

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 22 mai 2023

Composition : Mme GIROUD WALTHER, vice-présidente
Mmes Byrde et Cherpillod, juges
Greffier : Mme Debétaz Ponnaz

Art. 173a 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 **Z.**_____, à [...], contre le jugement rendu le 7 février 2023 par la Présidente du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois, prononçant l'ajournement de la faillite de **P.**_____**SA**, à [...].

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. a) Par requête du 21 décembre 2022, P._____SA a sollicité de la Présidente du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois (ci-après : la Présidente) l'ouverture d'une procédure d'ajournement de faillite en application de l'art. 725a CO, concluant à l'ajournement de sa faillite pour une durée de douze mois, à la suspension des poursuites et requêtes de faillite pendant la durée de l'ajournement à la désignation d'un curateur en la personne de l'agent d'affaires breveté [...] et à la non-publication de la décision. Elle a précisé que la requête valait avis de surendettement conformément à l'art. 725 al. 2 CO (all. 24 de la requête). Elle a produit un extrait du registre du commerce la concernant, des pièces relatives à une promotion immobilière en PPE dans des immeubles qu'elle a acquis à Etagnières, parmi lesquelles un contrat de vente à terme et un contrat d'entreprise générale concernant deux appartements de la future PPE, ses bilan intermédiaire et compte de pertes et profits au 30 novembre 2022, une liste de ses investisseurs, un extrait du Registre du commerce du Valais central concernant une société [...] SA, dont son administrateur, [...], est également administrateur, et un contrat d'entreprise générale par lequel elle a chargé cette société de l'exécution « clés en main » des travaux de transformation et création des onze appartements de la future PPE.

Un extrait du registre des poursuites concernant la requérante au 22 décembre 2022 a été produit par l'Office des poursuites du district de Lavaux-Oron..

b) Par ordonnance de mesures superprovisionnelles prenant date le 23 décembre 2022, la Présidente a accordé à P._____SA un ajournement de faillite jusqu'au 15 février 2023, a désigné en qualité de curateur l'agent d'affaires breveté Savoy, a fixé une audience au 31 janvier 2023, la décision valant convocation. Elle a communiqué sa décision aux offices et créanciers concernés.

c) Par lettre du 24 janvier 2023, la créancière Z._____ (ci-après : Z._____) a demandé à la Présidente de pouvoir participer à l'audience.

Le 30 janvier 2023, le curateur a transmis un bref rapport sur l'état de la situation de la société et ses perspectives d'assainissement.

L'audience pour l'instruction et le jugement du 31 janvier 2023 s'est tenue en présence de l'administrateur et du conseil de la requérante, du curateur pressenti et du conseil de Z._____. Ce dernier s'est opposé à l'octroi de l'ajournement.

2. a) Par décision rendue sous forme de dispositif le 7 février 2023, la Présidente a accordé à P._____SA un ajournement de faillite jusqu'au 21 juin 2023 (I), a désigné l'agent d'affaires breveté [...] en qualité de curateur, avec mission de surveiller l'activité de la société précitée et ratifier les actes importants des administrateurs, ainsi que prendre toutes mesures propres à sauvegarder l'intérêt des créanciers de dite société et veiller à ce que ceux-ci soient traités avec égalité, de remettre un rapport intermédiaire détaillé de la situation de la société en question dans un délai non prolongeable au 21 mars 2023, puis un rapport final dans un délai non prolongeable au 22 mai 2023 et l'invitant à prévenir immédiatement la Présidente si la situation financière de la société devait se péjorer avant l'échéance de l'ajournement (II), a dit qu'il appartenait à la société en question de provisionner directement le curateur pour ses honoraires, qui seraient fixés ultérieurement (III), a dit que la faillite de la société ne pourrait pas être requise pendant la durée de l'ajournement, libre cours étant laissé aux actes de poursuite jusqu'au stade de la commination de faillite ou à la réception de la réquisition de continuer la poursuite en cas de poursuite par voie de saisie ou en réalisation de gage, étant précisé que les nouvelles poursuites ne seraient pas inscrites (IV), a dit que la décision ne serait pas publiée (V), a fixé l'audience au 1^{er} juin 2023 à 14h00, la décision valant convocation (VI), et a mis les frais judiciaires, par 500 fr., à la charge de P._____SA (VII).

Par lettre de son conseil du 8 février 2023, Z. _____ a requis la motivation de cette décision.

