Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

5A 417/2013

Arrêt du 6 août 2013

IIe Cour de droit civil

Composition
MM. et Mme les Juges fédéraux von Werdt, Président, Hohl et Schöbi.
Greffière: Mme Hildbrand.

Participants à la procédure
X._____ SA,
représentée par Me Alexandre Emery, avocat,
recourante,

contre

Communauté des copropriétaires d'étages Y._____, représentée par Pascal Stouder, agent d'affaires breveté,
intimée,

Conservateur du Registre foncier , Office d'Aigle et de La Riviera, rue du Simplon 24, 1800 Vevey,
Office des faillites de l'arrondissement de l'Est vaudois, rue de la Madeleine 39, 1800 Vevey,
Préposé au Registre du commerce du canton de Vaud, rue de Grenade 38, 1510 Moudon.

Objet
ajournement de la faillite (art. 173a LP),

recours contre l'arrêt de la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal vaudois du 2 mai 2013.

Faits:

A.

A.a. X._____ SA est propriétaire, au sein de la copropriété par étages Y._____, à B._____, de 27 parts de copropriété consistant en places de parc et de 49 parts consistant en divers locaux et appartements, représentant des parts de copropriété de la parcelle de base n°xxx RF de la Commune de C._____.

Par contrat de bail du 1 er juillet 2005, elle a remis à bail à Z._____ SA les parts de copropriété comportant les surfaces hôtelières nécessaires à l'exploitation de l'hôtel, selon la formule de l' "apparthôtel ", pour un loyer annuel de 300'000 fr.

E._____ et F._____ sont tous deux organes de ces deux sociétés.

Les immeubles précités sont les seuls actifs réalisables de X._____ et les loyers de ceux-ci sont ses seuls revenus.

A.b. Il a été retenu en procédure et il n'est pas contesté qu'en raison des liens qui existent entre les deux sociétés, X._____ n'a pas réclamé à sa locataire - qui a été déclarée en faillite - le loyer dû, ni entrepris à temps les démarches nécessaires pour résilier le bail. X._____ a laissé sa locataire conclure un contrat de sous-location avec une société tierce, qui n'a pas payé le loyer. X._____ est ainsi titulaire d'une créance de plusieurs centaines de milliers de francs, mais qui n'est qu'un actif virtuel, les locataire et sous-locataire n'étant pas en mesure de s'en acquitter.

N'ayant pas encaissé de loyers, X._____ n'a pas pu acquitter sa part des charges de copropriété par étages.

A.c. La Communauté des copropriétaires d'étages Y._____ (ci-après: la Communauté) a tout d'abord requis la notification d'un commandement de payer à X._____. Puis, elle a déposé une première requête de faillite sans poursuite préalable au mois de mai 2011 et une seconde le 20 juin 2011, lesquelles n'ont pas été continuées, les parties étant parvenues à un accord.

B.
Le 14 décembre 2011, la Communauté a déposé une nouvelle requête de faillite sans poursuite préalable sur la base de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP devant le Président du tribunal de l'arrondissement de l'Est vaudois (ci-après: le Président), les charges de copropriété impayées s'élevant à ce jour à 148'986 fr.

Par décision du 20 juillet 2012, le Président a prononcé l'ajournement de la faillite jusqu'au 28 septembre 2012 en vertu de l'art. 173a al. 2 LP et notamment désigné un commissaire provisoire chargé d'examiner notamment les perspectives de concordat.

A la suite de l'audience du 27 septembre 2012, le Président a, par décision du 23 octobre 2012, accordé à X._____ une prolongation de l'ajournement de sa faillite jusqu'au 24 janvier 2013 en application de l'art. 725a al. 1 et 2 CO et désigné le précédent commissaire en qualité de curateur.

C.
Le 16 novembre 2012, soit avant l'échéance de l'ajournement fixée au 24 janvier 2013, la Communauté a requis la révocation de l'ajournement et le prononcé immédiat de la faillite de X._____. Elle a précisé que les charges de copropriété dues par X._____ demeuraient impayées depuis plusieurs mois et que les dettes courantes n'étaient pas payées. Le curateur a relevé que la révocation de l'ajournement ne lui paraissait pas appropriée. Lors de l'audience du 6 décembre 2012, il a été confirmé que la sous-locataire ne payait pas les loyers et les préposés de l'Office des poursuites du district d'Aigle et le préposé de l'Office des faillites de l'arrondissement de l'Est vaudois ont conclu à la mise en faillite de X._____. X._____ faisait l'objet de poursuites de la Communauté pour 94'667 fr. 80, de poursuites en réalisation de gage immobilier pour 6'035'495 fr. 90, ainsi que de poursuites pour des impôts de 14'347 fr. 10 et de l'Etablissement Cantonal d'Assurance (ECA) pour 1'787 fr. 50.

