

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 19 mars 2015

Composition : Mme ROULEAU, présidente
Mme Byrde et M. Maillard, juges
Greffier : Mme Joye

* * * * *

Art. 725a al. 1 CO

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 **H. _____**, à Chavannes-près-Renens, contre le jugement prononçant sa faillite rendu le 17 décembre 2014, à la suite de l'audience du 23 octobre 2014, par le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. a) H._____ est une société anonyme inscrite au registre du commerce depuis le 27 décembre 1988. Elle a pour but l'étude, le montage, la location et la vente d'échafaudages, de machines, de matériaux, de fourniture et de travaux dans la branche de la construction.

Le 17 octobre 2013, H._____ a déposé plainte pénale contre son ancien administrateur R._____, l'accusant de gestion déloyale qualifiée, subsidiairement de gestion déloyale, d'abus de confiance, de faux dans les titres et de gestion fautive.

b) Le 31 octobre 2013, U._____ a requis du Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne la faillite de H._____. Le 2 décembre 2013, Y._____Assurances SA en a fait de même.

Le 26 novembre 2013, H._____ a déposé auprès de la même autorité une requête d'ajournement de faillite, en application de l'art. 725a al. 1 CO. Elle a conclu principalement à la suspension de la procédure de faillite au sens de l'art. 126 CPC jusqu'à l'issue de la procédure pénale, subsidiairement, à l'ajourne-ment de faillite pour une durée d'une année, jusqu'au 31 décembre 2014, et à la nomination d'un curateur en la personne de C._____ de la fiduciaire [...]. Elle a également demandé l'effet suspensif, qui lui a été accordé par décision du 27 novembre 2013.

Par décision du 3 janvier 2014, rendue à la suite d'une audience fixée au 28 novembre 2013, le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne a accordé l'ajournement demandé, pour une durée de quatre mois (I), confirmé la suspension des poursuites (II) et désigné C._____ en qualité de curateur (III).

Le 23 avril 2014, le curateur a déposé un rapport sur la situation de la société, qui contient notamment ce qui suit : « Au 31 décembre 2012, la société était en situation de l'art. 725 al. 1 CO puisqu'elle présentait une perte reportée de CHF 156'005 pour des fonds propres de CHF 211'100.00. Le chiffre d'affaires de l'exercice 2012 s'est élevé à CHF 761'780 et la perte à CHF 2'824. Grâce aux efforts de la nouvelle administration, la situation s'est bien améliorée lors de l'exercice 2013. En effet, le chiffre d'affaires s'est élevé à CHF 855'069 et le Cash Flow à CHF 261'682, faisant ainsi ressortir des fonds propres à CHF 316'777, la perte reportée au 31 décembre 2012 ayant été résorbée. Toutefois, dans ce résultat positif, des locations de matériel 2013 à hauteur de CHF 232'634 ont été facturées à D._____ -R._____ - qui ne s'est pas encore acquittée de cette somme et pour laquelle un commandement de payer lui a été notifié le 13 mars 2014 et frappé d'opposition le 14 mars 2014. En outre, R._____ a prélevé des fonds dans la société pour un montant de CHF 153'972 et figurent à l'actif du bilan (...) ». Le curateur concluait que si la société était sur la voie de l'assainissement au 31 mars 2014, sa situation pourrait être compromise si les importantes créances qu'elle avait contre R._____ et sa société D._____ « ne pouvaient pas être encaissées et devraient faire l'objet d'amortissements » ; dans cette hypothèse, le solde de fonds propres s'élèverait, au 31 mars 2014, à 10'171 francs. Il proposait une prolongation de l'ajournement de faillite pour six mois.

Les créancières U._____ et Y._____Assurances SA ont retiré leurs requêtes de faillites respectivement les 25 avril et 29 avril 2014.

Par décision du 9 mai 2014, le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne a prolongé l'ajournement de faillite jusqu'au 1^{er} novembre 2014, considérant que la requérante, dont la situation s'était améliorée, demeurait néanmoins « dans le cadre de l'article 725 CO ».

Le 19 mai 2014, la société E._____ a requis la faillite de H._____.

Le 13 octobre 2014, le curateur a déposé un nouveau rapport. Le constat demeurait globalement le même ; il indiquait que la société était « sur la voie de son assainissement » mais que « cette situation peut toutefois être annihilé par les créances de R._____ et sa société si elles ne pouvaient pas être encaissées et devraient faire l'objet d'amortissement ». Dans cette hypothèse, le solde négatif des fonds propres - soit un surendettement - se monterait à 89'866 au 15 septembre 2014. Il a demandé la prolongation de l'ajournement pour six mois.

