

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 21 octobre 2016

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

Art. 174, 306 al. 2 ch. 2, 307, 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 **K.**_____ **SA**, à [...], contre le jugement rendu le 17 juin 2016, à la suite de l'audience du même jour, par la Présidente du Tribunal d'arrondissement de La Côte, dans la cause opposant la recourante à **X.**_____ **SA**, à [...], **Z.**_____, à [...], **U.**_____ **SA**, à [...], **Q.**_____, à [...], **O.**_____ **SÀRL**, à [...], **R.**_____ **SA**, à [...], **B.**_____ **SA**, à [...], et **N.**_____ **SA**, à [...].

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. a) K._____ SA est inscrite au registre du commerce depuis le [...] 2005 et a pour but l'importation, la distribution, la vente, la fourniture et pose de carrelages et de pierres naturelles, les activités en matière d'aménagement intérieur et extérieur, ainsi que la commercialisation de biens mobiliers et immobiliers.

b) Par acte du 18 mars 2014, K._____ SA a requis du Président du Tribunal d'arrondissement de La Côte l'octroi d'un sursis concordataire pour une période de six mois.

Par prononcé du 20 mars 2014, la Présidente du Tribunal d'arrondissement de La Côte a notamment accordé à la requérante un sursis provisoire jusqu'au 31 mai 2014 et désigné l'agent d'affaires breveté D._____ en qualité de commissaire provisoire au sursis chargé d'analyser les perspectives d'assainissement ou d'homologation d'un concordat.

Par décision du 26 mai 2014, la Présidente du Tribunal d'arrondissement de La Côte a accordé à K._____ SA un sursis concordataire de six mois, échéant le 30 novembre 2014, D._____ étant désigné en qualité de commissaire au sursis, sursis prolongé jusqu'au 31 mai 2015, par décision du 25 novembre 2014, puis jusqu'au 31 mai 2016 par décision du 28 mai 2015, étant précisé que le commissaire au sursis était chargé de déposer au tribunal des rapports intermédiaires sur la situation de la société au 31 août 2015, 30 novembre 2015 et 29 février 2016 portant en particulier sur le montant porté en garantie ainsi que sur le paiement des charges courantes.

2. Le 4 mai 2016, le commissaire au sursis a déposé son rapport final dont il ressort qu'au jour de l'octroi du sursis, les actifs de la requérante s'élevaient à 636'767 fr. 90, soit 52'240 fr. de biens mobiliers, 321'095 fr. 85 de créances et droits divers et 263'432 fr. 05 de liquidités. A la suite de l'appel aux créanciers, soixante-six productions, dont quatorze tardives, avaient été enregistrées pour un montant total au 4 mai 2016 de 4'058'095 fr. 88, soit 304'811 fr. 70 en première classe (2 productions) 1'032'210 fr. 45 en deuxième classe (6 productions), 2'051'834 fr. 55 en troisième classe (44 productions) dans le délai et 669'239 fr. 18 en troisième classe (14 productions) hors délai.

Le rapport indique que les charges courantes échues depuis l'octroi du sursis avaient été régulièrement payées et étaient à jour, que la marche des affaires était conforme aux prévisions données à l'appui du rapport à l'attention de l'assemblée des créanciers du 19 janvier 2015, lequel faisait état d'un résultat d'exploitation projeté compris entre 500'000 fr. et 800'000 francs.

Le rapport mentionne que la requérante a proposé à ses créanciers de troisième classe un dividende de 50 % dans un projet d'acte de concordat signé le 24 mars 2016, dont la teneur est la suivante :

« L.

K._____ SA paiera à ses créanciers chirographaires un dividende de **50 %** (cinquante pour cent) pour solde de tous compte et de toutes prétentions, au 15 décembre 2016.

II.

Les créanciers chirographaires donnent quittance complète et définitive à K._____ SA de la part de leur créance qui n'est pas couverte par le versement du dividende concordataire.

III.

Les créanciers chirographaires s'engagent à radier toutes poursuites engagées pour des créances produites dans le sursis, après règlement du dividende y relatif.

IV.

Tout créancier à l'égard duquel le concordat ne serait pas exécuté pourra en demander la révocation.

V.

