

**COUR DES POURSUITES ET FAILLITES**

---

---

Arrêt du 15 janvier 2015

---

Présidence de Mme ROULEAU, présidente  
Juges : Mme Carlsson et M. Maillard  
Greffier : M. Elsig

\*\*\*\*\*

**Art. 295 al. 4, 306 al. 2 ch. 2, 309 LP ; 326 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 **U.\_\_\_\_\_ SA**, à [...], contre la décision rendue le 9 septembre 2014, à la suite de l'audience du 4 septembre 2014, par le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois refusant d'homologuer le concordat de la recourante et prononçant la faillite de celle-ci.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :



## **En fait :**

**1. a)** Le 4 décembre 2013, la société U. \_\_\_\_\_ SA a déposé une requête de sursis concordataire auprès du Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois. Le 5 décembre 2013, ce magistrat a ordonné la suspension de toutes les poursuites pendantes contre la société requérante et l'ajournement de celles à venir jusqu'à droit connu sur la requête.

La requête était accompagnée d'un projet d'acte de concordat dividende du 27 novembre 2013 prévoyant l'abandon par la requérante à ses créanciers du produit de la vente de ses actifs, soit divers lots de PPE formant l'Hôtel [...], à [...].

**b)** Par décision du 12 février 2014, consécutive à une audience du 30 janvier 2014, le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois a accordé à la société U. \_\_\_\_\_ SA un sursis concordataire jusqu'au 25 juin 2014, désigné P. \_\_\_\_\_ en qualité de commissaire au sursis, fixé à celui-ci un délai échéant une semaine avant l'audience fixée au 3 juillet 2014 pour déposer un rapport détaillé sur la situation de la société requérante, confirmé la suspension des poursuites et statué sur l'avance des honoraires du commissaire et sur les frais de la décision.

Il ressort en bref de la décision qui précède que la société requérante, qui, selon l'inscription au Registre du commerce, a pour but l'achat, la vente et l'exploitation d'hôtels, n'a plus d'activité commerciale, qu'elle est propriétaire de soixante-et-un lots de PPE formant l'Hôtel [...], qu'elle fait l'objet de nombreuses poursuites dont une au stade de la commination de faillite, que, selon son bilan et son compte d'exploitation, la société accuse un découvert de 1'425'996 fr. 28 au 31 décembre 2012 et que des pourparlers sont en cours avec un potentiel acquéreur prêt à déboursier environ 4'000'000 fr. pour l'achat de l'hôtel, qui est vide et se dégrade.

**c)** Par décision du 4 juin 2014, le juge du concordat a relevé P. \_\_\_\_\_ de sa mission de commissaire, pour raison de santé, et désigné en remplacement M. L. \_\_\_\_\_.

**d)** Le commissaire a déposé son rapport le 25 juin 2014. On y lit notamment que la société présentait un découvert présumé de 737'317 fr. 20 et qu'elle ne possédait pas d'autre actif que les parts de PPE précitées. Le commissaire indiquait qu'après appel aux créanciers dans la FOSC du 21 mars 2014 et dans la FAO du 25 mars 2014 et convocation par circulaire du 22 avril 2014, l'assemblée des créanciers avait eu lieu le 22 mai 2014. Le commissaire se référait au projet de concordat du 27 novembre 2013 et préavisait en faveur de l'homologation de celui-ci, pour autant que les adhésions nécessaires soient acquises, ce qui n'était pas le cas à la date du dépôt de son rapport.

**e)** Le 2 juillet 2014, la débitrice a transmis au juge du concordat une lettre du 26 juin 2014 de G. \_\_\_\_\_, qui déclarait faire une offre ferme d'achat de 854'230 fr. 90 pour les actions de U. \_\_\_\_\_ SA. Il précisait que cette offre devait permettre de payer les créanciers privilégiés et de verser un dividende de 24,42% aux créanciers chirographaires. Il précisait toutefois que la créance privilégiée de T. \_\_\_\_\_ AG de 3'553'058 fr. 05 serait traitée séparément dans le cadre de pourparlers pour la reprise du prêt hypothécaire et qu'en cas d'accord, la créance de cette société serait annulée. De fait, il résulte de cette lettre que le montant offert couvrait les créances privilégiées, déduction faite de la créance de T. \_\_\_\_\_ AG, et le 24,42 % des créances chirographaires.

