

## COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

---

---

Arrêt du 29 août 2018

---

Composition : M. MAILLARD, vice-président  
M. Colombini et Mme Rouleau, juges  
Greffier : Mme Debétaz Ponnaz

\*\*\*\*\*

**Art. 298 al. 2, 306 al. 1 ch. 1 et 3 et 307 LP ; 2 al. 2 CC ; 320 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 **B. \_\_\_\_\_ AG**, à [...], contre le jugement rendu le 4 mai 2018, à la suite de l'audience du 22 mars 2018, par la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Lausanne, homologuant le concordat-dividende présenté à ses créanciers par **Y. \_\_\_\_\_ SA**, à Lausanne, selon acte de concordat du 23 janvier 2018.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

**En fait :**

**1. a)** Y.\_\_\_\_\_SA [ci-après : Y.\_\_\_\_\_], anciennement U.\_\_\_\_\_, [...] SA, qui publie le journal U.\_\_\_\_\_, est détenue à 51% par R.\_\_\_\_\_ et à 49% par E.\_\_\_\_\_SA (ci-après : E.\_\_\_\_\_); avant 2009, elle était détenue à 100% par E.\_\_\_\_\_ (dont la raison sociale était alors X.\_\_\_\_\_SA), laquelle a vendu 51% de l'actionnariat à R.\_\_\_\_\_, avec une option d'achat sur les 49% restants.

S.\_\_\_\_\_, un des anciens administrateurs d'Y.\_\_\_\_\_, est membre du conseil d'administration d'E.\_\_\_\_\_.

**b)** Le 6 décembre 2016, Y.\_\_\_\_\_ a donné à la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Lausanne [ci-après : la Présidente] un avis de surendettement et a requis un sursis concordataire. Elle a notamment fait valoir que son passif totalisait approximativement 5'700'000 fr. (AVS, LPP, salaires arriérés, TVA et fournisseurs), montant auquel s'ajoutaient « des prêts postposés ». Selon le bilan au 30 septembre 2016 produit à l'appui de sa requête, les fonds propres étaient, en négatif, de 18'104'524 fr. 91, compte tenu d'une perte reportée de 19'102'024 fr. 91, et les dettes à court et moyen termes ainsi que les dettes sociales atteignaient 20'960'383 fr. 02. Dans les dettes à court terme figurent une somme de 9'056'640 fr. due à la société C.\_\_\_\_\_SA (ci-après : C.\_\_\_\_\_), dont S.\_\_\_\_\_ est le président, et une somme de 1'808'788 fr. 83 due à X.\_\_\_\_\_SA [« [...] SA »], soit à E.\_\_\_\_\_. La requérante a notamment indiqué avoir entamé des négociations avec de potentiels investisseurs intéressés à la poursuite de l'activité sociale.

Par décision du 7 décembre 2016, la Présidente a accordé à la requérante un sursis concordataire provisoire de quatre mois et désigné l'agent d'affaires breveté W.\_\_\_\_\_ en qualité de commissaire provisoire

avec pour mission d'analyser les perspectives d'assainissement ou d'homologation d'un concordat.

Le 24 mars 2017, le commissaire a déposé son rapport, lequel était favorable à l'octroi d'un sursis concordataire définitif de six mois.

A l'audience préliminaire du 30 mars 2017, la requérante a expliqué « que les négociations avec S.\_\_\_\_\_ et un groupe d'investisseurs étaient toujours en cours, avec pour objectif la création d'une nouvelle société dans laquelle le titre et les employés seraient transférés, opération qui devrait être finalisée dans les deux à trois mois à venir » (cf. jugement attaqué, p. 56).

Par décision du 5 avril 2017, la Présidente a accordé à la requérante un sursis concordataire définitif de six mois et désigné à nouveau le commissaire dans cette fonction, avec pour mission d'élaborer si nécessaire un projet de concordat et de surveiller la requérante en s'assurant en particulier de la conservation des actifs et du paiement des charges courantes.

**c)** Par contrat de vente d'actifs et de cession d'activités du 13 juillet 2017, dont le but est « la cession par la cédante à la cessionnaire des actifs liés à l'exploitation de l'U.\_\_\_\_\_ et la reprise par la cessionnaire des activités opérationnelles de la cédante », Y.\_\_\_\_\_ a cédé à G.\_\_\_\_\_ SA (ci-après : G.\_\_\_\_\_), créée le 19 juin 2017, dont S.\_\_\_\_\_ est un administrateur, « tous [ses] actifs selon bilan au 31 décembre 2016 » (annexe 1 du contrat) « tels qu'ils ont évolué jusqu'à la date de la signature du présent contrat, selon liste *non-exhaustive* de l'Annexe 2 (...) et à l'exception des liquidités détenues par Y.\_\_\_\_\_ (...) dont les montants sont indiqués à l'Annexe 3 », « des passifs listés à l'Annexe 4 (...), à l'exclusion de tout autre passif » et « certains contrats (...) mentionnés à l'Annexe 5 ». Les actifs listés dans l'annexe 2 étaient notamment les archives média physiques et numériques, les marques média actives, les fichiers clients et les noms de domaines. Les passifs listés dans l'annexe 4 étaient une créance privilégiée de la Fondation de

prévoyance X. \_\_\_\_\_ SA, de 530'000 fr. pour 2016 et de 222'000 fr. pour 2017 au 30 juin 2017. Le prix de vente convenu était de 430'000 fr. payables dès l'obtention de l'approbation du commissaire, plus 2'820'000 fr. payables « au plus tard la veille de l'audience d'homologation du concordat qui sera[it] proposé par Y. \_\_\_\_\_ à ses créanciers ». De plus, il était prévu que si le concordat était homologué, un montant supplémentaire correspondant à 5% des créances concordataires chirographaires serait versé dans les trente jours suivant l'homologation définitive. La cédante s'engageait à affecter la somme initiale de 430'000 fr. au paiement de certaines dettes listées dans une annexe 6 au contrat pour un montant total de 410'400 fr. (salaires, AVS, TVA et assurance-accident 2017), et la somme additionnelle de 2'820'000 fr. au paiement de créances privilégiées listées dans une annexe 7 au contrat pour un montant total de 2'812'958 francs (arriérés de salaires 2016, AVS, LPP, « IJM » qu'on doit sans doute comprendre comme « indemnités journalières maladie »).

Ce contrat a été approuvé par le commissaire.

**d)** Dans le cadre du sursis, le commissaire a fait un appel aux créanciers, par publication du 13 juin 2017 dans la FAO et la FOSEC, le délai de production étant fixé au 14 juillet 2017. Huitante-neuf créanciers ont produit leur créance, dont cinq tardivement, pour une somme totale de 20'282'000 fr. 63. Parmi ces créanciers, la Fondation de prévoyance X. \_\_\_\_\_ SA a produit à temps une créance de cotisations LPP de 644'502 fr. 85, E. \_\_\_\_\_ a produit à temps une créance intitulée « prêt d'actionnaire » de 1'808'788 fr. 83, C. \_\_\_\_\_ a produit à temps une créance intitulée « prêts » de 9'591'640 fr. en joignant à sa production des avis de crédit de sommes versées par elle sur un compte bancaire de l'U. \_\_\_\_\_ entre les mois de janvier 2014 et février 2017, et B. \_\_\_\_\_ AG a produit à temps une créance de 487'169 fr. 43 ; R. \_\_\_\_\_ a produit tardivement une créance intitulée « Rachat et avances en compte courant dès 2009 » de 3'222'726 fr. 31.

Le 26 septembre 2017, le commissaire a déposé son rapport, dans lequel il a demandé une prolongation du sursis concordataire de six mois pour établir un projet de concordat et convoquer l'assemblée des créanciers. Il a relevé que, vu le contrat précité du 13 juillet 2017, la requérante n'avait plus de charges courantes ni d'activités, mais continuait néanmoins d'être gérée pour finaliser la procédure concordataire.

Par décision rendue le 6 octobre 2017, à la suite d'une audience tenue le 28 septembre 2017, la Présidente a accordé la prolongation requise, le commissaire ayant notamment pour mission d'élaborer un projet de concordat.

L'assemblée des créanciers a eu lieu le 23 janvier 2018. Le commissaire a présenté son rapport, expliquant le contenu du contrat du 13 juillet 2017 par lequel « la sursitaire a cédé les actifs relatifs aux activités de l'U.\_\_\_\_\_, lesquelles sont reprises et poursuivies par la cessionnaire ». En conclusion, le commissaire a notamment relevé que si les créanciers chirographaires n'acceptaient pas le dividende proposé de 5% de leurs créances admises, l'engagement de la cessionnaire serait caduc, la faillite serait prononcée et les créanciers ne percevraient alors aucun dividende. Le projet de concordat-dividende a été ensuite soumis aux créanciers d'Y.\_\_\_\_\_. Cet acte prévoit, à son article I, que « Y.\_\_\_\_\_SA versera à ses créanciers chirographaires, selon la liste des productions établie par le Commissaire au sursis, un dividende de 5% de sa créance admise selon la liste des productions pour solde de tout compte dans un délai de 2 mois dès l'homologation définitive du concordat » et, à son article II, que les créanciers donnent quittance complète et définitive à Y.\_\_\_\_\_ de la part de leur créance qui ne sera pas couverte par le versement du dividende concordataire.

