

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 4 février 2020

Composition : M. MAILLARD, président
M. Colombini et Mme Cherpillod, juges
Greffier : M. Elsig

Art. 29 al. 2 Cst. ; 174 al. 1 LP ; 136, 138 al. 1 et 3 let. a 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 **D._____ SÀRL**, à [...], contre le jugement rendu le 9 janvier 2020, à la suite de l'audience du même jour, par la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Lausanne, prononçant la faillite de la recourante à la réquisition de **FONDATION T._____**, à [...].

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. a) Le 3 octobre 2019, à la réquisition de Fondation T._____, l'Office des poursuites du district de Lausanne a notifié à D._____ Sàrl, dans la poursuite n° 9'322'160, un commandement de payer les sommes de 1) 7'568 francs 95, avec intérêt à 5 % l'an dès le 11 septembre 2019, de 2) 100 fr. sans intérêt, de 3) 50 fr. sans intérêt et de 4) 164 fr. sans intérêt, indiquant comme titre de la créance ou cause de l'obligation ;

« 1. No d'affiliation [...], Arriéré sur compte courant, calcul des cotisations du 01.07.2019, dû depuis le 11.09.2019.
2. Frais de poursuite
3. Frais de rappel
4. 5 % intérêts moratoires avant la poursuite ».

La poursuivie n'a pas formé opposition.

b) Le 30 octobre 2019, à la réquisition de la poursuivante, l'Office des poursuites du district de Lausanne a notifié à la poursuivie une commination de faillite dans la poursuite n° 9'322'160 susmentionnée.

2. Par acte du 28 novembre 2019, la poursuivante a requis du Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne qu'il la dispense de comparaître à l'audience de faillite et prononce la faillite de la poursuivie.

Par courrier recommandé du 29 novembre 2019, la présidente a adressé la requête à la poursuivie et l'a citée à comparaître à l'audience du 9 janvier 2020. Le pli contenant cette citation a été retourné par la poste au greffe du tribunal d'arrondissement avec la mention « *non réclamé* ». Il a été adressé à nouveau à la poursuivie en courrier A le 13 décembre 2019.

3. Par jugement rendu par défaut des parties le 9 janvier 2020, notifié à la faillie le lendemain, la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Lausanne, statuant en tant qu'autorité de première instance en matière sommaire de poursuites et faillites, a prononcé la faillite de D. _____ Sàrl avec effet à 11 h 36 (I), et a mis les frais judiciaires, fixés à 200 fr., à la charge de la faillie (II).

4. Par acte du 17 janvier 2020, la faillie a recouru contre ce jugement en concluant à la suspension de la faillite jusqu'au 31 mars 2020, pour le motif que son administrateur était en train de vendre un immeuble estimé à 1,25 millions de francs.

Par décision du 21 janvier 2020, le président de la cours de céans a admis la requête d'effet suspensif et a ordonné à titre de mesures conservatoires l'inventaire et l'audition de la faillie.

L'intimée n'a pas été invitée à se déterminer.

En droit :

I. En vertu de l'art. 174 al. 1, 1^{re} phrase, 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 du 19 décembre 2008 ; RS 272). Selon l'art. 321 al. 1 CPC, le recours s'exerce par le dépôt d'un acte écrit et motivé, introduit auprès de l'instance de recours.

En l'espèce, le jugement attaqué a été notifié à la faillie le 10 janvier 2020. L'acte du 17 janvier 2020 de la poursuivie a donc été déposé en temps utile. Motivé conformément à l'art. 321 al. 1 CPC, le recours est recevable.

II. a) A teneur de l'art. 138 al. 1 CPC, les citations, les ordonnances et les décisions doivent être notifiées par envoi recommandé ou d'une autre manière contre accusé de réception. Un acte est notamment réputé notifié en cas d'envoi recommandé, lorsque celui-ci n'a pas été retiré à l'expiration d'un délai de sept jours à compter de l'échec de la remise, si le destinataire devait s'attendre à recevoir la notification (art. 138 al. 3 let. a CPC). La fiction de notification valant en cas d'envoi recommandé ne s'applique toutefois pas à l'avis de l'audience de faillite (art. 168 LP ; ATF 138 III 225 consid. 3 ; TF 5A_466/2012 du 4 septembre 2012 consid. 4.1.1). En effet, comme le prévoit expressément l'art. 138 al. 3 let. a CPC, un acte judiciaire ne peut être réputé notifié que si son destinataire devait s'attendre à le recevoir. Un rapport procédural, qui impose aux parties de se comporter conformément aux règles de la bonne foi, soit, notamment, de se préoccuper de ce que les actes judiciaires concernant la procédure puissent leur être notifiés, ne prend toutefois naissance qu'à partir de la litispendance (ATF 138 III 225 précité consid. 3.1 ; ATF 130 III 396 consid. 1.2.3 et les références ; TF 5D_130/2011 du 22 septembre 2011 consid. 2.1, publié in Pra 2012 (42) 300 ; TF 5A_466/2012 précité consid. 4.1.1). Or, la procédure tendant au prononcé de la faillite est une nouvelle procédure par rapport aux étapes précédentes y menant. Elle ne fait automatiquement suite ni à la procédure préalable, ni à la commination de faillite (art. 159 ss LP). Ainsi, la procédure de faillite n'est pendante qu'à partir de la réquisition de faillite et le devoir des parties de se comporter selon la bonne foi ne naît qu'après la création du rapport de procédure en découlant (ATF 138 III 225 précité consid. 3.2 ; TF 5A_466/2012 précité consid. 4.1.1).