Le 22 mars 2023, la Présidente a adressé les motifs de sa décision aux parties. Elle a retenu en substance que la requérante - active notamment dans le commerce, la gestion et la promotion de biens immobiliers - avait acquis trois immeubles contigus au cœur d'un village vaudois en vue de réaliser une promotion immobilière, prévoyant la réalisation et la vente de « 12 » [recte : 11] appartements en PPE pour un montant de 16'236'810 fr., que ce projet aurait été retardé en raison notamment de la longueur de la procédure de délivrance des permis de construire, de la crise sanitaire de Covid-19, de la guerre en Ukraine et de l'arrêt du chantier en octobre 2022 à la suite de l'affaissement d'un mur, et que le chantier était toujours à l'arrêt; la société était en situation de surendettement à concurrence de 2'336'870 fr. (207'130 fr. à la valeur de liquidation), faisait l'objet de poursuites pour une somme totale de 21'671 fr. au 22 décembre 2022 et était à cours de liquidités; à titre de perspectives d'assainissement, elle indiquait avoir mandaté une société en vue de la commercialisation de l'intégralité des lots, prévoyant le règlement d'un montant de 20 % à la signature, de sorte qu'un montant total de 2'743'780 fr. pourrait être encaissé à bref délai de manière à permettre la poursuite des travaux et la livraison des premiers appartements, dont le produit de la vente permettrait de financer le solde des travaux; le chiffre d'affaires à encaisser à l'issue de la promotion devrait s'élever à 13'673'900 fr., avec un bénéfice escompté de 897'452 fr.; dans son rapport du 30 janvier 2023, le curateur avait précisé que la recherche d'acquéreurs allait débuter dans les prochaines semaines, le temps de réaliser les simulations 3D des appartements prévus, et que la société n'avait pas d'employés, ne s'acquittait pas de loyers et n'avait que très peu de charges courantes, lesquelles étaient garanties personnellement par son administrateur, et il avait préavisé favorablement à l'octroi de l'ajournement pour six mois. Au vu de ces éléments, la première juge a considéré qu'il était suffisamment rendu vraisemblable que la situation de la société pourrait être redressée à

moyen terme, qu'il convenait d'accorder un ajournement de faillite jusqu'au 21 juin 2023 et que cette décision tenait compte des intérêts des créanciers.

b) Le 21 mars 2023, le curateur a déposé son rapport intermédiaire et a produit la plaquette de vente de la promotion.

3. a) Par recours du 30 mars 2023, Z. _____ a conclu, avec suite de frais et dépens, à la réforme de la décision précitée en ce sens que l'ajournement de la faillite de P. _____ SA n'est pas prolongé et que la faillite de celle-ci est prononcée. Outre une procuration en faveur de son conseil et la décision attaquée (pièces 0 et 1), la recourante a produit des pièces nouvelles (pièce 2 : un extrait de la FAO du 14 mars 2023; pièces 3 et 4 : des ordonnances rendues par la Juge de paix du district de Morges les 13 et 21 juin 2022; pièce 5 : une demande d'inscription définitive d'une hypothèque légale du 9 décembre 2022).

b) Dans le délai imparti pour se déterminer sur le recours, l'Office des poursuites du district de Lavaux-Oron, par lettre du 4 mai 2023 de son préposé substitut, s'en est remis à justice.

c) Dans le même délai, soit par courrier du 12 mai 2023, le curateur a conclu au rejet du recours. Il a souligné que si l'autorité de recours devait considérer que le plan d'assainissement était incomplet, la durée de l'ajournement permettait à l'intimée de le compléter en vue de l'audience du 1^{er} juin 2023.

d) Le 15 mai 2023, soit en temps utile, l'intimée a déposé une réponse, concluant à l'irrecevabilité du recours, respectivement à son rejet. Elle conteste notamment la qualité de créancière de la recourante et soutient en substance avoir de réelles perspectives d'assainissement et tenir compte de l'intérêt de ses créanciers.

En droit :

I. a) La voie du recours au sens des art. 319 ss CPC (Code de procédure civile; RS 272) est ouverte contre la décision du juge d'ajourner la faillite requise sans poursuite préalable (art. 174 al. 1 LP [loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite; RS 281.1]) par renvoi de l'art. 194 al. 1 LP).

En l'espèce, le recours a été formé en temps utile (art. 174 al. 1 LP) et dans les formes requises (art. 321 al. 1 CPC), par une société créancière de celle dont la faillite a été ajournée, qui a donc un intérêt à recourir. Le recours est ainsi recevable.

La réponse de l'intimée et les déterminations du curateur et de l'office des poursuites sont également recevables (art. 322 CPC).

b) La question de la recevabilité des pièces nouvelles produites en deuxième instance peut demeurer ouverte en l'espèce, ces pièces n'étant pas décisives pour l'issue de la cause.

II. a) L'art. 192 LP prévoit que la faillite est prononcée d'office sans poursuite préalable dans les cas prévus par la loi.

Sous le droit en vigueur jusqu'au 31 décembre 2022, il s'agissait en particulier des cas prévus par les art. 725 et 725a aCO (TF 5A_269/2010 du 3 septembre 2010 consid. 3; Spühler/Dolge, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II, 6e éd., 2014, nos 75 s. p. 25 s.). L'art. 725a al. 1 aCO permettait au juge qui recevait l'avis obligatoire de l'art. 725 al. 2 aCO, 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 paraissait possible. L'ajournement de la faillite au sens de cette disposition avait pour but de permettre la continuation de l'activité de la société (TF 5A_260/2021 du 22 juin 2021 consid. 3). A la différence des cas d'ajournement prévus par le droit des poursuites (art. 173 et 173a LP), il ne s'agissait pas d'une mesure relevant de l'exécution forcée, mais

d'un simple moratoire, dont la finalité était de redresser la société en évitant toute procédure d'exécution forcée, y compris concordataire.

