

# **GE\_GERICHTE DCSO/353/2012 vom 13. September 2012**

GE Cour de justice, 2012-09-13, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_DCSO\\_353\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_DCSO_353_2012)

FR: GE\_GERICHTE DCSO/353/2012 du 13 septembre 2012

IT: GE\_GERICHTE DCSO/353/2012 del 13 settembre 2012

## **Regeste**

Résumé: La non-application de l'art. 169 LP à la faillite sans poursuite préalable de l'art. 192 LP ne doit pas s'entendre que comme excluant la possibilité d'exiger une avance de frais. Dès lors que c'est l'un des gérants de la société qui a avisé le juge du surendettement, la charge des frais ne saurait incomber à la plaignante qui n'a pas requis la faillite.

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

La Chambre de surveillance est compétente pour statuer sur les plaintes formées en application de la LP (art. 13 LP; art. 126 al. 2 let. c LOJ; art. 6 al. 1 et 3 et 7 al. 1 LaLP) contre des mesures non attaques par la voie judiciaire (art. 17 al. 1 LP). En l'espèce, il est constant que la décision de l'Office de mettre les frais de la faillite à la charge de la plaignante est une mesure sujette à plainte, que cette dernière, condamnée au paiement de ces frais, a qualité pour contester par cette voie.

### **E. 1.2**

La plainte contre une mesure de l'Office doit être déposée dans les dix jours suivant celui où le plaignant a eu connaissance de la décision attaquée (art. 17 al. 2 LP). En l'espèce, la décision litigieuse a été reçue par le conseil de la plaignante le 21 juin 2012. Formée le 2 juillet 2012, la plainte l'a été en temps utile. Respectant pour le surplus les exigences de forme prescrites par la loi (art. 9 al. 1 LaLP), la plainte est recevable.

### **E. 2**

Contrairement à l'Office, la Chambre de céans considère que le prononcé de la faillite de la société L\_\_\_\_\_ Sàrl ne s'inscrit pas dans le cadre de la procédure initiée le 19 novembre 2010 par Mme L\_\_\_\_\_ sur la base de l'art. 731b CO. Cette procédure, de type sommaire (ATF 138 III 166), s'est en effet terminée par le prononcé du jugement du Tribunal de première instance du 6 avril 2011, aux termes duquel ce dernier a choisi, entre autres mesures possibles, de nommer deux gérants en remplacement de feu M. L\_\_\_\_\_. Quand bien même elle a été inscrite au rôle du Tribunal sous le même numéro de cause, il y a ainsi lieu de considérer la procédure ayant conduit à la faillite comme une procédure nouvelle et, partant, indépendante de la précédente. Le Tribunal a du reste prononcé la faillite en application de l'art. 192 LP et non sur la base de l'art. 731b al. 1 ch. 3 CO.

### **E. 3**

Selon l'art. 725 al. 2 CO, applicable par analogie à la société à responsabilité limitée (art. 820 CO), le conseil d'administration d'une société doit aviser le juge s'il résulte d'un bilan intermédiaire dressé aux valeurs d'exploitation et de liquidation et soumis à la vérification de l'organe de révision que les dettes sociales ne sont plus couvertes par les actifs, à moins

que les 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. Au vu de l'avis de surendettement, le juge déclare la faillite sans poursuite préalable (art. 725a al. 1 CO et 192 LP; Henry PETER, Commentaire romand, CO-II, n. 5 ss

- 5/7 -

A/2006/2012-CS ad art. 725a CO), comme cela a été le cas en l'espèce au vu du jugement du Tribunal de première instance du 16 juin 2011.