Le Président du Tribunal d'arrondissement désignera la personne chargée de l'exécution du concordat. »

Le financement du concordat était assuré de la façon suivante :

- « - Par les sommes actuellement consignées en mains de Pascal STOUDER, mandataire, totalisant à ce jour **fr. 596'432.20** ;
- Par la somme consignée à l'Office des poursuites totalisant à ce jour **fr. 8'173.85** ;
- Par des garanties à échoir jusqu'au 30 novembre 2016 totalisant **fr. 80'815.43** ;
- Par l'affectation du bénéfice escompté pour l'année 2016 d'un montant de l'ordre de **fr. 500'000.-** ;
- Par la souscription d'un prêt d'A.G. _____ à titre personnel pour **fr. 300'000.00**, montant pouvant être augmenté au besoin, lequel sera ensuite mis à disposition de K. _____ SA pour règlement du solde du dividende, ledit prêt étant conditionné à l'obtention des majorités et à l'homologation du concordat. »

Le règlement des créanciers privilégiés était prévu pour le 31 octobre 2016, alors que celui des créanciers chirographaire devait intervenir le 15 décembre 2016.

Le rapport indique qu'à l'issue de l'assemblée des créanciers, trente créanciers de troisième classe admis aux délibérations pour un

montant de 1'223'522 fr. 45 avaient adhéré au concordat, dont seize portant sur des productions admises pour un montant de 437'346 fr. 98.

En ce qui concerne les engagements souscrits durant le sursis concordataire, le rapport mentionne une créance de 1'985'808 fr. 35 de R. _____ SA résultant de travaux effectués par la requérante K. _____ SA durant le sursis concordataire, créance contestée par la requérante et dont la créancière avait requis qu'elle fasse l'objet de l'examen des garanties à fournir préalablement à l'homologation du concordat.

Au vu des éléments figurant dans le rapport, le commissaire au sursis concluait à l'homologation du concordat dividende proposé, à ce que l'exécution de celui-ci soit confiée à l'agent d'affaires breveté Pascal Stouder et à la fixation de ses honoraires.

3. A l'audience du 9 mai 2016, le commissaire au sursis a indiqué que quatre créanciers supplémentaires avaient adhéré au concordat, ce qui avait pour conséquence que trente-quatre créanciers de troisième classe admis aux délibérations avaient adhéré à celui-ci pour un montant de 1'560'436 fr. 93 et que la majorité requise pour l'homologation était atteinte.

L'instruction a été suspendue.

4. Dans son rapport complémentaire du 16 juin 2016, le commissaire au sursis a mentionné que, postérieurement à l'audience du 9 mai 2016, une production tardive de troisième classe avait été retirée pour 209'439 fr. 96 et qu'une nouvelle production tardive avait été reçue pour 5'649 fr. 30.

Le rapport complémentaire confirme que les charges courantes sont à jour.

En ce qui concerne le financement du concordat, le rapport complémentaire indique qu'il était assuré par les sommes consignées en mains de Pascal Stouder, par 595'432 fr. 20, par la somme consignée à l'office des poursuites, par 8'173 fr. 85, par des garanties à échoir jusqu'au 30 novembre 2016, par 80'815 francs 43, par l'encaissement de factures finales et de soldes de fin de chantier, par 215'616 fr. 95, étant rappelé que le bénéfice escompté en 2016 s'élevait à 500'000 francs, par la mise à disposition de prêts à la requérante par différents tiers, conditionnés à l'homologation du concordat, par 200'000 fr. et par la souscription d'un prêt par A.G. _____, à titre personnel, par 300'000 fr., montant pouvant être augmenté en cas de besoin et qui serait mis à la disposition de la requérante pour le règlement du solde du dividende.

Pour ce qui est de la créance de R. _____ SA, le rapport complémentaire indique qu'elle serait garantie par une cédule hypothécaire d'un montant de 300'000 fr. grevant en second rang l'immeuble dont le représentant de la requérante et son épouse étaient copropriétaires.

