

## COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

---

---

Arrêt du 18 janvier 2016

---

Composition : Mme ROULEAU, présidente  
Mme Byrde et M. Maillard, juges  
Greffier : M. Elsig

\*\*\*\*\*

### **Art. 168, 174 al. 1 et 2 LP ; 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 **M. \_\_\_\_\_ SÀRL**, à [...], contre le jugement rendu le 25 août 2015, à la suite de l'audience du même jour, par la Présidente du Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois, prononçant la faillite de la recourante à la requête de **T. \_\_\_\_\_ SA**, à [...], et contre la décision rendue le 27 octobre 2015 par le même magistrat, à la suite de l'audience du même jour, refusant d'entrer en matière sur la requête de restitution de délai.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

**En fait :**

**1.** Le 20 janvier 2015, à la réquisition de T.\_\_\_\_\_ SA, l'Office des poursuites du district du Gros-de-Vaud a notifié à M.\_\_\_\_\_ Sàrl, dans la poursuite n° 7'259'364, un commandement de payer la somme de 2850 fr., plus intérêt à 5 % l'an dès le 23 septembre 2014, indiquant comme titre de la créance ou cause de l'obligation : « *Facture n° 131 de Fr. 2700 + Fr. 150 de frais de rappel, sommation et recherche d'adresse* ».

La poursuivie n'a pas formé opposition. Une commination de faillite lui a été notifiée dans la même poursuite le 27 avril 2015. La poursuivante a requis la faillite par acte du 20 juillet 2015.

**2.** Par courrier recommandé du 27 juillet 2015, la Présidente du Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois a adressé à M.\_\_\_\_\_ Sàrl une copie de la requête de faillite ainsi qu'une citation à comparaître à l'audience du 25 août 2015. L'envoi a été retourné au tribunal le 10 août 2015 avec la mention « *non réclamé* ». L'enveloppe figurant au dossier porte la mention manuscrite suivante : « *Renvoi en courrier « A » le 10.08.2015* ».

Statuant à la suite de l'audience du 25 août 2015, à laquelle les parties ont fait défaut, la Présidente du Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois a déclaré, par défaut des parties, la faillite de M.\_\_\_\_\_ Sàrl avec effet au mardi 25 août 2015 à 10h15 (I), ordonné la liquidation sommaire de cette faillite (II) et mis les frais, par 200 fr., à la charge de M.\_\_\_\_\_ Sàrl (III).

Ce jugement a été adressé pour notification aux parties le 26 août 2015 par courrier recommandé. L'envoi destiné à M.\_\_\_\_\_ Sàrl a

été retourné au tribunal le 8 septembre 2015 avec la mention « *non réclamé* ».

**3.** Par courrier posté le 4 septembre 2015 à l'attention du Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois, M. \_\_\_\_\_ Sàrl a « *présenter mes excuses pour le rendez-vous manqué du Mardi 25 juillet 2015* » et sollicité l'octroi d'un délai de dix jours pour pouvoir « *régler le créancier* ».

Par courrier du 7 septembre 2015, la présidente a informé M. \_\_\_\_\_ Sàrl que son envoi du 4 septembre 2015 serait interprété comme une demande de restitution de délai.

Par décision du même jour, la présidente a prononcé l'effet suspensif en ce sens que les effets de la procédure de faillite étaient suspendus jusqu'à droit connu sur la demande de restitution de délai.

Par courrier recommandé du 7 septembre 2015 toujours, la présidente a adressé aux parties une citation à comparaître à une audience fixée le 27 octobre 2015, un délai au 12 octobre 2015 étant imparti à M. \_\_\_\_\_ Sàrl pour effectuer une avance de frais de 400 francs. L'envoi destiné à M. \_\_\_\_\_ Sàrl a été retourné au Tribunal le 23 septembre 2015 avec la mention « *non réclamé* ».

Constatant que le versement de l'avance de frais n'avait pas été effectué dans le délai imparti, la présidente a, par courriers recommandé et A+ du 15 octobre 2015, fixé d'office à M. \_\_\_\_\_ Sàrl un nouveau délai au 20 octobre 2015 pour effectuer ce versement en précisant qu'à défaut de paiement, le tribunal n'entrerait pas en matière. L'envoi recommandé a été retourné au tribunal le 3 novembre 2015 avec la mention « *non réclamé* ». Il ressort du suivi des envois de la poste suisse que le courrier A+ a été distribué le 16 octobre 2015.

