

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Audience du 10 septembre 2009

Présidence de M. HACK, vice-président
Juges : M. Bosshard et M. Vallat, juge suppléant
Greffier : Mme Nüssli

* * * * *

La Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal, en sa qualité d'autorité cantonale supérieure en matière de concordat, prend séance à 10 heures en audience publique, pour statuer sur la requête présentée par **Z. _____ SA**, à [...], (restructuration financière).

Se présentent :

- pour la société requérante, P. _____, administrateur-président, D. _____, administrateur, et T. _____, directrice, assistés de Me Pierre-Dominique Schupp, avocat à Lausanne.

Il n'y a pas de réquisition préliminaire.

Me Schupp s'exprime brièvement.

L'instruction et les débats sont clos.

Délibérant immédiatement, toujours en séance publique, la cour considère :

En fait :

1. Le 25 juin 2009, la société anonyme Z. _____ SA a saisi la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal, en sa qualité d'autorité supérieure en matière de concordat, d'une requête dont les conclusions sont les suivantes :

"I. approuver les décisions de l'assemblée générale extraordinaire du 26 mai 2009 de la communauté des créanciers dans l'emprunt par obligations 6% 1989 à 1999 de 5'250'000 fr. contracté par Z. _____ SA [...], soit plus particulièrement :

a) Modification et durée du taux d'intérêt : l'intérêt de 6% de l'emprunt obligataire avec garantie hypothécaire en premier rang selon prospectus d'émission, qui a été changé à partir du 30 mai 1992 en intérêt à taux variable, calculé sur la base du bouclement des comptes de la société, sera reconduit aux mêmes conditions.

Conformément à l'art. 1170 al. 1 ch. 3 du Code des obligations, la durée de cette modification, qui a été limitée une première fois à 10 ans, est prolongée une seconde et dernière fois pour une période de 5 ans. En conséquence, l'intérêt à taux variable d'une durée de 10 ans est prolongé pour une ultime période de cinq ans allant du 30 mai 2009 au 29 mai 2014.

b) Modification de la durée de l'emprunt : conformément à l'art. 1170 al. 1 ch. 5 du Code des obligations, la prolongation de l'échéance du remboursement de l'emprunt, qui a été limitée une première fois à 10 ans, est prolongée une seconde et dernière fois pour une période de 5 ans. En conséquence, l'échéance du remboursement des obligations hypothécaires est reportée au 29 mai 2014".

2. a) Fondée en 1986, la requérante, dont le siège est à [...], a pour but l'étude, la construction et l'exploitation d'un parking. Selon l'extrait du registre du commerce, son capital-actions, entièrement libéré, s'élève à 4'012'500 fr., savoir 5'400 actions nominatives de 500 fr., avec restrictions quant à leur transmissibilité, et 2'625 actions au porteur de 500 francs. Le capital est également composé d'un capital-participation de 1'312'500 fr., soit 2'625 bons de participation au porteur de 500 francs.

b) Pour financer la construction et l'exploitation du parking, la requérante a lancé des emprunts. Selon un prospectus d'émission du 15 mars 1989, la requérante a émis, au prix de souscription de 4'000 fr. par unité, deux mille six cent vingt-cinq unités de financement "Unité Parking" comprenant chacune :

a) un titre au porteur incorporant :

- un bon de participation de 1'000 fr. valeur nominale,
- une obligation subordonnée, indexée et à taux variable 1989-2009, de 1'000 fr. nominal

b) une obligation de 6 % 1989-2009 avec garantie hypothécaire en premier rang de 2'000 fr. nominal.

Le prospectus précise à cet égard :

"L'unité de financement "Unité Parking" n'existe que pour la souscription. Ultérieurement, l'obligation avec garantie hypothécaire sera distincte et négociable en tant que telle au porteur. En revanche, le bon de participation et l'obligation subordonnée resteront liés sous la forme d'un seul titre au porteur et ne pourront donc pas être négociés séparément jusqu'au remboursement de l'obligation subordonnée".

Le prospectus d'émission contient en outre la clause suivante :

"9. Publications

Chaque année, Z. _____ SA [...] publiera son bilan, son compte de pertes et profits et toutes les indications pouvant intéresser les porteurs

d'obligations subordonnées, notamment celles concernant l'intérêt et la prime d'indexation, dans la "Feuille officielle suisse du commerce", dans la "Feuille des avis officiels du canton de Vaud" ainsi que dans un quotidien de chacune des villes de Lausanne et de Genève. Toute autre publication relative aux obligations subordonnées sera également faite de cette manière".

