

# **BGer 5A\_481/2023 vom 29. November 2023**

Bundesgericht, 2023-11-29, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_481\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_481_2023)

FR: TF 5A\_481/2023 du 29 novembre 2023

IT: TF 5A\_481/2023 del 29 novembre 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1**

L'arrêt attaqué, rendu sur recours en dernière instance cantonale ( art. 75 LTF ), confirme une décision qui refuse l'octroi du sursis concordataire provisoire et prononce la faillite. Il s'agit d'une décision finale ( art. 90 LTF ; arrêt 5A\_556/2021 et 5A\_557/2021 du 20 septembre 2022 consid. 1.1; 5A\_866/2015 du 2 mai 2016 consid. 1.1, non publié in ATF 142 III 364 ) rendue en matière de poursuites pour dettes et faillites ( art. 72 al. 2 let. a LTF ), à savoir une cause sujette au recours en matière civile. Le recours est ouvert indépendamment de la valeur litigieuse ( art. 74 al. 2 let. d LTF). La recourante, qui a agi en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ), a succombé devant la juridiction précédente et dispose d'un intérêt digne de protection à faire modifier l'acte entrepris ( art. 76 al. 1 LTF ).

### **E. 2.1**

La décision par laquelle le juge refuse le sursis provisoire et prononce la faillite ne constitue pas une mesure provisionnelle au sens de l' art. 98 LTF , de sorte que les motifs du recours en matière civile ne sont pas limités à la violation des droits constitutionnels ( ATF 142 III 364 consid. 2.3). Il s'ensuit que la recourante peut faire valoir la violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 et 96 LTF . Le Tribunal fédéral applique le droit d'office ( art. 106 al. 1 LTF ). Il n'est donc limité ni par les arguments soulevés dans le recours ni par la motivation retenue par l'autorité précédente; il peut admettre un recours pour un autre motif que ceux qui ont été invoqués et il peut rejeter un recours en adoptant une argumentation différente de celle de l'autorité précédente ( ATF 145 IV 228 consid. 2.1; 144 III 462 consid. 3.2.3). Cela étant, eu égard à l'exigence de motivation contenue à l' art. 42 al. 2 LTF , il n'examine en principe que les griefs soulevés ( ATF 142 III 364 consid. 2.4). Le recourant doit par conséquent discuter les motifs de la décision entreprise et indiquer précisément en quoi l'autorité précédente a méconnu le droit ( ATF 142 I 99 consid. 1.7.1; 142 III 364 consid. 2.4). Le Tribunal fédéral ne connaît par ailleurs de la violation de droits fondamentaux que si un tel grief a été expressément invoqué et motivé de façon claire et détaillée (" principe d'allégation ", art. 106 al. 2 LTF ; ATF 147 I 73 consid. 2.1; 146 III 303 consid. 2; 142 III 364 consid. 2.4).

### **E. 2.2**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Il ne peut s'en écarter que si ceux-ci ont été constatés de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF ( art. 105 al. 2 LTF ), et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause ( art. 97 al. 1 LTF ). Le recourant qui soutient que les faits ont été établis d'une manière manifestement inexacte, c'est-à-dire arbitraire au sens de l' art. 9 Cst. ( ATF 147 I 73 consid. 2.2; 144 II 246 consid. 6.7; 143 I 310 consid. 2.2 et la référence), doit satisfaire au principe d'allégation

susmentionné ( art. 106 al. 2 LTF ; cf. supra consid. 2.2). Une critique des faits qui ne satisfait pas à cette exigence est irrecevable ( ATF 147 IV 73 consid. 4.1.2; 145 IV 154 consid. 1.1).

En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, il n'y a arbitraire que si l'autorité cantonale n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, a omis sans raisons objectives de tenir compte de preuves pertinentes ou a opéré, sur la base des éléments recueillis, des déductions insoutenables ( ATF 147 V 35 consid. 4.2; 143 IV 500 consid. 1.1 et la référence).

### **E. 3**

La recourante indique qu'elle ne conteste pas en tant que telle l'appréciation de l'autorité cantonale selon laquelle les conditions de la faillite sans poursuite préalable, au sens de l' art. 190 LP , sont réunies, de sorte qu'elle limite ses conclusions à la question de l'octroi d'un sursis provisoire. Elle fait valoir en substance que le refus du sursis se fonde sur des faits établis de manière arbitraire, au sens de l' art. 9 Cst. , et contrevient à l' art. 293a al. 3 LP , dès lors qu'elle avait rendu suffisamment vraisemblable qu'il n'existait pas manifestement aucune perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat.

### **E. 4**

Après l'introduction de la procédure concordataire, le juge doit toujours examiner d'abord la possibilité d'octroyer un sursis concordataire provisoire, puis seulement celle d'accorder un sursis définitif ( ATF 147 III 226 consid. 3.1.3). L'octroi du sursis provisoire ne doit pas être soumis à des exigences élevées ( ATF 147 III 226 consid. 3.1.1; Message du 8 septembre 2010 concernant la modification de la LP [droit de l'assainissement], FF 2010 5895 ch. 2.7).