Le rapport complémentaire fait état de deux productions de créanciers de première classe pour un montant de 304'811 fr. 70, de six productions de créanciers de deuxième classe pour un montant de 1'032'210 fr. 45, de quarante-quatre productions de créanciers de troisième classe ayant produit dans le délai pour un montant de 2'051'634 fr. 55 et quatorze productions tardives de créanciers de troisième classe pour un montant de 465'448 fr. 52, soit un montant total des productions de 3'854'305 fr. 22.

Quant à l'état des productions admises par la requérante, le rapport complémentaire fait état d'une production de créancier de première classe pour un montant de 287'822 fr. 90, de cinq productions de créanciers de deuxième classe pour un montant de 828'357 fr. 45, de dix-huit productions de créanciers de troisième classe ayant produit dans le délai pour un montant de 406'440 fr. 68 et de quatre productions tardives de créanciers de troisième classe pour un montant de 148'778

francs 92, soit un montant total des productions admises de 1'671'399 fr. 95.

5. Le 16 juin 2016, la requérante a notamment produit une attestation de T._____ SA confirmant que des travaux pour 1'000'000 fr. avaient été adjugés à la requérante et déclarant ne pas avoir d'objection à formuler à la demande de celle-ci tendant à ce qu'une partie des acomptes, par environ 300'000 francs soient versés sur le compte de l'agent d'affaires Pascal Stouder, « sous réserve que les travaux à réaliser soient conformes à ceux réalisés jusqu'à ce jour tant au niveau de la qualité et des délais demandés ».

6. A l'audience d'homologation du 17 juin 2016, le représentant de la requérante a offert à R._____ SA une garantie de 300'000 fr. par la cession le moment venu de la cédule hypothécaire de registre produite au dossier, son conseil estimant que cette garantie était suffisante au vu d'un montant de 500'000 fr. qui serait dû par cette dernière à la requérante. R._____ SA a contesté avoir une dette envers la requérante de 500'000 fr. et considéré que la garantie offerte n'était pas suffisante.

R._____ SA et U._____ SA se sont opposées à l'homologation du concordat.

7. Par courrier du 21 juin 2016, la requérante a indiqué que le père du représentant de la requérante avait perçu un montant de 284'173 fr. 55 de son deuxième pilier le 7 mars 2016, ce qui garantissait le prêt de 100'000 fr. annoncé auparavant, et que le montant consigné auprès de l'agent d'affaires Pascal Stouder s'élevait à 621'799 fr. 90, compte tenu de versements de 20'007 fr. 70, 3'800 fr. et 2'560 francs.

Dans ses déterminations du 22 juin 2016, le commissaire au sursis a indiqué que la requérante ne lui avait pas fait part, malgré

invitation de sa part, des trois versements susmentionnés et que celle-ci lui avait remis une nouvelle attestation du père du représentant de la requérante portant son prêt de 100'000 fr. à 240'000 francs, sa solvabilité résultant de la perception de son avoir de prévoyance.

8. Par jugement du 17 juin 2016, adressé aux parties le 28 juin 2016 et notifié à la requérante le lendemain, la Présidente du Tribunal d'arrondissement de La Côte a refusé d'homologuer le concordat daté de 24 mars 2016 (I) prononcé la faillite de la requérante avec effet au 28 juin 2016 à 11 h 00 (II) relevé l'agent d'affaires D._____ de sa mission de commissaire (III), fixé la rémunération de celui-ci à la charge de la requérante (IV), dit que le jugement serait publié dans la FAO et la FOSC (V) et mis les frais judiciaires, fixés à 1'200 fr., frais de publication en sus, à la charge de la requérante (VI).

En bref, le premier juge a considéré que les seules garanties conformes à la loi étaient les sommes bloquées auprès du conseil de la requérante, par 595'432 francs 20, et auprès de l'office des poursuites, par 8'173 fr. 85, soit au total 603'606 francs 05, de sorte que les créances privilégiées, par 1'337'022 fr. 15 (304'811 fr. 70 en première classe et 1'032'210 fr. 45 en deuxième classe) n'étaient pas couvertes. Au surplus, il a relevé qu'il ne pouvait être imposé aux créanciers privilégiés d'attendre le 31 octobre 2016 pour recouvrer leurs créances. Il a laissé ouverte la question de la recevabilité des éléments apportés dans le courrier du 21 juin 2016, dès lors que, même en les admettant, les créances privilégiées admises, par 1'116'180 fr. 30, n'étaient même pas couvertes.