3. Dès le départ, la société s'est trouvée en difficulté financière. Elle a comptabilisé des résultats déficitaires de 697'177 fr. 75 en 1990, de 612'869 fr. 25 en 1991 et de 596'725 fr. 05 en 1992, le déficit résultant du bilan étant ainsi de 2'418'279 fr. 65 au 31 décembre 1992. Dans son rapport annuel du 2 juillet 1992 à l'Assemblée générale des actionnaires, l'organe de révision, Ofisa, a indiqué que la société apparaissait surendettée et tombait sous le coup des dispositions de l'art. 725 al. 2 et 3 aCO, auxquelles il rendait le Conseil d'administration attentif.

Le Conseil d'administration de la requérante a proposé dans le courant de l'année 1992 une restructuration financière, consistant notamment à convertir les obligations subordonnées en capital-actions, à modifier le taux d'intérêt et à prolonger l'emprunt garanti par hypothèque. Une première décision de l'assemblée des créanciers, du mois de novembre 1992, n'a toutefois pas été approuvée par la cour de céans, pour vice de forme, par arrêt du 11 février 1993.

Dans le rapport de contrôle des comptes de l'exercice 1992, établi le 15 avril 1993 par l'organe de révision à l'attention du Conseil d'administration, on peut lire notamment :

"Si la restructuration financière actuellement en cours ne pouvait aboutir, la continuation de l'exploitation deviendrait impossible et les comptes devraient être établis sur la base des valeurs de liquidation.

Etant donné qu'il existe des raisons fondées de penser que l'assainissement prévu va aboutir prochainement, nous recommandons, en dépit de la réserve précitée, d'approuver les comptes tels que vous les avez arrêtés.

Si l'assainissement prévu ne pouvait être mené à terme, la continuation de l'exploitation ne pourrait plus être assurée à cause du manque de liquidités (insolvabilité) de la société. Il existerait alors des raisons

sérieuses d'admettre un surendettement. Dans cette éventualité, nous attirons votre attention sur les dispositions de l'article 725 al. 2 CO."

Une deuxième assemblée générale extraordinaire des créanciers, qui a eu lieu le 29 juin 1993, a approuvé les modifications de l'emprunt obligataire proposées, soit :

- a) la modification et la durée du taux d'intérêt devenant dès le 30 mai 1992 un taux variable calculé sur la base du bouclage des comptes de la société, cette modification étant limitée à dix ans mais le Conseil d'administration étant d'ores et déjà autorisé à décider d'une prolongation pour cinq autres années;
- b) la modification de la durée de l'emprunt, l'échéance du remboursement des obligations hypothécaires étant prorogée au 29 mai 2009 et le Conseil d'administration étant d'ores et déjà autorisé à prolonger ce délai de cinq ans, jusqu'au 29 mai 2014;
- c) la remise, en compensation, aux créanciers de bons de jouissance de 2'000 fr. de nominal par obligation.

Ces décisions ont été soumises pour approbation à la cour de céans qui, par arrêt du 19 août 1993, les a approuvées partiellement, en ce sens que la prorogation ultérieure de cinq ans, tant pour la durée de l'emprunt que pour le calcul du taux d'intérêt, devait être soumise à une nouvelle assemblée des créanciers, l'autorisation donnée au Conseil d'administration de décider de cette prorogation étant ainsi refusée.

4. Le 26 mai 2009, une nouvelle assemblée des créanciers s'est tenue à Pully, dont le procès-verbal sous forme authentique a été tenu par le notaire Jean-Marc Emery, à Morges. La liste des participants établie également par le notaire et annexée au procès-verbal indique la participation de treize personnes porteurs, ou représentant les porteurs

sur la base de procurations écrites, d'obligations totalisant un montant de 4'802'000 fr. donnant droit à 2'401 voix.

