

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 18 juin 2012

Présidence de M. HACK, président
Juges : MM. Bosshard et Sauterel
Greffier : Mme Nüssli

Art. 17, 18, 20a al. 2 ch. 3 et 232 LP

La Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal prend séance à huis clos, en sa qualité d'autorité cantonale supérieure de surveillance, pour statuer sur le recours interjeté par **A.D.**_____, à Siivikkala (Finlande), contre la décision rendue le 10 octobre 2011, à la suite de l'audience du 9 juin 2011, par le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois, autorité inférieure de surveillance, admettant partiellement la plainte de la recourante contre les publications de l'ouverture de sa faillite ancillaire effectuées les 25 mars 2011 et 19 avril 2011 par l'**OFFICE DES FAILLITES DE L'ARRONDISSEMENT DE L'EST VAUDOIS** dans le cadre de la procédure en reconnaissance de la faillite internationale ouverte par la **Masse en faillite de A.D.**_____ et

par l'**Hoirie de feu S.**_____, dont les droits ont été entièrement repris par **B.D.**_____.

Vu les pièces du dossier, la cour considère :

En fait :

1. Le 9 décembre 2010, la cour de céans a adressé, notamment à l'Office des faillites de l'arrondissement de l'Est vaudois (ci-après : l'office) le dispositif d'un arrêt rendu le même jour en séance publique, admettant la requête de reconnaissance de faillite étrangère déposée par la masse en faillite de A.D._____ et l'hoirie de feu S._____ et disant qu'une procédure de faillite ancillaire contre A.D._____ était ouverte en Suisse. A son chiffre V, le dispositif mentionnait que l'arrêt motivé était exécutoire.

L'office a publié l'ouverture de cette faillite dans la Feuille des avis officiels (FAO) et dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) du 25 mars 2011, avec un délai de production au 25 avril 2011, en indiquant le 9 décembre 2009 comme date d'ouverture de la faillite, mais en précisant plus bas comme date de l'ouverture de la faillite en Finlande le 26 octobre 2006 et comme date de la reconnaissance (exequatur) en Suisse et de l'ouverture d'une faillite ancillaire le 9 décembre 2010.

L'arrêt motivé de la cour de céans a été adressé pour notification aux parties le 11 avril 2011, le délai de recours au Tribunal fédéral de trente jours partant de la date de la notification.

Par lettre du 15 avril 2011, la faillie a annoncé à l'office qu'elle entendait recourir au Tribunal fédéral et qu'il convenait de suspendre toute procédure de traitement de la faillite jusqu'à la décision du Tribunal fédéral, sans quoi elle risquait de subir un préjudice irréparable.

L'office a à nouveau publié la faillite de A.D. _____ dans la FAO et la FOSC du 19 avril 2011, le délai de production étant maintenu au 25 avril 2011, en précisant qu'il s'agissait d'une publication rectificative à la suite de la modification du représentant en Suisse de la masse en faillite en Finlande. Les dates de l'ouverture de la faillite en Finlande et de l'ouverture de la faillite ancillaire en Suisse sont mentionnées de la même manière que dans la publication du 25 mars 2011.

A.D. _____ a recouru au Tribunal fédéral le 21 avril 2011 contre l'arrêt du 9 décembre 2010 de la cour de céans. Par ordonnance d'un juge président du 17 mai 2011, la requête d'effet suspensif a été rejetée.

2. Le 28 avril 2011, estimant que le jugement de faillite n'était pas exécutoire lors des publications effectuées par l'office les 25 mars et 19 avril 2011, A.D. _____ a adressé une plainte au sens de l'art. 17 LP au Président du Tribunal de l'Est vaudois pour faire constater leur nullité, subsidiairement les annuler, et pour ordonner une publication rectificative.

L'office a conclu au rejet de la plainte, faisant valoir qu'en vertu de l'art. 175 LP, la décision de faillite est exécutoire dès qu'elle est prise.

Par prononcé du 10 octobre 2011, le Président du Tribunal de l'arrondissement de l'Est vaudois, en sa qualité d'autorité inférieure de surveillance en matière de poursuites pour dettes et faillites, a admis partiellement la plainte (I), annulé la publication effectuée le 25 mars 2011 par l'office (II), confirmé celle du 19 avril 2011 (III) et dit que sa décision était rendue sans frais ni dépens (IV).

