

## **VD\_GERICHTE FZ12.018329 vom 11. Oktober 2012**

VD Tribunal cantonal, 2012-10-11, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_gerichte\\_FZ12.018329](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_FZ12.018329)

FR: VD\_GERICHTE FZ12.018329 du 11 octobre 2012

IT: VD\_GERICHTE FZ12.018329 del 11 ottobre 2012

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Au terme du premier exercice clos au 31 décembre 2011, la société enregistre une perte de CHF 30'969.50. Attendu que le capital social s'élève à CHF 20'000.00, elle se trouve en état de surendettement. Suite aux différends entre associés, la marche des affaires en est affectée, principalement les ventes réalisées au cours des quatre premiers mois 2012 qui s'établissent, selon les éléments en possession du Président, à environ CHF 18'700.00 (...). Il est à noter également qu'une partie du stock sera prochainement périmée (juin & septembre) et que le bilan au 31.12.2011 a été établi sur une base de continuation et non de liquidation. Les comptes 2011 sont pour le surplus approuvés par l'Assemblée.

#### **E. 2**

Au 31 décembre 2011, les comptes courants associés présentent un solde créancier de CHF 60'122.75. Monsieur le Président indique qu'il n'entend pas postposer sa créance. En l'absence de M. Q. \_\_\_\_\_ et ne disposant d'aucune information de ce dernier à ce propos, il doit être considéré que ce dernier ne consente pas à une postposition de sa créance.

#### **E. 3**

M. le Président indique refuser de procéder à un apport de fonds supplémentaire (il n'existe aucune obligation statutaire en la matière), que ce soit sous forme de liquidités ou de recapitalisation. Pour les mêmes raisons qu'évoquées au point 2, il doit être admis qu'il en est de même pour l'autre associé.

- 6 -

#### **E. 4**

M. le Président constate à la lumière des comptes du premier exercice que le surendettement existant ne peut être couvert par une postposition des créances des associés ou par une recapitalisation de la société. Par ailleurs, cette dernière ne dispose quasiment plus de liquidités à ce jour (...). Dès lors, il n'a d'autres choix que d'informer le juge compétent de la situation de la société. L'assemblée approuve cette décision d'annoncer la situation au juge.

#### **E. 5**

Changement de mode de signature de M. Q. \_\_\_\_\_ qui devient collective à deux. L'assemblée approuve la décision de changement de mode de signature". Par écriture du 13 mai 2012, Q. \_\_\_\_\_ s'est opposé au prononcé de faillite, faisant valoir que la décision d'annonce au juge n'était pas recevable, dès lors qu'elle avait été prise par son associé seul, qui ne disposait que de 50 % des voix émises. Il a exposé que les comptes pour le bouclage de l'exercice 2011 n'étaient pas conformes, en l'absence d'un inventaire signé et d'annexes aux comptes, raison pour laquelle il ne s'est pas présenté à l'assemblée générale extraordinaire du 2 mai 2011. L'intimé a fait en outre état de différends relatifs aux rabais

accordés par X. \_\_\_\_\_ sur des ventes à ses amis. Il a produit à cet égard le détail des ventes d'articles par client réalisées par la société entre le 1er janvier et le 15 mars 2012. L'intimé a encore précisé que la société disposerait encore de plus de 10'000 fr. de matériel en stock qui serait déjà payé aux fournisseurs. Il a déclaré être "prêt à postposer la moitié des dettes de cette société ou de reprendre les parts de mon associé, pour CHF1.-, symbolique". A l'audience du 11 juin 2012, Q. \_\_\_\_\_ a encore produit les pièces suivantes : - un extrait internet du registre du commerce daté du 9 juin 2012 et indiquant qu'il dispose de la signature collective à deux depuis le 25 mai 2012;

- 7 - - une déclaration du 30 mai 2012 de l'Office des poursuites du district de Nyon attestant que la société W. \_\_\_\_\_ n'avait pas fait l'objet de poursuite et n'était pas sous le coup d'acte de défaut de biens; - une déclaration du 30 mai 2012 de l'Office des faillites de l'arrondissement de La Côte attestant que la société n'avait pas fait et ne faisait pas l'objet d'une mise en faillite dans son arrondissement; - les statuts de la société; - le bilan – dont une page manque - de la société au 31.12.2012 (recte : 31.03.2012), qui lui aurait été transmis par X. \_\_\_\_\_ et qui présente peu de différences avec celui de l'exercice 2011, soit essentiellement, à l'actif, une diminution des liquidités qui s'élèvent à 2'249 fr. 81 et, au passif, une diminution des dettes envers les actionnaires qui se montent à 50'122 fr. 75, soit 25'000 fr. pour X. \_\_\_\_\_ et 25'122 fr. 75 pour Q. \_\_\_\_\_; le surendettement est par ailleurs toujours de 10'969 fr. 50; - une liste des ventes qu'il aurait effectuées depuis le mois d'avril 2012; - une liste des factures et postes ouverts au 15 mars 2012; - une liste détaillée des ventes effectuées entre le 1er janvier et le 31 mars 2012; - une convocation à l'assemblée générale extraordinaire du 2 mai 2012, dont l'ordre du jour ne présente que les quatre premières rubriques indiquées dans l'ordre du jour produit par W. \_\_\_\_\_; - un document indiquant les pourcentages de ventes des associés du 1er janvier 2012 au 31 mars 2012. Par jugement du 14 juin 2012, la Présidente du Tribunal d'arrondissement de La Côte a refusé de prononcer la faillite de W. \_\_\_\_\_ (I) et a rendu sa décision sans frais (II). La présidente du tribunal a