#### **E. 4.1**

Alors que le sursis définitif suppose l'existence de perspectives d'assainissement ou d'homologation d'un concordat ( art. 294 al. 1 et 3 LP ), c'est-à-dire que l'on puisse s'attendre à ce que l'assainissement réussisse ou qu'un concordat ait des chances réalistes d'aboutir, le sursis provisoire doit être refusé et la faillite prononcée uniquement s'il n'existe "manifestement aucune perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat" ( art. 293a al. 3 LP ; ATF 147 III 226 consid. 3.1.3 et les références). Le sursis provisoire doit donc être accordé, sauf s'il apparaît clairement dès le départ qu'il n'existe aucune perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat. Ce n'est que dans les cas voués à l'échec ou désespérés, c'est-à-dire lorsque cette mesure ne représenterait qu'une perte de temps et de moyens au détriment des créanciers, que le juge du concordat doit le refuser ( ATF 147 III 226 consid. 3.1.3; arrêts 5A\_510/2023 du 16 novembre 2023 consid. 5.1.1; 5A\_556/2021 et 5A\_557/2021 du 20 septembre 2022 consid. 5.1). Il dispose d'un pouvoir d'appréciation pour en juger ( ATF 147 III 226 consid. 3.1.3 in fine; arrêt 5A\_556/2021 et 5A\_557/2021 du 20 septembre 2022 consid. 5.1).

L'absence manifeste de toute perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat constitue à la fois la cause du refus du sursis provisoire et celle de la faillite; mis à part le cas où il estime que la requête de sursis provisoire doit être rejetée parce qu'elle est prématurée ou abusive, le juge n'a pas d'autre alternative à l'octroi de ce sursis que le prononcé de la faillite et il n'a pas à examiner d'autres conditions à cette fin ( ATF 142 III 364 consid. 2.3).

#### **E. 4.2**

Conformément à l' art. 293 let. a LP , le débiteur doit joindre à sa demande de sursis concordataire provisoire 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. Il doit motiver et justifier sa requête (arrêt 5A\_510/2023 du 16 novembre 2023 consid. 5.1.2). Il doit aussi exposer dans les grandes lignes la manière dont le financement de la phase de sursis sera assurée (DANIEL HUNKELER, in Kurzkomentar, SchKG, 2e éd. 2014, n° 22 ad art. 293 LP ).

Le débiteur n'a pas besoin de joindre un projet de concordat à sa requête (FF 2010 5894 ch. 2.7). En revanche, le plan d'assainissement provisoire doit être disponible par écrit ( art. 293 let. a LP ; arrêt 5A\_510/2023 du 16 novembre 2023 consid. 5.1.2). Il doit faire apparaître clairement si le sursis est demandé pour mettre en oeuvre les mesures d'assainissement nécessaires ou pour préparer un concordat. Il sert de base au juge pour vérifier si un assainissement ou l'homologation d'un concordat n'est pas d'emblée voué à l'échec (FF 2010 5894 ch. 2.7; arrêt 5A\_510/2023 du 16 novembre 2023 consid. 5.1.2 et les auteurs cités), étant entendu que cette évaluation relève du pouvoir d'appréciation du juge ( ATF 147 III 226 consid. 3.1.1 et les références).

Lorsque le sursis provisoire est requis dans la perspective d'un assainissement au sens strict, le débiteur doit au moins fournir des explications rudimentaires sur les mesures d'assainissement envisagées (apport de nouveaux fonds, augmentations de capital, négociations fructueuses avec les créanciers sur des abandons volontaires de créances, cessions de rang de créanciers, restructurations ou reprise d'entreprise, vente d'actifs, fusion, restructuration, etc.), sur la faisabilité de ces mesures ainsi que sur les conséquences financières attendues (arrêt 5A\_510/2023 du 16 novembre 2023 consid. 5.1.2 et les références). S'il n'est pas nécessaire que le bilan et le compte de résultat aient été révisés (FF 2010 5894 ch. 2.7), le juge du concordat peut néanmoins s'appuyer sur les principes du droit comptable pour les apprécier, afin de se faire une opinion quant à une éventuelle absence manifeste de perspectives d'assainissement. Dans le cadre de son pouvoir d'examen, il lui appartient de s'interroger sur la fiabilité apparente du bilan, notamment sur le point de savoir si des passifs ont été omis et si les actifs ont été surévalués (arrêt 5A\_556/2021 et 5A\_557/2021 du 20 septembre 2022 consid. 5.3.2).

## **E. 5**

La recourante s'en prend à la décision querellée en tant qu'elle retient l'absence manifeste de toute perspective d'assainissement.

### **E. 5.1**

En premier lieu, elle soutient que la cour cantonale a fait preuve d'arbitraire en confirmant les faits retenus par l'autorité de première instance et en jugeant, sur la base de ceux-ci, qu'elle n'avait manifestement aucune perspective d'assainissement au sens de l' art. 293a al. 3 LP .

