

# FR\_GERICHTE 102 2023 172 vom 12. September 2023

FR Kantonsgericht, 2023-09-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_102\\_2023\\_172](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_102_2023_172)

FR: FR\_GERICHTE 102 2023 172 du 12 septembre 2023

IT: FR\_GERICHTE 102 2023 172 del 12 settembre 2023

## Regeste

Arrêt de la IIe Cour d'appel civil du Tribunal cantonal | Betreuung auf Konkurs (Art. 159-196 SchKG)

## Erwägungen

### E. 1.1

Conformément à l'art. 174 al. 1 LP, la décision du juge de la faillite peut, dans les dix jours, faire l'objet d'un recours au sens du CPC. En l'espèce, le recours a été déposé en temps utile.

### E. 1.2

Le recours est recevable pour violation du droit et pour constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC), les parties pouvant toutefois faire valoir, selon l'art. 174 LP, des pseudo- nova (al. 1) ainsi que, à certaines conditions, de vrais nova (al. 2).

### E. 1.3

En application de l'art. 327 al. 2 CPC, la Cour statue sur pièces.

### E. 2.1

La recourante invoque la violation de son droit d'être entendue, la citation à comparaître du 11 juillet 2023 à l'audience de faillite du 14 août 2023 n'ayant pas pu lui être notifiée. Elle allègue que la citation envoyée par courrier A le 27 juillet 2023 n'a été reçue que le 16 août 2023 en raison des vacances du bâtiment. Elle n'a dès lors été informée de la tenue de l'audience que le 16 août 2023.

### E. 2.2

Les parties doivent être citées à l'audience de faillite. La déclaration de faillite doit, sur recours à raison de la violation du droit d'être entendu, être annulée si la citation à l'audience de faillite est viciée. Une réparation de ce vice en instance de recours n'est pas possible (ATF 138 III 225 consid. 3.3 et les références)

Tribunal cantonal TC Page 3 de 5

### E. 2.2.1

Le Président ne saurait être suivi lorsqu'il retient que la citation à comparaître, adressée par pli recommandé non réclamé par le débiteur, a été réputée notifiée le dernier jour d'un délai de sept jours dès la réception du pli à l'office de poste du domicile du destinataire, soit en l'espèce le 19 juillet 2023. En effet, s'agissant de la procédure de faillite, le Tribunal fédéral retient spécifiquement que la fiction de la notification valant en cas d'envoi recommandé non retiré (art. 138 al. 3 let. a CPC) n'est pas applicable s'agissant de l'avis de l'audience de l'art. 168 LP (ATF 138 III 225 consid. 3).

### **E. 2.2.2**

Le Président a toutefois renvoyé la citation à comparaître par courrier « A » avec une lettre explicative en date du 27 juillet 2023 et il a estimé, en se basant sur un arrêt de la IIe Cour d'appel civil (102 2021 20 du 23 février 2021 consid. 3.2.2) que cet envoi était suffisant dans la mesure où le délai de trois jours prévu à l'art. 168 LP a été respecté. Dans l'arrêt cité par le Président, la Cour a estimé qu'un envoi par courrier A est suffisant, conformément à l'art. 138 al. 3 CPC, tout en précisant qu'en cas de contestation, c'est à l'autorité de supporter le fardeau de la notification et de la date de celle-ci. En l'espèce, la recourante allègue qu'elle n'a pris connaissance du courrier du 27 juillet 2023 que le 16 août 2023, à l'issue des vacances du bâtiment. Or, l'audience de faillite s'est tenue le 14 août 2023 et le Président n'est pas en mesure de prouver que la citation a été portée à la connaissance de la recourante avant cette date. Par conséquent, la Cour retient que la recourante n'a pas été avisée de la tenue de l'audience, de sorte que son droit d'être entendue a été violé. La décision de faillite du 14 août 2023 doit donc être annulée. Néanmoins, elle doit également être annulée pour un autre motif, raison pour laquelle la Cour peut se dispenser de renvoyer la cause au Président pour qu'il cite à nouveau les parties.

### **E. 3**

Aux termes de l'art. 174 al. 2 LP, l'autorité de recours peut annuler l'ouverture de la faillite lorsque le débiteur rend vraisemblable sa solvabilité et qu'il établit par titre que l'une des conditions suivantes est remplie: la dette, intérêts et frais compris, a été payée (ch. 1), la totalité du montant à rembourser a été déposée auprès de l'autorité judiciaire supérieure à l'intention du créancier (ch. 2) ou le créancier a retiré sa réquisition de faillite (ch. 3).

