

VD_FINDINFO Faillite / 2014 / 25 vom 8. August 2014

VD Tribunal cantonal, 2014-08-08, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_Faillite___2014___25

FR: VD_FINDINFO Faillite / 2014 / 25 du 8 août 2014

IT: VD_FINDINFO Faillite / 2014 / 25 del 8 agosto 2014

Regeste

FAILLITE SANS POURSUITE PRÉALABLE, INSOLVABILITÉ, COMPENSATION DE CRÉANCES, DÉFAUT DE LA CHOSE, BAIL À LOYER | 190 al. 1 ch. 2 LP

Erwägungen

E. 11

avril 1889; RS 281.1). Selon l'art. 174 al. 1 LP, applicable par renvoi de l'art. 194 al. 1 LP à la faillite sans poursuite préalable, la décision du juge de la faillite peut faire l'objet d'un recours au sens du CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 281.1), dans les dix jours. Déposé le 15 mai 2014 à l'encontre d'un jugement reçu par le recourant le 5 mai 2014, le recours a été formé en temps utile. Il est en outre suffisamment motivé, de sorte qu'il est recevable formellement (art. 321 al. 1 CPC). b) Dans la procédure de recours contre une décision du juge de la faillite, selon l'art. 174 al. 1 in fine LP, les parties peuvent faire valoir des faits nouveaux lorsqu'ils se sont produits avant le jugement de première instance (pseudo-nova). En vertu de l'art. 174 al. 2 LP, les pièces se rapportant à des faits intervenus depuis l'audience de faillite (vrais nova) peuvent être produites, pour autant qu'elles tendent à rendre vraisemblable la solvabilité du débiteur et à établir que celui-ci a payé sa dette en totalité (ch. 1) ou consigné les montants nécessaires auprès de l'autorité compétente (ch. 2) ou que le créancier a retiré sa réquisition de faillite (ch. 3). Seul le débiteur peut produire, dans le délai de recours, des titres pour établir les faits énumérés limitativement à l'art. 174 al. 2 ch. 1 à 3 LP (CPF, 5 août 2013/310). Il s'ensuit que, pour juger de l'existence d'une suspension de paiement justifiant une faillite sans poursuite préalable, l'autorité judiciaire supérieure doit tenir compte des faits nouveaux (vrais nova) et donc de la situation financière du débiteur à l'échéance du délai de recours cantonal (ATF 136 III 294, c. 3 ; TF 5A_439/2010 c. 4). Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a jugé que cette jurisprudence demeurerait valable depuis le 1^{er} janvier 2011, date de l'entrée en vigueur de la LP révisée, et qu'il incombait donc toujours au débiteur de rendre vraisemblable sa solvabilité en déposant le recours et de produire à l'appui de celui-ci les pièces qui établissent les motifs d'annulation de la faillite au sens des chiffres 1 à 3 précités (ATF 139 III 491, c. 4). Il s'agit en outre d'examiner si les conditions de la déclaration de faillite étaient remplies à la date du jugement de première instance (TF 5A_711/2012 du 17 décembre 2012; Brönnimann, Novenrecht und Weiterziehung des Entscheides des Konkursgerichtes gemäss Art. 174 SchKG, in Festschrift Walder, p. 444). En l'espèce, au vu de ce qui précède, seules les pièces nouvelles produites par le recourant et par l'intimé sous nos 101 et 104 sont recevables, les pièces nouvelles nos 102, 103 et 106 à 109 de l'intimé étant postérieures au jugement de première instance. II. a) Le recours tend en premier lieu à l'annulation de la décision de faillite en application de l'art. 174 al. 2 LP. Le recourant soutient que la dette a été payée par compensation, invoquée par courrier du 24

