

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 9 juillet 2015

Composition : Mme ROULEAU, présidente
Mme Carlsson et M. Hack, juges
Greffier : Mme Debétaz Ponnaz

Art. 168, 174, 293 et 293a al. 3 LP; 251 let. a, 256 al. 1 et 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 **A. _____ SA**, à [...], contre la décision rendue le 31 mars 2015 par le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois, rejetant la requête de sursis concordataire déposée le 5 mars 2015 par la recourante et prononçant la faillite de celle-ci, le 31 mars 2015, à 16 heures.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. a) A. _____ SA, dont le siège est à [...], est une société anonyme inscrite au registre du commerce depuis le 13 juin 2003. Son but est l'achat, la vente et l'exploitation d'hôtels.

Le 4 juin 2003, elle a acquis de la société T. _____ SA soixante et un lots de PPE de l'hôtel [...], à [...], pour un prix de 3'450'000 fr., payable par un premier acompte de 500'000 fr. à la signature du contrat et le solde en vingt-neuf annuités de 153'600 fr. chacune, la première étant échue le 10 janvier 2005. Cette créance était garantie par deux cédulas hypothécaires au porteur de 1'000'000 fr. et 3'000'000 fr. grevant en premier et deuxième rangs les lots de PPE précités.

Le 15 juillet 2008, T. _____ SA en liquidation a cédé la créance et les garanties découlant de l'acte de vente à J. _____ AG.

Les annuités n'étant pas payées, J. _____ AG a introduit des poursuites contre A. _____ SA et, le 2 octobre 2013, a requis la faillite de sa débitrice. La procédure a été suspendue en raison des procédures décrites ci-après.

b) Le 11 novembre 2013, A. _____ SA a déposé une requête d'ajournement de faillite, qu'elle a retirée le 4 décembre 2013.

A cette dernière date, elle a déposé une requête de sursis concordataire, accompagnée d'un projet de concordat dividende prévoyant la cession à ses créanciers du produit de la vente de ses actifs, soit des lots de PPE acquis en 2003; elle faisait valoir que des pourparlers étaient en cours avec un acquéreur potentiel prêt à déboursier environ 4'000'000 fr. pour cet achat.

Par décision du 12 février 2014, le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois (ci-après : le Président) lui a accordé un sursis concordataire jusqu'au 25 juin 2014. A cette date, le commissaire au sursis a déposé son rapport, préavisant en faveur de l'homologation du concordat pour autant que les majorités soient atteintes, ce qui n'était alors pas le cas.

Par décision du 28 juillet 2014, rendue à la suite d'une audience tenue le 3 juillet précédent, le Président a prolongé le sursis concordataire jusqu'au 5 septembre 2014.

Le 27 août 2014, le commissaire au sursis a déposé un rapport complémentaire, dont il ressortait en bref que les actifs d'A._____SA s'élevaient à 5'650'000 fr., soit la valeur estimée de ses soixante et un lots de PPE, que ses dettes, selon la liste des productions actualisée, se montaient à 6'292'725 fr. 25, le découvert présumé étant ainsi de 642'725 fr. 25, qu'elle contestait partiellement la créance de la créancière principale, ne s'était pas encore prononcée sur les autres productions et n'avait encore obtenu aucune adhésion au projet de concordat du 25 août 2014, qui accompagnait le rapport et prévoyait le versement aux créanciers chirographaires d'un dividende de 24,42 %. Le commissaire concluait en indiquant que le concordat pouvait être homologué pour autant que la requérante, au jour de l'audience, ait obtenu les adhésions exigées par la loi et déposé les garanties financières nécessaires à l'exécution du concordat, par 625'000 francs. Il ajoutait que si une des conditions nécessaires n'était pas remplie, la faillite de la société débitrice devait être prononcée.

Par décision rendue le 9 septembre 2014 à la suite de l'audience tenue le 4 septembre précédent, le Président a refusé d'homologuer le concordat dividende et prononcé la faillite d'A._____SA. Il a constaté qu'au jour de l'audience, la requérante avait obtenu les adhésions de dix créanciers chirographaires, représentant des créances d'une somme totale de 2'084'599 fr. 75, de sorte que les adhésions requises par l'art. 305 al. 1 LP (loi fédérale sur la poursuite pour dettes et

la faillite; RS 281.1) étaient réunies, mais qu'en revanche, aucune garantie n'avait été déposée pour assurer l'exécution du concordat et qu'aucune offre d'investisseur ne s'était jamais concrétisée.

