

LP 16 46

JUGEMENT DU 25 NOVEMBRE 2016

**Tribunal cantonal du Valais
Autorité de recours en matière de poursuite et faillite**

Stéphane Spahr, juge; Laure Ebener, greffière;

en la cause

X _____, recourante

contre

Y _____ SA, intimée au recours, représentée par M^e M _____

(faillite)

recours contre la décision rendue le 21 septembre 2016 par le juge suppléant du
district de N _____

Faits et procédure

A. Sur requête de Y_____ SA, l'office des poursuites et des faillites du district de N_____ a notifié à X_____ un commandement de payer 9720 fr., avec intérêt à 5 % dès le 29 février 2016. Le commandement de payer a été remis à l'époux de la poursuivie, A_____, le 8 mars 2016. Il n'a pas été frappé d'opposition.

La commination de faillite a été notifiée à X_____ (personnellement) le 18 juillet 2016.

Le 16 août 2016 (date du timbre postal), Y_____ SA a adressé au tribunal du district de N_____ une réquisition de faillite. Cette écriture était signée par B_____.

Le 19 août 2016, le juge suppléant du district de N_____ (ci-après : le juge suppléant) a cité les parties à l'audience de faillite, agendée au 21 septembre 2016.

Le 19 septembre 2016, X_____ a déposé une détermination sur la requête de faillite. Elle a conclu à son rejet, en se prévalant premièrement du fait que B_____ ne pouvait pas engager seul la société Y_____ SA, de sorte que la réquisition de faillite signée par ce seul intéressé était nulle et non avenue. Elle a déposé un extrait du registre du commerce dont il ressort que le précité ne dispose que de la signature collective à deux. Elle a fait valoir par ailleurs que le contrat de bail fondant la créance réclamée en poursuite n'a pas été signé par elle, si bien qu'il est nul. Elle s'est prévalué, enfin, du fait que c'est à son époux qu'a été remis le commandement de payer, et que celui-ci l'a intentionnellement laissé sans opposition, sans lui en parler. Elle en a déduit que la "poursuite elle-même est ou peut être invalidée".

Sur requête du juge suppléant, le contrôle des habitants de C_____ lui a fourni une déclaration, datée du 20 septembre 2016, dont il ressort que X_____ réside à C_____ depuis le 1^{er} mars 2015, ainsi qu'une attestation, également datée du 20 septembre 2016, indiquant que A_____ s'est domicilié à C_____, à la même adresse que son épouse, le 1^{er} mars 2015, et qu'il en est parti le 1^{er} juin 2016 pour la commune d'Ardon.

Le 20 septembre 2016, M^e M_____ a informé le juge qu'il représentait la société Y_____ SA et lui a indiqué qu'elle pouvait notifier toutes décisions et communications en son étude.

Le lendemain, cet avocat a adressé, par fax et par courrier, une procuration en sa faveur signée par les "organes habilités à représenter la société", ainsi qu'une "déclaration de validation de la requête de faillite déposée le 11 août dernier", signée par D_____ et E_____.

Aucune des parties n'a comparu à l'audience du 21 septembre 2016.

Statuant le même jour, le juge suppléant a rendu le dispositif suivant :

- "1. X_____, à C_____, est déclarée en faillite avec effet dès le 21 septembre 2016 à 10 h 35.
2. Les frais de la présente décision, par 100 fr., sont mis à la charge de la faillie."

Elle a expédié cette décision aux parties le même jour.

Sur requête du 23 septembre 2016 de l'avocat de la poursuivie, le juge suppléant lui a, le 26 septembre 2016, adressé une copie des deux attestations du contrôle des habitants de C_____, ainsi qu'une copie de la lettre du 21 septembre 2016 de M^e M_____ et de son annexe.

B. Le 29 septembre 2016, X_____ a interjeté recours contre la décision rendue le 21 septembre 2016, en prenant les conclusions suivantes :

- "1. L'effet suspensif est accordé au recours et il est sursis à toute liquidation de faillite jusqu'à droit connu sur le recours.
2. Le recours est admis.
3. La décision du 21 septembre 2016 du Juge suppléant du district de N_____ est annulée.
4. Une équitable indemnité allouée à X_____ pour ses frais d'intervention à titre de dépens est mise à la charge de Y_____ SA.
5. Tous les frais de procédure et de décision sont mis à la charge de Y_____ SA."