En substance, le premier juge a considéré que la publication du 25 mars 2011 était intervenue alors que la décision de faillite n'était pas exécutoire, puisque l'arrêt motivé de la cour de céans n'avait été

notifié que le 11 avril 2011. En revanche, celle du 19 avril 2011, se situant après la notification dudit arrêt était valide.

3. Le 10 octobre 2011 également, le Tribunal fédéral a rejeté le recours interjeté par A.D. _____ contre l'arrêt de la cour de céans du 9 décembre 2009.

4. A.D. _____ a recouru par acte du 21 octobre 2011 contre le prononcé du 10 octobre 2011 de l'autorité inférieure de surveillance, formulant les conclusions suivantes :

"Principalement :

I. Le recours est admis.

II. Les chiffres I et III du prononcé attaqué sont réformés comme suit :

I. admet la plainte formée le 29 avril 2011, au nom de A.D. _____, par Mes Ciocca et Micheli, contre la publication de l'ouverture de la faillite ancillaire de A.D. _____ des 25 mars et 19 avril 2011 dans la Feuille des avis officiels du Canton de Vaud et dans la Feuille officielle suisse du commerce;

III. annule la publication effectuée le 19 avril 2011 par l'Office des faillites de l'arrondissement de l'Est vaudois;"

Les chiffres II et IV du prononcé attaqué demeurant inchangés.

Subsidiairement

III. Le recours est admis.

IV. Le prononcé attaqué est annulé, la cause étant renvoyée à l'autorité inférieure de surveillance en matière de poursuites pour dettes et faillites pour nouvelle décision dans le sens des considérants."

La recourante fait valoir que la publication du 19 avril 2011, rectifiant une première publication qui a été annulée, doit suivre le sort de celle-ci. Elle soutient également que la date du 9 décembre 2010, indiquée dans cette publication comme date de l'ouverture de la faillite, est fautive, la date correcte étant celle de l'envoi de l'arrêt motivé, soit le 12 avril

2011. Enfin, elle invoque le non-respect du délai de production d'un mois prévu par l'art. 232 al. 2 LP.

Par lettre du 1^{er} novembre 2011, l'office s'est référé à ses déterminations de première instance.

Dans leurs déterminations du 1^{er} décembre 2011, l'intimée masse en faillite de A.D._____, représentée par son liquidateur L._____, et B.D._____, successeur de l'Hoirie de feu S._____, ont conclu à l'irrecevabilité et, subsidiairement, au rejet du recours, à la réforme de la décision en ce sens que la plainte est rejetée, et, subsidiairement à son annulation et au renvoi de la cause devant l'autorité de surveillance.

Par lettre du 22 décembre 2011, le conseil de la masse en faillite de A.D._____ a encore précisé n'agir qu'au nom de celle-ci, que l'indication de B.D._____ comme partie à la procédure résultait d'une erreur et que ce nom devait en conséquence être biffé.

En droit :

I. a) La procédure de plainte n'est pas soumise au CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 287.35), mais demeure régie par la LP (loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889, RS 281.1) et la LVLP (loi d'application dans le canton de Vaud de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 18 mai 1955, RSV 280.05). Le recours contre la décision de l'autorité inférieure de surveillance est ainsi prévu par l'art. 18 LP et les art. 28 à 33 LVLP.

Déposé en temps utile (art. 18 al. 1 LP et 28 al. 1 LVLP) et exposant les griefs de la recourante (art. 28 al. 3 LVLP), le recours est recevable formellement.

b) La conclusion de l'intimée masse en faillite de A.D. _____ visant à la réforme du prononcé en ce sens que la plainte est intégralement rejetée est irrecevable, faute d'un recours déposé en temps utile. Par ailleurs, si elles ne contiennent pas de disposition similaire à l'art. 323 CPC, ni la LVLP, ni la LP ne prévoient la possibilité d'un recours joint.

c) L'intimée masse en faillite de A.D. _____ soutient que la faillie n'avait pas qualité pour se plaindre de la publication de sa faillite et que, partant, tant sa plainte que son recours seraient irrecevables.

Dans sa lettre adressée le 15 avril 2011 à l'office, le conseil de la recourante évoque un préjudice irréparable en cas de non-suspension de toute procédure de faillite jusqu'à l'issue du recours déposé devant le Tribunal fédéral, mais ce préjudice n'est pas concrètement présenté. Il ne l'est pas davantage dans le recours.