#### **E. 5.1.1**

L'autorité cantonale a tout d'abord relevé que la faillie ne reprochait pas à la première juge d'avoir constaté arbitrairement les faits, conformément aux exigences de motivation posées par l' art. 321 al. 1 CPC . Dans un premier temps, elle allait donc procéder à l'examen des griefs en se fondant sur l'état de fait dressé par celle-ci.

A cet égard, c'était en vain que la recourante se plaignait de ce que la première juge n'avait pas pris en compte la lettre d'intention d'un futur investisseur prêt à prendre une participation importante dans la société. Dans sa requête visant à l'octroi de l'effet suspensif, la recourante avait déjà fait état d'un investisseur ayant manifesté son "intérêt à investir 20 millions" dans la "holding A. \_\_\_\_\_" et qui avait indiqué qu'il reprendrait contact avec son mandataire en Suisse "prochainement en particulier pour le calendrier des versements à effectuer entre 2023 et 2024". Dans l'ordonnance du 6 avril 2023 admettant l'effet suspensif, le Président de l'ARMC indiquait déjà que la réalisation concrète de la perspective alléguée semblait à première vue hypothétique, sachant que l'investissement devait être entrepris "entre 2023 et 2024", soit une période allant très largement au-delà de celle considérée comme déterminante en lien avec le sursis provisoire et la recourante n'alléguant pas que des discussions postérieures, plus concrètes, auraient eu lieu avec ledit investisseur. A ce jour, celle-ci ne faisait toujours pas état de discussions plus concrètes avec cet investisseur, alors que l'un des documents qu'elle produisait (intitulé Paiements Attendus Holding A. \_\_\_\_\_ SA) faisait apparaître - sans fournir la moindre explication - sous "Montant net Juin 2023" un "Paiement en prévision" d'une partie du prétendu investissement, soit une somme de 8'000'000 fr. L'argument présenté par la recourante en lien avec le prétendu investissement futur conséquent se révélait dès lors sans consistance. A cela s'ajoutait que la recourante avait toujours affirmé que cet investissement concernerait la Holding A. \_\_\_\_\_ SA, distincte de la société recourante, et que le dossier ne contient aucun document permettant d'envisager que la Holding A. \_\_\_\_\_ SA se serait engagée à remettre, de l'investissement allégué, un montant déterminé à la société recourante.

Enfin, celle-ci affirmait que le salon "D. \_\_\_\_\_" à V. \_\_\_\_\_ lui permettait légitimement d'espérer des ventes venant grossir les chiffres déjà réalisés. Devant la première juge, elle n'avait fait qu'alléguer cette perspective sans apporter aucun élément de preuve, de sorte que l'appréciation effectuée par le tribunal civil ne pouvait qu'être confirmée.

Il n'existait en définitive, sur la base des faits établis par la première juge, aucune perspective d'assainissement.

### **E. 5.1.2**

La recourante soutient que la juridiction précédente se fourvoie lorsqu'elle confirme l'appréciation de l'autorité de première instance de ne pas prendre en compte la lettre d'intention du futur investisseur. Elle affirme avoir allégué et rendu vraisemblable par la production de cette lettre que celui-ci était prêt à investir 20'000'000 fr. dans la holding A. \_\_\_\_\_ SA. Dans son ordonnance du 6 avril 2023, la cour cantonale avait reconnu que la perspective alléguée était "hypothétique" et la recourante avait fourni, dans ses observations du 24 avril 2023, la liste des paiements attendus pour la société Holding A. \_\_\_\_\_ SA parmi lesquels figurait une somme de 8'000'000 fr. qui constituait le premier versement de l'investissement attendu. Malgré cela, la cour cantonale avait retenu sans motivation que "l'argument en lien avec le prétendu investissement futur conséquent se révèle dès lors sans consistance". Ce faisant, elle avait gravement versé dans l'arbitraire, étant en outre relevé qu'elle était tenue à la vraisemblance et non à la preuve stricte. Il en allait de même de ses considérations selon lesquelles rien ne permettait d'envisager que la holding A. \_\_\_\_\_ SA "se serait engagée à remettre, de l'investissement allégué, un montant déterminé à la société recourante". Le rôle manifeste d'une société-mère au sein d'un groupe aurait dû inciter la cour cantonale à retenir que la vraisemblance était largement

donnée quant au versement futur par la holding A. \_\_\_\_\_ SA à la recourante d'une partie du montant allégué.

L'appréciation des preuves était donc arbitraire, ceci également en lien avec les constatations relatives au sujet du salon " D. \_\_\_\_\_ " à V. \_\_\_\_\_, puisqu'il était impossible d'apporter un moyen de preuve tangible des perspectives positives attendues en lien avec ce salon, tant il était manifeste que les relations commerciales qui s'y nouent ne peuvent être planifiées mais que l'expérience de la recourante lui permettait d'espérer des ventes lors de cette manifestation.

