

## COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

---

---

Arrêt du 9 mars 2020

---

Composition : M. MAILLARD, président  
MM. Colombini et Hack, juges  
Greffier : Mme Debétaz Ponnaz

\*\*\*\*\*

### Art. 53 al. 2 CPC

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. \_\_\_\_\_ SA**, à [...], contre le jugement rendu le 2 décembre 2019, à la suite de l'audience du même jour, par la Présidente du Tribunal d'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois, prononçant la faillite de la recourante le 2 décembre 2019, à 9 heures 15.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

**En fait :**

1. Le 3 septembre 2019, X.\_\_\_\_\_SA a transmis au Tribunal d'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois une copie de la lettre qui avait été adressée la veille à l'Office des faillites du même arrondissement, concernant « le dépôt de bilan de l'entreprise D.\_\_\_\_\_SA », et a demandé que soient prises « les mesures nécessaires ». Ladite lettre provenait d'une fiduciaire H.\_\_\_\_\_AG et était signée par H.\_\_\_\_\_, « expert-comptable diplômé et réviseur agréé », lequel confirmait que la société était surendettée selon l'art. 725 al. 1 CO, qu'elle était insolvable, qu'elle avait cessé ses activités à fin juillet 2018 et licencié tout son personnel et que « malheureusement, les mesures d'assainissement prévues au printemps 2018 n'[avaie]nt pas pu être mises en place » ; à cette lettre étaient joints le bilan au 30 octobre 2018 et le compte de pertes et profits de janvier à octobre 2018 de D.\_\_\_\_\_SA établis par une fiduciaire [...] AG, à la même adresse que H.\_\_\_\_\_AG.

Le 4 septembre 2019, l'Office des faillites de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois a transmis à la présidente du tribunal d'arrondissement, comme objet de sa compétence, le courrier qu'il avait reçu « par erreur ».

Par décision adressée le 11 septembre 2019 à D.\_\_\_\_\_SA, à [...], la présidente du tribunal a accusé réception de son avis de surendettement, l'a invitée à le compléter par diverses pièces et a fixé le montant des avances à verser à l'office des faillites et au tribunal dans un délai au 28 septembre 2019. Le pli, envoyé en courrier recommandé, est venu en retour au greffe avec la mention « A déménagé ».

Le 19 septembre 2019, X.\_\_\_\_\_SA a adressé au tribunal d'arrondissement « une copie de notre procuration qui atteste que nous acceptons le mandat de liquidation de la société D.\_\_\_\_\_SA », soit une lettre de sa part, signée par H.\_\_\_\_\_, adressée le jour même à

D.\_\_\_\_\_SA, à [...], dont la teneur était la suivante : « Nous confirmons que nous sommes disposés à exercer les fonctions de liquidateur au nom de la société D.\_\_\_\_\_SA, sise à [...]. ».

Le 27 septembre 2019, la présidente du tribunal a adressé à X.\_\_\_\_\_SA, comme représentant de D.\_\_\_\_\_SA, une citation à comparaître à une audience fixée au 29 octobre 2019.

Lors de cette audience, à laquelle personne ne s'est présenté, la présidente a constaté que la citation à comparaître avait été adressée à X.\_\_\_\_\_SA, qui n'était pas au bénéfice d'une procuration, et non à D.\_\_\_\_\_SA et a ordonné qu'une nouvelle citation soit adressée à cette société avec copie à la fiduciaire.

Le 4 novembre 2019, une citation à comparaître à une audience fixée au 2 décembre 2019 a été envoyée à D.\_\_\_\_\_SA, à l'adresse de son administrateur D.\_\_\_\_\_, à [...].

Par lettre datée du 2 octobre 2019 - par erreur, dès lors que son auteur se réfère à la citation à comparaître du 4 novembre 2019 - et reçue au greffe du tribunal le 7 novembre 2019, l'avocat de D.\_\_\_\_\_SA a produit une procuration et demandé que les pièces du dossier lui soient envoyées par la poste, afin de pouvoir les étudier, en s'engageant à les renvoyer dans les cinq jours suivant leur réception. Cette lettre était écrite sur le papier à lettres de l'étude, portant l'en-tête « Steinegger Rechtsanwälte » et indiquant l'adresse suivante en bas de page : « Hirschengraben 2 P.O Box 3001 Bern ».