**e)** Le 2 février 2018, B.\_\_\_\_\_AG a formé une plainte LP (loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ; RS 281.1) contre la décision du commissaire d'approuver le contrat du 13 juillet 2017.

De son côté, le 14 mars 2018, Y. \_\_\_\_\_ a déposé une requête de « ratification du contrat », dans laquelle elle a allégué notamment que les abonnements en cours payés d'avance avaient été « honorés gratuitement par la cessionnaire suite à la reprise, pour une valeur de 615'000 francs ».

Avec l'accord des parties, la Présidente a suspendu la procédure de plainte jusqu'à droit connu sur la requête de « ratification du contrat ».

**f)** Le 20 mars 2018, le commissaire a déposé son rapport final, concluant, d'une part, à ce qu'il soit constaté que le contrat du 13 juillet 2017 avait déjà été approuvé par le juge du concordat, notamment par décision du 6 octobre 2017, subsidiairement, à ce que ce contrat soit ratifié, et, d'autre part, à ce que le concordat soit homologué. Sur ce point, le commissaire a relevé que les conditions d'homologation étaient remplies, le concordat présenté ayant recueilli un nombre suffisant d'adhésions. Sur la question d'un éventuel motif d'exclusion du droit de vote de C. \_\_\_\_\_ et d'E. \_\_\_\_\_ le commissaire a considéré ce qui suit :

« - deux créances ou partie de la créance produites dans le délai ont été postposées ; ceci ne constitue pas un motif d'exclusion du droit de vote ;

- le créancier C. \_\_\_\_\_ SA à [...] est une société détenue par M.S. \_\_\_\_\_ et par Mme [...]. Cette société est actionnaire à 100% de la société G. \_\_\_\_\_ SA à [...], laquelle a acquis des actifs et passifs de la sursitaire selon contrat du 13 juillet 2017. M. S. \_\_\_\_\_ est membre du conseil d'administration de G. \_\_\_\_\_ SA, et a été dans le passé membre du conseil d'administration de la sursitaire. Ceci ne constitue pas un motif d'exclusion du droit de vote ;

- le créancier E. \_\_\_\_\_ SA à [...] est actionnaire de la sursitaire à concurrence de 49%, après avoir vendu 51% du capital-actions à M. R. \_\_\_\_\_ en 2009. (...) M. S. \_\_\_\_\_ détient une participation minoritaire dans cette société cotée, et siège au conseil d'administration. M. [...], qui est membre du conseil d'administration de G. \_\_\_\_\_ SA aux côtés de (...), siège également au conseil d'administration d'E. \_\_\_\_\_ SA. Ceci ne constitue pas un motif d'exclusion du droit de vote. »

Le 21 mars 2018, B.\_\_\_\_\_AG a déposé des observations spontanées, concluant au refus tant de la ratification du contrat que de l'homologation du concordat. A l'audience du 22 mars 2018, elle a conclu à la révocation du sursis concordataire et a requis la faillite de la requérante.

Le 29 mars 2018, dans le délai supplémentaire accordé par la Présidente aux parties pour déposer d'éventuelles déterminations, B.\_\_\_\_\_AG a pris des conclusions supplémentaires tendant à ce que les créances d'E.\_\_\_\_\_, de C.\_\_\_\_\_ et d'R.\_\_\_\_\_ soient écartées et ne soient pas prises en compte dans le calcul des majorités.

Le 25 avril 2018, Y.\_\_\_\_\_ a transmis au tribunal la trente-deuxième et ultime déclaration d'adhésion au concordat (créance de 20'892 fr. 90, portant le total des adhésions à 13'062'515 fr. 79). Selon le décompte des votes, le total des productions comptant pour le vote, dont celles d'E.\_\_\_\_\_ et de C.\_\_\_\_\_, était de 14'220'223 francs 73, pour cinquante et un créanciers.

**2.** Le 4 mai 2018, la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Lausanne a rendu un jugement dont le dispositif est le suivant :

« **I. ratifie** le contrat de vente d'actifs et de cession d'activités passé le 13 juillet 2017 par Y.\_\_\_\_\_SA et G.\_\_\_\_\_SA ;

**II. homologue** le concordat-dividende présenté à ses créanciers par Y.\_\_\_\_\_SA, selon acte de concordat du 23 janvier 2018 ;

**III. impartit** un délai de **10 jours** dès réception de la présente décision à la requérante pour virer l'intégralité de la somme nécessaire au paiement des créances privilégiées de 1<sup>re</sup> et 2<sup>e</sup> classe, soit 2'827'245 fr. 44 (deux millions huit cent vingt-sept mille deux cent quarante-cinq francs et quarante-quatre centimes), sur le compte de W.\_\_\_\_\_, agent d'affaires breveté à Lausanne ;

**IV. relève** W.\_\_\_\_\_, agent d'affaires breveté à Lausanne, de sa mission de commissaire et le **désigne** en qualité d'exécuteur du concordat ;

**V. assigne** aux créanciers suivants, dont les réclamations sont contestées, un délai de **20 jours** dès réception de la présente décision pour intenter action au for du concordat, sous peine de perdre leur droit à la garantie de dividende :

<b>Production contesté</b>	<b>Créancier</b>	<b>Créance produite</b>	<b>Montant</b>
No 6	Caisse M. _____	26'229 fr. 25	26'229 fr. 25
No 21	D. _____	45'301 fr. 45	19'390 fr. 55
		6'494 fr. 10	6'494 fr. 10
No 28	F. _____	19'173 fr. 80	529 fr. 20
No 34	J. _____	22'792 fr. 05	11'555 fr. 15
No 50	Confédération suisse	484'386 fr. 11	119'513 fr. 11
No 69	L. _____ SA	355 fr. 10	144 fr. 70
No 94	K. _____ SA	136 fr. 90	136 fr. 90
No 101	L. _____ AG	355 fr. 10	355 fr. 10
No 103	O. _____	6'000 fr.	6'000 fr.
			300 fr.

**VI. dit** que le montant des dividendes afférents aux créances contestées mentionnées sous chiffre V ci-dessus, à hauteur de 70'505 fr. 75 (septante mille cinq cent cinq francs et septante-cinq centimes), sera consigné par Y. \_\_\_\_\_ SA auprès de la caisse des dépôts et consignations jusqu'à jugement définitif rendu sur l'action en reconnaissance de dette ;

**VII. dit** que la consignation prévue sous chiffre VI ci-dessus doit être faite dans un délai de **10 jours** dès notification de la présente décision ;

**VIII. arrête** à 45'897 fr. 40 (quarante-cinq mille huit cent nonante-sept francs et quarante centimes) le montant des honoraires et débours, frais de publication compris, dus à W. \_\_\_\_\_, agent d'affaires breveté à Lausanne, pour l'activité déployée en qualité de commissaire dans le cadre de la présente procédure, pour la période du 6 décembre 2016 au 20 mars 2018 ;

**IX. dit** que les honoraires et débours du commissaire et de l'exécuteur du concordat, ainsi que les frais des dernières publications sont mis à la charge de Y. \_\_\_\_\_ SA ;

**X. dit** que la présente décision sera publiée par les soins du greffe dans la Feuille des avis officiels du canton de Vaud (FAO) et la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC), dès qu'elle sera exécutoire ;

**XI. met** les frais de la présente décision, arrêtés à 1'200 fr., frais de publication en sus, à la charge de Y. \_\_\_\_\_ SA. »

Sur la question de la ratification du contrat du 13 juillet 2017, la Présidente a considéré que l'homologation du concordat n'était possible que si le contrat était valable, car le second finançait le premier ; que le contrat, prévoyant une cession d'actifs, n'était valable que s'il était autorisé par le juge ou les créanciers (art. 298 al. 2 LP) ; qu'il pouvait être ratifié a posteriori ; qu'il se justifiait, en l'occurrence, de le ratifier, car il avait permis d'éviter un arrêt même temporaire de la parution de l'U. \_\_\_\_\_ et donc une perte de valeur de l'entreprise ; que le contrat avait aussi permis à la requérante de réduire son passif, par le paiement des dettes courantes grâce au paiement initial de 430'000 fr. et par la reprise des passifs consistant en dettes privilégiées de 530'000 fr. et 222'000 fr. ainsi que d'éléments générateurs de charges comme les contrats de travail ; qu'il favorisait l'intérêt des créanciers par rapport à une faillite ; qu'il avait favorisé l'intérêt public en permettant la conservation d'un journal et d'emplois ; qu'aucun autre repreneur n'avait manifesté un intérêt. La Présidente a ensuite examiné si le contrat devait aussi être approuvé par les créanciers ; elle a considéré que tel n'était pas le cas, relevant que la loi ne prévoyait pas cette condition et qu'en doctrine, une seule contribution se prononçait en faveur d'une consultation des créanciers, et observant que, de toute façon, les créanciers avaient implicitement approuvé le contrat en adhérant au concordat ; quant à ceux qui ne l'approuvaient pas, ils avaient eu l'occasion d'exprimer leur désaccord, à l'instar de B. \_\_\_\_\_ AG qui avait déposé une plainte.