#### **E. 4**

Selon l'art. 169 al. 1 LP, celui qui requiert la faillite répond des frais jusqu'à et y compris la suspension des opérations faute d'actif (art. 230 LP) ou jusqu'à l'appel aux créanciers (art. 232 LP). Le juge peut exiger qu'il en fasse l'avance (al. 2). Une telle avance n'est ainsi pas obligatoire mais seulement facultative (ATF 134 III 136 consid. 2.3). A teneur de l'art. 194 al. 1 2ème phr. LP, l'art. 169 LP ne s'applique pas à la faillite prévue à l'art. 192 LP. Selon le Message du Conseil fédéral concernant la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 8 mai 1991, cette deuxième phrase souligne expressément que la société de capitaux ou la coopérative contrainte de déposer son bilan n'est pas tenue de faire une avance de frais (FF 1991 III p. 138 ch. 205.34; cf. ég. p. 137 ch. 205.32: "aucune avance de frais ne peut être exigée des personnes morales que la loi oblige à aviser le juge de leur surendettement."; Alexander BRUNNER/Felix H. BOLLER, in Basler Kommentar, SchKG-I, 2ème éd., 2010, n. 19 ad art. 194 LP et n. 25 ad art. 192 LP; PETER, op. cit., n. 8 ad art. 725a CO; Florian CHAUDET, Ajournement de la faillite de la société anonyme, 2001, p. 140). La non-application de l'art. 169 LP à la faillite sans poursuite préalable de l'art. 192 LP prévue à l'art. 194 LP ne doit dès lors s'entendre que comme excluant la possibilité d'exiger une avance de frais au sens de l'art. 169 al. 2 LP (cf. BRUNNER/BOLLER, op. cit., n. 19 in fine ad art. 194 LP). Le grief soulevé à cet égard par la plaignante s'avère ainsi infondé. Il y a donc lieu de déterminer si cette dernière doit être considérée comme étant celle qui a requis la faillite au sens de l'art. 169 al. 1 LP.

#### **E. 5.1**

Selon le droit de la société à responsabilité limitée, c'est aux gérants que revient l'obligation de saisir le juge en cas de surendettement, les dispositions du droit de la SA (art. 725 et 725a CO) étant applicables par analogie conformément à l'art. 820 CO (Christophe BUCHWALDER, Commentaire romand, CO-II, n. 1 s. ad art. 820 CO).

#### **E. 5.2**

En l'espèce, c'est l'un des deux gérants de la société qui a avisé le juge de la faillite du surendettement de la société, conformément à l'art. 725 al. 2 CO, sa décision ayant été ultérieurement avalisée en audience par l'autre gérant. L'on ne saurait dès lors considérer la plaignante comme ayant requis la faillite au sens de l'art. 169 al. 1 LP, quand bien même elle ne s'y est pas opposée et que le

- 6/7 -

A/2006/2012-CS Tribunal de première instance l'a, à tort, qualifiée de partie requérante sur la page de garde de son jugement. Le grief apparaît ainsi bien fondé.

#### **E. 6**

Vu ce qui précède, la plainte doit être admise et la décision entreprise annulée.

## E. 7

La procédure de plainte est gratuite (art. 20a al. 2 ch. 5 LP et art. 61 al. 2 let. a OELP) et il ne peut être alloué aucun dépens dans cette procédure (62 al. 2 OELP). Conformément à ces dispositions, la présente décision est rendue sans frais ni dépens.

\* \* \* \* \*

- 7/7 -

A/2006/2012-CS PAR CES MOTIFS, La Chambre de surveillance : A la forme : Déclare recevable la plainte formée le 2 juillet par Mme L\_\_\_\_\_ contre la décision rendue le 19 juin 2012 par l'Office des faillites dans le cadre de la faillite de la société L\_\_\_\_\_ Sàrl (faillite n° 2011 xxxx92 G/OFA3). Au fond : L'admet. Annule en conséquence la décision entreprise. Siégeant : Monsieur Grégory BOVEY, président; Monsieur Philipp GANZONI et Monsieur Mathieu HOWALD, juges assesseurs; Madame Véronique PISCETTA, greffière.

Le président : Grégory BOVEY

La greffière : Véronique PISCETTA

Voie de recours : Le recours en matière civile au sens de l'art. 72 al. 2 let. a de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110) est ouvert contre les décisions prises par la Chambre de surveillance des Offices des poursuites et des faillites, unique autorité cantonale de surveillance en matière de poursuite pour dettes et faillite (art. 126 LOJ). Il doit être déposé devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, dans les dix jours qui suivent la notification de l'expédition complète de la présente décision (art. 100 al. 1 et 2 let. a LTF) ou dans les cinq jours en matière de poursuite pour effets de change (art. 100 al. 3 let. a LTF). L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire. Le recours doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, en quoi l'acte attaqué viole le droit et les moyens de preuve, et être signé (art. 42 LTF). Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

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