

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 27 novembre 2018

Composition : Mme BYRDE, présidente
M. Colombini et Mme Rouleau, juges
Greffier : M. Elsig

Art. 83 al. 2, 166 al. 2, 174 al. 1 LP ; 239 al. 1 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 **FONDATION G.**_____, à [...], contre la décision rendue le 3 août 2017 par le Président du Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois, déclarant irrecevable la requête de faillite déposée par la recourante contre **T.**_____ **SA**, à [...].

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. **a)** Par acte daté du 12 juillet 2018, mais remis à la poste le 11 juillet 2018, la Fondation G._____ a requis du Président du Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois qu'il prononce la faillite de la société T._____ SA. A l'appui de sa requête elle a produit les pièces suivantes :

- l'original d'un commandement de payer frappé d'opposition totale, notifié le 4 janvier 2017 à la réquisition de la Fondation G._____ à T._____ SA dans la poursuite n° 8'126'205 de l'Office des poursuites du district du Jura-Nord vaudois, portant sur les sommes de 1) 50 fr. sans intérêt, de 2) 50 fr. sans intérêt, de 3) 1'375 francs avec intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} avril 2016, de 4) 50 fr. sans intérêt, de 5) 1'925 fr. avec intérêt à 5 % l'an dès le 5 octobre 2016 et de 6) 61 fr. 85 sans intérêt, et indiquant comme titre de la créance ou cause de l'obligation :

« 1. Frais de rappel Facture définitive 2014 - 01.12.2015
2. Frais de rappel 4^{ème} trimestre 2015 - 08.02.2016
3. Cotisations 1^{er} trimestre 2016 - 27.02.2016
4. Frais de rappel 2^{ème} trimestre 2016 - 10.08.2016
5. Cotisations 3^{ème} trimestre 2016 - 29.08.2016
6. Intérêts moratoires selon relevé. »

- l'original d'une commination de faillite notifiée le 9 mai 2018 à T._____ SA dans le cadre de la poursuite n° 8'126'205 susmentionnée.

b) Par courrier du 19 juillet 2018, le greffe du tribunal a avisé la requérante que le commandement de payer apparaissait périmé et lui a imparti un délai au 2 août 2018 pour produire des pièces (relatives à une éventuelle procédure de mainlevée) démontrant que tel n'était pas le cas ou pour retirer sa requête.

Le 23 juillet 2018, la requérante a produit les pièces suivantes :

- une copie d'une réquisition de continuer la poursuite n° 8'126'205 adressée le 20 décembre 2017 par la requérante à l'Office des poursuites du district du Jura-Nord vaudois ;

- une copie certifiée conforme d'un prononcé non motivé rendu le 5 octobre 2017 par le Juge de paix des districts du Jura-Nord vaudois et du Gros-de-Vaud, notifié à la requérante le 6 octobre 2017, prononçant la mainlevée provisoire de l'opposition formée à la poursuite n° 8'126'205 susmentionnée (I), fixant les frais judiciaires à 150 francs (II), les mettant à la charge de la poursuivie (III) et disant que celle-ci rembourserait à la poursuivante son avance de frais, par 150 fr., sans allocation de dépens pour le surplus (IV). Le 14 décembre 2017, le greffe de la justice de paix des districts du Jura-Nord vaudois et du Gros-de-Vaud a attesté que ce prononcé était définitif et exécutoire, n'ayant fait l'objet d'aucune demande de motivation ou action en libération de dette.

2. Par décision du 3 août 2018, notifiée à la requérante le 7 août 2018, le Président du Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois a déclaré la requête de faillite du 11 juillet 2018 irrecevable. En substance, le premier juge a considéré que le commandement de payer n° 8'126'205 était périmé.

3. a) Par acte du 16 août 2018, la Fondation G. _____ a recouru contre cette décision en concluant à son abrogation, à ce que la faillite de l'intimée soit prononcée et à ce que les frais et dommages-intérêts soient facturés à l'intimée. Elle a produit les pièces suivantes :

- une copie d'une réquisition de poursuite adressée le 21 décembre 2016 par la recourante à l'Office des poursuites du district du Jura-Nord vaudois portant sur les montants objets de la poursuite n° 8'126'205 ;

- une copie du commandement de payer dans la poursuite n° 8'126'205 déjà produit en première instance ;

