

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 1^{er} juin 2021

Composition : M. HACK, président
Mmes Byrde et Rouleau, juges
Greffier : M. Elsig

* * * * *

Art. 168, 293a al. 1 et 3 LP ; 326 al. 1 et 2 CPC

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 **S._____**, à [...], contre la décision rendue le 8 février 2021 par le Président du Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois dans la cause en sursis concordataire provisoire le concernant.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. a) Par acte du 7 octobre 2020, J._____ SA a requis du Président du Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois qu'il prononce la faillite de S._____, qui exploite une entreprise individuelle ayant pour but les « *conseils dans le domaine du pilotage des systèmes de [...]* » A l'appui de sa requête, elle a produit les pièces suivantes :

- une copie d'un commandement de payer les sommes de 1) 80'386 fr. 40 avec intérêt à 5 % l'an dès le 9 décembre 2019, 2) 1'080 fr. 80 sans intérêt, 3) 3'640 fr. sans intérêt et 4) 12'360 fr. 10 sans intérêt, notifié à S._____ le 12 décembre 2019 dans la poursuite n° 9'419'666 de l'Office des poursuites du district du Gros-de-Vaud, frappé d'opposition totale, indiquant comme titre de la créance ou cause de l'obligation :

« 1. Primes LAMal 01.2014-09.2019
2. Primes et part. LAMal 02.2014-05.2019
3. Frais administratifs
4. Intérêts échus » ;

- une copie d'une commination de faillite notifiée à S._____ le 26 février 2020 par l'Office des poursuites du district de Gros-de-Vaud sur réquisition de J._____ SA dans le cadre de la poursuite n° 9'419'666 susmentionnée.

b) Par courrier recommandé du 9 octobre 2020, le président a cité les parties à comparaître à l'audience de faillite du 10 novembre 2020.

2. a) Par acte du 9 novembre 2020, S._____, par son conseil, a indiqué qu'il déposerait à l'audience du lendemain une requête de sursis

concordataire tendant à l'ajournement du jugement de faillite. Il a produit les pièces suivantes :

- une procuration ;

- une copie d'un courrier adressé le 8 novembre 2020 par le conseil de S._____ à J._____ SA lui demandant un entretien pour trouver une solution permettant d'éviter la faillite de son client et le règlement de l'entier des arriérés de primes et lui communiquant un exposé établi à sa demande par S._____ de sa situation professionnelle présente et future ;

- une copie d'un « *Etat des contrats et des factures* » établi le 6 novembre 2020 par S._____, faisant état de quatre contrats écrits en cours d'exécution, pour un total de 99'353 fr. payables entre le 6 novembre 2020 et le 31 janvier 2021 et cinq contrats oraux en cours d'exécution pour un montant de 115'670 fr. payables entre le 6 novembre 2020 et le 31 janvier 2021 ; aucune pièce justifiant de l'existence de ces contrats n'était jointe ;

- une copie d'un courriel de J._____ SA au conseil de S._____ du 9 novembre 2020, indiquant ne pas donner une suite favorable à la demande d'arrangement de paiement dans le cadre de la procédure de faillite susmentionnée.

b) A l'audience de faillite du 10 novembre 2020, J._____ SA ne s'est pas présentée. Il ressort du procès-verbal que les comparants ont été entendus, puis que S._____ a déposé une requête de sursis concordataire provisoire ce qui a entraîné le « *renvoi* » de l'audience. Les conclusions de la requête sont les suivantes :

« I. La requête est admise.

II. Un sursis concordataire provisoire d'une durée de quatre mois est accordé au requérant S._____.

III. L'agent d'affaires breveté Jean-Daniel NICATY, av. Mon-Repos 14, à 1005 Lausanne, est désigné comme commissaire au sursis concordataire provisoire.

IV. Un délai est cas échéant imparti au requérant S._____ pour produire un bilan et un compte de pertes et profits des activités de sa raison individuelle.

