

# **BGer 5A\_701/2023 vom 2. November 2023**

Bundesgericht, 2023-11-02, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_701\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_701_2023)

FR: TF 5A\_701/2023 du 2 novembre 2023

IT: TF 5A\_701/2023 del 2 novembre 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le recours a été déposé dans le délai légal (art. 46 al. 1 let. b et 100 al. 1 LTF) contre une décision finale ( art. 90 LTF ; ATF 133 III 687 consid. 1.2) rendue en matière de faillite ( art. 72 al. 2 let. a LTF ) par une autorité cantonale de dernière instance ayant statué sur recours ( art. 75 al. 1 et 2 LTF ). Il est recevable sans égard à la valeur litigieuse ( art. 74 al. 2 let . d LTF). La société faillie, qui a participé à la procédure devant l'autorité cantonale et a un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de l'arrêt attaqué, a qualité pour recourir ( art. 76 al. 1 LTF ).

### **E. 2.1**

Le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 s. LTF. Le Tribunal fédéral applique le droit d'office ( art. 106 al. 1 LTF ). Cela étant, eu égard à l'exigence de motivation contenue à l' art. 42 al. 1 et 2 LTF , il n'examine en principe que les griefs soulevés; il n'est pas tenu de traiter, à l'instar d'une autorité de première instance, toutes les questions juridiques qui pourraient se poser, lorsque celles-ci ne sont plus discutées devant lui ( ATF 142 III 364 consid. 2.4 et les références). Le recourant doit par conséquent discuter les motifs de la décision entreprise et indiquer précisément en quoi il estime que l'autorité précédente a méconnu le droit ( ATF 146 IV 297 consid. 1.2; 142 III 364 consid. 2.4 et la référence; 142 I 99 consid. 1.7.1). Il doit exister un lien entre la motivation du recours et la décision attaquée. Le recourant doit se déterminer par rapport aux considérants de l'arrêt querellé; il ne peut se contenter de reprendre presque mot pour mot l'argumentation formée devant l'autorité cantonale ( ATF 145 V 161 consid. 5.2; 142 I 99 consid. 1.7.1; 134 II 244 consid. 2.1 et 2.3). Le Tribunal fédéral ne connaît par ailleurs de la violation de droits fondamentaux que si un tel grief a été expressément invoqué et motivé de façon claire et détaillée par le recourant (" principe d'allégation ", art. 106 al. 2 LTF ; ATF 146 IV 114 consid. 2.1; 144 II 313 consid. 5.1).

### **E. 2.2**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Il ne peut s'en écarter que si ces faits ont été établis de façon manifestement inexacte - ce qui correspond à la notion d'arbitraire au sens de l' art. 9 Cst. ( ATF 147 I 73 consid. 2.2; 144 II 246 consid. 6.7; 143 I 310 consid. 2.2 et la référence) - ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF ( art. 105 al. 2 LTF ). Conformément au principe d'allégation évoqué ci-dessus (cf. supra consid. 2.1), le recourant qui entend contester les faits retenus par l'autorité précédente doit expliquer clairement et de manière circonstanciée en quoi ces conditions seraient réalisées ( ATF 140 III 16 consid. 1.3.1 et les références). Les critiques de nature appellatoire sont irrecevables ( ATF 147 IV 73 consid. 4.1.2 et les références).

### **E. 2.3.1**

Contrairement à ce que prévoit l' art. 174 al. 1 LP pour la procédure de recours cantonale, aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté devant le Tribunal fédéral, à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente ( art. 99 al. 1 LTF ; parmi plusieurs: arrêt 5A\_891/2021 du 28 janvier 2022 consid. 2.3.1 et les arrêts cités). Cette exception, dont il appartient aux parties de démontrer que les conditions sont remplies ( ATF 143 V 19 consid. 1.2 et la référence; arrêt 5A\_222/2018 du 28 novembre 2019 consid. 2.3 non publié in ATF 146 III 136 ), vise les faits qui sont rendus pertinents pour la première fois par la décision attaquée, par exemple concernant le déroulement de la procédure devant l'instance précédente afin d'en contester la régularité, ou des faits postérieurs à l'arrêt attaqué permettant d'établir la recevabilité du recours ou encore qui sont propres à contrer une argumentation de l'autorité précédente objectivement imprévisible pour les parties avant la réception de la décision (arrêts 5A\_891/2021 précité loc. cit.; 5A\_904/2015 du 29 septembre 2016 consid. 2.3, non publié in ATF 142 III 617 , et les références). En dehors de ces cas, les nova ne sont pas admissibles, qu'il s'agisse de faits ou moyens de preuve survenus postérieurement à la décision attaquée ( ATF 144 V 35 consid. 5.2.4; 143 V 19 consid. 1.2 et les références), ou d'éléments que les parties ont négligé de présenter aux autorités cantonales ( ATF 143 V 19 consid. 1.2; 136 III 123 consid. 4.4.3).

