

# **VD\_GERICHTE FZ20.002889 vom 1. Dezember 2020**

VD Tribunal cantonal, 2020-12-01, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_gerichte\\_FZ20.002889](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_FZ20.002889)

FR: VD\_GERICHTE FZ20.002889 du 1 décembre 2020

IT: VD\_GERICHTE FZ20.002889 del 1 dicembre 2020

## **Erwägungen**

### **E. 1**

La créance du Créancier d'un montant d'environ CHF 500'000 au 31 décembre 2019 est postposée à hauteur de CHF 500'000 derrière toutes les autres créances actuelles et futures de la Société : En cas de déclaration de faillite (art. 175, art. 192 LP) ou d'homologation d'un concordat par abandon d'actifs (art. 317 LP), le Créancier renonce à faire valoir la créance précitée dans la mesure où le produit de la réalisation est nécessaire à l'extinction complète de toutes les prétentions des autres créanciers sociaux et au paiement des frais éventuels de liquidation, de sursis ou de faillite. Sauf accord contraire, toutes les créances postposées sont considérées comme égales. La convention de postposition comprend tous les intérêts courus et futurs sur les créances couvertes par la présente.

### **E. 2**

Les créances et intérêts postposés sont ajournés pendant la durée de la présente convention.

### **E. 3**

Les créances postposées ne peuvent être ni remboursées en tout ou partie, ni éteintes par compensation ou novation, ni garanties ultérieurement à la postposition.

### **E. 4**

La Société peut compenser ses propres créances contre le Créancier avec les dettes postposées selon cette convention en cas de faillite ou liquidation concordataire du Créancier.

### **E. 5**

Même si des garanties ont été données en couverture des créances, le désintéressement du Créancier reste exclu pendant la durée de la convention de postposition. Demeurent réservées les garanties fournies par un tiers, qui ne donnent aucun droit de recours contre la Société.

### **E. 6**

Cette convention ne peut être résiliée par les parties que : lorsqu'il ressort d'un bilan (intermédiaire) audité selon les Normes d'audit suisses que les actifs couvrent l'intégralité des engagements de la Société, y compris toutes les créances postposées ; si la Société soumet ses comptes annuels à un contrôle ordinaire, il suffit que le rapport de révision ne fasse pas référence à l'art. 725 al. 2 CO ; ou lorsque le Créancier ou un autre créancier de la Société postpose, en lieu et place de la présente convention de postposition, une créance d'un montant au moins équivalent à celui de la présente convention.

### **E. 7**

Cette convention devient caduque : lorsque le Créancier renonce définitivement à faire valoir les créances postposées ; ou lorsque les créances postposées sont utilisées pour libérer le capital-actions ou le capital participation.

## **E. 8**

Cette convention a été approuvée par le Conseil d'administration de la Société compte tenu de l'évaluation de la solvabilité du Créancier.

### **E. 8.1**

et les références citées ; Peter/Cavadini, in Tercier/Amstutz/Trigo Trindade (édit.), Commentaire romand, CO II, 2ème éd., Bâle 2017, n° 32 ad art. 725 CO). Le surendettement est un concept différent de l'insolvabilité (TF 5A\_587/2011 du 9 novembre 2011 consid. 4.3). Il y a insolvabilité lorsque la société ne dispose pas de liquidités suffisantes pour payer ses dettes exigibles (TF 5A\_950/2015 précité, ibidem). Le surendettement n'entraîne ainsi pas nécessairement l'insolvabilité dès lors que la société dispose encore de liquidités suffisantes pour payer ses engagements échus (ATF 130 V 196 consid. 6.3). On parle de « surendettement manifeste » au sens de l'art. 728c al. 3 CO lorsqu'il n'est pas douteux que l'actif social est inférieur au fonds étrangers et que les créances n'ont pas été postposées dans une mesure suffisante (Peter/Cavadini, op. cit., n. 47a ad art. 725 CO). Il en va de même lorsque le surendettement apparaît de manière évidente à toute personne capable de discernement ou lorsque son déni déborderait les limites d'une marge normale d'appréciation (ATF 127 IV 11 consid. 5a). bb) Aux termes de l'art. 194 al. 1 LP, les art. 170 et 173a à 176 LP s'appliquent à la faillite sans poursuite préalable prévue à l'art. 192 LP. Selon l'art. 174 al. 2 LP, l'autorité de recours peut annuler l'ouverture de la faillite lorsque le débiteur rend vraisemblable sa