IV. (sic) Il est renoncé à rendre public le sursis concordataire provisoire jusqu'à son échéance. ».

En plus des pièces déjà produites avec le courrier du 9 novembre 2020, S._____ a produit un extrait de registre du commerce concernant sa raison individuelle.

Par courrier recommandé du 13 novembre 2020, le greffe du tribunal d'arrondissement a demandé à S._____, par son conseil, le paiement d'une avance de frais de 4'000 fr. dans un délai échéant le 3 décembre 2020 et l'a invité à déposer dans le même délai un bilan et un compte de pertes et profits des activités de la raison individuelle.

L'avance de frais a été payée le 27 novembre 2020.

Par courrier du 3 décembre 2020, S._____, par son conseil a sollicité une prolongation au 30 janvier 2021 du délai de production d'un bilan et d'un compte de pertes et profits des activités de sa raison individuelle.

Par courrier du 4 décembre 2020, le greffe du tribunal d'arrondissement a accordé à S._____ une ultime prolongation au 15 janvier 2021, en indiquant que faute de production des pièces requise le 13 novembre 2020, il ne serait pas entré en matière sur sa requête ; puis, le 21 janvier 2021, ledit délai a été prolongé au 1^{er} février 2021, sur requête du conseil de S._____.

Le 1^{er} février 2021, le conseil de S._____ a constaté que son client ne lui avait pas remis les documents requis et, supposant une incapacité d'agir en raison de problèmes de santé, a requis une prolongation de délai de quinze jours « *pour le cas où son client serait atteint dans sa santé.* » Aucune pièce n'a été produite par ledit conseil ou le client attestant d'une telle atteinte.

3. Par décision du 8 février 2021, notifiée au conseil de S. _____ le 16 février 2021, le Président du Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois, statuant en tant qu'autorité de première instance en matière sommaire de poursuites, a rejeté la requête de sursis concordataire provisoire du 10 novembre 2020 (I), a prononcé la faillite de S. _____ avec effet au 8 février 2021 à 9 heures (II), a arrêté les frais judiciaires à 200 fr. et les a mis à la charge de S. _____ (III). En substance le premier juge a relevé que S. _____ avait attendu le dernier moment pour déposer sa requête, que cette dernière était incomplète dans la mesure où elle n'était accompagnée d'aucun bilan ni compte de pertes et profits ou tout autre document officiel présentant l'état complet de son patrimoine et ses résultats actuels et futurs, ni d'un plan d'assainissement provisoire, et que S. _____ n'avait pas satisfait à sa demande de production de pièces. Il a en conséquence considéré que la requête n'était pas motivée à satisfaction de l'art. 293 let. a LP, ce qui entraînait son rejet et le prononcé de faillite.

4. Par acte du 26 février 2021, S. _____, par son conseil, a recouru contre cette décision en concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens qu'un sursis concordataire de quatre mois lui est accordé, l'agent d'affaires breveté Nicaty étant désigné comme commissaire au sursis, et qu'il est renoncé à rendre public le sursis accordé. Subsidiairement, le recourant a conclu à l'annulation du chiffre II du dispositif de la décision et au renvoi de la cause au premier juge afin qu'il fixe une audience de faillite. Il a requis l'octroi de l'effet suspensif au recours et a produit un bordereau de trois pièces.

Par décision du 4 mars 2021, le président de la cour de céans a rejeté la requête d'effet suspensif.

L'intimée ne s'est pas déterminée dans le délai qui lui a été imparti.

En droit :

I. a)aa) La procédure sommaire s'applique aux décisions rendues en matière de concordat (art. 251 let. a CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272]). La voie du recours des art. 319 ss CPC est ouverte, à l'exclusion de celle de l'appel, contre ces décisions (art. 309 let. b ch. 7 et 319 let. a CPC).

