

DÉCISION DU 19 JANVIER 2023

Autorité de recours en matière de poursuite et de faillite

Bertrand Dayer, juge ; Yves Burnier, greffier

en la cause

X _____ **SÀRL**, de siège à A _____, recourante, représentée par Maître Cyrille Piguet, avocat à Lausanne

contre

Y _____, à B _____, et **Z** _____, à C _____, intimés au recours, tous deux représentés par Maître Philippe Eigenheer, avocat à Genève

(faillite)

recours contre la décision de la juge suppléante des districts de Martigny et St-Maurice
du 7 novembre 2022 (MAR LP 22 837)

vu

le commandement de payer le montant de 370'832 fr. 60 (370'000 fr. + 232 fr. 60 + 600 fr.), avec intérêt à 5% dès le 6 mars 2013 sur 370'000 fr., notifié le 15 mars 2022 à X _____ Sàrl, à l'instance de Y _____ et Z _____, dans la poursuite no xxx de l'office des poursuites du district de St-Maurice ;

la commination de faillite notifiée à la poursuivie le 4 juillet 2022 ;

l'écriture du 9 août 2022 par laquelle les poursuivants ont requis le juge des districts de Martigny et St-Maurice de prononcer la faillite de X _____ Sàrl ;

l'audience du 7 novembre 2022 ;

la décision du 7 novembre 2022 par laquelle la juge suppléante des districts de Martigny et St-Maurice a prononcé (MAR LP 22 837) :

1. X _____ Sàrl, de siège à A _____, est déclarée en faillite avec effet ce jour, à 13h15.
2. L'émolument de justice, arrêté à 100 fr., ainsi que des dépens pour un montant de 400 fr. alloués à Y _____, et Z _____, sont mis à la charge de la faillie.

le recours formé contre cette décision le 21 novembre 2022 par la faillie, dont les conclusions sont ainsi libellées :

Fondée sur ce qui précède, la recourante X _____ Sàrl a l'honneur de conclure à ce qu'il plaise au Tribunal cantonal valaisan prononcer, avec suite de frais et dépens :

A titre préalable :

- I. L'effet suspensif est accordé au présent recours.

Au fond :

- II. Le recours est admis.

a) Principalement

III. Constate que le commandement de payer n° xxx du 31 janvier 2022 est nul et que l'opposition formulée le 9 mars 2022 est valable, et qu'elle est ainsi reportée sur le commandement de payer du 11 mars 2022, portant le même numéro.

IV. En conséquence, la commination de faillite du 4 juillet 2022 est nulle et de nul effet et le jugement de faillite prononcé le 7 novembre 2022 à l'encontre de X _____ Sàrl est annulé.

b) Subsidiairement

V. Le jugement de faillite du 7 novembre 2022 est réformé en ce sens que la faillite de X _____ Sàrl est ajournée jusqu'à droit jugé.

VI. Transmet à l'Autorité de Surveillance pour statuer sur les motifs de nullité.

c) Plus subsidiairement encore

VII. Annule le jugement de faillite du 7 novembre 2022 et renvoie aux premiers juges pour statuer dans le sens des considérants.

la décision présidentielle du 22 novembre 2022 suspendant, à titre superprovisionnel, la force de chose jugée formelle et le caractère exécutoire du prononcé de faillite jusqu'à droit connu sur le sort du recours ;

la détermination du 2 décembre 2022 en introduction de laquelle Y _____ et Z _____ ont conclu, avec suite de frais, à l'irrecevabilité de la requête d'effet suspensif, subsidiairement à son rejet, ainsi qu'au rejet du recours ;

les actes de la cause ;

considérant

qu'aux termes de l'art. 174 al. 1 1^e phr. LP, la décision du juge de la faillite peut, dans les dix jours, faire l'objet d'un recours au sens du CPC ;

que, remis à la poste le 21 novembre 2022, le recours a été formé dans le délai légal de dix jours, qui a couru dès la réception par le mandataire du recourant - le 11 novembre 2022 - de la décision attaquée ;