- 12 - solvabilité et qu'il établit par titre que l'une des conditions suivantes est remplie : (let. a) la dette, intérêts et frais compris, a été payée, (let. b) la totalité du montant à rembourser a été déposée auprès de l'autorité judiciaire supérieure à l'intention du créancier ou (let. c) le créancier a retiré sa réquisition de faillite. Cela étant et comme exposé ci-dessus (cf. consid. Ib supra), ces hypothèses sont étrangères à la procédure de faillite sans poursuite préalable. Ainsi, l'annulation d'une faillite doit se faire sur la base des circonstances factuelles au moment du jugement de première instance. Si elle n'est pas prononçable à ce moment, la question d'un examen de la solvabilité comme condition de l'annulation de la faillite ne se pose pas (TF 5A\_790/2017 du 3 septembre 2018 consid. 3.2.4 ; Diggelmann, in Hunkeler (éd.), Kurzkomentar SchKG, 2ème éd., Bâle 2014, n. 12 ad art. 174 LP ; Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n° 32 ad art. 192 LP ; dans ce sens également CPF 15 février 2019/20 consid. IIc). cc) Il résulte de ce qui précède que malgré le renvoi de l'art. 194 al. 1 LP, le prononcé de faillite en cas d'avis de surendettement fait en vertu de l'art. 725 al. 2 ou 728c al. 3 CO, doit être examiné sur la base des circonstances factuelles existant lors de la procédure de première instance. Seules les questions d'un surendettement (art. 725 CO) et de la possibilité d'un assainissement, en présence d'une requête d'ajournement allant dans ce sens (art. 725a al. 1 CO), se posent. Si la première question est tranchée de manière affirmative et la seconde de manière négative, la faillite doit être prononcée (Brunner, op. cit., n° 16 ad art. 192 LP). La question de savoir si la société est solvable est dans une telle configuration sans pertinence. On rappellera en effet que le législateur, par ce cas de faillite d'office, vise certes en premier lieu à protéger les créanciers de la société. Le devoir d'aviser le juge en cas de surendettement tend

toutefois également à protéger la collectivité. Chaque personne peut en effet, inconscient de l'état de surendettement d'une société, contracter avec elle et par ce biais subir ensuite un dommage (Brunner, op. cit., n° 3 ad art. 192 LP).

- 13 - b) En l'espèce, se fondant sur les comptes de l'exercice 2016, l'ancien organe de révision de la recourante a estimé que cette dernière était surendettée. Il a précisé que ce surendettement subsistait même si un bilan avait été établi aux valeurs de liquidation. En première instance, la recourante a produit ses comptes 2018 et 2019. Les comptes 2019 vérifiés par la société Q.\_\_\_\_\_, sensiblement moins favorables, ont ensuite également été produits. Il ressort de ces derniers que les actifs 2019 s'élèvent à 10'139 francs. Les fonds étrangers s'élèvent quant à eux à 557'749 fr. soit 66'000 fr. « envers des actionnaires », non postposés, 1'200 fr. de « passifs de régularisation » et 490'549 fr. indiqués comme « créance postposée de Z.\_\_\_\_\_ (non revendiquée) ». S'agissant de ce dernier montant, le rapport à l'Assemblée générale des actionnaires de la société, non daté, indique que ce montant est « dû conditionnellement dans le bilan passif, est la postposition de créance que le seul actionnaire ne réclame pas à ce moment, ou dans un avenir proche jusqu'à ce que W.\_\_\_\_\_ SA soit suffisamment rentable ». Il résulte des pièces recevables qui précèdent que les actifs sont ainsi clairement inférieurs aux fonds étrangers, même sans tenir compte des créances indiquées comme postposées (- 57'061 fr.). La validité d'une postposition implique au demeurant notamment d'une part l'engagement du créancier postposant de ne pas aliéner sa créance sans faire reprendre par le cessionnaire les engagements découlant du contrat de postposition, d'autre part la solvabilité du créancier postposant car s'il tombe en faillite, la postposition pourra être considérée comme une libéralité révocable (Chaudet/Cherpillod/Landrove, Droit suisse des affaires, 3ème éd., Bâle 2010, p. 140 n° 674). Or rien de tel n'est établi en l'état, notamment dans la convention de postposition signée le 14 mai 2020 entre le créancier et la recourante, représentée par le créancier. Dans ces conditions, on doit retenir que les passifs sont de 614'810 fr. supérieurs aux actifs. De même les pertes pour l'exercice 2019 s'élèvent à 29'112 fr. tandis que les fonds propres sont de - 547'610 francs. Que l'on examine le surendettement selon l'un ou l'autre critère rappelé ci-dessus,

