

TDSIO LP 05 83

Jugement du Tribunal du district de Sion du 21 octobre 2005, Y. SA c. X. Sàrl

Faillite sans poursuite préalable: surendettement de la Sàrl.

- Procédure de faillite sans poursuite préalable (art. 190 LP; consid. 1a).
- Notions de suspension des paiements et d'intention de se soustraire à ses engagements (art. 190 al. 1 ch. 1 et 2 LP; consid. 1b).
- Notion de surendettement d'une Sàrl (art. 725, 725a, 817 CO; consid. 1c).
- En l'espèce, admission de la faillite sans poursuite préalable (consid. 2a).

Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung; Überschuldung einer GmbH.

- Verfahren der Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung (Art. 190 SchKG; E. 1a).
- Begriff der Zahlungseinstellung und des Sich-seinen-Verbindlichkeiten-Entziehens (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 SchKG; E. 1b).
- Begriff der Überschuldung einer GmbH (Art. 725, 725a, 817 OR; E. 1c).
- Zulässigkeit der Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung im vorliegenden Fall (E. 2a).

Considérants (extraits)

1. L'instante invoque les règles sur la faillite sans poursuite préalable et celles sur le surendettement des Sàrl.

a) Selon l'art. 190 al. 1 LP, le créancier peut requérir la faillite sans poursuite préalable: 1. si le débiteur n'a pas de résidence connue, s'il a pris la fuite dans l'intention de se soustraire à ses enga-

gements, s'il a commis ou tenté de commettre des actes en fraude des droits de ses créanciers ou cédé ses biens dans le cours d'une poursuite par voie de saisie dirigée contre lui; 2. si le débiteur sujet à la poursuite par voie de faillite a suspendu ses paiements; 3. dans le cas de l'art. 309 LP. Selon l'art. 190 al. 2 LP, le débiteur qui a une résidence ou un représentant en Suisse est assigné à bref délai devant le juge pour être entendu.

Tout créancier a le droit de requérir la faillite sans poursuite préalable de son débiteur, que sa créance soit échue ou non (ATF 85 III 152) et même si cette créance est garantie par gage ou si la poursuite ordinaire par voie de faillite est exclue (art. 43 LP; SJ 2001 349 ss), à condition que soit réalisé l'un des cas de faillite sans poursuite préalable énumérés exhaustivement à l'art. 190 al. 1 LP et qu'il existe, en Suisse, un for ordinaire de poursuite contre le débiteur (ATF 71 III 188 ; ATF 107 III 59 ; Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 2001, n. 41 ad art. 190 LP). La faillite sans poursuite préalable peut être requise par un créancier tantôt indépendamment de la qualité du débiteur - ce qui est aussi le cas lorsque la faillite a été ouverte à l'étranger et que le jugement de faillite est reconnu (art. 166 ss LP), tantôt contre les seuls débiteurs inscrits ès qualités au registre du commerce (art. 39 et 40 LP).

b) En particulier, s'agissant de la faillite requise par le créancier contre un débiteur sujet à la poursuite par voie de faillite (art. 190 al. 1 ch. 2 LP), la loi autorise la faillite d'un débiteur sans poursuite préalable, à condition que ce débiteur soit sujet à la poursuite par voie de faillite et qu'il ait suspendu ses paiements (art. 190 al. 1 ch. 2 LP; Gilliéron, op. cit., n. 26 ss ad art. 190 LP ; SchKG-Brunner, n. 11 s. ad art. 190 LP). La suspension des paiements est souvent la manifestation extérieure de l'insolvabilité. Elle ne doit pas, cependant, être forcément assimilée à une insuffisance d'actifs (SJ 1980 p. 202, note 24). La suspension des paiements démontre un défaut de liquidités, mais encore faut-il que ce défaut soit durable et qu'il dépasse la seule gêne passagère. Le simple fait d'avoir chaque année une poursuite pour des dettes de droit public n'est pas un indice concluant d'une suspension des paiements (BJM 1981 p. 41 ss; Rep. 1999 284 ss n° 91). Pour qu'il y ait suspension des paiements, il faut que le débiteur ne paie pas ses dettes incontestées et exigibles, laisse les poursuites se multiplier contre lui, tout en faisant systématiquement opposition, omette de payer même des dettes minimales, mais il n'est pas nécessaire qu'il ait