Par décision du 13 décembre 2012, le Président a révoqué l'ajournement de la faillite et prononcé la faillite avec effet au 12 décembre 2012 à 14h.00, et également relevé le curateur de ses fonctions.

Statuant le 2 mai 2013, la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal vaudois (ci-après: la Cour) a rejeté le recours, confirmé le jugement attaqué et dit que la faillite sans poursuite préalable de X._____ prend effet le 2 mai 2013 à 16h.15.

D.
Contre cet arrêt, X._____ a interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral le 3 juin 2013, concluant principalement à l'annulation du prononcé de faillite et au maintien de l'ajournement de la faillite prononcé le 27 septembre 2012, le curateur provisoire étant maintenu dans ses fonctions, et subsidiairement à son annulation et au renvoi de la cause à l'instance précédente pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Elle ne conteste pas que les conditions de la faillite au sens de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP soient remplies, invoquant uniquement la violation de l'art. 173a LP.

L'effet suspensif a été accordé au recours par ordonnance présidentielle du 24 juin 2013.

Des réponses sur le fond n'ont pas été requises.

Considérant en droit:

1.
La décision de révocation de l'ajournement de la faillite, accordé selon l'art. 173a al. 2 LP, et le prononcé de faillite qui en est la conséquence, constituent une décision finale (art. 90 LTF) rendue en matière de poursuite pour dettes et faillite (art. 72 al. 2 let. a LTF). Interjeté en outre dans le délai de 30 jours (art. 100 al. 1 LTF), contre une décision de l'autorité cantonale supérieure en matière de faillite (art. 174 LP; 75 LTF) par la débitrice déboutée de ses conclusions (art. 76 LTF), le recours en matière civile est recevable au regard de ces dispositions.

2.
Selon la jurisprudence rendue à propos de l'art. 173a al. 1 LP, le juge de la faillite saisi d'une demande d'ajournement doit poser un pronostic, sur la base d'un examen sommaire, à propos des chances de succès de la requête de concordat. 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 consid. 1.3) - et du pronostic qu'elle implique, lequel s'opère sur la base de la vraisemblance, l'ajournement doit donc être considéré comme une mesure provisionnelle au sens de l'art. 98 LTF (arrêt 5A 111/2010 du 12 janvier 2011 consid. 2.2).

Il doit en aller de même lorsque le juge examine d'office les conditions d'un ajournement au sens de l'art. 173a al. 2 LP, respectivement lorsqu'il révoque un tel ajournement.

Par conséquent, le recours ne peut être formé que pour violation des droits constitutionnels (art. 98 LTF) et le Tribunal fédéral n'examine la violation de tels droits que si un grief a été invoqué et motivé de manière claire et détaillée (principe d'allégation; art. 106 al. 2 LTF; ATF 134 I 83 consid. 3.2 et les arrêts cités). Pour satisfaire à cette exigence, la partie recourante ne peut pas se contenter de critiquer la décision attaquée comme elle le ferait en instance d'appel, où la juridiction supérieure jouit d'une libre cognition; elle ne peut pas se limiter à opposer son opinion à celle de l'autorité cantonale, mais doit démontrer par une argumentation précise en quoi cette décision se fonde sur une application de la loi ou une appréciation des preuves manifestement insoutenables (ATF 134 II 349 consid. 3 et les arrêts cités). Les critiques de nature appellatoire sont irrecevables (ATF 133 III 589 consid. 2).

3.
La cour cantonale a relevé que, le 13 juin 2012, la faillie avait demandé au Président d'ordonner d'office l'ajournement en vertu de l'art. 173a al. 2 LP, ajournement qui est prononcé lorsqu'un concordat paraît possible. Elle a constaté que le Président avait accordé le 20 juillet 2012 un ajournement de deux mois, au motif qu'un concordat était peut-être possible, et une prolongation de l'ajournement de trois mois le 23 octobre 2012, estimant qu'un assainissement paraissait possible au sens de l'art. 725a CO, fondement qu'elle a d'office corrigé et remplacé par l'art. 173a LP.