### **E. 5.1.3**

La recourante ne peut être suivie lorsqu'elle soutient que la cour cantonale n'a pas suffisamment motivé sa décision de considérer que l'argument présenté en lien avec un futur investisseur était sans consistance. L'arrêt querellé contient au contraire les motifs permettant de considérer que l'investissement allégué n'avait pas été rendu vraisemblable, de sorte que le devoir de motivation découlant de l' art. 29 al. 2 Cst. est satisfait (cf. sur ce point ATF 142 II 154 consid. 4.2 et les références; 141 V 557 consid. 3.2.1 et les références). En outre, contrairement à ce que semble supposer la recourante, le fait que sa situation financière telle que constatée par l'autorité cantonale ne corresponde pas à celle qui a été alléguée n'est pas, en soi, de nature à en démontrer l'arbitraire ( ATF 142 II 433 consid. 4.4; arrêt 5A\_556/2021 et 5A\_557/2021 du 20 septembre 2022 consid. 6.1.1). La seule circonstance qu'elle n'était pas tenue à la preuve stricte, mais à la vraisemblance, ne signifie par ailleurs pas qu'elle n'avait pas à motiver sa requête, étant rappelé que le juge doit s'interroger, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, sur la fiabilité des éléments allégués (cf. supra consid. 4.2). Pour le surplus, elle se limite à présenter sa propre version des faits sans nullement démontrer que celle retenue en instance cantonale était insoutenable (cf. supra consid. 2.2).

Les griefs doivent donc être rejetés dans la mesure de leur recevabilité.

### **E. 5.2**

S'agissant toujours de la question des perspectives d'assainissement, la recourante reproche à la juridiction précédente d'avoir apprécié de manière arbitraire les pièces nouvelles produites en deuxième instance, qu'elle avait exceptionnellement considérées comme recevables. Se prévalant aussi d'une violation de l' art. 293a al. 3 LP, elle soutient que même sur la base des faits retenus par l'autorité cantonale, il était contraire au droit fédéral de rejeter sa demande de sursis provisoire, puisqu'il n'était en réalité pas manifeste qu'elle ne présenterait aucune perspective d'assainissement.

#### **E. 5.2.1**

En particulier, son appréciation des preuves relatives aux contrats négociés lors du salon "D. \_\_\_\_\_" à V. \_\_\_\_\_ serait arbitraire. La cour cantonale avait retenu à juste titre que le chiffre d'affaires 2023, évalué à 8'624'542 fr., résultait

notamment de ces contrats de distribution. De manière étonnante, elle avait observé plus loin que "les accords datent du 30 mars 2023. On peut donc raisonnablement s'interroger sur les chiffres retenus par la recourante pour janvier, février et mars 2023, soit une période antérieure à la date de la conclusion de ces contrats". Vu ce qui précède, c'était arbitrairement qu'elle avait considéré que le chiffre d'affaires allégué n'était constitué

que des contrats de distribution précités. Une simple addition des montants résultant de ceux-ci de même que le terme "notamment" devaient conduire l'autorité cantonale à ne pas retenir une telle conclusion, sous peine d'arbitraire.

En outre, si la juridiction précédente avait relevé que les pièces vendues à la société E.\_\_\_\_\_ Ldt étaient en stock et déjà fabriquées, elle avait omis de préciser que la recourante avait indiqué dans ses observations du 24 avril 2023 que le bénéfice serait net " pour le groupe ". La recourante affirme avoir bien précisé que l'existence des pièces en question ne rendait pas nécessaire des " frais de développement ", mais non qu'elle ne devrait pas acquérir ces pièces auprès de ses sociétés-soeurs. L'autorité cantonale avait constaté de manière arbitraire qu'elle aurait prétendu l'inverse en sous-entendant que l'acquisition de pièces " ne serait pas neutre sur le plan des charges ". Quoi qu'il en soit, si elle était allée au bout de son raisonnement, elle aurait retenu que les montants attendus de l'exécution des contrats de distribution en cause étaient manifestement de nature à couvrir les frais d'achat des pièces auprès des sociétés-soeurs mais aussi l'ensemble de ses dettes, sous peine d'arbitraire.