**f)** Par décision du 28 juillet 2014, rendue à la suite de l'audience du 3 juillet 2014, le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois a prolongé le sursis concordataire jusqu'au 5 septembre 2014, confirmé le commissaire L. \_\_\_\_\_ dans ses fonctions, lui fixant un délai échéant une semaine avant l'audience fixée au 4 septembre 2014 pour déposer son rapport, et statué sur les avances d'honoraires du commissaire et les frais de la décision.

Il ressort en bref de la décision qui précède qu'à l'audience, la requérante a invoqué des événements nouveaux survenus la veille et le jour même pouvant conduire à la conclusion d'un concordat-dividende au lieu d'un concordat par abandon d'actifs.

**g)** Le 27 août 2014, le commissaire a déposé un rapport complémentaire, dont il ressort en bref que les actifs de la requérante s'élevaient à 5'650'000 fr. et correspondaient à l'estimation de la valeur des soixante-et-une parts de PPE, et que ses dettes - selon liste des productions actualisée - se montaient à 6'292'725 fr. 25, soit un découvert présumé de 642'725 fr. 25. Le rapport était accompagné d'un nouveau projet de concordat, du 25 août 2014, prévoyant le versement aux créanciers chirographaires d'un dividende de 24,42 %. Il ressort du rapport complémentaire qu'au jour de son dépôt, la requérante contestait partiellement la créance de T.\_\_\_\_\_ AG, principale créancière, ne s'était pas encore prononcée sur les autres productions et n'avait encore obtenu aucune adhésion au projet de concordat. Le commissaire concluait son rapport en indiquant que le concordat pouvait être homologué pour autant que la requérante dépose jusqu'au jour de l'audience les garanties financières nécessaires à l'exécution du concordat, par 625'000 fr., et qu'elle obtienne les adhésions minimum exigées par la loi. Il ajoutait que si une des conditions nécessaires n'était pas acquise, la faillite de la société débitrice devrait être prononcée en vertu de l'art. 309 nLP.

**h)** A l'audience du 4 septembre 2014, selon ce qui est protocolé au procès-verbal, le président a proposé de suspendre sa décision jusqu'au 30 septembre 2014 pour obtenir la garantie, exigée par le repreneur, que T.\_\_\_\_\_ AG ne dénoncera pas le prêt accordé à U.\_\_\_\_\_ SA ainsi que la preuve que le repreneur dispose des fonds permettant de financer le concordat. A cette même audience, T.\_\_\_\_\_ AG a requis la faillite de la requérante, tandis que cette dernière a requis la prolongation d'un mois du sursis concordataire, sans fixation d'une nouvelle audience.

**i)** Par décision rendue à la suite de l'audience du 4 septembre 2014, notifiée à U.\_\_\_\_\_ SA le 10 septembre suivant, le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois a refusé d'homologuer le concordat-dividende du 25 août 2014 (I), relevé L.\_\_\_\_\_ de sa mission de commissaire (II), arrêté les honoraires de celui-ci (III), révoqué l'effet suspensif accordé le 5 décembre 2013 (IV), prononcé la faillite de la société U.\_\_\_\_\_ SA pour avoir lieu le 4 septembre 2014, à 15h30 (V), statué sur les frais de sa décision (VI) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VII).

Il ressort de la décision qu'au jour de l'audience, la requérante avait obtenu les adhésions de dix créanciers chirographaires pour un total de 2'084'599 fr. 75, que les adhésions requises par l'art. 305 al. 1 LP (loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite ; RS 281.1) étaient ainsi réunies, qu'en revanche aucune garantie n'avait été déposée pour assurer l'exécution du concordat, malgré plusieurs prolongations de délai, et qu'aucune offre de repreneur ne s'était jamais concrétisée.

**2.** U.\_\_\_\_\_ SA a recouru par acte du 23 septembre 2014, concluant avec suite de frais et dépens à l'annulation du prononcé en ce sens que sa faillite n'est pas prononcée, à la prolongation pour une durée de trente jours du sursis concordataire, au renvoi du dossier au premier juge pour qu'il statue sur l'homologation à l'échéance de ce délai et à l'octroi de l'effet suspensif au recours. Elle a produit un bordereau de pièces.

Par décision du 30 septembre 2014, le Président de la Cour des poursuites et faillites a admis la requête d'effet suspensif.

