

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 15 février 2019

Composition : Mme BYRDE, présidente
Mme Rouleau et M. Maillard, juges
Greffier : M. Elsig

Art. 725a al. 1, 728c al. 3 CO

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 **L._____ SA en liquidation**, à [...], contre le jugement rendu le 27 novembre 2018, à la suite de l'audience du même jour, par la Présidente du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. a) L._____ SA en liquidation est une société inscrite au registre du commerce, au capital social de 100'000 francs. Selon extrait dudit registre, P._____ en est administratrice liquidatrice avec signature individuelle. Fiduciaire S._____ SA en est l'organe de révision.

b) Par courrier du 2 octobre 2018, Fiduciaire S._____ SA a informé le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois que L._____ SA était surendettée au sens de l'art. 725 al. 2 CO.

Par courrier recommandé du 9 octobre 2018, la présidente a cité L._____ SA à comparaître à l'audience du 27 novembre 2018. Le pli, retourné par la poste au greffe du tribunal avec la mention « *Le destinataire est introuvable à l'adresse indiquée* », a été envoyé par pli recommandé le 11 octobre 2018 à l'adresse de son administratrice.

c) Par courrier du 11 octobre 2018, Fiduciaire S._____ SA a transmis à la présidente les pièces suivantes :

- une copie des états financiers de L._____ SA au 31 décembre 2017, établis le 11 juillet 2018, dont il ressort qu'elle a des actifs pour un montant de 2'533'289 fr. 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 fait état d'une perte en 2017 de 305'543 fr. 45 ;

- une copie d'une convention de postposition signée le 5 octobre 2018 par G._____ et L._____ SA, par laquelle G._____ a déclaré postposer sa créance à concurrence de 800'000 fr. derrière toutes les autres créances actuelles et futures de L._____ SA.

d) Selon l'extrait du registre du commerce, la décision de dissolution d'office de L. _____ SA en application de l'art. 153b ORC, le délai qui lui avait été imparti pour régulariser la situation concernant le domicile au siège de l'entreprise étant échu sans avoir été utilisé, a été publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce le 12 novembre 2018.

e) L. _____ SA en liquidation a fait défaut à l'audience du 27 novembre 2018 à laquelle Fiduciaire S. _____ SA a comparu.

2. Par décision rendue le 27 novembre 2018, adressée à L. _____ SA en liquidation le 30 novembre 2018 et notifiée à celle-ci le 10 décembre 2018, la Présidente du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois a prononcé la faillite de L. _____ SA en liquidation, avec effet au 27 novembre 2018 à 16 h 10 (I), a ordonné la liquidation sommaire de la faillite (II) et a mis les frais judiciaires, fixés à 200 fr., à la charge de la faillie (III).

3. Par acte du 17 décembre 2018, L. _____ SA en liquidation a recouru contre ce jugement en concluant à son annulation, sa faillite étant annulée, subsidiairement au renvoi de la cause au premier juge pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Elle a produit un bordereau de pièces et a requis que l'effet suspensif soit accordé au recours.

Le 18 décembre 2018, la recourante a produit une pièce.

Par décision du 20 décembre 2018, la présidente de la cour de céans a admis la requête d'effet suspensif et a ordonné, à titre de mesures conservatoires, l'inventaire et l'audition de la faillie.

En droit :

I. a) Déposé en temps utile (art. 174 al. 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 produit avant le jugement de première instance (faux novas) (art. 174 al. 1 LP ; CPF 21 octobre 2014/359). Pour les pièces portant sur des fait postérieurs (vrais novas), la jurisprudence considère que la lettre de l'art. 174 al. 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} 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. lb) 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).

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 rejeté.
- II.** Le jugement est confirmé, la faillite de L. _____ SA en liquidation, prenant effet le 15 février 2019 à 16 h 15.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr. (trois cents francs), sont mis à la charge de la recourante.
- IV.** L'arrêt est exécutoire.

La présidente :

Le greffier :

Du

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

- Me Astyanax Peca, avocat (pour L. _____ SA en liquidation),
- Fiduciaire S. _____ SA,
- M. le Préposé à l'Office des poursuites du district d'Aigle,
- M. le Préposé à l'Office des faillites de l'arrondissement de l'Est vaudois.

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 :

- M. le Conservateur du Registre foncier, Office d'Aigle, de la Riviera et de Lavaux-Oron,
- M. le Préposé au Registre du Commerce du canton de Vaud,

et communiqué à :

- Mme la Présidente du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois.

Le greffier :