

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 3 juin 2019

Composition : Mme BYRDE, présidente
M. Hack et Mme Rouleau, juges
Greffier : Mme Debétaz Ponnaz

Art. 294 al. 1 et 3 et 295c al. 1 LP

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 **H. _____ SA**, à [...], contre le jugement rendu le 13 novembre 2018, à la suite de l'audience du 18 octobre 2018, par le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne, révoquant le sursis concordataire accordé à la recourante et prononçant sa faillite, le 9 novembre 2018 à 9 heures.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. a) Par jugement du 14 juillet 2016, la Chambre patrimoniale cantonale a condamné H. _____ SA à payer à S. et T. _____, solidairement entre eux, les sommes de 170'008 fr. 80, avec intérêt à 5% l'an dès le 9 décembre 2009, et de 203 fr. sans intérêt, et a levé définitivement l'opposition formée par H. _____ SA au commandement de payer qui lui avait été notifié à l'instance de ses créanciers dans la poursuite n° 6'397'391 de l'Office des poursuites du district de Lausanne. Elle a considéré que H. _____ SA, par son administrateur B.C. _____ et son directeur A.C. _____ - précédemment condamnés pénalement pour gestion déloyale en raison des mêmes faits (TF 6B_967/2013 du 21 février 2014) -, avait violé ses devoirs de diligence et de fidélité dans la gestion des avoirs de S. et T. _____. Ce jugement a été déclaré définitif et exécutoire dès le 22 mars 2017.

Les créanciers ayant requis la continuation de la poursuite précitée, une commination de faillite a été délivrée le 4 juillet 2017 à H. _____ SA. Celle-ci a déposé une plainte, qui a été rejetée tant par l'autorité inférieure que par l'autorité supérieure de surveillance. A l'issue de cette procédure, les poursuivants ont requis la faillite de la débitrice, le 30 avril 2018. L'audience de faillite a été fixée au 5 juillet 2018, mais n'a pas eu lieu.

En effet, le 4 juillet 2018, H. _____ SA a requis du Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne l'octroi d'un sursis concordataire provisoire, en faisant valoir qu'elle était propriétaire de neuf lots de PPE d'un immeuble commercial sis [...], à Lausanne, hypothéqués à une hauteur dépassant leur valeur vénale cumulée, estimée à 2'000'000 fr., qu'il s'agissait de son seul actif réalisable, qu'elle faisait par ailleurs l'objet d'une procédure en inscription d'hypothèques légales pour plus de 22'000 fr. en raison du non-paiement des charges de PPE, qu'elle avait des créanciers chirographaires pour un passif estimé à 1'000'000 fr., qu'en cas

de faillite, la vente aux enchères forcée de ses lots de PPE laisserait à découvert des créanciers gagistes et ne permettrait pas de dégager un dividende en faveur des créanciers chirographaires, et enfin que les actionnaires de la société étaient « disposés à procéder à une recapitalisation afin de proposer un dividende intéressant aux différents créanciers chirographaires », le montant de cette recapitalisation devant être déterminé en cours de procédure.

Par décision du 5 juillet 2018, le président du tribunal a admis la requête, prononcé un sursis provisoire de quatre mois, désigné un commissaire au sursis et défini sa mission, et fixé une audience au 18 octobre 2018.

b) Le capital social de H. _____ SA est de 1'729'000 francs. B.C. _____ est son administrateur, avec signature individuelle. Le but de la société est la fourniture de tout service dans le domaine de la gestion de fortune, selon son inscription au registre du commerce, mais elle n'est plus active dans ce domaine et n'a aucun employé. Ses seuls actifs sont des lots de PPE d'un immeuble commercial, dont elle estime la valeur à 2'000'000 francs. Selon les comptes au 31 décembre 2018 qu'elle a remis au commissaire le 31 août 2018, non révisés et non signés, ses capitaux propres sont négatifs, à -3'096'187 fr. 66, la perte constatée lors de l'exercice 2017, de 4'833'187 fr. 66, étant déduite du capital social de 1'729'000 francs ; les immeubles figurent pour 1'211'306 fr. 65 ; les dettes « à court terme » sont de 1'459'918 fr. 61 (contre 1'430'512 fr. 41 à fin 2017), dont une dette fiscale de 1'054'868 fr. 30 ; les dettes « à long terme rémunérées » sont de 2'893'400 francs, dont 1'014'403 fr. 95 de dettes hypothécaires et 140'120 fr. 10 de « charges de copropriété dues » (contre 117'000 fr. à fin 2017). H. _____ SA a quelques locataires, notamment pour des places de parc extérieures et intérieures, et perçoit des loyers de 3'350 fr. par mois. Par ailleurs, la société Q. _____ SA occupe les locaux et paie les charges de PPE.

