

VD_FINDINFO Faillite / 2019 / 2 vom 15. Februar 2019

VD Tribunal cantonal, 2019-02-15, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_Faillite___2019___2

FR: VD_FINDINFO Faillite / 2019 / 2 du 15 février 2019

IT: VD_FINDINFO Faillite / 2019 / 2 del 15 febbraio 2019

Regeste

FAILLITE SANS POURSUITE PRÉALABLE, OUVERTURE DE LA FAILLITE, SURENDETTEMENT, NOUVEAU MOYEN DE PREUVE, OBLIGATION D'ANNONCER{EN GÉNÉRAL}, ORGANE DE RÉVISION | 725a al. 1 CO, 725a CO, 728c al. 3 CO

Erwägungen

E. 1

LP [loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite ; RS 281.1]) et dans les formes requises (art. 321 al. 1 CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272), le recours est recevable. b) Dans le cadre d'un recours contre un jugement de faillite faisant suite à un avis de surendettement, les pièces nouvelles produites avec le recours sont recevables sans restriction si elles se rapportent à des faits nouveaux s'étant produits avant le jugement de première instance (faux novas) (art. 174 al. 1 LP ; CPF 21 octobre 2014/359). Pour les pièces portant sur des faits postérieurs (vrais novas), la jurisprudence considère que la lettre de l'art. 174 al.

E. 2

LP exclut leur recevabilité (TF 5A_625/2015 du 18 janvier 2016 consid. 3.6.1 et les réf. cit.). En l'espèce, la pièce nouvelle 5 produite avec le recours et celle produite le 18 décembre 2018 sont postérieures au jugement attaqué et sont donc irrecevables vu la jurisprudence susmentionnée. Les pièces n os

E. 6

(décision de l'Office du Registre du commerce du canton de Vaud du 26 septembre 2018 prononçant la dissolution de la recourante en application de l'art. 153b ORC) et 8 (procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire de la recourante du 23 octobre 2018 mentionnant notamment les décisions de modification du siège de la société et de renonciation à un contrôle restreint), sont antérieures au jugement attaqué et partant recevables. Toutefois, elles sont sans incidence sur le sort du recours. Les autres pièces produites avec le recours figurent déjà au dossier de première instance et sont donc recevables. II. a) Selon l'art. 728c al. 3 CO (Code des obligations du 30 mars 1911 ; RS 220), si la société est manifestement surendettée et que le conseil d'administration omet d'en aviser le juge, l'organe de révision avertit ce dernier. Cette obligation d'avis a donc un caractère subsidiaire à celle du conseil d'administration découlant de l'art. 725 al. 2 CO (Peter/Genequand/Cavadini, in Tercier/Amstutz/Trigo Trindade (éd.), Commentaire romand, CO II, 2 e éd., n. 18 ad art. 728c CO ; Watter/Maizar, in Honsell/Vogt/Watter (éd.), Basler Kommentar OR II, 5 e éd., n. 31 ad art. 728c CO). La notion de surendettement est la même que celle définie à l'art. 725 al. 2 CO, savoir lorsque l'actif social, entendu comme la

