

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 1^{er} novembre 2019

Composition : Mme BYRDE, présidente
MM. Colombini et Maillard, juges
Greffier : M. Elsig

Art. 190 al. 1 ch. 2, 207 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 **D._____ GMBH en liquidation**, à [...], et **N._____ SA**, à [...], contre le jugement rendu le 23 juillet 2019, à la suite de l'audience du 9 juillet 2019, par le Président du Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois rejetant la requête de faillite sans poursuite préalable de N._____ SA déposée par D._____ GmbH.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. a) Le 13 juin 2019, D._____ GmbH a requis du Président du Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois qu'il prononce, avec suite de frais et dépens, la faillite sans poursuite préalable de N._____ SA pour suspension des paiements. A l'appui de sa requête, elle a produit les pièces suivantes :

- une procuration (pièce 1) ;

- un extrait du registre du commerce relatif à N._____ SA (pièce 2) ;

- une copie d'un commandement de payer, dans la poursuite n° 256729 de l'Office des poursuites de la région de [...], filiale de [...], notifié le 2 mars 2018 à la réquisition de D._____ GmbH à N._____ SA et frappé d'opposition totale, portant sur la somme de 340'065 fr. 35 avec intérêt à 5 % l'an dès le 20 novembre 2017 et indiquant comme titre de la créance ou cause de l'obligation :

« 1. Schlussabrechnung Baustelle M._____
Schlussabrechnung Baustelle X._____
Schlussabrechnung Baustelle H._____ » (pièce 3) ;

- une copie d'un « *Contrat Sous-traitant N° [...]* » du 9 février 2017, rédigé sur papier à entête de N._____ SA et signé par les parties, adjugeant à D._____ GmbH des travaux de gros-œuvre pour l'immeuble [...] Immeuble A à H._____ pour un montant brut de 123'189 fr. et de 125'207 fr. 10 net, TVA incluse (pièce 4) ;

- une copie d'un contrat en allemand de « *Baumeisterarbeit(generell)* » relatif à l'immeuble [...] A, à H._____, signé par les parties le 9 août 2017, adjugeant à D._____ GmbH des travaux pour un montant total net de 71'821 fr. 65, TVA incluse (pièce 5) ;

- une copie d'un avenant 2 au « *Contrat Sous-traitant N° [...]* » du 17 septembre 2017, rédigé sur papier à entête de N._____ SA et signé par les parties, adjugeant à D._____ GmbH des travaux de gros-œuvre (murs béton façades Sud) pour l'immeuble [...] Immeuble A à H._____ pour un montant brut de 3'060 fr. et de 3'110 fr. 15 net, TVA incluse (pièce 6) ;

- une copie d'un avenant 3 au « *Contrat Sous-traitant N° [...]* » du 20 septembre 2017, rédigé sur papier à entête de N._____ SA et signé par les parties, adjugeant à D._____ GmbH des travaux de gros-œuvre (nettoyages GO) pour l'immeuble [...] Immeuble A à H._____ pour un montant brut de 3'655 fr. et de 3'714 fr. 95 net, TVA incluse (pièce 7) ;

- une copie d'un avenant 4 au« *Contrat Sous-traitant N° [...]* » du 11 septembre 2017, rédigé sur papier à entête de N._____ SA et signé par les parties, adjugeant à D._____ GmbH des travaux de gros-œuvre (utilisation grue) pour l'immeuble [...] Immeuble A à H._____ pour un montant brut de 637 fr. 50 et de 647 fr. 90 net, TVA incluse (pièce 8) ;

- une copie d'un « *Contrat Sous-traitant Nr. [...]* » en allemand du 17 octobre 2016, signé le 18 octobre 2016 par L._____ AG en tant qu'« *Unternehmer* » et le 21 octobre 2016 par N._____ SA en tant que « *Bauherr* » et « *Architect* » relatif à des « *Fassaden verputzte aussenwärmedämmungen* » d'un immeuble sis [...], à M._____ pour un montant brut de 102'857 fr. 10 et de 111'085 fr. 65 net, TVA incluse (pièce 9) ;

- une copie d'une « *Ausschreibung und Angebot Nr. [...]* » du 4 octobre 2016 mentionnant L._____ AG et comportant le tampon humide de N._____ SA portant sur des travaux de « *verputzte ausenswärmendämmungen* » sur l'immeuble sis [...], à M._____, pour un montant brut de 102'857 fr. 10 brut et de 111'085 fr. 65 net, TVA incluse (pièce 10) ;

- une copie d'un « *Contrat Sous-traitant N° 2 / Avenant 1* » du 9 juin 2017, rédigé sur papier à en-tête de N. _____ SA, signé par N. _____ SA et désignant D. _____ GmbH comme adjudicataire pour des travaux de « *BAUINSTALLATION* » sur une maison familiale sise à X. _____ pour un montant brut de 13'000 fr. et de 13'212 fr. 95 net, TVA incluse (pièce 11) ;
- une copie d'un « *Protocole des avant-métrés Contrat N° 2 / Avenants inclus* » rédigé le 9 juin 2017 sur papier à en-tête de N. _____ SA, signé par celle-ci portant sur des « *Baumeisterarbeit* » sur une maison familiale à X. _____ pour un total net des avant-métrés de 29'119 fr. 25 net, TVA incluse (pièce 12) ;
- une copie d'un décompte manuscrit en allemand du 3 octobre 2017 signé par N. _____ SA indiquant un montant total net de 13'168 francs (pièce 13) ;
- un extrait du registre 8a LP relatif à N. _____ SA établi le 2 mai 2019 par l'Office des poursuites de [...], dont il ressort que cette dernière fait l'objet de trente-cinq poursuites frappées d'opposition, dont celle de D. _____ GmbH pour un montant de 340'065 fr. 35, sauf trois payées concernant notamment la SUVA soit au créancier soit à l'office, pour un montant total de 795'576 fr. 12, aucun acte de défaut de bien n'ayant été délivré contre elle dans les vingt ans précédents, ni aucune faillite prononcée dans les cinq dernières années (pièce 14) ;
- une extrait du registre 8a LP relatif à N. _____ SA établi le 7 mai 2019 par l'Office des poursuites du district de la Broye-Vully, dont il ressort que cette dernière fait l'objet de vingt-six poursuites frappées d'opposition, dont deux ayant trait à des créances fiscales, par 6'483 fr. 90 et une à une créance de la Commune de [...], par 3'935 fr. 85, sauf trois au stade de l'introduction de la poursuite, dont une fiscale d'un montant de 2'906 fr. 75, pour un montant total de 802'680 fr. 55, aucun acte de défaut de bien n'ayant été délivré contre elle dans les vingt ans précédents, ni aucune faillite prononcée dans les cinq dernières années (pièce 15) ;

- une copie d'une facture finale de 153'664 fr. adressée le 19 octobre 2017 par D._____ GmbH à Z._____ AG, relative à un chantier sis [...] à M._____ (pièce 16) ;

- une copie d'une facture finale de 6'401 fr. 15 adressée le 1^{er} novembre 2017 par D._____ GmbH à N._____ SA, relative à un chantier à X._____ (pièce 17) ;

- une copie d'une facture finale de 180'000 fr. adressée le 19 décembre 2017 par D._____ GmbH à N._____ SA, relative à un chantier [...] A et B à H._____ (pièce 18).

b) Par courriers recommandés du 14 juin 2019, la présidente a notifié la requête à N._____ SA et a cité les parties à comparaître à l'audience du 9 juillet 2019.

