

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 15 juillet 2022

Composition : M. HACK, président
M. Maillard et Mme Cherpillod, juges
Greffier : Mme Debétaz Ponnaz

* * * * *

Art. 294 et 295b 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 la **CONFÉDÉRATION SUISSE**, représentée par l'**ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS**, à Berne, contre la décision rendue le 15 mars 2022, à la suite de l'audience du 3 février 2022, par le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne, prolongeant le sursis concordataire accordé à **V. _____ SÀRL**, à [...].

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. a) Le 19 janvier 2018, V._____Sàrl a déposé un avis de surendettement et une requête d'ajournement de faillite de six mois, demandant la nomination de l'agent d'affaires breveté W._____ comme curateur. L'intimée indiquait devoir à ses créanciers un montant de 387'000 fr. dont 272'992 fr. en poursuite. Elle mentionnait un chiffre d'affaires « stable » pour les années 2015 à 2016, « oscillant entre 1'400'000 fr. et 1'200'000 fr. » et disait avoir réduit ses charges d'exploitation, notamment en diminuant sa masse salariale. Elle estimait pouvoir régler l'intégralité de ses dettes, à savoir principalement des charges sociales et des impôts, en y affectant l'intégralité de son bénéfice, pensant ainsi pouvoir consigner un montant de 5'000 fr. à 10'000 fr. par mois sur le compte de son mandataire. Elle entendait également recouvrer ses créances auprès de ses débiteurs arriérés pour un montant de 162'639 fr. 55.

Par décision du 22 janvier 2018, la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Lausanne a suspendu les poursuites et ajourné toute décision de faillite. Par décision prenant date le 29 mars 2018, elle a ordonné l'ajournement de faillite (art. 820 al. 2 et 725a al. 1, 2^e phrase, CO [Code des obligations ; RS 220]) jusqu'au 30 juin 2018 et désigné l'agent d'affaires breveté W._____ comme curateur.

L'ajournement de faillite a par la suite été prolongé à cinq reprises, pour des périodes de six ou neuf mois, la dernière fois jusqu'au 16 mars 2021.

b) Le 22 mars 2021, V._____Sàrl a requis un sursis concordataire provisoire de quatre mois, suivi d'un sursis concordataire définitif de six mois. A l'appui de sa requête, elle a produit notamment le rapport du curateur du 1^{er} mars 2021, établi « en l'absence des comptes

2020 » (pièce 3), et le rapport annuel de sa fiduciaire sur ses comptes arrêtés au 31 décembre 2020 (pièce 4).

Par décision du 9 avril 2021, le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne a accordé à la requérante un sursis provisoire de quatre mois, a désigné l'agent d'affaires breveté W. _____ en qualité de commissaire provisoire et a convoqué les parties à son audience du 12 août 2021. A la suite de cette audience, par décision prenant date le 19 août 2021, le président a accordé à la requérante un sursis concordataire définitif de six mois échéant le 9 février 2022 et a désigné le commissaire provisoire en qualité de commissaire au sursis.

c) Par lettre du 23 août 2021, l'Administration fédérale des contributions (ci-après : AFC) a informé le président du tribunal que la TVA due entre l'ajournement de faillite et le sursis provisoire de 11'331 fr. 90 (décompte Q04/20) n'avait toujours pas été réglée et que le décompte trimestriel de TVA échu à fin mai 2021 (Q01/2021) n'avait pas encore été remis et payé, circonstances qui pouvaient, selon elle, être interprétée comme une péjoration de la situation financière de la société.

Invitée à se déterminer, la sursitaire a produit, le 31 août 2021, la preuve du paiement de 11'331 fr. 90, exécuté le même jour. Le 30 septembre 2021, elle a produit le décompte de TVA Q01/2021 remis à l'AFC.

Par lettre du 15 décembre 2021, l'AFC a informé le président du tribunal que la sursitaire n'était pas à jour avec ses dettes courantes, le décompte de TVA du deuxième trimestre 2021 échu le 31 août 2021, de 8'066 fr. 50, n'étant toujours pas payé.

