'ici, c'est uniquement parce qu'il n'a pas du tout assumé ses obligations de droit public, contrevenant au but de la loi, qui n'est pas de permettre au débiteur d'échapper à la faillite en favorisant de manière systématique ses créanciers privés au détriment des créanciers de droit public. De surcroît, sa situation s'est encore aggravée ces derniers mois, au vu de l'évolution des listes des affaires en cours, de l'augmentation des comminations de faillite, du non-paiement de certaines créances, même de montants modiques, ce qui signifie que la favorisation des créanciers de droit privé a atteint ses limites.

C'est en vain que le recourant se prévaut des arrêts CPF 12 juin 2017/106 et 24 mai 2018/104. Si dans ces affaires, le failli ne payait pas seulement ses créanciers de droit public, mais également de nombreux fournisseurs et des dettes de salaires, respectivement n'avait plus d'activité commerciale, ni stocks, ni liquidités, cela ne signifie pas que l'ensemble de ces circonstances doivent être réunies pour que l'on puisse retenir la cessation de paiement.

C'est également en vain que le recourant soutient que l'intimée se serait accommodée durant une longue période des actes de défaut de biens délivrés. Le fait qu'elle ait fait preuve de patience avant de requérir la faillite sans poursuite préalable - seule possibilité pour elle d'être mise sur un pied d'égalité avec les créanciers privés - ne constitue en aucun cas un abus de droit.

**IV.** En conclusion, le recours, manifestement mal fondé, doit être rejeté selon le mode procédural de l'art. 322 al. 1 CPC, et le jugement confirmé.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr., doivent être mis à la charge du recourant (art. 106 al. 1 CPC), qui en a déjà fait l'avance.

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 Q.\_\_\_\_\_.

**IV.** L'arrêt est exécutoire.

La présidente :

La greffière :

Du

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

- Me Michel Dupuis, avocat (pour Q.\_\_\_\_\_),
- Administration fédérale des contributions (pour la Confédération suisse),
- 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 :

- Mme la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Lausanne.

La greffière :