Dans ses déterminations du 8 juillet 2019, N._____ SA a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de la requête. Elle a produit les pièces suivantes :

- une copie d'un « *Schlusskonto* » en allemand relatif à un contrat n° [...] pour un chantier « [...] » A, signé par les parties le 16 août 2017, faisant état d'un montant brut de 123'189 fr., d'un montant net, TVA incluse, de 119'760 fr. 10, d'un solde de 45'226 fr. 30 compte tenu de six paiements d'un montant total de 74'553 francs 80 durant la période du 23 mars au 26 juillet 2017 et d'une garantie de construction de 10 % par 12'300 francs. Le document mentionne sous la rubrique « *Arbeit zu tun* » les postes « *Decke OG3* » « *BETONWÄNDE Atika* » et « *DACHDECKE (über Atika)* » (pièce 51) ;

- une copie du « *Contrat Sous-traitant N° [...]* » du 9 février 2017, déjà produit par D._____ GmbH, faisant état d'un montant brut de 123'189 fr. et de 125'207 francs 10 net, TVA incluse (pièce 51) ;

- une copie d'un décompte non signé établi sur papier à en-tête de N. _____ SA le 11 janvier 2018, relatif à un contrat [...] portant sur un chantier « [...] » A de D. _____ GmbH, faisant état d'un montant total de 119'760 fr. 10, garantie de 10 % déjà déduites, de virements et paiements pour un montant total de 106'382 fr. 15 du 23 mars au 26 octobre 2017, laissant un solde dû de 13'377 fr. 95, dont était déduit un montant de 5'875 fr. 20 à titre de travaux effectués par F. _____ à la suite de l'abandon du chantier par D. _____ GmbH et un montant de 15'115 fr. 05 à titre d'estimation des travaux demeurant à effectuer, laissant un solde en faveur de N. _____ SA de 7'612 fr. 30 (pièce 52) ;

- une copie d'une facture de 5'875 fr. 20 adressée le 24 décembre 2017 par F. _____ à N. _____ SA pour des travaux effectués du 7 au 12 décembre 2017 sur l'immeuble sis rue des « [...] » à H. _____ (pièce 52) ;

- une copie d'un « *Protocole des avant-métrés Contrat N° [...] / Avenant inclus* » établi le 23 juillet 2017 sur papier à en-tête de N. _____ SA, signé par la direction générale du projet, faisant état d'un total net d'avant-métré de 196'582 francs 05, TVA incluse, et comportant la mention manuscrite de la direction générale du projet d'un solde de travaux à effectuer pour un montant de 15'115 fr. 05 (pièce 52) ;

- une copie des justificatifs des virements et du paiement mentionnés dans le décompte du 11 janvier 2018 susmentionné pour un montant total de 106'382 fr. 15 (pièce 52) ;

- une copie d'un décompte non signé établi sur papier à en-tête de N. _____ SA le 24 mars 2018, relatif à un contrat [...] portant sur un chantier « [...] » A de D. _____ GmbH, faisant état d'un total brut de 123'189 fr., et de 112'686 fr. 66 net, TVA incluse, après déduction du rabais, de l'escompte, du prorata, de l'assurance et de la garantie. Le décompte déduit de ce montant les sommes déjà mentionnées dans celui du 11 janvier 2018, par 106'382 fr. 15, puis 18'502 fr. 65 à titre de travaux non encore effectués. Il y ajoute un solde de 6'117 fr. 40 selon analyse de

D._____ GmbH, ce qui aboutit à un solde final en faveur de N._____ SA de 6'080 fr. 74. Le décompte mentionne encore une facture adressée à D._____ GmbH le 19 mars 2018 de 111'144 fr. 78 à titre de dégâts collatéraux, défauts et divers (pièce 53) ;

- une copie d'un avis des défauts adressé sous pli recommandé le 14 mai 2018 par N._____ SA à D._____ GmbH, à la suite d'un constat effectué le 19 avril 2018, relevant des défauts majeurs et le report de la réception de l'ouvrage, avec liste des défauts annexée pour le chantier de l'immeuble « [...] » A à H._____ (pièce 55) ;

- une copie d'un rapport d'expertise établi le 28 mai 2018 par le T._____ SA, portant sur le constat des défauts et des dégâts de la structure porteuse (structure en béton armé au rez-de-chaussée, des étages et de l'attique) du bâtiment « [...] » A à H._____ et comportant notamment les conclusions suivantes :

« (...)

- Les défauts constatés démontrent que l'entrepreneur n'a pas respecté les normes et les règles de l'art reconnues à de nombreuses reprises, par manque de connaissances professionnelles ou d'application.

- L'entrepreneur ne disposait manifestement pas des compétences et des connaissances professionnelles requises pour réaliser l'ouvrage commandé par le Maître de l'ouvrage. Les techniques liées à la mise en œuvre des éléments préfabriqués n'étaient visiblement pas maîtrisées par l'entrepreneur ce qui a conduit à une situation potentiellement dangereuse pour l'ouvrage. Il n'aurait dans ce sens pas dû accepter ce contrat.

(...)

Nous recommandons ensuite au Maître de l'ouvrage de faire effectuer les réparations requises par une entreprise tierce, puisque l'entrepreneur ayant réalisé les travaux ne disposent (sic) objectivement pas des connaissances nécessaires à l'exécution conforme de ces réparations. » (pièce 54) ;

- Une copie d'un courrier recommandé du conseil de N._____ SA à D._____ GmbH du 1^{er} juin 2018, réitérant l'avis des défauts précédemment effectué par sa cliente en relation avec les travaux effectués sur le chantier sis [...] à H._____, lui notifiant le rapport d'expertise du 28 mai 2018 susmentionné, ce rapport valant avis des défauts, relevant que la suppression de ceux-ci impliquerait des montants conséquents qui devaient encore être évalués et soulignant que ledit rapport recommandait de ne plus autoriser D._____ GmbH à effectuer des travaux sur le chantier en cause (pièce 56) ;

- une copie d'une facture d'un acompte de 231'770 fr. 40 adressée le 25 avril 2019 par Q._____ SA à N._____ SA pour des travaux de correction de défauts et de malfaçons sur l'immeuble « [...]» A à H._____, le total des travaux de maçonnerie s'élevant à 789'000 francs (pièce 57) ;

- une copie d'un avenant 2 au « *Contrat Sous-traitant N° [...]* » du 17 septembre 2017 déjà produit par D._____ GmbH, portant sur un montant brut de 3'060 francs et de 3'110 fr. 15 net, TVA incluse, accompagné de 1) deux factures de 1'530 francs brut chacune et de 1'569 fr. 80 net, TVA incluse et 5 % de rabais déduits, avec mention manuscrite du montant net de 1'399 fr. 55, adressées le 11 septembre 2017 par D._____ GmbH à « Q._____ Sàrl », de 2) deux rapports journaliers de régie des 6 et 12 septembre 2017 signés par le client et l'entrepreneur, mentionnant des travaux pour un montant brut de 1'530 fr. et de 1'569 fr. 80 net, TVA incluse et rabais de 5 % déduit, et de 3) deux avis de débit du compte bancaire de Q._____ Sàrl auprès de la Banque P._____ du 29 septembre 2017 attestant de deux virements de 1'399 fr. 55 en faveur de D._____ GmbH (pièce 58) ;