Cette assemblée a été convoquée par avis publiés les 5 et 12 mai 2009 dans la Feuille officielle suisse du commerce, la Feuille des avis officiels du canton de Vaud ainsi que dans les quotidiens «Le Temps» et «24 Heures». La convocation précisait la date, l'heure et le lieu de l'assemblée générale extraordinaire, contenait l'ordre du jour et précisait comment les créanciers devraient justifier leur droit de vote et désigner leur éventuel représentant. Sous chiffre 2 de l'ordre du jour, cette convocation mentionnait expressément les points soumis au vote de l'assemblée sur la modification des conditions de l'emprunt, soit :

- a) la modification et la durée du taux d'intérêt, l'intérêt à 6 % de l'emprunt obligataire avec garantie hypothécaire en 1er rang selon prospectus d'émission, changé à partir du 30 mai 1992 en intérêt à taux variable, calculé sur la base du bouclage des comptes de la société, étant reconduit aux mêmes conditions jusqu'au 29 mai 2014;
- b) la modification de la durée de l'emprunt, l'ajournement des termes de remboursement étant prorogé une seconde et dernière fois pour cinq ans, jusqu'au 29 mai 2014.

Enfin, la convocation précisait qu'un modèle de procuration avait été déposé en faveur du représentant des créanciers obligataires, la Banque Cantonale Vaudoise, au siège de celle-ci à Lausanne.

Les propositions faites par la requérante à l'assemblée des créanciers reposaient sur le rapport du 31 mars 2009 de l'organe de révision, BDO Visura, qui a contrôlé les comptes de la société clôturés au 31 décembre 2008, lesquels ont été approuvés par l'assemblée générale des actionnaires le 20 mai 2009. Ces comptes faisaient état, pour l'année 2008, d'un bénéfice de 2'165 fr. 90 après paiement des intérêts variables par 148'928 fr. 90.

Les six créanciers qui se sont présentés personnellement ont apporté la preuve de leur droit de propriété en produisant le titre dont ils sont les propriétaires ou un certificat de blocage. Les quatorze autres créanciers, qui étaient représentés, ont tous produit une procuration écrite précisant leurs instructions en vue de l'assemblée. Les représentants ont également produit les titres des créanciers représentés ou un certificat de blocage bancaire. En qualité de représentante des créanciers obligataires, la Banque Cantonale Vaudoise avait reçu procuration pour des obligations représentant 606'000 fr. et a produit les certificats de blocage correspondants.

L'assemblée a désigné son président en la personne du représentant de la Banque Cantonale Vaudoise, D._____, représentant de la communauté des créanciers. Celui-ci, après avoir constaté que l'assemblée avait été régulièrement constituée et que les deux tiers du capital de l'emprunt étaient représentés, a mis en délibération les objets soumis à l'approbation de l'assemblée. Après délibération, la proposition de la requérante a été acceptée par 2'393 voix contre 7 non et une abstention, soit une majorité de 99,66% des voix représentées et 91,16 % du capital de l'emprunt.

En droit :

I. Les décisions prises par l'assemblée générale extraordinaire du 26 mai 2009 émane d'une communauté de créanciers d'un emprunt par obligations, au sens des art. 1157 ss CO (spéc. art. 1170 CO). S'agissant de restriction des droits des créanciers, ces décisions sont soumises à l'approbation de l'autorité cantonale supérieure en matière de concordat (art. 1176 al. 1 CO). La cour de céans est donc compétente pour instruire et statuer sur la requête d'approbation déposée le 25 juin 2009 par la débitrice Parking Pré de la Tour SA. Cette requête est recevable en

la forme et a été formée en temps utile, dans le délai d'un mois dès l'adoption des décisions, prévu par l'art. 1176 al. 2 CO.

L'audience de ce jour a fait l'objet de la publicité prévue par l'art. 1176 al. 3 CO.

II. L'approbation requise ne peut être refusée que dans les cas énumérés – exhaustivement (Ziegler, Berner Kommentar, n. 1 ad art. 1177 CO) – aux ch. 1 à 4 de l'art. 1177 CO. Il convient dès lors de vérifier qu'aucune de ces hypothèses n'est réalisée en l'espèce.

a) Le premier cas de refus (art. 1177 ch. 1 CO) concerne la violation des prescriptions relatives à la convocation de l'assemblée et aux conditions que doivent remplir les décisions de celle-ci.

aa) L'art. 1165 al. 1 CO prévoit que l'assemblée des créanciers est convoquée par le débiteur. Les règles relatives à la convocation sont pour le surplus édictées dans l'Ordonnance du 9 décembre 1949 sur la communauté des créanciers dans les emprunts par obligations (RS 221.522.1), dont la base légale est l'art. 1169 CO. Cette ordonnance prévoit que l'assemblée des créanciers est convoquée par un avis publié au moins deux fois dans la FOSC et dans les feuilles publiques indiquées dans les conditions de l'emprunt, le deuxième avis devant paraître au moins dix jours avant la date fixée pour l'assemblée (art. 1 al. 1). En l'espèce, l'article III/9 du prospectus d'émission prévoit que les publications relatives à l'emprunt obligataire subordonné se font dans la FOSC, dans la FAO, dans un quotidien paraissant à Lausanne et dans un quotidien paraissant à Genève.

