

# BGer 5A 246/2020 vom 28. Mai 2020

Bundesgericht, 2020-05-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_246\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_246_2020)

FR: TF 5A 246/2020 du 28 mai 2020

IT: TF 5A 246/2020 del 28 maggio 2020

## Regeste

déclaration d'insolvabilité (art. 191 al. 1 LP) | Droit des poursuites et faillites

## Erwägungen

### E. 1

Le recours a été déposé dans le délai légal ( art. 100 al. 1 LTF ) contre une décision finale ( art. 90 LTF ; arrêt 5A\_819/2018 du 4 mars 2019 consid. 1.2), rendue en matière de faillite ( art. 72 al. 2 let. a LTF , en relation avec l' art. 191 LP ), par un tribunal supérieur statuant sur recours ( art. 75 al. 1 et 2 LTF ). Il est recevable quelle que soit la valeur litigieuse ( art. 74 al. 2 let. d LTF). La recourante, qui a été déboutée par l'autorité précédente et a un intérêt digne de protection à la modification de l'arrêt déféré, a qualité pour recourir ( art. 76 al. 1 LTF ).

### E. 2.1

Le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 s. LTF. Le Tribunal fédéral applique le droit d'office ( art. 106 al. 1 LTF ). Cela étant, eu égard à l'exigence de motivation contenue à l' art. 42 al. 1 et 2 LTF , il n'examine en principe que les griefs soulevés ( ATF 142 III 364 consid. 2.4 et les références). Le recourant doit par conséquent discuter les motifs de la décision entreprise et indiquer précisément en quoi il estime que l'autorité précédente a méconnu le droit ( ATF 142 I 99 consid. 1.7.1; 142 III 364 consid. 2.4 et la référence). Le Tribunal fédéral ne connaît par ailleurs de la violation de droits fondamentaux que si un tel grief a été expressément invoqué et motivé de façon claire et détaillée par le recourant (" principe d'allégation ", art. 106 al. 2 LTF ; ATF 144 II 313 consid. 5.1; 142 II 369 consid. 2.1; 142 III 364 consid. 2.4).

### E. 2.2

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ); le recourant ne peut critiquer les constatations de fait que si elles ont été établies de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF , et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause ( art. 97 al. 1 LTF ). Le recourant qui entend se plaindre d'un établissement manifestement inexact - c'est-à-dire arbitraire ( art. 9 Cst. ; ATF 144 II 246 consid. 6.7; 143 I 310 consid. 2.2 et la référence) - des faits doit se conformer au principe d'allégation susmentionné (cf. supra consid. 2.1), étant rappelé qu'en matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, il n'y a arbitraire que lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables ( ATF 143 IV 500 consid. 1.1 et la référence); les critiques appellatoires sont irrecevables ( ATF 145 IV 154 consid. 1.1; 141 IV 249 consid. 1.3.1 et la

référence).

### **E. 3**

La Cour de justice a considéré que selon la jurisprudence et la doctrine, une décision préalable de dissolution de la société anonyme prise par l'assemblée générale était nécessaire pour saisir le juge d'une requête de faillite fondée sur l'insolvabilité de la société ( art. 191 LP ). C'était donc à bon droit que le premier juge avait requis de la recourante la production d'une telle décision. La Cour de justice a ensuite constaté qu'en l'espèce, aucune décision n'avait été prise par l'assemblée générale à cet égard, la seule résolution versée à la procédure émanant du conseil d'administration de la recourante. Par conséquent, l'une des conditions du prononcé de la faillite pour cause d'insolvabilité en application de l' art. 191 LP n'était pas remplie. La Cour de justice a encore examiné s'il pouvait être donné suite à la conclusion subsidiaire de la recourante. A cet égard, elle a constaté que le bilan, non révisé, au 31 décembre 2019 faisait apparaître un déficit de 16'121'000 fr. et qu'il résultait du courrier de l'organe de révision du 8 janvier 2020 que la société était en état d'insolvabilité en raison de son incapacité de faire face à ses engagements à court et à long terme. Il ne ressortait toutefois ni dudit bilan, ni du courrier du 8 janvier 2020 précité, que la société était en état de surendettement. En particulier, la recourante n'avait pas versé à la procédure de bilans intermédiaires, ni de rapport de vérification de l'organe de révision. Les conditions posées par les art. 725 et 725a al. 1 CO n'étaient par conséquent pas non plus réalisées. Forte de ces motifs, la Cour de justice a conclu que c'était à bon droit que le Tribunal avait rejeté la requête de faillite formée le 27 janvier 2020 par la recourante.

