

## COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

---

---

Arrêt du 30 janvier 2020

---

Composition : M. MAILLARD, président  
Mmes Byrde et Rouleau, juges  
Greffier : Mme Debétaz Ponnaz

\*\*\*\*\*

**Art. 29 al. 2 Cst. ; 138 al. 1 et 3 let. a CPC ; 168 et 174 al. 1 LP**

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 **A.**\_\_\_\_\_, à [...], contre le jugement rendu le 21 novembre 2019, à la suite de l'audience du même jour, par la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Lausanne, prononçant la faillite du recourant à la requête d'**O.**\_\_\_\_\_**SA**, à [...].

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

**En fait :**

**1.** Le 17 octobre 2019, O.\_\_\_\_\_SA a déposé auprès du Tribunal d'arrondissement de Lausanne une requête de faillite contre A.\_\_\_\_\_, titulaire de l'entreprise individuelle N.\_\_\_\_\_ A.\_\_\_\_\_. Elle a produit le commandement de payer et la commination de faillite qui avaient été notifiés à l'intimé, respectivement le 7 juin 2019 et le 18 juillet 2019, dans la poursuite n° 9'171'792 de l'Office des poursuites du district de Lausanne.

Par citation du 21 octobre 2019 envoyée en courrier recommandé, les parties ont été citées à comparaître à l'audience de faillite du 21 novembre 2019, à 11 heures. Le pli destiné à l'intimé contenait également la requête de faillite. Il est venu en retour au greffe du tribunal avec la mention « non réclamé », le 5 novembre 2019. Le procès-verbal des opérations mentionne que ce pli a été réexpédié le même jour en courrier « A ».

**2.** A l'issue de l'audience du 21 novembre 2019, à laquelle personne ne s'est présenté, la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Lausanne, constatant que la requête et les pièces produites étaient conformes aux réquisits légaux et que l'intimé n'avait pas justifié par titre que la créance avait été acquittée en capital, frais et intérêts, ou qu'un sursis lui avait été accordé, a prononcé la faillite d'A.\_\_\_\_\_, le jour même, à 11 heures 33, et a mis les frais, par 200 fr., à la charge du failli.

Le jugement a été adressé pour notification aux parties le jour même. Le pli destiné au failli est revenu au greffe du tribunal le 4 décembre 2019, avec la mention « non réclamé ».

**3.** Par acte du 5 décembre 2019, A.\_\_\_\_\_ a recouru contre le jugement de faillite, concluant, avec suite de frais et dépens, à son annulation « en ce sens que la faillite d'A.\_\_\_\_\_ n'est pas prononcée ». Il a requis l'octroi de l'effet suspensif.

Par prononcé du 10 décembre 2019, la Présidente de la Cour des poursuites et faillites a rejeté la requête d'effet suspensif.

Le 19 décembre 2019, le recourant s'est déterminé sur l'extrait des poursuites le concernant et a produit des quittances de règlement dans douze poursuites.

Par avis du greffe de la cour de céans du 30 décembre 2019, un délai de dix jours a été imparti à l'intimée pour répondre au recours.

Le 15 janvier 2020, le recourant a déposé une nouvelle requête d'effet suspensif.

Par lettre du 16 janvier 2020, l'intimée a indiqué qu'elle avait reçu de l'avocat du recourant et de l'office des poursuites, respectivement, les preuves et la confirmation du paiement des poursuites en cours contre le recourant, mais qu'elle ne retirerait pas sa requête de faillite tant que le montant ne serait pas versé sur son compte.

Par prononcé du 20 janvier 2020, le président de la cour de céans, constatant que la citation à l'audience de faillite semblait ne pas avoir été valablement notifiée au recourant et que le prononcé pourrait devoir être annulé pour ce motif, a accordé l'effet suspensif et ordonné des mesures conservatoires, soit l'inventaire et l'audition du failli.

**En droit :**

**I.** En vertu de l'art. 174 al. 1, 1<sup>re</sup> phrase, LP (loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ; RS 281.1), la décision du juge de la faillite peut, dans les dix jours, faire l'objet d'un recours au sens du CPC (Code de procédure civile ; RS 272). Selon l'art. 321 al. 1 CPC, le recours s'exerce par le dépôt d'un acte écrit et motivé, introduit auprès de l'instance de recours.