Par lettre du 21 novembre 2019, le même avocat a informé la présidente du tribunal d'arrondissement que son client - D.\_\_\_\_\_ - avait décidé de ne pas participer à l'audience du 2 décembre 2019 et a relevé ce qui suit : « malgré ma demande du 6 novembre 2019, nous n'avons pas eu accès au dossier de la Cour ».

Les pièces du dossier ont alors été envoyées par courrier du 22 novembre 2019 adressé à « Monsieur Cristian Torrado, avocat, Hirschengraben 2, 3001 Bern ». Ce courrier est venu en retour au tribunal le 4 décembre 2019, avec la mention « Retour - Le destinataire est introuvable à l'adresse indiquée », au-dessus de laquelle avait été apposé un timbre humide indiquant « Geschäftshaus - ohne näheren Angaben nicht zustellbar ».

**2.** A la suite de l'audience du 2 décembre 2019, à laquelle personne ne s'est présenté, la Présidente du Tribunal d'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois a prononcé, le jour même à 9 heures 15, la faillite de D. \_\_\_\_\_ SA, a ordonné la liquidation sommaire de cette faillite et a mis les frais, par 200 fr., à la charge de la faillie.

Selon le procès-verbal des opérations, au 4 décembre 2019, le courrier adressé le 22 novembre 2019 à Me Torrado et venu en retour « lui est communiqué avec la décision de mise en faillite » ; au 6 décembre 2019, la décision « est communiquée aux intéressés avec avis des voies de droit » ; au 10 décembre 2019, « la décision notifiée le 06.12.2019 à Me Torrado est venue en retour avec la mention "le destinataire est introuvable à l'adresse indiquée". Téléphoné à l'Etude qui dit de rajouter la mention "Steinegger Rechtsanwälte". Dite décision lui est notifiée à cette adresse. ».

Le jugement a été notifié à l'avocat de la faillie le 11 décembre 2019.

**3.** Par recours du 21 décembre 2019, D. \_\_\_\_\_ SA a conclu, avec suite de frais et dépens, à ce que la déclaration de faillite soit annulée, subsidiairement à ce que la décision soit annulée et la cause renvoyée en première instance. Elle a produit des pièces, dont trois (pièces 5, 6 et 7) sont nouvelles, en ce sens qu'elles ne figuraient pas au dossier de

première instance, mais se rapportent à des faits survenus avant le jugement attaqué (pseudo-nova).

La requête d'effet suspensif contenue dans le recours a été admise par décision du 24 décembre 2019, ordonnant à titre de mesures conservatoires l'inventaire et l'audition de la faillie.

Le 20 janvier 2019, dans le délai qui lui avait été imparti pour ce faire, la recourante s'est déterminée sur l'extrait des poursuites au 30 décembre 2019 la concernant, versé d'office au dossier.

X. \_\_\_\_\_ SA n'a pas déposé de détermination sur le recours.

### **En droit :**

**I.**           **a)** En principe, la partie ne peut pas attaquer un jugement qui lui alloue ses conclusions, faute d'intérêt au recours. En l'espèce, toutefois, la recourante fait valoir que la déclaration d'insolvabilité à l'origine de sa faillite émanait d'une personne qui n'avait pas qualité pour la représenter. La voie du recours contre le jugement de faillite lui est dès lors ouverte.

