

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 5 juillet 2017

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

Art. 293a al. 3, 293d LP ; 29 al. 2 Cst., 256 al. 1 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 **X. _____ SA**, au [...], contre la décision rendue le 11 avril 2017, par le Président du Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois, rejetant la requête de sursis de la recourante.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. X._____ SA est une société inscrite au Registre du commerce depuis le [...] 2003, dont le but est la vente de produits de luxe de toutes sortes ainsi que la fabrication de [...] et autres produits similaires. Son capital-actions, entièrement libéré, s'élève à 588'000 francs.

2. a) Le 15 février 2017, la Banque B._____ a requis du Président du Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois qu'il prononce la faillite sans poursuite préalable de X._____ SA.

Par courriers recommandés du 17 février 2017, le président a notifié la requête à X._____ SA et a cité les parties à comparaître à l'audience du 14 mars 2017.

b) Par requête du 14 mars 2017 adressée au Président du Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois, X._____ SA a pris les conclusions suivantes :

« I. Préalablement, les poursuites en cours contre X._____ SA sont suspendues, avec effet immédiat, et toutes les requêtes de faillite pendantes ou à venir contre X._____ SA sont ajournées ;

II. Un sursis provisoire de quatre mois est octroyé ;

III. Un commissaire provisoire est nommé en la personne de D._____, agent d'affaires breveté, [...], [...].

IV A l'issue du sursis provisoire, un sursis définitif de six mois est octroyé ;

V. Un commissaire au sursis définitif est nommé en la personne de D._____, agent d'affaires breveté, [...], [...]. »

A l'appui de cette requête, X. _____ SA a produit les pièces suivantes :

- un extrait du Registre du commerce la concernant ;
- un extrait du Registre du commerce concernant V. _____ SA ;
- un dossier relatif à la marque J. _____, dont il ressort notamment que le prix moyen des produits est de 220'000 fr. l'unité, que le « Break Even » est atteint avec la vente de vingt-trois produits, qu'elle propose à la vente quatre produits, et qu'un nouveau produit doit être lancé au mois de septembre 2017 ;
- un bilan au 31 décembre 2013 et 2014, ainsi qu'un compte de profits et pertes « résumé » pour les exercices 2013 et 2014 de X. _____ SA, établis par la C. _____ SA, laissant apparaître une perte de 108'925 fr. 84 en 2013 et un bénéfice 60'686 fr. 20 en 2014, la perte à reporter pour cette dernière année étant de 48'239 fr. 64 ;
- un bilan au 31 décembre 2015 et un compte de profits et pertes pour l'année 2015 faisant état d'une perte de 154'351 fr. 75 ;
- un extrait des registres 8a LP relatif à X. _____ SA, faisant état de poursuites pour un montant total de 1'541'708 fr. 80 et d'actes de défaut de biens pour un montant total de 100'248 fr. 80 pour des créances de la Caisse AVS de la Fédération Patronale Vaudoise d'un montant de 68'619 fr. 85, de l'Administration fédérale des contributions et de l'Office cantonal d'impôt pour les personnes morales ;
- un projet provisionnel de bilan au 31 décembre 2016 établi le 14 mars 2017 par X. _____ SA, faisant état d'actifs pour un montant de 3'802'309 fr. 77 dont 2'364'347 francs 43 de « Stocks et travaux en cours » et 1'292'000 fr. de « frais développement activité » à titre d'immobilisations incorporelles. Sous la rubrique « Passifs », le projet de bilan comporte une sous-rubrique « dettes à court terme » libellée comme il suit :

« Créanciers	115'747.71
Créanciers collectifs-fourniss	338.58
Salaires net à payer	165'042.94
Allocations familiales	(8'500.00)
Caisse AVS	(44'537.00)
LAA	11'009.15
LIM	10'811.30
LPP	139'121.80
Impôt source	2'656.25
Dettes organismes sociaux	<u>102'719.75</u>
Total Dettes à court termes	494'410.48 »

- un projet provisionnel de compte Pertes et profits pour l'année 2016 établi par X. _____ SA le 14 mars 2017, faisant état d'une perte de 32'214 fr. 36 ;

- une copie de la citation à comparaître du 17 février 2017 à l'audience du 14 mars 2017 ;

- un budget prévisionnel et plan de trésorerie 2017 indiquant une dette totale de 1'432'338 fr. 11 et l'amortissement de celle-ci sur 21 mois à raison de 204'619 fr. 73 par trimestre ;

- une procuration.