La créancière T.\_\_\_\_\_ AG a déposé une réponse le 20 novembre 2014, concluant avec suite de frais et dépens au rejet du recours. Elle a produit une pièce.

## **En droit :**

I. La procédure sommaire s'applique aux décisions rendues en matière de concordat (art. 251 let. a CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272]). La voie du recours - à l'exclusion de l'appel (art. 309 let. b ch. 6 CPC - est ouverte aux décisions rendues en cette matière. La LP (art. 307) prévoit expressément que la décision d'homologation peut faire l'objet d'un recours au sens du CPC. Depuis l'entrée en vigueur du CPC suisse, le 1er janvier 2011, la décision d'homologation ou le refus d'homologation d'un concordat est en effet soumise exclusivement au recours des art. 319 ss CPC (Hardmeier, Basler Kommentar, n. 5a ad art. 307 LP).

Le débiteur a qualité pour recourir (Hardmeier, op. cit., n. 6 ad art. 307 LP).

En l'espèce, la décision attaquée a été notifiée le 10 septembre 2014 à la recourante. Le dernier jour du délai de dix jours était le 20 septembre 2014, qui était le samedi précédant le week-end du Jeûne fédéral. L'échéance du délai a été reportée au mardi 23 septembre 2014. Le recours, mis à la poste ce jour-là, a été déposé en temps utile. Il est motivé (art. 321 al. 1 CPC). Il est en conséquence recevable.

En vertu de l'art. 326 al. 1 CPC, les pièces nouvelles sont irrecevables en procédure de recours. L'alinéa 2 de cette disposition réserve les dispositions spéciales de la loi. La LP, en matière de concordat, ne contient aucune disposition permettant la production de pièces nouvelles en recours. Les pièces produites par la recourante à l'appui de son recours sont, à l'exception de la pièce n° 11, soit des pièces de la procédure de première instance soit des pièces produites par les parties qui figuraient déjà au dossier de première instance. Il ne s'agit donc pas de pièces nouvelles. Elles sont donc recevables en deuxième instance.

En revanche la pièce produite par la recourante sous n° 11 et la pièce produite par l'intimée au recours à l'appui de sa réponse ne figurent pas au dossier de première instance. Elles sont en conséquence nouvelles et, partant, irrecevables.

**II.** Le droit fédéral du concordat, aux art. 293 ss LP, a été récemment modifié par la loi fédérale du 21 juin 2013, entrée en vigueur le 1er janvier 2014 (RO 2013 4111 ; FF 2010 5871). Selon la disposition transitoire de la modification du 21 juin 2013, la procédure concordataire est régie par le droit antérieur lorsque la requête de sursis a été déposée avant l'entrée en vigueur de la modification du 21 juin 2013.

En l'espèce, la requête de sursis a été déposée le 4 décembre 2013, soit avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions. Ce sont donc les anciennes dispositions qui s'appliquent. Le juge de première instance a d'ailleurs appliqué l'art. 305 al. 1 LP dans son ancienne teneur.

**III. a)** La recourante reproche tout d'abord au premier juge d'avoir prononcé sa faillite et, en outre, d'avoir statué sur l'homologation au lieu de suspendre sa décision comme il l'avait proposé en audience. L'admission du deuxième moyen étant susceptible de rendre sans objet le premier, il doit être examiné en premier lieu.

**b)** En vertu de l'art. 305 al. 1 aLP, « le concordat est accepté lorsque, jusqu'à la décision d'homologation, la majorité des créanciers représentant au moins les deux tiers des créances à recouvrer, ou le quart des créanciers représentant au moins les trois quarts des créances à recouvrer, y ont adhéré ». L'homologation est entre autre soumise aux conditions de l'art. 306 aLP, parmi lesquelles (al. 2 ch. 2) « l'exécution du concordat, le paiement intégral des créanciers privilégiés reconnus et l'exécution des obligations contractées pendant le sursis avec le consentement du commissaire doivent faire l'objet d'une garantie

suffisante, à moins que chaque créancier en particulier n'ait expressément renoncé à en exiger une pour sa propre créance ».