9. Par courrier du 29 juin 2016, la requérante a requis que l'effet suspensif soit accordé au recours à déposer, requête admise par décision de la présidente de la cour de céans du 1^{er} juillet 2016, l'inventaire et l'audition de la faillie étant ordonnés.

K._____ SA a recouru le 11 juillet 2016 contre le jugement du 17 juin 2016 en concluant, avec dépens, à l'annulation des chiffres I, II et V de son dispositif, le concordat étant homologué, la faillite révoquée et la décision communiquée au registre du commerce et au registre foncier et publiée dans la FAO et la FOSC. Elle a produit un bordereau de pièces.

Dans sa réponse du 12 août 2016, X._____ SA a conclu au rejet du recours.

Dans sa réponse du même jour, le commissaire au sursis a conclu à l'homologation du concordat.

Dans sa réponse du même jour, N._____ SA a conclu à l'admission du recours et à l'homologation du concordat.

Dans sa réponse du même jour R._____ SA a conclu, avec dépens, au rejet du recours. Elle a produit un bordereau de pièces.

Dans sa réponse du 15 août 2016, U._____ SA a conclu, avec dépens, au rejet du recours. Elle a produit un bordereau de pièces.

En droit :

I. a) Interjeté dans le délai de dix jours de l'art. 321 al. 2 CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272), applicable par renvoi de l'art. 307 LP (loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite ; RS 281.1), et motivé conformément à l'art. 321 al. 1 CPC, le recours est recevable.

b) Selon l'art. 307 al. 1 LP, le jugement portant sur l'homologation du concordat peut être attaqué par la voie du recours, conformément au CPC. 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 (CPF 15 janvier 2015/2). La cour de céans a donc considéré que les pièces nouvelles n'étaient pas recevables (CPF 13 mai 2015/131).

Toutefois, dans un cas de révocation du sursis concordataire, la cour de céans a admis que dès lors que le prononcé portait également sur la faillite du recourant, l'art. 174 LP permettait à celui-ci de faire valoir des faits nouveaux qui se sont produits avant l'audience de première instance et de faire valoir de vrais nova tendant à prouver sa solvabilité (CPF 30 juin 2016/136).

Certains auteurs préconisent de manière générale en matière de recours de l'art. 307 LP une application par analogie de l'art. 174 al. 2 LP (en ce sens Robert-Tissot, Les effets du concordat sur les obligations, Thèse Fribourg 2010, p. 109, pour qui le débiteur commun devrait bénéficier des mêmes possibilités d'échapper à la faillite que le failli), de sorte que les faits nouveaux survenus entre la décision sur l'homologation et le dépôt du recours pourraient être invoqués (cf. en matière de faillite ATF 139 III 491 consid. 4.4 ; TF 5A_899/2014 du 5 janvier 2015 consid. 3.1), à l'exclusion de ceux survenus après le délai de recours. D'autres

auteurs préconisent une interdiction stricte des novas en vertu de la réglementation claire de la loi, qui ne prévoit aucune dérogation à l'art. 326 CPC (Hunkeler, KurzKommentar SchKG, n. 6 ad art. 307 LP).

Le régime dérogatoire à l'art. 326 al. 1 CPC prévu par l'art. 174 LP trouve sa justification dans la possibilité pour le failli de prouver en deuxième instance que, dans le délai de recours, il a réglé le montant objet de la commination de faillite ou qu'il a versé ce montant auprès de l'autorité de recours ou encore que le créancier a retiré sa requête de faillite, ainsi que sa solvabilité (art. 174 al. 2 LP). Or, dans le cadre d'un recours contre un jugement de faillite faisant suite à un refus d'homologuer un concordat, l'autorité de recours n'a pas à examiner les conditions posées par l'art. 174 LP, mais uniquement si celles de l'homologation étaient réunies. La production de pièces postérieures au jugement de faillite ne se justifie donc pas, pas plus que celle de pièces antérieures à ce jugement dès lors qu'il ne s'agit pas d'établir en deuxième instance la solvabilité de la faillie. Le prononcé de faillite n'est alors qu'un pur acte d'exécution, non susceptible comme tel de faire l'objet d'un recours (Hunkeler, op. cit., n. 28 ad art. 309 LP ; Feuille fédérale [FF] 2010, p. 5906).

