

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 25 juin 2015

Composition : Mme ROULEAU, présidente
Mme Carlsson et M. Maillard, juges
Greffier : M. Elsig

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 **E._____ SA**, au [...], contre la décision de refus d'ajournement de la faillite rendue le 27 mars 2015, à la suite de l'audience du 12 mars 2015, par le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne dans la cause la divisant d'avec l'**OFFICE DES POURSUITES DU DISTRICT DE LAUSANNE**, à Lausanne, l'**OFFICE DES POURSUITES DU DISTRICT DE L'OUEST LAUSANNOIS**, à Renens, l'**OFFICE DES FAILLITES DE L'ARRONDISSEMENT DE LAUSANNE**, à Lausanne, **F._____ GMBH**, à [...], et **Q._____ GMBH**, à [...].

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. a) Le 14 mai 2014, à la réquisition de F._____ GmbH, l'Office des poursuites du district de Lausanne a notifié à E._____ SA, dans la poursuite n° 7'024'807, un commandement de payer portant sur les montants de 299'961 fr. 41, avec intérêt à 7,87 % l'an dès le 1er mai 2014, et de 90'093 fr. 27 sans intérêt, et indiquant comme titre de la créance ou cause de l'obligation respectivement : « jugement rendu le 9 juillet 2013 par le Handelsgericht du Canton de Zurich, exécutoire depuis le 07.03.2014. Taux de change EUR/CHF : 1.2198 » et « intérêts du 17 mai 2010 au 30 avril 2014 ».

La poursuivie a formé opposition totale.

Par décision du 18 septembre 2014, le Juge de paix du district de Lausanne a prononcé la mainlevée définitive de l'opposition de la débitrice dans la poursuite n° 7'024'807.

Une commination de faillite a été notifiée à cette dernière le 21 novembre 2014. Par acte daté du 12 décembre 2014, la poursuivante a requis la faillite.

Par jugement rendu à l'issue d'une audience du 22 janvier 2015, à laquelle les parties ont comparu, respectivement ont été représentées, la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Lausanne a déclaré la faillite de E._____ SA le 22 janvier 2015 à 11h19 (I) et mis les frais, par 200 fr., à la charge de la faillie (II). La décision a été notifiée à celle-ci le 28 janvier 2015.

Par acte du 2 février 2015, la faillie a recouru devant l'autorité de céans contre le jugement de faillite du 22 janvier 2015, concluant avec suite de dépens à l'admission du recours (I) et, principalement, à la réforme du jugement attaqué en ce sens qu'il est pris acte de la requête de surendettement de la recourante (II.I) et que l'ajournement de la faillite est prononcé sur une période de six mois (II.II) ; subsidiairement, elle a conclu à l'annulation du prononcé de faillite et au renvoi de la cause à l'autorité de première instance pour nouvelle décision (III).

b) Par requête adressée au Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne le même jour, soit le 2 février 2015, la faillie a conclu à ce que sa situation de surendettement soit constatée (I) et que l'ajournement de la faillite pour une durée de six mois soit prononcé (II).

A l'appui de son écriture, elle a notamment produit :

- un extrait du registre du commerce la concernant lequel mentionne P._____ en qualité d'administrateur avec signature individuelle et D._____ AG en tant qu'organe de révision ;
- un extrait partiel du rapport de l'organe de révision du 23 septembre 2014 la concernant ;
- une copie du commandement de payer notifié à la faillie le 14 mai 2014 à l'instance de F._____ GmbH ;
- une copie du jugement déclarant la faillite de E._____ SA le 22 janvier 2015 à 11h19 ;
- une copie du recours adressé à la cour de céans le 2 février 2015 ;
- une copie du bordereau des pièces produites à l'appui du recours, lequel contient notamment une copie d'un contrat de distribution exclusif conclu le 7 avril 2014 entre E._____ SA, d'une part, et L._____ Ltd., d'autre

part, portant sur la mise à disposition par E._____ SA d'un brevet. Le § 4 dudit contrat stipule ce qui suit : « The purchase price is EUR 750'000.00. For the purchase price the party 1) (i.e. E._____ SA) takes over open accounts payable (according to the assignment contract) as soon as the patent is put on the market and first revenues are received. In return Party 1) shall not be invoiced for any costs whatsoever in respect of marketing or other costs in conjunction with the marketing. In the event of unsuccessful marketing of the patent, the purchase price shall fall due for payment in monthly instalments the latest on 01.01.2021 as follows : EUR 12'000.00 (60 instalments) Party 2) (i.e. L._____ Ltd.) waives objecting to the period of limitations in respect of the payable monthly purchase price instalments » ;