La présidente a tenu audience le 27 octobre 2015. Aucune partie ne s'est présentée.

Constatant que l'avance de frais requise n'avait pas été effectuée à l'échéance du délai supplémentaire imparti, la présidente a, par décision du 27 octobre 2015, refusé d'entrer en matière, la cause étant rayée du rôle sans frais. Elle a par ailleurs indiqué que compte tenu de l'effet suspensif accordé le 7 septembre 2015 dans le cadre de la procédure de restitution de délai, il y avait lieu de considérer que la faillite prenait effet le 27 octobre 2015 à 9 heures. Cette décision a été adressée le même jour sous pli recommandé à M. \_\_\_\_\_ Sàrl. L'envoi a été retourné au tribunal le 6 novembre 2015 avec la mention « *non réclamé* ».

Par lettre du 3 novembre 2015, Me François Gillard a indiqué avoir été consulté par M. \_\_\_\_\_ Sàrl. Il a par ailleurs sollicité l'envoi d'un bulletin de versement de manière à pouvoir payer au tribunal les 400 fr. d'avance de frais mentionnés dans la citation à comparaître datée du 7 septembre 2015.

La décision du 27 octobre 2015 a été à nouveau adressée à M. \_\_\_\_\_ Sàrl sous pli simple le 6 novembre 2015.

**4.** Par acte du 5 novembre 2015, M. \_\_\_\_\_ Sàrl, par son conseil, a recouru contre la décision rendue le 27 octobre 2015 ainsi que contre la décision du 25 août 2015 en concluant, principalement, à leur annulation, la requête de faillite ordinaire présentée par T. \_\_\_\_\_ SA étant rejetée et, subsidiairement, à l'octroi d'un sursis concordataire. Elle a par ailleurs produit un lot de pièces.

Par décision du 9 novembre 2015, la présidente de la cour de céans a admis la requête d'effet suspensif contenue dans le recours et ordonné des mesures conservatoires sous la forme d'un inventaire et de l'audition de la faillie.

Par acte du 30 novembre 2015, la recourante s'est déterminée sur l'extrait des registres de l'Office des poursuites du district du Gros-de-Vaud versé d'office au dossier.

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

### **En droit :**

**I.** Le recours tend, principalement, à l'annulation du jugement de faillite prononcé le 25 août 2015 d'une part et à l'annulation de la décision du 27 octobre 2015 par laquelle le premier juge a refusé d'entrer en matière sur la requête de restitution et confirmé que la faillite prenait effet le 27 octobre 2015 d'autre part.

Il convient de tout d'abord examiner le recours dirigé contre le jugement de faillite du 25 août 2015.

**II. a/aa)** En vertu de l'art. 174 al. 1 LP (loi sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889; 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). Le recours au sens des art. 319 ss CPC doit être introduit auprès de l'instance de recours par acte écrit et motivé (art. 321 al. 1 CPC), dans les dix jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 321 al. 2 CPC).

L'art. 136 let. a, b et c CPC prévoit que le tribunal notifie aux personnes concernées les citations, les ordonnances et les décisions ainsi que les actes de la partie adverse. Aux termes de l'art. 138 al. 1 CPC, qui règle la forme de la notification, les citations, les ordonnances et les décisions sont notifiées par envoi recommandé ou d'une autre manière

contre accusé de réception. Une notification judiciaire est réputée accomplie, en cas d'envoi recommandé, à l'expiration d'un délai de sept jours à compter de l'échec de la remise (pour le calcul, cf. Bohnet, Code de procédure civile commenté, n. 25 ad art. 138 CPC), lorsque le destinataire n'a pas retiré le pli dans le délai de garde postal, à condition toutefois qu'il ait dû s'attendre à recevoir la notification (art. 138 al. 3 let. a CPC).

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, op. cit., n. 35 ad art. 138 CPC).

**bb)** En l'espèce, le jugement de faillite du 25 août 2015 a été adressé à la recourante le lendemain sous pli recommandé. L'envoi est toutefois venu en retour au tribunal avec la mention « *non réclamé* ». Il s'agit donc de déterminer si la fiction de notification prévue par l'art. 138 al. 3 let. a CPC trouve application, ce qui supposerait que la recourante avait eu connaissance de l'ouverture de la procédure de faillite avant l'envoi du jugement.