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

qu'en vertu de l'art. 174 al. 1 2^e phr. 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 ; que cette disposition spéciale de la loi, au sens de l'art. 326 al. 2 CPC, vise les faits nouveaux improprement dits (faux *nova* ou pseudo-*nova*), à savoir ceux qui existaient déjà au moment de l'ouverture de la faillite et dont le juge intimé n'a pas eu connaissance pour quelque raison que ce soit ou dont il n'a pas tenu compte (GIROUD/THEUS SIMONI, Basler Kommentar, 3^e éd., 2021, n. 19 ad art. 174 LP) ; que ces faits peuvent être invoqués sans restriction et prouvés par pièces, pour autant qu'ils le

soient dans le délai de recours (arrêt 5A_1005/2020 du 19 janvier 2021 consid. 3.1.2 et les réf. citées) ;

qu'il découle en outre du droit d'être entendu que le créancier intimé peut produire à l'appui de sa réponse au recours des (faux) *nova* propres à réfuter ceux - vrais ou faux - invoqués par le débiteur recourant (arrêt 5A_899/2014 du 5 janvier 2015 consid. 3.2 et la réf. citée) ;

que le recourant peut notamment se prévaloir de l'existence d'irrégularités affectant la procédure de première instance, telles que, par exemple, le fait que l'avis de l'audience de faillite (art. 168 LP) ne lui a pas été valablement notifié ou qu'il n'est pas soumis à la poursuite par voie de faillite (DIGGELMANN, Rechtsmittel gegen die Konkursöffnung, in : PCEF 37/2016, p. 101) ; qu'en revanche, sous réserve des cas de nullité, il n'est pas recevable à invoquer des vices de la procédure de poursuite, lesquels doivent être soulevés par la voie de la plainte (DIGGELMANN, *loc. cit.*) ;

que, si le débiteur (recourant) parvient à établir que le jugement de faillite n'était pas justifié au moment où il a été rendu, cela suffit à entraîner l'admission du recours et l'annulation du prononcé de faillite (BOSSHARD, Le recours contre le jugement de faillite, in : JdT 2010 II, p. 126) ; que, dans ce cas, les conditions posées par l'art. 174 al. 2 LP - en particulier celle relative à la solvabilité du recourant - n'entrent pas en considération (cf. arrêts 5A_452/2016 du 12 octobre 2016 consid. 5.2.2 ; 5A_571/2010 du 2 février 2011 consid. 2.3) ;

que, se réclamant de l'art. 74 al. 1 LP, la recourante fait valoir que « le second commandement de payer mentionnait précisément le même numéro de poursuite xxx sans préciser qu'il remplaçait le premier commandement de payer » ; que son associée et gérante pouvait donc « légitimement douter de la portée de ce nouvel acte et, surtout, de la nécessité d'y faire à nouveau opposition » ; que, faute par l'office des poursuites de l' « avoir avisé[e] [...] que son opposition au premier commandement de payer ne valait pas pour le second, le juge devait considérer que cette opposition demeurait valable » ; que la recourante en déduit que « la commination de faillite s'avérait d'emblée nulle », ce que la magistrate intimée « devait constater d'office » ; que celle-ci a dès lors « retenu, à tort, qu'il n'existait aucun motif d'ajournement de la faillite » et « devait, au contraire, sinon constater d'office lui-même la nullité de la commination de faillite, à tout le moins, ajourner sa décision et soumettre le cas à l'autorité de surveillance » ;

que, suivant l'art. 173 al. 2 LP, si le juge de la faillite 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 ; que cette disposition s'adresse aussi à l'autorité de recours devant laquelle est déféré le prononcé de faillite (DIGGELMANN, *op. cit.*, p. 101) ;

que juge peut rejeter la réquisition de faillite s'il existe un motif manifeste de nullité au sens de l'art. 22 al. 1 LP qui puisse être établi *prima facie* ; que ce n'est que si le motif de nullité n'est pas d'emblée évident que le juge de la faillite doit procéder selon les dispositions de l'art. 173 al. 2 LP (ATF 135 III 14 consid. 5.4 ; arrêt 5A_917/2021 du 19 janvier 2022 consid. 3.1 ; GIROUD/THEUS SIMONI, Basler Kommentar, 3^e éd., 2021, n. 6a ad art. 173 LP) ;

qu'aux termes de l'art. 74 al. 1 LP, le débiteur poursuivi qui entend former opposition doit, verbalement ou par écrit, en faire la déclaration immédiate à celui qui lui remet le commandement de payer ou à l'office dans les dix jours à compter de la notification du commandement de payer ;

