

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 29 décembre 2017

Composition : Mme ROULEAU, présidente
MM. Hack et Maillard, juges
Greffier : Mme Debétaz Ponnaz

Art. 167 et 174 al. 1 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 **Z. _____ SÀRL**, à [...], contre le jugement rendu le 8 septembre 2017, à la suite de l'audience du 25 avril 2017, par le Président du Tribunal d'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois, prononçant la faillite de la recourante, le 8 septembre 2017 à 9 heures, à la réquisition de **M. _____ SA**, à [...] (FR).

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. Par requête adressée le 15 mars 2017 au Président du Tribunal d'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois, M. _____ SA a requis la faillite de Z. _____ Sàrl. Elle a produit le commandement de payer et la commination de faillite notifiés à l'intimée dans la poursuite n° 7'996'285 de l'Office des poursuites du district de La Broye-Vully, portant sur la somme totale de 6'093 fr. 15, plus intérêt à 5% l'an dès le 2 septembre 2016.

Le Président a tenu audience le 25 avril 2017 à 11 heures 30 en présence d'un représentant de l'intimée. La requérante n'a pas comparu.

Par télécopie du même jour à 16 heures 24, la requérante, faisant état du versement d'un acompte de 2'000 fr., a requis la suspension provisoire de la procédure de faillite jusqu'à fin août 2017, date à laquelle l'intimée avait promis le versement de l'intégralité du solde dû, frais et intérêts compris.

Par décision du 26 avril 2017, le président du tribunal a suspendu la cause jusqu'au 31 août 2017. Il a précisé qu'une décision serait rendue à cette échéance, sans nouvelle audience.

Par lettre du 4 septembre 2017, dont une copie a été adressée à l'intimée, le président a interpellé la requérante sur la suite à donner à la cause. Par réponse postée le lendemain, la requérante a requis la reprise immédiate de la procédure de faillite, en indiquant que l'intimée n'avait pas réglé l'entier de la somme due.

2. Par jugement du 8 septembre 2017, le Président du Tribunal d'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois a prononcé la faillite de Z._____Sàrl, le même jour à 9 heures, par défaut de la partie requérante (I) ordonné la liquidation sommaire de la faillite (II) et mis les frais, par 200 fr., à la charge de la faillie (III).

Le jugement a été adressé à la faillie sous pli recommandé le même jour et la destinataire a été avisée le 11 septembre 2017 du délai de retrait au 19. Le pli est revenu au greffe du tribunal le 21 septembre 2017 avec la mention « non réclamé ». Il a été à nouveau adressé à la faillie sous pli simple le 21 septembre 2017, avec la précision que cet envoi ne faisait pas partir un nouveau délai de recours.

3. Par acte du 25 septembre 2017, Z._____Sàrl a recouru contre le jugement de faillite, en concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens que la faillite n'est pas prononcée, subsidiairement à son annulation, le dossier de la cause étant renvoyé à l'autorité de première instance pour nouvelles instruction et décision dans le sens des considérants. Outre le jugement attaqué, elle a produit notamment des récépissés postaux de trois versements de sa part à M._____SA, de 1'000 fr. chacun, payés respectivement le 1^{er} juin, le 6 juillet et le 21 juillet 2017, ainsi qu'une quittance du 19 septembre 2017 d'un versement de 772 fr. 50 à l'Office des poursuites du district de La Broye-Vully dans la poursuite n° 7'996'285 et un résumé de cette poursuite au 22 septembre 2017, indiquant qu'elle est payée.

La recourante a requis l'effet suspensif. Invitée à se déterminer sur cette requête, l'intimée M._____SA, par lettre télécopiée du 26 septembre 2017, a déclaré ne pas s'y opposer, tout en reconnaissant que « la créance a[vait] été entièrement acquittée en capital, frais et intérêts au 19 septembre 2017 ».

Par décision du 29 septembre 2017, la Vice-présidente de la cour de céans a admis la requête d'effet suspensif contenue dans le

recours et ordonné, à titre de mesures conservatoires, l'inventaire et l'audition de la faillie.

Le 16 octobre 2017, la recourante s'est déterminée sur l'extrait des poursuites la concernant versé au dossier.

L'intimée n'a pas déposé de réponse dans le délai qui lui avait été imparti à cet effet.

En droit :

I. a) En vertu de l'art. 174 al. 1 LP (loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ; RS 281.1), la décision du juge de la faillite peut, dans les dix jours, faire l'objet d'un recours au sens du CPC (Code de procédure civile ; RS 272).

