

VD_GERICHTE FU17.044297 vom 20. April 2018

VD Tribunal cantonal, 2018-04-20, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_FU17.044297

FR: VD_GERICHTE FU17.044297 du 20 avril 2018

IT: VD_GERICHTE FU17.044297 del 20 aprile 2018

Erwägungen

E. 1

a) H. _____ Sàrl est une entreprise de nettoyage, constituée en société à responsabilité limitée, dont le capital social de 20'000 fr. est entièrement libéré. L. _____ est son associé gérant unique, avec signature individuelle. Elle compte environ deux cents employés. En 2016, elle a connu une perte d'exploitation de quelque 503'700 francs. L'organe de révision l'en a avisée et lui a rappelé – en vain – ses obligations légales en cas de surendettement manifeste. Le 16 octobre 2017, il a donné l'avis de surendettement prévu par l'art. 728c al.

E. 3

T. _____ SA possède 40% de la société M. _____ SA

E. 4

T. _____ SA achète à H. _____ Sàrl 60% du capital soit 60 actions à 1000 fr valeur nominale pour le prix de Fr. 300.000.- (trois cent mille francs)

E. 5

Un montant de Fr. 150.000.- (cent cinquante mille francs) sera déduit des avances déjà effectuées par T. _____ SA tel que figure dans les comptes au 31.12.2017

E. 6

Le montant de Fr. 100.000.- (cent mille francs) seront versés au plus tard à la fin janvier les Fr. 50.000 restants seront versés au plus tard le 15 février. (...) » ; - une liste des paiements effectués du 3 janvier au 16 mars 2018, avec les justificatifs bancaires y relatifs. Les 15 et 16 mars ont notamment été versés des montants pour la LPP, les APG, et l'impôt à la source ; - une nouvelle comptabilité 2016 et 2017, non signée, faisant état d'une perte pour 2016 de quelque 179'000 fr. et pour 2017 de quelque 658'000 francs. Sur le compte de pertes et profits, on lit que les recettes ont chuté de quelque 8 millions à 5 millions entre 2016 et 2017, que les charges salariales ont certes baissé, mais pas dans la même mesure, passant de 7 millions à 5 millions. Au bilan 2017, on observe quelque 2,5 millions de fonds étrangers dont la quasi-totalité est exigible à court terme et le solde à moyen terme. En 2017, ces dettes à court terme se partagent entre fournisseurs (environ 160'000 fr.), les charges sociales et salaires (1,4 millions) et la TVA (835'000 fr.). Les dettes exigibles à moyen terme comprennent essentiellement le compte courant M. _____ SA de 68'000 fr., et un prêt T. _____ SA de 39'000 fr. environ. ; - le compte de pertes et profits provisoire pour janvier et février 2018, non signé, faisant état d'un bénéfice pour janvier de 8'715 fr. et pour février de 9'129 francs. Par décision du 22 mars 2018, la Présidente de la cour de céans a admis la requête d'effet suspensif contenue dans le recours, a suspendu provisoirement les effets des chiffres I, II et IV du jugement, a désigné provisoirement l'agent d'affaires

breveté K. _____ comme curateur et a défini sa mission, l'a autorisé à prélever 3'000 fr. à titre de provision sur ses honoraires, et a ordonné, à titre de mesures conservatoires, l'inventaire et l'audition de la faillie.

- 9 - Par courrier du 13 avril 2018, adressé par efax à la cour de céans, la recourante a allégué des faits nouveaux et a produit une pièce nouvelle. Le même jour, la présidente de la cour de céans a informé la recourante que des faits nouveaux, à supposer admissibles, devaient être invoqués et établis dans le délai de recours, en l'occurrence largement échu, et qu'il ne serait dès lors pas tenu compte de ses écritures et pièces déposées le 13 avril 2018. Le 17 avril 2018, le curateur a produit sa note d'honoraires, arrêtées à 3'000 fr., débours compris, pour ses opérations du 20 mars au 17 avril 2018. En droit : I. a) Le recours a été formé en temps utile (art. 174 al. 1 LP [loi fédérale 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 ; RS 272]). Il est recevable. Il en va de même des écritures ultérieures de la recourante qui ont été déposées dans le délai de recours. En revanche, l'écriture déposée le 13 avril 2018, soit largement après l'expiration du délai de recours, est irrecevable. b) La question de la recevabilité des pièces nouvelles se pose. En effet, l'admission sans restriction de nova tendant à établir le sérieux des perspectives d'assainissement de la faillie, soit une problématique préalablement examinée par le juge de première instance – contrairement à la problématique de la solvabilité de la faillie qui est examinée pour la première fois en deuxième instance, par l'autorité de recours, dans le cadre prévu par l'art. 174 al. 2 LP -, conduirait à faire de la cour des