- 8 - notamment considéré que le bilan présenté à l'appui de la requête n'était pas suffisant pour prouver que la société était en état de surendettement et que l'avis au juge n'était pas basé sur la majorité des voix puisque chaque associé gérant détenait la moitié du capital social. 2. Par courrier du 13 juin 2012, soit postérieurement à l'audience du 11 juin 2012, W. \_\_\_\_\_ a adressé au tribunal d'arrondissement les comptes de la société, arrêtés au 13 juin 2012. Dans un courrier du 21 juin 2012, elle s'est dite surprise de la décision du 14 juin 2012 et a produit des pièces, à savoir :

- 9 - - des extraits bancaires du 13 juin 2012; - un extrait internet du registre du commerce relatif à la société; - la copie d'enveloppes de courriers recommandés adressés les 27 avril et 22 mai 2012 à Q. \_\_\_\_\_ et portant la mention manuscrite "Refusé"; Interpellée par la présidente du tribunal d'arrondissement, W. \_\_\_\_\_ a confirmé, le 27 juin 2012, que son courrier du 21 juin 2012 devait être considéré comme un recours. Par courriers des 4 juillet et 16 août 2012, la recourante a encore transmis deux pièces, soit un nouvel extrait internet du registre du commerce et le rapport de l'expert réviseur agréé aux associés gérants daté des 3 juillet et 15 août 2012. Par mémoire du 13 août 2012, Q. \_\_\_\_\_ a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet du recours et a produit les pièces suivantes : - une attestation de la chambre patrimoniale genevoise du 26 juillet 2012; - une décision du 8 août 2012 du Tribunal de première instance du canton de Genève; - un échange de courriels du mois de mai 2012 entre Q. \_\_\_\_\_ et L. \_\_\_\_\_ SA. En droit : I. a) Le recours est

dirigé contre un jugement refusant de prononcer la faillite, ce qui est admissible puisque l'actuel art. 174 al. 1 LP (loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889, RS 281.1), applicable par renvoi de l'art. 194 LP, ouvre la voie du recours contre toute décision du juge de la faillite, y compris le rejet de la requête de faillite (Cometta, Commentaire romand, n. 1 ad art. 174 LP; Gilliéron,

- 10 - Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 26 ad art. 174 LP). En l'espèce, le recours écrit et motivé, accompagné du jugement de faillite et déposé dans le délai de dix jours suivant la notification de ce jugement est recevable formellement (art. 174 al. 1 LP; art. 321 CPC, Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272). b) En matière de faillite, les parties peuvent faire valoir des faits nouveaux lorsqu'ils se sont produits avant le jugement de première instance (pseudo-nova; art. 174 al. 1 LP). Les pièces produites par les parties après le 11 juin 2012 sont presque toutes irrecevables, étant postérieures à la décision entreprise, à l'exception de la copie des enveloppes des courriers recommandés non retirés par l'intimé, datées des 27 avril et 22 mai 2012 ainsi que de l'échange de courriels du mois de mai 2012 entre ce dernier et L.\_\_\_\_\_ SA. II. a) L'art. 192 LP prévoit que la faillite des sociétés à responsabilité limitée, notamment, peut être prononcée sans poursuite préalable dans les cas prévus par le Code des obligations, en particulier l'art. 820 CO, qui renvoie aux dispositions du droit de la société anonyme. Aux termes de l'art. 725 al. 2 CO, s'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société est surendettée, un bilan intermédiaire est dressé et soumis à vérification de l'organe de révision. 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. Au vu de l'avis, le juge déclare la faillite, à moins que les conditions d'un ajournement soient réunies (art. 725a CO).