La requérante H._____ a déposé des déterminations et des pièces le 15 octobre 2014, concluant à la suspension de la procédure « jusqu'au dénouement de la procédure pénale diligentée contre R._____ », subsidiairement la prolongation de l'ajournement de faillite pour six mois.

Le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne a tenu audience le 23 octobre 2014, en présence de la requérante, du curateur, de représentants de l'Office des poursuites du district de l'Ouest lausannois et de l'Office des faillites de l'arrondissement de Lausanne et de l'agent d'affaires breveté représentant la créancière E._____. Le représentant de l'office des poursuites a signalé que de nouvelles réquisitions de poursuite avaient été déposées et étaient en attente depuis la décision d'ajournement pour un total de l'ordre de 135'000 francs. Le président a fixé un délai à la requérante pour fournir des explications à ce sujet.

Le 28 octobre 2014, H._____ a confirmé ses précédentes conclusions, en ajoutant une plus subsidiaire, en ce sens que « l'ajournement de faillite (...) est révoqué, la société (...) n'étant, en l'état, pas en surendettement ». Elle faisait notamment valoir que les

prétentions fondant ces nouvelles poursuites étaient antérieures à la procédure d'ajournement de faillite.

Le curateur et les parties intimées se sont vus fixer un délai pour se déterminer.

Le 6 novembre 2014, l'Office des poursuites de l'Ouest lausannois a conclu à la faillite, relevant que l'assainissement de la société supposait un encaissement des créances qu'elle avait contre R._____ et D._____ et que la situation des deux débiteurs étant fortement obérée, une issue favorable paraissait peu vraisemblable dans un délai raisonnable.

Le curateur a déposé un rapport complémentaire le 7 novembre 2014. Il a indiqué que la situation s'était péjorée en ce sens que le cashflow avait diminué (de 58'456 fr. à 3'801 fr.) et les dettes augmenté (de 331'669 fr. à 386'324 fr.). Il a indiqué que la société n'était « pas encore en surendettement » du fait du non provisionnement des créances contre R._____ et D._____ de 475'122 fr., mais que sa situation deviendrait « catastrophique » si celles-ci n'étaient pas recouvrées. Il a considéré qu'il serait « peut-être opportun de prolonger encore une fois l'ajournement de faillite de six mois en attendant l'issue de la procédure pénale ou, subsidiairement, révoquer la procédure actuelle (...) puisqu'en l'état, l'art. 725 al. 2 CO n'est pas encore applicable, mais avec le risque d'une mise en faillite de la société qui serait dommageable pour les créanciers ».

2. Par prononcé du 17 décembre 2014, le président du Tribunal d'arrondissement a constaté l'échec de la procédure d'ajournement de faillite requise par H._____ (I), prononcé la faillite de la société (II), relevé le curateur de sa mission (III), révoqué l'effet suspensif accordé le 27 novembre 2013 (IV) et mis les frais à la charge de la faillie (V). Cette décision a été notifiée le 18 décembre 2014 à la faillie.

Le président du tribunal d'arrondissement a considéré que la procédure d'ajournement de faillite ne pouvait et ne devait pas être suspendue jusqu'à droit connu sur la procédure pénale, qui ne faisait que débiter, que la prolongation de l'ajournement supposait une amélioration ou, à tout le moins, aucune aggravation de la situation de la requérante, qu'en l'occurrence la situation sur le front des dettes s'était aggravée et que le recouvrement des créances litigieuses était plus qu'aléatoire, la situation financière des deux débiteurs étant obérée, qu'enfin une première prolongation avait déjà été accordée et qu'avec une deuxième prolongation, l'ajournement dépasserait une durée raisonnable.

3. Par acte du 22 décembre 2014, la faillie a recouru contre cette décision, concluant à son annulation, à « la suspension de tous procédés civils et, notamment, de la présente procédure (...) au sens des dispositions de l'article 126 CPC jusqu'au dénouement de la procédure pénale diligentée contre M. R. _____ », subsidiairement à la prolongation de l'ajournement de faillite pour six mois, plus subsidiairement à la révocation de la faillite et de son ajournement, la recourante étant « réintégrée dans la libre disposition de ses biens ». Elle a produit plusieurs pièces nouvelles.

Par prononcé du 8 janvier 2015, la présidente de la cour de céans a admis la requête d'effet suspensif et ordonné l'inventaire et l'audition de la faillie.

La requérante s'est encore déterminée le 16 janvier 2015.

Le 2 février 2015, l'office des faillites a produit le procès-verbal d'interrogatoire du 21 janvier 2015 et l'inventaire, accompagné de ses annexes, d'H. _____.