Sur la question de l'homologation du concordat, la Présidente a d'abord examiné quels créanciers devaient être comptés comme ayant le droit de voter. Elle a exclu les trente-trois créanciers privilégiés restant après le retrait de deux productions (dont celle de la Fondation de prévoyance X. \_\_\_\_\_ SA), sauf pour la part non privilégiée des créances de trois d'entre eux, de même que les cinq créanciers dont les productions étaient tardives, mais a considéré en revanche qu'il n'y avait pas lieu

d'exclure du vote les créanciers E.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_, dont les relations étroites avec la requérante ne justifiaient pas une exclusion, rien ne permettant de dire que le concordat les privilégierait au détriment des autres créanciers et leurs créances ne paraissant pas avoir été admises abusivement par la requérante ; les productions comptant pour le vote atteignaient 14'220'223 fr. 73 pour cinquante et un créanciers, de sorte qu'avec trente-deux adhésions pour un montant total de 13'062'515 fr. 79 au jour de la rédaction du jugement, les deux doubles majorités de créanciers et de créances alternativement prévues par l'art. 305 LP étaient atteintes. Elle a considéré en outre que l'exécution du concordat était possible eu égard aux ressources dont la requérante disposait grâce au contrat, que le paiement des créances privilégiées était garanti, un délai devant être imparti à la requérante pour verser la somme nécessaire sur le compte du commissaire, qu'il n'y avait pas lieu d'exiger une contribution des titulaires de parts sociales, le concordat préservant mieux l'intérêt des créanciers qu'une faillite, et que de toute façon, la cession des actifs et l'affectation du prix de vente au financement du concordat devaient être considérées comme une contribution suffisante, les détenteurs de parts sociales ne tirant « pas de bénéfices consécutivement à l'assainissement réalisé grâce au concordat ».

**3.** Le jugement précité a été notifié le 7 mai 2018 à B.\_\_\_\_\_AG, qui a recouru par acte du 17 mai 2018. La recourante a conclu, avec suite de frais judiciaires et dépens, principalement à la réforme du jugement en ce sens que ses conclusions prises en première instance sont admises, soit que le contrat n'est pas ratifié, que l'homologation du concordat est refusée, que les créances d'E.\_\_\_\_\_ et de C.\_\_\_\_\_ non seulement ne sont pas prises en compte dans le calcul des majorités, mais encore sont « écartées », et que la faillite est prononcée ; subsidiairement, elle a conclu à l'annulation du jugement et au renvoi de la cause en première instance pour nouvelles instruction et décision dans le sens des considérants.

Le 24 mai 2018, le premier juge a transmis à la cour de céans une lettre du 22 mai 2018 dans laquelle l'Administration fédérale des contributions, représentant la Confédération suisse, fait valoir que la procédure de l'art. 315 LP ne concerne pas les créances de droit public et que le chiffre V du dispositif du jugement attaqué est erroné dans la mesure où il lui impartit un délai pour agir en reconnaissance de sa créance. Cette écriture ne comporte aucune conclusion, expresse ou implicite.

Par avis du 22 juin 2018, un délai non prolongeable de dix jours dès réception a été imparti aux autres créanciers, à l'exécuteur du concordat et à la cessionnaire pour déposer une éventuelle réponse au recours.

W.\_\_\_\_\_ a déposé une réponse le 4 juillet 2018, concluant, avec suite de frais et dépens, au rejet du recours.

Y.\_\_\_\_\_ a également déposé une réponse le 4 juillet 2018, concluant, avec suite de frais et dépens, au rejet du recours et à la confirmation du jugement attaqué.

G.\_\_\_\_\_ a déposé une réponse le 5 juillet 2018, concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet et à la confirmation du jugement attaqué.

Le 27 juillet 2018, la recourante a déposé des « observations spontanées » sur les réponses au recours, soit une réplique. Elle a produit des pièces, dont deux nouvelles (pièces 8 et 9), et a requis la production de trois pièces, ainsi que l'audition du commissaire et des intimées Y.\_\_\_\_\_ et G.\_\_\_\_\_.

Le 14 août 2018, G.\_\_\_\_\_ a déposé des « déterminations spontanées », soit une duplique.

Par avis du 17 août 2018 de la cour de céans, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger et qu'il n'y aurait pas d'autre échange d'écritures.

## **En droit :**

**I. a)** En vertu de l'art. 307 LP, le jugement portant sur l'homologation d'un concordat peut être attaqué par la voie du recours, conformément au CPC (Code de procédure civile ; RS 210). Le créancier qui s'est opposé à l'homologation a qualité pour recourir (Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 12 *ad* art. 307 LP ; ATF 122 III 398 consid. 2, JdT 1998 II 88 ; ATF 129 III 758).

Déposé dans les formes requises et en temps utile (art. 321 al. 1 et 2 CPC), le recours est recevable.

**b)** Les réponses du commissaire et des intimées sont également recevables (art. 322 CPC).

**c)** En vertu du droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. (Constitution fédérale ; RS 101) et, en procédure civile, par l'art. 53 CPC, les déterminations, ou réplique et duplique, spontanées sont en principe recevables (ATF 142 III 48 consid. 4.1.1 et les références citées).

**aa)** En l'espèce, la réplique contient des allégations de faits nouvelles (allégués 12, 13, 17 et 18) et des offres de preuves nouvelles, dont la recourante soutient qu'elles peuvent être administrées en application de la maxime inquisitoire (art. 255 CPC). En droit, elle contient aussi des moyens nouveaux, à l'appui du grief formulé dans le recours, contre la prise en compte des créances de C.\_\_\_\_\_ et E.\_\_\_\_\_ et du vote de ces créanciers, tirés de la postposition de ces créances.

Dans sa duplique, l'intimée G.\_\_\_\_\_ fait valoir que les allégations de faits et les preuves nouvelles de la réplique sont irrecevables. Elle soutient qu'il en va de même de l'argumentation juridique nouvelle, en se fondant sur la jurisprudence selon laquelle il n'est admissible de compléter le recours par le biais d'une réplique que si les

arguments contenus dans la réponse y donnent lieu, le recourant étant forclos, après l'écoulement du délai de recours, à formuler des griefs qu'il aurait déjà pu articuler dans le recours. Elle relève ensuite que la postposition des créances n'est pas un fait nouveau et que les griefs y relatifs auraient pu et dû être formulés dans le recours.

**bb)** Si l'art. 255 let. a CPC dispose que le tribunal établit les faits d'office en matière de concordat, l'art. 326 CPC exclut en revanche les allégations de faits et les preuves nouvelles en procédure de recours. Il n'y a pas d'exception en matière de concordat (art. 307 LP). On ne tiendra dès lors pas compte des faits nouveaux contenus dans la réplique, et les offres de preuves nouvelles sont écartées.

En revanche, on ne saurait considérer comme nouveau le fait que les créances litigieuses sont postposées, qui résulte du dossier, notamment du rapport du commissaire du 20 mars 2018 (p. 3, ch. III) et avant cela, déjà, de la demande de sursis du 6 décembre 2016 (p. 4, ch. 3). Le premier juge en a d'ailleurs tenu compte sans soulever de critiques de la part des parties sur ce point. Au surplus, ce fait n'est pas contesté.

S'agissant de l'argumentation juridique nouvelle, on ne saurait suivre l'intimée. Il ne faut en effet pas confondre arguments nouveaux développés dans la réplique à l'appui de griefs soulevés dans le recours et griefs nouveaux. Ce sont ces derniers que la jurisprudence prohibe (cf. par ex. ATF 125 I 71, JdT 2002 I 278 consid. 1. d) aa) et les arrêts cités) lorsqu'ils sont soulevés pour la première fois dans la réplique, contre des éléments qui n'ont pas été critiqués auparavant dans le recours. En l'espèce, la recourante a d'emblée critiqué, pour différents motifs, la prise en compte des créances d'E. \_\_\_\_\_ et C. \_\_\_\_\_ et du vote de ces deux créanciers. Le motif tiré de la postposition des créances est certes nouveau, mais le grief ne l'est pas. Au demeurant, le juge applique le droit d'office, de sorte que les arguments de la réplique ne peuvent pas être ignorés. D'ailleurs, l'intimée y répond dans sa duplique.

**II. a)** Invoquant une constatation manifestement inexacte des faits, la recourante soutient que le premier juge aurait retenu à tort que le prix de vente selon le contrat du 13 juillet 2017 incluait les montants de 750'000 fr. de la créance privilégiée de la Fondation de prévoyance X. \_\_\_\_\_ SA et de 615'000 fr. de prestations fournies par la cessionnaire, alors que la créance ne figure pas au bilan et que le montant de 615'000 fr. n'est pas documenté. Le fait serait important car le premier juge aurait considéré sur cette base erronée que le contrat était dans l'intérêt des créanciers.