En l'espèce, le recours a été formé en temps utile, dans les dix jours suivant l'échéance du délai de garde du pli recommandé contenant le jugement de faillite (art. 174 al. 1 LP et 138 al. 3 let. a CPC ; ATF 141 II 429 consid. 3.1 et les arrêts cités), et dans les formes requises, par acte écrit et motivé, auprès de l'instance de recours (art. 321 al. 1 CPC). Il est ainsi recevable.

b) En vertu de l'art. 174 al. 1, 2^e phrase, LP, les parties peuvent faire valoir devant l'instance de recours des faits nouveaux lorsque ceux-ci se sont produits avant le jugement de première instance. La loi vise ici les faits nouveaux improprement dits (faux *nova* ou pseudo-*nova*), à savoir ceux qui existaient déjà au moment de l'ouverture de la faillite et dont le premier juge n'a pas eu connaissance pour quelque raison que ce soit ; ces faits peuvent être invoqués sans restriction devant la juridiction de recours pour autant qu'ils le soient dans le délai de recours (TF 5A_899/2014 du 5 janvier 2015 consid. 3.1 et les réf. cit., SJ

2015 I 437). Selon la jurisprudence, les pièces établissant les vrais *nova* - à savoir les faits qui sont intervenus après l'ouverture de la faillite en première instance (art. 174 al. 2 ch. 1 à 3 LP) - doivent également être produites avant l'expiration du délai de recours (ATF 138 III 491 consid. 4). L'admission des vrais *nova* - soumise à une double condition très stricte (cf. Stoffel/Chabloz, Voies d'exécution, 2^e éd. 2010, p. 274) - est destinée à éviter, et non à permettre, l'ouverture de la faillite, de sorte qu'il apparaît conforme à la volonté du législateur de ne reconnaître qu'au seul débiteur poursuivi la faculté d'invoquer de tels faits nouveaux (TF 5A_899/2014 précité consid. 3.1 et les réf. cit., SJ 2015 I 437).

En l'espèce, les pièces produites avec le recours figuraient déjà au dossier de première instance ou constituent des *nova* - vrais et faux - recevables.

II. La recourante soutient que la requête de suspension de l'intimée du 25 avril 2017 équivalait à un retrait pur et simple de la requête de faillite du 15 mars 2017. Elle en conclut que le premier juge n'aurait pas dû donner suite à la requête de reprise de cause du 5 septembre 2017 mais aurait dû inviter l'intimée à déposer une nouvelle réquisition de faillite, puis fixer une nouvelle audience.

a) A l'expiration du délai de vingt jours dès la notification de la commination, le créancier peut requérir du juge la déclaration de faillite, en joignant à sa demande le commandement de payer et l'acte de commination (art. 166 al. 1 LP). 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 (art. 168 LP). Le juge statue sans retard et même en l'absence des parties. Il doit prononcer la faillite, sauf dans les cas mentionnés aux art. 172 à 173a LP (art. 171 LP).

Le créancier qui a requis la faillite de son débiteur peut en principe également retirer sa réquisition (Nordmann, *in*

Stahelin/Bauer/Stahelin (éd.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2^e éd., n. 1 *ad* art. 167 SchKG [LP]). Aux termes de l'art. 167 LP, le créancier qui a retiré la réquisition de faillite ne peut la renouveler qu'un mois après. Selon la doctrine et la jurisprudence, si le créancier requiert du juge qu'il sursoie à statuer sur la requête de faillite ou consent à ce qu'il y sursoie, cette requête ou ce consentement est assimilé(e) à un retrait pur et simple de la requête de faillite (ATF 62 I 209, JdT 1937 II 61 ; ATF 64 I 194, rés. *in* JdT 1939 I 441-442 ; CPF 26 février 1998/105 ; Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 9 *ad* art. 167 LP ; Nordmann, *op. cit.*, n. 6 *ad* art. 167 SchKG [LP] ; Hunkeler, Kurz-kommentar SchKG, 2^e éd., n. 2 *ad* art. 167 LP ; Cometta, *in* Dallèves/Foëx/Jeandin (éd.), Commentaire romand, Poursuite et faillite, n. 3 *ad* art. 167 LP). Cela a pour conséquence que si le créancier se décide plus tard à faire prononcer la faillite, il devra formuler une nouvelle réquisition et attendre pour le faire qu'il se soit écoulé un mois depuis le retrait de la première (ATF 64 I 194, p. 199). Cette interprétation se justifie par le fait qu'en autorisant le juge à différer simplement la mise en faillite du débiteur, on court le risque de voir le créancier éluder la disposition de l'art. 167 LP et maintenir indéfiniment le débiteur sous la menace de la faillite, ce que la loi a précisément voulu éviter (ATF 64 I 194, p. 199 ; CPF 26 février 1998/105 ; Gilliéron, *loc. cit.*).

b) En l'espèce, le 25 avril 2017, l'intimée a requis la suspension de la procédure de faillite. Conformément aux principes rappelés ci-dessus, cette requête devait être assimilée à un retrait pur et simple de la réquisition de faillite. Le premier juge aurait donc dû non pas suspendre la procédure, mais simplement prendre acte du retrait et rayer la cause du rôle.