**c)** En l'espèce, il n'est pas contesté que les majorités requises par l'art. 305 aLP étaient acquises au jour de l'audience d'homologation. Il résulte en effet de la décision attaquée - qui ne l'est pas sur ce point - que le concordat avait recueilli l'adhésion de dix créanciers chirographaires représentant le montant total de 2'084'599 fr. 75, alors que, selon le rapport complémentaire du commissaire du 27 août 2014, sept créanciers pour un montant de 1'495'823 fr. 75 ou quatre créanciers pour un total de 1'682'801 fr. 70 auraient suffi. En revanche, il résulte de la décision que la garantie que le concordat pourrait être exécuté n'avait pas été fournie par la recourante, ce que cette dernière reconnaît elle-même dans son recours. Dans ces conditions, conformément au préavis du commissaire et aux exigences de la loi, le juge de première instance ne pouvait pas homologuer le concordat proposé. Il n'avait pas non plus à suspendre sa décision pour permettre à la recourante d'apporter la preuve des garanties nécessaires à l'exécution du concordat. Aucune offre émanant d'investisseurs potentiels n'avait été concrétisée et la recourante, qui avait disposé d'un sursis concordataire de sept mois pour fournir la garantie que le concordat serait exécuté n'avait pas rapporté cette preuve et n'exposait pas non plus en quoi une suspension de quelques semaines aurait permis de la rapporter, d'autant que l'intimée T. \_\_\_\_\_ AG n'était apparemment pas disposée à renoncer à sa créance. D'ailleurs, dans son recours également, la débitrice ne dit pas pour quel(s) motif(s) la décision du premier juge serait sur ce point mal fondée, se bornant à alléguer que sans l'opposition de T. \_\_\_\_\_ AG, il aurait suspendu sa décision. Une des conditions de l'homologation faisant défaut, le premier juge n'avait d'autre choix - en l'absence d'une requête de prolongation du sursis concordataire qui ne pouvait être présentée que par le commissaire (art. 295 al. 4 aLP) - que de refuser l'homologation. Sa décision sur ce point est donc bien fondée.

**IV.** La recourante fait valoir que le premier juge ne pouvait prononcer sa faillite en application de l'art. 309 nLP, sans violer les dispositions sur le droit transitoire. Elle soutient que conformément à l'art. 309 aLP, seul applicable en l'espèce, il pouvait uniquement, le cas échéant, refuser l'homologation et n'était pas en droit de prononcer immédiatement la faillite, qui ne pouvait être requise qu'après la publication du refus d'homologation.

**a)** En vertu de l'art. 309 aLP, « lorsque le concordat n'est pas homologué ou que le sursis est révoqué, tout débiteur doit être immédiatement déclaré en faillite, si un créancier le requiert dans les 20 jours suivant la publication ». L'art. 309 LP, dans sa nouvelle teneur au 1er janvier 2014, dispose que « lorsque le concordat n'est pas homologué, le juge du concordat prononce la faillite d'office ».

La « procédure concordataire » constitue le titre onzième de la LP, lequel contient les art. 293 à 336. Dès lors que la disposition transitoire de la modification de la LP du 21 juin 2013 mentionne la « procédure concordataire » dans son ensemble, ce sont bien les art. 293 à 336 aLP qui s'appliquent en l'espèce, donc y compris l'art. 309 dans sa teneur en vigueur au 31 décembre 2013.

**b)** Les cas régis par l'art. 309 aLP sont des cas de faillite sans poursuite préalable, quelle que soit la qualité du débiteur. La requête de faillite peut être présentée par tout créancier, qui rend sa créance vraisemblable (art. 190 LP), y compris celui qui n'a pas participé à la procédure concordataire ou qui a produit sa créance tardivement (Marchand, Commentaire romand, nn. 8 et 12 ad art. 309 LP ; Hardmeier, op. cit., nn. 4 et 6 ad art. 309 LP; Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 9 ad art. 309 LP).

Le cas de faillite sans poursuite préalable de l'art. 309 aLP n'existe que pendant la durée du délai de 20 jours dès la publication de la décision de refus d'homologation. Le dies a quo est la date de la

publication de la révocation (Marchand, op. cit., nn. 8 ss ad art. 309 LP ; Hardmeier, n. 7 ad art. 309 LP).