- 10 - poursuites et faillites une instance d'appel, ou une nouvelle autorité de première instance. Cette question peut toutefois demeurer ouverte. La cour de céans examinera le bien-fondé du recours dans les deux hypothèses de l'irrecevabilité et de la recevabilité des pièces nouvelles - à condition toutefois, dans cette deuxième hypothèse, qu'elles aient été produites dans le délai de recours, la pièce produite hors délai étant dans tous les cas irrecevable. II. a) Aux termes de l'art. 820 al. 1 CO, les dispositions du droit de la société anonyme concernant l'avis obligatoire en cas de perte de capital ou de surendettement de la société ainsi qu'en matière d'ouverture et d'ajournement de la faillite sont applicables par analogie à la société à responsabilité limitée. L'art. 820 al. 2 CO prévoit expressément que le juge peut ajourner la faillite à la requête des gérants ou d'un créancier, notamment si les versements supplémentaires encore dus sont opérés sans délai et si l'assainissement de la société paraît possible. L'art. 725a al. 1 CO, applicable à la société à responsabilité limitée en vertu de la disposition précitée, permet au juge qui reçoit l'avis obligatoire de l'art. 725 al. 2 CO, en cas de surendettement, d'ajourner la faillite, à la requête du conseil d'administration ou d'un créancier, si l'assainissement de la société paraît possible. L'ajournement de la faillite au sens de l'art. 725a CO, respectivement 820 CO, a pour but de permettre la continuation de l'activité de la société. A la différence des cas d'ajournement prévus par le droit des poursuites (art. 173 et 173a LP), il ne s'agit pas d'une mesure relevant de l'exécution forcée, mais d'un simple moratoire (TF 5A_902/2016 du 21 mars 2017 consid. 5.3.2 ; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4e éd., 2009, pp. 1886-1887, n. 830 ; Hardmeier, Zürcher Kommentar, n. 1315 ad art. 725a OR [CO]), dont la finalité est de redresser la société en évitant toute procédure d'exécution forcée, y compris concordataire (Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 15 ad art. 192 aLP).

- 11 - Le requérant doit présenter au juge un plan d'assainissement exposant les mesures propres à redresser la société - telles qu'une postposition par les créanciers de la société, la conversion de créances en actions, des cautionnements ou garanties bancaires, etc. -, et indiquer le délai dans lequel le surendettement sera éliminé (TF 5A_902/2016 loc. cit. ; TF 5P.466/1999 du 11 avril 2000 consid. 3b ; CPF 25 janvier 2012/85). Sur la base de ces éléments, le juge doit estimer les chances d'un assainissement réussi et durable.

L'assainissement paraît possible quand les mesures proposées permettront, selon toute vraisemblance, d'éliminer le surendettement dans le délai prévu et de restaurer à moyen terme la capacité de gain, qui seule laisse entrevoir des perspectives d'avenir (TF 5A_902/2016 loc. cit. ; TF 5P.263/2003 du 25 août 2003 consid. 3.2 et les réf. cit. ; ATF 99 II 283 consid. II/3 ; Tercier/Stoffel, *Le droit des sociétés 1999/2000*, résumés de jurisprudence, in RSDA 2000 p. 299, r86-r88 ; CPF 25 janvier 2012/85 précité).

L'ajournement aux fins d'assainissement doit tendre à empêcher l'ouverture de la faillite dans l'intérêt de la société et avant tout des créanciers (CPF 25 mai 2000/210 consid. 3.c ; CPF 25 janvier 2012/85 précité). Il a pour but de permettre la continuation de l'activité de la société, mais non sa liquidation en dehors de la procédure de faillite, et cela même si une telle liquidation devait s'avérer plus favorable pour les créanciers (TF 5P.466/1999 loc. cit.). Une prolongation de l'ajournement de faillite doit être concédée, même de façon réitérée, si elle est propice à l'assainissement, sans toutefois qu'il faille tarder à prononcer la faillite si celle-ci est inéluctable (Peter/Peyrot, *L'ajournement de la faillite (art. 725a CO) dans la jurisprudence des tribunaux genevois*, in SJ 2006 II 43 ss, spéc. pp. 62- 63). Dans l'appréciation de la situation, le juge doit examiner si, entre la décision d'ajournement et le moment où il y a lieu de statuer sur la prolongation, en première ou en seconde instance, la situation de la société s'est améliorée, à l'aune de la vraisemblance (CPF 25 janvier 2012/85 précité ; CPF 25 mai 2000/210 consid. 3.c précité). A défaut de s'être améliorée, il faut au moins que la situation ne se soit pas aggravée