Par arrêt du 15 janvier 2015 (CPF, 15 janvier 2015/2), la Cour des poursuites et faillites a partiellement admis le recours d'A. _____ SA contre la décision précitée, annulé le chiffre V du dispositif qui prononçait la faillite de la société et statué sur les frais et dépens de deuxième instance. En bref, elle a considéré que le premier juge n'avait d'autre choix que de refuser l'homologation du concordat, dès lors que les conditions n'en étaient pas réunies et qu'aucune prolongation du sursis concordataire n'avait été requise par le commissaire, seul habilité à déposer une telle requête, mais qu'il ne pouvait toutefois pas prononcer la faillite de la société, le nouvel art. 309 LP, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2014, ne s'appliquant pas en l'espèce et l'ancien art. 309 LP ne trouvant pas application avant la publication de la décision marquant la fin de la procédure concordataire.

c) La procédure de faillite ouverte par J. _____ AG a été reprise et une audience de faillite a été fixée au 5 mars 2015.

2. Le 5 mars 2015, A. _____ SA a déposé une nouvelle requête de sursis concordataire, alléguant qu'il était fort probable que la vente de ses actifs, dont la valeur était estimée fiscalement à 5'216'000 fr. et par expert à 5'650'000 fr., permette de désintéresser intégralement tant ses créanciers gagistes et privilégiés que ses créanciers chirographaires. Elle a précisé que sa requête avait pour but de permettre la vente aux enchères publiques des parts de PPE, soit une vente plus rapide et à un prix certainement supérieur à celui qui serait obtenu dans le cadre d'une vente aux enchères forcées, et a fait valoir qu'elle avait eu des contacts avec plusieurs acquéreurs potentiels susceptibles de miser. Elle a proposé comme commissaire l'agent d'affaires breveté Alain Vuffray. A l'appui de sa requête, elle a notamment produit :

- un courriel de R._____, administratrice présidente d'A._____SA, à B._____, pour J._____AG, du 15 septembre 2014, disant qu'il y avait deux acheteurs intéressés et lui demandant quel était le montant réclamé pour liquider la créance hypothécaire par un paiement immédiat;
- la réponse de B._____, par courriel du 17 septembre 2014, disant que le capital et les intérêts échus devaient être couverts;
- un courriel de R._____ à B._____ du 10 février 2015, disant que F._____ et quelques autres acheteurs potentiels étaient intéressés et demandant quel montant était réclamé pour solder l'hypothèque en cas de vente avant fin mai 2015;
- la réponse de B._____ du 12 février 2015, disant avoir été contacté par F._____ pour une visite, mais ne plus avoir de nouvelles, et indiquant, tout en précisant qu'une offre formelle ne pouvait être articulée que par le conseil d'administration, que les dettes d'A._____SA se montaient approximativement à 2'700'000 fr.,
- un courriel de R._____ à B._____ du 24 février 2015, disant que Monsieur [...] de F._____ attendait une réponse;
- la réponse de B._____ du même jour, disant avoir informé F._____ qu'une audience aurait lieu le 5 mars 2015 et orienterait toutes les parties impliquées sur la suite des procédures et les solutions possibles;
- un courriel d'[...] à R._____ du 4 mars 2015, disant avoir parlé à M. [...] de F._____, lequel lui avait dit s'être entretenu avec B._____, et que F._____ était très intéressé à l'achat de l'hôtel, mais voulait trouver un accord avec J._____AG avant de formuler une offre;
- un courriel d'un "potentiel acheteur pour l'hôtel" du 24 février 2015, transmis par R._____ au conseil de la requérante, disant avoir "visité avec une entreprise" et attendre le devis des rénovations et travaux à entreprendre;
- un échange de courriels de décembre 2014 et janvier 2015 entre une société représentant un client "éventuellement intéressé" et R._____, qui l'a transmis au conseil de la requérante;

- un projet de concordat du 3 mars 2015, prévoyant que la requérante désintéressera tous ses créanciers par l'abandon et la vente en leur faveur de tous les bien-fonds dont elle est propriétaire, savoir les divers lots de PPE formant l'hôtel [...].