La qualité pour porter plainte – qui doit exister tout au long de la procédure – doit être examinée d'office (Erard, Commentaire romand, n. 22 ad art. 17 LP). Elle suppose un intérêt à agir; elle est ainsi reconnue à toute personne lésée ou exposée à l'être dans ses intérêts juridiquement protégés, ou tout au moins touchée dans ses intérêts de fait, par une mesure ou une omission d'un organe de poursuite (Erard, op. cit., n. 24 ad art. 17 LP; Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, nn. 140 ss ad art. 17 LP; TF 7B.60/2005 du 24 mai 2005; ATF 130 III 400, JT 2005 II 128; ATF 120 III 42 c. 3, JT 1996 II 151). Le plaignant doit en outre justifier d'un intérêt actuel et concret, c'est-à-dire que la mesure ou la décision attaquée doit pouvoir être rectifiée et ne pas avoir un caractère irrévocable (Erard, op. cit., n. 31 ad art. 17 LP; TF 7B.60/2005 du 24 mai 2005 précité).

En matière de publication de faillite, la jurisprudence a admis que la qualité pour se plaindre est reconnue au failli dès lors que la mesure attaquée concerne la mainmise sur les biens formant la masse et les mesures propres à en assurer l'existence (ATF 94 III 83, JT 1969 II 98 c. 3), soit les mesures prises pour saisir et conserver les actifs de la masse (Peter, Edition annotée de la loi fédérale sur la poursuite et la faillite, Berne 2010, p. 55). De plus, même si la publication n'est pas destinée au failli, elle a des effets sensibles et directs pour lui, notamment les paiements effectués en ces mains avant la publication par un débiteur de bonne foi (art. 205 al. 2 LP).

Sous l'angle de la qualité pour se plaindre et pour recourir, le recours est donc recevable.

d) Le délai de plainte est de dix jours dès celui où le plaignant a eu connaissance de la mesure (art. 17 al. 2 LP). La notification et la communication peuvent intervenir par publication (Gilliéron, op. cit., n. 199 ad art. 17 LP; Peter, op. cit., p. 63). C'est le cas pour la publication de l'ouverture de la faillite (Gilliéron, op. cit., n. 201 ad art. 17 LP), le délai de plainte commençant à courir dès le lendemain (art. 142 CPC par renvoi de l'art. 31 LP) de la date de la parution censée correspondre à la date de la distribution. C'est la publication dans la FOSC et non dans la FAO qui fait partir le délai (Peter, op. cit., p. 63).

L'intimée soutient que la plainte du 28 avril 2011 était irrecevable pour tardiveté en tant qu'elle était dirigée contre la publication du 25 mars 2011. Le délai de plainte contre cette mesure était effectivement échu avant les fêtes de Pâques débutant le 17 avril 2011. La plainte déposée le 28 avril 2011 était donc tardive et, partant, irrecevable en tant qu'elle visait cette mesure. Le premier juge est néanmoins entré en matière et l'a annulée.

Selon l'art. 20a al. 2 ch. 3 LP, l'autorité de surveillance cantonale ne peut, sous réserve de l'art. 22 LP, aller au-delà des conclusions des parties. Doctrine et jurisprudence ont tiré de cette règle l'interdiction de la *reformatio in pejus*, soit une modification de la décision attaquée au détriment du recourant (Lorandi, *Betriebsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit*, n. 51 ad art. 20a LP; Dieth, *Beschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen gemäss Art. 17 ff. SchKG*, thèse Zürich 1999, p. 110; TF 7B.240/2001 du 18 décembre 2001 c. 2 in fine; CPF, 21 janvier 2009/1).

En l'espèce, les conclusions de l'intimée en rejet intégral de la plainte sont tardives et ne peuvent être prises en considération (cf. supra let. b). Quant à la recourante, elle a certes conclu, à titre subsidiaire, à l'annulation du prononcé attaqué. Toutefois, il ressort clairement de l'ensemble de ses conclusions qu'elle demande en réalité l'extension de l'admission de sa plainte en ce sens que celle-ci emporte annulation non seulement de la publication du 25 mars 2011, qui a été admise, mais également de celle du 19 avril 2011. Il en résulte que constater l'irrecevabilité pour tardiveté de la plainte en tant qu'elle concerne la publication du 25 mars 2011 constituerait une *reformatio in pejus*. L'admission partielle de la plainte doit donc être confirmée, faute d'avoir fait l'objet d'un recours.