avril 2014. b) Selon l'art. 174 al. 2 ch. 1 LP, l'autorité de recours peut annuler le jugement de faillite lorsque le débiteur rend vraisemblable sa solvabilité et qu'il établit par titre que la dette, intérêt et frais compris, a été payée. Le degré de preuve requis est la certitude ; la notion de titre probant est la même qu'aux art. 81 et 172 ch. 3 LP (Gilliéron, Commentaire de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 48 ad art. 174 LP). Dans le cadre d'une procédure de mainlevée définitive, le poursuivi peut établir sa libération par compensation. Un tel moyen ne peut toutefois être retenu que si la créance compensante résulte elle-même d'un titre exécutoire ou qu'elle est admise sans réserve par le poursuivant (ATF 136 III 624 c. 4.2.1 ; ATF 115 III 97 c. 4). c) En l'occurrence, la créance compensante invoquée n'est ni établie ni admise par S. _____ ; elle n'est même pas chiffrée précisément par le recourant. La première condition pour l'annulation de la faillite n'est donc pas remplie. III. a) Le recourant invoque une violation de l'art. 173a al. 2 LP. Il fait valoir que les dettes qui subsistent – celle de loyer étant éteinte par compensation – représentent de "faibles montants" par rapport à son chiffre d'affaires. b) Selon l'art. 173a al. 2 LP, applicable à la faillite sans poursuite préalable par le renvoi de l'art. 194 LP, le tribunal peut ajourner d'office la faillite lorsqu'un concordat paraît possible. L'art. 173a LP est une mesure d'exécution forcée permettant d'éviter l'ouverture de la faillite quand sont réalisées les conditions d'un assainissement financier, notamment sous la forme d'un sursis concordataire. Dans le cadre de la procédure sommaire (art. 251 let. a CPC), le tribunal examine s'il est rendu vraisemblable qu'un concordat est possible. A cet égard, il ne suffit pas au débiteur d'alléguer l'existence d'une telle possibilité; encore faut-il que celle-ci ressorte du dossier, ou des éléments de preuve amenés par le débiteur, le créancier ou des tiers (Giroud, Basler Kommentar SchKG II, n. 7 à 9 ad art. 173a LP). Selon la jurisprudence, l'art. 173a al. 1 LP introduit une faculté laissée à l'appréciation du juge de la faillite. On ne saurait en conclure pour autant que l'ouverture de la faillite serait la règle et l'ajournement l'exception; cette interprétation est contredite par l'opinion dominante qui est d'avis que le juge de la faillite doit, en principe, prendre en considération une demande de sursis concordataire, à moins qu'elle n'apparaisse abusive ou vouée à l'échec (TF 5A_3/2009 du 13 février 2009). c) En l'espèce, on examinera cette question après avoir analysé la situation financière du recourant. En effet, elle n'aurait plus d'objet si les conditions de la faillite ne sont pas remplies. IV. a) Le recourant soutient que les conditions de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP ne sont pas remplies. Il fait valoir que l'intimé n'a pas rendu sa créance vraisemblable et que ses difficultés ne sont pas antérieures au mois de janvier 2014. b) 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. 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 soi-disant créancier de requérir l'ouverture de la faillite de son prétendu débiteur sans commandement de payer exécutoire (Gilliéron, Commentaire, 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. La cour de céans, suivant l'avis de plusieurs auteurs, considère qu'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, Commentaire romand, n. 2 ad art. 190 LP ; Fritschi, op. cit., pp. 153-154). Sur ce dernier point, elle a jugé 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 (Cometta, op. cit., n. 3 ad art. 190, qui cite l'arrêt paru aux ATF 120 III 88, JT 1996 II 77, notamment), le degré de la vraisemblance qualifiée tenant adéquatement compte des intérêts du créancier requérant et du débiteur dont la faillite est demandée (CFP, 12 mars 2012/8; CPF, 19 août 2011/323; CPF, 7 juillet 2011/239; CPF, 13 novembre 2008/549; CPF, 18 septembre 2008/439). La jurisprudence de la cour de céans sur ce point (CPF, 12 mars 2012/8, CPF, 19 août 2011/323 et CPF, 7 juillet 2011/239 précités) n'est pas contredite par le Tribunal fédéral, qui a laissé ouverte la question du degré de la preuve, même en ce qui concerne le cas de faillite invoqué (TF 5A_719/2010 du 6 décembre 2010 c. 5.5). 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). 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). Quant à la qualité de créancier du requérant, le degré de preuve requis pour sa démonstration est, comme exposé ci-dessus, celui de la vraisemblance qualifiée, ce même si la créance n'est pas encore exigible. La suspension de paiements est une notion imprécise qui confère au juge de la faillite un ample pouvoir d'appréciation (ATF 137 III 460 c. 3.4.1 ; TF 5A_439/2010 du 11 novembre 2010, in SJ 2011 I 175 ; TF 5P.312/2002 du 13 février 2003 c. 3.3; Gilliéron, Commentaire, 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, 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, Commentaire, n. 28 ad art. 190 LP). Cette notion 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 c. 4.1). 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 minimes, laissant démontrer par ce comportement qu'il ne dispose pas de liquidités suffisantes pour honorer ses engagements (ATF 137 III 460, c. 3.4.1 p. 468). 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 c. 3.4.1, p. 468; ATF 85 III 146, c. 4b p. 155). 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 pouvant être le cas lorsque le débiteur refuse de désintéresser son principal créancier (TF 5A_439/2010 précité ; TF 5A_367/2008 précité c. 4.1 ; SJ 2000 I 248). Le non-paiement de créances de droit public peut constituer un indice de suspension de paiements (SJ 2000 I 248). c) En l'espèce, la qualité de créancier de S._____ est bien établie au stade de la vraisemblance qualifiée. Les parties sont liées par deux contrats de bail, l'un portant sur les