Le Président a admis la requête d'effet suspensif contenue dans la requête de sursis concordataire, par décision du 5 mars 2015, et renvoyé l'audience fixée ce jour-là.

Le même jour, J. _____ AG s'est déterminée sur la requête de sursis concordataire, concluant, avec suite de frais et dépens, à son rejet et à la fixation, dans les plus brefs délais, d'une nouvelle audience de faillite. Elle a notamment relevé que la requérante ne produisait aucune preuve concrète de l'existence de fonds permettant le paiement de ses dettes. Elle a confirmé sa position dans une lettre au Président du 19 mars 2015.

Le 20 mars 2015, l'agent d'affaires breveté Vuffray - proposé comme commissaire au sursis - a informé le Président qu'en application de l'art. 293b LP, une nouvelle expertise du bien immobilier paraissait indispensable et que les frais d'expertise et ses propres frais de commissaire au sursis concordataire provisoire pouvaient être estimés, respectivement, à 15'000 fr. et 5'000 francs.

3. Par décision du 31 mars 2015, rendue sans tenir audience, envoyée le même jour et notifiée à A. _____ SA le 1^{er} avril 2015, le Président a rejeté la requête de sursis concordataire déposée le 5 mars 2015 (I), révoqué l'effet suspensif accordé (II), prononcé la faillite d'A. _____ SA, le 31 mars 2015, à 16 heures (III), mis les frais du prononcé, par 1'000 fr., à la charge de la requérante et les a compensés avec les avances versées (IV), rejetant pour le surplus toutes autres ou plus amples conclusions. En bref, il a considéré que la requête d'A. _____ SA avait pour but d'obtenir un délai pour procéder à la vente de ses actifs, que la situation était identique à celle qui prévalait au mois

de décembre 2013, que les quelques échanges de courriels produits ne contenaient aucune offre d'achat et ne modifiaient en rien la situation, que le projet de concordat du 3 mars 2015 était pratiquement identique à celui du 27 novembre 2013 et n'avait aucune perspective d'aboutir. Se fondant sur l'art. 293a al. 3 LP, le Président a dès lors prononcé la faillite de la requérante.

A. _____ SA a recouru par acte du 13 avril 2015, concluant, avec suite de frais et dépens, à l'annulation de la décision précitée en ce sens que sa faillite est révoquée, à l'admission de la requête de sursis concordataire, un sursis provisoire d'une durée minimale de deux mois lui étant accordé, et au renvoi du dossier au premier juge pour nouvelle décision dans le sens qui précède. Elle a produit un onglet de vingt-quatre pièces sous bordereau.

La requête d'effet suspensif contenue dans le recours a été admise par décision de la Présidente de la cour de céans du 27 avril 2015.

L'intimée J. _____ AG a déposé une réponse le 12 juin 2015, concluant, avec suite de frais et dépens, au rejet du recours.

En droit :

I. a) La procédure sommaire s'applique aux décisions rendues en matière de concordat (art. 251 let. a CPC [Code de procédure civile; RS 272]). La voie du recours des art. 319 ss CPC est ouverte, à l'exclusion de celle de l'appel, contre ces décisions (art. 309 let. b ch. 7 et 319 let. a CPC).

Le droit du concordat, régi par les art. 293 ss LP, a été modifié par la loi fédérale du 21 juin 2013, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2014 (RO 2013 4111; Message relatif à la modification de la LP (droit de

l'assainissement) du 8 septembre 2010, in FF 2010 VI pp. 5871 ss). Selon la disposition transitoire de cette modification, la procédure concordataire est réglée par le droit antérieur lorsque la requête de sursis a été déposée avant le 1^{er} janvier 2014.

En l'espèce, la requête de sursis concordataire a été déposée le 5 mars 2015. Les nouvelles dispositions légales sont dès lors applicables.

En vertu de l'art. 293d LP, l'octroi du sursis provisoire et la désignation d'un commissaire provisoire ne peuvent pas faire l'objet d'un recours. Cela signifie que les créanciers n'ont aucune voie de recours dans le cadre du sursis provisoire. Cela est dû au fait que la procédure est unilatérale; les créanciers ne sont pas auditionnés (Message, in FF 2010 VI p. 5898). On déduit cependant a contrario de la même disposition que le refus de sursis provisoire peut faire l'objet d'un recours du débiteur - voire du créancier (art. 293 let. b LP) - dont la requête a été rejetée. Au surplus, le jugement de faillite est de toute manière sujet à recours (art. 174 LP).