La recourante soutient en outre avoir satisfait à ses obligations en alléguant les éléments nécessaires et en produisant les pièces permettant de rendre largement vraisemblable le fait que l'on pouvait compter sur des perspectives d'assainissement. L'arrêt cantonal serait particulièrement sévère à son égard, sachant que dans un arrêt récent (ARMC.2018.83 du 14 décembre 2018), la même autorité rappelait à quel point le sursis provisoire devait être admis largement, et l'avait donc accordé, dans un cas où la situation était bien plus grave que la sienne. Dans cette affaire, il avait été retenu qu'il n'était pas possible d'établir le bilan précis de la société en cause ni le compte de ses poursuites, que les pièces fournies devaient être considérées avec circonspection et qu'un " chiffre d'affaires équivalant à 2,5 fois le chiffre d'affaires actuel devrait être réalisé pour atteindre un équilibre entre les charges et les produits "; malgré tous ces éléments, qui traduisaient selon la recourante une situation bien plus grave que la sienne, l'autorité cantonale avait rappelé que la pratique en matière d'octroi du sursis provisoire, afin d'éviter de prononcer la faillite quand un espoir (même très mince) subsiste qu'un tel sursis permette à la société de préparer un assainissement qui pourrait peut-être la sauver. La recourante soutient enfin que la présente cause permettrait au Tribunal fédéral de clarifier sa jurisprudence, en particulier s'agissant du degré de vraisemblance auquel est tenu le débiteur pour démontrer qu'il n'existe pas manifestement aucune perspective d'assainissement, ce d'autant que l'institution de l'ajournement de faillite a été intégrée dans la procédure concordataire depuis le 1er janvier 2023, ce qui nécessiterait de dégager des principes jurisprudentiels clairs en lien avec cette modification législative.

Elle soutient à cet égard que la cour cantonale ne pouvait se contenter d'indiquer que les perspectives alléguées reposaient sur " des accords susceptibles de rester lettre morte ", qu'il est " impossible de déterminer le volume des pièces susceptibles d'être vendues " ou encore que les allégations de la recourante à ce sujet " manquent de fiabilité ". On ne pouvait lui imposer d'apporter la preuve stricte de ses allégations, dès lors qu'elle était tenue à la simple vraisemblance. La cour cantonale se contentait d'émettre des suppositions et hypothèses relatives aux perspectives financières de la recourante, notamment quant à la réalisation des contrats déposés. Elle ne retenait pas que celle-ci ou encore que l'apport de l'investisseur du U.\_\_\_\_\_ dans la société recourante étaient absolument exclus. Or, il était attendu du débiteur qu'il rende vraisemblable qu'il n'existe pas " manifestement aucune perspective

d'assainissement ", ceci même si la vraisemblance de celui-ci était clairement moindre que celle d'un échec. En outre, même à admettre l'appréciation faite par la juridiction de recours cantonale des trois contrats de distribution, celle-ci ne retenait pas que les documents présentés permettaient de rejeter sans doute possible la perspective d'un assainissement. Lorsqu'elle indiquait que " les prévisions (...) impliquent que les accords noués avec les distributeurs précités soient exécutés (...) et que les paiements soient intégralement réalisés " (arrêt cantonal consid. 4.1 p. 16), elle commettait une lapalissade qui ne permettait à l'évidence pas de conclure que cet élément d'incertitude, propre à tous les contrats, empêche de compter de manière réaliste avec une chance d'assainissement.

### **E. 5.2.2**

En tant que la recourante soutient que la présente cause doit permettre au Tribunal fédéral de clarifier sa jurisprudence concernant le "degré de vraisemblance" requis, elle omet que si elle entend contester le point de savoir si le degré de la preuve exigé par le droit fédéral est atteint dans le cas particulier, elle doit le faire par le biais d'un grief d'établissement arbitraire des faits répondant aux exigences du principe d'allégation ( art. 106 al. 2 LTF ; arrêt 5A\_891/2021 du 28 janvier 2022 consid. 6.1.2 in fine). C'est donc uniquement sous cet angle qu'il convient d'examiner sa critique.

A cet égard, en tant qu'elle se prévaut d'arbitraire en exposant que le chiffre d'affaires de 8'624'542 fr. prévu pour 2023 ne résultait pas uniquement des contrats de distribution produits, elle n'explicite pas plus avant sa critique, n'indiquant en particulier aucunement à quels autres éléments elle fait référence. Il sera relevé que le résultat de l'addition des montants prévus dans les contrats de distribution en question est de plus de 7'000'000 fr. (cf. arrêt cantonal consid. 4.1 p. 15), à savoir quoi qu'il en soit une part très importante du chiffre d'affaires allégué.

S'agissant de l'appréciation effectuée par la cour cantonale concernant la plausibilité des perspectives financières alléguées par la recourante en lien avec les contrats de distribution et de vente consécutifs au salon "D.\_\_\_\_\_" à V.\_\_\_\_\_, elle résiste au grief d'arbitraire soulevé par la recourante. Celle-ci se plaint en effet de manière toute générale de ce que la cour cantonale ait considéré que ses allégations manquaient de fiabilité et qu'il était impossible de déterminer le volume des pièces susceptibles d'être vendues, autrement dit, que la cour cantonale se serait contentée d'émettre des hypothèses en lien avec les perspectives alléguées. Elle ajoute que ces éléments d'incertitude sont propres à tout contrat de sorte qu'à la comprendre, confirmer le raisonnement ressortant de l'arrêt cantonal reviendrait en quelque sorte à empêcher en toute circonstance, de rendre vraisemblable, en produisant un contrat, qu'il n'y aurait pas manifestement aucune perspective d'assainissement. Or, la cour cantonale n'a pas réfuté de manière absolue qu'un contrat puisse être à même de rendre vraisemblable des rentrées d'argent futures. Elle a dûment motivé pour quelles raisons, en l'occurrence, les moyens de preuve produits ne permettaient pas de le faire. Elle a notamment tenu compte à cet égard: du fait que les contrats produits n'étaient pas signés et que les chiffres réalisés durant les trois premiers mois de l'année 2023 n'étaient pas confirmés par des factures ou des relevés de compte; que les explications de la recourante à cet égard, selon lesquelles elle n'avait pas produit de copies signées pour ne pas alourdir ses observations, étaient curieuses dès lors qu'elle avait remis par ailleurs de nombreux documents concernant des sujets qui ne présentaient pas la même pertinence pour la présente cause; que les prévisions défendues par la recourante impliquaient que les accords noués avec les distributeurs soient exécutés entièrement et que les paiements soient