Cela étant, l'intimée a sollicité la reprise de la cause le 5 septembre 2017. Dans la mesure où, comme on l'a vu, le premier juge ne pouvait pas suspendre la procédure, il ne pouvait pas non plus la reprendre et prononcer immédiatement la faillite comme il l'a fait. Il est vrai que la demande de l'intimée a été formulée le 5 septembre 2017, soit plus d'un mois après le retrait. Elle pouvait donc être considérée comme

une nouvelle réquisition de faillite valable au regard des exigences posées par l'art. 167 LP. Dans ce cas, l'art. 168 LP imposait toutefois au premier juge de fixer une nouvelle audience, au cours de laquelle le recourant aurait pu être entendu au sujet notamment des faits susceptibles de conduire au rejet de la réquisition de faillite (art. 172 LP). Or, aucune audience n'a été fixée à la suite de la requête du 5 septembre 2017. L'avis aux parties d'une audience de faillite avant la tenue de celle-ci étant une condition formelle de la décision de faillite (cf. notamment TF 5A_466/2012 consid. 4.1.2), il s'ensuit que, même si l'on considère la demande de reprise de cause comme une nouvelle réquisition de faillite, le premier juge ne pouvait pas prononcer la faillite immédiatement.

Il serait toutefois inutile d'annuler le jugement attaqué et de renvoyer la cause au premier juge pour qu'il fixe une audience et rende une nouvelle décision, dès lors qu'il ne pourrait que rejeter la réquisition de faillite - à supposer que la créancière ne la retire pas -, la créance étant désormais entièrement acquittée (art. 172 ch. 3 LP).

III. En conclusion, le recours doit être admis et le jugement du 8 septembre 2017 réformé en ce sens que la faillite de Z. _____ Sàrl n'est pas prononcée.

Vu les circonstances de la cause, les frais judiciaires des première et deuxième instances, arrêtés respectivement à 200 fr. et à 300 fr., peuvent être laissés à la charge de l'Etat (art. 107 al. 2 CPC). L'avance de frais de deuxième instance de 300 fr. effectuée par la recourante lui sera par conséquent remboursée par la caisse du Tribunal cantonal.

Il n'y a pas lieu d'allouer à la recourante des dépens de première instance, puisqu'elle a procédé sans l'assistance d'un mandataire professionnel. En deuxième instance, en revanche, elle a été assistée d'un avocat et a donc droit à des dépens. Selon l'art. 106 al. 1 CPC, les dépens sont mis à la charge de la partie qui succombe. La règle reste valable si le défendeur ou l'intimé ne prend pas de conclusions

expresses en rejet des prétentions adverses (Tappy, *in* Bohnet *et alii* (éd.), Code de procédure civil commenté, n. 22 *ad* art. 106 CPC). Les dépens ne peuvent par ailleurs jamais être mis à la charge de l'Etat, sauf lorsqu'il revêt lui-même la qualité de partie (*ibidem*, nn. 34 et 35 *ad* art. 107 CPC). C'est donc à l'intimée qu'il incombe de verser à la recourante des dépens de deuxième instance arrêtés à 700 fr. (art. 8 TDC [tarif des dépens en matière civile ; RSV 270.11.6]).

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 admis.

II. Le jugement est réformé en ce sens que la faillite de Z._____Sàrl n'est pas prononcée.

Les frais judiciaires de première instance, arrêtés à 200 fr. (deux cents francs), sont laissés à la charge de l'Etat.

III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr. (trois cents francs), sont laissés à la charge de l'Etat.

L'avance de frais de 300 fr. (trois cents francs) versée par la recourante lui est remboursée par la caisse du Tribunal cantonal.

IV. L'intimée M._____SA doit verser à la recourante Z._____Sàrl la somme de 700 fr. (sept cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.

V. 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 Christian Favre, avocat (pour Z. _____ Sàrl),
- M. _____ SA,
- M. le Préposé à l'Office des poursuites du district de La Broye-Vully,
- 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 :

- M. le Conservateur du Registre foncier, Office de 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.

La greffière :