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. (Constitution fédérale du 18 avril 1999 ; RS 101), 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 précité 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).

Le fardeau de la preuve de la notification d'un acte et de la date de cette notification incombe à l'autorité qui entend en tirer une conséquence juridique et cette autorité supporte les conséquences de l'absence de preuve (Bohnet, in Bohnet et alii (éd.) Commentaire romand, Code de procédure civile, 2^e éd, n. 35 ad art. 138 CPC).

b) En l'espèce, la requête et la citation à comparaître à l'audience de faillite ont été envoyées à l'adresse « [...] / [...] », qui constitue le siège social de la recourante. L'envoi recommandé est cependant venu en retour à l'autorité de première instance avec la mention « non réclamé ». Le pli a été renvoyé en courrier A à la même adresse le 13 décembre 2019. Conformément à la jurisprudence précitée, la fiction de la notification à l'échéance du délai de garde postal ne s'applique pas. Il ne ressort par ailleurs pas du dossier que le pli non réclamé aurait été à nouveau notifié à sa destinataire d'une autre manière contre accusé de réception, par exemple par huissier. Le simple renvoi en courrier A n'est pas conforme aux exigences posées par l'art. 138 al. 1 CPC. Il n'est au demeurant pas établi que la recourante, qui ne s'est pas présentée à l'audience, l'a effectivement reçu. Il résulte de ce qui précède que la requête et l'avis d'audience de faillite n'ont pas été valablement notifiés à la recourante. Cette dernière n'a dès lors pas eu la possibilité de prendre connaissance de la requête, ni de se déterminer à son sujet avant que le jugement ne soit rendu, ce qui constitue une violation de son droit d'être entendue.

La recourante ne soulève pas expressément le grief de violation du droit d'être entendu et ne conclut pas à l'annulation du jugement pour ce motif. La cour de céans considère toutefois qu'elle est habilitée à constater d'office la violation des règles de procédure civile sur l'assignation, même si le grief n'a pas été expressément soulevé (CPF 22 mars 2018/38 ; CPF 10 avril 2014/145).

Au vu des principes rappelés ci-dessus, il convient de constater d'office que le droit d'être entendu de la recourante a été violé, d'annuler le jugement entrepris et de renvoyer la cause au premier juge afin qu'il statue à nouveau après avoir valablement notifié la requête de faillite à la recourante et cité celle-ci à comparaître à l'audience de faillite (CPF 12 avril 2019/91 ; CPF 22 mars 2018/38 ; CPF 9 juillet 2014/259).

III. En conclusion, le recours doit être admis et le jugement annulé pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Au regard de la nature procédurale du vice examiné et dans la mesure où la cour de céans n'a pas traité la cause au fond, ne préjugant ainsi pas de l'issue de la cause, il peut être procédé au renvoi sans ordonner préalablement un échange d'écritures (ATF 133 IV 293 consid. 3.4.2 ; TF 6B_744/2017 du 27 février 2018 consid. 2 et références).

Les frais judiciaires, arrêtés à 300 fr., sont laissés à la charge de l'Etat (art. 107 al. 2 CPC).

Il n'est pas alloué de dépens de deuxième instance, la recourante ayant agi sans l'assistance d'un mandataire professionnel.

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 annulé et la cause renvoyée à la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Lausanne afin qu'elle statue à nouveau après avoir dûment notifié la requête de faillite à D. _____ Sàrl et cité celle-ci à comparaître à l'audience de faillite.

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

- IV.** Il n'est pas alloué de dépens de deuxième instance.

V. 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 :

- D. _____ Sàrl,
- Fondation T. _____,
- 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 :

- [M. le Préposé au Registre du Commerce du canton de Vaud,](#)

[et communiqué à :](#)

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

Le greffier :