Dans sa requête, X. _____ SA a allégué, avec comme mode de preuve son interrogatoire, qu'elle avait rencontré dès l'année 2014 d'importants problèmes de qualité, entraînant le retour de produits vendus, qu'elle avait été contrainte de mettre en place des mesures urgentes de correction, dès le début de l'année 2015, entraînant d'importants coûts supplémentaires et empêchant l'ouverture de nouveaux marchés, que les problèmes de qualité avaient néanmoins perduré en 2015 et durant le premier semestre 2016, avec comme impact un ralentissement des ventes et des problèmes de trésorerie, particulièrement en 2016, et qu'elle avait alors, à titre de mesures de

redressement, décidé le changement de l'équipe de production et de développement, sans qu'il soit possible de résorber l'ensemble des problèmes de trésorerie (allégués 10 à 17).

X. _____ SA a en outre allégué ce qui suit :

« 26) S'agissant des comptes débiteurs actionnaires, portés au passif pour **fr. 2'533'622.37**, ceux-ci feront l'objet très prochainement de convention de postposition. Preuve : interrogatoire de la requérante. »

« 29) Pour l'assainissement de la société, X. _____ SA est en discussions avec des sociétés tierces, en vue d'une recapitalisation, respectivement notamment d'une cession d'actifs, soit le poste « recherche et développement » porté au bilan pour **fr. 1'292'000.--**. Ces démarches de refinancement seront effectives d'ici à fin juin prochain. Preuve : interrogatoire de la requérante.

30) Celles-ci permettront le cas échéant le règlement intégral des créanciers admis (à l'exception des créances contestées). Preuve : interrogatoire de la requérante + pièce no 11)

31) Pour la suite, X. _____ SA entrevoit une activité en cours de relance, permettant le maintien de l'emploi de onze salariés, avec des résultats de croissance qui se feront sentir dans le courant de l'année 2017. Preuve : interrogatoire de la requérante.

32) Depuis le lancement d'un nouveau site internet en mai 2014, 14 [...] ont été livrées, et une seule est revenue pour un défaut de qualité. Le lancement d'un nouveau produit est également prévu pour le mois de septembre 2017. Preuve : interrogatoire de la requérante. »

c) Les parties ont comparu à l'audience de faillite sans poursuite préalable du 14 mars 2017. Le président a, d'entente avec les parties, renvoyé l'audience au vu du dépôt de la requête de sursis provisoire.