### **E. 2.3.2**

En l'espèce, les développements que la recourante consacre à la " procédure de faillite dans la République et Canton du Jura " ainsi qu'à l'échange de courriers des 25 avril et 9 mai 2023 entre le tribunal de première instance et l'intimée seront ignorés. En effet, quand bien même devrait-on admettre que le principe de l'épuisement des griefs serait respecté ( art. 75 al. 1 LTF ; ( ATF 146 III 203 consid. 3.3.4; 145 III 42 consid. 2.2.2; 143 III 290 consid. 1.1), ce qui apparaît hautement douteux, la recourante fonde son argumentation sur des faits nouveaux ( art. 99 al. 1 LTF ) qui ne ressortent pas du jugement entrepris, sans qu'elle se plaigne à cet égard - d'une façon motivée conformément aux exigences susrappelées (cf. supra consid. 2.2) - d'arbitraire dans la constatation des faits et l'appréciation des preuves ( art. 9 Cst. ).

Le principe de l'épuisement des griefs n'est en revanche à l'évidence pas respecté lorsque la recourante se plaint de ce que la juge civile n'a dit mot dans sa décision sur le point de savoir si elle avait été valablement citée à son audience du 6 juin 2023 puisqu'elle s'était contentée de constater que " la partie requise n'a pas comparu à l'audience ". Contrairement à ce que la recourante soutient, elle aurait pu et dû soulever son grief y relatif devant l'autorité précédente, de sorte qu'elle est forclosée à le faire à ce stade.

### **E. 3.1**

Le président a constaté que la recourante avait établi avoir, dans le délai de recours, intégralement payé sa dette envers l'intimée faisant l'objet de la poursuite en cause ainsi que les frais judiciaires de première instance, de sorte que la première condition cumulative de l' art. 174 al. 2 LP était réalisée. En revanche, la recourante n'avait produit aucun document propre à établir sa solvabilité, alors que la juge civile l'avait, dans la décision attaquée, dûment rendue attentive à cette incombance. La recourante n'avait ainsi produit aucun justificatif permettant d'apprécier sa situation financière actuelle et future. Elle n'avait en particulier pas produit l'extrait du registre des poursuites la concernant. Elle n'avait ainsi nullement rendu vraisemblable sa solvabilité, ni même allégué celle-ci, de sorte que l'une des conditions cumulatives de l' art. 174 al. 2 LP faisait manifestement défaut.

Le président a, pour le surplus, constaté que la recourante avait été régulièrement citée à comparaître à l'audience du 6 juin 2023. En effet, la recourante se savait partie à la procédure de faillite ayant conduit au prononcé de la décision attaquée, et ce, dès la notification (dont la régularité n'était pas contestée) de la première citation à comparaître du 30 mars 2023 pour la première audience du 24 avril 2023. Il ressortait par ailleurs du dossier que la recourante avait été informée, à cette date, qu'un solde restait dû à l'intimée et qu'une nouvelle audience allait être fixée. Il s'ensuivait que la recourante, en tant que partie à cette procédure pendante, avait le devoir de veiller à ce que la nouvelle citation puisse lui être notifiée. La fiction de la notification, à l'échéance du délai de sept jours, de la citation du 11 mai 2023 pour l'audience du 6 juin 2023, était ainsi pleinement opérante en l'espèce, toutes les conditions y relatives étant manifestement réunies. Il apparaissait ainsi que la recourante avait été régulièrement et valablement citée à ladite audience, le respect des exigences de l' art. 168 LP n'étant, pour le surplus, pas contesté.

Au vu de ce qui précède, le président a considéré que le recours était manifestement mal fondé et devait être rejeté, la recourante étant, à toutes fins utiles, rendue attentive à la possibilité d'obtenir la révocation de la faillite aux conditions de l' art. 195 LP .

### **E. 3.2**

La recourante se plaint pêle-mêle d'une violation de l' art. 138 CPC , de son droit d'être entendue ( art. 29 al. 2 Cst. ), de son droit à un procès équitable ( art. 29 al. 1 Cst. ), du principe de la bonne foi ( art. 5 al. 3 et 9 Cst. ) ainsi que de l'interdiction du formalisme excessif ( art. 29 al. 1 Cst. ).