totalité de l'actif moins les pertes éventuelles, ne couvre plus les fonds étrangers, c'est-à-dire lorsque les fonds propres ont été entièrement consommés par les pertes (Peter/Genequand/Cavadini, op. cit., n.19 ad art. 728c CO). Si le conseil d'administration ne satisfait pas aux obligations d'établissement de bilans intermédiaires à la valeur d'exploitation, le cas échéant à la valeur de liquidation, qui lui incombent en vertu de l'art. 725 al. 2 CO, l'organe de révision procèdera à l'avis au juge s'il n'a aucun doute quant au surendettement sur la base des informations qui lui sont fournies et que ce dernier est manifeste (ibidem). Le surendettement est manifeste quand toute personne raisonnable voit, sans nécessité d'autres éclaircissements, que les actifs ne couvrent plus les dettes et les réserves légales et que les postpositions présentées ne sont pas valables, d'une durée trop courte ou insuffisantes (TF 5A_221/2008 du 10 juillet 2008 ; Watter/Maizard, op. cit., n. 34 ad art. 728c CO et références). L'avis prévu par l'art. 728c al. 3 CO n'est pas une requête de faillite (Peter/Genequand/Cavadini, op. cit., n. 22 ad art. 728c CO ; Watter/Maizar, op. cit., n. 41 ad art. 728c CO). En principe cet avis doit être accompagné d'un double bilan intermédiaire (établi en estimant les actifs tant à leur valeur d'exploitation qu'à leur valeur de liquidation), ainsi que d'un rapport de vérification de l'organe de révision. Toutefois les autorités judiciaires et la doctrine considèrent qu'il y a lieu d'entrer en matière sans ces éléments, pour autant qu'il résulte d'autres pièces ou d'autres moyens de preuve que la société est surendettée. Il s'agit en effet d'éviter qu'une société surendettée puisse continuer ses activités, le but étant de prioritairement la protection du public et en particulier des créanciers actuels et potentiels de la société (Peter/Genequand/Cavadini, op. cit., n. 23 ad art. 728c CO et références). b) Selon l'art. 725a al. 1 CO, au vu de l'avis selon l'art. 725 al. 2 ou 728c al. 3 CO (TF 5A_867/2015 du 11 décembre 2015 consid. 5.1.1), le juge déclare la faillite. 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. Le prononcé de faillite prévu par cette disposition est un cas de faillite d'office sans poursuite préalable selon l'art. 192 LP (TF 5A_867/2015 précité consid. 6.1.1 ; TF 5A_517/2011 du 16 décembre 2011 consid. 3.2) Le juge doit s'assurer que le surendettement de la société est vraisemblable. A cette fin, il se basera en règle générale sur le (double) bilan intermédiaire, établi avec l'estimation des actifs tant à leur valeur d'exploitation qu'à leur valeur de liquidation, ainsi que sur le rapport de vérification de l'organe de révision, qui accompagnent en principe l'avis de surendettement (TF 5A_867/2015 précité, consid. 5.1.1 et références). Cette exigence tend notamment à éviter que, sous le couvert d'un surendettement en réalité inexistant, le conseil d'administration puisse obtenir la faillite de la société, partant sa dissolution, en contrevenant au principe fondamental selon lequel la compétence de décider la dissolution d'une société anonyme appartient exclusivement à l'assemblée générale des actionnaires (Peter/Cavadini, Commentaire romand CO II, précité, n. 45 ad art. 725a CO et références). Toutefois, comme on l'a vu au consid. a) ci-dessus, le principe de la protection du public et des créanciers de la société permet au juge, en l'absence de ces documents, de tenir compte d'autres pièces ou d'autres moyens de preuve établissant que la société est effectivement surendettée (Peter/Cavadini, loc. cit.). En particulier, lorsqu'aucun ajournement n'est demandé, le juge peut renoncer à l'exigence de la révision du bilan intermédiaire, le but de la révision d'éviter que ledit bilan soit trop optimiste n'étant pas opérant dans cette hypothèse et cette exigence ne doit pas constituer un obstacle formel au détriment des créanciers (TF 5A_625/2015 du 18 janvier 2016 consid. 3.5 et références). Le juge ne peut en aucun cas prononcer d'office l'ajournement de la faillite. Une requête, émanant du

conseil d'administration ou d'un créancier, à l'exclusion de toute autre source, doit être formulée dans ce sens. A défaut d'une requête d'ajournement valable, le juge n'a d'autre choix que de déclarer la faillite de la société si celle-ci est surendettée (TF 5A_625/2015 du 18 janvier 2016 consid. 3.2.2 ; Peter/Cavadini, op. cit., nn. 14 et 15 ad art. 725a CO ; Wüstiner, in Basler Kommentar OR II précité, n. 5 ad art. 725a CO). c) En l'espèce, Fiduciaire S. _____ SA a avisé le premier juge le 2 octobre 2018 que la recourante était surendettée. Ni elle ni la recourante n'a produit de double bilan intermédiaire ni de rapport de l'organe de révision. Il ressort toutefois des états financiers de L. _____ SA au 31 décembre 2017, établis le 11 juillet 2018 et transmis le 15 octobre par Fiduciaire S. _____ SA, que la faillie avait à cette date des actifs pour un montant de 2'533'289 francs 96 (dont 2'531'000 fr. d'actifs immobilisés) et des passifs (capitaux étrangers à court terme) pour un montant de 3'247'438 fr. 28, dont 2'722'318 fr. 78 de compte courant de V. _____, soit un découvert de 714'148 fr. 32. Le compte pertes et profit faisait état d'une perte en 2017 de 305'543 fr. 45. Cela est suffisant au regard des considérations qui précèdent pour retenir que la recourante est surendettée. La convention de postposition signée le 5 octobre 2018 par la celle-ci et G. _____ est inopérante dès lors que cette dernière n'est pas mentionnée comme créancière dans les états financiers établis le 11 juillet 2018 ; à cet égard, la recourante fait valoir en vain une erreur de G. _____ quant à la désignation de la créancière, la pièce corrigeant cette prétendue erreur étant comme on l'a vu au consid. Ib) ci-dessus, irrecevable. La recourante invoque en vain une violation des art. 171 et 172 ch. 3 LP, ces dispositions présupposant une réquisition de faillite, alors que l'avis selon l'art. 728c al. 3 CO n'en est pas une et que la faillite prononcée en application de l'art. 725a al. 1 CO est un cas de faillite d'office sans poursuite préalable. La recourante n'ayant pas requis d'ajournement et son surendettement étant établi, le premier juge ne pouvait que prononcer la faillite. Enfin, une annulation de la faillite au sens de l'art. 174 al. 2 LP n'entre pas en considération. III. En conclusion, le recours manifestement mal fondé, doit être rejeté et le jugement confirmé, la faillite de la recourante prenant effet à la date du présent arrêt, vu l'effet suspensif accordé au recours. Vu le rejet du recours, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr., sont mis à la charge de la recourante (art. 106 al. 1 CPC).

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