

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 31 décembre 2024

Composition : M. HACK, président
Mmes Byrde et Giroud Walther, juges
Greffier : Mme Debétaz Ponnaz

Art. 29 al. 2 Cst. ; 103 CPC ; 169 et 191 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.K.** _____, à [...], contre la demande d'avance de frais de dépôt de bilan de personne physique adressée le 29 novembre 2024 à la recourante par la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Lausanne.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. Par acte daté du 7 et posté le 11 novembre 2024, adressé au Tribunal d'arrondissement de Lausanne, A.K._____ a demandé que soit prononcée sa faillite personnelle, en exposant sa situation financière obérée.

A.K._____ et l'Office des faillites de l'arrondissement de Lausanne (ci-après : l'Office) ont été cités à comparaître à l'audience du 30 janvier 2025, par citation du 29 novembre 2024.

2. Par décision du tribunal du 29 novembre 2024, un délai au 3 janvier 2025 a été imparti à A.K._____ pour déposer diverses pièces et verser à l'Office une avance de frais de 5'000 fr. et au greffe du tribunal une avance de frais de 200 francs. La décision mentionne qu'elle peut faire l'objet d'un recours au sens des art. 319 ss CPC (Code de procédure civile ; RS 272) dans un délai de dix jours.

3. Par acte remis à la poste le 8 décembre 2024, adressé au Tribunal d'arrondissement de Lausanne, A.K._____ a recouru contre cette décision en demandant d'être exonérée totalement des avances de frais requises. Elle a joint à son recours une demande d'assistance judiciaire datée du 7 décembre 2024, adressée au Tribunal d'arrondissement de Lausanne, et des pièces justificatives concernant sa situation financière et celle de son époux B.K._____.

Le tribunal d'arrondissement a transmis le dossier au Tribunal cantonal le 11 décembre 2024. Par avis du même jour, il a informé la recourante et l'Office du renvoi de l'audience du 30 janvier 2025.

Par lettre du 19 décembre 2024, se référant à la requête d'assistance judiciaire précitée, le Président de la cour de céans a dispensé la recourante de l'avance de frais [réd. de recours] et dit que la décision sur l'octroi de l'assistance judiciaire serait prise dans l'arrêt à intervenir.

En droit :

I. a) La procédure de faillite est soumise à la procédure sommaire des art. 252 ss CPC. Dans le cadre de cette procédure, l'art. 103 CPC ouvre la voie du recours des art. 319 ss CPC contre la décision fixant l'avance de frais. Selon la doctrine, la portée de cette disposition s'étend aux décisions rendues en application des art. 98 à 102 CPC (Tappy, *in* Bohnet et alii (éd.), Commentaire romand CPC, 2019, n. 13 *ad* art. 103 CPC).

Selon l'art. 169 al. 1 LP, celui qui requiert la faillite répond des frais jusqu'à et y compris la suspension des opérations faute d'actif ou jusqu'à l'appel aux créanciers. Le juge peut exiger qu'il en face l'avance (art. 169 al. 2 LP). Une telle avance s'étend aux frais du tribunal de la faillite, c'est-à-dire aux frais de la procédure de première instance jusqu'au prononcé de la faillite, ainsi qu'aux émoluments et aux dépenses de l'office des faillites jusqu'à la suspension de la faillite faute d'actifs ou jusqu'à l'appel aux créanciers (ATF 134 III 136 consid. 2), mais pas à une éventuelle procédure de recours contre le prononcé de la faillite ; au contraire, l'autorité de recours perçoit séparément les frais de la procédure de recours (TF 5A_332/2019 consid. 3 et les références).

L'avance des frais liés à une requête de faillite comprend donc les frais de la procédure judiciaire - de première instance - et les frais de la procédure de faillite proprement dits, soit ceux pour les actes de l'office des faillites (Brunner/Boller/Fritschi, *in* Staehelin/ Bauer/Lorandi (éd.),

Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band II, 3^e éd., 2021, [ci-après : BSK-SchKG II], n. 32 *ad* art. 191 LP ; Vock/Meister-Müller, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2^e éd., 2018, p. 251).

La cour de céans a admis que la voie du recours des art. 319 ss CPC était ouverte contre la décision du juge de la faillite fixant l'avance de frais et ce pour les frais judiciaires et les frais de la procédure de faillite proprement dits (CPF 28 décembre 2011/547 ; confirmé par CPF 3 mai 2024/95).

Le recours contre l'avis de l'autorité précédente fixant l'avance de frais à effectuer auprès de l'Office et auprès du greffe du tribunal est ainsi matériellement recevable.

b) Le recours doit être introduit auprès de l'instance de recours par acte écrit et motivé (art. 321 al. 1 CPC), dans les dix jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 321 al. 2 CPC), le délai de recours étant réputé observé si l'acte est adressé en temps utile à l'autorité qui a rendu la décision attaquée (ATF 140 III 636 consid. 3.7).

En l'espère, le recours a été interjeté dans les formes requises et en temps utile, auprès de l'autorité précédente. Il est recevable formellement.

II. La recourante fait valoir qu'au vu de sa situation, il lui est impossible de verser une avance de frais de 5'000 fr. à l'Office et que le versement de l'avance de frais de 200 fr. au tribunal ne serait possible qu'au prix « de sacrifices alimentaires ».

a) La jurisprudence a relevé que l'avance des frais de la faillite n'est pas obligatoire mais facultative, le juge de la faillite *pouvant* l'exiger (art. 169 al. 2 LP) ou ne pas le faire (cf. art. 35 al. 1, 1^{re} phrase, OAOF [ordonnance sur l'administration des offices de faillite ; RS 281.32]), et

que la renonciation à une avance des frais de faillite ne libère pas le requérant de la responsabilité pour ceux-ci (art. 169 al. 1 LP ; ATF 134 III 136 consid. 2.3 et références).