**b)** La faillite du débiteur prononcée à la requête de celui-ci - ou de son représentant - aux conditions de l'art. 191 LP (loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ; RS 281.1), est un cas de faillite sans poursuite préalable auquel s'applique notamment, en vertu de l'art. 194 LP, l'art. 174 al. 1 LP. Aux termes de cette disposition, la décision du juge de la faillite peut, dans les dix jours, faire l'objet d'un recours au sens du CPC (Code de procédure civile ; RS 272) ; les parties peuvent faire valoir des faits nouveaux lorsque ceux-ci se sont produits avant le jugement de première instance (pseudo-nova). La production de pièces nouvelles en deuxième instance est ainsi autorisée en matière de faillite, sans restriction s'il s'agit de pseudo-nova.

En l'espèce, le recours, déposé en temps utile et dans les formes requises, est recevable, de même que toutes les pièces produites à son appui.

**II.** La recourante se plaint tout d'abord d'une violation de son droit d'être entendue, découlant du fait que, malgré une demande de consultation du dossier, ni elle, ni son représentant n'ont reçu le dossier de la procédure.

**a) aa)** Selon l'art. 53 al. 2 CPC, les parties ont le droit de consulter le dossier et de s'en faire délivrer copie, pour autant qu'aucun intérêt prépondérant public ou privé ne s'y oppose.

L'accès au dossier présuppose en principe une requête de l'intéressé (TF 5A\_339/2017 du 8 août 2017 consid. 2.2 et les références citées).

Le droit d'accès au dossier ne comprend, en règle générale, que le droit de consulter les pièces au siège de l'autorité, de prendre des notes et, pour autant que cela n'entraîne aucun inconvénient excessif pour l'administration, de faire des photocopies (ATF 131 V 35 consid. 4.2 et les références ; TF 5A\_557/2019 du 31 octobre 2019 consid. 2.1). En pratique, les personnes représentées par un avocat bénéficient couramment de facilités plus étendues, adaptées aux besoins professionnels de ces mandataires et à la confiance que justifie leur statut : les pièces sont simplement envoyées à l'étude de l'avocat, même si le droit de procédure ne le prévoit pas expressément. Le refus d'envoyer le dossier à l'avocat établi dans un autre canton, alors qu'un confrère établi dans le canton du siège de la juridiction pourrait l'obtenir, est inadmissible en raison de son caractère discriminatoire (ATF 122 I 109 consid. 2b ; cf. CREC 17 février 2014/62).

**bb)** Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel, dont la violation doit entraîner l'annulation de la décision indépendamment des chances de succès du recours sur le fond (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 ; ATF 135 I 187 consid. 2.2 ; TF 5A\_741/2016 du 6 décembre 2016 consid. 3.1.2 ; TF 4A\_453/2016 du 16 février 2017 consid. 4.2.2, RSPC 2017 p. 313 ; Colombini, Code de procédure civile, Condensé de la jurisprudence fédérale et vaudoise, n. 15.1 *ad art.* 53 CPC). Une violation du droit d'être entendu peut toutefois être réparée dans le cadre de la procédure de recours lorsque l'irrégularité n'est pas particulièrement grave et pour autant que la partie concernée ait la possibilité de s'exprimer et de recevoir une décision motivée de la part de l'autorité de recours disposant d'un pouvoir d'examen complet en fait et en droit (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 ; ATF 136 III 174 consid. 5.1.2 ; TF 5A\_741/2016 consid. 3.1.2 précité; TF 5A\_897/2015 du 1<sup>er</sup> février 2016 consid. 3.2.2 ; TF 4A\_35/2015 du 12 juin 2015 consid. 2.3 ; Colombini, *op. cit.*, n. 15.3.1 *ad art.* 53 CPC). Une réparation du vice procédural peut également se justifier, même en présence d'un vice grave, lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité, provoquant un allongement inutile de la procédure, incompatible avec l'intérêt de la partie concernée à ce que sa cause soit tranchée dans un délai raisonnable (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 ; ATF 137 I 195 consid. 2.3.2 ; ATF 136 V 117 consid. 4.2.2.2 ; TF 4A\_283/2013 du 20 août 2013 consid. 3.3, RSPC 2014 p. 5 ; TF 5A\_925/2015 du 4 mars 2016 consid. 2.3.3.2, non publié à l'ATF 142 III 195 ; TF 5A\_596/2018 du 26 novembre 2018 consid. 5.3 ; TF 5D\_8/2016 du 3 juin 2016 consid. 2.3 ; TF 5A\_897/2015 consid. 3.2.2 précité ; Colombini, *op. cit.*, n. 15.3.2 *ad art.* 53 CPC).