- une copie d'un avenant 3 au « *Contrat Sous-traitant N° [...]* » du 20 septembre 2017, déjà produit par D._____ GmbH, portant sur un montant brut de 3'655 francs et de 3'714 fr. 95 net, TVA incluse, accompagné de 1) deux factures de 2'295 francs brut (2'355 francs net TVA incluse et rabais de 5 % déduit) et de 1'360 fr. brut (1'395 francs 40

net TVA incluse et rabais de 5 % déduit), avec mention manuscrite de 1'382 fr. 30, adressées le 20 septembre 2017 par D._____ GmbH à « Q._____ Sàrl », de 2) deux rapports journaliers de régie des 15 et 16 septembre 2017 signé par le client et l'entrepreneur mentionnant des travaux pour un montant brut de 2'295 fr. et de 1'360 fr. et des montants nets de 2'355 fr. et de 1'395 fr. 40 net TVA incluse et rabais de 5 % déduit, et de 3) deux avis de débit du compte bancaire de Q._____ Sàrl auprès de la Banque P._____ du 29 septembre 2017 attestant d'un virement de 3'714 fr. 95 en faveur de D._____ GmbH (pièce 59) ;

- une copie d'un avenant 4 au « *Contrat Sous-traitant N° [...]* » du 11 septembre 2017, déjà produit par D._____ GmbH, portant sur un montant brut de 637 francs 50 et de 647 fr. 90 net, TVA incluse, accompagné de 1) deux factures de 297 francs 50 brut (321 fr. 20 net TVA incluse) et de 340 fr. net (367 fr. 20 net TVA incluse), avec mentions manuscrites de 302 fr. 40 et 345 fr. 60, adressées le 20 septembre 2017 par D._____ GmbH à « Q._____ Sàrl », de 2) deux rapports journaliers des 11 et 12 septembre 2017, signés par le client et l'entrepreneur, mentionnant des travaux pour des montants bruts de 297 fr. 50 et 340 francs et des montants nets de 321 fr. 30 et de 367 fr. 20, TVA incluse, et 3) d'un avis de débit du compte bancaire de Q._____ Sàrl auprès de la Banque P._____ du 29 septembre 2017 attestant d'un virement de 648 fr. en faveur de D._____ GmbH (pièce 60) ;

- une copie d'un décompte non signé établi sur papier à en-tête de N._____ SA le 13 avril 2018, relatif à une facture finale et à un contrat n° [...] de D._____ GmbH pour des travaux sur le chantier « [...] » B, faisant état de montants bruts de 72'151 fr. 70 et de 14'575 fr., de montants net de 45'921 fr. 54 et de 4'300 fr. 91 TVA incluse, après diverses déductions, de virements et paiements du 30 mars au 9 octobre 2017 d'un montant total de 59'166 fr. 80, laissant un solde en faveur de N._____ SA de 8'944 fr. 35, auquel s'ajoutait 8'693 fr. de travaux en régie et 5'351 fr. 10 de matériel, soit un total en faveur de N._____ SA de 22'988 fr. 45 (pièce 61) ;

- une copie d'une « *Schlussrechnung* » en allemand signée par les parties le 19 août 2017, relative au chantier « [...] » B, faisant état d'un total de 72'151 fr. 70 et de 42'130 fr. après diverses déductions, d'un montant net après rabais, escompte et prorata de 38'830 fr. 80, d'acomptes du 20 mars 2017 de 4'703 fr. 35, de 10'867 francs 15, de 3'266 fr. 35, de 10'750 fr. 60 et de 8'587 fr. 85 à une date non mentionnée, de divers postes ajoutés pour un montant de 11'352 fr. 50 et d'un solde au 23 août 2017 de 8'178 fr., compte tenu d'une déduction pour garantie de 3'830 francs. Ce document est accompagné d'un décompte non signé établi le 20 octobre 2017 sur papier à entête de N. _____ SA avec mention du montant total du contrat de 38'830 fr. 80, de la déduction pour garantie de 3'830 fr. et des postes ajoutés de 11'352 fr. 50, ainsi que d'un versement de 8'587 fr. 85 et de virements de 14'400 fr. le 30 mars 2017 et de 20'000 fr. le 9 octobre 2017, avec quittance et avis de virements bancaires annexés, laissant un solde pour tout compte au 20 octobre 2017 de 3'365 fr. 45 (pièce 62) ;

- un copie d'un décompte non signé établi le 20 octobre 2017 sur papier à en-tête de N. _____ SA, relatif à des travaux de régie sur l'immeuble « [...] » B de D. _____ GmbH, mentionnant un virement de 2'512 francs 85 le 29 septembre 2017 et un virement de 13'666 fr. 10 le 24 juillet 2017 et un solde de 0 francs. Ce décompte est accompagné 1) d'une facture de 2'747 fr. brut et de 2'818 fr. 50 net, TVA incluse et rabais de 5 % déduit, avec mention manuscrite de 2'512 fr. 85 TTC, adressée le 11 septembre 2017 par D. _____ GmbH à « Q. _____ Sàrl », 2) d'un avis de virement bancaire de la somme de 2'512 francs 85 le 29 septembre 2017 en faveur de celle-là, 3) d'un décompte manuscrit du 21 juillet 2017 avec tampon humide de Q. _____ Sàrl, donnant un solde de 13'666 fr. 10, avec avis de virement bancaire de la somme de 13'666 fr. 10 le 24 juillet 2017, 4) d'une copie d'une facture de 15'741 fr. net, TVA incluse de D. _____ GmbH du 27 juillet 2017 avec la mention manuscrite « *déjà payé* » et de 5) deux factures de 1'836 fr. net, TVA incluse, et de 3'304 fr. 80 net, TVA incluse, adressées les 24 juin et 11 août 2017 par D. _____ GmbH à « Q. _____ Sàrl » comportant la mention manuscrite suivante : « *Refusé pas de bons de régie signés* » (pièce 63) ;

- une copie d'une liste non datée ni signée relative à un contrat du 9 mars 2017 portant sur l'immeuble « [...] » B non terminé et comportant des défauts avec photographies du 22 octobre 2017 (pièce 64) ;

- une copie d'une attestation signée le 19 avril 2018 par G. _____ SA, indiquant que D. _____ GmbH et ses employés n'avaient pas participé aux séances de chantier ni aux travaux de l'immeuble « [...] » B, à H. _____, à partir du mois de septembre 2017 jusqu'à fin décembre 2017 (pièce 65) ;

- une copie d'une attestation signée le 19 avril 2018 par O. _____ Sàrl, indiquant qu'elle n'avait pas vu D. _____ GmbH sur le chantier de l'immeuble « [...] » B, à H. _____, à partir de la fin du mois d'octobre 2017 (pièce 66) ;

- une copie d'une attestation signée le 18 avril 2018 par R. _____, indiquant que D. _____ GmbH et ses employés n'étaient plus intervenus sur le chantier de l'immeuble « [...] » B, à H. _____, pour effectuer des travaux de construction depuis la fin du mois de septembre 2017 (pièce 67) ;

- une copie d'un décompte non signé du 11 janvier 2018, relatif à des travaux effectués par D. _____ GmbH sur un immeuble à X. _____ pour un montant total brut de 21'000 fr. brut et de 20'412 fr. net, TVA incluse et retenue de garantie de 10 % déduite, faisant état de virements pour un montant total de 23'383 fr. 30 et d'un solde en faveur de N. _____ SA de 2'971 fr. 30 (pièce 68) ;

- une copie d'un document intitulé « *Contrôle de l'exécution à réaliser sur le chantier* » signé le 19 octobre 2017 par U. _____ SA relatif à des travaux d'armature de dalle dans un immeuble sis à X. _____, mentionnant des problème de propreté, de diamètre, d'emplacement, de nombre et d'enrobage d'armature et de type de béton (pièce 69) ;

- une copie d'un courrier recommandé adressé le 8 septembre 2017 par N. _____ SA à B. _____ GmbH, refusant de payer le montant réclamé par celle-ci dans un courrier du 31 août 2017 pour le motif qu'un décompte final avait déjà été approuvé par D. _____ GmbH, ce décompte ne comprenant pas les montants réclamés, que le travail n'était pas encore terminé, qu'aucune facture ni décompte n'était jointe au courrier du 31 août 2017 et qu'il y avait de nombreuses malfaçons (pièce 70) ;