Elle a relevé que les deux ajournements accordés reposaient sur des allégations de la faillie selon lesquelles il existait des perspectives de vente "imminente" de ses immeubles, à l'appui desquelles elle avait produit un projet d'acte de vente du 20 avril 2012, sans indiquer le nom de l'acquéreur, qui devait se réaliser avant le 15 novembre 2012. Or, à la date de l'audience du 6 décembre 2012, il n'y avait aucun élément de fait concret

en relation avec cette vente: l'identité de l'acquéreur, voire son existence, n'étaient pas établies et l'ouverture d'un compte bancaire de consignation sur lequel un acompte aurait dû être versé ainsi que la passation de l'acte de vente n'avaient pas été rendues vraisemblables. La Cour en a déduit qu'il n'était donc pas établi au stade de la vraisemblable qu'une société avait l'intention d'acheter les immeubles, ni à la date de l'audience du 6 décembre 2012, ni à celle du dépôt du recours le 4 janvier 2013. Or, il incombait à la faillie de rendre crédibles ses allégations, ce qu'elle n'a pas fait, se contentant d'affirmer dans son recours que les constatations faites sur ce point étaient fausses, mais sans le prouver.

Examinant ensuite la déclaration du curateur, invoquée par la recourante, selon lequel la révocation de l'ajournement ne serait pas appropriée, la Cour a relevé que celui-ci avait aussi affirmé le 4 décembre 2012 qu'il ne disposait pas d'éléments lui permettant de se déterminer de façon précise, que jusqu'au jour de l'audience du 6 décembre 2012, il n'avait eu aucun renseignement précis sur de prétendus acquéreurs, s'en remettant à cet égard aux affirmations des représentants de la faillie ou des locataires de celle-ci, qu'il n'avait eu aucun entretien avec des acquéreurs et qu'un rendez-vous fixé n'avait pas eu lieu. La Cour en a donc conclu que l'existence d'une personne intéressée à l'acquisition à brève échéance de l'ensemble des immeubles de la faillie n'avait pas été rendue vraisemblable.

Évoquant encore deux courriers postérieurs à l'audience, adressés par des tiers, faisant état d'acquéreurs potentiels - soit pêle-mêle une société genevoise, un ministre algérien et un concurrent japonais - , elle a jugé qu'à supposer qu'ils puissent être pris en considération, ils n'étaient étayés par aucune pièce.

4.
En tant qu'elle se plaint de la violation de l'art. 173a LP, la recourante n'invoque la violation d'aucun droit constitutionnel. A supposer qu'elle ait voulu se plaindre d'arbitraire (art. 9 Cst.), elle ne démontre pas en quoi l'appréciation de la cour cantonale quant à sa situation au moment de l'audience du 6 décembre 2012, et même au moment du dépôt de son recours le 4 janvier 2013 serait insoutenable. Elle se contente d'affirmer que "là n'était pas la question"et d'opposer les motifs ayant justifié la décision d'ajournement précédente du 23 octobre 2012, qui lui avait donné jusqu'au 24 janvier 2013 pour s'assainir, motifs qui n'auraient pas changé, les négociations avec de futurs acquéreurs se poursuivant. Une telle critique appellatoire est irrecevable.

Par ailleurs, lorsqu'elle invoque un "malheureux quiproquo" entre le paiement de l'avance des honoraires du curateur, fixé au 15 novembre 2012, prolongé au 30 novembre 2012, puis qu'elle a finalement effectué le 29 novembre 2012, et l'impression que le curateur a eu d'un désintéressement des administrateurs de la débitrice du fait du non-paiement de l'avance au 15 novembre 2012, la recourante méconnaît que la cour cantonale a fondé son appréciation sur des éléments postérieurs au moment où le curateur a reçu son avance sur honoraires.

5.
En conclusion, le recours doit être déclaré irrecevable, aux frais de la recourante (art. 66 al. 1 LTF). L'intimée s'étant opposée à l'effet suspensif, qui a été admis, il n'y a pas lieu de lui allouer de dépens pour sa détermination à cet égard (art. 68 LTF). L'effet suspensif accordé au recours suspendant la force de chose jugée et la force exécutoire en matière d'ajournement de faillite au sens de l'art. 173a LP (arrêt 5A 3/2009 du 13 février 2009 consid. 2.3), il y a lieu de fixer à nouveau la date à partir de laquelle la faillite prend effet.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours est irrecevable.

2.
La faillite de A.X._____ prend effet le 6 août 2013 à 14 heures.

3.
Les frais judiciaires, arrêtés à 5'000 fr., sont mis à la charge de la recourante.

4.
Le présent arrêt est communiqué aux parties, au Conservateur du Registre foncier, Office d'Aigle et de La Riviera, à l'Office des faillites de l'arrondissement de l'Est vaudois, au Préposé au Registre du commerce du canton de Vaud et à la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal vaudois.

Lausanne, le 6 août 2013
Au nom de la IIe Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

Le Président: von Werdt

La Greffière: Hildbrand