Le 5 octobre 2016, le juge suppléant a transmis son dossier et a renoncé à se déterminer sur le recours.

Au terme de sa détermination du 20 octobre 2016, la poursuivante a conclu au rejet du recours, avec suite de frais et dépens.

Considérant en droit

1.1 Aux termes de l'article 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 (art. 309 ch. 6, 319 et 321 al. 2 CPC; cf. ég. art. 30 al. 2 LALP).

En l'espèce, le recours a été formé dans le délai légal de dix jours courant dès la réception, par la recourante, de la décision attaquée.

La présente décision peut ressortir à un juge unique (art. 20 al. 3 LOJ; art. 30 al. 2 2^{ème} phr. LALP; cf., ég., art. 5 al. 2 let. c LACPC).

1.2 Le recours peut être formé pour violation du droit et/ou constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC).

1.3 La recourante requiert, à titre de moyens de preuve, l'interrogatoire des parties. Elle entend démontrer par ce biais que le juge suppléant ne lui a pas transmis (avant de rendre la décision entreprise) la procuration délivrée par son adverse partie en faveur de M^e M_____, l'attestation du contrôle des habitants de C_____ ainsi que l'extrait du registre du commerce "concernant la société F_____". Au motif, notamment, que ce fait ressort des actes de la cause, il n'y a pas lieu de procéder à l'interrogatoire des parties.

La recourante réclame en outre la mise en œuvre d'une expertise comptable destinée à démontrer sa solvabilité. Dès lors, toutefois, que les arguments invoqués dans le recours ne portent pas sur sa solvabilité, comme on le verra ci-après, ce moyen ne saurait être mis en œuvre, d'autant que le poursuivi qui entend démontrer sa solvabilité doit déposer toutes les pièces y relatives dans le délai de recours.

La recourante requiert ensuite l'édition, par l'office des poursuites de N_____, du dossier de la poursuite n° xxx1, afin de démontrer qu'elle n'a "jamais signé le contrat de bail à loyer faisant l'objet de la poursuite" en question et qu'elle "n'a pas ratifié le contrat de bail signé par le seul A_____". Outre qu'il est pour le moins douteux que le dossier de l'office des poursuites puisse renseigner sur les faits en question, il faut quoi qu'il en soit relever que ces circonstances ne sont pas pertinentes dans la présente procédure (cf., infra, consid. 4). On ne voit pas, en sus, ce qui aurait empêché l'intéressée de produire les pièces du dossier de l'office des poursuites démontrant ses

dire, ce qu'elle aurait dû faire dans le délai de recours. Ce moyen n'est dès lors pas mis en œuvre.

Enfin, l'attestation du 12 septembre 2016 émise par X_____, en tant qu'elle porte sur des faits antérieurs au jugement de faillite (pseudo nova), est admise en cause (cf. art. 174 al. 1 LP).

Les pièces déposées par l'intimée au recours le sont également, pour le même motif.

2.1 Dans un grief de nature formelle qu'il convient de traiter en premier, la recourante se plaint de ce que les attestations du contrôle des habitants de C_____ du 20 septembre 2016 et la lettre du 21 septembre 2016 envoyée par fax et par courrier de M^e M_____ n'ont pas été portées à sa connaissance avant le 27 septembre 2016. Elle estime que son droit d'être entendue a été violé de manière crasse, dès lors qu'il s'agit de pièces essentielles sur lesquelles le juge suppléant s'est d'ailleurs fondé pour prononcer sa faillite. De son point de vue, la violation de l'article 29 al. 2 Cst. féd. doit entraîner l'annulation de la décision attaquée.

2.2 La poursuivante ne s'est pas déterminée sur ce grief.

2.3 A teneur de l'article 53 al. 1 CPC, les parties ont le droit d'être entendues. Cette disposition reproduit la garantie constitutionnelle figurant à l'article 29 al. 2 Cst. féd. (arrêt 4A_527/2011 du 5 mars 2012 consid. 2.6).