- une copie d'un courrier recommandé adressé le 10 octobre 2017 par N. _____ SA à B. _____ GmbH réitérant son refus de s'acquitter du montant réclamé pour les motifs développés dans le courrier du 8 septembre 2017 susmentionné et réservant ses droits pour tout dommage causé par une éventuelle poursuite intentée contre elle (pièce 71) ;

- une copie d'un courrier recommandé adressé le 11 octobre 2017 par le conseil de N. _____ SA à B. _____ GmbH, relatif aux contrats de H. _____ et de M. _____, se référant à un courrier du 31 août 2017 réclamant à sa cliente la somme de 295'097 fr. 10 et aux courriers des 8 septembre et 10 octobre 2017 susmentionnés, relevant que les décomptes signés par les parties le 28 août 2017 faisaient ressortir un solde encore ouvert de 4'948 fr. 25 pour le chantier de M. _____ et des travaux en régies contestés de 22'453 fr. 05 pour le chantier de M. _____ et de 45'226 fr. 30, ainsi que de 8'178 fr. pour les deux chantiers de H. _____, que deux versements totalisant 30'374 fr. 65 avaient été effectués depuis lors, que D. _____ GmbH n'avait pu établir que les travaux en régie litigieux avaient été commandés et l'avisant qu'elle serait responsable des dommages résultant des retards dans l'exécution de contrat de sa cliente en cas de dépôt d'une poursuite (pièce 72) ;

- une copie d'un courrier recommandé adressé le 9 janvier 2018 par N. _____ SA à B. _____ GmbH, refusant de payer le montant de 358'000 fr. réclamé par courrier du 21 décembre 2017, pour le motif que ledit montant concernait trois chantiers, sans décompte particulier pour chacun d'entre eux, que tous les travaux n'étaient pas achevés, que le montant de la garantie de 10 % n'était pas déduit et que des défauts de l'ouvrage

avaient été constatés. Ce courrier fait encore valoir que selon le décompte de N._____ SA, il y aurait pour les trois chantiers un trop payé par elle de 48'391 fr. 30 et un montant dû par D._____ GmbH à G._____ Sàrl de 15'120 fr. pour une camionnette non restituée (pièce 73) ;

- une copie d'un courrier recommandé adressé le 21 février 2018 par le conseil de N._____ SA à B._____ GmbH, relevant qu'en raison des défauts de paiement de D._____ GmbH envers les sous-traitants de celle-ci, ces derniers avaient quitté le chantier, ce qui avait obligé sa cliente à faire appel à des tiers, confirmant le décompte du 9 janvier 2018 et soutenant dès lors que D._____ GmbH ne détenait aucune créance envers sa cliente et l'avisant à nouveau que l'introduction d'une poursuite constituerait un acte illicite entraînant la responsabilité d'B._____ GmbH et de D._____ GmbH (pièce 74) ;

- une copie d'un commandement de payer notifié le 5 mars 2018 à la réquisition d'B._____ GmbH pour D._____ GmbH à Q._____ Sàrl pour un montant de 340'065 fr. 35 avec intérêt à 5 % l'an dès le 20 novembre 2017 indiquant comme titre de la créance : « *Schlussabrechnung Baustelle M._____ / Schlussabrechnung Baustelle X._____ / Schlussabrechnung Baustelle H._____* ». Ce commandement de payer a été frappé d'opposition totale (pièce 75) ;

- une copie d'un commandement de payer notifié le 2 mars 2018 à la réquisition d'B._____ GmbH pour D._____ GmbH à N._____ SA pour un montant de 340'065 fr. 35 avec intérêt à 5 % l'an dès le 20 novembre 2017 indiquant comme titre de la créance : « *Schlussabrechnung Baustelle M._____ / Schlussabrechnung Baustelle X._____ / Schlussabrechnung Baustelle H._____* ». Ce commandement de payer a été frappé d'opposition totale (pièce 76) ;

- une copie d'un commandement de payer notifié le 5 mars 2018 à la réquisition d'B._____ GmbH pour D._____ GmbH à G._____ Sàrl pour un montant de 340'065 fr. 35 avec intérêt à 5 % l'an dès le 20 novembre 2017 indiquant comme titre de la créance : « *Schlussabrechnung Baustelle*

M._____ / Schlussabrechnung Baustelle X._____ / Schlussabrechnung Baustelle H._____ ». Ce commandement de payer a été frappé d'opposition totale (pièce 77) ;

- une copie d'une liste des poursuites non datée ni signée, dont il ressort que N._____ SA fait l'objet de poursuites pour un montant total de 1'620'490 fr. 95 pour des montants reconnus totalisant 346'910 fr. 76 (pièce 78) ;

- un relevé de compte courant bancaire de N._____ SA pour la période du 1^{er} janvier 2018 au 2 juillet 2019 faisant apparaître des opérations au débit du compte pour un montant total de 504'190 fr. 95, dont 26'055 fr. 17 en 2019 et, au crédit, de 504'610 fr. 20 au total (pièce 79) ;

- un extrait du registre des poursuites 8a LP établi le 2 juillet 2019 par l'Office des poursuites de [...] relatif à D._____ GmbH, dont il ressort notamment que N._____ SA a intenté contre elle des poursuites pour des montants de 462'354 fr. 36, 385'000 fr. et 60'000 fr. (pièce 80) ;

- une procuration (pièce 81).

c) A l'audience du 9 juillet 2019, le conseil de D._____ GmbH, dispensée de comparution, et l'administratrice de N._____ SA, assistée de son conseil, se sont présentés. Les déterminations du 8 juillet 2019 ont été communiquées au conseil de D._____ GmbH et l'audience a été suspendue pour permettre à celui-ci d'en prendre connaissance. N._____ SA a produit un extrait de son compte courant bancaire pour la période du 1^{er} au 8 juillet 2019, dont il ressort des opérations au débit de 5'189 fr. 15 au total et de 105'000 fr. au total au crédit de ce compte.

2. Par décision du 23 juillet 2019, le Président du Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois, statuant en tant qu'autorité de première instance en matière sommaire de poursuites et de faillites, a rejeté la requête de faillite sans poursuite préalable (I), a mis les

frais judiciaires, fixés à 300 francs à la charge de D._____ GmbH (II), et a alloué à N._____ SA des dépens fixés à 950 fr. (III). En substance, le premier juge a constaté que la situation financière entre les parties était totalement obscure, vu notamment les commandements de payer réciproques pour des montants de plusieurs centaines de milliers de francs. Il a considéré en conséquence que D._____ GmbH n'avait pas rendu vraisemblable sa qualité de créancière, ce qui devait entraîner le rejet de la requête.

3. a) Par acte du 26 juillet 2019, N._____ SA a recouru contre cette décision en concluant, avec suite de frais et dépens de première et de deuxième instances, à sa réforme en ce sens que les dépens de première instance qui lui ont été alloués sont fixés à 3'095 francs.

Dans ses déterminations du 2 septembre 2019, D._____ GmbH a conclu, avec suite de frais et dépens, à titre préalable à la suspension de la procédure de recours jusqu'à droit connu sur son propre recours contre la décision du 23 juillet 2019 et, au fond, au rejet du recours de N._____ SA.

Par décision du 5 septembre 2019, la cour de céans a rejeté la requête de suspension de la procédure de D._____ GmbH.

b) Par acte du 29 juillet 2019, D._____ GmbH a recouru contre la décision du 23 juillet 2019 en concluant, avec suite de frais et dépens, à son annulation et à ce que la faillite sans poursuite préalable de N._____ SA soit prononcée.