- 14 - la recourante était clairement surendettée à l'issue de son exercice 2019 et lors de la procédure de première instance. On ne voit à cet égard pas, au vu de l'importance de ce surendettement, que l'établissement formel d'un bilan intermédiaire aux valeurs de liquidation permette d'arriver à une autre conclusion. La recourante ne le réclame au demeurant pas. Dans ces conditions, face à un tel surendettement, l'autorité de première instance a prononcé à bon droit la faillite sans poursuite préalable de la recourante. La question de savoir si les écritures de la recourante doivent être comprises comme une demande d'ajournement au sens de l'art. 725a CO peut rester ouverte. Une telle demande, pour être admise, impliquerait que l'assainissement de la société paraisse possible et ce au vu des éléments versés au dossier de première instance. Or rien de tel ne permet de le retenir. Pour le surplus, comme exposé ci-dessus et afin de protéger également les tiers qui pourraient sinon conclure avec une société surendettée avec le risque ensuite de subir de ce fait un dommage, il n'y a pas lieu de remettre le prononcé de faillite en question en se demandant si la recourante serait solvable. Une telle solvabilité semble au demeurant dépendre du bon vouloir de son actionnaire unique qui peut cesser quand il veut de fournir des fonds à la recourante, afin notamment qu'elle s'acquitte de ses différentes dettes, par exemple de loyer. III. a) Vu ce qui précède, le recours manifestement mal fondé, doit être

rejeté selon le mode procédural de l'art. 322 CPC, et le prononcé attaqué confirmé, la faillite prenant effet, vu l'effet suspensif accordé au 1er décembre 2020, à 16 heures 15. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr., sont mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 106 al. 1 CPC), et qui en a déjà fait l'avance.

- 15 - Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens de deuxième instance, personne n'ayant été invité à se déterminer sur le recours.

#### **E. 9**

Pendant la durée de cette convention, le Créancier n'est pas en droit d'exiger que le Conseil d'administration s'abstienne d'aviser le juge en cas de surendettement.

#### **E. 10**

La présente convention est soumise exclusivement au droit suisse. Elle annule et remplace la précédente convention signée entre les parties le 10 novembre 2014.

- 5 -

#### **E. 11**

Le for judiciaire pour tous les litiges découlant de cette convention est au siège de la société ».

La présidente du tribunal d'arrondissement a pris séance le 14 mai 2020 en présence de W. \_\_\_\_\_ SA. A l'issue de cette audience, elle a impartie à celle-ci un délai pour se déterminer sur la requête en dépôt de bilan. Par acte daté du 8 juillet 2020, W. \_\_\_\_\_ SA a produit de nouvelles pièces, soit notamment : - une copie d'un extrait du registre du commerce la concernant dont il ressort que son organe de révision avait été radié ; - une copie d'un courrier du 26 juin 2020 de Q. \_\_\_\_\_, nouvelle fiduciaire de W. \_\_\_\_\_ SA, indiquant avoir vérifié le grand-livre, le bilan et le compte résultat de la société pour l'exercice arrêté au 31 décembre 2019 ; - une copie du compte pertes et profit de la société au 31 décembre 2019 qui indique un chiffre d'affaires de 51'468 fr. et une perte de 29'112 fr. ainsi que du bilan qui se présente de la manière suivante (sic) : « BILAN\_ACTIF [...] ACTIF CIRCULANTS Trésorerie 3'483 Banques 3'483 Autres créances à court term TOTAL DES ACTIFS CIRCULANTS 3'483 ACTIFS IMMOBILISES Participations 1