interrompu tous ses paiements (SJ 2000 248 ss). Pour qu'il y ait suspension des paiements, il faut qu'une banque avertisse ses clients qu'elle suspend ses paiements en matière de compte courant, d'épargne, d'obligations de caisse, etc. (BJM 1981 p. 41 ss); ou encore que les bilans d'une société révèlent que celle-ci n'a plus d'activité depuis plusieurs années, que les exercices se terminent par des pertes, qu'il n'y a pratiquement plus de produits d'exploitation, qu'on n'a fait que tenter de liquider des stocks invendus (SJ 1971 p. 638). La suspension des paiements est plus aisée à constater que l'insolvabilité proprement dite, parce qu'elle est perceptible extérieurement. Par conséquent, lorsque l'insolvabilité est rendue vraisemblable, la faillite pour suspension des paiements doit, a fortiori, être prononcée (JdT 1974 II 127; Gilliéron, op. cit., n. 28 ss ad art. 190 LP). En effet, la cessation, ou suspension des paiements est la manifestation extérieure de l'insolvabilité, qu'il ne faut pas confondre avec l'insuffisance d'actifs, c'est-à-dire la situation dans laquelle les passifs excèdent les actifs, autrement dit l'endettement ou le surendettement. Cependant, une situation prolongée d'insolvabilité aboutit au surendettement, comme un surendettement prolongé aboutit à une situation d'insolvabilité. La cessation de paiements est la situation dans laquelle un débiteur, faute de moyens de paiement - de liquidités - ne peut plus faire face à ses dettes exigibles. Le surendettement implique que la réalisation de la totalité de l'actif ne permet pas de rembourser intégralement les créanciers (...).

c) Selon l'art. 817 CO, les règles de la société anonyme s'appliquent par analogie à la Sàrl lorsque la moitié du capital social n'est plus couverte ou que la société à responsabilité limitée est insolvable (OR II - Wüstiner, n. 4 ad art. 817 CO ; Vouilloz, Die Überschuldung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und ihre allfällige Sanierung, Der Treuhandexperte 5/2005, p. 273 ss). 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 la vérification de l'organe de révision. Il y a surendettement lorsqu'il résulte du bilan que les engagements de la société à l'égard des tiers ne sont plus couverts par l'actif social (cf. art. 663a al. 2 et 3 CO ; Brunner, Insolvenz und Überschuldung der Aktiengesellschaft, AJP/PJA 1992 p. 808 ; de Steiger, Le droit des sociétés anonymes, p. 360; Meier-Hayoz/Forsmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Berne 2004, p. 371 ss; Vouilloz, Perte de capital, surendettement, ouverture et ajournement de la faillite, ECS 04/2004, p. 314 s.; Montavon, Droit suisse de la SA, Lausanne 2004, p. 428 ss). S'il résulte de ce bilan que les dettes socia-