Invitée à se déterminer, la sursitaire a produit, le 25 janvier 2022, la preuve du paiement de 8'066 fr. 50, exécuté le 23 décembre 2021.

d) Le commissaire au sursis a produit son rapport, établi le 31 janvier 2022 et fondé sur les comptes arrêtés au 31 décembre 2020, ainsi que la liste des productions de créances et la liste des débiteurs. La première présentait une somme totale de 335'801 fr. 80, dont 62'077 fr. 22 en première classe, 62'140 fr. 15 en deuxième classe et 211'584 fr. 43 en troisième classe ; dans cette dernière classe de créanciers figuraient notamment l'AFC pour des créances de 125'137 fr. 80 (TVA), l'Administration cantonale des impôts pour des créances de 20'154 fr. 78 (impôts à la source 2019 et 2020) et l'Office d'impôt des personnes morales pour des créances de 10'206 fr. 20 (soldes d'impôt sur le bénéfice et le capital et d'impôt fédéral direct 2013, 2014 et 2015). La liste des débiteurs présentait une somme totale d'impayés de 207'786 fr. 84. Le rapport concluait à la prolongation du sursis pour une durée de six mois supplémentaire.

e) Lors de l'audience qui s'est tenue le 3 février 2022, la sursitaire a indiqué adhérer aux conclusions du rapport du commissaire. Le représentant de l'Office des poursuites du district de l'Ouest lausannois a produit les dernières réquisitions de poursuite reçues à l'encontre de la sursitaire et s'est opposé à la prolongation du sursis. Le commissaire a produit un relevé relatif aux cotisations LPP de la requérante, montrant que celle-ci était à jour dans ses paiements depuis l'octroi du sursis.

2. Par décision adressée pour notification aux parties le 15 mars 2022 et publiée dans la Feuille des avis officiels, le sursis concordataire a été prolongé de six mois, soit jusqu'au 9 août 2022 (I), le commissaire au sursis a été maintenu dans ses fonctions (II) et invité à déposer son rapport une semaine avant l'audience fixée au 4 août 2022 (IV et VI), et les frais judiciaires, arrêtés à 400 fr., ont été mis à la charge de la sursitaire (VII).

3. Par acte du 30 mars 2022, l'AFC a recouru contre la décision précitée, concluant à l'annulation de la prolongation du sursis et à la

révocation du sursis concordataire, avec suite de frais et dépens. Les pièces produites à l'appui de son recours ne sont pas nouvelles, à l'exception de certaines correspondances qu'elle a échangées avec le commissaire entre 2018 et 2021.

L'Office des poursuites du district de l'Ouest lausannois et l'Office des faillites de l'arrondissement de Lausanne ont déclaré s'en remettre à justice, par lettres des 9 et 13 juin 2022.

Le commissaire, par détermination du 16 juin 2022, a conclu au rejet du recours.

L'intimée, par mémoire de réponse du 17 juin 2022, a conclu au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. Elle a produit le rapport du commissaire au sursis du 31 janvier 2022 ainsi que deux pièces nouvelles, à savoir le rapport du commissaire à l'assemblée des créanciers du 4 mai 2022 et le décompte de TVA du quatrième semestre 2021 adressé à l'AFC.

En droit :

I. a) En vertu de l'art. 295c al. 1 LP, 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).

En l'espèce, la recourante, créancière de l'intimée, a ainsi qualité pour recourir. Elle a agi dans les formes requises, par acte écrit et motivé, et en temps utile, dans les dix jours suivant la notification de la décision attaquée (art. 321 al. 1 et 2 CPC). Les pouvoirs de représentation

de la signataire de l'acte ont été dûment établis par la production d'une procuration. Le recours est recevable.

b) Les réponses de l'intimée, du commissaire au sursis et des deux offices des faillites et des poursuites concernés, déposées dans le délai de dix jours suivant la notification du recours pour détermination (art. 322 CPC), sont également recevables.

II. 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 (CPF 13 mai 2015/131 ; CPF 15 janvier 2015/2).

Il s'ensuit que les faits nouveaux allégués et les preuves nouvelles produites par les parties sont irrecevables. C'est en particulier la cas des pièces et faits nouveaux invoqués par l'intimée relatifs à l'assemblée des créanciers du 4 mai 2022.