- une copie d'un rapport de l'organe de révision du 9 octobre 2014 concernant la société R._____ AG, à [...], dont il ressort que selon le bilan au 31 mars 2014 elle détient une participation de 678'542 fr. dans la société faillie et a consenti à cette dernière deux prêts de 300'000 fr. et 80'481 fr. 65 ;

- une copie d'un contrat de vente conclu le 23 décembre 2014 entre R._____ AG, d'une part, et L._____ Ltd., à [...], d'autre part, portant sur l'achat par la seconde de 20'040'000 actions au porteur d'une valeur nominale de 0 fr. 01 par action. Selon le préambule de cette convention, l'acheteur serait intéressé à acquérir une participation majoritaire de R._____ AG; le chiffre 7 de la convention mentionne les actions de la société faillie détenues par la société venderesse. Selon le § 2, le transfert des actions devait avoir lieu le 31 mars 2015. Le prix de vente n'est pas fixé, le § 3 du contrat précisant « The purchase price for the shares referred to under paragraph I, which are sold to the Buyer, shall be comprised of a variable purchase price dependent upon the Company's operating results at the end of the financial year. A further element shall result from the sale of the bearer shares at the market price at the relevant time, less any payables accounted for. The definitive purchase price shall be calculated on the basis of these figures and settled in

accordance with a payment plan ». Ce contrat a été signé, pour la venderesse, au nom de la recourante E. _____ SA ;

- une copie d'un document signé par P. _____ qui atteste être propriétaire de 80 % des actions de la société R. _____ AG et s'engage à payer les créanciers de la société E. _____ SA au moyen du bénéfice réalisé sur la vente des actions de R. _____ AG à L. _____ Ltd. dès réception du prix de vente ; cet engagement est conditionné à l'octroi d'un ajournement de faillite en faveur de E. _____ SA et à la réalisation de la vente des actions ;

- une copie d'un extrait des registres 8a LP au 2 février 2015 de E. _____ SA faisant état de neuf poursuites pour un montant de 1'575'327 fr. 25, dont une périmée pour un montant de 817'860 fr. 80, quatre au stade du commandement de payer avec opposition pour un montant global 297'671 francs 40, deux au stade du commandement de payer sans opposition pour un montant total de 586 fr. 35 et deux au stade de la commination de faillite, soit celle de F. _____ GmbH pour un montant de 412'965 fr. 30 et celle de Q. _____ GmbH pour un montant de 46'243 fr. 40.

c) Par avis du 17 février 2015, le président a cité la requérante, l'Office des poursuites du district de Lausanne, l'Office des poursuites du district de l'Ouest lausannois ainsi que l'Office des faillites de l'arrondissement de Lausanne à comparaître à son audience du 12 mars 2015.

Par courrier du 5 mars 2015, F. _____ GmbH a demandé à être également entendue lors de cette audience.

Par courrier du 10 mars 2015, la société Q. _____ GmbH a fait savoir qu'elle avait demandé la faillite de la requérante le 3 mars 2015. Elle a requis qu'une copie de la requête d'ajournement et des pièces produites lui soit notifiée. Par courrier du 11 mars 2015, elle a indiqué qu'elle ne s'opposait pas à l'ajournement de faillite sollicité en requérant toutefois que les modalités de l'ajournement de faillite précisent les

échéances de paiement des créances immédiatement exigibles et imposent un devoir d'informer l'instance judiciaire à chaque démarche de vente des actions de la société R._____ AG. Elle a en outre demandé à être dispensée de comparaître à l'audience du 12 mars 2015.

Le président a tenu audience le 12 mars 2015 en présence de représentants de la requérante, d'un représentant de F._____ GmbH et de représentants de l'Office des poursuites de l'Ouest lausannois.

A cette occasion, la requérante a produit une copie complète du rapport de l'organe de révision du 23 septembre 2014 la concernant. Il en ressort que selon le bilan au 31 mars 2014, l'actif social s'élève à 2'234'594 fr. 64 : il se compose notamment de créances à hauteur de 1'209'699 fr. 86 lesquelles sont toutefois contestées à raison de 1'189'658 fr. 81, l'organe de révision précisant ne pas être en mesure de se prononcer sur les perspectives d'encaissement au vu des procédures en cours et des pièces qui lui ont été transmises. La perte au bilan s'élève quant à elle à 577'567 fr. 68, à savoir 422'727 fr. 25 de pertes reportées et 154'840 fr. 43 de perte annuelle. Le bilan au 31 mars 2014 révèle en outre l'existence de passif, sous forme de fonds étrangers, à hauteur de 2'412'162 fr. 32. Les fonds propres sont comptabilisés à hauteur de 400'000 fr. (capital actions). L'organe de révision relève expressément que la société est surendettée au sens de l'art. 725 al. 2 CO.

