

## **VD\_FINDINFO Faillite / 2013 / 8 vom 2. Mai 2013**

VD Tribunal cantonal, 2013-05-02, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_Faillite\\_\\_\\_2013\\_\\_\\_8](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_Faillite___2013___8)

FR: VD\_FINDINFO Faillite / 2013 / 8 du 2 mai 2013

IT: VD\_FINDINFO Faillite / 2013 / 8 del 2 maggio 2013

### **Regeste**

FAILLITE SANS POURSUITE PRÉALABLE, AJOURNEMENT DE LA FAILLITE |  
173a LP, 190 al. 1 ch. 2 LP

### **Erwägungen**

#### **E. 14**

décembre 2011 une requête de faillite sans poursuite préalable dirigée contre la recourante. Il est manifeste en l'espèce que la recourante est en défaut de liquidités, et ce de manière durable. Ce qui a été développé à ce sujet par le premier juge est pertinent, et peut être repris par adoption de motifs. Les seuls revenus de la recourante consistent en des loyers. Or, comme le relève la décision entreprise, pour des motifs qui tiennent aux liens existant entre les deux sociétés, la recourante n'a pas réclamé à sa locataire V.\_\_\_\_\_ SA le loyer dû, ni entrepris à temps de démarches pour signifier à celle-ci une résiliation extraordinaire du contrat de bail pour non paiement du loyer (cf. art. 257 CO). Bien plus, la recourante a laissé sa locataire conclure le 2 novembre 2011 un sous-bail portant sur les locaux servant à l'exploitation de l'hôtel avec une société tierce qui, elle non plus, n'a pas payé de loyer, alors qu'elle s'était engagée en février 2012 à s'en acquitter directement en mains de la bailleuse. En définitive, la recourante détient certes une créance estimée à plusieurs centaines de milliers de francs à l'encontre de sa locataire et de sa sous-locataire, mais il ne s'agit que d'actifs virtuels puisque, de l'aveu même des intéressés, la société locataire, qui a aussi été déclarée en faillite, n'est pas en mesure de s'en acquitter, et la sous-locataire non plus. Dans ces circonstances, à court de toute liquidité, la recourante n'a pas payé des dettes incontestées et exigibles, à l'instar des charges de la PPE qui, comme le fait remarquer l'intimée, augmentent de mois en mois. Elle a en outre accumulé des dettes de droit public, d'impôt et de l'ECA, y compris pour de petits montants. Enfin, ce sont des tiers qui se sont acquittés de certaines de ses dettes, notamment d'une partie des charges de PPE, des honoraires du commissaire et des avances d'honoraires prévus par la décision prise par le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois à l'issue de l'audience du 27 septembre 2012. C'est donc à juste titre que ce magistrat a constaté que les conditions posées par l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP étaient remplies. IV. a) Selon l'art. 173a LP, applicable en matière de faillite sans poursuite préalable en vertu du renvoi de l'art. 194 LP, si le débiteur ou un créancier ont introduit une demande de sursis concordataire ou de sursis extraordinaire, le tribunal peut ajourner le jugement de faillite (al. 1); le tribunal peut aussi ajourner d'office le jugement de faillite lorsqu'un concordat paraît possible; il transmet dans ce cas le dossier au juge du concordat (al. 2). Cette norme constitue toutefois une mesure d'exception dans le système du droit de l'exécution forcée et doit être appliquée restrictivement (Cometta, op. cit., n. 7 ad art. 173a LP; Gilliéron, Commentaire de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 14 ad art. 173a LP). L'art. 173a LP est une mesure