En vertu de l'art. 293d LP (loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite ; RS 281.1), l'octroi du sursis provisoire et la désignation d'un commissaire provisoire ne peuvent pas faire l'objet d'un recours. Cela signifie que les créanciers n'ont aucune voie de recours dans le cadre du sursis provisoire. Cela est dû au fait que la procédure est unilatérale ; les créanciers ne sont pas auditionnés (Message, in Feuille fédérale [FF] 2010 VI p. 5898). On déduit cependant a contrario de la même disposition que le refus de sursis provisoire peut faire l'objet d'un recours du débiteur - voire du créancier (art. 293 let. b LP) - dont la requête a été rejetée (Hunkeler, Kurzkomentar SchKG, 2e éd., n. 5 ad art. 293d LP ; CPF 9 juillet 2015/187).

bb) En l'espèce, le recours a été déposé dans le délai de dix jours de l'art. 321 al. 2 CPC. Motivé conformément à l'art. 321 al. 1 CPC, il est recevable.

b)aa) Selon l'art. 326 CPC, les conclusions, allégations de fait et preuves nouvelles sont irrecevables dans le cadre du recours (al. 1), les dispositions spéciales de la loi étant réservées (al. 2). En matière de concordat, la LP n'a pas prévu de régime dérogatoire réservé par l'art. 326 al. 2 CPC, à la différence du recours en matière de jugement de faillite (art. 174 al. 1 LP) et du recours en matière de sursis extraordinaire (art.

348 al. 2 LP ; CPF 4 décembre 2020/356 ; CPF 13 mai 2015/131 ; CPF 15 janvier 2015/2).

Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si, lorsque le juge prononce d'office la faillite en application des art. 293a al. 3 et 294 al. 3 LP, des nova seraient admissibles en application de l'art. 174 al. 2 LP (TF 5A_495/2016 du 11 novembre 2016 consid. 3.2.4). Quant à la cour de céans, elle considère que le prononcé de la faillite n'est dans ce cas qu'un effet secondaire de la décision prise en matière de concordat et que si le recours ne porte pas sur le prononcé de faillite mais sur la décision refusant l'octroi d'un sursis concordataire, la production de pièces nouvelles n'était pas possible (CPF 4 décembre 2020/356 ; CPF 23 février 2018/8).

bb) En l'espèce, le recours s'en prend principalement au refus du sursis, le prononcé de faillite n'étant attaqué que pour un vice de procédure. Le recourant ne s'attache pas à démontrer que les conditions de l'art. 174 al. 2 LP étaient réalisées mais soutient principalement que le sursis aurait dû être accordé. Les pièces produites à l'appui des recours tendent à compléter la requête de sursis provisoire conformément aux réquisitions du premier juge et n'ont pas pour but d'établir la solvabilité du recourant application de l'art. 174 al. 2 LP. Elles sont donc irrecevables.

II. a) Le recourant invoque l'inopportunité du rejet de la requête de sursis concordataire provisoire. Il se déclare « *conscient d'avoir tardé à procéder devant l'autorité de première instance* », et produit diverses pièces dont il faudrait déduire que son entreprise peut être assainie et ses créanciers désintéressés.

b) Aux termes de l'art. 293 let. a LP, la procédure concordataire est introduite par la requête du débiteur, accompagnée des documents suivants : un bilan à jour, un compte de résultats et un plan de trésorerie ou d'autres documents présentant l'état actuel et futur de son

patrimoine, de ses résultats ou de ses revenus ainsi qu'un plan d'assainissement provisoire.