A cet égard, il ressort du dossier que la recourante n'a pas retiré le pli du 28 juillet 2015 qui contenait la citation à comparaître à l'audience. Elle n'a donc pas pu prendre connaissance de l'ouverture de la procédure de faillite par ce biais. Si on se fie aux indications manuscrites figurant sur l'enveloppe versée au dossier, il semble que cette citation lui a toutefois été réacheminée sous pli simple le 10 août 2015. Le courrier adressé au premier juge le 4 septembre 2015 démontre sans doute que ce deuxième envoi lui est bien parvenu : on ne voit en effet pas quelle autre hypothèse aurait pu conduire la recourante à présenter ses excuses pour ne pas s'être rendue à l'audience. Le courrier du 4 septembre 2015 est toutefois postérieur au jugement de faillite. Il ne permet donc pas de conclure avec certitude que l'envoi sous pli simple de la citation à comparaître à l'audience de faillite est bien parvenu à la recourante avant la notification du jugement. On ne peut dès lors pas retenir que la recourante connaissait l'existence de la procédure de faillite avant l'envoi

du jugement entrepris ni, par conséquent, qu'elle devait s'attendre à recevoir une notification. La fiction de notification prévue à l'art. 138 al. 3 let. a CPC n'est dès lors pas applicable.

Aucun des éléments figurant au dossier ne permet en outre de conclure de manière certaine que la recourante aurait eu connaissance du jugement de faillite prononcé le 25 août 2015 plus de dix jours avant le dépôt de son acte de recours du 5 novembre 2015.

Le recours dirigé contre ce jugement est donc recevable.

**b/aa)** En vertu de l'art. 174 al. 1 2ème 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 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 (TF 5A\_571/2010 du 2 février 2011 consid. 2, SJ 2011 I p. 149; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9<sup>e</sup> éd., 2013, p. 339), pour autant qu'ils le soient dans le délai de recours (TF 5A\_899/2014 du 15 janvier 2015 consid. 3.1 ; ATF 139 III 491 c. 4.4; TF 5A\_427/2013 du 14 août 2013 consid. 5.2.1.2; Eugen Fritschi, Verfahrensfragen bei der Konkurseröffnung, Zurich 2010, p. 293). Selon la jurisprudence, les vrais nova - à savoir les faits qui sont intervenus après l'ouverture de la faillite en première instance (art. 174 al. 2 ch. 1-3 LP) - doivent également être invoqués avant l'expiration du délai de recours (TF 5A\_899/2014 du 15 janvier 2015 consid. 3.1 ; ATF 139 III 491 consid. 4; ATF 136 III 294 consid. 3; TF 5A\_606/2014 du 19 novembre 2014 consid. 4.2 et les références). L'admission des vrais nova - soumise à une double condition très stricte (cf. Stoffel/Chabloz, Voies d'exécution, 2<sup>e</sup> 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 (cf. TF 5A\_899/2014 précité consid. 3.1 et 5A\_711/2012 précité

consid. 5.2; Giroud, Basler Kommentar, SchKG II, 2<sup>e</sup> éd., 2010, n° 20 ad art. 174 LP; cf. ég. s'agissant de l'art. 174 al. 2 LP dans sa teneur antérieure au 1<sup>er</sup> janvier 2011: TF 5A\_728/2007 précité consid. 3.1 et 3.2).

**bb)** En l'espèce, les pièces produites à l'appui du recours se réfèrent soit à des faits notoires (extrait du registre du commerce), soit à des éléments figurant déjà au dossier de première instance, soit à des faits postérieurs destinés à démontrer le paiement de la dette à l'origine de la faillite et la solvabilité de la recourante. Elles sont donc recevables.

**III.** La cour de céans 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, 9 juillet 2014/259; CPF, 10 avril 2014/145). Il convient par conséquent de tout d'abord examiner si la recourante a été valablement citée à l'audience de faillite.

**a)** 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) (Halder, Code de procédure civile commenté, nn. 1 à 5 ad art. 53 CPC; Böhner, op. cit., n. 2 ad art. 253 CPC; Chevalier, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, n. 1 ad art. 253 CPC).