Compris comme l'un des aspects de la notion générale de procès équitable au sens des articles 29 al. 1 Cst. féd. et 6 § 1 CEDH, le droit d'être entendu garanti, en particulier, le droit pour une partie à un procès de prendre connaissance de toute argumentation présentée au tribunal et de se déterminer à son propos, que celle-ci contienne ou non de nouveaux éléments de fait ou de droit, et qu'elle soit ou non concrètement susceptible d'influer sur le jugement (arrêt 5A_535/2012 du 6 décembre 2012 consid. 2.1).

L'article 168 LP dispose 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.

2.4.1 S'agissant des attestations émises par le contrôle des habitants de C_____, il faut exposer que le juge intimé a déduit de leur contenu (cf., supra, consid. A) que les époux faisaient ménage commun lors de la notification du commandement de payer, si bien que l'époux était habilité, au regard de l'article 64 al. 1 LP, à recevoir cet acte de

poursuite. Celui-ci avait ainsi été valablement notifié, de sorte que les conditions de l'article 173 al. 2 LP - qui impose au juge qui estime qu'une décision nulle a été rendue dans la procédure antérieure (art. 22) d'ajourner la décision d'ouverture de la faillite et de soumettre le cas à l'autorité de surveillance - n'étaient pas réalisées.

Cela étant posé, il faut relever d'emblée que, la poursuivie ayant renoncé à comparaître à l'audience du 21 septembre 2016, il est douteux qu'il puisse être fait grief à le juge intimé de ne pas lui avoir notifié les attestations délivrées par le contrôle des habitants, dont les parties auraient pu prendre connaissance lors de la séance en question (cf., en procédure de mainlevée, arrêt 5A_293/2009 du 2 juillet 2009 consid. 2.2 et RVJ 2003 p. 129).

Quoi qu'il en soit, même s'il fallait admettre une violation du droit d'être entendu, celle-ci n'affecterait que la première motivation ayant conduit le juge intimé à écarter l'argumentation de la poursuivie prise d'une notification irrégulière du commandement de payer relevant de l'article 173 al. 2 LP (nullité).

En effet, dans une seconde motivation, ne reposant pas sur les pièces litigieuses, la magistrate a considéré que, s'il fallait admettre un vice dans la notification, la poursuivie aurait dû porter plainte dans les dix jours dès la connaissance de la poursuite, intervenue à réception de la commination de faillite, ce qu'elle n'avait pas fait. Or, la recourante ne conteste pas cette argumentation, qui est au demeurant parfaitement fondée.

En effet, il est de jurisprudence que, en principe, la notification irrégulière du commandement de payer n'est pas sanctionnée de nullité absolue : l'acte est simplement annulable dans le délai de plainte de dix jours de l'article 17 al. 2 LP. Ce n'est que si l'acte n'est pas du tout parvenu en mains du débiteur que la poursuite est absolument nulle et que sa nullité peut et doit être constatée en tout temps. Si, malgré le vice de la notification, le commandement de payer est néanmoins parvenu en mains du poursuivi, il produit ses effets aussitôt que celui-ci en a eu connaissance; dans un tel cas, le délai pour porter plainte (contre la notification) ou pour faire opposition commence à courir du moment où le débiteur a eu effectivement connaissance de l'acte (arrêt 7B.161/2005 du 31 octobre 2005 consid. 2.1 et les réf.). En l'occurrence, la poursuivie eu une connaissance effective du commandement de payer et de sa teneur exacte lorsqu'elle a (personnellement) reçu la commination de faillite, laquelle énonçait les indications prescrites pour la réquisition de poursuite, à savoir l'identité de la créancière et de la poursuivie, le montant de la créance, les titre et date de celle-ci ou

cause de l'obligation (art. 67 al. 1 LP), soit les indications essentielles du commandement de payer (art. 69 al. 2 ch. 1 LP); la commination portait en outre le numéro de la poursuite et mentionnait la date du commandement de payer (art. 160 al. 1 ch. 2 LP).

L'absence de critique à l'encontre de la seconde motivation et le bien-fondé de celle-ci scellent le sort du recours en tant qu'il porte sur la problématique d'une irrégularité de la notification du commandement relevant de l'article 173 al. 2 LP : elles s'opposent à l'annulation de la décision en raison d'une éventuelle violation du droit d'être entendu.