Lorsque la procédure est introduite à la requête du débiteur, l'art. 293 let. a LP, contrairement à l'ancien art. 293 al. 1 LP, n'exige pas du requérant qu'il produise un projet de concordat. Il doit toutefois motiver sa requête en fournissant autant de détails qu'il le peut, afin que le juge puisse statuer en toute connaissance de cause. Selon le Message (FF 2010 VI p. 5896), le juge du concordat statue – en procédure sommaire (art. 251 let. a CPC) – sur l'octroi du sursis provisoire immédiatement après l'introduction de la requête ou après le transfert du dossier par la juge de la faillite (art. 293a al. 1 LP). Il vérifie d'office l'existence des conditions d'un sursis concordataire. Il n'est pas tenu d'auditionner les créanciers. Les conditions posées à l'octroi du sursis ne doivent pas être trop strictes. C'est uniquement lorsqu'il constate qu'il n'existe manifestement aucune perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat que le juge du concordat ouvre la faillite (art. 293a al. 3 LP). Il fait de même dans les cas énumérés à l'art. 296b LP (sursis définitif). Dans les deux cas, le juge du concordat ouvre d'office la procédure de faillite ; cette solution présente l'avantage d'avoir supprimé l'obligation qui était faite aux créanciers dans l'ancien droit de requérir la faillite et les conséquences financières qui en découlaient (avance de frais, responsabilité pour les frais de faillite ; Message, op. et loc. cit. et p. 5901 ; CPF 5 juillet 2017/153 ; CPF 9 juillet 2015/187).

Selon l'art. 293a LP, le juge du concordat accorde sans délai un sursis provisoire et arrête d'office les mesures propres à préserver le patrimoine du débiteur. Le juge prononce d'office la faillite s'il n'existe manifestement aucune perspective d'assainissement (al. 3). L'absence manifeste de toute perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat prévue par l'art. 293a al. 3 LP constitue à la fois la cause du refus du sursis provisoire et celle de la faillite ; mise à part le cas où il estime que la requête de sursis provisoire doit être rejetée parce que prématurée ou abusive, le juge n'a pas d'autre alternative à l'octroi de ce sursis que le prononcé de la faillite, et il n'a pas à examiner d'autres

conditions à cette fin (ATF 142 III 364 consid. 2.3 et les réf. cit. ; TF 5A_950/2015 du 29 septembre 2016 consid. 8.2.1).

Sous l'empire du nouvel art. 293a LP, les conditions d'octroi d'un sursis provisoire sont ainsi nettement amoindries et le sursis ne doit être refusé que dans les cas où il serait inutile, car il n'existe manifestement aucune perspective d'assainissement (Hunkeler, op. cit., n. 4 ad art. 293a LP). Pour le surplus, c'est dans la période de sursis provisoire, de quatre mois au maximum, que les perspectives (positives) d'assainissement doivent être éclaircies (Hunkeler, op. cit., n. 25 ad 293-336 LP). Ainsi le débiteur ne doit plus rendre vraisemblable les perspectives d'assainissement, mais seulement – dans le sens d'une condition négative – qu'il n'existe pas « *manifestement aucune perspective d'assainissement* » (Hunkeler, op. cit., n. 18 ad art. 293 LP). Il doit ainsi seulement démontrer qu'il peut être compté de manière réaliste avec quelques chances d'assainissement, même si la vraisemblance d'un tel assainissement est clairement moindre que la vraisemblance d'un échec (Hunkeler, op. cit., n. 19 ad art. 293 LP). Il doit exposer dans les grandes lignes la manière dont le financement de la phase de sursis sera assurée (Hunkeler, op. cit., n. 22 ad art. 293 LP).

L'art. 294 al. 1 LP dispose que si, durant le sursis provisoire, des perspectives d'assainissement ou d'homologation d'un concordat apparaissent, le juge du concordat octroie définitivement un sursis de quatre à six mois. S'il n'existe aucune perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat, le juge prononce d'office la faillite (art. 294 al. 3 LP).