Invité à se déterminer sur le recours, l'office des faillites a indiqué, dans un courrier du 3 février 2015, n'avoir aucune écriture supplémentaire à déposer.

Le même jour, la créancière E._____ a déposé des déterminations. Elle s'en est remise à justice, étant d'avis qu'il y avait insolvabilité et non surendette-ment.

Les autres intimés ne se sont pas manifestés.

En droit :

I. a) Déposé en temps utile (art. 174 al. 1 LP, loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889, RS 281.1) et dans les formes requises (art. 321 al. 1 CPC, Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272), le recours est recevable formellement.

Il en va de même des déterminations des parties intimées (art. 322 al. 1 CPC).

b) S'agissant d'un recours contre un jugement de faillite, les pièces nouvelles produites avec le recours sont recevables sans restriction si elles se rapportent à des faits nouveaux s'étant produits avant le jugement de première instance (art. 174 al. 1 LP). Si elles se rapportent à des faits intervenus depuis l'audience de faillite, elles sont recevables dans la mesure où elles tendent à établir la solvabilité du débiteur (art. 174 al. 2 LP). Les pièces nouvelles produites par la recourante répondent toutes à l'un ou l'autre de ces critères et sont donc recevables, sous réserve d'une décision de justice rendue dans une cause étrangère à la présente affaire.

II. a) La recourante demande, en premier lieu, que la procédure d'ajourne-ment soit suspendue, en application de l'art. 126 CPC, jusqu'à

droit connu sur la procédure pénale diligentée contre son ancien administrateur, R._____.

Selon l'art. 126 al. 1 CPC, le tribunal peut ordonner la suspension de la procédure si des motifs d'opportunité le commandent. La procédure peut notamment être suspendue lorsque la décision dépend du sort d'un autre procès. Cette suspension doit correspondre à un vrai besoin (FF 6841, Message relatif au CPC du 28 juin 2006, spéc. p. 6916 ; Haldy, CPC commenté, Bâle 2011, nn. 5 ss ad art. 126 CPC). En l'absence de précision du texte légal, il faut considérer que la suspension peut intervenir d'office ou sur requête en tout état de cause, savoir dès la conciliation et jusque et y compris en instance de recours (Haldy, op. cit., n. 8 ad art. 126 CPC), et quelle que soit la procédure applicable (Stahelin, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Sutter Somm/Hasenböhler/Leuenberger Hrsg, 2^e éd. 2013, n. 4 ad art. 126 CPC). La suspension doit en outre être compatible avec le principe constitutionnel de célérité (art. 29 al. 1 Cst. ; ATF 135 III 127 c. 3.4, JT 2011 II 402 ; Haldy, op. cit., n. 6 ad art. 126 CPC). La suspension doit être exceptionnelle et, en cas de doute, le principe de célérité doit l'emporter sur les intérêts contraires (Stahelin, loc. cit.), le législateur ayant entendu protéger ce principe de manière privilégiée par rapport aux autres intérêts en jeu dans le cadre d'une suspension, dès lors qu'il a subordonné le recours contre le refus d'une suspension à l'exigence du préjudice difficilement réparable posée à l'art. 319 let. b ch. 2 CPC (Kaufmann, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Brunner/Gasser/Schwander Hrsg, 2011, n. 17 ad art. 126 CPC). L'examen de l'opportunité d'une suspension suppose une certaine retenue et la prise en compte non seulement du droit de saisine et du principe de célérité, mais également du type de procédure en question (Bornatico, Basler Kommentar, 2010, n. 10 ad art. 126 CPC, p. 635). Cependant, lorsqu'il s'agit d'attendre le résultat d'un autre procès, il suffit que l'on puisse attendre de cette issue qu'elle facilite de façon significative la procédure à suspendre (Stahelin, op. cit., n. 3 ad art. 126 CPC). En définitive, il y a lieu d'effectuer une pesée entre l'intérêt à l'avancement du procès et

l'intérêt à une simplification de celui-ci (Stahelin, op. cit., n. 4 ad art. 126 CPC).

La suspension de la procédure peut être de durée déterminée. Dans ce cas, elle prend fin automatiquement avec l'écoulement de la date qui y est prévue. Elle peut être aussi de durée indéterminée, ce qui a pour conséquence qu'elle ne peut prendre fin que par une décision (Kaufmann, op. cit., n. 13 ad art. 126 CPC ; Stahelin, op. cit., n. 6 ad art. 126 CPC). Une suspension "jusqu'à droit connu sur une procédure" doit être considérée comme étant de durée indéterminée car le terme n'est alors pas certain pour les parties et ne leur est pas sans autre connu (Stahelin, loc. cit.).