- une copie de la requête adressée le 26 juillet 2017 par la recourante au Juge de paix des districts du Jura-Nord vaudois et du Gros-de-Vaud tendant à la mainlevée provisoire de l'opposition à la poursuite n° 8'126'205 ;

- une copie de la citation à comparaître à l'audience du 27 septembre 2017 adressée le 11 août 2017 par le Juge de paix des districts du Jura-Nord vaudois et du Gros-de-Vaud dans le cadre de la requête de mainlevée du 26 juillet 2017 ;

- une copie du prononcé du 5 octobre 2017 déjà produit en première instance ;

- une copie d'un courrier de la recourante à la Justice de paix des districts du Jura-Nord vaudois et du Gros-de-Vaud du 15 novembre 2017 lui demandant de confirmer que la décision du 5 octobre 2017 n'avait pas fait l'objet d'un recours ;

- une copie de la réquisition de faillite du 20 décembre 2017 déjà produite en première instance ;

- une copie de la commination de faillite déjà produite en première instance ;

- une copie de la réquisition de faillite du 12 juillet 2018.

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

En droit :

I. a) Interjeté dans le délai de dix jours de l'art. 174 al. 1 LP (loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite ; RS 281.1) et motivé conformément à l'art. 321 al. 1 CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2018 ; RS 272), le recours est recevable.

b) L'art. 326 al. 2 CPC réservant les dispositions légales contraires, l'interdiction des faits et preuves nouveaux dans le cadre d'un recours des art. 319 ss CPC ne s'applique pas dans le cadre d'un recours contre la décision du juge de la faillite, où une dérogation résulte de l'art. 174 LP (TF 5A_230/2011 du 12 mai 2011 consid. 3.2.1, Revue suisse de procédure civile [RSPC] 2011 p. 428 note Mabillard). Selon l'art. 174 al. 1 LP, toute partie peut invoquer, dans le délai de recours de dix jours, des faits nouveaux improprement dits (faux nova ou pseudo nova), c'est-à-dire des faits qui existaient déjà au moment de l'ouverture de la faillite, mais dont le premier juge n'a pas eu connaissance. Quant aux vrais nova, c'est-à-dire des faits qui n'existaient pas encore au moment de l'ouverture de la faillite, seul le débiteur poursuivi peut les invoquer, dans le délai de recours de dix jours, afin d'éviter l'ouverture de la faillite. Le droit d'être entendu confère cependant au créancier la possibilité de produire des nova propres à réfuter ceux — vrais ou faux — invoqués par le débiteur recourant (TF 5A_899/2014 du 5 janvier 2015 consid. 3.1 et 3.2, SJ 2015 I 437). Dès lors que l'art. 174 LP vise de manière générale la décision du juge de la faillite (cf. Giroud, in Staehelin/Bauer/Staehelin (éd.) Basler Kommentar SchKG II, 2^e éd, n. 10 ad art. 174 LP), notamment celle d'irrecevabilité ou de rejet de la requête de faillite (Cometta, in Dallèves/Foëx/Jeandin (éd.) Commentaire romand, Poursuite et faillite, n. 1 ad art. 174 LP; Talbot, in Kren-Kostkiewicz/Vock (éd.), Schulthess Kommentar SchKG, 4^e éd., n. 1 ad art. 174 LP), cette disposition s'applique au recours contre la décision d'irrecevabilité de la requête de faillite, faute de respect du délai de l'art. 166 al. 2 LP, qui relève de la compétence du juge de la faillite (ATF 106 III 51 consid. 2; Nordmann, in Basler Kommentar, op. cit., n. 13 ad art. 166 LP).

En l'espèce, les pièces produites en recours, antérieures au prononcé, sont dès lors recevables.

II. Le premier juge a déclaré irrecevable la requête au motif qu'elle avait été déposée après l'échéance du délai de l'art. 166 al. 2 LP.

a)aa) Selon l'art. 166 al. 2 LP, le droit de requérir la faillite se périmente par quinze mois, à compter de la notification du commandement de payer. Si opposition a été formée, ce délai ne court pas entre l'introduction de la procédure judiciaire et le jugement définitif.

Il appartient au juge de la faillite de déterminer d'office si le délai de l'art. 166 al. 2 LP a été respecté (ATF 106 III 51 consid. 2). Dès lors qu'il s'agit d'un délai péremptoire, une requête tardive doit être déclarée irrecevable (Talbot, op. cit., n. 10 ad art. 166 LP; contra, Nordmann, op. cit., n. 13 ad art. 166 LP, pour qui la requête devrait être rejetée).