intégralement réalisés; que ces accords fixaient des quotas minima pour que le distributeur puisse garder son exclusivité, mais que rien ne permettait de garantir que celui-ci parviendrait effectivement à vendre les quotas visés sur le marché en 2023; que selon les explications de la société recourante, l'engagement pris par le partenaire contractuel de lui acheter des produits " dans la première année " était soumis à la condition d'un premier achat; que le procédé utilisé par les partenaires contractuels se révélait très incertain puisque, si le potentiel acheteur renonçait à opérer un premier achat, la convention pouvait rester lettre morte et n'aurait aucun effet pour la société recourante, qui ne pourrait pas écouler ses produits; que par ailleurs, même si les distributeurs procédaient à un premier achat, il était impossible de déterminer le volume des pièces susceptibles d'être vendues. Contrairement à ce que soutient la recourante, la cour cantonale ne s'est donc pas limitée à réfuter la force probante de tout contrat de manière générale. Elle a au contraire analysé, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, la plausibilité des rentrées d'argent futures alléguées. Il convient de rappeler qu'elle ne pouvait se baser sans autre sur le pronostic établi par la société recourante quant aux perspectives d'assainissement, sans quoi cela reviendrait à accorder un droit presque inconditionnel à l'octroi du sursis concordataire provisoire, ce qui serait contraire à l' art. 293a al. 3 LP (arrêt 5A\_556/2021 et 5A\_557/2021 du 20 septembre 2021 consid. 5.3.2 in fine; dans le même sens GASSER/POSSA, Kompetenzverteilung zwischen Konkurs- und Nachlassgericht, in PCEP 61/2023/78 ss.); il lui appartenait au contraire d'apprécier la situation au regard de l'ensemble des éléments à sa disposition. Au surplus, la recourante n'explique pas de manière claire et détaillée en quoi l'appréciation des preuves effectuée en l'espèce concernant les contrats précités serait insoutenable (cf. supra consid. 2.2), respectivement en quoi l'appréciation des perspectives d'assainissement reposerait sur des critères dénués de pertinence (cf. supra consid. 2.1), de sorte qu'il faut considérer sa critique comme insuffisamment motivée à cet égard.

En ce qui concerne plus spécifiquement le contrat conclu avec E. \_\_\_\_\_ Ldt, la recourante se méprend lorsqu'elle soutient que la cour cantonale a omis de préciser que la recourante avait indiqué que le bénéfice serait net " pour le groupe ". Cette allégation est en effet expressément constatée dans l'arrêt cantonal (consid. 4.2, p. 18 2e §), qui indique que, selon la recourante, une partie des pièces vendues à ce partenaire " est en stock et déjà fabriquée et que les autres parties sont des calibres déjà existants, de sorte qu'il n'est dès lors pas nécessaire de couvrir des frais de développement. Le bénéfice est net pour le groupe ". La juridiction précédente n'en a d'ailleurs pas fait abstraction puisqu'après avoir examiné si cette allégation apparaissait vraisemblable au regard des chiffres figurant au bilan de la société recourante - ce qu'elle a nié, puisque le stock de marchandises était comptabilisé pour 50'000 fr., très éloigné des montants de 2'000'000 fr. et de 3'000'000 fr. évoqués dans le recours -, elle a indiqué que si la société recourante, en parlant des stocks, entendait faire référence à des pièces détenues par d'autres sociétés du groupe, le constat ne serait pas fondamentalement différent: il demeurerait que la société recourante devrait acquérir une partie du stock " de la société-soeur ou de la holding ", ce qui ne serait évidemment pas neutre sur le plan des charges. Sur cette base, elle a retenu que dans tous les cas, le bénéfice ne serait pas " net " comme le prétendait la société recourante, mais irait de pair avec des dépenses supplémentaires. Or, en tant que la recourante affirme, sans plus amples explications, qu'il aurait fallu retenir que les montants attendus de l'exécution des contrats de distribution permettraient de couvrir les frais d'achat de pièces auprès des sociétés-soeurs ainsi que l'ensemble de ses dettes, elle présente une argumentation purement appellatoire, partant, irrecevable (cf. supra consid. 2.2).