Q. _____ SA a les mêmes actionnaires que H. _____ SA. Son administrateur est A.C. _____, qui est également directeur avec

signature individuelle de H. _____ SA. Le 31 août 2018, celui-ci a adressé au commissaire au sursis X. _____ une « lettre d'engagement », rédigée en ces termes :

« Je, soussigné A.C. _____, administrateur de Q. _____ SA à [...], CH-1005 Lausanne, au bénéfice de la signature individuelle, certifie que la société Q. _____ SA sera en mesure de financer le dividende concernant la procédure concordataire touchant H. _____ SA afin que celle-ci soit menée à bien. »

Le commissaire au sursis a déposé son rapport le 11 octobre 2018. Sur la base de l'attestation précitée, et considérant que la sursitaire n'avait « pas de charges courantes à l'exception des charges de PPE », lesquelles étaient « payées régulièrement par la société Q. _____ SA qui occupe les locaux », il a estimé qu'il semblait « envisageable qu'un sursis concordataire définitif puisse aboutir à condition que Q. _____ SA s'engage à régler, en plus d'un dividende concordataire, les charges courantes de la société et notamment les charges PPE de l'immeuble ». La liste des créanciers jointe au rapport recense quarante-deux créanciers, pour une somme totale de 5'131'318 fr. 76, dont quatorze, créanciers d'une somme totale de 1'143'453 fr. 28, ont intenté des poursuites. Trois d'entre eux, dont la somme totale des créances s'élève à 1'324'689 fr., sont intervenus dans la procédure : l'Etat de Vaud, représenté par l'Administration cantonale des impôts, PPE P. _____ et F. _____.

A l'audience du 18 octobre 2018, le conseil de H. _____ SA a indiqué que Q. _____ SA souhaitait garder le bien immobilier de sa mandante, mais financerait le dividende en faveur des créanciers de celle-ci. L'administrateur de H. _____ SA, B.C. _____, a soutenu que Q. _____ SA - qu'il n'a pas le pouvoir de représenter - avait les moyens de financer ce dividende, précisant qu'elle était propriétaire d'appartements et qu'une nouvelle promotion immobilière allait être commercialisée à [...], les permis de construire ayant été obtenus et les travaux étant censés commencer au début du mois de janvier 2019. Le représentant de la PPE a indiqué que les charges de PPE n'étaient pas réglées par la requérante, ce que celle-ci a contesté en indiquant que les charges des mois d'août à

octobre 2018 étaient payées, mais pas celles des mois de novembre et décembre 2018.

2. Par jugement du 13 novembre 2018, le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne a révoqué le sursis concordataire accordé le 5 juillet 2018 à H._____SA (I), prononcé la faillite de H._____SA, pour prendre effet le 9 novembre 2018, à 9 heures (II), relevé X._____, agent d'affaires breveté, de sa mission de commissaire provisoire au sursis (III), arrêté à 5'000 fr., débours et TVA compris, les honoraires dus au commissaire provisoire au sursis par H._____SA (IV), dit que la décision serait publiée par les soins du greffe dans la FAO et la FOSC (V), et mis les frais judiciaires, arrêtés à 800 fr., frais de publication en sus, à la charge de H._____SA (VI).

En bref, le premier juge a considéré qu'il n'existait aucune chance réaliste d'assainissement ou de concordat, la lettre de Q._____SA étant vague et ne reposant sur aucun élément matériel ni sur aucune garantie.