que l'opposition ne saurait être formée par précaution (*auf Vorrat*), soit en considération d'un nombre encore indéterminé de poursuites futures, ni d'avance (*zum voraus*), soit avant l'établissement du commandement de payer ; qu'est en revanche valable l'opposition formée à un commandement de payer dressé par l'office mais pas encore notifié au poursuivi, si celui-ci a une exacte connaissance de la poursuite y relative (ATF 91 III 1 consid. 2 ; arrêt 5A_442/2010 du 7 septembre 2010 consid. 3.1) ;

qu'en outre, lorsque l'office considère la notification du commandement de payer comme nulle et entend en conséquence en notifier un second, tout en considérant comme dénuée d'effet l'opposition formée au premier commandement de payer, il doit aviser le débiteur que la première notification et l'opposition qui a été faite sont nulles (ATF 78 III 155) ; qu'à défaut d'un tel avertissement, y a lieu de considérer que l'opposition formée lors de la première notification demeure valable et s'étend également au second commandement de payer (ATF 112 III 81 consid. 2b ; 91 III 1 consid. 3 ; arrêt 5A_190/2019 du 4 février 2020 consid. 2.6 ; BESSENICH/FINK, Basler Kommentar, 3^e éd., 2021, n. 20 ad art. 74 LP) ;

que, lorsque la poursuite n'est pas suspendue par l'opposition ou par un jugement, le créancier peut requérir la continuation de la poursuite à l'expiration d'un délai de 20 jours à compter de la notification du commandement de payer (art. 88 al. 1 LP) ; que, dès réception de la réquisition de continuer la poursuite, l'office des poursuites adresse sans retard la commination de faillite au débiteur sujet à la poursuite par voie de faillite (art. 159 LP) ; que l'office ne doit donner suite à la réquisition de continuer la poursuite que si le commandement de payer est entré en force (*rechtskräftig*), à savoir s'il n'a pas fait

l'objet d'une opposition ou si celle-ci a été retirée ou levée (MARKUS, Basler Kommentar, 3^e éd., 2021, n. 7 ad art. 159 LP) ; qu'est entachée de nullité (art. 22 al. 1 LP) la continuation d'une poursuite qui n'est pas fondée sur un commandement de payer entré en force (arrêt 5A_713/2018 du 23 janvier 2019 consid. 2.2 ; COMETTA/MÖCKLI, Basler Kommentar, 3^e éd., 2021, n. 12 ad art. 22 LP ; MAIER/VAGNATO, in : Kren Kostkiewicz/Vock, [édit.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4^e éd., 2017, n. 15 ad art. 22 LP) ;

qu'en l'espèce, il appert qu'un (premier) commandement de payer le montant de 370'832 fr. 60 (370'000 fr. + 232 fr. 60 + 600 fr.), rédigé le 31 janvier 2022, a été notifié le 1^{er} mars 2022 à la recourante, qui y a formé opposition totale, dans la poursuite no xxx de l'office des poursuites du district de St-Maurice (ci-après : l'office des poursuites) introduite par les intimés ; que, sous l'énoncé « Titre et date de la créance ou cause de l'obligation » de cet acte figurent les indications suivantes : « Validation du séquestre no / Arrestprosequierung Nr xx1 du / vom 19.01.2022 de Fr. / von Fr. 370'000.00 Accord du 30 juin 2016 et reconnaissance de dette avec clause d'exécution directe du 11 août 2017. Préjudice économique commis par X _____ Sàrl et Mme D _____ au détriment de Z _____ et de M. Y _____ » (370'000 fr.), respectivement « Frais de séquestre » (232 fr. 60) et « Emoluments de justice » (600 fr.) ;

que, le 11 mars 2022, le mandataire des intimés a contacté l'office des poursuites pour lui signaler que le commandement de payer précité omettait d'énoncer l'intérêt moratoire à 5% dès le 6 mars 2013 (sur 370'000 fr.), lequel figurait pourtant dans la réquisition de poursuite du 28 janvier 2022 ; que, le même jour, ledit office a rédigé, dans la même poursuite, un nouveau commandement de payer, complété de la mention de l'intérêt moratoire, qui « annul[ait] et rempla[çait] » le précédent, dont il a considéré la notification survenue le 1^{er} mars 2022 comme nulle (cf. la pce no 3 jointe au recours) ; qu'à l'exception de la date de son établissement et de l'indication de l'intérêt moratoire, ce second commandement de payer est en tous points identique au premier ; qu'il a été notifié le 15 mars 2022 à la recourante, qui n'y a pas formé opposition ;