**aa)** L'art. 320 CPC dispose que le recours est recevable pour violation du droit (let. a) et constatation manifestement inexacte des faits (let. b). Le grief de la constatation manifestement inexacte des faits, comme pour l'art. 97 al. 1 LTF (loi du sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), ne permet que de corriger une erreur évidente, la notion se recoupant en définitive avec l'appréciation arbitraire des preuves (art. 9 Cst. [Constitution fédérale ; RS 101]) (Corboz, *in* Corboz *et al.*, Commentaire de la LTF, 2<sup>e</sup> éd., n. 19 *ad* art. 97 LTF). Les constatations de fait et l'appréciation des preuves sont arbitraires lorsqu'elles sont évidemment fausses, contredisent d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité, reposent sur une inadvertance manifeste ou un abus du pouvoir d'appréciation, par exemple si l'autorité s'est laissée guider par des considérations aberrantes ou a refusé de tenir compte de faits ou de preuves manifestement décisifs. Une constatation de fait n'est donc pas arbitraire pour la seule raison que la version retenue par le juge ne coïncide pas avec celle du recourant ; encore faut-il que l'appréciation des preuves soit manifestement insoutenable, en contradiction flagrante avec la situation effective, qu'elle repose sur une inadvertance manifeste, ou encore qu'elle heurte de façon grossière le sentiment de la justice et de l'équité (ATF 129 I 8 consid. 2.1). Ce grief ne peut toutefois être invoqué que dans la mesure où ladite appréciation est susceptible d'avoir une incidence déterminante sur le sort de la cause (Jeandin, *in* Bohnet *et al.* (éd.), Code de procédure civile commenté, n. 5 *ad* art. 320 CPC).

**bb)** Il est vrai qu'on peut lire dans le considérant en droit I b) bb) du jugement (p. 74) que le prix de vente « s'élève, au total, à (430'000 fr. + 2'820'000 fr. + 750'000 fr. + 615'000 fr. =) 4'615'000 fr., auquel s'ajoute une somme additionnelle correspondant au 5% des créances chirographaires définitivement admises ». Or, le contrat ne dit rien du montant de 615'000 francs. Ce chiffre ne ressort que de la requête de « ratification du contrat » du 14 mars 2018, dans laquelle Y.\_\_\_\_\_ a allégué notamment que les abonnements en cours payés d'avance avaient été « honorés gratuitement par la cessionnaire suite à la reprise, pour une valeur de 615'000 francs ». Quant au montant de 750'000 fr., il correspond à la reprise d'un passif et non à une contreprestation de la cessionnaire pour les actifs achetés. Toutefois, dans les faits, le jugement présente de manière exacte le contenu du contrat et des engagements de la cessionnaire (cf. ch. 6 a) et b) pp. 56-57) : « En outre et en sus, la cessionnaire a également repris une dette privilégiée de (...) 752'000 fr. au total. » ; quant au fait que « la cessionnaire a honoré gratuitement les abonnements en cours et payés d'avance, pour une valeur de 615'000 fr. », il est précisé que c'est « aux dires de la requérante ».

Il faut donc comprendre que la phrase litigieuse traduit une appréciation de la situation, le premier juge voulant dire que la cessionnaire, économiquement, apporte le prix de vente ainsi que ces deux montants. Savoir si ces prestations sont réelles, ce que conteste la recourante, est une autre question, qui ne relève pas de l'établissement des faits mais de leur appréciation.

**b)** Invoquant toujours une constatation inexacte des faits, la recourante reproche au premier juge d'avoir « omis de tenir compte du fait » que les créances de C.\_\_\_\_\_ SA, E.\_\_\_\_\_ et R.\_\_\_\_\_ « ne sont pas documentées à satisfaction », sont contestées par la recourante et « auraient dû faire l'objet d'une instruction complémentaire ». Cette lacune aboutirait au « résultat insoutenable » que ces créanciers recevront un dividende de 5% sans avoir justifié de leurs créances.

**aa)** Dans le cadre du concordat-dividende, le montant perçu par chaque créancier ne dépend pas de l'admission ou de la contestation des autres créances. Le créancier est libre d'adhérer ou non à la proposition qui lui est faite, mais n'a pas la possibilité de faire exclure une créance admise par le sursitaire (art. 300 al. 2 LP) par une action en contestation de l'état de collocation (Gilliéron, *op. cit.*, nn. 16-17 *ad* art. 305 LP ; Marchand, *in* Dallèves/Foëx/Jeandin (éd.), Commentaire romand, Poursuite et faillite, n. 37 *ad* art. 305 LP). Au contraire, dans le concordat par abandon d'actif, le montant fixe des actifs est partagé entre tous les créanciers selon un état de collocation qui peut donc être contesté (art. 321 LP), chacun ayant avantage à faire exclure les autres.

De même, dans le cadre du concordat-dividende, le juge ne peut pas « écarter » une créance si le sursitaire l'a reconnue. Tout au plus peut-il l'écarter du vote comme abusive (art. 305 LP ; Marchand, *loc. cit.*). Il n'a donc pas à en vérifier la réalité comme le ferait le juge saisi d'une action en contestation de l'état de collocation. Les créanciers n'ont quant à eux pas à justifier précisément de leur créance, le juge amené à homologuer un projet de concordat-dividende examinant le bien-fondé des créances contestées sous l'angle de la vraisemblance.

**bb)** En l'espèce, la créance d'R.\_\_\_\_\_, produite tardivement, a été exclue du vote. Il n'y a pas à y revenir. Quant aux deux autres créances litigieuses, le premier juge était conscient du fait qu'elles étaient contestées par la recourante et il a examiné si elles devaient être admises au vote. Il a relevé que la créance d'E.\_\_\_\_\_ était admise par le sursitaire depuis 2009, puisqu'elle était mentionnée dans le contrat de vente d'actions à R.\_\_\_\_\_, et que celle de C.\_\_\_\_\_ figurait dans les comptes admis par le réviseur comme créance postposée. Il est vrai que l'on ne dispose pas de pièces justificatives de ces créances, mais cela ne signifie pas qu'elles devaient être écartées pour autant. Le grief ne relève pas de l'établissement des faits, mais de la décision au fond prise sur ce point par le premier juge, qui ne satisfait pas la recourante.

**III. a)** Selon l'art. 298 al. 2 LP, sauf autorisation du juge du concordat ou de la commission des créanciers, il est interdit, sous peine de nullité, d'aliéner ou de grever l'actif immobilisé, de constituer un gage, de se porter caution et de disposer à titre gratuit pendant la durée du sursis.

**b)** Invoquant une violation de cette disposition, la recourante considère que les conditions d'une ratification a posteriori du contrat - qu'elle admet possible sur le principe - n'étaient pas réunies en l'occurrence.

**aa)** Elle soutient tout d'abord que le sursis concordataire a pour but de permettre la continuation de l'entreprise du débiteur par son assainissement et non sa liquidation. En l'occurrence, le contrat aurait fait de la sursitaire une « coquille vide » et sa ratification violerait le but de l'art. 298 al. 2 LP et du sursis concordataire.

Ce grief est infondé. Le sursis a pour but d'examiner la possibilité d'un assainissement ou d'un concordat - ordinaire ou par abandon d'actif (art. 293a al. 3 et 293b al. 1 LP). Même dans le cadre d'un concordat ordinaire, des mesures de liquidation peuvent être nécessaires (art. 314 al. 3 LP). S'il est vrai que, durant le sursis, l'activité est en principe maintenue, une liquidation d'actifs est possible aux conditions de l'art. 298 al. 2 LP. Le fait que le contrat liquide des actifs n'est donc pas en soi contraire au but de l'art. 298 LP ou du sursis concordataire. Autre est la question de savoir si les règles sur le concordat par abandon d'actif ont été éludées.

**bb)** Dans le cadre de l'argumentation précédente, la recourante soulève la question du caractère potentiellement frauduleux du concordat, au sens de l'art. 313 LP, dans la mesure où « des créances connues » n'auraient « pas été mentionnées lors de la demande d'octroi de sursis » et où, selon elle, le sursis n'aurait pas été octroyé « si toutes les dettes connues avaient été divulguées à ce moment-là ».

L'art. 313 LP permet à un créancier de demander la révocation d'un concordat entaché de mauvaise foi, et non de refuser l'homologation d'un concordat au motif que la demande de sursis serait entachée de mauvaise foi. Cela étant, on ne voit pas quelles dettes auraient été délibérément cachées à ce premier stade de la procédure ; comme déjà relevé plus haut, les deux dettes contestées figuraient au bilan produit à l'appui de la requête concordataire. Le grief est mal fondé.

**cc)** La recourante fait ensuite valoir que le contrat ne favorise ni les intérêts des créanciers, ni l'intérêt public.