Ces prescriptions ayant été respectées, l'assemblée générale du 26 mai 2009 a été régulièrement convoquée.

bb) L'art. 1164 CO prévoit que la communauté des créanciers peut recourir, dans les limites de la loi, à toutes mesures utiles pour la

défense des intérêts communs, notamment si le débiteur se trouve dans une situation critique (al. 1). Les décisions de la communauté sont prises par l'assemblée des créanciers et sont valables si elles satisfont aux conditions générales ou spéciales établies par la loi (al. 2).

L'art. 2 de l'ordonnance prévoit que l'ordre du jour de l'assemblée des créanciers doit être communiqué à ceux-ci en même temps que la convocation, ou au moins dix jours avant l'assemblée, conformément aux règles établies pour sa convocation. Cette condition a été respectée.

Selon l'art. 2 al. 3 de l'ordonnance, l'assemblée des créanciers ne peut prendre, même à l'unanimité des voix représentées, aucune décision valable sur des objets dont le contenu essentiel au moins n'a pas été communiqué de la manière prescrite ci-dessus. Cette condition a également été respectée.

En vertu des art. 1167 et 1168 CO, ainsi que de l'art. 3 de l'ordonnance, le droit de vote appartient au propriétaire d'une obligation ou à son représentant. La représentation d'un créancier ne peut avoir lieu qu'en vertu de pouvoirs écrits, à moins qu'elle ne dérive de la loi. En outre, selon l'art. 4 de l'ordonnance, il doit être dressé une liste des participants à l'assemblée des créanciers, avec indication de leurs nom et domicile et de ceux de leurs représentants, ainsi que du montant des obligations représentées pour chaque participant; l'art. 6 prescrit que cette liste doit figurer dans l'acte authentique consignant la décision intervenue ou lui être jointe avec les pièces qui constatent que l'assemblée a été régulièrement convoquée.

La liste des participants à l'assemblée figure au dossier, elle est jointe au procès-verbal de l'assemblée et contient les mentions prescrites. Sont également produites les procurations signées qui indiquent l'objet de l'assemblée et précisent que le signataire donne pour instructions au représentant d'accepter les propositions relatives à la restructuration financière en question. Cette condition est donc respectée.

L'article 1170 CO prévoit qu'une majorité des deux tiers au moins du capital en circulation est nécessaire pour que des décisions valables puissent être prises notamment sur les objets suivants, ces mesures pouvant être combinées :

- la réduction du taux de l'intérêt jusqu'à la moitié du taux stipulé dans les conditions de l'emprunt ou le remplacement d'un intérêt fixe par un intérêt dépendant du résultat des affaires, dans les deux cas pour dix années au plus, avec possibilité de prolongation pour cinq ans au plus (ch. 3);

- l'ajournement pendant dix années au plus des termes de remboursement, soit pour un emprunt échu ou venant à échéance dans le délai de cinq ans, soit pour des fractions de cet emprunt, avec possibilité de prorogation pour cinq ans au plus (ch. 5).

En l'espèce, les décisions tombant sous le coup de cette disposition ont été prises à la majorité exigée par la loi. Les conditions légales relatives aux décisions prises sont donc réalisées.

b) Le deuxième motif de refus d'approbation (art. 1177 ch. 2 CO) vise le cas où la décision prise pour remédier à une situation critique du débiteur n'était pas indispensable. Selon la doctrine et la jurisprudence, cette condition doit être interprétée largement, en faveur du débiteur, notamment lorsqu'il n'est pas en mesure de rembourser l'emprunt (Steinmann, Basler Kommentar, n. 4 ad art. 1177 CO; ATF 89 II 344, JT 1964 I 179; TF 7B.156/2006 du 13 octobre 2006, c. 3.4).