- 11 - Le juge saisi d'une requête fondée sur l'art. 192 LP doit s'assurer que le surendettement est vraisemblable. Le double bilan intermédiaire doit être produit par la requérante (CPF, 12 mai 2005/148), de même que le rapport de vérification de l'organe de révision, qui a une portée décisive (ATF 120 II 425). Selon certains auteurs (Peter/Cavadini, Commentaire romand, n. 45 ad art. 725 CO), si les autorités

- 12 - judiciaires exigent en principe ce double bilan, elles acceptent néanmoins d'entrer en matière pour autant qu'il résulte d'autres pièces ou d'autres moyens de preuve que la société est surendettée. Selon l'art. 810 al. 2 ch. 7 CO les gérants sont compétents pour informer le juge en cas de surendettement. Lorsque l'administration est un organe collectif, la décision doit être prise à la majorité des administrateurs. Le président a voix prépondérante (art. 809 al. 4 CO). La pratique exige pour l'ouverture de la faillite d'une société à responsabilité limitée la preuve de la décision des associés-gérants (ATF 135 III 509 c. 3.2.2). L'avis doit être signé par la ou les personnes qui ont le pouvoir de gérer et de représenter la société (Gilliéron, op. cit., n. 16 ad art. 192 LP). b) En l'espèce, X.\_\_\_\_\_, qui dispose de la signature individuelle, a donné l'avis de surendettement en produisant la décision prise à l'assemblée générale extraordinaire du 2 mai 2012. Cette décision a été prise valablement dès lors que X.\_\_\_\_\_, qui détient la moitié du capital social, dispose d'une voix prépondérante en sa qualité de président. Par ailleurs, la convocation reçue par l'intimé, et que ce dernier a produite, mentionnait que cette question était à l'ordre du jour.

L'intimé allègue certes avoir entrepris des procédures judiciaires pour annuler la décision d'annoncer le surendettement, mais rien n'indique que cette décision aurait été annulée. Au vu de ce qui précède, la requête a été valablement déposée. c) Il reste à examiner si le surendettement est vraisemblable. La recourante a produit les comptes de l'exercice 2011, approuvés par une assemblée générale extraordinaire, qui font état d'un surendettement de 10'969 fr. 50. Il est vrai que les comptes produits n'ont pas été révisés et qu'ils n'ont été établis qu'à leur valeur d'exploitation. Selon la doctrine

- 13 - toutefois (cf. supra lit. b avec la référence à Peter/Cavadini, Commentaire romand, n. 45 ad art. 725 CO), il ne s'agit pas d'une exigence absolue lorsque le surendettement apparaît clairement. Par ailleurs, la société n'est pas soumise à révision et a renoncé à une révision

- 14 - restreinte. Dans ces conditions et compte tenu du fait que l'art. 820 CO renvoie par analogie aux règles de la société anonyme, on ne peut exiger que les comptes produits à l'appui de l'avis de surendettement aient été soumis à la vérification d'un organe de révision qui n'existe pas. Si l'intimé invoque la non-conformité des comptes qui n'ont pas été révisés et qui ne sont pas accompagnés d'un inventaire, il n'apporte aucune critique concrète sur l'un ou l'autre des postes y figurant. Il a seulement fait valoir devant le premier juge que la société dispose encore de plus de 10'000 fr. de matériel en stock, payé aux fournisseurs, alors que les chiffres qui ressortent des comptes sont supérieurs à ce montant. On ne peut exclure que l'associé-gérant qui demande la faillite ait procédé à une évaluation pessimiste. Toutefois, cela ne transparaît pas des comptes produits, qui sont assez simples et laissent donc peu de marge de manoeuvre pour dissimuler des réserves. S'agissant d'une entreprise active dans le commerce de denrées alimentaires, qui sont par nature périssables, les provisions de 30% sur le stock marchandise n'apparaissent pas démesurées. Le surendettement est donc assez clairement démontré par les comptes relatifs au premier exercice de l'entreprise. Le bilan intermédiaire fourni par l'intimé n'est pas plus brillant. L'entreprise dispose de peu de liquidités et ses actifs sont périssables. De surcroît, les dissensions entre les associés ne permettent guère d'espérer un rétablissement à court terme. Au vu de ces éléments, il est vraisemblable qu'un bilan à la valeur de liquidation serait encore plus défavorable que les chiffres fournis à la valeur d'exploitation. Il est ainsi suffisamment démontré, même en l'absence de doubles comptes audités, que les intérêts des créanciers de la société sont en danger (Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4e éd. 2009 n. 774b; Wüstiner, in Honsell, Vogt, Watter, Obligationenrecht II, 4e éd. 2012, art. 725a CO, n. 2). Enfin, lors de l'assemblée générale extraordinaire du 2 mai 2012, X. \_\_\_\_\_ a refusé de postposer sa créance d'associé. L'intimé n'a

- 15 - que proposé de postposer sa créance, après avoir omis de se présenter à l'assemblée générale où il aurait pu le faire.