Le jugement attaqué rappelle que, pour décider si une cession d'actifs peut être autorisée, le juge doit s'assurer qu'elle n'est pas préjudiciable aux intérêts des créanciers (p. 72) et qu'un transfert d'entreprise en cours de sursis est possible, d'après la doctrine, un transfert étant souvent nécessaire et urgent pour éviter que l'entreprise ne perde de sa valeur économique, eu égard au risque que la clientèle et les employés importants se détournent de l'entreprise (ibidem). En l'espèce, le premier juge a considéré qu'il était primordial d'éviter un arrêt de la publication du journal U.\_\_\_\_\_, sauf à risquer de perdre la confiance du lectorat, des annonceurs et des journalistes employés, qu'un transfert des actifs étaient donc justifié et urgent (pp. 73-74), et que le contrat permettait aux créanciers privilégiés d'être payés intégralement et aux créanciers chirographaires de recevoir un dividende de 5% « alors qu'il ressort[ait] du dossier » qu'en cas de faillite, les premiers n'auraient pas été entièrement satisfaits et les seconds n'auraient rien reçu (p. 74) ; de plus, le transfert des contrats de travail évitait davantage de prétentions privilégiées et la reprise de l'entreprise assurait la continuité de la publication du journal (p. 74) ; il n'était pas nécessaire de mettre en œuvre une expertise, non seulement parce qu'on disposait d'un élément de comparaison, soit le prix payé par R.\_\_\_\_\_ en 2009 pour acquérir la moitié du capital-actions et une option d'achat sur l'autre moitié, mais aussi parce qu'il paraissait difficile de trouver un autre repreneur, vu la situation de la requérante et de la presse en général (pp. 74-75) ; l'avenir incertain de l'U.\_\_\_\_\_ avait fait l'objet d'articles, sans qu'aucun autre

investisseur potentiel n'ait pourtant manifesté d'intérêt (p. 75) ; en conclusion, le premier juge a estimé que le prix de vente était convenable. Enfin, il a relevé, « au regard de l'intérêt public », que la reprise permettait « de maintenir un titre phare de la presse romande » et de sauvegarder vingt-six emplois.

La recourante relève que les actifs ont été cédés pour 3,25 millions de francs alors que les dettes dépassaient 20 millions de francs. Elle soutient que les actifs transférés ne figurent pas tous dans le contrat, que ces actifs, essentiellement immatériels, auraient dû faire l'objet d'une expertise et que le commissaire n'a pas donné suite à sa demande en ce sens alors qu'il s'y était initialement engagé. Elle reproche au premier juge d'avoir considéré que le contrat n'était pas défavorable aux créanciers sans expertise ou au moins estimation à la valeur du marché, ni appel d'offres. Selon elle, « tout laisse à penser » que le prix aurait été plus élevé s'il y avait eu une estimation et rien ne permet d'affirmer que le résultat d'une liquidation par voie de faillite aurait été moins bon. Elle estime que l'interruption de la publication du journal aurait pu être évitée par d'autres moyens « en faisant preuve de la diligence requise » ; de toute façon, l'U.\_\_\_\_\_, ne comptant que mille neuf cents abonnés, ne serait pas un « titre phare » ; enfin, l'intérêt des créanciers chirographaires « qui ne reçoivent que 5% de leurs créances » devait l'emporter sur celui des employés.

Le contrat est étroitement lié au projet de concordat, en ce sens qu'une partie du prix n'est payable qu'en cas d'homologation du concordat. Sa ratification n'a été demandée qu'une fois le projet de concordat soumis aux créanciers. Il est évident que si l'on fait abstraction du concordat, le contrat n'est pas dans l'intérêt des créanciers. Il prévoit un prix de 430'000 fr. plus 2'820'000 fr. pour tous les actifs et la reprise, en sus, d'un passif de 750'000 francs. Si la sursitaire s'engage à utiliser le prix pour payer des créanciers privilégiés, cet engagement est pris vis-à-vis de la cessionnaire et non des créanciers qui n'ont aucun moyen de l'y contraindre. La sursitaire ayant cédé tous ses actifs, son entreprise

devient, comme le relève la recourante, une « coquille vide » ne contenant plus que des dettes.

Toutefois, la recourante elle-même semble admettre d'examiner la question en tenant compte des prestations liées au concordat puisqu'elle fait valoir que les créanciers chirographaires « ne reçoivent que 5% de leurs créances ».

Le contrat indique que sont cédés « tous les actifs (...) selon bilan (...) annexé (...) tels qu'ils ont évolué (...) selon liste non exhaustive de l'annexe 2 (...) ». Il n'y a donc pas d'autres actifs que ceux qui figurent au bilan annexé ; ce qui n'est pas exhaustif, c'est la liste. Le bilan en question comporte la valeur des actifs cédés.

Aussitôt après sa désignation, le commissaire dresse l'inventaire des biens du débiteur et procède à leur estimation (art. 299 al. 1 LP). Bien que l'ancien art. 295 al. 3 LP, qui prévoyait l'application par analogie notamment de l'art. 17 LP aux actes du commissaire, ait été abrogé dans le cadre de la révision du droit du concordat, la doctrine admet toujours que les décisions du commissaire peuvent faire l'objet de plaintes LP (Umbach-Spahn/Kesselbach, *in* Kren Koskiewicz/Vock, (Schulthess) Kommentar zum SchKG, 4<sup>e</sup> éd., 2017, n. 31, p. 1689). En l'espèce, la recourante avait donc la possibilité de se plaindre des décisions ou d'une inaction du commissaire ; elle ne l'ignorait pas puisqu'elle a fait usage de cette faculté pour se plaindre de la décision du commissaire d'approuver le contrat. Elle est à tard pour se plaindre de l'absence d'expertise ou d'estimation à ce stade de la procédure.

Au demeurant, la recourante se borne à énoncer ses critiques sans indiquer quel actif vaudrait plus que la valeur indiquée au bilan ou le prix de vente, ni pour quel motif, ni quelle autre mesure aurait pu être prise pour que la parution du journal ne soit pas interrompue.

La question de l'avantage d'un concordat par rapport à une faillite implique une sorte de pari sur l'avenir ; en tous les cas, c'est une

question d'appréciation et il appartient en premier lieu à la majorité des créanciers de soupeser la situation et de décider si l'offre qui leur est faite est plus satisfaisante que la perspective d'une faillite. Or, une nette majorité des créanciers a estimé que le concordat proposé pouvait être accepté. Rien ne permet de penser qu'une vente dans le cadre d'une faillite amènerait un meilleur résultat. En particulier, même si une expertise attribuait aux actifs une valeur supérieure, voire très supérieure, il faudrait une véritable concurrence entre plusieurs acquéreurs potentiels pour faire monter le prix. Or, il n'y a eu qu'un investisseur intéressé. La recourante met d'ailleurs à mal sa propre thèse à cet égard en affirmant que l'U.\_\_\_\_\_ n'est pas un « titre phare » ; une parution « mineure » n'est pas susceptible d'intéresser de nombreux acquéreurs.

Quant à la perspective, si la liquidation ne donne rien de plus, d'intenter des actions en contestation de l'état de collocation et en responsabilité de l'administrateur, procédures longues et coûteuses au résultat incertain, elle peut difficilement être considérée comme un résultat préférable pour les créanciers.

En conclusion, on peut confirmer l'appréciation du premier juge selon laquelle le concordat-dividende proposé est préférable à une faillite.

**dd)** La recourante soutient que les créanciers auraient dû être consultés sur le contrat. De manière paradoxale, elle invoque une violation de l'art. 298 al. 2 LP et, comme le premier juge relève que cette disposition n'exige pas une telle consultation, elle prétend que le transfert d'entreprise ne saurait être régi par cette seule règle légale. Selon elle, le fait qu'une seule contribution en doctrine érige l'accord des créanciers en condition du transfert ne signifie pas qu'elle est contredite par les autres commentateurs, mais que ceux-ci n'examinent pas cette question parce qu'ils estiment qu'un transfert de l'entreprise pendant le sursis conduit nécessairement à un concordat par abandon d'actif, dans le cadre duquel les créanciers seront consultés. Elle se prévaut du « Condensé » du Message du Conseil fédéral, selon lequel « les droits de codécision des

créanciers pendant le sursis concordataire sont renforcés, notamment pour les protéger contre les liquidations hâtives. Concrètement, il est proposé d'instituer une commission représentative des créanciers chargées de surveiller l'activité du commissaire » (FF 2010 5871, p. 5872).