Il ressort du procès-verbal des opérations que, lors de l'audience, le représentant de F._____ GmbH a donné son accord pour un ajournement de faillite d'une durée de trois mois à la condition que la requérante produise, d'ici au 22 avril 2015, une copie d'un « rapport d'expertise sur la valeur des actions » et « le compte rendu de la séance tenue le 26 mars 2015 ».

d) Par décision du 27 mars 2015, notifiée à la requérante le 30 mars 2015, le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne a rejeté la requête en ajournement de faillite déposée le 2 février 2015 par E._____ SA dans la mesure où elle est recevable (I) et mis les frais de la

décision, arrêtés à 400 fr., à la charge de la requérante (II). En substance, le président a considéré qu'une requête d'ajournement postérieure à la faillite ne pouvait intervenir que dans le cadre d'un recours contre le jugement prononçant celle-ci, soit dans le délai de l'article 174 al. 1 LP et que dans la mesure où un recours était pendant devant le Tribunal cantonal et concluait notamment à un ajournement de faillite, la requête en ajournement qui lui était présentée devait être rejetée dans la mesure où elle était recevable.

2. Par acte du 2 avril 2015, la requérante a recouru contre la décision précitée. Elle a conclu, principalement, à sa réforme en ce sens qu'il est pris acte de la requête de surendettement de la recourante (I) et que l'ajournement de la faillite est prononcé pour une période de 6 mois (II). Subsidiairement, elle a conclu à l'annulation de la décision du 27 mars 2015, la cause étant renvoyée à l'autorité de première instance pour nouvelle décision. A l'appui de son recours, elle a produit des documents figurant déjà au dossier de première instance ainsi qu'une copie du prononcé rendu par la Présidente de la Cour des poursuites et faillites le 11 février 2015 admettant la requête d'effet suspensif contenue dans le recours déposé le 2 février 2015 contre le jugement de faillite du 22 janvier 2015.

Un extrait des registres 8a LP au 9 avril 2015 a été versé au dossier. Il atteste de sept poursuites pour un montant total de 1'479'305 fr. 75, dont cinq poursuites au stade du commandement de payer en cours pour la somme de 1'015'277 fr. 35, toutes frappées d'une opposition totale ou partielle, et deux comminations de faillite délivrées pour la somme de 464'028 fr. 40.

La recourante s'est déterminé au sujet de cet extrait par acte du 8 mai 2015.

La société Q._____ GmbH a fait savoir, par courrier du 15 mai 2015, qu'elle renonçait à déposer une réponse.

L'Office des faillites de l'arrondissement de Lausanne en a fait de même par courrier du 15 mai 2015.

Par lettre du 19 mai 2015, l'Office des poursuites du district de Lausanne a formulé quelques observations sur l'extrait des poursuites et indiqué ne pas avoir, pour le reste, d'éléments à faire valoir dans le cadre du recours.

F. _____ GmbH s'est déterminée par acte du 22 mai 2015, concluant, avec suite de frais et dépens, au rejet du recours. Cet acte a été communiqué à la recourante par envoi du 10 juin 2015.

Par décision du 9 juin 2015, la présidente de la cour de céans rejeté la requête d'effet suspensif présentée par la recourante le 2 juin 2015.

La recourante a déposé une écriture complémentaire en date du 16 juin 2015. Elle a par ailleurs produit une copie de l'arrêt rendu par la cour de céans le 26 février 2015, lequel rejette le recours déposé le 2 février 2015 (I), confirme le jugement, la faillite de E. _____ SA prenant effet le 20 mai 2015 à 16h15 (II) met les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr., à la charge de la recourante (III) sans allouer de dépens de deuxième instance (IV).

En droit :

I. La décision d'octroi ou de refus de l'ajournement de la faillite peut, dans les dix jours, faire l'objet d'un recours au sens du CPC (Peter, Commentaire romand, n° 21, ad 725a CO ; art. 174 al. 1 1^{ère} phrase LP).

Déposé en temps utile (art. 174 al. 1 LP) et dans les formes requises (art. 321 al. 1 CPC), le recours est recevable formellement.