III. a) La recourante estime que le sursis accordé est disproportionné et injustifié et que la prolongation ne se base sur aucun élément objectif pertinent. Selon elle, la durée de la procédure d'ajournement de faillite (de plus de trois ans) aurait dû être prise en compte dans la fixation de la durée du sursis et dans la question de sa prolongation ; les conditions d'octroi du sursis et de prolongation du sursis devraient être d'autant plus restrictives lorsqu'une entreprise a déjà pu bénéficier d'une suspension des procédures d'encaissement durant presque quatre ans par l'enchaînement d'un ajournement de faillite et d'un sursis concordataire, ces « délais à rallonge » n'étant pas sans conséquence pour les créanciers ; la recourante invoque à cet égard le risque de prescription fiscale (art. 91 LTVA [loi fédérale régissant la taxe sur la valeur ajoutée ; RS 641.20]), mettant en péril l'encaissement de ces impôts à moyen terme. La recourante estime également que l'autorité

précédente a outrepassé son pouvoir d'appréciation en ne tenant pas compte du fait que la sursitaire n'a proposé aucune solution d'arrangement pour les arriérés, alors que son cas ne présente aucune complexité particulière ; or depuis l'ouverture de la procédure d'ajournement de faillite (en mars 2018), aucune proposition concrète n'a été soumise à la recourante, qui a fait valoir une créance de « 125'356 fr. » [réd. recte : 125'137 fr. 80]. La recourante demande l'annulation de la prolongation du sursis concordataire et la révocation de ce sursis.

b) 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.

aa) Selon l'art. 294 LP, 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 (al. 1). Le juge cite le débiteur et, le cas échéant, le créancier requérant à comparaître à une audience préliminaire. Le commissaire provisoire fait rapport oralement ou par écrit. Le juge peut entendre d'autres créanciers (al. 2). Le juge prononce d'office la faillite s'il n'existe aucune perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat (al. 3).

Pour que le sursis définitif soit accordé, la perspective d'un assainissement sans conclusion d'un concordat suffit. 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 (TF 5A_495/2016 du 11 novembre 2016 consid. 3.1 ; 5A_950/2015 du 29 septembre 2016 consid. 8.3.1). Lors de l'assainissement, tous les créanciers doivent être totalement satisfaits, à moins que des solutions

individuelles puissent être trouvées (TF 5A_495/2016 précité consid. 3.1). A côté de l'apport de nouveaux moyens, entrent également en considération des mesures telles que la vente d'actifs de l'entreprise (TF 5A_495/2016 précité consid. 3.1). Selon un arrêt récemment publié, le Tribunal fédéral a encore précisé que l'exigence de perspectives d'assainissement ou d'homologation d'un concordat posée par l'art. 294 al. 1 LP signifie qu'un assainissement doit pouvoir être attendu, ou qu'un concordat doit présenter des chances réalistes d'aboutir (ATF 147 III 226 consid. 3.1.3).

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 perspective 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, 8^e éd., Zurich 2014, n. 399, p. 168 ; CPF 3 juin 2019/71 consid. 2 b aa).

bb) Sur demande du commissaire, le sursis - définitif - peut être prolongé jusqu'à douze mois et, dans les cas particulièrement complexes, jusqu'à vingt-quatre mois (art. 295b al. 1 LP).

c) En l'espèce, la prolongation du sursis concordataire, initialement octroyé le 19 août 2021, a été accordée - par la décision attaquée rendue le 15 mars 2022 à la suite de l'audience du 3 février précédent - sur la base du rapport du commissaire du 31 janvier 2022. Or ce rapport se fonde sur des comptes arrêtés au 31 décembre 2020. C'est dire que même pour se voir accorder le sursis provisoire et le premier sursis définitif, respectivement en mars et en août 2021, l'intimée, pourtant assistée et en procédure d'ajournement de faillite depuis trois ans, ce qui aurait dû lui donner le temps de réunir les éléments prescrits