Dans ses déterminations du 2 septembre 2019, N._____ SA a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet du recours de D._____ GmbH.

4. Par décision du 23 septembre 2019, le « *Gerichtspräsidiums* [...] » a prononcé la faillite de D._____ GmbH avec effet au 23 septembre 2019 à 11 heures.

En droit :

I. **a)** Les deux recours sont dirigés contre la même décision. Il y a en conséquence lieu de les traiter dans un seul arrêt.

b) En vertu de l'art. 174 al. 1 LP (loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite ; RS 281.1), auquel renvoie l'art. 194 al. 1 LP, le jugement statuant sur une requête de faillite sans poursuite préalable peut faire l'objet d'un recours au sens du CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272). Le recours au sens des art. 319 ss CPC 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).

En l'espèce, les recours ont été déposés dans le délai de dix jours de l'art. 174 al. 1 LP. Motivés conformément à l'art. 321 al. 1 CPC, ils sont recevables.

Les déterminations de chaque partie sur le recours de l'autre, sont également recevables (art. 322 al. 2 CPC).

II. La faillite de D._____ GmbH a été prononcée le 23 septembre 2019.

a) Aux termes de l'art. 207 LP, sauf dans les cas d'urgence, les procès civils auxquels le failli est partie et qui influent sur l'état de la masse en faillite sont suspendus. Ils ne peuvent être continués, en cas de

liquidation ordinaire, qu'après les dix jours qui suivent la seconde assemblée des créanciers et, en cas de liquidation sommaire, qu'après les vingt jours qui suivent le dépôt de l'état de collocation (al. 1). Les procédures administratives peuvent être suspendues aux mêmes conditions que les procès civils (al. 2).

Le jugement de faillite n'est pas un jugement au fond qui statue sur une contestation civile ou administrative, mais la décision unilatérale d'un organe de poursuite ; si la loi a choisi un juge pour déclarer la faillite, c'est en raison de l'importance de la décision et des garanties de procédure judiciaire (Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 5^e éd., n° 1467, p. 349).

b) En l'espèce, la présente procédure ne vise pas à trancher une contestation au fond divisant les parties, mais à déterminer si la faillite sans poursuite préalable de N. _____ SA doit être prononcée. Cette procédure est sans influence sur l'état de la masse en faillite de D. _____ GmbH, de sorte qu'il n'y a pas lieu de la suspendre en application de l'art. 207 LP.

III. a) L'admission du recours de D. _____ GmbH aurait pour conséquence de rendre sans objet celui de N. _____ SA. Il convient dès lors de l'examiner en premier lieu.

b) Le premier juge a considéré que, la situation étant totalement obscure s'agissant des droits et obligations des parties, la qualité de créancière de la recourante D. _____ GmbH n'avait pas été rendue suffisamment vraisemblable, celle-ci pouvant tout autant être la débitrice de l'intimée, de sorte que la requête de faillite sans poursuite préalable devait être rejetée.

c)aa) Selon l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP, le créancier peut requérir la faillite sans poursuite préalable si le débiteur sujet à la poursuite par voie de faillite a suspendu ses paiements.

L'art. 190 al. 1 ch. 2 LP présuppose la simple vraisemblance de la qualité de créancier et non la vraisemblance qualifiée (TF 5A_442/2015 du 11 septembre 2015 consid. 4.1, Revue suisse de procédure civile [RSPC] 2016 p. 72, note Heinzmann, SJ 2016 I 85 ; TF 5A_452/2016 du 12 octobre 2016 consid. 4.2.3). La cour de céans, qui retenait antérieurement qu'une vraisemblance qualifiée était nécessaire, s'est ralliée à la jurisprudence fédérale (CPF 10 juin 2016/135).

Il suffit ainsi que l'autorité, se fondant sur des éléments objectifs, acquière l'impression que les faits pertinents se sont produits, mais sans qu'elle doive exclure pour autant la possibilité qu'ils se soient déroulés autrement (TF 5A_877/2011 du 5 mars 2012 consid. 2.1).

Seul a qualité pour requérir une faillite sans poursuite préalable le titulaire d'une créance qui est née et qui existe encore — fût-elle contestée dans son montant – ce qu'il doit rendre vraisemblable ; si le prétendu débiteur conteste l'existence de la créance alléguée par le requérant et prouve par titre qu'elle a été acquittée, le juge de la faillite doit rejeter la requête (Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 50 ad 190 LP).

Le débiteur peut contester que l'existence de la créance ait été rendue vraisemblable, en particulier qu'elle soit née valablement. A cette fin, il doit rendre immédiatement vraisemblable sa libération ou produire un titre propre à prouver sa libération. Le point de savoir si le degré de vraisemblance requis par le droit fédéral est atteint dans le cas particulier ressortit à l'appréciation des preuves (TF 5A_877/2011 du 5 mars 2012, en matière de séquestre).

bb) D._____ GmbH a allégué que N._____ SA lui devait une somme de 340'065 fr. 35, avec intérêts à 5% l'an dès le 20 novembre 2017, soit 153'664 fr. 20 en raison d'un décompte final du 19 octobre 2017 pour le chantier [...] à M._____, 6'401 fr. du chef d'un décompte final du 1^{er} novembre 2017 pour le chantier " [...]" à X._____ et 180'000

fr. selon un décompte final du 19 décembre 2017 pour un chantier " [...] A et B" à H._____.

Il n'est pas contesté que parties aient été liées par un contrat d'entreprise et divers avenants concernant les chantiers [...] à H._____ (pièces 4 à 8) et X._____ (pièces 11 à 13)

S'agissant du contrat n° [...] [...] A (pièce 4), N._____ SA a allégué avoir réglé un montant de 106'382 fr. 15, et avoir réglé les avenants no 2 à 4 (pièces 6 à 8) ce qu'elle établit par pièces (pièce 52, 58 à 60) et fait valoir une déduction pour travaux faits par une autre entreprise suite à l'abandon du chantier par D._____ GmbH et une déduction pour travaux restant encore à faire, de sorte que, selon elle, c'est D._____ GmbH qui serait sa débitrice d'une somme de 7'612 fr. (pièce 52). Même si cette estimation des travaux à faire émane de l'intimée, un décompte du 16 août 2017, également signé par D._____ GmbH mentionne certains travaux à faire (pièce 51). A cela s'ajoute que des avis des défauts ont été émis pour des malfaçons concernant cet immeuble et qu'un rapport d'expertise privé du 28 mai 2018 rend vraisemblable l'existence de nombreux défauts (pièces 53 à 56). Une facture a été établie par une société tierce pour la correction des défauts et malfaçons, pour un montant de 789'000 fr. (pièce 57). Ces divers éléments rendent plus vraisemblable que N._____ SA n'est pas débitrice de D._____ GmbH concernant ce chantier. A cet égard, une expertise privée n'a certes en principe pas valeur de moyen de preuve mais de simple déclaration de partie (ATF 140 III 24 consid. 3.3.3, JdT 2016 II 308 ; ATF 132 III 83 consid. 3.6 ; TF 4A_286/2011 du 30 août 2011 consid. 4, RSPC 2012 p. 116). Le fait qu'une expertise privée n'ait pas la même valeur qu'une expertise judiciaire ne signifie toutefois pas encore que toute référence à une expertise privée dans un jugement soit constitutive d'arbitraire (Colombini, Code de procédure civile. Condensé de la jurisprudence fédérale et vaudoise, n. 1.4.2 ad art. art. 184 CPC et réf. citées). Au demeurant, en tant qu'allégation de partie, l'expertise privée doit cependant être contestée de manière suffisamment circonstanciée (TF 4A_318/2016 du 3 août 2016 consid. 3.1). Une contestation globale ne

suffit pas, la partie intimée étant tenue de détailler quels éléments de faits elle conteste concrètement (ATF 141 III 433). Au niveau de la vraisemblance, qui doit s'examiner sur la base des éléments immédiatement disponibles, il n'est pas exclu de tenir compte d'une telle expertise, lorsqu'elle paraît bien motivée, comme en l'espèce et qu'au demeurant la partie adverse se contente d'affirmer qu'elle n'a pas valeur de preuve, sans en contester le contenu de manière circonstanciée.