L'art. 166 al. 2 LP doit prévenir un allongement démesuré de la durée des poursuites par la déchéance dont il frappe le créancier qui se désintéresse de la procédure d'exécution. La péremption de la poursuite est la sanction de l'inaction du créancier, raison pour laquelle le délai est suspendu tant que dure l'instance judiciaire tendant à faire lever l'opposition au débiteur. Le délai ne recommence donc à courir au préjudice du créancier que si, après avoir obtenu une décision exécutoire, il n'en fait pas usage pour requérir la continuation de la poursuite. Or, le créancier ne peut obtenir une saisie ou une commination de faillite qu'en justifiant par titre de la levée de l'opposition. Partant, le délai de suspension reste suspendu tant que le créancier n'a pas la faculté d'obtenir une déclaration authentique établissant le caractère définitif et exécutoire du jugement levant l'opposition (ATF 106 III 51 consid. 2).

bb) En matière de mainlevée définitive d'opposition, pour qu'une décision de première instance n'entre pas en force dès sa

notification, il faut que la procédure prévoie un recours ayant, de par la loi, un effet suspensif. Dans cette hypothèse, la suspension du délai de péremption est prolongée jusqu'à l'échéance du délai de recours et, en cas de recours, jusqu'à ce que le créancier soit en mesure d'obtenir du tribunal l'attestation d'entrée en force du jugement rendu. Lorsque le recours n'a pas d'effet suspensif ex lege et qu'aucun recours n'est déposé, l'attestation d'entrée en force est donnée par la loi elle-même (ATF 126 III 479 consid. 2a ad art. 88 LP, dont la teneur est semblable à l'art. 166 LP; Schmidt, in Commentaire romand, op. cit., n. 7 ad art. 88 LP).

Le recours en matière de mainlevée est désormais soumis aux règles des art. 319ss CPC (art. 309 let. b ch. 3 CPC). Un tel recours n'a pas effet suspensif ex lege, de sorte que la décision de mainlevée est immédiatement exécutoire, dans la mesure où l'autorité supérieure n'accorde pas l'effet suspensif (art. 325 CPC; TF 5A_78/2017 du 18 mai 2017, qui souligne que le caractère exécutoire du prononcé de mainlevée, sauf décision d'effet suspensif de l'autorité supérieure, découlant de la loi, il n'est pas nécessaire d'obtenir une attestation du caractère exécutoire). La remise d'un dispositif écrit vaut communication; celle-ci n'est pas reportée à la remise d'une expédition motivée. Cela étant, la décision dont seul le dispositif a été communiqué aux parties ne peut pas être exécutée avant sa notification en expédition complète, sous réserve d'éventuelles sûretés qui pourraient être requises pour en assurer l'exécution future. Ainsi, la décision n'acquiert force de chose jugée et ne devient exécutoire qu'une fois une expédition complète notifiée aux parties (cf. art. 112 al. 2, 3e phrase, LTF par analogie; ATF 141 I 97 consid. 7.1 et les arrêts cités), ce qui vaut également si un éventuel recours serait assorti ou non de l'effet suspensif (ATF 142 III 695 c. 4.2; TF 5A_670/2016 du 13 février 2017 consid. 3.3). On doit en déduire, toujours par analogie avec l'art. 112 al. 2 3e phrase LTF auquel se réfère le Tribunal fédéral dans l'ATF 142 III 695 précité (cette disposition prévoit que la décision ne peut pas être exécutée avant que le délai pour demander la motivation complète soit échu sans avoir été utilisé ou que l'expédition complète soit notifiée) que, lorsqu'aucune motivation n'est requise, le dispositif n'acquiert force de chose jugée et ne devient exécutoire qu'à l'échéance du délai pour

requérir la motivation (Kriech, in Brunner/Gasser/Schwander (éd.). ZPO Kommentar, n. 8 ad art. 239 CPC; contra Staehelin, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozess-ordnung, 3^e éd., n. 35 ad art. 239 CPC). Ainsi, la fin de la suspension du délai péremptoire de l'art. 166 al. 2 LP intervient à l'échéance du délai pour requérir la motivation, lorsqu'un dispositif de mainlevée définitive a été notifié, mais que la motivation n'en a pas été requise.