L'avance de frais pour la procédure de faillite après le prononcé d'insolvabilité ne doit pas être intentionnellement dissuasive, soit poursuivre le but de prévenir des faillites personnelles abusives (Brunner/Boller/Fritschi, BSK-SchKG II, n. 33a ad art. 191 LP ; ATF 118 III 27 consid. 3e, JdT 1994 III 66, spéc., pp. 73-74). Dans ce dernier arrêt, le Tribunal fédéral a indiqué que le législateur n'avait pas exclu la dispense de l'avance de frais dans la procédure de poursuite pour dettes et de faillite (ATF 118 III 27 précité consid. 2e) et a rappelé que cette dispense pouvait être obtenue aux conditions de l'assistance judiciaire, à savoir si la partie requérante était indigente, que ses conclusions n'apparaissaient pas d'emblée vouées à l'échec et que les actes de procédure requis n'étaient pas irrecevables (même arrêt, consid. 3c).

Dans des arrêts ultérieurs, le Tribunal fédéral a précisé que la requête de faillite personnelle était vouée à l'échec si la liquidation de celle-ci devait être suspendue faute d'actif en application de l'art. 230 al. 1 LP (ATF 119 III 28 consid. 2b/bb, JdT 1995 II 75 ; ATF 119 III 113 consid. 2 et 3, JdT 1996 II 105). Le débiteur-requérant devrait donc disposer de biens réalisables, mais pas des liquidités nécessaires au paiement de l'avance de frais de l'art. 169 LP pour bénéficier de la dispense d'avance de frais (ATF 133 III 614 consid. 5 et 6).

Cette exigence supplémentaire trouve son fondement dans le fait que dans le cas de la suspension de faillite selon l'art. 230 al. 1 LP, celle-ci est close sans délivrance d'actes de défaut de biens, avec pour conséquence que les poursuites renaissent (art. 230 al. 4 LP) et sont continuées par voie de saisie. Le débiteur, qui ne pourra pas exciper de son défaut de retour à meilleure fortune selon l'art. 265 LP (ATF 133 III 614 consid. 6.1), se retrouvera ainsi dans la situation qui était la sienne avant la requête de faillite personnelle, soit sans changement.

b) Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel, dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours au fond (ATF 144 I 11 consid. 5.3 ; TF 5A_804/2022 du 24 février 2023 consid. 3.1.2). Toutefois une violation du droit d'être entendu qui n'est pas particulièrement grave peut exceptionnellement être guérie si l'intéressé peut s'exprimer devant une instance de recours ayant un libre pouvoir d'examen en fait comme en droit (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 ; 135 I 187 consid. 2.2 ; TF 4D_76/2020 du 2 juin 2021 consid. 4.2, non publié *in* ATF 147 III 440).

Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse ; RS 101) implique pour l'autorité l'obligation de motiver sa décision (ATF 146 II 335 consid. 5.1 ; 143 III 65 consid. 5.2 ; 141 III 28 consid. 3.2.4). Cette obligation a pour but que la personne destinataire de la décision puisse la comprendre, la contester utilement s'il y a lieu et que l'instance de recours soit en mesure, si elle est saisie, d'exercer pleinement son contrôle. Pour répondre à ces exigences, l'autorité doit mentionner, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que la personne concernée puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause (ATF 143 III 65 consid. 5.2).

c) En l'espèce, la recourante a requis sa mise en faillite personnelle. Vu la lettre de l'art. 169 al. 2 LP, on ne saurait exiger que cette requête comprenne une demande de dispense d'avance de frais.

L'autorité précédente a fixé le montant de l'avance de frais à verser à l'Office à 5'000 fr. et l'avance des frais judiciaires à 200 fr. et a indiqué les voies de droit. Elle n'a pas exposé les raisons pour lesquelles elle faisait usage de la faculté donnée par l'art. 169 al. 2 LP, ni motivé la quotité des avances de frais demandées. La décision apparaît ainsi lacunaire au regard de l'obligation pour les autorités de motiver leur décision. L'autorité précédente n'a en outre pas traité la requête

d'assistance judiciaire datée du 7 décembre 2024, dont elle était expressément désignée comme la destinataire et qui était jointe au recours qui lui a été adressé directement.

La cour de céans n'est pas en mesure de statuer sur la question de la quotité de l'avance à verser à l'Office - le montant de l'avance des frais judiciaires résultant, lui, de l'art. 52 let. a OELP, ni sur la question de la dispense des frais de la faillite ; elle n'est par ailleurs pas compétente pour statuer sur la requête d'octroi de l'assistance judiciaire en première instance qui n'a pas été traitée par l'autorité précédente et ne fait donc pas l'objet du recours. La décision attaquée doit par conséquent être annulée et la cause renvoyée à l'autorité précédente pour instruction sur la question de la dispense d'avance de frais, respectivement de la quotité de l'avance de frais à verser à l'Office, et sur la requête d'assistance judiciaire et pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

III. L'arrêt est rendu sans frais.

Contrairement à ce qui a été indiqué à la recourante, il n'y a pas lieu de statuer sur la requête d'assistance judiciaire dès lors qu'elle ne tend pas à l'exonération des frais judiciaires de deuxième instance et qu'au demeurant, si tel était le cas, cette requête serait sans objet.

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. La décision est annulée et la cause renvoyée à la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Lausanne pour qu'elle procède dans le sens des considérants.

III. Le présent arrêt, rendu sans frais, 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 :

- Mme A.K. _____.

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 :

- M. le Préposé à l'Office des faillites de l'arrondissement de Lausanne,

et, en original, à :

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

La greffière :