**cc)** Le recours au sens des art. 319 ss CPC est recevable pour violation du droit et constatation manifestement inexacte de faits (art. 320 let. a et b CPC). Le pouvoir d'examen de la cour de céans, illimité en droit, est donc limité en fait à l'arbitraire (ATF 138 III 232 consid. 4.1.2, JdT 2012 II 511 ; TF 4D\_30/2017 du 5 décembre 2017 consid. 2.2 ; Colombini, *op. cit.*, nn. 1 et 2 *ad art.* 320 CPC).

**b)** En l'espèce, on peut considérer que, l'avocat ayant requis à deux reprises que le dossier lui soit envoyé, il n'avait pas à relancer le tribunal avant l'audience pour savoir ce qu'il en était de sa requête. Le tribunal n'a pas réagi à la première demande et son envoi du 22 novembre 2019, à la suite de la deuxième demande, a échoué, sans qu'il importe de savoir si cet échec est imputable à une indication incomplète de l'adresse ou à la poste. Quoi qu'il en soit, ni la recourante, ni son conseil n'ont eu accès au dossier et la violation du droit d'être entendue de la partie doit être admise. Dès lors que la cour de céans ne dispose que d'un pouvoir d'examen limité en fait, cette violation entraîne l'annulation de la décision attaquée.

**III.** Vu ce qui précède, le jugement doit être annulé et la cause renvoyée au premier juge pour nouvelle instruction, soit pour nouvelle convocation de la partie à une audience - le dossier ayant depuis lors été transmis à son avocat - et nouvelle décision.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr., sont laissés à la charge de l'Etat (art. 107 al. 2 CPC). L'avance de frais de 300 fr. payée par la recourante doit lui être remboursée par la caisse du Tribunal cantonal.

Il n'est pas alloué de dépens de deuxième instance. En effet, seuls les frais judiciaires sont mentionnés à l'art. 107 al. 2 CPC et il est exclu de condamner l'Etat - lorsqu'il n'est pas partie à une procédure - à verser des dépens ; ceux-ci restent à la charge de la partie qui succombe, conformément à l'art. 106 al. 1 CPC (Tappy, *in* Bohnet *et alii* (éd.), Commentaire romand, Code de procédure civile, 2<sup>e</sup> éd., n. 35 *ad* art. 107 CPC). En l'espèce, toutefois, X. \_\_\_\_\_ SA, pour autant qu'elle puisse être considérée comme intimée au recours, n'avait en tout cas aucune prise sur le motif formel pour lequel le recours est admis et n'a pas à supporter la charge de dépens.

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

- I.** Le recours est admis.
  
- II.** Le jugement est annulé et la cause renvoyée à la Présidente du Tribunal d'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois pour nouvelle instruction dans le sens des considérants et nouvelle décision.
  
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr. (trois cents francs), sont laissés à la charge de l'Etat.  
  
L'avance de frais de 300 fr. (trois cents francs) effectuée par la recourante D. \_\_\_\_\_ SA lui est restituée par la caisse du Tribunal cantonal.
  
- IV.** Il n'est pas alloué de dépens de deuxième instance.
  
- V.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

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

- Me Cristian Torrado, avocat (pour D. \_\_\_\_\_ SA),
- X. \_\_\_\_\_ SA,
- M. le Préposé à l'Office des poursuites du district de La Broye-Vully,
- Mme la Préposée à l'Office des faillites de l'arrondissement de La Broye et du Nord 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 trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Conservateur du Registre foncier, Office de La Broye-Nord vaudois,
- M. le Préposé au Registre du Commerce du canton de Vaud,

et communiqué à :

- Mme la Présidente du Tribunal d'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois.

La greffière :