Depuis le 1^{er} janvier 2023 (cf. infra let. b), le surendettement est régi par le nouvel art. 725b CO, dont l'al. 3 prévoit ce qui suit :

« S'il ressort des deux comptes intermédiaires que la société est surendettée, le conseil d'administration en avise le tribunal. Celui-ci déclare la faillite ou procède conformément à l'art. 173a de la loi du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite. »

Quant au nouvel art. 725 al. 2 CO, il prévoit ce qui suit :

« Si la société risque de devenir insolvable, le conseil d'administration prend des mesures visant à garantir sa solvabilité. Au besoin, il prend des mesures supplémentaires afin d'assainir la société ou propose de telles mesures à l'assemblée générale, pour autant qu'elles relèvent de la compétence de cette dernière. Le cas échéant, il dépose une demande de sursis concordataire. »

b) A compter du 1^{er} janvier 2023, en effet, l'ajournement de faillite a été « extrait du droit des sociétés » (LF du 19 juin 2020 [Droit de la société anonyme], en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2023 [RO 2020 4005; 2022 109; FF 2017 353]), soit supprimé du Code des obligations et « intégré dans la procédure concordataire régie par la LP » (cf. rapport explicatif relatif à l'avant-projet de révision de la LP : procédure d'assainissement, Berne, décembre 2008).

Le droit transitoire prévoit, à son art. 1, que les dispositions du nouveau droit s'appliquent dès son entrée en vigueur à toutes les sociétés existantes et, à son art. 5, que les ajournements de faillites ordonnés avant l'entrée en vigueur du nouveau droit restent régis par l'ancien droit jusqu'à leur terme (RO 2020 4005).

Comme sous l'ancien droit, l'avis de surendettement peut être combiné avec une demande de concordat; la procédure s'ouvre alors par la demande de sursis, qui remplace désormais la demande d'ajournement

de la faillite. Le juge peut ajourner le jugement de faillite, conformément à l'art. 173a al. 1 LP. Si aucune demande de sursis concordataire n'est déposée lors de l'avis de surendettement, le juge de la faillite procède conformément à l'art. 173a al. 2 LP, dont la nouvelle teneur est la suivante :

« Le tribunal peut aussi ajourner d'office le jugement de faillite lorsqu'un assainissement immédiat ou un concordat paraît possible; il transmet dans ce cas le dossier au juge du concordat. »

Le juge du concordat octroie ensuite un sursis provisoire, mais s'il constate qu'il n'existe aucune perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat, il ouvre d'office le jugement de faillite (art. 293a al. 3 LP). Il est alors inutile d'exiger le renvoi du dossier au juge de la faillite car cela complique inutilement la procédure (cf. rapport explicatif précité).

c) En l'espèce, vu la modification de la disposition légale et le droit transitoire, il apparaît que la première juge a appliqué une disposition qui ne peut plus l'être, soit l'art. 725a aCO, et qu'elle devait en réalité appliquer le nouveau droit. Il y a donc lieu, vu le pouvoir d'examen restreint de l'autorité de céans, d'annuler d'office sa décision et de lui renvoyer le dossier de la cause pour nouvel examen de la requête en se fondant sur les dispositions légales topiques en vigueur

III. Vu le sort du recours, il se justifie de laisser les frais judiciaires de deuxième instance à la charge de l'Etat. L'avance de frais de 300 fr. payée par la recourante doit donc lui être remboursée par la caisse du Tribunal cantonal.

Il n'est pas alloué de dépens pour le surplus.

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.** La décision est annulée d'office et le dossier de la cause renvoyé à la Présidente du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois pour nouvelles instruction et décision dans le sens des considérants.

- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr. (trois cents francs), sont laissés à la charge de l'Etat.

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

- V.** L'arrêt est exécutoire.

La vice-présidente :

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 Pierre-Xavier Luciani (avocat pour Z. _____),
- M. Julien Greub, agent d'affaires breveté (pour P. _____ SA),
- M. [...], agent d'affaires breveté, curateur,
- [...],
- [...] SA (pour [...]),
- [...],
- [...] SA,
- [...] AG (pour [...] SA),
- M. le Préposé à l'Office des poursuites du district de Lavaux-Oron,
- M. le Préposé à l'Office des faillites de l'arrondissement de l'Est vaudois.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral – RS 173.110). Ce recours doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 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 l'Est vaudois,
- M. le Préposé au Registre du Commerce du canton de Vaud,

et communiqué à :

- Mme la Présidente du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois.

La greffière :