- 16 - Les conditions d'un ajournement (art. 173 et 173a LP) n'étant pas remplies, faute d'une requête du débiteur, la faillite doit être prononcée. . III. a) Par surabondance, on peut se demander si la recourante pourrait obtenir sa faillite en se déclarant insolvable en justice conformément à l'art. 191 LP. En effet, comme tout autre débiteur, assujetti ou non à la poursuite par voie de faillite, les sociétés visées à l'art. 192 LP peuvent déposer leur bilan, c'est-à-dire se déclarer insolvable, et requérir d'être déclarée en faillite (Gilliéron, op. cit., n. 12 ad art. 192 LP). Lorsque toute possibilité de règlement amiable des dettes selon les art. 333 ss LP est exclue, le juge prononce la faillite (art. 191 al. 2 LP). Le juge saisi d'une telle requête doit s'assurer que l'insolvabilité est vraisemblable (CPF, 12 mai 2005/148 précité ;

Cometta, op. cit., n. 5 ad art. 191 LP). Par insolvabilité, il faut entendre – comme à l’art. 190 al. 1 ch. 2 LP – l’état du patrimoine dans lequel les dettes échues ne peuvent être payées faute de liquidités, pour autant qu’il ne s’agisse pas d’un embarras momentané; si une insolvabilité temporaire ne suffit pas, il n’est cependant pas nécessaire que l’insolvabilité – la situation combinant l’exigibilité de certaines dettes et l’insuffisance de moyens de paiement et d’actifs réalisables et disponibles – se soit manifestée par une suspension ou une cessation des paiements; en revanche, le débiteur dont les actifs ne couvrent plus les engagements, mais qui peut passagèrement payer les engagements à court terme grâce à des liquidités empruntées, doit être assimilé à un insolvable, bien qu’il ne soit que surendetté, lorsqu’il résulte de la structure de son actif et de sa valeur de liquidation poste par poste qu’il existe un danger qu’il ne puisse faire face à ses engagements exigibles à moyen terme (Gilliéron, op. cit., n. 26 ad art. 191 LP). L’existence d’une activité économique impliquant des paiements pour des montants régulièrement supérieurs aux encaissements est de nature à provoquer à terme une insolvabilité (CPF, 12 mai 2005/148 précité). L’insolvabilité peut être définie comme le manque de liquidités pour acquitter ses dettes échues (TF 5P.153/2001). L’absence de

- 17 - surendettement démontré n’exclut pas l’insolvabilité (CPF, 12 mai 2005/148 précité). Pour rendre vraisemblable son insolvabilité, le débiteur doit produire les pièces justificatives de sa situation patrimoniale, la liste de ses créanciers, et, s’il est

- 18 - soumis à l’obligation de tenir une comptabilité, un bilan détaillé, un compte d’exploitation ou tous autres documents correspondants, ainsi qu’un état de ses livres (Gilliéron, op. cit., n. 28 ad art. 191 LP). Le requérant doit avoir un intérêt digne de protection à être déclaré en faillite et ne doit pas exercer abusivement ce droit public subjectif, en d’autres termes il ne doit pas utiliser une institution à l’encontre de sa finalité. Le juge de la faillite doit rechercher d’office s’il y a un abus de droit, qui doit être manifeste. On peut imaginer le cas du dépôt de bilan d’une société anonyme qui requiert sa faillite pour en entraîner la dissolution et la liquidation pour contourner le pouvoir inaliénable de l’assemblée générale des actionnaires (Gilliéron, op. cit., n. 30 ad art. 191 LP). La faillite doit également être refusée au requérant dépourvu de tout droit patrimonial saisissable et réalisable, de même qu’à celui qui ne dispose pas de droits patrimoniaux suffisants pour empêcher la suspension de la liquidation faute d’actif (ATF 119 III 113 ; Gilliéron, op. cit., n. 29 ad art. 191 LP; TF 5A\_676/2008, rés. in SJ 2009 I 267; ATF 123 III 402). b) En l’espèce, la société recourante n’a été inscrite qu’en 2011 et son premier exercice est déjà nettement déficitaire, la perte équivalant à une fois et demie le capital social. Au 15 mars 2012 il restait quelque 2’200 fr. de liquidités et les dettes à court terme étaient de 1’800 fr. (fournisseurs et TVA), plus les créances des associés de quelque 50’000 fr., classées également dans les dettes à court terme. La recourante ne dispose pas des liquidités suffisantes pour payer ces dettes. Toutefois, la société ne fait pas l’objet de poursuites et il n’est pas certain qu’une insolvabilité puisse être retenue en l’absence de poursuites ou d’actes de défaut de biens. Cette question peut rester indécise dès lors que la faillite doit être prononcée en raison de son surendettement.

- 19 - IV. En définitive, le recours doit être admis et le jugement réformé en ce sens que la faillite sans poursuite préalable de W. \_\_\_\_\_ est prononcée. Les frais de deuxième instance, arrêtés à 300 fr., doivent être mis à la charge de l’intimé.

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