par l'art. 293 let. a CPC, n'a pas respecté l'exigence posée par cette disposition de produire un bilan à jour, ainsi qu'un compte de résultats et un plan de trésorerie présentant l'état actuel et futur de son patrimoine. Pour ce motif, l'octroi du sursis définitif initial prêtait déjà le flanc à la critique. La prolongation de ce sursis est d'autant plus injustifiée qu'elle a été demandée sur la base de comptes datant de plus de douze mois, dont on ne saurait admettre qu'ils présentent les actifs actuels de la société comme le soutient le commissaire. Au demeurant, ce dernier a rapporté que ces comptes « ont fait état d'un résultat à l'équilibre de - fr. 5'400.45 », ce qui signifie en réalité qu'ils sont déficitaires. A cela s'ajoute que l'intimée avait indiqué, dans sa requête d'ajournement de faillite du 19 janvier 2018, qu'elle pourrait consigner 5'000 fr. à 10'000 fr. par mois pour régler l'intégralité de ses dettes. Or selon le rapport du commissaire établi le 31 janvier 2022, soit quarante-huit mois plus tard, elle n'avait consigné que 53'142 fr. 60, somme totalement insuffisante pour acquitter, même partiellement, le montant de ses dettes, la seule créance de la recourante s'élevant déjà à 125'137 fr. 80 au moins. En outre, le commissaire au sursis, curateur de l'intimée depuis 2018, a indiqué dans son rapport du 31 janvier 2022 que celle-ci pourrait consigner en plus quelque 20'000 fr. à 25'000 fr. « d'ici la fin de l'année » - alors que la prolongation était demandée pour une durée de six mois -, mais il n'a pas fait état de perspectives d'assainissement, au sens de la jurisprudence exposée ci-dessus. Il n'a pas non plus fait état de démarches concrètes en matière d'homologation d'un concordat avec les créanciers de l'intimée, alors que ceux-ci, dont la recourante, attendaient alors depuis quatre ans. Dire que la consignation évoquée - soit quelque 73'000 fr. à 78'000 fr. au total - « couvrira partiellement le montant des créanciers privilégiés » n'était qu'un pronostic très insuffisant, d'autant que le sort des autres créanciers, dont la recourante, ne faisait l'objet que d'une ébauche de solution évoquée dans les termes les plus vagues et dépendante d'une nouvelle prolongation du sursis, durant laquelle il s'agirait « de constituer un matelas de liquidités destiné à proposer aux créanciers chirographaires un concordat dividende (...) dont le taux ainsi que les échéances restent à déterminer ».

On notera encore que dans son rapport du 1^{er} mars 2021, le curateur indiquait que les mesures d'assainissement – déjà « exposées dans la requête d'ajournement de faillite du 19 janvier 2018, et débattues à l'occasion de [ses] rapports antérieurs [rééd. soit six entre juin 2018 et août 2020] » – tendaient « à l'augmentation du chiffre d'affaires, à la diminution des charges, et par conséquent à l'augmentation de la marge en vue de résorber l'état de surendettement résultant des comptes ». Or, le rapport du 31 janvier 2022 qu'il a établi en qualité de commissaire au sursis indique que « pour l'année 2021, il est escompté un chiffre d'affaires équilibré », et ne dit rien de la diminution des charges, mais mentionne que le règlement des charges LPP et AVS échues au 31 décembre 2021 « reste à justifier par la sursitaire ». On voit mal comment on pourrait estimer que des mesures d'assainissement, certes envisagées, seraient réalisables dans ces conditions. On constate de plus à lire le dernier rapport annuel des comptes de l'intimée au dossier, au 31 décembre 2020, que la situation de l'intimée a empiré entre 2019 et 2020 : son surendettement a passé de 67'503 fr. 22 à 72'903 fr. 67, ses produits ont baissé et son résultat a passé de positif (3'100 fr.) à négatif (-5'400 fr.). En outre, l'intimée comptait 33'800 fr. d'actifs immobilisés sous forme de véhicules, alors que son associé gérant a indiqué, lors de l'audience du 3 février 2022, qu'il ne vendait plus d'automobiles depuis 2016, rendant ce chiffre peu sérieux. Par ailleurs, dans la demande de sursis concordataire provisoire du 22 mars 2021, le conseil de l'intimée indiquait que celle-ci avait « pu mettre des montants relativement importants de côté de l'ordre de 75'000 fr. », alors que dans son rapport du 31 janvier 2022, le commissaire au sursis a indiqué un montant de 53'142 fr. 60. Ainsi, la somme a diminué de près d'un tiers, sans qu'on ait d'explication à ce sujet, ce qui rend d'autant moins probable l'existence de ressources permettant de mettre en œuvre des mesures d'assainissement, a fortiori des mesures d'assainissement suffisantes ou la passation d'un concordat.