c) En l'espèce, à l'appui de sa requête de sursis concordataire, le recourant a produit en première instance un « *Etat des contrats et des factures* » établi le 6 novembre 2020 par ses soins, faisant état de quatre contrats écrits en cours d'exécution, pour un total de 99'353 fr. payables entre le 6 novembre 2020 et le 31 janvier 2021 et cinq contrats oraux en cours d'exécution pour un montant de 115'670 fr. payables entre le 6 novembre 2020 et le 31 janvier 2021. Ce document, établi par le

recourant, n'était accompagné par aucune pièce susceptible d'étayer les allégations qu'il contenait. Au surplus, le recourant n'a pas donné suite dans le délai prolongé à cet effet à la réquisition du premier juge de production d'un bilan et du compte de pertes et profits, alors que ces documents sont exigés par l'art. 293 let. a LP. Contrairement à ce que soutient le recourant, cette carence n'interdisait pas au premier juge de prononcer la faillite malgré le fait que celui-ci n'était pas en mesure de déterminer s'il n'existait aucune perspective d'assainissement. En effet, il appartenait en premier lieu au recourant de produire les documents exigés par l'art. 293 let. a LP et, au surplus, de démontrer qu'il pouvait être compté de manière réaliste avec quelques chances d'assainissement. Or la production d'une seule pièce faisant état de contrats, dépourvue de tout annexe alors que certains de ces contrats ont été prétendument conclus par écrit, est dépourvue de force probante et ne vaut que comme allégation de partie. C'est donc à raison que le tribunal de première instance a rejeté la requête de sursis provisoire déposée lors de l'audience de faillite, le recourant n'ayant pas produit ni avec sa requête, ni dans le délai de presque deux mois, les pièces exigées par la loi. Il n'y a donc pas d'inopportunité en l'occurrence.

Quant aux pièces nouvellement produites, elles ne justifient pas un réexamen de ce point, puisqu'elles sont irrecevables.

Le recours doit être rejeté sur ce point.

III. a) Le recourant invoque que c'est à tort que sa faillite a été prononcée en application de l'art. 293a al. 3 LP. Le fait qu'il n'a effectivement pas produit de pièces dans le délai imparti, prolongé au 1^{er} février 2021, avait pour conséquence que le juge de première instance, dépourvu des documents requis, n'était pas en mesure de déterminer s'il existait manifestement aucune perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat. Au surplus, s'il est vrai que le juge était en droit de rejeter sa requête de sursis sans fixer de nouvelle audience, il

aurait dû fixer une nouvelle audience de faillite, ce qu'il n'a pas fait. L'art. 168 LP aurait été violé.

b) La procédure sommaire, réglée par les art. 248 ss CPC, s'applique aux décisions rendues en matière de faillite (art. 251 let. a CPC). En application de l'art. 253 CPC, lorsque la requête ne paraît pas manifestement irrecevable ou infondée, le tribunal donne à la partie adverse l'occasion de se déterminer oralement ou par écrit. Dans le même sens, l'art. 168 LP prévoit que le juge saisi d'une réquisition de faillite avise les parties des jour et heure de son audience au moins trois jours à l'avance ; elles peuvent s'y présenter ou s'y faire représenter. Ces dispositions concrétisent le droit d'être entendu des parties, garanti par l'art. 53 CPC ainsi que par les art. 29 al. 2 Cst (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101) et 6 § 1 CEDH (Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, RS 101) (Halde, in Bohnet et alii (éd.), Commentaire romand, Procédure civile, 2^e éd., 2019, nn. 1 à 5 ad art. 53 CPC ; Bohnet, in Commentaire romand précité, n. 2 ad art. 253 CPC ; Klinger, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (éd.) Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3^e éd., 2016 n. 1 ad art. 253 CPC).

