

# **BGer 5A 442/2015 vom 11. September 2015**

Bundesgericht, 2015-09-11, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_442\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_442_2015)

FR: TF 5A 442/2015 du 11 septembre 2015

IT: TF 5A 442/2015 del 11 settembre 2015

## **Regeste**

prononcé de faillite sans poursuites préalable | Droit des poursuites et faillites

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le recours a été déposé en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ) contre une décision finale ( art. 90 LTF ; ATF 133 III 687 consid. 1.2) prise en matière de poursuite pour dettes et de faillite ( art. 72 al. 2 let. a LTF , en relation avec l' art. 190 al. 1 ch. 2 LP ; ATF 133 III 687 consid. 1.2) par un tribunal supérieur ayant statué sur recours en dernière instance cantonale ( art. 75 al. 1 et 2 LTF ) ; il est recevable sans égard à la valeur litigieuse ( art. 74 al. 2 let. d LTF) ; le débiteur, dont la faillite a été confirmée par la juridiction précédente, a qualité pour recourir ( art. 76 al. 1 LTF ).

### **E. 2.1**

Le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit fédéral, lequel comprend les droits constitutionnels ( art. 95 let. a LTF ; ATF 133 III 446 consid. 3.1, 462 consid. 2.3). Le Tribunal fédéral applique le droit d'office ( art. 106 al. 1 LTF ), sans être lié ni par les motifs de l'autorité précédente, ni par les moyens des parties ( ATF 133 III 545 consid. 2.2). Il ne connaît toutefois de la violation des droits fondamentaux que si ce grief a été soulevé et motivé par le recourant ( " principe d'allégation " ; art. 106 al. 2 LTF ; ATF 140 III 86 consid. 2 ; 134 I 83 consid. 3.2 ; 133 II 249 consid. 1.4.2).

### **E. 2.2**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ) ; le recourant ne peut critiquer les constatations de fait que si celles-ci ont été retenues d'une manière manifestement inexacte - c'est-à-dire arbitraire ( art. 9 Cst. ; ATF 137 I 58 consid. 4.1.2 ; 136 II 304 consid. 2.4 ; 135 III 127 consid. 1.5) - ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF , et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause ( art. 97 al. 1 LTF ).

### **E. 2.3.1**

Aux termes de l' art. 99 al. 1 LTF , aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente. L'exclusion des faits et moyens de preuve nouveaux est donc la règle. Celle-ci ne connaît une exception que lorsque la décision de l'autorité précédente est le motif pour présenter de nouveaux faits ou moyens de preuve ou, en d'autres termes, lorsque c'est la décision de l'autorité précédente qui, pour la première fois, a rendu pertinents ces faits ou moyens de preuve (arrêt 5A\_730/2013 du 24 avril 2014 consid. 2).

### **E. 2.3.2**

En l'espèce, l'intimé allègue, pièces à l'appui, que, malgré son engagement pris devant le Tribunal des baux et loyers, le recourant n'a consigné aucun montant depuis février 2015. Ces allégués et offres de preuve sont irrecevables, en tant qu'ils ne satisfont pas aux conditions exceptionnelles de l'art. 99 al. 1 in fine LTF.

### **E. 3**

S'agissant de la qualité de créancier de l'intimé, l'autorité cantonale a jugé que le recourant ne pouvait pas invoquer les prétendus défauts affectant le tea-room et ses installations pour justifier l'absence de tout versement à l'intimé, ne serait-ce que sous la forme de consignation, entre le mois de février 2013 et le mois d'octobre 2014. Selon elle, même si on admettait des défauts ou une réduction du fermage, il était peu vraisemblable qu'aucune somme ne soit due et que le recourant soit en mesure de s'acquitter des montants impayés (soit 100'000 fr. au total) au vu du solde de 2'500 fr. dont il disposait sur son compte bancaire le 23 décembre 2014. Elle a relevé que le recourant n'expliquait en outre ni la nature ni le montant du dommage " énorme " résultant des défauts qu'il invoquait. Par ailleurs, l'autorité cantonale a établi que les revenus complémentaires du recourant étaient dans tous les cas insuffisants, en 2014, pour couvrir le loyer et le fermage du tea-room, ainsi que les charges courantes. Concernant la suspension de paiements, l'autorité cantonale a établi, d'une part, que le recourant ne s'acquittait pas de créances de droit public pour lesquelles douze, voire treize, actes de défaut de bien avaient été délivrés, dont six pour des montants de moins de 1'000 fr., et, d'autre part, que trois poursuites étaient au stade de la commination de faillite. Pour le surplus, l'autorité cantonale a constaté que le recourant avait produit un extrait de son compte bancaire, indiquant un solde de 2'501 fr. 41 au 23 décembre 2014. En revanche, il n'avait pas déposé les comptes du tea-room qu'il exploitait, de sorte que ses perspectives financières n'étaient pas connues. Il n'était donc pas établi que le commerce était rentable et que les poursuites en cours pouvaient être soldées.