locaux du [...], l'autre sur le mobilier d'exploitation de ce commerce. Il n'est pas contesté que le bailleur a mis à la disposition du locataire l'objet des deux contrats. Le recourant admet, sur le principe, devoir le loyer et la redevance fixés par ces conventions, qu'il a payés – il l'allègue lui-même – depuis fin 2007 jusqu'au mois d'août 2013. Il invoque la compensation avec une créance en réduction de loyer (art. 259d CO) et une créance en dommages-intérêts (art. 259e CO) pour défaut de la chose louée. Il fait valoir qu'il ne peut pas user de sa terrasse. Cela justifie éventuellement une réduction quant au loyer des locaux commerciaux, mais pas de la redevance pour les meubles. De plus, si la doctrine majoritaire admet que le locataire qui prétend à une réduction de loyer peut le faire unilatéralement sans s'adresser à un juge (Lachat, *Le bail à loyer*, p. 261), en revanche, le locataire qui prétend à des dommages-intérêts doit faire reconnaître sa créance par un juge ou le bailleur avant de pouvoir exciper de la compensation. Tant que sa créance n'est pas reconnue, il ne peut pas retenir sur le loyer le montant des dommages-intérêts auxquels il prétend (Lachat, *op. cit.*, p. 265). En ce qui concerne la situation financière du recourant, les pièces du dossier permettent plusieurs observations. Si on se réfère à la comptabilité 2012 visée par la fiduciaire, produite avec le recours, plutôt que celle, non visée, produite en première instance, le chiffre d'affaires 2012 a été de 326'898 fr. 60. De janvier à juin, il était d'environ 30'000 fr. par mois. Durant les six derniers mois de l'année en revanche, il a chuté à une moyenne mensuelle de l'ordre de 24'000 francs. Selon le compte d'exploitation 2012 – certes non visé par la fiduciaire, mais les chiffres étaient assez similaires, arrivant à un chiffre d'affaires annuel de 330'889 fr. – le bénéfice de l'exercice s'est élevé à 18'565 francs. En automne 2013, les recettes mensuelles ont à nouveau baissé, passant des environs de 25'000 fr. à 11'000 fr. au mois de décembre. En 2014, les recettes mensuelles ont été, arrondies, de 16'500 fr. au mois de janvier, 13'000 fr. au mois de février, 14'000 fr. au mois de mars, et 12'500 francs au mois d'avril. Le recourant attribue ses difficultés à la présence d'échafaudages abritant les locaux loués devant l'immeuble, qui l'ont privé de l'usage de sa terrasse. On ne comprend pas bien si ces échafaudages ont été présents uniquement des mois d'octobre à décembre 2013 comme le retient le prononcé entrepris, ou s'ils sont encore là comme l'indique le recourant dans sa lettre du 24 avril 2014 où il se plaint de n'avoir plus accès à sa terrasse depuis le mois de septembre 2013. De son côté l'intimé indique dans sa réponse que les échafaudages ont été présents du 1^{er} octobre au 23 décembre 2013. Peut-être le recourant veut-il dire qu'il a définitivement perdu sa clientèle depuis les travaux. Quoi qu'il en soit, le recourant se trouve dans une situation où son chiffre d'affaires a progressivement baissé, d'abord de 20 % durant le deuxième semestre 2012, puis encore de plus de 30 % dès octobre 2013. Jusqu'à ce jour, ce chiffre d'affaires n'est pas reparti à la hausse. Le recourant exploite ce commerce depuis fin 2007. On ignore quels étaient ses résultats avant 2012. Quoi qu'il en soit, dans le cadre d'une saisie en mars 2014, l'intéressé a déclaré au préposé être "en déficit total" depuis l'année 2012, qu'il ne percevait aucun revenu de l'exploitation de son commerce, et que toutes les recettes sont utilisées pour payer les charges privées et professionnelles. Les loyers et redevances des mois de juillet et août 2013 ont été payés avec retard et ceux du mois de septembre sont toujours impayés. Il semble ainsi que les recettes de l'année 2013, malgré de bons résultats en avril et mai, ont été insuffisantes pour faire vivre le recourant, indépendamment du problème des échafaudages apparu durant les trois derniers mois seulement. On ignore par ailleurs le montant des recettes des mois de mars et juillet. Alors que le loyer et la redevance ne sont plus payés depuis le mois de septembre 2013, les poursuites en cours ne se limitent pas à celles, litigieuses, émanant de S. _____; elles concernent aussi des cotisations