d'exécution forcée permettant d'éviter l'ouverture de la faillite quand sont réalisées les conditions d'un assainissement financier, notamment sous la forme d'un sursis concordataire. Le juge de la faillite saisi d'une requête d'ajournement doit examiner si une requête motivée du sursis, accompagnée du projet de concordat et des pièces justificatives (bilan détaillé, compte d'exploitation ou tous autres documents faisant apparaître l'état du patrimoine et des revenus du poursuivi) a été déposée et si, sur la base de ces pièces, émerge, selon toute vraisemblance, une certaine probabilité concrète d'homologation du concordat (Gilliéron, op. cit. n. 13 ad art. 173a LP). Tout comme le juge saisi de la requête de sursis concordataire, le juge de la faillite saisi d'une demande d'ajournement doit donc poser un pronostic, sur la base d'un examen sommaire, à propos des chances de succès de la requête de concordat. Selon la jurisprudence, l'art. 173a al. 1 LP introduit une faculté (Kannvorschrift), laissée à l'appréciation du juge de la faillite. Si, la faillite ayant été ajournée, le sursis concordataire est octroyé, la réquisition de faillite doit être annulée dès que la décision accordant le sursis est devenue définitive (TF 5P.288/1997 du 7 octobre 1997, c. 31). L'ajournement de la faillite déploiera ses effets pendant la durée correspondant au temps nécessaire au juge pour rendre sa décision sur le sursis concordataire. Une telle décision tend ainsi à maintenir la situation inchangée dans l'attente du résultat de la procédure concordataire. Compte tenu de son caractère temporaire, de sa dépendance par rapport à la procédure de sursis concordataire – elle-même considérée comme une mesure provisionnelle (ATF 135 III 430 c. 1.3) – et du pronostic qu'elle implique lequel s'opère sur la base de la vraisemblance, l'ajournement doit être considéré comme une mesure provisionnelle (TF 5A\_211/2010 du 12 janvier 2011, c. 2.1 et 2.2). Dans le cadre de la procédure sommaire (art. 251 let. a CPC), le tribunal examine s'il est rendu vraisemblable qu'un concordat est possible. A cet égard, il ne suffit pas au débiteur d'alléguer l'existence d'une telle possibilité; encore faut-il que celle-ci ressorte du dossier, ou des éléments de preuve amenés par le débiteur, le créancier ou des tiers (Giroud, Basler Kommentar SchKG II, n. 7 à 9 ad art. 173a LP et les réf. cit.). b) L'art. 173a LP s'applique également lorsque le juge de la faillite a reçu l'avis de surendettement de l'art. 725 al. 2 CO (Giroud, op. cit., n. 2 ad art. 173a). Au vu de cet avis, il déclare la faillite (art. 725a al. 1 CO). Il peut l'ajourner, à la requête du conseil d'administration ou d'un créancier, si l'assainissement de la société paraît possible; dans ce cas, il prend les mesures propres à la conservation de l'actif social (art. 725a al. 1 CO); il peut par exemple désigner un curateur (art. 725a al. 2 CO). En outre, le juge doit veiller à ce que les créanciers ne se trouvent pas, en raison de l'ajournement, dans une situation plus mauvaise qu'en cas d'ouverture immédiate de la faillite (Peter, Commentaire romand CO II, n. 25 ad art. 725a CO et les réf. cit.). Selon le Tribunal fédéral, l'assainissement ne paraît possible, au sens de l'art. 725a al. 1 CO, que si les mesures d'assainissement proposées permettront selon toute vraisemblance d'éliminer le surendettement dans le délai prévu et de restaurer à moyen terme la capacité de gain, qui seule laisse entrevoir des perspectives d'avenir (TF, 5P.466/1999 du 11 avril 2000, c. 3; TC VS du 8 octobre 2004, in B1SchK 2005, 164 ss) ; la jurisprudence zurichoise exige même une haute vraisemblance (Peter, op. cit., n. 26 ad art. 725a CO et les réf. cit.). Quoi qu'il en soit, il appartient au conseil d'administration ou au créancier qui requiert l'ajournement de produire un plan d'assainissement exposant les mesures propres à assainir la société (TF 5P 263/2003 du 25 août 2003, c. 3.2; TF 5P.466/1999, précité). c) Dans la réponse qu'elle a déposée le 13 juin 2012 à la suite à la requête de faillite de l'intimée, la recourante a sollicité formellement, à titre subsidiaire, que le président fasse usage de la faculté que lui conférait l'art. 173a LP, et qu'il ajourne d'office la décision sur la requête de faillite. Cela