#### **E. 3.1**

Les motifs empêchant la faillite doivent être apparus et soulevés dans le délai de recours (ATF 139 III 491 consid. 4). C'est le débiteur qui doit rendre sa solvabilité vraisemblable; il n'appartient pas à l'autorité de recours de rechercher d'office des moyens de preuve idoines (arrêt TF 5A\_912/2013 du 18 février 2014 consid. 3; arrêt TC FR du 23 février 1999 in RFJ 1999 82). La solvabilité, au sens de l'art. 174 al. 2 LP, se définit par opposition à l'insolvabilité au sens de l'art. 191 LP (arrêt TF 5P.399/1999 du 14 janvier 2000 consid. 2b; BSK SchKG II – GIROUD, 3e éd. 2021, art. 174 n. 26); elle consiste en la capacité du débiteur de disposer de liquidités suffisantes pour payer ses dettes échues et peut aussi être présente si cette capacité fait temporairement défaut, pour autant que des indices d'amélioration de la situation à court terme existent (arrêt TF 5A\_912/2013 du 18 février 2014 consid. 3).

#### **E. 3.2**

En l'espèce, la poursuivante a versé le montant de CHF 100'000.- au greffe du Tribunal cantonal le 25 août 2023, ainsi que CHF 20'000.- le 31 août 2023. Ces montants couvrent la créance de l'intimée, y compris tous les frais (CHF 8'413.10), ainsi que les autres poursuites au stade de la commination de faillite (poursuites fff [vérifier que le solde de CHF 354.03 a bien été payé], ggg [vérifier que le solde de CHF 4'585.- a été payé], hhh, iii, jjj) et au stade de la notification du commandement de payer (poursuites kkk, lll, mmm, nnn [solde de CHF 135.90], ooo, ppp). Il y a lieu de préciser que la poursuite qqq a été payée au greffe du Tribunal de la Gruyère suite à la réquisition de faillite de la créancière.

Tribunal cantonal TC Page 4 de 5 Elle semble ainsi n'avoir plus que des poursuites auxquelles elle a fait opposition. Il y a dès lors lieu d'admettre que les conditions posées par

l'art. 174 al. 2 LP sont remplies et que le recours doit être admis. Le montant de CHF 120'000.- consigné auprès du Tribunal cantonal est transmis sans délai à l'Office des poursuites de la Gruyère. Après paiement du montant de CHF 8'413.10 à B. \_\_\_\_\_ AG, le solde sera affecté prioritairement au remboursement des poursuites au stade de la commination de faillite énumérées ci-dessus, puis au remboursement des poursuites au stade de la notification du commandement de payer, après s'être assuré que la débitrice n'a pas payé directement certains créanciers.

#### **E. 4**

Vu l'issue de la procédure, les frais des deux instances sont laissés à la charge de l'Etat (art. 107 al. 2 CPC). Pour l'instance de recours, ils sont fixés au montant forfaitaire de CHF 500.- (émolument global; art. 52 et 61 OELP). L'avance de frais effectuée le 1er septembre 2023 est restituée à la recourante. Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens à l'intimée qui n'a pas été invitée à se déterminer sur le recours. Il ne sera pas alloué de dépens à la recourante, l'Etat ne pouvant être astreint à en supporter (ATF 140 III 385 consid. 4.2). (dispositif en page suivante)

Tribunal cantonal TC Page 5 de 5 la Cour arrête : I. Le recours est admis. Partant, la décision du Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Gruyère du 14 août 2023 prononçant la faillite de A. \_\_\_\_\_ SA est annulée. II. Le montant de CHF 120'000.- consigné au greffe du Tribunal cantonal est transmis sans délai à l'Office des poursuites de la Gruyère selon les considérants. III. Les frais judiciaires des deux instances sont laissés à la charge de l'Etat. Les frais judiciaires de première instance s'élèvent à CHF 100.-. L'avance de frais sera restituée à B. \_\_\_\_\_ AG par le greffe du Tribunal de la Gruyère. L'émolument global est fixé à CHF 500.- pour la seconde instance. L'avance de frais effectuée le 1er septembre 2023 sera restituée à A. \_\_\_\_\_ SA. IV. Il n'est pas alloué de dépens. V. Notification. Cet arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent sa notification. La qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF). L'acte de recours motivé doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Fribourg, le 12 septembre 2023/cov La Présidente Le Greffier-rapporteur

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