sociales, des factures de la Commune de Montreux, la TVA, et de petites charges comme la taxe de réception TV et radio et le câble ; des actes de défaut de biens ont été délivrés. Entre le 5 mars 2014 et le 19 mai 2014, les poursuites ont augmenté de quelque 11'000 à 47'000 fr., et les actes de défaut de biens délivrés de 18'000 à 24'000 francs. Cela signifie que même en laissant de côté les loyers et redevances, le recourant n'arrive pas à assumer ses autres charges. Ainsi, en admettant que le recourant dispose contre l'intimé d'une créance en réduction de loyer et d'une autre en dommages-intérêts, cela prendra du temps de faire reconnaître cette double créance en justice ; il est possible que le bailleur soit disposé à entrer en matière pour la première, mais il est douteux que ce soit le cas pour la deuxième. Le recourant ne peut voir dans une telle procédure – qu'il n'a même pas entamée en l'état – une solution à ses problèmes. En définitive, on ne constate aucune perspective concrète d'amélioration, sauf à admettre que plus rien n'empêche la clientèle de revenir et que cela sera le cas. Le recourant, qui se plaint de n'avoir toujours pas la disposition de la terrasse, ne semble pas optimiste. Il ne prétend pas que la situation va se redresser. Il ne produit pas d'autre pièce relative à sa situation financière (extraits de comptes bancaires, par exemple) susceptible de démontrer qu'il dispose d'avoirs lui permettant de faire face à ses obligations. Au vu de l'ensemble de ces éléments, il faut admettre que la cessation de paiements est établie et qu'un concordat est illusoire. Une poursuite de l'exploitation ne ferait qu'augmenter les dettes. V. Le recours doit par conséquent être rejeté et le jugement confirmé. Compte tenu de l'effet suspensif accordé, la faillite d'D._____ prend effet le 8 août 2014 à 16 heures 15. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr., doivent être mis à la charge du recourant (art. 106 al. 1 CPC), qui doit en outre verser à l'intimé, assisté d'un agent d'affaires breveté, des dépens arrêtés à 750 fr. (art. 13 TDC).

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