L'art. 298 al. 2 LP interdit, sous peine de nullité, d'aliéner ou de grever l'actif immobilisé pendant la durée du sursis sauf autorisation du juge du concordat ou de la commission des créanciers. L'art. 295a LP prévoit que le juge du concordat institue une commission des créanciers lorsque les circonstances l'exigent (al. 1) ; la commission des créanciers autorise en lieu et place du juge du concordat les actes visés à l'art. 298 al. 2 (al. 3). En d'autres termes, soit c'est le juge qui intervient, soit c'est la commission, mais pas les deux. La recourante ne prétend pas que le juge a violé l'art. 295a LP en n'instituant pas une commission des créanciers. Il n'y a donc aucune violation de l'art. 298 al. 2 LP. Le sursis n'a pas nécessairement pour but la continuation de l'entreprise et le transfert de celle-ci durant le sursis est possible (cf. supra consid. III b) aa)). Les auteurs invoqués par la recourante se sont exprimés sur la portée de l'art. 317 LP, qui concerne précisément le concordat par abandon d'actif. On ne peut en déduire a contrario qu'un tel transfert serait exclu lorsqu'un concordat-dividende est envisagé. Au contraire, un auteur évoque l'autorisation d'un transfert d'entreprise par le juge du concordat en cas d'urgence lorsqu'un concordat ordinaire est à la base de la décision (Vollmar, *in* Staehelin/Bauer/Staehelin, Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, n. 25 *ad* art. 298 SchKG [LP]). Au demeurant, la situation est particulière en l'espèce dans la mesure où le juge a été amené à examiner simultanément le contrat de transfert et le projet de concordat qui en est la suite logique. On ne se trouve ainsi pas dans la situation où le juge préjugerait de l'adhésion des créanciers. Savoir si la sursitaire aurait dû proposer un concordat par abandon d'actif est une autre question.

**ee)** La recourante reproche au premier juge d'avoir considéré que, de fait et implicitement, les créanciers avaient été consultés sur le contrat puisque le projet de concordat qui leur a été soumis reposait sur

ce contrat. Elle fait valoir que les créanciers ont été mis devant le fait accompli lors de l'assemblée des créanciers du 23 janvier 2018 et que, par ailleurs, le projet de concordat ne mentionne pas la vente de l'entreprise, de sorte que l'adhésion des créanciers ne peut donc pas s'entendre comme un accord au contrat.

Il est vrai que les créanciers n'ont pas été consultés au préalable. La recourante ne soutient toutefois pas qu'une ratification a posteriori – dont elle admet qu'elle est en principe possible pour le juge qui n'a pas non plus été consulté (cf. supra consid. III b) - est exclue pour les créanciers. Or, il ressort des faits non contestés par la recourante qu'à la séance du 23 janvier 2018, le commissaire a présenté son rapport, « faisant notamment état de la reprise des activités de la requérante par la cessionnaire en exécution du contrat de vente d'actifs et de cession d'activités du 13 juillet 2017, dont il a détaillé le contenu » (cf. jugement p. 59). La recourante a d'ailleurs déposé une plainte LP, le 2 février 2018, contre la décision du commissaire d'approuver le contrat.

C'est ainsi à raison que le premier juge a considéré que l'adhésion des créanciers au projet de concordat emportait ratification du contrat de vente.

**IV. a)** Invoquant une violation des dispositions sur le concordat par abandon d'actif, la recourante fait valoir que le contrat équivaut à une liquidation de la sursitaire et que, par conséquent, seul un concordat par abandon d'actif pouvait être envisagé, le concordat-dividende ayant pour but le maintien de l'entreprise. Elle soutient que la sursitaire s'est affranchie de toutes les règles de protection des créanciers en déguisant le concordat par abandon d'actif en concordat-dividende ordinaire, la privant ainsi de la possibilité d'intenter une action en contestation de l'état de collocation pour contester les créances d'E.\_\_\_\_\_ et de C.\_\_\_\_\_ et de demander la cession des droits de la masse contre les administrateurs.

La sursitaire a proposé un concordat-dividende, ce qui implique que les règles y relatives s'appliquent, et non pas celles relatives au concordat par abandon d'actif. Le grief invoqué par la recourante est en réalité l'abus de droit.

**b)** A teneur de l'art. 2 al. 2 CC (Code civil ; RS 210), l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. Cette règle permet au juge de corriger les effets de la loi dans certains cas où l'exercice d'un droit allégué créerait une injustice manifeste. Le juge apprécie la question au regard des circonstances concrètes. Les cas typiques d'abus sont l'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, l'utilisation d'une institution juridique de façon contraire à son but, la disproportion manifeste des intérêts en présence, l'exercice d'un droit sans ménagement ou l'attitude contradictoire. L'abus de droit doit être admis restrictivement, comme l'exprime l'adjectif «manifeste» utilisé dans le texte légal (ATF 143 III 279 consid. 3.1 ; 135 III 162 consid. 3.3.1 et les arrêts cités).

On parle de fraude à la loi lorsqu'un justiciable évite l'application d'une norme imposant ou interdisant un certain résultat (norme éludée) par le biais d'une autre norme permettant d'aboutir à ce résultat de manière apparemment conforme au droit (norme éludante ; ATF 132 III 212 consid. 4.1 ; Chappuis, *in* Pichonnaz/Foëx (éd.), Commentaire romand, Code civil I, 2010, n. 54 *ad* art. 2 CC). En d'autres termes, il y a fraude à la loi lorsque, en usant d'un moyen qui est en soi permis, on vise un résultat qui, lui, est prohibé. Il convient de rechercher si, d'après son sens et son but, la norme éludée entend uniquement prohiber une certaine manière de procéder, ou si elle veut interdire un résultat en soi. Dans cette seconde hypothèse, la norme éludée doit être appliquée nonobstant la construction destinée à la contourner (ATF 79 II 79 consid. 4a, JdT 1954 I 142 ; Steinauer, Le Titre préliminaire du Code civil, TDP II/1, 2009, p. 105 n. 308; Baumann, *in* Zürcher Kommentar, 3<sup>e</sup> éd. 1998, n. 53 *ad* art. 2 CC; Merz, *in* Berner Kommentar, 3<sup>e</sup> éd. 1962, n. 90 *ad* art. 2 CC). La fraude à la loi est parfois traitée comme un cas particulier de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC ; cf. par ex. ATF 129 III 618 consid. 6.2), qui recouvre des comportements tels que l'utilisation d'une

institution juridique - ou l'exercice d'un droit - de façon contraire à son but. La doctrine majoritaire estime que la fraude à la loi est un problème ressortissant à l'application du droit et à l'interprétation de la loi éludée, de sorte que le recours à l'art. 2 al. 2 CC n'est pas indiqué (Chappuis, *loc. cit.* ; Honsell, *in* Basler Kommentar, 4<sup>e</sup> éd. 2010, n. 31 *ad* art. 2 CC; Baumann, *loc. cit.* ; Merz, *op. cit.*, n. 93 *ad* art. 2 CC; cf. ATF 117 II 290 consid. 4c ; 125 III 257 consid. 3b) ; des exceptions sont réservées (Hausheer/Aebi-Müller, *in* Berner Kommentar, 4<sup>e</sup> éd. 2012, nn. 85 et 93 *ad* art. 2 CC; Steinauer, *op. cit.*, p. 106 note infrapaginale 90 ; TF 4A\_609/2012 consid. 3).

On ne saurait, en principe, considérer comme une fraude à la loi le fait de choisir l'une de plusieurs formes juridiques créées par le législateur pour permettre d'atteindre un certain but économique. Au contraire, on ne peut parler d'une telle fraude que si, en recourant à un expédient déterminé, on veut obtenir un résultat défendu. Si c'est le résultat recherché qui est interdit, en d'autres termes, si la disposition éludée contient une interdiction de but, tous les autres moyens aboutissant à ce résultat sont également défendus et, dès lors, on doit aussi dénier toute validité juridique à l'acte par lequel on a remplacé celui qui était interdit. En revanche, si une disposition ne règle qu'une manière de procéder, sans interdire comme tel le résultat recherché, on ne fraude pas la loi en choisissant une autre voie légale pour atteindre le même but économique ou un but équivalent. Dans ce cas, seul le moyen est interdit, non le but. C'est ainsi qu'en matière de commerce d'immeubles on peut sans acte authentique, en transférant simplement toutes les actions d'une société anonyme immobilière d'après les principes du droit des sociétés anonymes, obtenir les effets d'un transfert de propriété sur des immeubles, c'est-à-dire le pouvoir d'en disposer de fait. La fraude n'existerait que si, par ce moyen, on voulait éluder l'interdiction de dépasser le prix maximum autorisé ou les conditions posées pour les constructions subventionnées officiellement (ATF 79 II 79 précité).

**c)** En l'espèce, il est vrai que la sursitaire se trouve vidée de ses actifs. A strictement parler, ce n'est pas le projet de concordat qui la

vide de sa substance, mais le contrat préalablement ratifié. Comme on l'a vu, toutefois, ces deux actes doivent être examinés conjointement.

En l'occurrence, au vu de l'arrêt précité, c'est l'assainissement ou la liquidation sans faillite qui doit être considérée comme le « résultat », le but économique recherché, et non la liquidation « sans droit de regard pour les créanciers ». Or, les normes relatives au concordat par abandon d'actif ne tendent pas à prohiber ce résultat en soi ; elles posent simplement des exigences de forme pour arriver à ce résultat. Les droits des créanciers sont plus étendus parce qu'il s'agit de partager un actif entre eux, sans qu'ils sachent d'emblée ce qui leur reviendra, alors que dans le concordat-dividende, ils savent d'emblée quel pourcentage de leur créance leur est offert. En l'espèce, le concordat proposé offre bien un dividende identique pour tous les créanciers chirographaires. Il n'y a dès lors pas fraude à la loi.