3. a) Par acte de recours motivé déposé le 23 novembre 2018, H._____SA a conclu, avec dépens, principalement à la réforme du jugement en ce sens qu'un sursis concordataire définitif lui est octroyé pour une durée de six mois, le commissaire étant reconduit dans ses fonctions, subsidiairement à l'annulation du jugement et au renvoi de la cause en première instance pour complément d'instruction et nouvelle décision. Elle a produit, outre le jugement attaqué, l'enveloppe l'ayant contenu et le suivi d'acheminement du pli, une procuration en faveur de son conseil et deux pièces nouvelles, savoir une « quittance du montant consigné par Q._____SA » (pièce 5) et une « liste des mouvements de compte août 2018 de la société Q._____SA » (pièce 6).

Par décision du 29 janvier 2019, la Présidente de la cour de céans a rejeté la requête d'effet suspensif contenue dans le recours.

b) Parallèlement, le créancier Etat de Vaud, représenté par l'Administration cantonale des impôts, a déposé un recours contre le chiffre IV du dispositif du jugement fixant les honoraires du commissaire (dossier réf. FV18.028792-181875).

En droit :

I. a) En vertu de l'art. 295c al. 1 LP (loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ; RS 281.1), le débiteur et les créanciers peuvent attaquer la décision du juge du concordat par la voie du recours, conformément au CPC (Code de procédure civile ; RS 272), soit plus précisément aux art. 319 à 327a CPC (TF 5A_874/2017 du 7 février 2018 consid. 4.2.1 ; Umbach-Spahn/Kesselbach/Fink, *in* Kren Kostkiewicz/Vock (éd.), SK Kommentar zum SchKG, 4e éd. 2017, n. 12 à 17 *ad* art. 295c SchKG [LP]). Lorsque, dans la même décision, la faillite est prononcée à la suite du refus de l'octroi du sursis définitif (art. 294 al. 3 LP) parce qu'il n'existe pas de perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat, le recourant doit attaquer les deux points (TF 5A_950/2015 du 29 septembre 2016 consid. 8.3.2 et 8.3.3.1) et le recours est régi par l'art. 174 LP (TF 5A_874/2017 précité ; TF 5A_495/2016 du 11 novembre 2016 consid. 3.2.4 ; CPF 26 février 2019/50).

En l'espèce, le recours a été déposé dans les formes requises, par acte écrit et motivé (art. 321 al. 1 CPC), et en temps utile, dans les dix jours suivant la notification du jugement attaqué (art. 321 al. 2 CPC ; art. 174 al. 1 LP) et il tend à l'annulation de la faillite et à l'octroi d'un sursis concordataire définitif. Il est ainsi recevable.

b) Selon l'art. 326 CPC, les conclusions, allégations de fait et preuves nouvelles sont irrecevables dans le cadre du recours (al. 1), les dispositions spéciales de la loi étant réservées (al. 2). En matière de

concordat, la LP n'a pas prévu de régime dérogatoire réservé par l'art. 326 al. 2 CPC, à la différence du recours en matière de jugement de faillite (art. 174 al. 1 LP) et du recours en matière de sursis extraordinaire (art. 348 al. 2 LP ; CPF 13 mai 2015/131 ; CPF 15 janvier 2015/2). Toutefois, lorsque le jugement attaqué prononce la faillite du recourant, celui-ci peut faire valoir des faits nouveaux qui se sont produits avant l'audience de première instance ainsi que de vrais nova tendant à prouver sa solvabilité (CPF 26 février 2019/50 ; CPF 30 juin 2016/136 ; CPF 9 juillet 2015/187).

Dans cette mesure, les pièces produites à l'appui du recours sont recevables. Il en sera question plus loin dans la mesure utile au raisonnement en droit.

II. a) Aux termes de l'art. 293 let. a LP, la procédure concordataire est introduite par la requête du débiteur, accompagnée des documents suivants : un bilan à jour, un compte de résultats et un plan de trésorerie ou d'autres documents présentant l'état actuel et futur de son patrimoine, de ses résultats ou de ses revenus ainsi qu'un plan d'assainissement provisoire.