II. a) Le moyen de la recourante tendant à faire constater l'impossibilité, donc la nullité, de rectifier une première publication elle-même nulle est dépourvu de pertinence. En effet, le caractère le cas échéant erroné ou inexact de la portée rectificative d'une publication dont tous les autres points seraient par ailleurs corrects ne peut pas aboutir à son annulation, faute d'un intérêt à celle-ci. L'indication du caractère rectificatif de la publication n'a d'ailleurs qu'une valeur informative, d'autant qu'en l'occurrence cette rectification ne concerne que l'identité du représentant de la masse en faillite.

b) La publication du 19 avril 2011, comme d'ailleurs celle du 25 mars 2011, mentionne comme date d'ouverture de la faillite le 9

décembre 2009. Il s'agit d'une erreur manifeste. En réalité, la décision d'ouverture de la faillite ancillaire a été prise le 9 décembre 2010 par la cour de céans, comme l'indique la suite du texte des deux publications. Cette erreur est sans portée, d'une part parce que tout lecteur est en mesure de la discerner et de la rectifier d'emblée, d'autre part parce que l'indication de la date d'ouverture de la faillite dans la publication n'est que déclarative (Gilliéron, op. cit., n. 18 ad art. 232 LP).

c) S'agissant de la date décisive de l'ouverture de la faillite, le texte de la loi est clair : l'art. 175 LP dispose que la faillite est ouverte au moment où le jugement la prononce et que le jugement constate ce moment. Le moment où la faillite est publiée ou le moment où une partie en prend connaissance ne sont donc pas décisifs. Lorsque les parties sont présentes à l'audience, en l'espèce la séance de la cour de céans était publique, la communication orale de l'ouverture de la faillite suffit (Peter, op. cit., p. 819). La mention "l'arrêt motivé est exécutoire" figurant dans le dispositif de l'arrêt du 9 décembre 2010 n'a ainsi pas de portée sur la date de la faillite. Comme l'exprime un auteur (Gilliéron, op. cit., n. 14 ad art. 175 LP), la date de l'ouverture de la faillite est un fait et, comme tout événement, ne peut être différée, reportée. Le principe est que la date de la faillite constatée officiellement est décisive pour déterminer aussi bien l'actif que le passif du poursuivi. Il serait contraire à l'exigence d'une réglementation claire et raisonnable que cette date soit incertaine parce que variable et fluctuante.

d) Le délai de production au 25 avril 2011, soit le délai d'un mois prévu à l'art. 232 al. 2 LP à compter de la publication, est respecté par l'avis du 19 avril 2011 en tant que celui-ci le fait partir de la publication du 25 mars 2011 qu'il rectifie. Certes, cette publication a été annulée, mais le délai de production n'a de toute manière pas de caractère péremptoire (Vouilloz, Commentaire romand, n. 13 ad art. 232 LP) et les productions tardives sont admises jusqu'à la clôture de la faillite.

III. Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté.

Le présent arrêt est rendu sans frais ni dépens (art. 20a al. 2 ch. 5 LP, 61 al. 2 let. a et 62 al. 2 OELP; ordonnance du 23 septembre 1996 sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite; RS 281.35).

Par ces motifs,
la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos en sa qualité d'autorité cantonale
supérieure de surveillance,
p r o n o n c e :

I. Le recours est rejeté.

II. Le prononcé est confirmé.

III. L'arrêt, rendu sans frais ni dépens, est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 18 juin 2012

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, prend date de ce jour.

Il est notifié, par l'envoi de photocopies, à :

- Mes Philippe Ciocca et François-Roger Micheli, avocats (pour A.D. _____),
- Me Renaud Lattion (pour la masse en faillite de A.D. _____),
- M. le Préposé à l'Office des faillites de l'arrondissement de l'Est vaudois.

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 dix jours - cinq jours dans la poursuite pour effets de change - qui suivent la présente notification (art. 100 LTF).

Cet arrêt est communiqué à :

- M. le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois, autorité inférieure de surveillance.

La greffière :