### **E. 4**

Dans un grief d'ordre formel qu'il convient d'examiner en premier lieu, la recourante se plaint d'un déni de justice ( art. 29 al. 1 Cst. ) en tant que la Cour de justice n'aurait pas contesté [recte: constaté] son état d'insolvabilité, s'arrêtant à la question de savoir si elle était nantie de la bonne " décision de dissolution ". Or, quoi qu'il en soit du point de savoir si le conseil d'administration avait ou non la compétence pour déposer une " requête en insolvabilité ", la cour cantonale devait procéder comme dans l'arrêt du Tribunal fédéral 5A\_625/2015 et constater que " l'insolvabilité patente " de la société, attestée par pièces et non contestée, devait entraîner sa faillite. La critique de la recourante est difficilement compréhensible. Il apparaît en effet que la Cour de justice a dûment examiné les mérites de la requête à l'aune de ses conclusions principales et subsidiaires, analysant les conditions d'application tant de l' art. 191 LP que des art. 725 al. 2 et 725a al. 1 CO. Le grief ne relève donc pas du déni de justice formel; il touche bien plutôt à l'application du droit. Le moyen est partant infondé dans la mesure étroite de sa recevabilité.

### **E. 5**

La recourante se plaint ensuite d'un établissement manifestement inexact des faits sur deux points essentiels.

#### **E. 5.1**

La cour cantonale avait tout d'abord ignoré les pièces qu'elle avait déposées devant le Tribunal en relation avec l'urgence liée à la situation de ses anciens collaborateurs. Ceux-ci étaient injustement privés de l'accès aux assurances sociales auxquelles ils avaient droit. Il aurait fallu tenir compte de cette situation et prononcer la faillite plutôt que de ramener le recours à une pure question juridique non urgente et de poser des conditions douteuses de recevabilité. Les juges cantonaux avaient également omis de considérer l'annexe à la pièce

B déposée devant eux [courriel de l'administrateur unique du 26 février 2020], soit les " minutes " [i.e. procès-verbal] d'une assemblée [générale extraordinaire] des actionnaires de la société [du 22 janvier 2020], qui correspondaient matériellement à la " décision de dissolution " requise par le Tribunal.

### **E. 5.2**

S'il est vrai que dans un recours contre un prononcé de faillite sans poursuite préalable, les pseudo nova sont en principe recevables sans restriction (art. 174 al. 1, 2<sup>ème</sup> phr., LP, applicable par renvoi de l' art. 194 al. 1 LP ; arrêts 5A\_243/2019 du 17 mai 2019 consid. 3 et les références, publié in SJ 2019 I 376; 5A\_899/2014 du 5 janvier 2015 consid. 3.1, publié in SJ 2015 I 437), force est toutefois de constater que la recourante n'a nullement prétendu devant la Cour de justice, comme elle le fait nouvellement dans le présent recours, que le procès-verbal annexé au courriel de son administrateur correspondait à la décision de dissolution requise par le premier juge (cf. recours cantonal, p. 6). Il n'est donc pas critiquable que la Cour de justice n'en ait pas tenu compte, ce d'autant que, même à le considérer, il n'aurait de toute façon rien changé à l'issue de la cause (cf. infra consid. 6). Au demeurant, datant du 22 janvier 2020, on ne s'explique pas pour quelle raison la recourante ne l'a pas produit devant le premier juge dans le délai fixé à cet effet par ordonnance du 18 février 2020. Quant aux pièces produites pour démontrer l'urgence de la situation des anciens collaborateurs de la recourante, elles sont, elles aussi, sans pertinence pour l'issue du litige (cf. infra consid. 6 et 7). La critique ne porte pas.

### **E. 6**

La recourante reproche à la Cour de justice d'avoir violé l' art. 191 LP en exigeant la fourniture d'une décision de dissolution comme " condition de recevabilité " de la requête de faillite sans poursuite préalable. Elle reproche en outre aux juges cantonaux d'avoir, ce faisant, violé l'interdiction du formalisme excessif en tant qu'ils avaient posé des exigences formelles bien trop sévères et sans explications quant à l'intérêt juridique qu'un tel formalisme commandait.