Au vu des considérations qui précèdent, il y a lieu d'admettre que les novas sont irrecevables en matière d'homologation de concordat, la LP ne contenant aucune règle dérogatoire à l'art. 326 CPC en cette matière et l'application analogique de l'art. 174 al. 2 LP ne s'imposant pas. En effet, si l'on devait tenir compte de garanties obtenues ou de renonciations à des garanties émises par un créancier privilégié après le jugement de première instance et durant le délai de recours, cela reviendrait à accorder au débiteur une prolongation injustifiée du sursis et du délai pour remplir les conditions d'homologation. Il y a d'autant moins de raison de déroger à cette règle qu'en l'espèce, l'audience de première instance a été suspendue pour permettre à la recourante de compléter les documents et garanties à fournir, période que la recourante aurait pu utiliser pour produire les garanties requises, respectivement les renonciations à la garantie.

C'est dans ce sens qu'il faut comprendre l'arrêt CPF 30 juin 2016/136, non motivé sur ce point, puisque c'est sous l'angle de l'art. 294 LP que la cause a été examinée.

Les pièces nouvelles produites par la recourante, par U. _____ SA et par R. _____ SA sont en conséquence irrecevables.

II. Dans un premier moyen, la recourante fait valoir que l'autorité de première instance ne pouvait pas prononcer d'office la faillite, sans lui avoir donné la possibilité de recourir contre le refus d'homologation.

Selon l'art. 309 LP, dans sa version en vigueur dès le 1er janvier 2014, lorsque le concordat n'est pas homologué, le juge du concordat prononce la faillite.

La question de savoir si la faillite peut être prononcée dans la même décision que celle de refus d'homologation ou s'il doit d'abord être rendu une décision de refus d'homologation, puis, par la suite, un prononcé séparé de faillite, est controversée.

Le groupe d'experts relatif à la procédure de concordat avait encore prévu que la faillite devait être considérée comme ouverte ex lege avec le refus d'homologation. A cet égard le groupe d'experts soulignait que la faillite n'était pas ouverte un acte avec le refus d'homologation, mais seulement à l'échéance du délai de recours, respectivement à la clôture de la procédure de recours contre le refus d'homologation et que l'ouverture de la faillite ne pouvait plus être attaquée, car il y avait déjà une voie de droit contre la décision de refus d'homologation (Hunkeler, op. cit., n. 9-10 ad art. 309 LP). Le Conseil fédéral a modifié par la suite l'art. 309 LP pour lui donner sa teneur actuelle, sans justification particulière, tout en reprenant, dans son message, que c'est uniquement lorsque le délai de recours a expiré sans avoir été utilisé ou que la procédure de recours s'achève, que le concordat peut être exécuté ou - en cas de refus

du concordat – que la faillite peut être ouverte d’office (Message relatif à une modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (droit de l’assainissement), FF 2010, pp. 5871ss, en particulier p. 5905 ad art. 307 CPC). Le message précise que cette ouverture de la faillite ne peut pas être contestée, dans la mesure où il existe déjà une voie de recours contre le jugement de non-homologation du concordat. C’est aussi pour cette raison que la faillite n’est pas ouverte lors du refus d’homologuer le concordat mais uniquement lorsque le délai de recours a expiré sans avoir été utilisé ou que la procédure de recours est close (FF 2010 p. 5906 ad art. 309 LP).