Comme déjà rappelé ci-dessus, l'art. 136 let. a, b et c CPC prévoit que le tribunal notifie aux personnes concernées les citations, les ordonnances et les décisions ainsi que les actes de la partie adverse. Aux termes de l'art. 138 al. 1 CPC, qui règle la forme de la notification, les citations, les ordonnances et les décisions sont notifiées par envoi recommandé ou d'une autre manière contre accusé de réception. Selon l'art. 138 al. 3 let. a CPC, un acte du tribunal est 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. Statuant sur cette question en matière de faillite, le Tribunal fédéral a rappelé que la fiction de notification valant en cas d'envoi recommandé ne s'applique pas à l'avis de l'audience de faillite. 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. 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 (TF 5A\_466/2012 du 4 septembre 2012 consid. 4.1.1 et les références citées). Le Tribunal fédéral a par ailleurs indiqué que 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 (ibid., consid. 4.1.2; cf. aussi CPF, 9 juillet 2014/259 et CPF, 21 octobre 2014/358 ; CPF, 26 novembre 2014/395).

**b)** En l'espèce, le pli recommandé contenant la requête et l'avis de l'audience de faillite est revenu au greffe du tribunal avec la

mention « *non réclamé* ». Conformément à la jurisprudence susmentionnée, la fiction de la notification à l'échéance du délai de garde postal ne s'applique pas dans ces circonstances. Il ne ressort par ailleurs pas du dossier que ce pli aurait été à nouveau notifié à son destinataire d'une autre manière contre accusé de réception, par exemple par huissier. L'enveloppe qui figure au dossier porte bien une mention manuscrite selon laquelle le pli aurait été renvoyé à la recourante par courrier A le 10 août 2015. Comme on l'a vu ci-dessus, on ignore toutefois si cet envoi est bien parvenu à son destinataire au moins trois jours avant la date de l'audience. Il s'ensuit que la requête et l'avis d'audience de faillite n'ont pas été valablement notifiés à la recourante. Elle n'a de ce fait pas eu la possibilité de prendre connaissance de la requête ni de se déterminer à son sujet en faisant valoir ses moyens et en produisant toutes pièces utiles. Son droit d'être entendu a ainsi été violé. Le jugement rendu le 25 août 2015 doit dès lors être annulé.

Il découle de ce qui précède que la décision rendue par le premier juge le 27 octobre 2015, refusant d'entrer en matière sur la demande de restitution de délai et confirmant que la faillite prenait effet le même jour à 9h00 ne peut être maintenue. Elle doit par conséquent être annulée d'office.

**III.** En définitive, le recours doit être admis, le jugement rendu le 25 août 2015 ainsi que la décision rendue le 27 octobre 2015 annulés et la cause renvoyée 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.

Les frais judiciaires qui ne sont pas imputables aux parties peuvent être mis à la charge du canton si l'équité l'exige (art. 107 al. 2 CPC). Tel est le cas en l'espèce. Les frais de deuxième instance, arrêtés à 300 fr., pourront ainsi être laissés à la charge de l'Etat, l'avance de frais de ce montant effectuée par la recourante lui étant restituée.

La recourante obtient gain de cause 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, Code de procédure civile 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 (Tappy, op. cit., n. 34 ad art. 107 CPC). L'intimée devra donc verser à la recourante des dépens arrêtés à 700 francs.

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 du 25 août 2015 et la décision du 27 octobre 2015 sont annulés, la cause étant renvoyée à la Présidente du Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois afin qu'elle statue à nouveau sur la requête de faillite après avoir valablement notifié la requête à M. \_\_\_\_\_ 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.** L'avance de frais, par 300 fr. (trois cents francs) effectuée par la recourante, lui est restituée.
- V.** L'intimée T. \_\_\_\_\_ SA doit verser à la recourante M. \_\_\_\_\_ Sàrl la somme de 700 fr. (sept cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.

**VI.** L'arrêt est exécutoire.

La présidente :

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 François Gillard, avocat, (pour M. \_\_\_\_\_ Sàrl),
- T. \_\_\_\_\_ SA,
- M. le Préposé à l'Office des poursuites du district du Gros-de-Vaud,
- M. le Préposé 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 d'Yverdon-les-Bains,
- M. le Préposé au Registre du Commerce du canton de Vaud,

et communiqué à :

- Mme la Présidente du Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois.

Le greffier :