Elle est d'avis que la fiction de notification à l'échéance du délai de garde postal ne s'applique pas à la deuxième citation à comparaître à la (nouvelle) audience de faillite du 6 juin 2023. Retenir le contraire reviendrait, selon elle, à violer gravement le droit d'être entendu et serait constitutif de formalisme excessif, ce d'autant qu'une procédure de faillite aboutit à la " mort " de la poursuivie. Il conviendrait donc d'appliquer à cette deuxième citation à comparaître la jurisprudence selon laquelle la fiction de la notification valant en cas d'envoi recommandé non retiré ( art. 138 al. 3 let. a CPC ) n'est pas applicable à l'avis de l'audience de l' art. 168 LP . La recourante ajoute que le pli non réclamé avait été retourné à la juge civile le 30 mai 2023, soit sept jours avant l'audience. Dite magistrate aurait donc eu le temps de renvoyer la citation à comparaître sous pli simple, conformément à la " pratique usuelle " sur laquelle elle pouvait compter de bonne foi. Le greffe du tribunal aurait aussi pu lui téléphoner pour la rendre attentive à l'audience. La recourante relève encore que l'employé qui vide habituellement la boîte aux lettres avait omis d'informer le gérant de l'avis de retrait du pli recommandé litigieux. On ne pouvait donc confirmer le prononcé de faillite sur la base de la fiction de notification à l'échéance du délai de garde postal alors que la négligence n'était pas imputable au gérant de la société poursuivie mais d'un simple employé. Enfin, la recourante rappelle qu'il ressortait clairement du jugement attaqué qu'elle avait payé le montant qui restait dû à l'intimée.

### **E. 3.3**

La recevabilité d'une telle motivation apparaît douteuse. En effet, lorsque la décision attaquée se fonde, comme en l'espèce, sur plusieurs motivations indépendantes, alternatives ou subsidiaires, toutes suffisantes, la partie recourante doit, sous peine d'irrecevabilité, démontrer que chacune d'entre elles est contraire au droit en se conformant aux exigences de motivation requises ( ATF 142 III 364 consid. 2.4; 138 I 97 consid. 4.1.4; 133 IV 119

consid. 6.3). Or, se bornant en définitive à répéter ses griefs soulevés dans son recours cantonal en lien avec ses droits de partie et le paiement intégral de la poursuite en cause, la recourante ne s'en prend pas aux différentes motivations sur lesquelles repose la décision entreprise: alors que le président a principalement rejeté le recours en raison de l'absence de preuve de la solvabilité de l'intéressée, celle-ci s'abstient de critiquer ce pan de la motivation cantonale.

Quoi qu'il en soit, c'est à raison que le président n'a pas appliqué la jurisprudence relative à la notification d'un avis d'audience de faillite ( art. 168 LP ; ATF 138 III 225 consid. 3; arrêts 5A\_44/2021 du 23 août 2021 consid. 2.1, publié in RSPC 2022 p. 92; 5A\_466/2012 du 4 septembre 2012 consid. 4.1) à la deuxième citation à comparaître à la (nouvelle) audience de faillite. Comme retenu à bon droit dans le jugement querellé, cette jurisprudence ne vise que le premier acte notifié au débiteur par le juge de la faillite, alors que le débiteur ignore encore qu'une réquisition de faillite a été déposée à son encontre et qu'il est partie à cette procédure. Or, en l'occurrence, il est constant qu'au moment de la notification litigieuse, la procédure de faillite était déjà pendante et que la recourante avait été informée qu'elle recevrait une deuxième citation à comparaître, de sorte que, un lien de procédure ayant été créé, elle devait s'attendre à recevoir ladite notification. Au reste, il n'apparaît pas que la recourante n'aurait pas eu la possibilité de prendre connaissance de la requête de faillite ni de se déterminer à son sujet avant que le jugement ne soit rendu. Quant à l'argument que la recourante entend tirer d'une prétendue pratique consistant à renvoyer par courrier simple le pli recommandé non réclamé à l'échéance du délai de garde postal, force est de constater que semblable pratique n'est nullement étayée et qu'un tel renvoi n'est de toute façon pas prévu par la loi. Cela étant, de jurisprudence constante, un nouvel envoi de l'acte, singulièrement par pli simple, et le retrait ultérieur du pli ne modifient en principe pas la fiction de notification (cf. arrêt 5A\_20/2023 du 20 avril 2023 consid. 5.2 et les arrêts cités). Enfin, il sera rappelé à la recourante que, conformément à l' art. 138 al. 2 CPC , l'acte peut être valablement notifié par sa remise à un employé du destinataire (s'agissant d'un avis d'audience de faillite selon l' art. 168 LP , cf. arrêts 5A\_716/2020 du 7 mai 2021 consid. 3.1; 5A\_268/2012 du 12 juillet 2012 consid. 3.4) et que la fiction de la notification à l'échéance du délai de garde postal suppose que l'avis de retrait ait été déposé dans la boîte aux lettres du destinataire ou sa case postale, soit qu'il soit arrivé dans sa sphère privée (arrêt 5A\_825/2022 du 7 mars 2023 consid. 4.5.1 et les arrêts cités), ce qui, de l'aveu même de la recourante, a bien été le cas en l'espèce.

Il suit de là qu'autant que recevable, la critique ne porte pas.

#### **E. 4**

En définitive, le recours est rejeté dans la mesure de sa recevabilité, aux frais de son auteur ( art. 66 al. 1 LTF ). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens à l'intimée, qui ne s'est pas déterminée sur effet suspensif dans le délai imparti pour ce faire et n'est de surcroît pas représentée par avocat ( art. 68 al. 1 LTF ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.