### **E. 4**

Le recourant prétend que le degré de preuve exigé à l' art. 190 LP pour démontrer la qualité de créancier de l'intimé est la vraisemblance qualifiée, et non la simple vraisemblance comme l'a retenu l'autorité cantonale.

#### **E. 4.1**

Selon 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.

##### **E. 4.1.1**

Déterminer si l'autorité est partie d'une juste conception du degré de la preuve exigé par le droit fédéral relève du droit ( ATF 130 III 321 consid. 5; en matière de prononcé de faillite, cf. arrêts 5A\_118/2012 du 20 avril 2012 consid. 3.2; 5A\_115/2012 du 20 avril 2012 consid. 3; 5A\_328/2011 du 11 août 2011 consid. 3.3; 5A\_642/2010 du 7 décembre 2010 consid. 4.4).

##### **E. 4.1.2.1**

Aux termes de la jurisprudence rendue tant avant qu'après l'entrée en vigueur du CPC, celui qui requiert la faillite sans poursuite préalable selon l' art. 190 al. 1 LP doit rendre vraisemblable sa qualité de créancier. La loi exige la simple vraisemblance, et non une vraisemblance qualifiée (arrêt 5A\_117/2012 du 12 juillet 2012 consid. 3.2.2 et les références).

#### **E. 4.1.2.2**

Une partie de la doctrine critique cette jurisprudence. Elle soutient que le degré de preuve de la qualité de créancier doit être la vraisemblance qualifiée. Elle avance que la faillite sans poursuite préalable fait partie de la catégorie des décisions définitives revêtues de l'autorité de la chose jugée, décisions que le juge peut aussi être amené à prendre lorsque la procédure sommaire s'applique ( HEINZMANN, Le degré de preuve en cas de faillite sans poursuite préalable selon l' art. 190 LP , in DC 2012 p. 239; HUBER, in Kurzkommentar SchKG, 2<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 15 ad art. 190 LP ). Cette critique n'est pas convaincante. Elle confond la notion de force de chose jugée formelle ( formelle Rechtskraft ), qu'acquiert une décision lorsqu'elle ne peut plus être attaquée par une voie de recours ordinaire (arrêt 5A\_866/2012 du 1er février 2013 consid. 4.1, publié in SJ 2013 I p. 314), avec celle d'autorité de la chose jugée ( matérielle Rechtskraft ), dont sont revêtues les décisions sur le fond ( ATF 123 III 16 consid. 2a) et qui permet de s'opposer à ce que cette décision soit remise en discussion devant un tribunal par les mêmes parties et sur le même objet ( art. 59 let . e CPC; ATF 139 II 404 consid. 8.2 et les références). Or, le jugement de faillite, contre lequel est ouvert le recours au sens des art. 319 ss CPC , entre immédiatement en force de chose jugée formelle et ne déploie des effets qu'en droit des poursuites ( ATF 135 III 31 consid. 2.2.4). Il n'a pas d'effet de droit matériel (cf. p. ex. Stoffel/Chabloz, Voies d'exécution, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, p. 53 n° 111 et 113). Pour ces motifs, il n'y a aucune raison de s'écarter du degré de preuve de la simple vraisemblance pour admettre la qualité de créancier. Il n'y a pas lieu de trancher la question de savoir si, en revanche, s'agissant de la cause de la faillite sans poursuite préalable, la vraisemblance qualifiée devrait, pour d'autres arguments que ceux avancés par la doctrine précitée, être exigée (cf. arrêts 5A\_117/2012 du 12 juillet 2012 consid. 3.2.2 et les références; 5P.365/1997 du 2 février 1998 consid. 3b).

#### **E. 4.2**

Au vu de ce qui précède, le grief du recourant doit être rejeté. Il en va de même de son grief, qu'il répète sous diverses formulations, selon lequel l'autorité cantonale aurait anticipé sur l'issue de l'action au fond. Cette autorité a seulement tranché la question de la simple vraisemblance de la qualité de créancier de l'intimé, qui fait partie des conditions d'application de l' art. 190 al. 1 LP .

#### **E. 5**

Le recourant reproche à l'autorité cantonale d'avoir établi à tort la qualité de créancier de l'intimé.

##### **E. 5.1**

La question de savoir si le degré de vraisemblance exigé par le droit fédéral est atteint dans le cas particulier ressortit à l'appréciation des preuves ( ATF 130 III 321 consid. 5). Le Tribunal fédéral reconnaît en ce domaine un large pouvoir aux autorités cantonales ( ATF 120 Ia 31 consid. 4b); il n'intervient que si le juge cantonal n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, a omis sans motifs objectifs de tenir compte de preuves pertinentes ou a opéré, sur la base des éléments recueillis, des déductions insoutenables ( ATF 136 III 552 consid. 4.2 et les références). Il incombe à la partie recourante de motiver ce grief conformément aux exigences posées par l' art. 106 al. 2 LTF (cf. supra consid. 2.2; ATF 134 II 244 consid. 2.2, 349 consid. 3 et les références).