3. Par décision du 11 avril 2017, notifiée à X._____ SA le lendemain, le Président du Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois, statuant en tant qu'autorité de première instance en matière sommaire de poursuites et de faillite, a rejeté la requête de sursis provisoire-définitif du 14 mars 2017 de X._____ SA (I), a dit que la reprise de l'audience de faillite sans poursuite préalable serait fixée dès la présente décision définitive et exécutoire (II) et a fixé les frais judiciaires à 400 fr. à la charge de X._____ SA (III). En résumé, le premier juge a considéré que, si la requérante avait fourni les documents énumérés à l'art. 293 let. a LP, il n'y avait pas d'élément tangible permettant de croire que des perspectives d'assainissement ou d'homologation d'un concordat n'étaient pas exclues. En effet, la requérante n'avait apporté aucune indication concrète relative au projet de recapitalisation, respectivement de cession d'actifs à hauteur de 1'292'000 fr., à savoir des transactions formelles confirmant cette information ou une éventuelle déclaration d'intention d'un acquéreur et qu'il en était de même de l'éventuelle postposition des comptes débiteurs actionnaires. Au demeurant, aucune comptabilité concluante ni budget établi ne permettait de prévoir un plan d'assainissement, le budget prévisionnel et plan de trésorerie 2017 produit ne contenant aucune indication sur la manière dont les dettes mentionnées seraient amorties, ni sur la mise en place d'éventuelles mesures d'économie. En outre la requérante n'avait pas entrepris de démarches auprès de ses créanciers et n'avait produit aucune déclaration d'abandon de créance. Par ailleurs, aucun élément concret comme des bons de commandes n'attestait d'une reprise d'activité.. En l'absence de documents attestant d'un plan d'assainissement, il était impossible de vérifier les déclarations de la requérante et, partant de statuer en connaissance de cause, l'octroi du sursis ne pouvant se fonder que sur des allégations, étant précisé que la situation financière de la requérante apparaissait particulièrement obérée, au vu de montant total des poursuites dirigées contre elle.

4. Par recours du 24 avril 2017, X._____ SA a conclu avec suite de dépens à la réforme de la décision en ce sens qu'un sursis provisoire de

quatre mois est octroyé à X._____ SA et qu'un commissaire provisoire est nommé en la personne de l'agent d'affaires breveté D._____, subsidiairement à son annulation.

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 du 19 décembre 2008; 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).

En vertu de l'art. 293d LP (loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite ; RS 281.1), 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 (Hunkeler, Kurzkomentar SchKG, 2^e éd., n. 5 ad art. 293d LP ; CPF 9 juillet 2015/187)

La procédure de sursis provisoire sur requête du débiteur est une procédure unilatérale (Stoffel/Chabloz, Voies d'exécution, 3^e éd., §12 nn. 83 et 88 pp. 414-415), de sorte que le créancier requérant à la faillite sans poursuite préalable n'a pas qualité de partie, contrairement au cas où le créancier requiert le sursis provisoire (Hunkeler, op. cit., n. 3 ad art. 293d LP). Il n'y a dès lors pas lieu d'impartir un délai à la Banque B._____ pour se déterminer.

II. La recourante fait valoir qu'en ne fixant pas d'audience, alors qu'elle avait offert la preuve par interrogatoire de la partie, le premier juge aurait violé son droit d'être entendu.

a) Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel, dont la violation doit en principe entraîner l'annulation de la décision, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond (ATF 135 I 187 consid. 2.2 ; TF 5A_741/2016 du 6 décembre 2016 consid. 3.1.2 ; TF 4A_453/2016 du 16 février 2017 consid. 4.2.2). Le grief doit dès lors être examiné en premier lieu.

b) La requête de sursis provisoire est soumise à la procédure sommaire (art. 251 let. a CPC ; Stoffel/Chabloz, op. cit., § 12 n. 88 p. 415). Elle est introduite par une requête (art. 252 LP). Dès lors qu'il s'agit d'une procédure unilatérale, il n'y a pas lieu de donner au créancier ayant requis la faillite l'occasion de se déterminer selon l'art. 253 LP. La preuve est en principe rapportée par titres (art. 254 al. 1 CPC), d'autres moyens de preuve étant admissibles si leur administration ne retarde pas sensiblement la procédure, si le but de la procédure l'exige ou si le tribunal établit les faits d'office (art. 254 al. 2 CPC). Tel est notamment le cas en matière de concordat (art. 255 let. a CPC), le code visant dans cette disposition toutes les affaires énoncées à l'art. 251 let. a CPC, parmi lesquelles celles relatives au sursis (Mazan, Basler Kommentar, 2^e éd., n. 3 ad art. 255 CPC et n. 9 ad art. 251 CPC). Selon l'art. 256 al. 1 CPC, le tribunal peut renoncer aux débats et statuer sur pièces, à moins que la loi n'en dispose autrement. Il y a lieu de tenir compte du fait que le sursis concordataire doit intervenir « sans délai », soit le plus rapidement possible, de sorte que la décision doit être prise, dans la mesure du possible, sans audience (Hunkeler, op. cit., 12 ad art. 293a LP).