En l'espèce, la situation financière de la requérante s'est améliorée de manière significative depuis 1993, vraisemblablement grâce aux mesures d'assainissement adoptées dès 1992 et aux restrictions apportées en 1993. Il ressort toutefois des comptes que la société est manifestement dans l'incapacité de procéder au remboursement de

l'emprunt et de servir un intérêt à 6 % sur l'emprunt obligataire. Il s'ensuit que les mesures proposées sont indispensables pour remédier à la situation critique de la requérante.

c) Troisièmement, l'approbation doit être refusée si les intérêts communs des obligataires ne sont pas suffisamment sauvegardés (art. 1177 ch. 3 CO).

Ce motif de refus n'est pas réalisé en l'espèce. Au contraire, les décisions prises par l'assemblée des créanciers permettent, conjointement aux autres mesures d'assainissement, de sauvegarder adéquatement les intérêts des créanciers obligataires, qui se sont du reste prononcés presque à l'unanimité. Ils sont traités sur un pied d'égalité, les mesures requises sont proportionnées, justifiées par la situation de la débitrice et une liquidation leur serait plus défavorable (cf. Steinmann, op. cit., n. 5 ad art. 1177 CO et les références citées).

d) Enfin, il faut vérifier que la décision n'est pas intervenue de manière illicite (art. 1177 ch. 4 CO).

En l'espèce, il n'y a pas eu tromperie des obligataires, ni abus de procurations, ni achat de voix, que ce soit de la part de la débitrice, de créanciers ou de tiers. La décision n'est donc pas intervenue de manière illicite (cf. Steinmann, op. cit., n. 6 ad art. 1177 CO).

L'art. 1175 CO a également été respecté. Cette disposition prévoit que des propositions visant les mesures prévues à l'art. 1170 CO ne peuvent être faites par le débiteur et discutées par l'assemblée des créanciers que sur la base d'un état de situation au jour de sa réunion ou d'un bilan remontant à six mois au plus, régulièrement dressé et certifié exact par les contrôleurs. En l'espèce, les comptes de la société au 31 décembre 2008, dûment contrôlés, ont été approuvés par l'assemblée générale des actionnaires du 20 mai 2009.

III. Aucun des motifs de refus de l'art. 1177 n'étant réalisé en l'espèce, la requête doit être admise et la décision de l'assemblée de la communauté des créanciers soumise à la cour de céans approuvée.

Conformément à l'art. 1176 al. 4 CO, les frais de cette procédure sont à la charge de la requérante. Ils comprennent les frais du présent arrêt, par 2'500 francs, plus les frais de publication.

Par ces motifs,

la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal,
statuant en audience publique en sa qualité d'autorité cantonale
supérieure en matière de concordat :

I. Approuve les décisions de l'assemblée générale extraordinaire du 26 mai 2009 de la communauté des créanciers dans l'emprunt par obligations 6 % 1989 à 1999 de 5'250'000 fr. contracté par Z. _____ SA, à Pully, à savoir :

a) Modification et durée du taux d'intérêt : l'intérêt de 6 % de l'emprunt obligataire avec garantie hypothécaire en premier rang selon prospectus d'émission, qui a été changé à partir du 30 mai 1992 en intérêt à taux variable, calculé sur la base du boucllement des comptes de la société, sera reconduit aux mêmes conditions.

Conformément à l'art. 1170 al. 1 ch. 3 du Code des obligations, la durée de cette modification, qui a été limitée une première fois à 10 ans, est prolongée une seconde et dernière fois pour une période de 5 ans. En conséquence, l'intérêt à taux variable d'une durée de 10 ans est prolongé pour une ultime période de cinq ans allant du 30 mai 2009 au 29 mai 2014.

b) Modification de la durée de l'emprunt : conformément à l'art. 1170 al. 1 ch. 5 du Code des obligations, la prolongation de l'échéance du remboursement de l'emprunt, qui a été limitée une première fois à 10 ans, est prolongée une seconde et dernière fois pour une période de 5 ans. En conséquence, l'échéance du remboursement des obligations hypothécaires est reportée au 29 mai 2014.

- II. Met les frais de la présente décision, par 2'500 fr. (deux mille cinq cents francs), plus les frais de publication, à la charge de la requérante Z. _____ SA.

Le vice-président :

La greffière :

Du 10 septembre 2009

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

Il est adressé pour publication à la Feuille des avis officiels et à la Feuille officielle suisse du commerce.

La greffière :

Du 27 novembre 2009

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Pierre-Dominique Schupp, avocat (pour Z. _____ 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) et aux conditions prévues par l'art. 1178 CO. Ce recours doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 LTF et 1178 CO).

La greffière :