**V. a)** La recourante fait valoir que l'inventaire établi par le commissaire est insuffisant. Elle en déduit que les règles sur la procédure de sursis n'ont pas été respectées, ce qui exclurait l'homologation du concordat.

**b)** Comme on l'a vu (cf. supra, consid. III b) cc) p. 18), les actes du commissaire sont susceptibles de faire l'objet de plaintes LP. Sauf cas de nullité absolue, ils doivent être contestés dans le délai de dix jours de l'art. 18 LP. La recourante est à tard pour se plaindre des « défauts » de l'inventaire dans un recours contre la décision d'homologation du concordat.

**VI. a)** La recourante soutient que l'admission du droit de vote des créanciers E. \_\_\_\_\_ SA et C. \_\_\_\_\_ constitue une violation de l'art. 305 LP. Elle invoque un arrêt de la cour de céans de 1976 selon lequel les créances des administrateurs actionnaires qui pourraient ainsi s'exonérer de leurs responsabilités civile et pénale ne doivent pas être prises en

compte. Elle se prévaut aussi d'un arrêt zurichois qui retient qu'il est possible de ne pas prendre en compte le vote dominant d'un créancier lorsqu'il a un intérêt personnel direct à l'homologation du concordat fondamentalement incompatible avec les intérêts objectifs des créanciers. En l'espèce, elle relève que, par le truchement de sociétés, S.\_\_\_\_\_ est à la fois actionnaire et ancien administrateur de la sursitaire, son principal créancier et le repreneur de son entreprise.

**b)** En vertu de l'art. 305 al. 3 LP, le juge du concordat décide si et dans quelle mesure doivent être comptées les créances contestées, par quoi il faut entendre en premier lieu les créances contestées par le débiteur ; il peut toutefois aussi écarter du vote des créances admises par le débiteur mais contestées par d'autres créanciers. Il serait choquant que le concordat soit accepté grâce au vote d'un créancier proche du débiteur, par exemple son actionnaire, alors que cette créance est contestée par une partie importante des autres créanciers. Le juge doit décider de l'admission au vote du créancier contesté selon le test de la vraisemblance (Marchand, CR LP, n. 37 *ad* art. 305 LP). Toutefois, le seul fait que le créancier soit étroitement lié au débiteur et ait un intérêt particulier à l'homologation du concordat ne suffit pas à l'exclure du droit de vote, sauf abus de droit, comme par exemple si le concordat devait être totalement incompatible avec l'intérêt objectif des créanciers (Hardmeier, *in* Basler Kommentar, n. 28 *ad* art. 305 SchKG [LP]).

**c)** En l'espèce, le test de la vraisemblance des créances litigieuses est essentiel, dès lors qu'elles ont été déterminantes pour l'homologation du concordat. Selon le décompte des votes, en effet, on constate que, si on soustrait ces créances des productions comptant pour le vote, qui ont atteint 14'220'223 fr. 73 pour cinquante et un créanciers, il reste 2'819'794 fr. 90 pour quarante-neuf créanciers. La double majorité alternative de créanciers et de créances requise est alors de vingt-cinq et 1'879'863 fr. 26 ou de treize et 2'114'846 fr. 17. Avec trente créanciers pour une valeur de 1'662'086 fr. 96, la majorité des créances n'aurait pas été atteinte.

Outre que ces créances figurent au bilan, on observe que, dans sa requête de ratification du contrat, la sursitaire relève qu'elle est surendettée depuis 2008 (allégué 25), les dettes n'ayant fait qu'augmenter depuis lors. Cela explique les créances litigieuses, S.\_\_\_\_\_ et ses co-investisseurs ayant vraisemblablement réinjecté des fonds à plusieurs reprises pour éviter la faillite, comme cela ressort notamment des avis de crédit bancaires joints à la production de C.\_\_\_\_\_. La recourante, qui se borne à invoquer l'intérêt des sociétés et personnes concernées à acquérir des actifs à bas prix, à éviter une faillite et à se soustraire à leur éventuelle responsabilité, n'établit pas que le concordat lèserait l'intérêt objectif des créanciers, pour qui le concordat est plus avantageux qu'une faillite (cf. supra consid. III b) cc)). Par surabondance, on relève que les créances litigieuses ne sont pas contestées par une partie importante des créanciers, seule la recourante ayant manifesté activement son opposition à l'homologation notamment pour ce motif. Comme l'a considéré à raison le premier juge, il n'y a pas lieu d'exclure ces deux créances du décompte des majorités.

**VII.**        **a)** Selon l'art. 306 al. 1 ch. 1 LP, l'homologation est soumise notamment à la condition que la valeur des prestations offertes soit proportionnée aux ressources du débiteur.

**b)** Invoquant une violation de cette disposition, la recourante fait valoir que l'absence de toute évaluation correcte des actifs ne permettait pas au juge de s'assurer de la réalisation de cette condition.

**c)** Le premier juge a considéré que cette condition était remplie parce que la sursitaire « disposait des montants nécessaires pour régler en intégralité les créances privilégiées et verser un dividende de 5% à chaque créancier chirographaire ». Il a ainsi jugé que la requérante avait de quoi assumer le concordat proposé. Ce n'est cependant pas le sens de l'exigence de l'art. 306 al. 1 ch. 1 LP : il s'agit plutôt de s'assurer que le débiteur offre suffisamment et ne s'en tire pas à trop bon compte. On peut considérer que c'est le cas en l'espèce, puisque la sursitaire consacre au

concordat l'entier du prix de vente reçu de la cessionnaire pour la quasi-totalité de ses actifs. L'argument soulevé touchant la valeur de ces actifs ne relève pas d'une violation éventuelle de cette disposition.

**VIII. a)** Selon l'art. 306 al. 1 ch. 3 LP, en cas de concordat ordinaire, les titulaires de parts doivent s'acquitter d'une contribution équitable destinée à l'assainissement du débiteur.

**b)** Invoquant une violation de cette disposition, la recourante est d'avis que le projet de concordat n'implique aucune contribution équitable des titulaires de parts, et que l'exception – que le concordat soit plus avantageux que la faillite – n'est pas réalisée.

**c)** Le premier juge a considéré que la vente des actifs et l'affectation du prix de vente au financement du concordat avaient pour conséquence que les titulaires de parts ne tireraient aucun bénéfice de l'assainissement de la sursitaire et qu'il y avait ainsi une contribution suffisante. Ce raisonnement peut être suivi, les actionnaires ne disposant plus que d'une coquille vide. Par ailleurs, comme on l'a vu plus haut, la cour de céans suit également le premier juge et considère que le concordat est plus avantageux pour les créanciers qu'une faillite (cf. supra consid. III b) cc)).

**IX. a)** Dans sa réplique, la recourante soutient que les créances postposées, par principe, ne doivent pas être admises au vote.

**aa)** La cour de céans a examiné cette question en détail dans un arrêt du 26 janvier 2012 (CPF 26 janvier 2012/84). Elle a tenu compte des avis de doctrine cités par la recourante et est parvenue à la conclusion que les créances post-postées participaient au vote, sous réserve d'abus de droit. La recourante n'amène aucun élément nouveau qui justifierait de revenir sur cette jurisprudence.

**bb)** L'auteur Charles Jacques, dans un article cité dans l'arrêt susmentionné (Subordination (postposition) et exécution, Le sort des créances subordonnées dans l'exécution forcée, *in* L'Expert-comptable suisse 10/99, pp. 899 ss, spéc. p. 903), admet une exception au droit des créanciers subordonnés de se prononcer sur l'homologation du concordat en cas d'abus de droit, précisant entre parenthèses : « volonté de nuire aux créanciers prépositifs ». Il ajoute que l'homologation peut être refusée lorsque le concordat est entaché de mauvaise foi (art. 313 al. 1 LP *a contrario*, qui mentionne les art. 20 CO [Codes des obligations ; RS 220] (objet du contrat impossible, illicite ou contraire aux mœurs), 28 CO (dol) et 29 CO (crainte fondée)), en particulier lorsqu'il ne tient pas compte de subordinations qui ne sont pas douteuses et dont on peut penser qu'elles n'étaient pas connues des créanciers adhérents, ou lorsqu'il a été imposé aux créanciers minoritaires grâce aux voix prépondérantes des créanciers subordonnés (*ibid.*, p. 904).