Les déterminations de la société Q._____ GmbH, de l'Office des faillites de l'arrondissement de Lausanne, de l'Office des poursuites du district de Lausanne et de F._____ GmbH sont recevables (art. 322 al. 1 CPC).

L'écriture de la recourante du 16 juin 2015 est également recevable en vertu de son droit à la réplique spontanée (ATF 137 I 195 c. 2.3 et les réf. cit. ; TF 5A_42/2011 du 21 mars 2011, c. 2).

Les pièces nouvelles produites par les parties, à savoir le prononcé rendu par la Présidente de la Cour des poursuites et faillites le 11 février 2015 ainsi que l'arrêt rendu par la cour de céans le 26 février 2015 sont recevables dès lors qu'il s'agit de faits connus du juge qui pouvaient de toute manière être pris en compte à titre de faits notoires (TF 5A_663/2013 du 5 novembre 2013 c. 4.2.1).

II. La recourante soutient qu'un ajournement peut être prononcé même après l'ouverture de la faillite tant que la déclaration de faillite n'est pas entrée en force, que les parties présentes lors de l'audience avaient trouvé un accord pour ajourner la faillite pour une durée de trois mois, que l'ajournement était ainsi tant dans l'intérêt de la recourante que du créancier et que dès lors la requête aurait dû être admise. De son côté, F._____ GmbH soutient que le recours est devenu sans objet, celui déposé contre le jugement de faillite du 22 janvier 2015 ayant été rejeté et la faillite prononcée avec effet au 20 mai 2015 par la cour de céans. Il souligne en outre que la recourante n'a pas été en mesure de rendre vraisemblable sa solvabilité ou des perspectives d'assainissement sérieuses dans un délai raisonnable.

a) La requête d'ajournement de la recourante est fondée sur l'art. 725a al.1 CO [Code des obligations du 30 mars 1911; RS 220].

Il est certes cohérent de se demander en premier lieu si une requête d'ajournement peut encore être déposée, respectivement si un

ajournement peut encore être prononcé sur la base de cette disposition après que la faillite a été déclarée. Un auteur semble l'admettre à certaines conditions, à tout le moins lorsque la faillite a été prononcée suite à un avis de surendettement (Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4^{ème} édition, n° 831, p. 1887-1888). La question peut toutefois rester ouverte, le recours devant de toute manière être rejeté pour les raisons qui suivent.

b) L'art. 725a al. 1 CO, applicable à la société anonyme, permet au juge qui reçoit l'avis obligatoire de l'art. 725 al. 2 CO en cas de surendettement d'ajourner la faillite, à la requête du conseil d'administration ou d'un créancier, si l'assainissement de la société paraît possible. L'ajournement de la faillite au sens de l'art. 725a CO, auquel renvoie l'art. 192 LP, 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, 4^e, n. 830 p. 1887 ; Hardmeier, Zürcher Kommentar, 1997, 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 ; TF 5P.263/2003 du 25 août 2003 c. 3.2).

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 et réf. cit. ; CPF, 25 janvier 2012/85 ; CPF, 21 octobre 2014/359). 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 du 11 avril 2000, c. 3.b).

Le requérant doit présenter au juge un plan d'assainissement exposant les mesures propres à redresser la société, telles qu'une postposition par les créanciers, la conversion des créances en actions, des

cautionnements ou garanties bancaires etc., et indiquer le délai dans lequel le surendettement sera éliminé (TF 5P.466/1999 précité, c. 3.b et réf. cit. ; TF 5P.263/2003 précité c. 3.2 ; CPF 25, janvier 2012/85 ; CPF, 21 octobre 2014/359). Sur la base de ces éléments, le juge doit estimer les chances d'un assainissement réussi et durable (ATF 120 II 425 c. 2b p. 426/427 ; TF 5P.263/2003 précité c. 3.2). 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; TF 5P.263/2003 précité c. 3.2 ; Tercier/Stoffel, Le droit des sociétés 1999/2000, résumés de jurisprudence, in RSDA 2000 p. 299, r86-r88 ; CPF, 25 janvier 2012/85 ; CPF, 21 octobre 2014/359).

c) En l'espèce, il est manifeste que la recourante est surendettée : il ressort en effet du rapport établi par son organe de révision le 23 septembre 2014 qu'au 31 mars 2014, l'actif social (Fr. 2'234'594.64) était insuffisant pour couvrir les fonds étrangers (Fr. 2'412'162.32), respectivement que les pertes (Fr. 577'567.68) étaient supérieures aux fonds propres de l'entreprise (Fr. 400'000), à hauteur d'un montant de fr. 177'567 fr. 68. La situation est d'autant plus alarmante qu'au rang de l'actif social figurent des créances contestées pour un montant total de 1'189'658 francs 81 et qu'au passif existant au 31 mars 2014 est encore venu se greffer, de l'aveu même de la recourante (allégué 5 de la requête d'ajournement), une dette supplémentaire de l'ordre de 450'000 francs.