2.4.2 Quant à l'envoi de M^e M_____ du 21 septembre 2016, contenant la déclaration de validation, il y a lieu de relever ce qui suit.

A réception de la réquisition de faillite, le juge intimé devait vérifier si son signataire était autorisé à représenter la poursuivante. Savoir quelle(s) personne(s) est (sont) habilitée(s) à représenter la société anonyme en procédure ressortit à la capacité d'ester en justice de celle-ci. Il s'agit d'une condition de recevabilité de la demande (art. 59 al. 2 let. c CPC; ATF 141 III 80 consid. 1.3), qui doit être examinée d'office (art. 60 CPC). Dès lors qu'il ne ressortait pas du registre du commerce que l'auteur de la réquisition était autorisé à engager la société, la magistrate devait impartir un délai à la société pour confirmation des pouvoirs de l'auteur de la requête, voire ratification de celle-ci par des personnes habilités (arrêt 4D_2/2013 du 1^{er} mai 2013 consid. 3; cf., é.g., arrêt 4A_87/2012 du 10 avril 2012 consid. 3.2.2 in fine), ce qu'elle n'a pas fait.

Néanmoins, vraisemblablement en raison de la détermination de la poursuivie, la poursuivante, désormais représentée par un avocat, a produit un document, signé par deux personnes disposant de la signature collective à deux, aux termes duquel ceux-ci déclaraient "confirmer/valider" la requête de faillite déposée le 11 août 2016 dans la poursuite n° xxx1.

Cette déclaration n'étant parvenue que le jour même de l'audience, à la suite de laquelle le juge a immédiatement statué, elle n'a effectivement pas été notifiée à la poursuivie. Cela étant, cette pièce lui été communiquée dans le délai de recours. Au surplus, le tribunal de céans examine avec un plein pouvoir d'examen la capacité d'ester en justice des parties qui procèdent devant lui (cf. arrêt 5A_817/2013 du 24 janvier 2014 consid. 5). Il n'est ainsi pas limité à l'arbitraire lors de l'examen de la déclaration litigieuse, qu'il doit renouveler pour s'assurer de la capacité d'ester de la société dans la présente procédure de recours. Au reste, la marge d'appréciation est, en l'occurrence, pour le moins limitée, dès lors que les pouvoirs des signataires

ressortent du registre du commerce (cf. infra), dont on rappelle que les informations qu'il contient, accessibles par internet, sont des faits notoires (ATF 138 II 557 consid. 6.2)

Dans ces circonstances, le vice doit être considéré comme guéri en instance de recours, étant rappelé que le droit d'être entendu n'est pas une fin en soi, et qu'il s'agit d'éviter un renvoi qui constituerait une démarche purement formaliste conduisant à un retard inutile.

La recourante ne pouvait se contenter de requérir l'annulation de la décision entreprise, mais devait exercer son droit d'être entendue (arrêt 5A_925/2015 du 4 mars 2016 consid. 2.3.3.2) en exposant en quoi le juge intimé avait admis à tort la capacité d'ester en justice sur la base de la déclaration litigieuse. Quoi qu'il en soit, la décision entreprise n'est pas erronée sur ce point, puisqu'il ressort du registre du commerce que D_____ et E_____ disposent tous deux de la signature collective à deux, et qu'ils ont ainsi le pouvoir d'accomplir, ensemble, des actes judiciaires au nom de la société, comme signer des écritures, donner procuration à un avocat et comparaître aux audiences (ATF 141 III 80 consid. 1.3). C'est ainsi à juste titre que le juge suppléant a admis la capacité d'ester en justice de la société, et celle-ci doit être reconnue également en procédure de recours.

3.1 La recourante se plaint ensuite d'une violation de l'article 173 al. 2 LP. Elle se prévaut de la nullité (1) du contrat de bail fondant la créance en poursuite, parce que non signé par elle-même, (2) de la réquisition de faillite, au motif qu'elle a été émise par une personne ne disposant que de la signature individuelle, (3) enfin de la poursuite elle-même, puisqu'elle "n'a jamais été notifiée à la débitrice".