En l'espèce, le recours de la débitrice a été déposé par acte écrit et motivé, dans le délai de dix jours dès la notification de la décision attaquée (art. 321 al. 1 et 2 CPC). Il est ainsi recevable.

b) En vertu de l'art. 326 CPC, les allégations de fait et les preuves nouvelles sont irrecevables en procédure de recours, sous réserve des règles spéciales de la loi. La LP, en matière de sursis concordataire, ne contient aucune disposition relative à la production de pièces nouvelles. En revanche, des faits nouveaux peuvent être invoqués dans le cadre du recours de l'art. 174 LP contre le jugement de faillite, lorsqu'ils se sont produits avant ce jugement (pseudo-nova). En vertu de l'art. 174 al. 2 LP, les pièces se rapportant à des faits intervenus depuis l'audience de faillite (vrais nova) peuvent être produites, pour autant qu'elles tendent à rendre vraisemblable la solvabilité du débiteur et à établir que celui-ci a payé sa dette en totalité (ch. 1) ou consigné les montants nécessaires auprès de

l'autorité compétente (ch. 2) ou que le créancier a retiré sa réquisition de faillite (ch. 3).

A l'appui de son recours, qui tend à l'octroi d'un sursis concordataire provisoire et à l'annulation du prononcé de sa faillite, la recourante a produit vingt-quatre pièces. Seules les pièces 4 à 6, 8 à 11, 19 et 22 à 24 du bordereau du 13 avril 2015 ne figurent pas dossier de première instance. Les pièces 4 à 6 et 8 à 11, relatives aux requêtes et aux procédures d'ajournement de faillite et de sursis concordataire qui ont précédé la requête du 5 mars 2015, ne se rapportent pas à des faits nouveaux. Elles sont d'ailleurs citées dans la décision attaquée. Elles sont dès lors recevables. Les autres pièces, en revanche, concernent de nouvelles offres d'achat, postérieures à la requête du 5 mars 2015 (pièce 19), respectivement à la décision du 31 mars 2015 (pièces 22 à 24). Ces pièces, qui tendent à obtenir l'octroi d'un sursis et concernent les perspectives d'assainissement et d'aboutissement d'un concordat, ne sont pas recevables, vu l'art. 326 al. 1 CPC.

II. a) La procédure concordataire est introduite sur requête ou d'office, soit, aux termes de l'art. 293 LP, par : a) la requête du débiteur, accompagnée des documents suivants : un bilan à jour, un compte de résultats et un plan de trésorerie ou d'autres documents présentant l'état actuel et futur de son patrimoine, de ses résultats ou de ses revenus ainsi qu'un plan d'assainissement provisoire; b) la requête d'un créancier habilité à requérir la faillite; c) la transmission du dossier prévue à l'art. 173a al. 2 LP. L'art. 293a al. 1 LP dispose que le juge du concordat accorde sans délai un sursis provisoire et arrête d'office les mesures propres à préserver le patrimoine du débiteur. Sur requête, il peut prolonger le sursis. L'art. 293a al. 3 LP prévoit que le juge du concordat prononce d'office la faillite s'il n'existe manifestement aucune perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat.

Lorsque la procédure est introduite à la requête du débiteur, l'art. 293 let. a LP, contrairement à l'ancien art. 293 al. 1 LP, n'exige pas du requérant qu'il produise un projet de concordat. Il doit toutefois motiver sa requête en fournissant autant de détails qu'il le peut, afin que le juge puisse statuer en toute connaissance de cause. Selon le Message (FF 2010 VI p. 5896), le juge du concordat statue - en procédure sommaire (art. 251 let. a CPC) - sur l'octroi du sursis provisoire immédiatement après l'introduction de la requête ou après le transfert du dossier par la juge de la faillite (art. 293a al. 1 LP). Il vérifie d'office l'existence des conditions d'un sursis concordataire. Il n'est pas tenu d'auditionner les créanciers. Les conditions posées à l'octroi du sursis ne doivent pas être trop strictes. C'est uniquement lorsqu'il constate qu'il n'existe manifestement aucune perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat que le juge du concordat *ouvre la faillite* (art. 293a al. 3 LP). Il fait de même dans les cas énumérés à l'art. 296b LP (sursis définitif). Dans les deux cas, le juge du concordat *ouvre* d'office la procédure de faillite; cette solution présente l'avantage d'avoir supprimé l'obligation qui était faite aux créanciers dans l'ancien droit de requérir la faillite (Message, op. et loc. cit. et p. 5901).