Selon l'art. 293a LP, le juge du concordat accorde sans délai un sursis provisoire et arrête d'office les mesures propres à préserver le patrimoine du débiteur. Sur requête, il peut prolonger le sursis provisoire (al. 1). La durée totale du sursis ne peut dépasser quatre mois (al. 2). Le juge prononce d'office la faillite s'il n'existe manifestement aucune perspective d'assainissement (al. 3).

L'art. 294 al. 1 LP dispose que si, durant le sursis provisoire, des perspectives d'assainissement ou d'homologation d'un concordat apparaissent, le juge du concordat octroie définitivement un sursis de quatre à six mois. S'il n'existe aucune perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat, le juge prononce d'office la faillite (art. 294 al. 3 LP).

Le Tribunal fédéral, dans un arrêt 5A_950/2015 du 29 septembre 2016 (consid. 8.3.1), a considéré ce qui suit :

« Si, durant le sursis provisoire, des perspectives d'assainissement ou d'homologation d'un concordat apparaissent, le juge du concordat octroie définitivement un sursis de quatre à six mois; il statue d'office avant l'expiration du sursis provisoire (art. 294 al. 1 LP). Pour que le sursis définitif soit accordé, la perspective d'un assainissement sans conclusion d'un concordat suffit (HUNKELER, op. cit. [Kurzkommentar SchKG, 2^e éd. 2014], n° 2 ad art. 294 LP). Le juge prononce en revanche d'office la faillite s'il n'existe aucune perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat (art. 294 al. 3 LP). Le défaut de perspective n'a pas besoin d'être manifeste. Est déterminante l'existence de chances réalistes d'assainissement ou de concordat. Le prononcé de la faillite a lieu en principe dans la même décision et en même temps que le refus du sursis définitif. Le juge pourrait même prononcer la faillite sans refuser formellement le sursis définitif auparavant, en particulier lorsqu'il n'y a aucune requête de sursis définitif (HUNKELER, op. cit., n° s 16, 19 s. ad art. 294 LP). »

b) En l'espèce, la recourante ne conteste pas, et cela à juste titre, que ses chances d'assainissement sont nulles. Sans aucun employé ni aucune activité, qu'elle ne prétend d'ailleurs pas reprendre, elle est vouée à disparaître.

Elle soutient en revanche qu'un concordat serait envisageable, en se fondant notamment sur le rapport du commissaire au sursis provisoire. Elle fait valoir en outre qu'aucun créancier ne s'est opposé à un concordat, que les charges courantes sont à jour, et qu'en cas de faillite, le dividende des créanciers chirographaires serait nul.

aa) Pour juger si les conditions de l'homologation d'un concordat sont remplies, au sens de l'art. 294 al. 1 LP, le juge du concordat, qui statue en procédure sommaire (art. 251 let. a CPC), doit se fonder sur les documents mentionnés à l'art. 293 let. a LP précité, ainsi que sur l'avis du commissaire au sursis provisoire, qui peut être entendu par écrit ou par oral ; le rapport du commissaire doit avant tout renseigner sur le point de savoir s'il existe des perspectives d'assainissement ou de concordat. La procédure est soumise à la maxime d'office, de sorte que le

juge peut demander la production d'autres pièces (art. 255 let. a CPC ; Spühler/Dolge, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II, 6^e éd., Zurich 2014, n. 399, p. 136).