cc) En matière de mainlevée provisoire, l'art. 83 al. 2 LP dispose que le débiteur peut, dans les vingt jours à compter de la mainlevée intenter au for de la poursuite une action en libération de dette. L'action en libération de dette suspend le délai de l'art. 166 al. 2 LP (Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 56 ad art. 88 LP ; Vock/Aeppli-Wirz, in Schulthess Kommentar, op. cit., n. 9 ad art. 88 LP). Il serait contraire au but de cette suspension de faire courir le délai de péremption entre l'échéance du délai de dix jours pour requérir la motivation du prononcé et celle de vingt jours pour ouvrir action en libération de dette, la procédure judiciaire n'étant pas interrompue durant cette période. Aussi, convient-il de considérer qu'à la différence du cas de mainlevée définitive (cf. supra consid. IIa)bb)), le délai péremptoire de l'art. 166 al. 2 LP ne recommence à courir qu'à l'échéance du délai pour ouvrir action en libération de dette, lorsqu'un dispositif de mainlevée provisoire a été notifié, mais que la motivation n'en a pas été requise.

b) En l'espèce, le commandement de payer a été notifié le 4 janvier 2017. La requête de mainlevée a été déposée le 26 juillet 2017. Le dispositif du prononcé de mainlevée provisoire a été notifié à la recourante le 6 octobre 2017 et à une date indéterminée à l'intimée. Le 15 novembre 2017, la recourante a requis confirmation de ce que le dispositif n'avait pas fait l'objet d'un recours. Le 14 décembre 2017, le juge de paix a attesté du fait que la décision n'avait fait l'objet d'aucun appel et d'aucune action en libération de dette. La faillite a été requise le 12 juillet 2018.

Le délai de quinze mois échéait le 4 avril 2018. Contrairement à ce que plaide la recourante, ce délai n'a pas été suspendu pendant cent quarante-deux jours entre le 26 juillet et le 15 décembre 2017. En effet, ce n'est pas la date où le poursuivant reçoit effectivement confirmation du fait que le prononcé de mainlevée est exécutoire qui fixe la fin de la suspension du délai péremptoire de l'art. 166 al. 2 LP. Une telle solution permettrait au poursuivant d'allonger à sa guise le délai péremptoire, respectivement dépendrait du temps mis par l'autorité pour envoyer son attestation. La date déterminante est le moment à partir duquel le poursuivant peut obtenir une attestation du caractère exécutoire, respectivement, en l'absence de recours et de requête de motivation du prononcé de mainlevée provisoire ou d'ouverture d'une action en libération de dette comme en l'espèce, depuis l'échéance du délai pour ouvrir action en libération de dette. Faute d'indication sur la date de notification du prononcé de mainlevée provisoire à l'intimée, il y a lieu de considérer que celle-ci est intervenue à l'échéance du délai de garde postal, soit le 13 octobre 2017. Le délai pour requérir la motivation échéait le 23 octobre 2017 et celui pour ouvrir action en libération de dette le dimanche 12 novembre 2017, reporté au lundi 13 novembre 2018 en application de l'art. 142 al. 3 CPC, applicable par renvoi de l'art. 31 LP (le point de départ du délai étant la notification du prononcé, ATF 143 III 38).

Le délai de l'art. 166 al. 2 LP a donc été suspendu pendant cent onze jours entre le 26 juillet et le 13 novembre 2017 et l'échéance de ce délai au 4 avril 2018 a été reportée au 24 juillet 2018 (26 jours en avril, 31 jours en mai, 30 jours en juin et 24 jours en juillet 2018), de sorte que la requête de faillite du 12 juillet 2018 a été déposée en temps utile.

III. En conclusion, le recours doit être admis et la requête de faillite déclarée recevable, la cause étant renvoyée au premier juge pour instruire et juger celle-ci.

Vu l'issue du recours, les frais judiciaires, arrêtés à 300 fr. doivent être mis à la charge de l'intimée (art. 106 al. 1 CPC), qui remboursera à la recourante l'avance de frais que celle-ci a effectuée.

Il n'y a pas lieu d'allouer 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.** La requête de faillite déposée le 12 juillet 2018 est recevable, la cause étant renvoyée au Président du Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois pour instruction et jugement de cette requête.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr. (trois cents francs), sont mis à la charge de l'intimée.
- IV.** L'intimée T. _____ SA doit verser à la recourante Fondation G. _____ la somme de 300 fr. (trois cents francs) à titre de restitution d'avance de frais de deuxième instance.
- V.** 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 :

- Fondation G. _____,
- T. _____ SA,

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

Le greffier :