- 6 - Participation [...] 30'000 Provision sur participations – [...] -29'999 Immobilisations corporelles 4'198 Equipement informatique 3'071 Matériel de bureau et laboratoire 1'127 Immobilisations incorporelles 2'458 Frais d'études et recherches 2'458 TOTAL DES ACTIFS IMMOBILISES 6'656 TOTAL DE L'ACTIF 10'139 BILAN\_PASSIF [...] CAPITAUX ETRANGERS A COURT TERME Dettes résultant de l'achat 67200 de biens et de prestations de services Envers des tiers 0 Envers des actionnaires 66000 Passif de régularisation 1200 TOTAL DES CAPITAUX ETRANGERS A COURT TERM EXIGIBLE CONDITIONNELLEMENT Créance postposée de Z. \_\_\_\_\_ 490'549 (non-revendiqué) TOTAL DE L'EXIGIBLE 490'549 CONDITIONNELLEMENT CAPITAUX PROPRES Capital-actions 100000 Perte reportée - 618498 Résultat de l'exercice -29'112

- 7 - TOTAL DES CAPITAUX PROPRES -547'610 TOTAL DU PASSIF 10'139 » - une copie d'un rapport non daté à l'assemblée générale des actionnaires de W. \_\_\_\_\_ SA relatif à l'exercice 2019 de la société indiquant notamment « Le montant de CHF 490'549.20 comptabilisé comme dû conditionnellement dans le bilan passif, est la postposition de créance, que le seul actionnaire ne réclame pas à ce moment, ou dans un avenir proche jusqu'à ce que W. \_\_\_\_\_ SA soit suffisamment rentable ». 2. Par décision

rendue le 3 août 2020, la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Lausanne a prononcé, le 3 août 2020 à 9 heures, la faillite sans poursuite préalable de W. \_\_\_\_\_ SA, a ordonné la liquidation sommaire de cette faillite et a mis les frais, par 200 fr., à la charge de la faillie. La présidente a considéré que W. \_\_\_\_\_ SA se trouvait en situation de surendettement de sorte que les conditions pour prononcer la faillite sans poursuite préalable étaient remplies. La décision a été notifiée à la faillie le 10 août 2020. Par envoi daté du 7 août 2020 envoyé le 8 août 2020 à la présidente du tribunal d'arrondissement, la faillie a indiqué que « le jugement d'insolvabilité du 3 août pour W. \_\_\_\_\_ SA, communiqué dans une lettre du 4 août est tout simplement inacceptable » et a requis la restitution d'un délai. A l'appui de son envoi, la faillie a notamment produit un rapport annuel 2019 à l'assemblée générale de W. \_\_\_\_\_ SA du 18 mai 2020 « actualisé le 7 août 2020 ». La faillie a déposé une nouvelle fois son écrit par porteur le 10 août 2020, cette fois sans ses annexes. Le 11 août 2020, la présidente a accusé réception de cet envoi, a relevé qu'à son sens la faillie ne pouvait prétendre à une restitution et a imparti à celle-ci un délai au 17 août 2020 pour lui indiquer

- 8 - si sa réclamation devait être considérée comme un recours et adressée au Tribunal cantonal. 3. Par acte daté du 13 août 2020 envoyé le 16 août 2020, W. \_\_\_\_\_ SA a formé recours à l'encontre de la décision du 3 août 2020 et conclu implicitement à son annulation. Elle a produit des pièces nouvelles savoir : - une copie d'un rapport annuel 2019 à l'assemblée générale de W. \_\_\_\_\_ SA du 18 mai 2020 « actualisé le 13 août 2020 » ; - une convention de postposition signée le 13 août 2020 par W. \_\_\_\_\_ SA et M. Z. \_\_\_\_\_. Le 18 août 2020, le Président de la cour de céans a admis la requête d'effet suspensif contenue dans le recours et a ordonné l'inventaire et l'audition de la société faillie. Le 7 octobre 2020. L'Office des faillites de l'arrondissement de Lausanne a transmis à la cour de céans l'inventaire et le procès-verbal de l'audition effectués. En droit : I. a) En vertu de l'art. 174 al. 1 LP, auquel renvoie l'art. 194 al. 1 LP, le jugement statuant sur une requête de faillite sans poursuite préalable peut, dans les dix jours, faire l'objet d'un recours au sens du CPC. En l'espèce, le recours a été introduit dans les formes requises, auprès de l'instance de recours par acte écrit et motivé (art. 321 al. 1 CPC), et en temps utile (art. 174 al. 1 LP et art. 321 al. 2 CPC). Sur ce dernier point, il y a lieu de relever que la décision du 3 août 2020 semble avoir été adressée à la faillie par courrier recommandé et par courrier