3.2 En vertu de l'article 173 al. 2 LP, si le juge lui-même estime qu'une décision nulle a été rendue dans la procédure antérieure (art. 22 al. 1 LP), il ajourne sa décision et soumet le cas à l'autorité de surveillance.

Manifestement, l'éventuelle "nullité" du contrat de bail n'entre pas dans les prévisions de l'article 173 al. 2 LP, en tant que celui-ci concerne les actes de poursuite - décision ou mesure (GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, 2001, n. 15 ad art. 173 LP). Le juge de la faillite ne saurait ajourner sa décision et soumettre à l'autorité de surveillance une question telle que celle de la validité du contrat fondant la créance recherchée. Celle-ci ressortit bien plutôt au juge de l'action en annulation de la poursuite (art. 85a LP), qu'il appartenait à la poursuivie de saisir le cas échéant.

Quant à la réquisition de faillite, à nouveau, on ne se trouve pas en présence d'un acte de poursuite. Le motif invoqué a trait à la capacité d'ester en justice qui, comme on l'a vu, constitue une condition de recevabilité de la requête de faillite, qu'il appartient au juge devant prononcer l'ouverture de la faillite de vérifier. En l'occurrence, la réquisition a été considérée - à raison - comme recevable sous cet angle, compte tenu de l'intervention de D_____ et E_____ (cf., supra, consid. 2.4.2).

Enfin, s'agissant de l'éventuel vice lors de la notification du commandement de payer, on a vu que, faute par la poursuivie de s'en être prévaluée dans une plainte à réception de la commination de faillite, la nullité était exclue (cf., supra, consid. 2.4.1).

Dans ces circonstances, c'est à juste titre que le juge intimé n'a pas fait application de l'article 173 al. 2 LP.

4.1 La recourante se prévaut enfin de la prétendue invalidité du contrat de bail du 11 mai 2015. En substance, elle allègue que ce contrat a été signé par son époux, qui n'était pas autorisé à l'engager, et qu'elle n'a pas ratifié le contrat. Elle soutient que celui-ci est nul au sens de l'article 18 CO.

4.2 En vertu de l'article 172 ch. 3 LP, le juge rejette la réquisition de faillite lorsque le débiteur justifie par titre que la créance a été acquittée en capital, intérêts et frais ou que le créancier lui a accordé un sursis.

Le rejet de la requête de faillite peut ainsi avoir lieu aussi pour des motifs de droit matériel, qui peuvent être mis en relation avec l'extinction de la dette ou l'octroi d'un sursis. Il en est exigé la preuve par titre, au degré de la certitude (COMETTA, Commentaire romand, 2005, n. 6 ad art. 172 LP). La preuve doit être apportée en première instance ou, en cas de recours, dans le délai pour former celui-ci (GIROUD, Commentaire bâlois, 2010, n. 8 ad art. 172 LP).

En l'occurrence, la poursuivie n'a pas démontré, par titre, l'extinction de la dette ou l'octroi d'un sursis. Pour le surplus, la procédure d'ouverture de la faillite n'est pas le lieu de débattre de la validité du contrat - notamment sous l'angle souvent épineux du problème de la représentation - fondant la créance recherchée. L'argument pris de la "nullité" du contrat de bail du 11 mai 2015 doit dès lors être rejeté.

5. En définitive, en tous points mal fondé, le recours doit être rejeté.

6. Compte du sort réservé au recours, la recourante doit supporter les frais (art. 106 al. 1 CPC).

Vu l'ampleur de la cause, son degré usuel de difficulté, ainsi que les principes de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations (art. 13 LTar), les frais judiciaires sont arrêtés à 500 fr. (art. 52 et 61 al. 1 OELP).

Au vu des critères précités et de l'activité utilement exercée céans par l'avocat de l'intimée, la recourante lui versera 600 fr., débours inclus, à titre de dépens (art. 95 al. 3 let. a-b CPC; art. 27, 33 et 35 al. 2 let. a LTar).

Par ces motifs,

Prononce

1. Le recours est rejeté.
2. Les frais de la procédure de recours, par 500 fr., sont mis à la charge de X_____.
3. X_____ versera à Y_____ SA une indemnité de 600 fr. à titre de dépens en instance de recours.

Sion, le 25 novembre 2016