signifie, a contrario, que ni la recourante débitrice ni un créancier – par exemple la Banque M. \_\_\_\_\_ – n'ont introduit une demande de sursis concordataire ou de sursis extraordinaire, en application de l'art. 173a al. 1 LP. Le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois a accordé, le 20 juillet 2012, à la recourante un ajournement de faillite pour deux mois, soit jusqu'au 28 septembre 2012, en application de l'art. 173a al. 2 LP, au motif qu'un concordat était peut-être possible. Le 23 octobre 2012, il a constaté que la société était surendettée mais a estimé qu'un assainissement paraissait possible, au sens de l'art. 725a CO et a dès lors prolongé l'ajournement jusqu'au 24 janvier 2013. Il ne ressort toutefois pas du dossier qu'un avis de surendettement au sens de l'art. 725 al. 2 CO ait été transmis au juge par le conseil d'administration de la recourante. Au demeurant, à supposer que tel ait été le cas, la mesure d'assainissement envisagée – soit la vente par la recourante de ses immeubles à un repreneur – n'aurait très vraisemblablement pas pu aboutir au redressement de la société à moyen ou à long terme, comme exigé par la doctrine et la jurisprudence (cf. supra IV b) in fine), mais à sa liquidation. Il n'est en effet pas contesté que lesdits immeubles sont les seuls actifs réalisables de la recourante. Il s'ensuit, que, nonobstant la formulation utilisée dans le prononcé du 23 octobre 2012, il convient d'interpréter cette décision comme une décision d'ajournement selon l'art. 173a LP, à l'instar de celle prononcée le 20 juillet 2012. d) Les deux ajournements accordés reposaient sur des allégations de la recourante selon lesquelles il existait des perspectives quant à la vente "imminente" des immeubles lui appartenant. A titre de preuve, elle avait produit un projet d'acte de vente daté du 20 avril 2012. Ce projet ne comporte cependant aucun nom, ni aucune mention permettant d'identifier le prétendu acquéreur, et la recourante avait alors refusé de donner des détails à cet égard, par souci de confidentialité. Il s'agissait prétendument d'un ressortissant du Luxembourg, qui devait au préalable créer une société qui, elle, aurait acquis les immeubles en cause appartenant à la recourante, ainsi que ceux appartenant à la créancière hypothécaire, ce qui supposait la réalisation d'une série de conditions et, en particulier, l'obtention d'une autorisation de la Commission foncière section II. Enfin, cette vente devait être conclue avant le 15 novembre 2012. Or, à la date de l'audience du 6 décembre 2012, le premier juge a constaté qu'aucun élément de fait concret en relation avec cette vente n'était établi. A juste titre. En effet, l'identité de la société acquéresse, voire même son existence ne sont pas établies. De plus, ni l'ouverture du compte bancaire de consignation sur lequel un acompte aurait dû être versé, ni la passation d'un acte de vente notarié avant la date fixée au 15 novembre 2012 n'ont été rendues vraisemblables. Il faut en déduire que, si une société avait eu des velléités d'investir dans l'acquisition des immeubles en cause – ce qui n'est pas établi au stade de la vraisemblance –, cette intention n'existait plus à la date de l'audience du 6 décembre 2012, ni à la date du dépôt du recours. Il incombait à la recourante de rendre crédibles ses allégations, par exemple par la production de pièces, même en seconde instance. Or, ni en première instance ni dans son recours, la recourante n'a apporté le moindre élément concret à cet égard. Elle se contente d'affirmer en seconde instance que les constatations faites sur ce point dans le jugement sont fausses, mais n'amène pas le début des preuves attendues. La recourante se prévaut du fait qu'avant l'audience, le curateur H. \_\_\_\_\_ aurait affirmé que des amateurs sérieux se décideraient sur l'achat d'ici quelques semaines, qu'un rendez-vous aurait lieu le 5 décembre 2012 et que la révocation de l'ajournement ne lui semblait pas appropriée. Il faut toutefois replacer ces propos dans leur contexte. Dans le courriel qu'il a adressé le 4 décembre 2012 au premier juge, le curateur mentionne clairement qu'il débute ses investigations et qu'il ne dispose pas d'éléments importants lui permettant de se déterminer