c) Le droit à la preuve n'existe que s'il s'agit d'établir un fait pertinent, qui n'est pas déjà prouvé, par une mesure probatoire adéquate, laquelle a été régulièrement offerte en temps utile selon les règles de la

procédure (ATF 138 V 125 consid. 2.1; ATF 135 I 187 consid. 2.2 ; TF 4A_381/2016 du 29 septembre 2016 consid. 3.1.2).

Le droit à la preuve ne s'oppose pas à ce que l'autorité mette un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de forger sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 140 I 285 consid. 6.3; ATF 138 III 374 consid. 4.3.2; ATF 136 I 229 consid. 5.3; ATF 134 I 140 consid. 5.3). Il n'en va pas autrement sous l'angle du droit à la preuve selon l'art. 8 CC (ATF 138 III 374 consid. 4.3.2 ; TF 5A_369/2016 du 27 janvier 2017 consid. 4.1).

Ces principes sont également applicables lorsque le procès est soumis à la maxime inquisitoire (TF 5A_470/2016 du 13 décembre 2016 consid. 4.1.1).

d) Au vu des règles rappelées plus haut, le tribunal était en principe en droit de renoncer aux débats. Une telle audience de débats n'aurait dû être fixée que si l'interrogatoire de la partie - qui est un moyen de preuve prévu par le CPC, art. 191 CPC - aurait dû être envisagé. Il s'agit dès lors de savoir si le premier juge pouvait, par appréciation anticipée des preuves, estimer que l'audition de la partie - régulièrement offerte dans la requête - ne pourrait l'amener à modifier son opinion.

La recourante avait requis son audition notamment sur les allégués 26 et 29 à 32 de sa requête, savoir que les comptes débiteurs actionnaires feraient l'objet à bref délai de conventions de postposition, qu'elle était en discussion avec des sociétés tierces en vue d'une recapitalisation, respectivement d'une cession d'actifs, démarches qui devaient être effectives à la fin juin 2017 permettant le règlement intégral des créanciers admis, qu'elle entrevoyait une activité en cours de relance avec des résultats de croissance qui se feraient sentir dans le courant de l'année 2017, qu'elle avait vendu quatorze objets depuis le lancement

d'un nouveau site internet et que le lancement d'un nouveau produit était prévu pour le mois de septembre 2017.

e) 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 ; CPF 9 juillet 2015/187).

Sous l'empire du nouvel art. 293a LP, les conditions d'octroi d'un sursis provisoire sont ainsi nettement amoindries et le sursis ne doit être refusé que dans les cas où il serait inutile, car il n'existe manifestement aucune perspective d'assainissement (Hunkeler, op. cit., n. 4 ad art. 293a LP). Pour le surplus, c'est dans la période de sursis provisoire, de quatre mois au maximum, que les perspectives (positives) d'assainissement doivent être éclaircies (Hunkeler, op. cit., n. 25 ad 293-336 LP). Ainsi le débiteur ne doit plus rendre vraisemblable les perspectives d'assainissement, mais seulement - dans le sens d'une condition négative - qu'il n'existe pas manifestement aucune perspective d'assainissement (Hunkeler, op. cit., n. 18 ad art. 293 LP). Il doit ainsi seulement démontrer qu'il peut être compté de manière réaliste avec

quelques chances d'assainissement, même si la vraisemblance d'un tel assainissement est clairement moindre que la vraisemblance d'un échec (Hunkeler, op. cit., n. 19 ad art. 293 LP). Il doit exposer dans les grandes lignes la manière dont le financement de la phase de sursis sera assurée (Hunkeler, op. cit., n. 22 ad art. 293 LP).

f) En l'espèce, il ressort de l'extrait des registre 8a LP que la recourante fait l'objet de poursuites pour un montant total de 1'541'708 fr. 80 et d'actes de défaut de biens pour un montant total de 100'248 fr. 80. Il ressort en particulier de cet extrait que la recourante ne paie ni la TVA ni l'AVS de ses employés. Même si l'on déduisait le second montant du premier, comme le préconise la recourante, le montant total des poursuites demeurerait très élevé. Ces éléments donnent à penser que des mesures d'assainissement très importantes seraient nécessaires.