En d'autres termes, selon cet auteur, pour contester le passif, les créanciers n'ont que la possibilité de refuser leur adhésion ; s'ils acceptent le concordat, ils en admettent aussi la composition du passif. Les limites à ce principe sont de deux ordres : d'une part, l'interdiction de l'abus de droit et du recours à la mauvaise foi pour faire accepter le concordat autorise le juge à refuser l'homologation, par exemple quand la subordination a été dissimulée ou quand elle a été accordée par des personnes proches de la société débitrice, car il y a alors présomption que celle-ci se rembourse, par ce biais, une part de la somme offerte aux (vrais) créanciers, en violation de l'art. 306 al. 1 ch. 1 LP (l'article rédigé sous l'ancien droit se réfère à l'art. 306 al. 2 ch. 1 aLP, lequel avait en substance la même teneur que la nouvelle disposition, seule l'expression « somme offerte » ayant été remplacée par « valeur des prestations offertes ») ; d'autre part, chaque créancier qui n'a pas adhéré au concordat peut, toujours selon cet auteur, contester le versement du dividende au créancier subordonné en ouvrant action en contestation du droit de percevoir le dividende, dans le délai de vingt jours qui doit lui être fixé à cet effet par l'autorité concordataire lors de l'homologation.

**cc)** En l'espèce, la question de l'abus de droit a déjà été examinée (cf. supra consid. IV), sous un autre angle que celui de la postposition ; sous cet angle également, on doit considérer que les éléments sont insuffisants pour retenir une volonté de nuire. Quant à l'hypothèse de la dissimulation de la postposition des deux créances en cause, elle doit être écartée, ce fait ressortant des pièces (cf. supra consid. I c) bb)).

En revanche, c'est bien l'acceptation des créanciers postposés, qui sont de surcroît des proches de la société, qui a permis d'atteindre la majorité des créances. Toutefois, comme déjà relevé plus haut, cette circonstance ne doit pas amener à refuser l'homologation. En effet, la majorité des créanciers était de toute façon atteinte, et seule la recourante a contesté les créances litigieuses. De plus, du point de vue de l'art. 306 LP, la situation est un peu différente, car l'homologation est ici liée à un contrat de vente d'actifs à un tiers. Ce n'est donc pas la débitrice qui offre le dividende de 5% des créances chirographaires - elle n'a pas d'autre ressource de valeur à offrir que l'U. \_\_\_\_\_ -, mais le tiers acquéreur. Par conséquent, si le concordat n'est pas homologué, le dividende offert ne sera plus dû.

**b)** Se fondant sur l'avis de Fabrice Robert-Tissot (Les effets du concordat sur les obligations, Analyse en particulier des effets du concordat sur les contrats, Travaux de la faculté de droit de l'Université de Fribourg, Thèse, 2010), la recourante soutient encore que le concordat-dividende ne doit pas mettre sur le même pied les créanciers de troisième rang et les créanciers postposés, ceux-ci ne devant être payés qu'après désintéressement complet de ceux-là. Selon, elle, il y aurait violation de l'art. 306 al. 1 ch. 1 LP. Elle se prévaut d'un arrêt non publié du Tribunal fédéral (TF 5P.287/1996), dans lequel ce dernier a jugé que le concordat n'était pas proportionné aux ressources du débiteur parce que le passif avait été gonflé indûment par la production, par les administrateurs actionnaires, de créances - représentant approximativement la moitié du passif - dont il s'était avéré qu'elles avaient été formellement postposées.

De son côté, l'intimée cite d'autres auteurs selon lesquels la postposition ne déploie d'effets qu'en cas de liquidation par faillite ou concordat par abandon d'actif et non en cas de concordat-dividende, ce type de concordat (ordinaire) tendant à la poursuite de l'activité sociale (cf. notamment Françoise Bastons Bulletti, La postposition de créance selon l'art. 725 al. 2 CO, in RFJ 2002, pp. 103 ss, p. 117). Au sujet de l'arrêt du Tribunal fédéral invoqué par la recourante, l'intimée observe que la situation n'était pas comparable à celle du cas d'espèce : les dividendes portaient sur un produit de réalisation fixe, ce qui signifiait que le montant global à percevoir par les créanciers était fixe et que le dividende perçu par chacun se trouvait diminué du fait de l'admission des créances postposées. Elle relève que, selon le Tribunal fédéral, pour savoir si l'art. 306 al. 1 LP avait été violé, il convenait d'examiner en outre si le concordat restait en définitive plus avantageux qu'une faillite, même si le dividende ne paraissait pas élevé, et elle soutient que tel est le cas en l'espèce.

**aa)** Le premier argument de l'intimée n'est guère pertinent dans la mesure où la sursitaire ne pourra évidemment pas poursuivre son activité après avoir vendu son seul actif, l'U.\_\_\_\_\_.

**bb)** La recourante part de l'idée que le montant que l'acquéreuse est disposée à verser pour acheter l'U.\_\_\_\_\_ doit en premier lieu revenir aux « vrais » créanciers. Elle perd ainsi de vue les circonstances particulières du cas d'espèce, où le montant en question, s'agissant d'une offre de tiers, n'est pas à la libre disposition de la sursitaire.

Au demeurant, Charles Jaques, dans son article précité, exprime son désaccord avec « l'opinion toute générale du Tribunal fédéral » selon laquelle la prise en compte dans le concordat de créances subordonnées violerait l'art. 306 LP. Selon lui, cette disposition ne vise que la question de l'actif du débiteur, et non celle de son passif.

**cc)** La recourante fait valoir que dans l'arrêt précité (TF 5P.287/1996), le Tribunal fédéral avait considéré que la faillite était plus avantageuse que le concordat, parce qu'elle « offrait d'une part l'assurance de voir l'intégralité du prix de vente des brevets revenir à la masse et donc aux véritables créanciers sociaux plutôt qu'aux actionnaires créanciers, et d'autre part la faculté pour les créanciers – dont ceux-ci seraient privés en cas d'homologation du concordat – de mettre en œuvre des prétentions en responsabilité à l'égard des administrateurs ». Il aurait considéré également ce qui suit : « On ne voit pas pour quelles raisons les brevets ne pourraient pas être vendus au même prix dans la liquidation par voie de faillite que dans la solution du concordat. En tout état de cause, aucun élément ne permet de dire que leur valeur serait nulle en cas de faillite ».

Le Tribunal fédéral semble ainsi avoir considéré qu'en cas de doute, il faudrait admettre que la liquidation des actifs est aussi avantageuse en cas de faillite que dans un concordat. En l'espèce, toutefois, la clause du contrat de vente d'actifs prévoyant le versement supplémentaire de 5% en cas d'homologation du concordat permet d'affirmer positivement qu'il n'y aurait pas d'offre similaire en cas de faillite. Par ailleurs, aucun autre repreneur n'a manifesté d'intérêt au cours du sursis. De plus, la perspective d'une action en responsabilité n'est vraisemblablement pas intéressante pour la majorité des créanciers dont la créance est modeste. Enfin, une cessation, même temporaire, des activités de l'U.\_\_\_\_\_, a fortiori une faillite, aurait pour conséquence une perte de la valeur de la société, qui résulte principalement de la publication du journal.

**IX.** En conclusion, le recours doit être rejeté et le jugement confirmé.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 2'500 fr., sont mis à la charge de la recourante (art. 106 al. 1 CPC). Celle-ci doit en outre verser aux deux intimées qui ont produit des déterminations, des

dépens de deuxième instance fixés, respectivement, à 1'000 fr. pour Y.\_\_\_\_\_ qui a déposé une réponse et à 4'000 fr. pour G.\_\_\_\_\_ qui a déposé une réponse fouillée et une duplique.

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.
  
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 2'500 fr. (deux mille cinq cents francs), sont mis à la charge de la recourante.
  
- IV.** La recourante B.\_\_\_\_\_AG doit verser à l'intimée Y.\_\_\_\_\_SA la somme de 1'000 fr. (mille francs) et à l'intimée G.\_\_\_\_\_SA la somme de 4'000 fr. (quatre mille francs), à titre de dépens de deuxième instance.
  
- V.** L'arrêt est exécutoire.

Le vice-président :

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 Frédéric Serra, avocat (pour B. \_\_\_\_\_ AG),
- M. Thierry Zumbach, agent d'affaires breveté (pour Y. \_\_\_\_\_ SA),
- M. W. \_\_\_\_\_, agent d'affaires breveté, exécuteur du concordat,
- Me Jean-Pierre Bloch, avocat (pour I. \_\_\_\_\_),
- M. Jean-Daniel Nicaty, agent d'affaires breveté (pour A. \_\_\_\_\_ SA),
- Me Luc André, avocat (pour G. \_\_\_\_\_ SA),
- Me Aline Bonard, avocate (pour D. \_\_\_\_\_, F. \_\_\_\_\_ et J. \_\_\_\_\_),
- Confédération suisse),
- Caisse M. \_\_\_\_\_,
- O. \_\_\_\_\_,
- L. \_\_\_\_\_ AG,
- L. \_\_\_\_\_ SA,
- K. \_\_\_\_\_ SA.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110). Ce recours doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Préposé à l'Office des poursuites du district de Lausanne,
- M. le Préposé à l'Office des faillites de l'arrondissement de Lausanne,
- Mme la Conservatrice du Registre foncier, Office de Lausanne,
- M. le Préposé au Registre du Commerce du canton de Vaud,

et communiqué à :

- Mme la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Lausanne.

La greffière :