- 12 - et que la perspective d'amélioration soit solide et prochaine pour qu'une prolongation de l'ajournement puisse être accordée (mêmes arrêts). Ce qui est nécessaire en tout cas, selon le Tribunal fédéral, c'est qu'une société aux bases financières saines ressorte, avec une haute probabilité, du processus d'assainissement (TF 5A_902/2016 loc. cit. ; ATF 130 V 196 consid. 5.5). Si l'assainissement est devenu impossible ou que ses chances de succès sont réellement compromises, le juge doit prononcer la faillite de la société. Le cas échéant, cette constatation peut être faite sans attendre la fin de la durée de l'ajournement. Dans ce cas, le juge met fin à celui-ci de façon anticipée (Peter/ Cavadini, in Tercier/Amstutz/Trigo Trindade (éd.), *Commentaire romand, Code des obligations II*, 2e éd., 2017, n. 62 ad art. 725a CO). b) aa) En l'espèce, si l'on fait abstraction dans un premier temps des éléments nouveaux produits en deuxième instance, on constate que la recourante n'a à opposer aux considérants du jugement attaqué que les arguments suivants : le curateur avait préavisé pour la prolongation de l'ajournement, l'office des faillites n'avait pas non plus requis la révocation de l'ajournement et les poursuites avaient diminué. Ce n'est évidemment pas suffisant pour convaincre du bien- fondé du recours. Le juge n'est lié ni par l'avis du curateur, ni par le silence de l'office des faillites. Quant à la diminution des poursuites, elle n'est que de 10'000 fr. sur un total « minimal » de 200'000 fr., la perte d'exploitation 2017 dépassant 700'000 francs. Les considérants du jugement sont plus convaincants que le seul espoir du curateur d'un assainissement qui ne repose pas sur des bases concrètes et sûres. bb) Si l'on tient compte des éléments nouveaux que la recourante fait valoir, ils sont les suivants.

- 13 - Le 13 mars 2018, elle a payé une somme totale de 201'725 fr. à l'AVS/AI/APG. On peut supposer qu'il s'agissait des charges sociales du dernier trimestre 2017 qui étaient en souffrance, puisqu'elle produit, outre les preuves de ces paiements, une attestation de la CVCI, Caisse de compensation selon laquelle la société paie « régulièrement » ses cotisations. On peut admettre que les charges sociales sont à jour. Par ailleurs, « des restructurations importantes ont permis de générer désormais un résultat positif, et donc du cash flow » ; « salaires et charges courantes » seraient « désormais payés » ; la promesse de vente et d'achat est toujours « pendante » et devrait apporter des liquidités de l'ordre de 1'200'000 fr. à 1'600'000 fr. ; la société serait « à bout touchant dans le cadre de la négociation de la vente » de 51% des parts sociales de L._____ à « deux entités économiques susceptibles de racheter [ces] parts pour 1 fr. moyennant un prêt à la société d'au minimum 600'000 fr. » ; L._____ aurait cédé à la société des actifs « permettant de diminuer de manière drastique [son] compte courant mais surtout d'apporter plus de 360'000 fr. de trésorerie » ; ces montants, « malgré une augmentation des débiteurs de plus de 100'000 fr. » - par quoi il faut comprendre, vu la formulation de la phrase, une augmentation des dettes - et « grâce au cash flow réalisé en janvier et février », auraient permis d'effectuer des paiements pour plus de 400'000 fr. affectés « en grande partie d'ailleurs aux charges sociales » ; avec la postposition des prêts des nouveaux actionnaires, la société ne serait plus en surendettement. L'examen des pièces produites à l'appui de ces allégations par la recourante conduit à retenir les éléments suivants. Dans sa lettre du 20 mars 2018, X._____ ne s'engage pas à postposer son prêt, qui devrait au contraire être rémunéré par un intérêt au taux de 4% l'an. Au demeurant, il s'agit d'une simple offre, et on ignore si elle a été acceptée. En outre, la vente de 51% des parts sociales de L._____ à X._____ pourrait se heurter au fait que l'associé gérant, selon les conventions produites en première instance (pièce 3), semble