que, cela étant précisé, il n'est pas établi que l'office des poursuites ait avisé la recourante que la notification du premier commandement de payer était nulle et que son opposition était dénuée d'effet ; que les intimés ne prétendent pas non plus le contraire ; que, dans ces conditions, conformément à la jurisprudence susrappelée, il convient d'admettre que l'opposition formée par la recourante au premier commandement de payer demeure valable et s'étend également au second commandement de payer qui lui a été notifié le 15 mars 2022 dans la même poursuite ; qu'à défaut, cela aggraverait

la situation de l'intéressée d'une manière intolérable (*in untragbarer Weise*) et faciliterait par trop (*allzusehr*) l'obtention d'un titre exécutoire (cf. ATF 78 III 155, p. 156-157) ;

qu'il apparaît ainsi que l'office des poursuites a donné suite à la réquisition des intimés de continuer la poursuite, en faisant notifier la commination de faillite à la recourante, alors que le commandement de payer, frappé d'une opposition, n'était pas entré en force ; qu'un tel procédé entraîne la nullité (art. 22 al. 1 LP) de ladite commination de faillite ; que cette issue se révélant d'emblée manifeste, il n'y a pas lieu de soumettre le cas à l'autorité (inférieure) de surveillance au sens de l'art. 173 al. 2 LP ;

que, compte tenu de ce qui précède, c'est à tort que la juge intimée a prononcé la faillite de la recourante (cf. GIROUD/THEUS SIMONI, *op. cit.*, n. 12 ad art. 173 LP) ;

que le recours doit par conséquent être admis, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs soulevés par la recourante ;

que la décision attaquée est annulée ;

que la requête de faillite présentée par les intimés est rejetée (cf. GIROUD/THEUS SIMONI, *op. cit.*, n. 32a ad art. 174 LP) ;

que les frais de première instance et de la procédure de recours doivent être supportés par les intimés, solidairement entre eux (art. 106 al. 1 et 3 CPC) ;

qu'il n'y a pas lieu de rediscuter la quotité (100 fr.) - non contestée - de l'émolument fixé par la juge de district suppléante, laquelle quotité sera donc confirmée ;

que, compte tenu du degré usuel de difficulté de la cause, ainsi que des principes de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations (art. 13 al. 1 et 2 LTar), l'émolument forfaitaire de la présente décision (art. 95 al. 2 let. b CPC) est arrêté à 700 fr. (art. 52 et 61 al. 1 OELP) ;

que ce montant est prélevé sur l'avance fournie par la recourante (art. 111 al. 1 CPC), à charge pour les intimés de le lui rembourser (art. 111 al. 2 CPC), solidairement entre eux ;

qu'au vu de l'activité utilement exercée céans par le mandataire de la recourante, qui a déposé une écriture de recours de sept pages, les intimées lui verseront, solidairement entre eux, une indemnité de 850 fr. à titre de dépens pour la procédure de recours (art. 95 al. 3 let. a-b CPC ; art. 27 et 35 al. 2 let. a LTar), étant précisé qu'il ne ressort pas du

dossier de la cause MAR LP 22 837 que la recourante aurait réclamé des dépens pour celle-ci, notamment lors de l'audience du 7 novembre 2022 ;

Par ces motifs,

prononce

1. Le recours est admis.
2. La décision de faillite rendue le 7 novembre 2022 par la juge suppléante des districts de Martigny et St-Maurice (MAR LP 22 837) est annulée.
3. La réquisition de faillite déposée le 9 août 2022 est rejetée.
4. Les frais judiciaires de première instance (100 fr.) et de la procédure de recours (700 fr.) sont mis à la charge de Y _____ et Z _____, solidairement entre eux.
5. Y _____ et Z _____ verseront, solidairement entre eux, à X _____ Sàrl 700 fr. à titre de remboursement d'avance et 850 fr. à titre de dépens pour la procédure de recours.

Sion, le 19 janvier 2023