les 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 (art. 725 al. 2 CO). Au vu de l'avis de surendettement, le juge déclare la faillite (art. 725a al. 1, 1^e phr. CO). Il lui appartient au préalable d'examiner si le surendettement est effectif (art. 192 LP; Brunner, op. cit., p. 812; Bürgi, Aktiengesellschaft, n. 16 ad art. 725a CO). En cas de postposition de créances, la créance postposée disparaît du bilan déterminant de l'art. 725 al. 2 CO, mais continue à exister et doit toujours figurer au bilan normal (Stoffel, FJS n. 403, p. 15). Le juge peut ajourner la faillite, 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 (art. 725a al. 1, 2^e phr. CO). Les mécanismes prévus aux art. 725 et 725a CO sont principalement destinés à protéger les actionnaires et les créanciers de la société anonyme, comme de la société à responsabilité limitée (cf. le renvoi de l'art. 827 CO). Des retards dans le déclenchement de ces procédures entraînent bien souvent d'importants dommages. Ces retards justifieront souvent des actions en responsabilité contre les organes fautifs (art. 754 - 755 CO, art. 827 CO), ainsi que des poursuites pénales (cf. notamment les art. 163 ss CP). Une grande rigueur dans l'application des art. 725 et 725a CO s'impose donc à tous les intervenants. La condition formelle à l'ouverture de la faillite, selon les art. 725 ss CO, est un avis de surendettement au juge compétent du siège de la société. Cet avis émane du conseil d'administration (ou des liquidateurs selon l'art. 743 al. 2 CO, ou de l'organe de révision selon l'art. 729b al. 2 CO). Il est accompagné d'un bilan intermédiaire révisé établi à la valeur d'exploitation et à la valeur de liquidation de la société (Montavon, p. 462; Wüstiner, n. 2 ad art. 725a CO; Chaudet, Ajournement de la faillite de la société anonyme, p. 79 ss). La condition matérielle à l'ouverture de la faillite est, d'une part, l'existence d'un surendettement effectif de la société, aussi bien à la valeur d'exploitation qu'à la valeur de liquidation et, d'autre part, l'absence d'une requête d'ajournement de la faillite. Selon l'art. 725a al. 1 CO, si le redressement de la société est possible, au lieu de prononcer la faillite, le juge peut l'ajourner à la demande du conseil d'administration ou d'un créancier. La requête n'est soumise à aucune condition de forme et à aucun délai. Si elle est déposée après l'ouverture de la faillite, le juge peut surseoir à la faillite déjà ouverte et pro-

noncer son ajournement (Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2e éd., n. 1716 p. 917; Montavon, op. cit., p. 464). L'ajournement de la faillite selon l'art. 725a al. 1 CO n'est toutefois envisageable que si la société a informé auparavant le juge qu'elle est surendettée. Lorsqu'un créancier requiert la faillite sans qu'il y ait eu dépôt du bilan, l'ajournement n'est pas possible (ATF 99 Ia 10; SJZ 1984/80 n. 7 p. 45; Hunkeler, Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, p. 71; Chaudet, op. cit., p. 85). En effet, la déclaration par l'organe compétent de la société est une condition de forme à défaut de laquelle l'intervention du juge au sens de l'art. 725 al. 2 CO ne saurait être admise (ATF 99 Ia 10, Giroud, p. 110). L'avis de surendettement conditionne donc aussi bien une déclaration de faillite qu'une éventuelle décision d'ajournement (Vouilloz, ECS 4/04, p. 318 ; Chaudet, op. cit., p. 85). Selon la pratique la plus fréquente, la requête d'ajournement peut être déposée en même temps que l'avis de surendettement. Celle-ci peut aussi intervenir après l'avis de surendettement (Giroud, op. cit., p. 110 et 125; Chaudet, op. cit., p. 85 et 86).

2. a) En l'espèce, l'instante a rendu vraisemblable (Gilliéron, n. 46 ad art. 190 LP) à tout le moins que l'associé gérant, pour le compte de la Sàrl intimée, aliénait les actifs de la société au détriment de certains créanciers. En effet, l'instante, qui bénéficie d'une créance de 2'779'761 fr. 61 contre l'intimée, lui a livré des fournitures en tous genres dans son commerce, à A. Pour obtenir ces livraisons, le gérant de la Sàrl a fait émettre une garantie douteuse et un chèque à la provision douteuse, à savoir une garantie bancaire de 1'500'000 € non admise par la Banque de France, ainsi qu'un chèque barré de 1'000'000 €, tiré sur la Banque B., institution bancaire qui a cessé d'exister. De surcroît, au début octobre 2005, notamment le samedi 8 octobre 2005, la Sàrl intimée a vendu à perte une partie du stock de marchandises, avec un rabais de 50 %. Cette pratique rend à tout le moins vraisemblable que l'associé gérant, ne pouvant plus faire face à ses obligations, tente de se soustraire à ses engagements. Enfin, ces agissements vont accroître le dommage que devraient subir les créanciers, en particulier l'instante. L'importance des poursuites en cours au 21 octobre 2005, pour plus de 3,3 mio, le démontre.

Dans ces conditions, il y a lieu de prononcer la faillite de X. Sàrl, avec effet dès le 21 octobre 2005, à 10h.