S'agissant du contrat du 9 août 2017 portant sur un montant de 72'151 francs 70 (pièce 5), N._____ SA a produit une Schlussrechnung du 19 août 2017, signée par les parties le 19 août 2017, mentionnant un solde en faveur de D._____ GmbH de 8'178 fr. (pièce 62). Elle a par ailleurs établi un décompte (pièce 61), dont il résulte qu'elle aurait payé 22'988 fr. 45 en trop. Elle établit avoir par ailleurs payé certains montants après l'établissement de cette Schlussrechnung, notamment un montant de 2'512 fr. 85. Elle allègue par ailleurs l'existence de certains défauts et le fait que certains travaux n'auraient pas été terminés, ce qu'elle rend vraisemblable par des photos et des attestations d'entrepreneurs faisant état du fait que D._____ GmbH n'avait plus été vue sur le chantier dès octobre 2017 (pièces 64 à 67). Là aussi la vraisemblance de la qualité de créancier est suffisamment affaiblie par les pièces produites.

S'agissant des contrats concernant le chantier de M._____ (pièce 9 et 10), l'entreprise cocontractante de N._____ SA est L._____ AG et non D._____ GmbH. En outre la facture finale concernant ce chantier n'a pas été adressée à N._____ SA - comme cela a été le cas pour les autres chantiers - mais à Z._____ AG. La vraisemblance de la qualité de créancier n'est pas suffisante pour ce chantier.

Enfin, s'agissant des contrats concernant le chantier de X._____ pour un montant de 13'212 fr. 95 (pièce 11) et de 29'112 fr. (pièce 12), N._____ SA a établi un décompte laissant apparaître un trop-payé de 2'971 fr. 30. Au demeurant, ce chantier a fait l'objet d'un contrôle de chantier défectueux le 19 octobre 2017 (pièces 68-69).

En définitive et globalement, la constatation du premier juge, selon laquelle la qualité de créancière n'a pas été rendue suffisamment vraisemblable, le débiteur ayant au contraire rendu vraisemblable sa libération, qui est une constatation de fait, le premier juge ayant défini de manière correcte la notion de vraisemblance requise (jgt p. 3 au début), n'est pas arbitraire et peut être confirmée.

d) Par surabondance, la suspension de paiements n'est pas non plus établie.

aa) La question de savoir si la preuve stricte de la suspension de paiement doit être établie ou si la vraisemblance suffit a été laissée indécise par le Tribunal fédéral (TF 5A_300/2016 du 14 octobre 2016 consid. 7.1 et réf., SJ 2017 I 224). La Cour de céans considère pour sa part que, vu les lourdes conséquences de la déclaration de faillite sans poursuite préalable et le fait qu'elle constitue une exception dans le système de l'exécution forcée, elle doit être appliquée et interprétée restrictivement. Parmi les causes matérielles de la faillite, soumises aux exigences d'une preuve stricte, figure celle de la suspension des paiements (Cometta, in Dallèves/Foëx/Jeandin, Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, nn. 5 et 10 ad art. 190 LP). Cette preuve peut être rapportée sous la forme d'indices et résulter d'actes du débiteur permettant de conclure à une suspension ou cessation des paiements (CPF 3 octobre 2018/244 et réf. citées).

La suspension de paiements au sens de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP est une notion imprécise qui confère au juge de la faillite un ample pouvoir d'appréciation (ATF 137 III 460 consid. 3.4.1, JdT 2012 II 178 ; TF 5A 442/2015 précité consid. 6.1, SJ 2016 I 84 ; TF 5A_439/2010 du 11 septembre 2010 consid. 4, SJ 2011 I 175 ; Gilliéron, Commentaire précité, n.30 ad art. 190 LP ; Cometta, op. cit., n. 10 ad art. 190 LP ; Peter, Edition annotée de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, p. 851 ; Huber, in Hunkeler (éd.), Kurzkomentar SchKG, 2^e éd., n. 8 ad art. 190 LP). Elle est la manifestation extérieure de l'insolvabilité, qu'il ne faut pas

confondre avec l'insuffisance d'actifs, c'est-à-dire la situation dans laquelle les passifs excèdent les actifs, soit l'endettement ou le surendettement, encore qu'une situation prolongée d'insolvabilité aboutit au surendettement, comme un surendettement prolongé aboutit à une situation d'insolvabilité (Gilliéron, Commentaire précité, n. 28 ad art. 190 LP). Cette notion a été préférée par le législateur à celle d'insolvabilité parce qu'elle est perceptible extérieurement et par conséquent plus aisée à rendre vraisemblable. Lorsque l'insolvabilité est rendue vraisemblable, la faillite sans poursuite préalable doit toutefois a fortiori être déclarée (ibid., n. 29 ad art. 190 LP ; TF 5A_367/2008 du 11 juillet 2008 consid. 4.1) ; lorsqu'il existe de nombreux actes de défauts de biens, la condition de la solvabilité est exclue (TF 5A_452/2016 précité consid. 5.2.2). Pour qu'il y ait suspension de paiements, il faut que le débiteur ne paie pas des dettes incontestées et exigibles, laisse les poursuites se multiplier contre lui, tout en faisant systématiquement opposition, ou omette de s'acquitter même des dettes minimales, laissant démontrer par ce comportement qu'il ne dispose pas de liquidités suffisantes pour honorer ses engagements (ATF 137 III 460 consid. 3.4.1, JdT 2012 II 178). Il n'est pas nécessaire que le débiteur interrompe tous ses paiements ; il suffit que le refus de payer porte sur une partie essentielle de ses activités commerciales (ATF 137 III 460 consid. 3.4.1, JdT 2012 II 178 ; ATF 85 III 146 consid. 4b). Même une dette unique n'empêche pas, si elle est importante et que le refus de payer est durable, de trahir une suspension de paiements, tel pouvant être le cas lorsque le débiteur refuse de désintéresser son principal créancier (TF 5A_439/20.10 précité consid. 4, in SJ 2011 I 175 ; TF 5A_367/2008 précité consid. 4.1). La suspension des paiements ne doit pas être de nature simplement temporaire, mais doit avoir un horizon indéterminé (ATF 137 III 460 consid. 3.4.1, JdT 2012 II 178; TF 5A_790/2017 du 3 septembre 2018 consid. 3.2, RSPC 2018 p. 523).

Le fait de payer en priorité des créanciers privés au détriment des créanciers publics ne pouvant requérir la faillite ordinaire est un indice de suspension de paiements par le débiteur (TF 5A_300/2016 du 14 octobre 2016 consid. 7.2.2., SJ 2017 I 224). L'existence d'actes de défaut de biens peut en particulier constituer une « *suspension de paiements* »,

précisément dans l'hypothèse où des créanciers de droit public, qui ne peuvent requérir une faillite ordinaire (art. 43 ch. 1 LP), sont renvoyés perdants et doivent se satisfaire d'un acte de défaut de biens (définitif) après saisie ; le but de la loi n'est pas de permettre au débiteur d'échapper à la faillite en favorisant de manière systématique ses créanciers privés au détriment des créanciers de droit public (TF 5A_452/2016 précité consid. 5.2.2, SJ 2017 I 235).

bb) L'extrait des poursuites de [...] au 2 mai 2019 (pièce 14) atteste de l'existence de trente-cinq poursuites, toutes frappées d'opposition, pour un total de 795'576 fr. 12, dont la créance litigieuse de D. _____ GmbH, par 340'065 francs. Les deux poursuites émanant de créanciers de droit public (la SUVA) ont cependant toutes été payées. Aucun avis de défaut de biens n'est enregistré.