En l'espèce, l'issue de la procédure pénale pourrait améliorer la situation juridique – éventuellement financière, mais rien n'est moins certain – de la recourante vis-à-vis de R._____, mais ne constitue pas une donnée indispensable ni même utile pour statuer sur la requête de prolongation de l'ajournement de faillite. La procédure dirigée contre le prénommé fait partie des démarches d'assainissement de la société. En réalité, admettre la demande de suspension signifierait attendre d'être fixé sur l'assainissement espéré pour décider du sort de la requête d'ajournement. Vu l'effet suspensif prononcé, l'ajournement requis serait accordé de facto jusqu'à droit connu sur le procès pénal, qui paraît, de surcroît, loin d'être terminé. Ce n'est pas le but de l'art. 126 CPC.

La suspension requise ne saurait dès lors être accordée, à supposer que l'art. 126 CPC s'applique en matière de LP, question qu'on peut laisser ouverte.

b) La recourante fait valoir, à titre subsidiaire, que sa situation s'est améliorée et qu'une prolongation de l'ajournement se justifie.

L'ajournement de la faillite au sens de l'art. 725a CO (Code des obligations du 30 mars 1911, RS 220) a pour but de permettre la continuation de l'activité de la société. A la différence des cas

d'ajournement prévus par le droit des poursuites (art. 173 et 173a LP), il ne s'agit pas d'une mesure relevant de l'exécution forcée, mais d'un simple moratoire (Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2ème éd., n. 1715; Hardmeier, Zürcher Kommentar, n. 1315 ad art. 725a CO), dont la finalité est de redresser la société en évitant toute procédure d'exécution forcée, y compris concordataire (Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 15 ad art. 192 LP).

Le requérant doit présenter au juge un plan d'assainissement exposant les mesures propres à redresser la société et indiquer le délai dans lequel le surendettement sera éliminé (TF 5P.466/1999 c. 3.b; CPF, 25 janvier 2012/85). L'assainissement paraît possible quand les mesures proposées permettront, selon toute vraisemblance, d'éliminer le surendettement dans le délai prévu et de restaurer à moyen terme la capacité de gain, qui seule laisse entrevoir des perspectives d'avenir (ATF 99 II 283 c. II/3; Tercier/Stoffel, Le droit des sociétés 1999/2000, résumés de jurisprudence, in RSDA 2000 p. 299, r86-r88, CPF, 25 janvier 2012/85 précité).

L'ajournement aux fins d'assainissement doit tendre à empêcher l'ouverture de la faillite dans l'intérêt de la société et avant tout des créanciers (CPF, 25 mai 2000/210, c. 3.c ; CPF 25 janvier 2012/85 précité). Il a pour but de permettre la continuation de l'activité de la société, mais non sa liquidation en dehors de la procédure de faillite et cela même si une telle liquidation devait s'avérer plus favorable pour les créanciers (TF 5P.466/1999 précité, c. 3.b).

Une prolongation de l'ajournement de faillite doit être concédée, même de façon réitérée, si elle est propice à l'assainissement, sans toutefois qu'il faille tarder à prononcer la faillite si celle-ci est inéluctable (Peter/Peyrot, L'ajournement de la faillite (art. 725a CO) dans la jurisprudence des tribunaux genevois, in SJ 2006 II 43 ss, spéc. pp. 62-63). Dans l'appréciation de la situation, le juge doit examiner si, entre la décision d'ajournement et le moment où il y a lieu de statuer sur la prolongation, en première ou en seconde instance, la situation de la

société s'est améliorée, à l'aune de la vraisemblance (CPF, 25 mai 2000/210 précité, c. 3.c). A défaut de s'être améliorée, il faut au moins que la situation ne se soit pas aggravée et que la perspective d'amélioration soit solide et prochaine pour qu'une prolongation de l'ajournement puisse être accordée (ibid.).

Si l'assainissement est devenu impossible ou que ses chances de succès sont réellement compromises, le juge doit prononcer la faillite de la société.