- 14 - avoir déjà vendu 25% de ses parts à T._____SA, et trois fois 10% de ses parts à [...] SA ; il n'est toutefois pas établi que ces conventions ont été exécutées. On ignore quelles sont les « restructurations importantes » évoquées par la recourante. Au vu de la lettre du curateur à la Présidente du 5 mars 2018 et des pièces 23 à 25, on peut constater que L._____ a obtenu de son amie [...] un prêt de 200'000 fr. à la société, garanti par une cédule hypothécaire grevant un chalet de l'emprunteur ; il semble que ce soit cette somme qui a permis de payer l'arriéré de charges AVS. Toutefois, ce prêt n'est pas postposé ; au contraire, il est remboursable par mensualités dès la fin du mois de mars 2018. On ne comprend pas pourquoi la convention relative à la vente de M._____SA du 5 octobre 2017 n'a pas été produite plus tôt. Si elle a été exécutée, ce qui n'est pas établi - aucune pièce bancaire, notamment, attestant du versement par T._____SA des 150'000 fr. prévus n'a été produite -, la réduction des dettes de la société par ce biais demeure extrêmement modeste au regard de leur total tel qu'il résulte de la comptabilité. On ne sait pas à quel titre D._____SA, dans son « attestation » du 15 mars 2018, s'engage à verser 100'000 francs. Cela pourrait être un prêt. Il n'est donc pas certain que ce soit une mesure d'assainissement. En conclusion, la situation se présente comme suit : bien que le résultat d'exploitation des mois de janvier et février 2018 soit positif, il est contrebalancé par la dette reportée, qu'il faudra éponger ; or, même annualisé, le bénéfice n'y suffirait pas. L'associé gérant cherche des investisseurs, mais ceux-ci disposeront de créances contre la société, ce qui ne fait qu'ajouter à la dette et ne résout donc rien. Aucun investisseur potentiel n'a signé de déclaration de postposition. Aucune garantie bancaire n'a été présentée, ni aucun cautionnement. Il n'est pas établi ni rendu vraisemblable que des

promesses d'investissement ont été suivies

- 15 - d'effet. Le seul véritable apport de liquidité établi réside dans la somme de 200'000 fr. empruntée par la société auprès de l'amie de l'associé gérant, mais il s'agit là encore d'une nouvelle dette. Ce prêt n'est pas postposé. Enfin, on ne dispose toujours d'aucun élément concret au sujet de la vente de l'immeuble. Cette vente, qui était considérée comme « le seul espoir » de la société, aux dires du curateur, paraît illusoire, ou au mieux très compromise. La recourante - qui est titulaire d'un droit d'emption et non de propriété - est censée commencer par acquérir l'immeuble, alors qu'elle n'a pas les fonds nécessaires de 4,4 millions de francs, et le revendre ensuite. Or, il paraît très improbable que, dans sa situation, elle réunisse lesdits fonds ou obtienne à cet effet un prêt bancaire ; il est également improbable qu'un acquéreur potentiel, à qui la recourante, qui n'est pas encore propriétaire de l'immeuble peut difficilement cacher la situation, soit disposé à lui payer un prix supérieur à celui de 4'400'000 fr. pour lui assurer un bénéfice. Ainsi, même en tenant compte des pièces nouvelles produites dans le délai de recours, on doit considérer que les perspectives d'assainissement de la recourante ne sont pas concrètes. Dans ces conditions, la recourante ne fait valoir aucune mesure propre à assainir la société et à éliminer le surendettement, ni a fortiori aucun processus possible au terme duquel il serait hautement probable qu'elle ressorte avec des bases financières saines. III. Vu ce qui précède, le recours doit être rejeté et le jugement confirmé, la faillite de H. _____ Sàrl prenant effet à la date du présent arrêt, vu l'effet suspensif accordé. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr., sont mis à la charge de la recourante (art. 106 al. 1 CPC).

- 16 - Le curateur est relevé de sa mission et ses honoraires durant la procédure de recours, à la charge de la recourante, sont arrêtés à 3'000 francs.

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