bb) Au vu de la situation économique de la recourante, le seul élément pouvant permettre d'envisager la possibilité d'un concordat serait la « lettre d'engagement » de Q. _____ SA. Or, on ignore tout des moyens économiques de cette société. A l'audience de première instance, l'administrateur de la recourante, qui n'a pas le pouvoir de représenter Q. _____ SA, a affirmé que cette société avait la possibilité de financer le dividende, précisant qu'elle était propriétaire d'appartements et qu'elle allait entreprendre une nouvelle promotion immobilière à [...], les permis de construire ayant été obtenus. Outre qu'il ne s'agit là que d'allégations de la recourante elle-même, ces propos sont très imprécis, ne sont étayés par aucun élément concret et, au demeurant, laissent entendre que les moyens de Q. _____ SA reposent avant tout sur des attentes. En deuxième instance, la recourante a produit, « comme preuve de [l']engagement [de Q. _____ SA] à financer le dividende concordataire », une pièce nouvelle (n° 5) qu'elle désigne comme une « attestation de consignation du montant de 20'000 fr. par Q. _____ SA » sur le compte de son mandataire. Toutefois, cette pièce, consistant en un relevé du compte du mandataire de la recourante auprès de Postfinance, atteste seulement du crédit d'un montant de 20'000 fr., le 22 novembre 2018, en exécution d'un ordre de paiement de Q. _____ SA. Il n'est ainsi nullement établi que le montant en question est consigné et non remboursable à tout moment. D'ailleurs, même s'il était effectivement consigné, ce montant serait très insuffisant au vu de l'état de surendettement de la recourante. Quant à la pièce nouvelle n° 6, il s'agit d'un extrait caviardé d'une liste des mouvements sur un compte courant de Q. _____ SA durant le mois d'août 2018, dont on ne peut tirer aucune indication sur les moyens financiers de cette société. Comme l'a retenu le premier juge, la déclaration de Q. _____ SA est rédigée en termes vagues et non contraignants, et l'on ne saurait considérer comme un véritable engagement l'affirmation selon laquelle cette société « sera en mesure de financer le dividende », alors qu'on ignore de quel ordre pourrait être le dividende en question. En

outre, et cela est déterminant, aucune mesure quelconque n'a été prise en vue de l'obtention d'un concordat, aucune négociation n'a été entamée, ni même aucun contact pris avec les créanciers de la recourante, pendant toute la durée du sursis provisoire.

Quant au fait qu'aucun créancier ne se serait opposé au concordat, il n'est guère pertinent dans la mesure où les trois créanciers qui sont intervenus dans la procédure ne représentent de loin pas tous les créanciers et qu'au demeurant, aucun d'eux n'a conclu à l'octroi d'un sursis définitif, ni recouru contre la décision de refuser l'octroi d'un tel sursis et de prononcer la faillite de la recourante.

c) En conclusion, la recourante n'a plus aucune activité et elle est surendettée. Une société tierce, dont on ignore la situation économique, a indiqué être en mesure de payer un dividende inconnu, sans présenter aucune garantie. Aucune démarche n'a été entreprise auprès des créanciers. C'est dès lors à juste titre que le premier juge a considéré qu'il n'existait aucune perspective concrète de concordat.

III. Vu ce qui précède, le recours est manifestement infondé et doit être rejeté selon le mode procédural de l'art. 322 al. 1 CPC.

Cet arrêt confirmant la révocation du sursis concordataire, il fera l'objet d'une publication dans la Feuille des avis officiels (FAO) et dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) (art. 35 et 296 LP).

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'200 fr., frais de publication en sus, doivent être mis à la charge de la recourante (art. 106 al. 1 CPC).

Par ces motifs,
la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos en sa qualité d'autorité
de recours en matière sommaire de poursuites et de faillite,
p r o n o n c e :

- I. Le recours est rejeté.

- II. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'200 fr. (mille deux cents francs), frais de publication dans la FAO et dans la FOSC en sus, sont mis à la charge de la recourante H. _____ SA.

- III. L'arrêt est exécutoire.

La présidente :

La greffière :

Du

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

- M. Julien Greub, agent d'affaires breveté (pour H. _____ SA),
- Administration cantonale des impôts (pour l'Etat de Vaud),
- Me Christian Favre, avocat (pour PPE P. _____),
- Me Annie Schnitzler, avocat (pour F. _____),
- Me Olivier Righetti, avocat (pour S. et T. _____),
- M. X. _____, agent d'affaires breveté, commissaire au sursis,
- 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.

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

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

- Mme la Conservatrice du Registre foncier, Office de Lausanne,
- M. le Préposé au Registre du Commerce du canton de Vaud,

et communiqué à :

- M. le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne.

La greffière :