Cela étant, la recourante estime qu'un assainissement est possible.

Elle n'a toutefois pas produit de plan d'assainissement précis à l'appui de sa requête d'ajournement.

Elle s'est contentée de se prévaloir, comme mesure d'assainissement, de la vente par P._____, propriétaire à 80% d'une

société tierce R._____ AG, des actions de la recourante que dite société détient, à une société chinoise, L._____ Ltd., P._____ s'engageant ensuite à rembourser les dettes de la recourante au moyen des bénéfices réalisés sur la vente des actions de la recourante. A cet égard, on peut se référer aux considérations déjà émises par la cour dans son arrêt du 26 février 2015 qui soulignait que la vente des actions de la recourante par une société tierce à une société chinoise ne concerne pas la recourante en premier lieu. A supposer que dite transaction arrive à chef et que P._____ paie les dettes de la recourante, celui-ci garderait une créance contre la recourante, de sorte que cette dernière n'assainirait aucunement sa situation financière. Au demeurant, même si P._____ comptait faire donation de son bénéfice à la recourante, force est de constater que le contrat produit est remarquablement peu clair, voire contradictoire. Il est établi au nom de R._____ AG, mais signé au nom de la recourante. L'objet même de la vente n'est pas évident : il apparaît, d'une part que l'acheteur souhaiterait acquérir une part majoritaire dans les actions de R._____ AG - qui vendrait ainsi ses propres actions - mais que d'autre part les actions de la recourante sont mentionnées, comme s'il s'agissait de l'actif vendu. Il est en revanche clair que P._____, qui s'engage par ailleurs à payer les dettes de la recourante avec le bénéfice de l'opération, n'est pas partie à cette convention. Enfin, le prix de vente n'est pas fixé, ni même déterminable aux termes du contrat.

On ne saurait ainsi admettre l'existence d'une quelconque perspective d'assainissement sur la base de ce seul contrat et de l'engagement pris par P._____.

Il est vrai que la recourante a également produit un contrat de distribution exclusif portant sur la mise à disposition d'un brevet. Elle n'a toutefois pas démontré de quelle manière la vente de l'un de ses brevets, qui n'a apparemment pas encore été commercialisé, à L._____ Ltd., serait susceptible d'assainir sa situation financière à long terme. Elle n'a du reste même pas mentionné ce contrat dans sa requête d'ajournement. Au demeurant et comme l'a déjà relevé la cour dans son arrêt du 26 février 2015, le contrat produit est de toute manière très vague au sujet

du paiement du prix de ce brevet. Rien n'indique par ailleurs qu'il ait une véritable valeur commerciale. Enfin, aucun élément ne permet de considérer que ce contrat aurait, depuis sa signature, généré de quelconques revenus. Ce document est donc lui aussi manifestement insuffisant.

En définitive, il faut admettre que la recourante n'a pas présenté d'éléments concrets suffisants pour considérer qu'un assainissement durable de la société est envisageable. L'accord, au demeurant conditionnel, d'un seul des créancier de la recourante ne saurait suffire à combler cette lacune. C'est donc à juste titre que la demande d'ajournement présentée par la recourante a été rejetée.

III. Le recours doit par conséquent être rejeté et la décision confirmée.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr., sont mis à la charge de la recourante (art. 106 al. 1 CPC).

L'intimée F. _____ GmbH, ayant conclu au rejet du recours, a droit à des dépens de deuxième instance, fixés à 700 francs.

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. La décision est confirmée.

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

IV. La recourante E. _____ SA doit verser à l'intimée F. _____ GmbH la somme de 700 fr. (sept cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.

V. 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 Laurent Schuler, avocat, (pour E. _____ SA,
- Me Alexandre Guyaz, avocat, (pour F. _____ GmbH)
- Me Jacques Piller, avocat (pour Q. _____ GmbH),
- M. le Préposé à l'Office des poursuites du district de Lausanne
- M. le Préposé à l'Offices 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 Préposé au Registre du Commerce du canton de Vaud,](#)

et communiqué à :

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

Le greffier :