Les motifs de la décision attaquée ne permettent pas de modifier cette appréciation. Cette décision retient que l'intimée a engagé un employé de plus à un taux de 100%. Cela implique plus de charges et

non moins comme les mesures d'assainissement envisagées le voulaient. La décision retient par ailleurs qu'il y a encore des dettes courantes à payer (cotisations AVS et prêt COVID). Elle retient également que « d'après les déclarations du représentant de la requérante, l'activité de la société semble bien se porter ». L'associé gérant de l'intimée a en effet déclaré en audience que la société avait « beaucoup de travail ». Sans autre élément, cela ne suffit toutefois pas pour considérer que la société, menacée de faillite, irait mieux. Quant au montant consigné, il était de 68'000 fr. au jour de l'audience du 3 février 2022, soit toujours inférieur au montant « de l'ordre de 75'000 fr. » mentionné par le conseil de l'intimée en 2021 comme « mis de côté », sans qu'on ait d'explication à ce sujet. La décision attaquée considère néanmoins comme des « perspectives de concordat » le fait que la société « escompte en outre la consignation d'un montant de 20'000 fr. à 25'000 fr. d'ici à la fin de l'année 2022 » et que « le montant ainsi consigné devrait couvrir partiellement le montant des créanciers privilégiés ». En définitive, la décision attaquée est fondée principalement sur le fait que le commissaire se déclare « optimiste quant à la possibilité d'assainissement et d'homologation d'un concordat ». Or ni l'une ni l'autre n'a été réalisée ou rendue vaguement crédible malgré le temps imparti, le curateur, devenu commissaire, étant en charge depuis 2018 de trouver une solution sans que rien n'ait été concrètement fait, et la situation de l'intimée s'étant au contraire péjorée selon les derniers comptes produits. Cette seule déclaration d'optimisme apparaît dès lors bien trop vague et peu étayée pour suffire à justifier une autre prolongation du sursis et retarder encore le recouvrement de leurs créances par les créanciers.

Dans ces conditions, il apparaît que la décision ne peut pas être confirmée et que la cause doit être renvoyée au premier juge pour nouvelle instruction, notamment sur les perspectives réelles d'assainissement ou d'homologation d'un concordat au moment de la demande de prolongation, et nouvelle décision, tenant compte du temps imparti à l'intimée depuis la demande d'ajournement de faillite en janvier 2018 pour s'acquitter de ses dettes et du risque que celles-ci se prescrivent.

III. Vu ce qui précède, le recours doit être admis, la décision attaquée annulée et la cause renvoyée au juge de première instance pour nouvelle instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 800 fr., dont la recourante a fait l'avance, doivent être mis à la charge de l'intimée (art. 106 al. 1 CPC). Celle-ci remboursera donc à la recourante son avance de frais de 800 francs.

Il n'est pas alloué de dépens de deuxième instance à la recourante, qui a procédé sans l'assistance d'un mandataire professionnel.

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 admis.
- II.** La décision est annulée et la cause renvoyée au Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne pour nouvelle instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 800 fr. (huit cents francs), sont mis à la charge de l'intimée V. _____ Sarl.
- IV.** Il n'est pas alloué de dépens de deuxième instance.

V. L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

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

- Administration fédérale des contributions (pour la Confédération suisse),
- M. Pascal Stouder, agent d'affaires breveté (pour V. _____ Sàrl),
- M. W. _____, agent d'affaires breveté (commissaire au sursis),
- M. le Préposé à l'Office des poursuites du district de l'Ouest lausannois,
- 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 :