Comme le souligne Hunkeler, le message ne fait que reprendre les considérations du groupe d’experts sans tenir compte du fait que la teneur de l’art. 309 LP avait été modifiée. Si la faillite intervient ex lege, tel ne peut être le cas que lorsque la décision de refus d’homologation est définitive et c’est dans ce sens qu’elle ne peut intervenir *uno actu*. Dès lors que, selon le texte définitif, un prononcé de faillite doit intervenir, mais que ce prononcé ne constitue cependant qu’un pur acte d’exécution non susceptible de recours séparé, qu’un automatisme qui est la conséquence de la décision de refus d’homologation, rien ne s’oppose par économie de procédure et afin d’éviter des actes d’exécution du débiteur, à ce que le prononcé de faillite intervienne dans la même décision que le refus d’homologation. La décision d’ouverture de la faillite ne pourra cependant prendre effet qu’au moment où le refus d’homologation sera exécutoire. Dans ce sens, si les décisions de refus d’homologation et d’ouverture de la faillite peuvent être contenues dans le même jugement, elles n’interviennent pas matériellement *uno actu* (Hunkeler, *op. cit.* nn. 15 ss ad art. 309 LP). En outre, comme le prononcé refusant l’homologation est immédiatement exécutoire dès lors que le recours des art. 319 ss CPC n’a pas effet suspensif de par la loi (art. 325 al. 1 CPC), la faillite peut prendre effet à la date du prononcé de refus d’homologation. Si un effet suspensif devait être accordé au recours contre le refus d’homologation par l’autorité de deuxième instance, cet effet suspensif porterait également sur le jugement de faillite.

En définitive, le moyen de la recourante doit être rejeté.

III. Dans un deuxième moyen, la recourante fait valoir que c'est à tort que le premier juge a retenu qu'elle n'avait pas apporté de garanties suffisantes pour les créances privilégiées.

a) Selon l'art. 306 al. 1 ch. 2 LP, dans sa teneur en vigueur au 1^{er} janvier 2014, l'homologation du concordat est soumise notamment à la condition que 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 n'ait expressément renoncé à en exiger une pour sa propre créance.

Le Message a précisé qu'à la différence du droit antérieur, le nouveau droit restreint l'obligation de garantie, qui ne s'étend plus à l'exécution du concordat et par là au désintéressement des créanciers de troisième classe. En revanche, aucune modification n'est apportée à l'obligation de garantie portant sur les autres dettes de la masse. Sinon, il deviendrait probablement trop difficile de trouver les investisseurs souvent nécessaires pour mener à bien un assainissement, et il serait presque impossible de poursuivre l'activité commerciale de l'entreprise pendant le sursis. La garantie des créances privilégiées est aussi maintenue (FF 2010 pp. 5904-5905 ; CPF 13 mai 2015/131).

Lorsque l'existence d'une créance privilégiée est contestée, le juge du concordat doit trancher en application analogique de l'art. 305 al. 3 LP, soit sur la base d'une analyse sommaire, limitée à la vraisemblance (Hunkeler, *op. cit.*, n. 34 ad art. 306 LP ; cf. Marchand, *Commentaire romand*, *op. cit.*, n. 25 ad art. 305 LP ; Robert-Tissot, *op. cit.*, p. 113).

La garantie de paiement intégral des créances privilégiées peut prendre diverses formes. Dans le concordat-dividende, il peut s'agir d'un dépôt bancaire sur un compte bloqué, du cautionnement d'un tiers,

d'une garantie bancaire ou de garanties réelles. En revanche, la capacité de travail du débiteur ou le fait que le débiteur soit au bénéfice d'une reconnaissance de dette ne constitue pas une garantie suffisante (Marchand, op. cit., n. 21 ad art. 306 LP). Il en va de même lorsque le débiteur veut financer les dettes à garantir par ses revenus futurs (Hunkeler, op. cit., n. 30 ad art. 306 LP).

La garantie de paiement intégral implique que le concordat prévoie un paiement des créances privilégiées à leur date d'exigibilité, c'est-à-dire sans pouvoir les soumettre à un éventuel sursis. Le concordat ne saurait en effet imposer un sursis aux créanciers privilégiés dans la mesure où ils sont exclus du droit de vote de l'art 305 LP (Marchand, op. cit., n. 20 ad art. 306 LP).