En l'espèce, le pli contenant le jugement destiné au failli n'a pas été réclamé par ce dernier. Pour les motifs exposés ci-dessous (cf. consid. II), la fiction de notification prévue par l'art. 138 al. 3 let. a CPC ne s'applique pas en l'occurrence. En revanche, il ressort du procès-verbal des opérations que le conseil du recourant est venu consulter le dossier au tribunal d'arrondissement le 3 décembre 2019. On peut donc considérer qu'il a pris connaissance du jugement de faillite à cette date. Posté le 5 décembre 2019, le recours a ainsi été déposé en temps utile. Il est en outre exercé dans les formes requises, de sorte qu'il est recevable.

**II. a)** A teneur de l'art. 138 al. 1 CPC, les citations, les ordonnances et les décisions doivent être notifiées par envoi recommandé ou d'une autre manière contre accusé de réception. Un acte est notamment réputé notifié en cas d'envoi recommandé, lorsque celui-ci n'a pas été retiré à l'expiration d'un délai de sept jours à compter de l'échec de la remise, si le destinataire devait s'attendre à recevoir la notification (art. 138 al. 3 let. a CPC). La fiction de notification valant en cas d'envoi recommandé ne s'applique toutefois pas à l'avis de l'audience de faillite (art. 168 LP ; ATF 138 III 225 consid. 3 ; TF 5A\_466/2012 du 4 septembre 2012 consid. 4.1.1). En effet, comme le prévoit expressément l'art. 138 al. 3 let. a CPC, un acte judiciaire ne peut être réputé notifié que si son destinataire devait s'attendre à le recevoir. Un rapport procédural, qui impose aux parties de se comporter conformément aux règles de la bonne foi, soit, notamment, de se préoccuper de ce que les actes judiciaires concernant la procédure puissent leur être notifiés, ne prend toutefois naissance qu'à partir de la litispendance (ATF 138 III 225 précité consid. 3.1 ; ATF 130 III 396 consid. 1.2.3 et les références ; TF 5D\_130/2011 du

22 septembre 2011 consid. 2.1, publié *in* Pra 2012 (42) 300 ; TF 5A\_466/2012 précité consid. 4.1.1). Or, la procédure tendant au prononcé de la faillite est une nouvelle procédure par rapport aux étapes précédentes y menant. Elle ne fait automatiquement suite ni à la procédure préalable, ni à la commination de faillite (art. 159 ss LP). Ainsi, la procédure de faillite n'est pendante qu'à partir de la réquisition de faillite et le devoir des parties de se comporter selon la bonne foi ne naît qu'après la création du rapport de procédure en découlant (ATF 138 III 225 précité consid. 3.2 ; TF 5A\_466/2012 consid. 4.1.1 précité).

L'avis aux parties de l'audience de faillite avant la tenue de celle-ci (art. 168 LP) est une condition formelle de la décision de faillite. Si cet avis n'a pas lieu, le droit des parties d'être entendues, protégé par l'art. 29 al. 2 Cst. (Constitution fédérale ; RS 101), est violé, car il découle de ce droit notamment le droit d'être cité régulièrement aux débats. Cette garantie a pour but d'assurer à chaque partie le droit de ne pas être condamnée sans avoir été mise en mesure de défendre ses intérêts (ATF 131 I 185 consid. 2.1; ATF 117 Ib 347 consid. 2b/bb et les références ; TF 5A\_466/2012 précité consid. 4.1.2). En particulier, le débiteur est privé de la possibilité de prouver les faits qui doivent conduire au rejet de la réquisition de faillite (art. 172 LP). L'atteinte causée par le défaut d'une citation valablement notifiée est d'une gravité telle qu'elle ne peut pas être réparée devant l'instance de recours ; si cette atteinte est réalisée, la cause doit être renvoyée à l'autorité de première instance (ATF 138 III 225 précité consid. 3.3 et les références ; TF 5A\_466/2012 consid. 4.1.2 précité).

Le fardeau de la preuve de la notification d'un acte et de la date de cette notification incombe à l'autorité qui entend en tirer une conséquence juridique et cette autorité supporte les conséquences de l'absence de preuve (Bohnet, Commentaire romand, Code de procédure civile, n. 35 *ad* art. 138 CPC).