L'extrait des poursuites du district de la Broye-Vully (pièce 15) mentionne 26 poursuites pour un montant total de 802'680 fr. 55, toutes frappées d'opposition, parmi lesquelles trois créances fiscales pour un montant de 9'390 fr. 65 et une créance de la ville de [...] pour un montant de 3'935 fr. 85, mais dont on ignore si elle concerne une créance de droit public. Aucun avis de défaut de biens n'est enregistré.

Il y a lieu de constater que, quand bien même le montant des créances en poursuite est important, il n'apparaît pas qu'il s'agisse de créances incontestées et incontestables, puisque aucune n'est au stade de la commination de faillite. Parmi les créances en poursuite, l'intimée admet uniquement devoir un montant de 346'910 francs 76 (pièce 78). A l'exception de trois créances fiscales pour des montants relativement modestes, il n'y a aucune poursuite en cours de créanciers de droit public, ce qui démontre que les charges de droit public et les charges sociales sont régulièrement payées.

Il résulte du relevé de compte de l'intimée du 1^{er} janvier 2018 au 2 juillet 2019 que de nombreux paiements ont été effectués par l'intimée pour des montants de 504'190 fr. 95, dont 26'055 fr. 17 en 2019

(pièce 79). Au jour de l'audience, le compte de l'intimée présentait un solde d'environ 100'000 fr. (pièce produite à l'audience de première instance).

Dans ces circonstances, on ne saurait retenir que l'intimée soit en état de suspension de paiements.

Le recours doit être rejeté également pour ce motif

IV. Le recours de D. _____ GmbH ayant été rejeté, il convient d'examiner celui de Q. _____ Sàrl.

a) N. _____ SA fait valoir que, la valeur litigieuse étant située entre 250'000 et 500'000 fr., compte tenu de la créance invoquée, les dépens devaient être fixés dans la fourchette de 3'000 à 6'750 fr., selon l'art. 11 TDC (tarif du 23 novembre 2010 des dépens en matière civile ; BLV 270.11.6). Elle fait valoir que son mandataire a consacré à tout le moins 11,5 heures au traitement de la cause.

L'intimée soutient que les dépens auraient dû être fixés selon l'art. 14 TDC (fourchette entre 400 et 35'000 fr.) et que le montant retenu par le premier juge serait justifié au vu de la complexité moindre de l'affaire.

b)aa) Est un litige non patrimonial celui qui par sa nature ne peut être estimé en argent. Il doit concerner des droits qui n'appartiennent pas au patrimoine d'une personne ou qui ne sont pas étroitement liés à un rapport patrimonial. Le fait qu'un calcul exact de la valeur litigieuse ne soit pas possible ou que son estimation soit difficile ne fait pas apparaître un litige comme non patrimonial. Est décisif le point de savoir si l'action poursuit en définitive et de manière prépondérante un but économique. Si tel est le cas, le litige est patrimonial (ATF 142 III 145 consid. 6.1, RSPC 2016 p. 199 note Heinzmann ; ATF 139 II 404 consid. 12.1; TF

4A_235/2014 du 2 juillet 2014 consid. 2.3, RSPC 2014 p. 406 ; TF 4A_191/2014 du 2 juillet 2014 consid. 2.3). La jurisprudence interprète de manière large le concept de but économique (TF 4A_537/2013 du 29 novembre 2013 consid. 2; Colombini, op. cit., n. 2.4).

bb) En l'espèce, le litige ne porte certes pas sur l'existence de la créance déduite en poursuite, mais sur la faillite de N._____ SA. Il n'en demeure pas moins que la requête de faillite poursuivait en définitive de manière prépondérante un but économique, de sorte qu'il s'agit d'un litige patrimonial.

c) En matière de faillite, la détermination de la valeur litigieuse est ardue ; comme les effets d'une faillite ne se limitent pas à un seul créancier, la valeur litigieuse devrait se calculer sur la base de l'entier du patrimoine du débiteur (Kren Kostkiewicz, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 3^e éd., 2018, pp. 556 ss ; Vock/ Meister/Müller, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2^e éd., 2018, p. 245; CPF 3 juin 2019/97). La cour de céans a récemment admis qu' à défaut d'indication de la valeur litigieuse par les parties et de renseignement sur le patrimoine de la recourante ou plus précisément d'un éventuel droit au dividende, il faut estimer la valeur litigieuse en fonction de la créance à l'encontre du débiteur (CPF 3 juin 2019/97).

Il est ainsi justifié d'appliquer la fourchette proposée par N._____ SA.

d)aa) En vertu de l'art. 106 al. 1 CPC, les frais sont mis à la charge de la partie succombante. Les frais comprennent les frais judiciaires et les dépens (art. 95 al. 1 CPC).

Les dépens comprennent notamment le défraiement d'un représentant professionnel (art. 95 al. 3 let. b CPC). Sont essentiellement visés par cette disposition les frais d'avocat, mais aussi les honoraires dus à un autre représentant professionnel au sens de l'art. 68 CPC (Tappy, in Bohnet et alii (éd.), Commentaire romand, Code de procédure civile, 2^e

éd., n. 26 ad art. 95 CPC). L'art. 95 al. 3 let. b CPC ne limite pas la prise en considération des frais de représentant professionnel au cas où ils étaient nécessaires. Ni le juge ni le droit cantonal ne sauraient écarter la couverture de frais d'avocat réellement consentis par une partie et conformes aux règles ordinaires en la matière au motif que cette partie aurait pu plaider seule ou recourir à un autre type de représentant professionnel, moins coûteux (Tappy, op. cit., n. 29 ad art. 95 CPC ; Suter/Von Holzen, in Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger (éd.) Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3^e éd., 2016, n. 37 ad art. 95 ZPO [CPC], in fine ; ATF 144 III 164 consid. 3.5).

Le tribunal statue sur les frais en règle générale dans la décision finale (art. 104 al. 1 CPC). Conformément à l'art. 105 al. 2 CPC, le tribunal fixe les dépens selon le tarif. Les parties peuvent produire une note de frais. La maxime de disposition est également applicable en ce qui concerne les dépens (TF 4A_465/2016 du 15 novembre 2016 consid. 4.2). Les dépens ne sont pas alloués d'office, mais seulement sur requête. Faute d'une conclusion correspondante, l'octroi de dépens viole l'art. 105 CPC (ATF 139 III 334 consid. 4.3, RSPC 2014 p. 115 note Tappy). L'art. 105 CPC n'exige toutefois pas de conclusions chiffrées sur les dépens requis en première instance (ATF 140 III 159 consid. 4.4).

L'art. 96 CPC, auquel renvoie l'art. 105 al. 2 CPC, dispose que les cantons fixent le tarif des frais. Conformément à l'art. 37 al. 1 CDPJ (Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010 ; BLV 211.02), le Tribunal cantonal a arrêté le TDC, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011. C'est en principe l'entier des frais liés à la consultation d'un avocat ou d'un autre représentant professionnel qui est visé par la notion de défraiement de l'art. 95 al. 3 let. b CPC (Tappy, op. cit., n. 30 ad art. 95 CPC). Ce principe a d'ailleurs été repris à l'art. 3 al. 1 TDC, qui dispose qu'en règle générale, la partie qui succombe est tenue de rembourser à la partie qui a obtenu gain de cause tous les frais nécessaires causés par le litige.