- 9 - simple, même si cette précision ne figure pas au procès-verbal des opérations. En effet, la faillie a réagi à ce jugement par un envoi daté du 7 août 2020 alors qu'elle ne s'était pas encore vue remettre le pli qui lui avait été adressé par courrier recommandé. En l'absence de preuve quant à la date à laquelle la faillie a reçu la décision du 3 août 2020 qui lui a été adressée par courrier simple et qu'elle a reçu en premier, il y a lieu de retenir, comme point de départ du délai de recours, la date du 7 août 2020 qui est celle mentionnée par la faillie dans son envoi (Bohnet, in Bohnet et alii (édit.), Commentaire romand, Code de procédure civile, 2ème édit., Bâle 2018, n. 35 ad art. 138 CPC). Il découle de ce qui précède que le recours est recevable. b) Dans le cadre d'un recours contre un prononcé de faillite sans poursuite préalable, seuls les pseudo-nova sont en principe recevables, les hypothèses énumérées exhaustivement à l'art. 174 al. 2 ch. 1 à 3 LP étant étrangères à ce type de procédure. Il n'est ainsi pas possible d'invoquer que, dans le délai de recours, l'état de surendettement a été éliminé, qu'un nouvel organe de révision est arrivé à la conclusion qu'il n'y a pas de surendettement ou encore qu'une postposition de créance nouvellement consentie rend superflu l'avis au juge (TF 5A\_264/2020 du 18 juin 2020 consid. 4.1.2 ; TF

5A\_243/2019 du 17 mai 2019 consid. 3.1). Partant les pièces nouvelles produites à l'appui du recours, soit la convention de postposition datée du 13 août 2020 et le rapport annuel 2019 de la recourante, daté du 18 mai 2020 et « actualisé le 13 août 2020 », postérieures à la décision entreprise, sont irrecevables. II. La recourante se plaint que l'autorité précédente a prononcé sa faillite sans poursuite préalable. a) L'art. 192 LP (loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ; RS 281.1) prévoit que la faillite est prononcée d'office sans poursuite préalable dans les cas prévus par la loi.

- 10 - aa) Selon l'art. 725 al. 1 CO (loi fédérale complétant le Code civil suisse, Code des obligations ; RS 220), s'il ressort du dernier bilan annuel que la moitié du capital-actions et des réserves légales n'est plus couverte, le conseil d'administration convoque immédiatement une assemblée générale et lui propose des mesures d'assainissement. S'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société est surendettée, un bilan intermédiaire est dressé et soumis à la vérification d'un réviseur agréé ; s'il résulte de ce bilan que les dettes sociales ne sont couvertes ni lorsque les biens sont estimés à leur valeur d'exploitation, ni lorsqu'ils le sont à leur valeur de liquidation, le conseil d'administration en avise le juge, à moins que des créanciers de la société n'acceptent que leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances de la société dans la mesure de cette insuffisance de l'actif (art. 725 al. 2 CO). 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 (art. 728c al. 3 CO). Aux termes de l'art. 725a al. 1 CO, au vu de l'avis selon l'art. 725 al. 2 ou 728c al. 3 CO, 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 du 11 décembre 2015 consid. 5.1.1 ; TF 5A\_517/2011 du 16 décembre 2011 consid. 3.2). Avant de prononcer la faillite, 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 les références citées). Toutefois, 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

- 11 - soit trop optimiste n'étant pas opérant dans cette hypothèse et cette exigence ne devant pas constituer un obstacle formel au détriment des créanciers (TF 5A\_246/2020 du 28 mai 2020 consid. 7.2 ; TF 5A\_625/2015 du 18 janvier 2016 consid. 3.5 et les références citées). La notion de surendettement permettant une faillite sans poursuite préalable se détermine selon le droit des sociétés (Brunner, Basler Kommentar, SchKG II, 2ème éd., Bâle 2010, n° 1 ad art. 192 LP). Il y a surendettement au sens de l'art. 725 al. 2 CO lorsque l'actif social ne couvre plus les fonds étrangers ou lorsque les pertes sont supérieures à 100 % des fonds propres (TF 5A\_950/2015 du 29 septembre 2016 consid.