Le bilan provisionnel au 31 décembre 2016 n'est accompagné d'aucune pièce justificative. L'actif de 3'802'309 fr. 77 comprend essentiellement des stocks et « travaux en cours » pour 2'364'347 fr. 43, et des « immobilisations incorporelles », soit des « frais de développement d'activité » pour 1'292'000 francs. Les travaux en cours résultent nécessairement d'une estimation approximative ; ils ne sont justifiés par aucune commande qui aurait été produite. Quant aux « immobilisations incorporelles », elles ne peuvent figurer dans les actifs que si elles ont de la valeur, c'est-à-dire s'il résulte quelque chose de concret des frais de développement d'activités, ce qui resterait à démontrer.

Au sujet des passifs, on constate que dans le poste « dettes à court terme » du bilan provisionnel au 31 décembre 2016 des montants de 44'537 fr. d'AVS et de 8'500 fr. d'allocations familiales viennent en déduction des dettes, ce qui signifie qu'ils seraient dus par ces organismes, alors que la même Caisse AVS de la Fédération patronale vaudoise détient des actes de défaut de biens à hauteur de 68'619 fr. 95, que l'on ne retrouve pas dans la comptabilité. En ne tenant pas compte de ces montants, les dettes à court terme de la recourant atteignent 547'447

fr. 48 au lieu de 494'410 fr. 48 et 600'484 fr. 48 si on les additionne aux autres dettes.

Ainsi, il y a lieu de considérer que le bilan provisionnel au 31 décembre 2016 n'est pas fiable, dès lors que des passifs sont omis et que les actifs apparaissent surévalués.

En ce qui concerne les plans d'assainissement, la postposition des créances des actionnaires aurait un effet sur le surendettement, mais ne permettrait pas de payer les montants en poursuite, ni de payer les actes de défaut de biens. Comme le souligne le premier juge, aucune pièce, lettre d'intention ou accord n'a d'ailleurs été produit à cet égard et la recourante n'a pas indiqué qu'elle aurait encore entendu en produire. Quant à la recapitalisation, respectivement notamment la cession d'actifs, soit le poste « recherche et développement », par 1'292'000 fr. au mois de juin 2017 et au lancement d'un nouveau produit au mois de septembre 2017, il y a lieu de relever qu'ils sont contradictoires en ce sens que l'on ne peut d'une part vendre comme actif ses recherches et peu de temps après mettre à la vente sur le marché un produit résultant de celles-ci. En outre, rien n'indique que ce nouveau produit puisse apporter rapidement des revenus importants.

Au vu de ces éléments, il y a lieu de considérer qu'il n'existe manifestement aucune perspective d'assainissement. Le premier juge pouvait donc, par une appréciation anticipée des preuves, renoncer à l'audition de la recourante sur les allégués litigieux.

III. En conclusion, le recours doit être rejeté et la décision confirmée.

Vu le rejet du recours, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr. doivent être mis à la charge de la recourante.

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.** La décision est confirmée.

- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr. (trois cents francs), sont mis à la charge de la recourante X. _____ SA.

- IV.** L'arrêt est exécutoire.

La présidente :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié, par l'envoi de photocopies, à :

- M. Christophe Savoy, agent d'affaires breveté (pour X. _____ SA),
- M. le Préposé à l'Office des poursuites du district du Jura-Nord vaudois,
- Mme la Préposée à l'Office des faillites de l'arrondissement de la Broye et du Nord 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 :

- Mme le Président du Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois.

Le greffier :