**b)** En l'espèce, la requête et la citation à comparaître à l'audience de faillite ont été envoyées au recourant, à l'adresse de son

domicile. L'envoi recommandé est cependant venu en retour à l'autorité de première instance avec la mention « non réclamé ». Le pli a été renvoyé en courrier A à la même adresse le 5 novembre 2019. Conformément à la jurisprudence précitée, la fiction de la notification à l'échéance du délai de garde postal ne s'applique pas. Il ne ressort par ailleurs pas du dossier que le pli non réclamé aurait été à nouveau notifié à son destinataire d'une autre manière contre accusé de réception, par exemple par huissier. Le simple renvoi en courrier A n'est pas conforme aux exigences posées par l'art. 138 al. 1 CPC. Il n'est pas établi que le recourant, qui ne s'est pas présenté à l'audience, l'a effectivement reçu. Il résulte de ce qui précède que la requête et l'avis d'audience de faillite n'ont pas été valablement notifiés au recourant. Ce dernier n'a dès lors pas eu la possibilité de prendre connaissance de la requête, ni de se déterminer à son sujet avant que le jugement ne soit rendu, ce qui constitue une violation de son droit d'être entendu.

Le recourant ne soulève pas le grief de violation du droit d'être entendu et ne conclut pas à l'annulation du jugement pour ce motif. La cour de céans considère toutefois qu'elle est habilitée à constater d'office la violation des règles de procédure civile sur l'assignation (CPF 22 mars 2018/38 ; CPF 10 avril 2014/145).

**III.** Vu ce qui précède, le recours doit être admis, le jugement de faillite annulé d'office et la cause renvoyée au premier juge afin qu'il statue à nouveau après avoir valablement notifié la requête de faillite au recourant et cité celui-ci à comparaître à l'audience de faillite.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr., sont laissés à la charge de l'Etat, en application de l'art. 107 al. 2 CPC, l'avance de frais effectuée par le recourant, par 300 fr., lui étant restituée.

Obtenant gain de cause, le recourant a droit en outre à des dépens de deuxième instance, à la charge de l'intimée. En effet, seuls les frais judiciaires sont mentionnés à l'art. 107 al. 2 CPC et il est exclu de

condamner l'Etat - lorsqu'il n'est pas partie à une procédure - à verser des dépens ; ceux-ci restent à la charge de la partie qui succombe, conformément à l'art. 106 al. 1 CPC (Tappy, *in* Bohnet *et alii* (éd.), Commentaire romand, Code de procédure civile, 2<sup>e</sup> éd., n. 35 *ad* art. 107 CPC). En l'espèce, les dépens de deuxième instance peuvent être arrêtés à 500 fr., vu la brièveté des écritures, qui, au surplus, ne soulèvent pas le moyen tiré de la violation du droit d'être entendu (art. 3 al. 2 et 3 TDC [tarif des dépens en matière civile ; BLV 270.11.6]).

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.** Le jugement est annulé d'office et la cause renvoyée à la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Lausanne afin qu'elle statue à nouveau après avoir dûment notifié la requête de faillite à A.\_\_\_\_\_ et cité celui-ci à comparaître à l'audience de faillite.

**III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr. (trois cents francs), sont laissés à la charge de l'Etat.

L'avance de frais de 300 fr. (trois cents francs) effectuée par le recourant A.\_\_\_\_\_ lui est restituée par la caisse du Tribunal cantonal.

**IV.** L'intimée O.\_\_\_\_\_SA doit verser au recourant A.\_\_\_\_\_ la somme de 500 fr. (cinq cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.

**V.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié, par l'envoi de photocopies, à :

- Me Stéphanie Cacciatore, avocate (pour A.\_\_\_\_\_),
- O.\_\_\_\_\_SA,
- M. le Préposé à l'Office des poursuites du district de Lausanne,
- M. le Préposé à l'Office des faillites de l'arrondissement de Lausanne.

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 :

- Mme la Conservatrice du Registre foncier, Office de Lausanne,
- M. le Préposé au Registre du Commerce du canton de Vaud,

et communiqué à :

- Mme la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Lausanne.

La greffière :