La cour cantonale a aussi fondé son raisonnement sur le fait que les chiffres d'affaires mensuels inscrits dans le pan de trésorerie varient de manière importante mois après mois, sans que la recourante ne fournisse d'explication à cet égard ni que les documents produits ne permettent d'y voir plus clair. La recourante ne saurait enfin se prévaloir d'un arrêt rendu par l'autorité cantonale dans une constellation différente pour démontrer qu'en l'espèce, le droit fédéral aurait été violé.

En définitive, autant que recevables, les arguments de la recourante ne permettent pas de démontrer que l'autorité cantonale aurait fait preuve d'arbitraire dans la constatation des faits, ni qu'elle aurait abusé du large pouvoir d'appréciation dont elle dispose en retenant que la recourante ne présente manifestement aucune perspective d'assainissement.

## **E. 6**

La recourante s'en prend enfin à l'arrêt cantonal en tant qu'il retient qu'il n'existe manifestement aucune perspective d'homologation d'un concordat.

### **E. 6.1**

Il ressort à cet égard de l'arrêt entrepris que seul le concordat par abandon d'actifs pourrait entrer en considération en l'espèce, un concordat ordinaire étant exclu en l'absence de perspectives d'assainissement. Certes, aucun élément du dossier ne permettait de considérer qu'une telle homologation serait, en l'état, refusée par les créanciers impliqués et le simple fait que, selon la première juge, la CCNC semblait déterminée à aller au terme des démarches de recouvrement entreprises à l'encontre de la société ne permettait pas de tirer une telle conclusion. Toutefois, la perspective de parvenir à un concordat par abandon d'actifs devait être écartée en raison de l'état de surendettement important de la société: selon les chiffres inscrits au bilan de l'exercice 2022, ses dettes s'élevaient à 2'040'039 fr. 12. Son actif était de 1'557'831 fr. 40. Le montant de l'actif était en outre clairement surévalué. Il était en particulier relevé que l'actif était constitué de créances envers des sociétés apparentées (446'852 fr. 58) et envers l'actionnaire (457'324 fr. 36). Même si la société était sujette à de graves difficultés, il ne ressortait pas du dossier qu'elle aurait tenté d'obtenir le paiement de ses créances et l'on pouvait raisonnablement en inférer que celles-ci représentaient, dans le bilan, une non-valeur. Quant à la valeur inscrite dans le bilan pour le "Site internet" (soit un montant de 110'000 fr.), il ne faisait l'objet d'aucune explication et semblait largement surévalué. Il en résultait que le surendettement était très marqué, ce qui excluait toute perspective de concordat par abandon d'actifs, dont le résultat ne serait guère différent d'une faillite.

L'absence de liquidités et l'existence d'un surendettement important avaient pour conséquence que la société se trouvait dans l'incapacité de financer le fonctionnement de l'entreprise pendant la durée (hypothétique) du sursis concordataire. Il était dès lors, pour ce motif également, exclu d'octroyer un sursis provisoire. Au demeurant, comme pour les deux autres sociétés-soeurs du groupe, les informations fournies par la société recourante étaient souvent incomplètes, voire peu fiables, et il convenait d'analyser ses allégations avec une grande prudence, et même avec une certaine méfiance. On ne pouvait donc qu'être pessimiste quant à sa future collaboration, pourtant indispensable pour tirer profit positivement d'un sursis provisoire. Dans ces conditions, l'octroi du sursis ne pouvait, aussi pour ce motif et au regard de l'objectif assigné à cette mesure dans l'esprit du législateur, lui être accordé.

### **E. 6.2**

Se prévalant d'arbitraire dans l'établissement des faits, la recourante " s'étonne de constater " que l'autorité cantonale n'a pas pris en compte ses observations du 4 mai 2023, dans lesquelles elle avait allégué que la marque " A. \_\_\_\_\_ ", qui pouvait être estimée à 10'000'000 fr., lui appartenait mais n'avait pas été valorisée dans ses comptes. Compte tenu d'un tel montant, il était manifeste qu'elle ne se trouvait pas dans une situation de surendettement mais qu'au contraire, elle pouvait compter sur une importante réserve latente. La juridiction précédente n'avait " même pas référencé les observations précitées dans son dossier " ni tenu compte de cette allégation, sans motiver les raisons d'un tel choix. Ce faisant, elle avait " une nouvelle fois constaté les faits de manière arbitraire au sujet de la perspective d'homologation d'un concordat par abandon d'actifs ".

