

# FR\_GERICHTE 102 2018 317 vom 27. Februar 2019

FR Kantonsgericht, 2019-02-27, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_102\\_2018\\_317](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_102_2018_317)

FR: FR\_GERICHTE 102 2018 317 du 27 février 2019

IT: FR\_GERICHTE 102 2018 317 del 27 febbraio 2019

## Regeste

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

## Erwägungen

### E. 3

décembre 2018, à la Prison centrale, à Fribourg. Le jugement a été porté à la connaissance de A. \_\_\_\_\_ le 29 novembre 2018 par un représentant de l'Office cantonal des faillites. C. Par mémoire du 6 décembre 2018, A. \_\_\_\_\_ a recouru contre cette décision, concluant à son annulation et au renvoi de la cause au Président pour nouvelle citation des parties, frais de la procédure de première instance à la charge de la requérante. Il a en outre requis l'octroi d'une indemnité de partie à la charge de l'intimée pour la procédure de recours. De plus, le recourant a sollicité l'effet suspensif, que le Président de la Cour a octroyé le 11 décembre 2018. D. Invitée à se déterminer sur le recours, B. \_\_\_\_\_ SA s'en est remise à justice quant au fond et a conclu au rejet des conclusions tendant à la mise à sa charge des frais de la procédure de première instance de l'indemnité de partie requise. en droit 1. 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 Code de procédure civile. La décision attaquée a été portée à la connaissance du recourant le 29 novembre 2018. Interjeté le 6 décembre 2018, le recours l'a été en temps utile. 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). 1.3. En application de l'art. 327 al. 2 CPC, la Cour statue sur pièces.

Tribunal cantonal TC Page 3 de 4 2. 2.1. Le recourant invoque une violation de son droit d'être entendu. Il allègue que l'audience de faillite du 26 novembre 2018 a eu lieu en violation des art. 168 LP et 136 CPC. 2.2. Aux termes de l'art. 134 CPC, sauf disposition contraire de la loi, la citation doit être expédiée dix jours au moins avant la date de comparution. Ce délai – qui constitue un minimum – commence à courir le lendemain du jour de l'expédition de la citation (art. 142 CPC), et non de sa réception (CPC-BOHNET, 2011, art. 134, n. 2). S'agissant plus précisément de l'audience de faillite, l'art. 168 LP dispose que le juge saisi d'une réquisition de faillite avise les parties des jour et heure de son audience au mois trois jours à l'avance. Ainsi, la notification effective de la citation au débiteur doit avoir lieu au minimum 3 jours avant l'audience (BSK SchKG II – NORDMANN, 2e éd., 2013, art. 168 n. 11; KuKo SchKG – DIGGELMANN, 2e éd., 2014, art. 168 n. 3). 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., 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). 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). Le Tribunal fédéral a en outre posé que le principe de la notification fictive à l'échéance du délai de garde de sept jours ne s'applique pas en matière de mainlevée ou de faillite (ATF 138 III 225 consid. 3.1, JdT 2012 II 457). 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, consid. 3.3 et les références).

2.3. En l'espèce, le Président a envoyé par acte judiciaire le 23 octobre 2018 à A. \_\_\_\_\_, à son ancienne adresse, une copie de la réquisition de faillite ainsi qu'une citation à comparaître à l'audience de faillite du 26 novembre 2018. Etant donné qu'il était introuvable à l'adresse indiquée, ce courrier lui a été envoyé à nouveau le 30 octobre 2018 par acte judiciaire à l'adresse de son frère, F. \_\_\_\_\_, lequel a refusé le pli, qui lui a ensuite été adressé en courrier A, le 6 novembre 2018. Le 20 novembre 2018, dans le cadre d'une autre affaire, le Président a été informé par l'avocat de A. \_\_\_\_\_ que ce dernier n'avait jamais été domicilié chez son frère et qu'il était en détention provisoire depuis le 4 mai 2018, laquelle était prolongée jusqu'au 3 janvier 2019. Dans ces circonstances, force est de constater que l'audience qui a eu lieu le 26 novembre 2018, lors de laquelle la faillite de A. \_\_\_\_\_ a été prononcée, l'a été sans que ce dernier n'ait valablement été informé de sa tenue (art. 168 LP), la notification fictive à l'échéance du délai de garde de sept jours ne s'appliquant pas en matière de faillite. Ainsi, A. \_\_\_\_\_ n'a pas pu faire valoir son droit d'être entendu, en particulier prouver les faits qui doivent conduire au rejet de la réquisition de faillite (art. 172 LP). La décision de faillite du 26 novembre 2018 doit donc être annulée et la cause renvoyée au Président pour fixation d'une nouvelle audience.

### **E. 3.1**

Compte tenu de l'issue de la procédure, les frais judiciaires de la procédure de recours, par CHF 300.-, sont laissés à la charge de l'Etat (art. 107 al. 2 CPC). Partant, l'avance de frais de CHF 300.- versée par A. \_\_\_\_\_, le 20 décembre 2018, lui sera restituée.

### **E. 3.2**

Dans la mesure où B. \_\_\_\_\_ SA s'en est remise à justice quant aux conclusions du recourant sur le fond du recours, elle ne saurait être condamnée à payer des dépens au recourant.

Tribunal cantonal TC Page 4 de 4 la Cour arrête : I. Le recours est admis. Partant, la décision du Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Sarine du 26 novembre 2018 prononçant la faillite de A. \_\_\_\_\_ est annulée et la cause lui est renvoyée pour fixation d'une nouvelle audience. II. Les frais judiciaires de la procédure de recours, par CHF 300.-, sont mis à la charge de l'Etat. L'avance de frais de CHF 300.- versée par A. \_\_\_\_\_, le 20 décembre 2018, lui sera restituée. Il n'est pas alloué de dépens. III. 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 27 février 2019/say Le Président : La

Greffière-rapporteurs :

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