#### **E. 6.1**

Selon la recourante, le premier juge et, à sa suite, la Cour de justice avaient fait une lecture erronée de l'arrêt 5A\_625/2015 du 18 janvier 2016. Les juges cantonaux avaient requis la production d'une décision sociale qui n'est pas prévue par le Code des obligations et qu'il n'est donc pas possible de fournir, étant donné, comme indiqué dans cet arrêt, que la dissolution suit la faillite mais ne la précède pas. D'ailleurs, la doctrine ne mentionnait " ni de loin ni de près " la nécessité de produire une décision de dissolution au titre d'une " condition de recevabilité " de la procédure d'insolvabilité. Quoi qu'il en soit, la recourante est d'avis que c'est le conseil d'administration de la société anonyme qui est habilité à prendre la décision de principe de procéder selon la voie de l' art. 191 LP , conformément à l' art. 717 al. 1 CO ainsi qu'à l' art. 716a al. 1 ch. 7 CO appliqué par analogie. Autre serait la question de savoir dans quelle mesure les actionnaires doivent être informés de la décision de l'administrateur, ce qui relève de sa responsabilité et non de la validité de la décision prise. A supposer que la décision de déclarer la société insolvable soit de la compétence de l'assemblée générale, la décision du conseil d'administration d'agir selon l' art. 191 LP n'en serait pas pour autant nulle. Faute d'avoir été attaquée, comme en l'espèce, cette décision aurait dû déployer tous ses effets.

#### **E. 6.2**

L'opinion de la recourante est erronée. Contrairement à ce qu'elle prétend péremptoirement, la doctrine topique énonce unanimement que la requête de faillite sans poursuite préalable d'une société anonyme selon l' art. 191 LP présuppose une décision de dissolution de l'assemblée générale constatée par acte authentique (ALEXANDER BRUNNER/FELIX H. BOLLER, in Basler Kommentar, SchKG II, 2ème éd. 2010, n° 13 s. et 18 ad art. 191 LP ; WALDER/KULL/KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkursrecht, vol. II, 1997/99, n° 4 ad art. 191 LP ; PHILIP TALBOT, in SK-SchKG Kommentar, 4ème éd. 2017, n° 15 ad art. 191 LP ; DOMINIK VOCK/DANIÈLE MEISTER-MÜLLER, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2ème éd. 2018, p. 242; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, Schuldbetreibungs- & Konkursrecht, 3ème éd. 2018, n° 1188 p. 340; MICHAEL KRAMPF/ROLF SCHULER, Die aktuelle Praxis des Konkursrichters des Bezirksgerichtes Zurich zur Überschuldungsanzeige, Konkursaufschub und Insolvenzerklärung juristischer Personen, in PJA 2002 p. 1060 ss, 1070; ALEXANDER BRUNNER, Insolvenz und Überschuldung der Aktiengesellschaft, PJA 1992 p. 806 ss, 811 s.; EUGEN FRITSCHI, Verfahrensfragen bei der Konkursöffnung, 2010, p. 17; ROGER GIROUD, Die Konkursöffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, 2ème éd. 1986, p. 49 ss). Comme la Cour de justice l'a correctement retenu, le Tribunal fédéral a validé cette opinion doctrinale (arrêt 5A\_625/2015 du 18 janvier 2016 consid. 3.2.3 et 3.4.3). Celle-ci avait antérieurement déjà été suivie par certains tribunaux cantonaux (Tribunale d'appello du canton du Tessin, arrêt du 23 décembre 2013 [14.2013.212], consid. 6.2, in RtiD II-2014 p. 899 n° 59c, cité par DANIEL STAEHELIN, in Basler Kommentar, SchKG, Ergänzungsband, 2017, art. 191 LP , ad n° 13 et l'autre référence à un arrêt tessinois; Obergericht du canton de Soleure, arrêt du 13 mai 1987, consid. 3, in SOG 1987 n° 10; cf. ég. Obergericht du canton de Zurich, arrêt du 15 juillet 1994, consid. 1.1.2, in ZR 1995 p. 167). Elle trouve sa justification dans le fait que la déclaration d'insolvabilité selon l' art. 191 LP entraîne la dissolution de la société. Or, de par la loi, celle-ci doit résulter d'une décision émanant impérativement de l'assemblée générale des actionnaires conformément à l' art. 736 ch. 2 CO . Il s'agit là en effet d'une compétence inaliénable de cet organe ( art. 698 al. 2 ch. 6 CO ; GIROUD, op. cit., p. 49; WALTER A. STOFFEL, Dissolution volontaire et liquidation de la société, in Gesellschaftsrecht und Notar - La société au fil du temps, 2016, p. 427 ss, 429). La décision du conseil d'administration d'une société anonyme de déposer une déclaration d'insolvabilité au sens de l' art. 191 LP sans que l'assemblée générale des actionnaires ait préalablement adopté de décision de dissolution est par conséquent nulle (cf. art. 706b ch. 3 CO , applicable par analogie par renvoi de l' art. 714 CO ; MARIE-NOËLLE ZEN-RUFFINEN/MARC BAUEN, Le conseil d'administration, 2017, n° 406 p. 160 et la référence; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4ème éd. 2009, § 13 n o 273; cf. ég. MIRJAM RHEIN, Die Nichtigkeit von VR-Beschlüssen, Zurich 2001, p. 134). La recourante devait ainsi produire le procès-verbal de l'assemblée générale des actionnaires actant, en la forme authentique, la décision de dissoudre la société et d'instruire le conseil d'administration de déposer la déclaration d'insolvabilité devant le juge compétent. Faute d'une telle décision, il ne pouvait en l'occurrence être fait droit à la requête de la recourante, étant précisé que, si tant est qu'il faille en tenir compte (cf. supra consid. 5.2), le procès-verbal annexé au courriel de l'administrateur unique de la recourante n'a pas été dressé en la forme authentique. La recourante confond la question de savoir quel organe est compétent pour formellement saisir le juge d'une déclaration d'insolvabilité au sens de l' art. 191 LP de celle des conditions nécessaires au prononcé de la faillite. Il suit de là que la Cour de justice n'a ni