Le Tribunal fédéral a précisé que l'avis aux parties de l'audience de faillite avant la tenue de celle-ci (art. 168 LP) est une condition formelle de la décision de faillite. Si cet avis n'a pas lieu, le droit des parties d'être entendues, protégé par l'art. 29 al. 2 Cst., est violé, car il découle de ce droit notamment le droit d'être cité régulièrement aux débats. Cette garantie a pour but d'assurer à chaque partie le droit de ne pas être condamnée sans avoir été mise en mesure de défendre ses intérêts (ATF 131 I 185 consid. 2.1; ATF 117 Ib 347 consid. 2b/bb et les références ; TF 5A_466/2012 du 4 septembre 2012 consid. 4.1.2). En particulier, le débiteur est privé de la possibilité de prouver les faits qui doivent conduire au rejet de la réquisition de faillite (art. 172 LP). L'atteinte causée par le défaut d'une citation valablement notifiée est d'une gravité telle qu'elle ne peut pas être réparée devant l'instance de

recours ; si cette atteinte est réalisée, la cause doit être renvoyée à l'autorité de première instance (ATF 138 III 225 précité consid. 3.3 et les références ; TF 5A_466/2012 consid. 4.1.2 précité ; CPF 30 janvier 2020/20).

b) Dans l'arrêt CPF 9 juillet 2015/187, invoqué par le recourant, la cour de céans a relevé que le texte allemand des art. 293a et 296b LP parlait, non de prononcer la faillite, mais d'ouvrir la procédure de faillite (consid. IIa in fine). Elle a considéré que, lorsqu'une requête de faillite était déposée par un créancier, que les parties avaient été citées à comparaître à l'audience de faillite et que celle-ci avait été annulée avant sa tenue en raison du dépôt par le débiteur d'une requête de sursis concordataire, le juge qui rejetait la requête de sursis en application de l'art. 293a al. 3 LP, devait fixer à nouveau une audience de faillite pour se conformer à l'art. 168 LP. Elle a en outre relevé que le juge de première instance aurait pu maintenir l'audience de faillite telle qu'elle avait été fixée et, si le sursis paraissait possible, ajourner d'office le jugement de faillite et transmettre le dossier au juge du concordat ou, si le sursis ne paraissait pas possible, prononcer la faillite à l'issue de l'audience (consid. IIb).

c) En l'espèce, l'audience de faillite du 10 novembre 2020 a été tenue et la mention du procès-verbal selon laquelle cette audience a été renvoyée est donc erronée. Les comparants ont été entendus ; puis le recourant a déposé une requête de sursis provisoire ; après avoir clos l'audience, le premier juge a fixé le 13 novembre 2020 un délai au 3 décembre 2020, prolongé au 15 janvier, puis au 1^{er} février 2021, au requérant pour produire un bilan et un compte de pertes et profits des activités de son entreprise. Dans ces circonstances l'exigence posée par l'art. 168 LP est ainsi remplie. Le droit d'être entendu du recourant dans la procédure de faillite a ainsi, à la différence de l'arrêt du 9 juillet 2015/187 susmentionné, été respecté. Le recourant n'a pas d'ailleurs pas fait valoir, ni a fortiori établi lors de cette audience ni à l'appui de son recours, que les dettes faisant l'objet de la commination de faillite dans la poursuite n° 9'419'666 de l'Office des poursuites du district du Gros-de-Vaud, avaient

été réglées en capital, intérêts et frais ou que J._____ SA lui avait accordé un sursis à la date de cette audience (art. 172 ch. 3 LP). Le prononcé de faillite est donc bien fondé et doit être confirmé.

Le recours doit donc être rejeté sur ce point.

IV. En conclusion, le recours doit être rejeté et le jugement confirmé.

Vu le rejet du recours, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr., doivent être mis à la charge du recourant (art. 106 al. 1 CPC).

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. La décision est confirmée.

III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr. (trois cents francs), sont mis à la charge du recourant S._____.

IV. L'arrêt est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du

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

- Me Laurent Savoy, avocat (pour S. _____),
- M. le Préposé à l'Office des poursuites du district du Gros-de-Vaud,
- Mme la Préposée à l'Office des faillites de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois.

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 la Broye – Nord vaudois,
- M. le Préposé au Registre du Commerce du canton de Vaud,

et communiqué à :

- M. le Président du Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois.

Le greffier :