En l'espèce, selon le rapport initial du curateur, il y avait surendette-ment au 31 décembre 2012. La situation s'est certes améliorée en 2013, mais s'est notablement péjorée après mars 2014. Si, au 15 septembre 2014, la société n'était pas « encore » surendettée d'un point de vue comptable, c'est uniquement parce qu'elle n'avait pas provisionné deux importantes créances douteuses - dont le recouvrement était compromis au vu de la situation obérée des débiteurs R._____ et D._____ - alors même que ce provisionnement s'imposait en vertu des principes comptables exposés aux art. 960 ss CO. Dans son rapport du 7 novembre 2014, le curateur jugeait même la situation « catastrophique » si les créances précitées n'étaient pas encaissées. Or, les créances de la recourante à l'égard R._____ et sa société D._____ paraissent loin d'être recouvrées. En effet, la procédure pénale invoquée par la recourante n'aboutira pas, même en cas de condamnation de R._____, au remboursement de ces créances ; cette procédure, qui paraît loin d'être terminée, devra, le cas échéant, être suivie d'une procédure d'exécution forcée ; ce n'est que si cette dernière aboutit à un résultat positif que la recourante aura pu assainir sa situation financière. La perspective paraît bien lointaine ; la prolongation de l'ajournement de faillite devrait encore vraisemblablement être requise et accordée pour plusieurs années, ce qui est contraire à l'esprit de cette institution.

Dans ces conditions, la prolongation de l'ajournement requise par la recourante ne saurait être accordée.

c) Enfin, la recourante reproche au premier juge d'avoir considéré à tort qu'elle aurait annoncé son surendettement au sens de l'art. 725 al. 2 CO en demandant l'ajournement de la faillite. En réalité, sa requête aurait été formée pour éviter sa mise en faillite sur requête d'U._____, danger désormais écarté, cette requête de faillite ayant été retirée. Elle fait valoir qu'elle n'est pas et n'a jamais été en état de surendettement. La faillite ou son ajournement n'aurait donc pas ou plus lieu d'être prononcé. Elle demande dès lors que soit révoquée la faillite, en application, par analogie, de l'art. 195 LP.

Comme le relève l'office des poursuites dans ses déterminations du 6 novembre 2014, un ajournement ne peut être prononcé que dans un nombre très restreint de cas, décrits aux art. 173, 173a LP et 725a CO. On ne se trouve pas dans l'un des cas des art. 173 ou 173a LP. La requérante elle-même invoquait l'art. 725a CO. Certes, la requête du 26 novembre 2013 précise qu'elle est déposée pour éviter une faillite et n'annonce pas stricto sensu un surendettement. Elle indique néanmoins que la situation financière précise de la société est difficile à déterminer eu égard aux circonstances. La demande a été enregistrée comme une procédure séparée des requêtes de faillite. Toute la procédure a été menée comme fondée sur la prémisse d'un surendettement et la requérante n'a protesté contre ce mode de faire que lorsqu'elle n'a plus obtenu gain de cause.

Au demeurant, si on suivait la recourante dans son raisonnement, cela signifierait que l'ajournement n'aurait jamais dû être accordé mais la faillite prononcée à la requête d'U._____ le 28 novembre 2013. Si on « révoquait » l'ajournement et, dans la foulée, la faillite fondée sur l'art. 725a al. 1 CO, le prononcé d'effet suspensif du 27 novembre 2013 tomberait aussi, ce qui conduirait à la continuation des autres procédures de poursuite, notamment la requête de faillite d'E._____.

Il s'ensuit que les conditions d'une révocation de la faillite ne sont en l'espèce pas réunies.

d) En définitive, l'assainissement de la société apparaissant improbable pour les motifs exposés plus haut, il y a lieu de prononcer sa faillite, conformément à l'art. 725a al. 1 CO.

III. Le recours doit donc être rejeté et le jugement confirmé, la faillite de la recourante H._____ prenant effet, compte tenu de l'effet suspensif accordé, le 19 mars 2015 à 16 heures 15.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr., sont mis à la charge de la recourante, qui succombe.

Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens de deuxième instance à l'intimée E._____ qui s'en est remise à justice.

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 rejeté.

II. Le jugement est confirmé, la faillite d'H._____ prenant effet le 19 mars 2015 à 16 heures 15.

III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr. (trois cents francs), sont mis à la charge de la recourante.

IV. Il n'est pas alloué de dépens de deuxième instance.

La présidente :

La greffière :

Du 19 mars 2015

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

- M. Pierre-Yves Zurcher, agent d'affaires breveté (pour H. _____),
- M. Jean-Daniel Nicaty, agent d'affaires breveté (pour E. _____),
- Administration fédérale des contributions,
- U. _____,
- Y. _____ Assurances SA
- M. C. _____,
- M. le Préposé à l'Office des poursuites du district de Lausanne,
- M. le Préposé à l'Office des poursuites du district de l'Ouest lausannois,
- M. le Préposé à l'Office des faillites de l'arrondissement de Lausanne.

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 Lausanne,
- M. le Préposé au Registre du Commerce du canton de Vaud,

et communiqué à :

- Mme le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne.

La greffière :