violé l' art. 191 LP ni fait preuve d'un quelconque formalisme excessif (sur cette notion, parmi plusieurs: ATF 142 IV 299 consid. 1.3.2; 142 I 10 consid. 2.4.2). La critique est entièrement infondée.

## **E. 7**

La recourante se plaint d'une violation des art. 725 al. 2 et 725a al. 1 CO.

### **E. 7.1**

Elle rappelle qu'elle avait déposé une lettre de son réviseur selon laquelle elle était non seulement manifestement insolvable mais également surendettée. La Cour de justice s'était limitée à un examen purement formel de cette lettre et avait, à tort, occulté son contenu matériel. En possession d'un avis du réviseur constatant matériellement l'état de surendettement de la société, les juges cantonaux devaient lui donner la suite qu'il appelle automatiquement, à savoir le prononcé de la faillite.

### **E. 7.2**

La recourante ne s'en prend pas à la motivation de la Cour de justice, qui a constaté que les conditions posées par les art. 725 al. 2 et 725a al. 1 CO n'étaient pas réalisées faute de production des bilans intermédiaires ainsi que du rapport de vérification de l'organe de révision. La recevabilité du grief apparaît dès lors douteuse (cf. supra consid. 2.1). Quoi qu'il en soit, la motivation de l'arrêt entrepris ne prête pas le flanc à la critique. Le juge doit en effet 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 (arrêt 5A\_867/2015 du 11 décembre 2015 consid. 5.1.1 et la doctrine citée, publié in BLSchK 2018 p. 145). 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 soit trop optimiste n'étant pas opérant dans cette hypothèse et cette exigence ne devant pas constituer un obstacle formel au détriment des créanciers (arrêt 5A\_625/2015 du 18 janvier 2016 consid. 3.5 et les références). Ainsi, si elle pouvait a priori se passer du rapport de vérification de l'organe de révision, la recourante devait en revanche à tout le moins produire le double bilan intermédiaire susvisé. Or elle ne prétend pas qu'elle l'aurait fait, respectivement que la Cour de justice aurait arbitrairement omis de constater qu'un tel double bilan figurait au dossier. S'il est vrai que selon certains auteurs, le principe de la protection du public et des créanciers de la société permet au juge de tenir compte d'autres pièces ou d'autres moyens de preuve établissant que la société est effectivement surendettée (HENRY PETER/FRANCESCA CAVADINI, in Commentaire romand, CO II, 2ème éd. 2017, n° 45 ad art. 725 CO et les références; HENRY PETER/EMMANUEL GENEQUAND/FRANCESCA CAVADINI, in Commentaire romand, CO II, 2ème éd. 2017, n° 23 ad art. 728c CO ), force est de constater que la lettre du réviseur (en anglais) versée au dossier apparaît insuffisante pour établir le surendettement, ce d'autant que, selon les constatations de l'arrêt querellé non remises en cause par la recourante (cf. supra consid. 2.2), celui-ci ne ressort pas du bilan non révisé au 31 décembre 2019 produit à l'appui de la requête de faillite. La critique tombe à faux.

## **E. 8**

En définitive, le recours est rejeté dans la mesure de sa recevabilité. La recourante, qui succombe, supportera les frais judiciaires ( art. 66 al. 1 LTF ). Il n'est pas alloué de dépens (

art. 68 al. 3 LTF ). Compte tenu de ce qui précède, il n'y a pas lieu de modifier la répartition des frais et dépens de la procédure cantonale ( art. 67 et 68 al. 5 LTF ).

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