La garantie intégrale de l'exécution du concordat est une condition matérielle de l'homologation d'un concordat-dividende ; elle doit apparaître comme certaine au moment de l'homologation, les garanties pouvant être complétées jusqu'à l'audience (Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 28 et 32 ad art. 306 LP). La garantie du paiement intégral des créances privilégiées doit en principe être fournie dans son intégralité au plus tard lors de l'audience d'homologation du concordat. Le juge du concordat peut octroyer un délai supplémentaire au débiteur pour fournir dite garantie lorsque cela se justifie, mais celui-ci n'a aucun droit à une telle prolongation de délai (Robert-Tissot, op. cit. pp. 108-109). Encore faut-il que la demande en ait été faite au plus tard lors de l'audience.

b) Le premier juge a considéré que les créances privilégiées s'élevaient à 1'337'022 fr. 15 et que les seules garanties proposées par la recourante de manière conforme à la loi étaient les sommes bloquées auprès de son représentant, ainsi qu'auprès de l'office des poursuites, soit au total 603'606 fr. 05. Le premier juge a laissée ouverte la question de la recevabilité de la lettre du 22 juin 2016 du commissaire au sursis et des pièces qui y étaient annexées, en relevant que, même si l'on devait admettre que les sommes consignées auprès de Pascal Stouder s'élèvent

à 621'799 fr. 90, comme cela résulte de ces pièces et que le prêt d'B.G. _____ en faveur de la requérante augmenté à 240'000 fr. également après l'audience soit considéré comme une garantie suffisante, au motif que la solvabilité résultait de la perception de l'avoir de prévoyance, les créances privilégiées, même en se limitant aux montants admis (1'116'180 fr. 30) n'étaient pas suffisamment garanties par le montant de 869'973 fr. 75 (621'799 fr. 90 + 8'173.85 + 240'000).

La recourante soutient qu'il faudrait prendre en compte l'attestation de T. _____ SA datée du 16 juin 2016. Dans cette attestation, cette entreprise indique qu'« à la demande de M. A.G. _____, ce dernier souhaiterait qu'une partie des acomptes, environ 300'000 fr. soient versés sur le compte de M. Pascal Stouder, agent d'affaires breveté, liquidateur du sursis K. _____ SA. Je ne vois pas d'objection à le faire de la sorte sous réserve que les travaux à réaliser soient conformes à ceux réalisés jusqu'à ce jour tant au niveau de la qualité et des délais demandés ». Une telle attestation, qui ne mentionne aucune date de versement, pas plus que l'échéance des chantiers mentionnés et qui revêt au surplus un caractère conditionnel, lié à la bienfaisance des travaux, ne constitue pas une garantie suffisante. Au demeurant, la solvabilité de cette entreprise ne saurait être considérée comme un fait notoire.

Pour le surplus, la recourante ne saurait fonder son argumentation sur la nouvelle attestation établie le 8 juillet 2016 par T. _____ SA (pièce 6 en recours), qui constitue un nova irrecevable (cf. consid. Ib ci-dessus). Par surabondance, il y a lieu de relever que son auteur confirme que, sur le montant d'adjudication de 1'000'000 fr., une somme de 300'000 fr. sera versée sur le compte du concordat K. _____ SA pour autant que celui-ci soit homologué, sans non plus préciser de date de versement, ni l'échéance des chantiers. Elle n'est donc en tout état de cause pas déterminante.

La recourante affirme que diverses factures finales sont également en phase d'être réglées et ce avant le 31 octobre 2016 et qu'il

n'existe pour ainsi dire aucune raison que ces factures finales ne soient pas honorées. Ces affirmations toutes générales ne permettent pas de retenir que les créances en cause constituent des garanties suffisantes.

La recourante allègue que son administrateur A.G. _____ serait prêt à contracter un prêt de l'ordre de 300'000 fr. à titre personnel pour autant que le sursis soit homologué. Un tel engagement ne résulte pas des pièces au dossier et, de toute manière, dès lors qu'il est conditionné à l'homologation du concordat et que l'on ignore tout de la solvabilité de son auteur, il ne constitue pas une garantie suffisante.

La recourante se prévaut enfin du fait que certains créanciers privilégiés ont renoncé, en prenant connaissance de la décision attaquée, à bénéficier de la garantie pour couvrir leur créance. Dans la mesure où il se prévaut de pièces postérieures au jugement de première instance, celles-ci sont irrecevables et il n'y a pas lieu de tenir compte de ces renonciations (cf. consid. Ib ci-dessus). Par surabondance, il y a lieu de relever que les renonciations à la garantie de la [...] (pièces 2 et 3 produites en recours) sont conditionnelles et liées au sort du recours. Seule la renonciation de la [...], pour un montant de 74'933 fr. 30, (pièce 4) est inconditionnelle et serait de toute manière insuffisante.