de façon précise. Ces faits sont confirmés par les indications figurant dans sa note d'honoraires du 12 décembre 2012, qui démontrent que les administrateurs de la recourante ainsi que le gérant de B. \_\_\_\_\_ Sàrl ont régulièrement évoqué devant le curateur l'existence d'acheteurs potentiels, sans jamais fournir d'informations concrètes à leur sujet. Ainsi, jusqu'au jour de l'audience, le curateur n'avait aucun renseignement précis, ni sur l'identité des prétendus acquéreurs intéressés ni sur leurs intentions, et s'en remettait sur ces deux points à ce que lui affirmaient les représentants de la recourante ou des locataires de cette dernière. En particulier, le curateur n'avait pas eu d'entretien avec les prétendus acquéreurs intéressés ni n'avait en main de document propre à établir leur identité et leurs intentions. Quant au rendez-vous fixé au 5 décembre 2012, au cours duquel il devait rencontrer l'un d'eux, il ressort de la note d'honoraires qu'il n'a pas eu lieu. Au vu de ce qui précède, force est de constater que l'existence d'une personne intéressée à l'acquisition à brève échéance de l'ensemble des immeubles de la recourante n'a pas été rendue vraisemblable, ni même plausible par cette dernière. Il est vrai que, dans deux courriers adressés après l'audience par la sous-locataire et la créancière hypothécaire au président, il est fait état d'acquéreurs potentiels (soit, pêle-mêle, une société genevoise, un ministre algérien et un concurrent japonais). A supposer que ces courriers – qui émanent de tiers à la procédure, qui ont été produits après l'audience et n'ont donc pas été soumis aux parties – puissent être pris en considération, il faudrait constater que les affirmations qu'ils contiennent ne sont étayées par aucune pièce. Dans ces circonstances, c'est à juste titre que le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois a estimé que les conditions d'un ajournement de faillite n'étaient plus remplies lors de l'audience du 6 décembre 2012 et a révoqué l'ajournement prononcé le 23 octobre 2012. On rappellera à cet égard que l'ajournement de faillite de l'art. 173a LP est une faculté ("Kannvorschrift") laissée au juge lorsqu'il considère que les conditions en sont réunies (cf. supra IV a). Dans la mesure où celles-ci n'apparaissent plus réalisées, il a la possibilité de révoquer l'ajournement prononcé, en particulier lorsque, comme dans le cas d'espèce, il a agi d'office (art. 173a al. 2 LP) et qu'en l'absence d'une requête de sursis et d'un projet de concordat, une procédure concordataire n'a pas encore débuté. Mal fondé, le moyen de la recourante tiré de la violation de l'art. 173a LP, doit être rejeté. V. En définitive, le recours doit être rejeté et le jugement de faillite confirmé. Vu l'effet suspensif accordé au recours, il convient de prononcer la faillite de la recourante qui prend effet au jour de la présente décision. Les honoraires du curateur provisoire Philippe Chiocchetti seront fixés par prononcé présidentiel séparé. Les frais de deuxième instance, arrêtés à 300 fr., sont mis à la charge de la recourante. L'intimée, qui obtient gain de cause a droit à des dépens arrêtés à 1'200 francs.