Les conditions pour l'ouverture de la faillite sont, en premier lieu, que la procédure concordataire ne se soit pas terminée par l'homologation d'un concordat et, ensuite, qu'une décision marquant la fin de la procédure concordataire ait été rendue et qu'elle ait été publiée (art. 308 LP ; Hardmeier, op. cit., n. 5 ad art. 309 LP). Si un sursis provisoire n'a pas été suivi d'un sursis définitif, ou si le sursis est venu à échéance sans que le commissaire ne requiert à temps l'homologation du concordat ou sans qu'il ne propose un concordat et qu'aucune décision n'est rendue marquant la fin de la procédure concordataire, l'art. 309 aLP n'est pas applicable ; il en résulte que seule la publication d'une décision peut déclencher le délai de l'art. 309 LP, durant lequel la faillite sans poursuite préalable peut être exigée (Hardmeier, op. cit., n. 5 ad art. 309 LP et les auteurs cités). La procédure qui sera suivie est celle des art. 190 al. 2 et 194 LP (Hardmeier, op. cit., n. 8 ad art. 309 LP).

**c)** En l'espèce, le premier juge s'est référé dans sa décision à l'art. 309 LP, sans préciser s'il statuait d'office en application de la nouvelle disposition ou s'il appliquait l'ancienne disposition, tenant compte de la requête de faillite formulée en audience par l'intimée. Dans les deux cas, sa décision est mal fondée, pour les motifs indiqués plus haut. Le nouvel art. 309 LP ne s'applique pas à la présente espèce et l'ancien art. 309 LP ne trouve pas application avant la publication de la décision marquant la fin de la procédure concordataire.

**d)** L'intimée fait valoir que c'est à tort que la recourante prétend dans son recours que la seule requête de faillite est celle qui a été déposée à l'audience du 4 septembre 2014. Elle se prévaut d'une requête de faillite déposée par elle le 1er octobre 2013 en application de l'art. 166 LP, requête qui a été suspendue pendant la procédure concordataire conformément à l'art. 297 aLP.

La requête de faillite du 1<sup>er</sup> octobre 2013 ne figure pas au dossier de première instance. Peu importe. La suspension des poursuites prenant fin une fois que le sursis concordataire cesse de produire ses effets, il est certes possible – dans l’hypothèse d’un refus d’homologation – qu’une requête de faillite pendante renaisse et qu’un créancier puisse à nouveau requérir la faillite, indépendamment du cas de faillite de l’art. 309 aLP (Gilliéron, op. cit., n. 15 ad art. 309 LP). Cependant, dans cette hypothèse, ce n’est pas au juge du concordat qu’il appartient de statuer sur cette requête, mais au juge de la faillite appliquant la procédure des art. 166 et suivants LP.

Cela étant, le prononcé doit être réformé en ce sens que le chiffre V de son dispositif est annulé.

**V.** En conclusion, le recours doit être admis partiellement et le prononcé réformé en ce sens que son chiffre V est annulé.

Vu l’issue du recours, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 2'500 fr., sont mis par moitié à la charge de la recourante et par moitié à la charge de l’intimée T. \_\_\_\_\_ AG, les dépens de deuxième instance étant compensés pour le surplus (art. 106 al. 2 CPC). L’intimée versera en conséquence à la recourante la somme de 1'250 fr. à titre de remboursement partiel de son avance de frais.

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 partiellement admis.

- II.** Le prononcé est réformé en ce sens que le chiffre V de son dispositif est annulé.

Le prononcé est maintenu pour le surplus.

- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 2'500 fr. (deux mille cinq cents francs), sont mis par 1'250 fr. (mille deux cent cinquante francs) à la charge de la recourante et par 1'250 fr. (mille deux cent cinquante francs) à la charge de l'intimée.

- IV.** L'intimée T. \_\_\_\_\_ AG versera à la recourante U. \_\_\_\_\_ SA le montant de 1'250 fr. (mille deux cent cinquante francs) en remboursement partiel de son avance de frais.

- V.** Les dépens de deuxième instance sont compensés.

- VI.** 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 :

- M. Philippe Chiocchetti, agent d'affaires breveté (pour U. \_\_\_\_\_ SA),
- Me Philippe Reymond, avocat, (pour T. \_\_\_\_\_ AG)
- M. B. \_\_\_\_\_,
- Z. \_\_\_\_\_ SA,
- Commune d'D. \_\_\_\_\_,
- M. L. \_\_\_\_\_, commissaire au sursis,

- M. le Préposé à l'Office des poursuites du district d'Aigle,
- 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 des districts d'Aigle et de la Riviera,
- M. le Préposé au Registre du Commerce du canton de Vaud,

et communiqué à :

- M. le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois.

Le greffier :