Il y a lieu de relever en tout état de cause que le premier juge a considéré que les créances à garantir - hors créance de la R. _____ SA - s'élevaient à 1'337'022 fr. 15 et la recourante n'expose nullement en quoi le premier juge aurait abusé de son pouvoir d'appréciation en tenant compte de ce montant et non seulement des créances admises de 1'116'180 fr. 30. Si l'on ajoutait par hypothèse aux garanties de 869'973 fr. 73 retenues dans l'hypothèse la plus favorable au débiteur, l'ensemble des renonciations à la garantie de la [...] et de la [...] pour un montant total de 453'652 fr. 75 (287'822 fr. 90 + 90'986 fr. 55 + 74'933 fr. 30), soit au total 1'323'625 fr., il resterait toujours une partie, certes peu importante, non couverte.

Cela étant, on peut laisser ouverte, comme l'a fait le premier juge, la question de savoir si et dans quelle mesure la créance contestée de 1'985'508 fr. 35 de R. _____ SA, dont il n'est pas contesté qu'elle soit relative à une obligation contractée pendant le sursis avec le consentement du commissaire, doit être prise en compte dans les créances privilégiées.

IV. Dans un dernier moyen, la recourante fait valoir une violation du principe de proportionnalité et d'intérêt public et considère le jugement attaqué comme arbitraire. Elle souligne que l'absence de faillite permettrait d'éviter la perte de plus d'une dizaine d'emplois et que la faillite péjorerait les intérêts des créanciers. Dès lors que les conditions d'une homologation ne sont pas réalisées en l'espèce, il ne saurait être question d'une violation du principe de proportionnalité ou d'arbitraire. Quant à l'octroi d'un délai au 31 octobre 2016, voire plus tard, pour tenter de mener à bien la procédure de sursis concordataire, la recourante méconnaît qu'elle a déjà disposé d'un délai supplémentaire de près de deux mois, l'audience du 9 mai 2016 ayant été suspendue, et que les conditions d'homologation doivent être remplies au moment de l'audience d'homologation.

Ce moyen doit être rejeté.

V. En conclusion, le recours doit être rejeté et le jugement confirmé, la faillite de la recourante prenant effet à la date du présent arrêt, vu l'effet suspensif accordé au recours.

Vu le rejet du recours, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 2'800 fr., doivent être mis à la charge de la recourante (art. 106 al. 1 CPC).

Obtenant gain de cause et ayant été assistée par un mandataire professionnel, l'intimée R. _____ SA a droit à des dépens de deuxième instance, fixés à 3'000 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.** Le jugement est confirmé, la faillite de K. _____ SA prenant effet le 21 octobre 2016 à 16 h 15.

- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 2'800 fr. (deux mille huit cents francs), sont mis à la charge de la recourante.

- IV.** La recourante K. _____ SA doit verser à l'intimée R. _____ SA la somme de 3'000 fr. (trois mille 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 Sarah El-Abshihy, avocate, (pour K. _____ SA),
- M. D. _____, agent d'affaires breveté,
- M. Julien Greub, agent d'affaires breveté, (pour N. _____ SA).
- M. Thierry Zumbach, agent d'affaires breveté, (pour Q. _____),
- Z. _____,
- U. _____ SA,
- X. _____ SA,
- Me David Contini, avocat, (pour R. _____ SA),
- Me Martin Brechbühl, avocat (pour B. _____ SA),
- M. Thierry Zumbach, agent d'affaires breveté, (pour O. _____ Sàrl)
- M. le Préposé à l'Office des poursuites du district de l'Ouest lausannois,
- M. le Préposé à l'Office des poursuites du district de Morges,
- M. le Préposé à l'Office des faillites de l'arrondissement de La Côte.

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 :

- [Mme la Conservatrice du Registre foncier, Office de Morges,](#)
- [M. le Préposé au Registre du Commerce du canton de Vaud,](#)

[et communiqué à :](#)

- Mme la Présidente du Tribunal d'arrondissement de La Côte.

Le greffier :