##### **E. 5.2**

En l'espèce, alors que son grief relève du fait, le recourant ne se plaint pas de la violation de l' art. 9 Cst. , mais seulement de celle de l' art. 190 LP . En outre, non seulement il fait des projections sur le sort de l'appel pendant devant la juridiction des baux et loyers sans même exposer le résultat du jugement de première instance et l'objet exact de cet appel, mais il s'attaque aussi de manière appellatoire à l'argument de l'autorité cantonale selon lequel l'existence d'éventuels défauts ne permettrait dans tous les cas pas de retenir l'inexistence complète de la créance. A cet égard, il se borne à faire des affirmations contraires, notamment qu'il aurait subi un " dommage économique compensable en tout ou en partie avec la créance résiduelle ", sans chiffrer ce dommage et sans aucune référence précise à une pièce qui pourrait le démontrer. Il affirme aussi que l'autorité cantonale aurait occulté le fait qu'il consignerait à nouveau le loyer depuis le mois d'octobre 2014. Cette affirmation est erronée, les magistrats précédents ayant retenu ce fait (cf. arrêt attaqué p. 8 2<sup>ème</sup> §); ils ont toutefois établi que le recourant n'avait pas allégué en avoir fait de même pour les mois précédents et pour le montant de la gérance. Il s'ensuit que le grief du recourant est irrecevable.

## **E. 6**

Le recourant reproche à l'autorité cantonale d'avoir mal appliqué la notion de suspension de paiements.

### **E. 6.1**

Le motif de la faillite posé à l' art. 190 al. 1 ch. 2 LP est la suspension de paiements. Il s'agit d'une notion juridique indéterminée qui accorde au juge un large pouvoir d'appréciation. 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; il n'est cependant 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, de trahir une suspension de paiements; tel est notamment le cas lorsque le débiteur refuse de désintéresser son principal créancier ( ATF 137 III 460 consid. 3.4.1 et les références; arrêts 5A\_711/2012 du 17 décembre 2012 consid. 5.2; 5A\_439/2010 du 11 novembre 2010 consid. 4, publié in SJ 2011 I p. 175). Le non-paiement de créances de droit public peut constituer un indice de suspension de paiements (arrêt 5A\_439/2010 du 11 novembre 2010 consid. 4, publié in SJ 2011 I p. 175). Pour apprécier l'existence d'une suspension de paiements, l'autorité judiciaire supérieure doit tenir compte des faits nouveaux ( art. 174 al. 2 LP , applicable par renvoi de l' art. 194 al. 1 LP ) et statuer sur le vu de la situation financière du débiteur à l'échéance du délai de recours cantonal ( ATF 139 III 491 consid. 4; 136 III 294 consid. 3.1; arrêt 5A\_439/2010 précité consid. 4), l'admission des nova étant destinée à éviter l'ouverture de la faillite; en outre, les conditions de la déclaration de faillite doivent être remplies à la date du jugement de première instance (arrêts 5A\_509/2014 du 27 août 2014 consid. 4.1; 5A\_711/2012 précité consid. 5.2).

### **E. 6.2**

En l'espèce, le recourant ne s'attaque pas aux constatations de l'autorité cantonale sur l'état de ses poursuites, dont certaines ont pour objet une créance de droit public et trois se trouvent au stade de la commination de faillite. Il ne conteste pas non plus qu'il a omis de produire les comptes du tea-room de sorte que ses perspectives financières ne sont pas

connues. Pour le reste, il procède, sans motiver son point de vue, à des affirmations qui s'écartent à de nombreux égards de la notion de suspension de paiements consacrée par la jurisprudence fédérale. Il s'ensuit que le grief du recourant doit être rejeté, pour autant qu'il soit recevable.

#### **E. 7**

En conclusion, le recours est rejeté dans la faible mesure de sa recevabilité. Les conclusions du recourant étant vouées à l'échec, la requête d'assistance judiciaire est rejetée. Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à la charge du recourant qui succombe ( art. 66 al. 1 LTF ). L'intimé, qui n'a pas été invité à répondre au fond et qui a succombé dans ses conclusions dans la procédure incidente, n'a pas droit à des dépens. L'octroi de l'effet suspensif ne se rapporte qu'aux mesures d'exécution, ce qui dispense de fixer à nouveau la date de l'ouverture de la faillite (arrêts 5A\_606/2014 du 19 novembre 2014 consid. 6.1; 5A\_446/2014 du 27 octobre 2014 consid. 6.1 et les références).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.