La recourante estime aussi que le fait, constaté dans l'arrêt entrepris, qu'" aucun élément au dossier ne permet de considérer qu'une telle homologation serait, en l'état, refusée par les créanciers impliqués ", imposait à lui seul à la cour cantonale d'accorder un sursis provisoire, puisque l' art. 293a LP ne permet de le refuser que si une homologation est manifestement exclue. De surcroît, la cour cantonale s'étant fondée sur la prémisse erronée selon laquelle elle serait en situation de surendettement important, ce qui n'était pas avéré, il n'était absolument pas possible d'exclure l'hypothèse de l'homologation d'un concordat par abandon d'actifs.

### **E. 6.3**

En tant qu'elle reproche un défaut de motivation à l'autorité précédente s'agissant de l'absence de mention du contenu de ses observations du 4 mai 2023 - en particulier de son allégation selon laquelle la marque "A. \_\_\_\_\_" lui appartenait et pouvait être estimée à 10'000'000 fr. -, la recourante omet que pour respecter le droit d'être entendu ( art. 29 al. 2 Cst. ), sous l'angle du droit à une décision motivée, le juge n'est pas tenu de discuter tous les arguments soulevés par les parties, mais peut se limiter à ceux qui lui paraissent pertinents ( ATF 147 IV 249 consid. 2.4; 146 II 335 consid. 5.1; 143 III 65 consid. 5.2; 142 II 154 consid. 4.2). Certes, la recourante soutient que la cour cantonale aurait ce faisant omis un fait essentiel pour l'issue du litige et ainsi fait preuve d'arbitraire. Elle se limite toutefois à reprocher à la juridiction précédente de ne pas avoir tenu compte de son allégation, omettant que celle-là n'était pas tenue de se fonder sur les allégués des parties, mais devait au contraire apprécier les preuves produites afin de déterminer si les faits allégués étaient rendus vraisemblables (cf. notamment arrêt 5A\_556/2021 et 5A\_557/2021 du 20 septembre 2022 consid. 5.3.2 in fine). Au surplus, dans son recours fédéral, il lui appartenait d'exposer de manière claire et détaillée en quoi, au vu des moyens de preuve fournis en instance cantonale, la constatation des faits était insoutenable. Faute de satisfaire au principe d'allégation, son grief est irrecevable (cf. supra consid. 2.1).

La recourante ne peut pas non plus être suivie lorsqu'elle soutient que, l'hypothèse d'un accord avec les créanciers impliqués ne pouvant être écartée, le sursis provisoire ne pouvait être refusé. Elle perd de vue que l'homologation d'un concordat n'est pas soumise au seul accord des créanciers mais suppose la réalisation d'autres conditions prévues aux art. 305 à 306a LP, parmi lesquelles, pour le concordat par abandon d'actifs, celle que le produit de la réalisation ou la somme offerte par le tiers apparaissent supérieurs au prix qui pourrait être obtenu dans une liquidation par voie de faillite. Autrement dit, seul un concordat qui représente pour les créanciers un intérêt suffisant pourra être homologué (arrêt 5P.164/2003 du 20 octobre 2003 consid. 2.3.1). Cette condition demeure pleinement applicable nonobstant l'abrogation de l' art. 306 al. 1 ch. 1bis LP qui la posait expressément, le seul

motif de cette abrogation résidant dans le fait qu'il s'agissait en réalité d'un cas d'application du principe de la proportionnalité du concordat ( art. 306 al. 1 ch. 1 LP ; FF 2010 5871, 5904).

Au surplus, la recourante ne s'en prend pas de manière topique à la constatation de fait selon laquelle, au vu de son absence de liquidités et de son important surendettement, elle se trouve dans l'incapacité de financer le fonctionnement de l'entreprise pendant la durée hypothétique du sursis concordataire (cf supra consid. 2.1), pas plus qu'elle ne soutient que ce critère n'aurait pas dû entrer en considération dans l'appréciation de la cause (cf. supra consid. 2.1).

En définitive, la recourante ne parvient pas à démontrer que l'autorité cantonale aurait abusé de son pouvoir d'appréciation en jugeant qu'il n'y avait manifestement aucune perspective d'homologation d'un concordat dans les circonstances de l'espèce.

#### **E. 7**

Vu ce qui précède, la juridiction précédente n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation en retenant qu'il n'existait manifestement pas de perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat et que la demande de sursis provisoire devait être rejetée.

#### **E. 8**

En conclusion, le recours est rejeté dans la mesure de sa recevabilité, aux frais de la recourante ( art. 66 al. 1 LTF ). Il n'y a pas lieu d'accorder de dépens à l'intimée, qui a partiellement succombé dans ses conclusions sur la requête d'effet suspensif et n'est quoi qu'il en soit pas assistée par un mandataire professionnel (art. 68 a. 1 et 2 LTF).

L'effet suspensif ordonné en instance fédérale se rapportant tant à la force exécutoire qu'à la force de chose jugée du prononcé de faillite, il convient de fixer à nouveau la date de l'ouverture de la faillite (cf. ATF 118 III 37 consid. 2b; arrêts 5A\_818/2019 du 31 janvier 2020 consid. 5; 5A\_778/2015 du 16 décembre 2015 consid. 4 et l'arrêt cité).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.