Le texte français mentionne aux art. 293a et 296b LP que le juge *prononce d'office* la faillite, alors que le Message parle dans les deux cas d'ouverture de la procédure de faillite, ce qui est conforme au texte allemand : "*Besteht offensichtlich keine Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages, so eröffnet das Nachlassgericht von Amtes wegen den Konkurs.*" (art. 293a al. 3 LP).

Saisi d'une requête de sursis provisoire, le juge statue, comme on l'a vu plus haut, en procédure sommaire. Cela signifie qu'il peut renoncer aux débats et statuer sur pièces, à moins que la loi n'en dispose autrement (art. 256 al. 1 CPC). En matière de faillite, le juge doit tenir une audience (art. 168 LP).

b) En l'espèce, le premier juge avait convoqué les parties à une audience de faillite qui devait avoir lieu le 5 mars 2015. Ce jour-là, il a

été saisi d'une requête de sursis concordataire déposée par la débitrice. Il a annulé l'audience sans la fixer à une nouvelle date. Par la décision attaquée du 31 mars 2015, il a rejeté la requête de sursis concordataire et prononcé la faillite de la débitrice, en application de l'art. 293a al. 3 LP. Il a pris cette décision sans consulter la créancière, ce qui est conforme à l'art. 293a LP, et sans tenir audience, ce qu'il pouvait faire pour statuer sur la requête de sursis concordataire conformément à la même disposition, mais pas pour prononcer la faillite. Ayant refusé d'accorder un sursis provisoire, il devait ouvrir – en l'occurrence, rouvrir – d'office la procédure de faillite en fixant une nouvelle audience de faillite, ce que le conseil de l'intimée a d'ailleurs expressément requis dans ses déterminations du 5 mars 2015.

Le premier juge aurait pu également maintenir l'audience de faillite du 5 mars 2015 et, le cas échéant, s'il estimait que le concordat paraissait possible, ajourner d'office le jugement de faillite et transmettre alors le dossier au juge du concordat (art. 173a al. 2 LP); dans le cas contraire, il pouvait prononcer la faillite à l'issue de l'audience.

c) Il convient de déterminer encore si c'est à bon droit que le premier juge a rejeté la requête de sursis concordataire, ce que conteste la recourante.

Sur ce point, la décision attaquée ne peut qu'être confirmée. Tout d'abord, la recourante n'a pas accompagné sa requête de sursis concordataire des pièces mentionnées à l'art. 293 let. a LP. Ensuite, il ressort des pièces produites qu'il n'existait manifestement aucune perspective d'assainissement ou d'homologation du concordat. Les différents courriels produits démontrent ainsi que le seul client intéressé entendait régler d'abord la question de la créance de l'intimée avant de formuler une offre et que cette question n'était encore nullement réglée.

III. En définitive, le recours doit être partiellement admis en ce sens que le chiffre III du dispositif de la décision du 31 mars 2015 est

annulé et le dossier renvoyé au premier juge, afin qu'il rouvre d'office la procédure de faillite en fixant une audience.

Vu le sort du recours, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 2'500 fr., sont mis par moitié à la charge de chacune des parties et les dépens de deuxième instance sont compensés (art. 106 al. 2 CPC).

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 III de son dispositif est annulé.

Le prononcé est maintenu pour le surplus.
- III. Le dossier est renvoyé au Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois afin qu'il fixe d'office une audience de faillite.
- IV. 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.
- V. L'intimée J. _____ AG doit verser à la recourante A. _____ SA la somme de 1'250 fr. (mille deux cent cinquante francs) en

remboursement partiel de son avance de frais de deuxième instance.

VI. Les dépens de deuxième instance sont compensés.

VII. L'arrêt est exécutoire.

La 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 :

- M. Philippe Chiocchetti, agent d'affaires breveté (pour A. _____ SA),
- Me Jean-Marc Reymond, avocat (pour J. _____ AG),
- M. Alain Vuffray, agent d'affaires breveté,
- 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 d'Aigle-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.

La greffière :