Dans les contestations portant sur des affaires patrimoniales, le défraiement est fixé, selon le type de procédure et dans les limites des

tableaux figurant aux art. 4 à 8 et 10 à 13 TDC, en considération de l'importance de la cause, de ses difficultés, de l'ampleur du travail et du temps consacré par l'avocat ou l'agent d'affaires breveté (art. 3 al. 2, 1^{ère} phrase, TDC). Selon l'art. 11 TDC, en procédure sommaire, le défraiement de l'agent d'affaires breveté est en principe fixé, pour une valeur litigieuse de 250'000 fr. à 500'000 fr., dans une fourchette de 3'000 fr. à 6'750 francs.

Lorsqu'il y a une disproportion manifeste entre la valeur litigieuse et l'intérêt des parties au procès ou entre le taux applicable selon le tarif et le travail effectif de l'avocat ou de l'agent d'affaires breveté, la juridiction peut fixer des dépens inférieurs au taux minimum (art. 20 al. 2 TDC). On doit en principe s'en tenir aux barèmes fixés et on ne peut s'en écarter, dans l'hypothèse envisagée à l'art. 20 al. 2 TDC, que si la disproportion est évidente. Il en découle que l'on ne descendra en dessous du minimum du tarif que dans des cas exceptionnels. En particulier concernant de petits montants, les dépens ne seront pas fixés en dessous du minimum déterminé par le tarif pour le seul motif qu'ils semblent surévalués au regard du travail fourni par le mandataire. Une différence d'un tiers par rapport au temps consacré n'a pas été jugée manifestement disproportionnée (CACI 15 février 2016/96 ; CACI 5 décembre 2016/667 ; CPF 31 août 2016/272 ; CPF 29 novembre 2017/273). La jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'art. 8 du règlement sur les dépens devant le Tribunal fédéral — que l'art. 20 al. 2 TDC a repris — retient peu de situations justifiant une réduction des dépens. Elle relève en particulier trois cas, le premier étant celui de l'intimé qui n'a fait que déposer une écriture extrêmement succincte, telle celle relevant l'irrecevabilité du recours déposé (TF 4A_634/2011 du 20 janvier 2012 ; TF 4A_349/2011 du 5 octobre 2011), le second se réalisant lorsque le même mandataire est impliqué dans plusieurs procédures parallèles portant sur le même état de fait ou opposant les mêmes parties, le temps consacré à chacune de ces procédures se trouvant dès lors diminué (TF 4A_93/2010 du 29 juin 2010 consid. 4 ; TF 4D_57 à 67/2009 du 13 juillet 2009 consid. 2) et le troisième lorsque la procédure ne porte pas sur le fond mais sur un incident ou sur des questions procédurales

limitées (TF 4A_239/2013 du 9 septembre 2013 consid. 4 ; TF 4A_546/2013 du 13 mars 2014 consid. 4).

La cour de céans a appliqué les mêmes principes (CPF 13 janvier 2016/14; CPF 12 février 2016/48 et 49 ; CPF 5 avril 2016/116 ; CPF 11 octobre 2016/316). Ainsi, à titre d'exemple, dans un cas où la valeur litigieuse s'élevait à 546'430 fr., elle a jugé que le minimum de la fourchette prévu pour le défraiement d'un avocat, de 5'000 fr., était trop élevé au vu du caractère succinct de l'écriture de la partie, et a alloué à ce titre 1'680 francs (CPF 26 juin 2014/238), ou encore pour une procédure de mainlevée qui ne posait que des questions simples en fait et en droit, justifiant deux heures de travail, les dépens ont été fixés à 600 fr. au lieu du minimum de la fourchette de 1'000 fr. (CPF 31 août 2016/272 ; cf. aussi CPF 27 novembre 2017/280), de même lorsque le mandataire a rédigé des déterminations pratiquement identiques dans des procédures parallèles de mainlevée, il y a lieu de réduire de moitié environ les dépens alloués dans chaque procédure (CPF 9 décembre 2016/376).

bb) En l'espèce, contrairement à ce que soutient l'intimée, l'affaire revêtait une complexité certaine, nécessitant l'examen de nombreuses pièces et on peut retenir les opérations invoquées, soit une conférence d'une heure et demie, une heure pour l'analyse de la requête et des dix-huit pièces annexées, 4,5 heures pour la rédaction des déterminations de six pages comportant une motivation complète en fait et en droit, se rapportant à un bordereau de trente pièces produites, qu'il s'agissait de synthétiser, 1,5 heures pour la comparution à l'audience et 3 heures d'opérations diverses, pour un total de 11,5 heures. L'enjeu de la procédure, qui concernait l'existence même de la recourante, était en outre important.

Cela étant, on peut retenir 11,5 heures à 269 fr. 25 (tarif horaire usuel des agents d'affaires brevetés pour une valeur litigieuse supérieure à 30'000 fr. de 250 fr. + 19 fr. 25 de TVA à 7,7 % ; cf. Rapport explicatif sur le nouveau tarif des dépens en matière civile, p. 9 ad art. 10-

13), soit un montant total 3'096 fr. 40, ramené à 3'095 fr. pour demeurer dans les conclusions du recours.

Le recours de N. _____ SA doit donc être admis.

V. En conclusion, le recours de D. _____ GmbH doit être rejeté, celui de N. _____ SA admis et la décision réformée en ce sens que des dépens de première instance, fixés à 3'095 fr. sont alloués à N. _____ SA.

Vu le rejet du recours de D. _____ GmbH, les frais judiciaires de deuxième instance liés à ce recours, fixés à 300 fr., sont mis à la charge de celle-ci, qui versera en outre à N. _____ SA des dépens de deuxième instance, fixés à 1'600 fr. (art. 106 al. 1 CPC ; art. 3 al. 2 et 13 TDC).

Vu l'admission du recours de N. _____ SA, les frais judiciaires de deuxième instance liés à ce recours, fixés à 300 fr., sont mis à la charge de D. _____ GmbH, qui en remboursera l'avance, par 300 fr., effectuée par N. _____ SA et lui versera des dépens de deuxième instance, fixés à 400 fr. (art. 106 al. 1 CPC ; art. 3 al. 2 et 13 TDC).

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 de D. _____ GmbH en liquidation est rejeté.

II. Le recours de N. _____ SA est admis.

III. La décision est réformée au chiffre III de son dispositif comme il suit :

III. dit que D. _____ GmbH en liquidation doit payer à N. _____ SA la somme de 3'095 fr. (trois mille nonante-cinq francs) à titre de dépens.

Elle est confirmée pour le surplus.

IV. Les frais judiciaires du recours de D. _____ GmbH en liquidation, arrêtés à 300 fr. (trois cents francs), sont mis à la charge de la recourante.

V. Les frais judiciaires du recours de N. _____ SA, arrêtés à 300 fr. (trois cents francs), sont mis à la charge de l'intimée D. _____ GmbH en liquidation.

VI. D. _____ GmbH en liquidation doit verser à N. _____ SA la somme de 2'300 fr. (deux mille trois cents francs) à titre de restitution d'avance de frais et de dépens de deuxième instance.

VII. L'arrêt est exécutoire.

La présidente :

Le greffier :

Du

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

- Me Claude Brügger, avocat (pour D._____ GmbH en liquidation),
- M. Christophe Savoy, agent d'affaires breveté (pour N._____ SA).

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 à :

- Mme le Président du Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois,
- Konkursamt des Kantons Aargau.

Le greffier :