

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/16451/2013

ACJC/1381/2015

**ARRÊT**

**DE LA COUR DE JUSTICE**

**Chambre civile**

**DU VENDREDI 13 NOVEMBRE 2015**

Entre

**LA MASSE EN FAILLITE DE A\_\_\_\_\_ SA**, p.a. Office des faillites, route de Chêne 54, case postale 115, 1211 Genève 17, recourante contre une ordonnance OTPI/448/2015 rendue par la 1ère Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 29 juillet 2015, comparant en personne.

et

**Monsieur B\_\_\_\_\_**, domicilié \_\_\_\_\_, (GE), intimé, comparant par Me Maurice Harari, avocat, rue du Rhône 100, case postale 3403, 1211 Genève 3, en l'étude duquel il fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés, ainsi qu'au Tribunal de première instance le 16.11.2015.

---

**EN FAIT**

**A.** Par ordonnance OTPI/448/2015 du 29 juillet 2015, notifiée aux parties le 5 août 2015, le Tribunal de première instance a ordonné la suspension de la cause en application de l'art. 207 LP, a précisé que cette suspension impliquait la suspension du processus d'expertise et a invité la MASSE EN FAILLITE DE A\_\_\_\_\_ SA à fournir, au plus tard le 15 septembre 2015, des sûretés à hauteur de 10'000 fr. en garantie des dépens de sa partie adverse.

**B. a.** Par acte expédié le 17 août 2015, la MASSE EN FAILLITE DE A\_\_\_\_\_ SA, EN LIQUIDATION, recourt contre cette ordonnance et conclut à ce que la demande de sûretés soit "déclarée nulle".

Elle a préalablement sollicité l'octroi de l'effet suspensif à son recours, requête qui a été admise par décision présidentielle du 1<sup>er</sup> septembre 2015 (ACJC/\_\_\_\_\_).

**b.** Dans sa réponse, B\_\_\_\_\_ conclut au rejet du recours, avec suite de frais et dépens.

**c.** Par avis du greffe de la Cour du 21 septembre 2015, les parties ont été informées de ce que la cause était gardée à juger.

**C.** Les faits pertinents suivants résultent de la procédure.

**a.** A\_\_\_\_\_ SA était, jusqu'en juillet 2014, active dans le secteur de la construction métallique.

**b.** B\_\_\_\_\_ est propriétaire de la parcelle n° 1\_\_\_\_\_, sise sur la commune de C\_\_\_\_\_, sur laquelle il a fait construire une villa.

Par contrat du 1<sup>er</sup> mars 2012 et avenant du 8 octobre 2012, il a confié à la société A\_\_\_\_\_ SA la confection d'un garde-corps devant être réalisé sur mesure pour un escalier intérieur, ainsi que la réalisation d'une marquise d'entrée et de deux puits de lumière (sauts-de-loup vitrés). Le prix de ces ouvrages a été fixé forfaitairement à 100'000 fr. TTC pour le garde-corps et à 21'000 fr. TTC pour la marquise et les deux sauts-de-loup, un acompte devant être payé à la commande et le solde du prix au fur et à mesure de l'avancement des travaux.

**c.** Par acte déposé au greffe du Tribunal le 24 juillet 2013, A\_\_\_\_\_ SA a agi à l'encontre de B\_\_\_\_\_, en concluant à ce que ce dernier soit condamné à lui verser 54'816 fr. avec suite d'intérêts, à titre de solde du prix de l'ouvrage, et à l'inscription définitive au Registre foncier de Genève d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs à hauteur de ce montant sur la parcelle n° 1\_\_\_\_\_ susmentionnée, validant l'inscription provisoire ordonnée par ordonnance du Tribunal OTPI/\_\_\_\_\_ du 20 juin 2013.

Elle a préalablement requis la mise en œuvre d'une expertise judiciaire concernant l'escalier intérieur et l'un des sauts-de-loup.

**d.** Dans sa réponse du 11 avril 2014, B\_\_\_\_\_ s'est opposé à la requête de sa partie adverse. Il a conclu à ce qu'elle soit déclarée irrecevable à la forme et, au fond, à ce que A\_\_\_\_\_ SA soit déboutée de toutes ses conclusions, l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs inscrite provisoirement sur son bien-fonds devant quant à elle être intégralement radiée.

Il a fait valoir d'importants retards dans la livraison des ouvrages confiés à A\_\_\_\_\_ SA ainsi que de nombreux défauts dans leur réalisation, justifiant une moins-value supérieure au solde du prix de l'ouvrage, sans compter les indemnités pour cause de retard. Le solde de la facture de A\_\_\_\_\_ SA n'était ainsi pas dû.

**e.** Lors de l'audience de débats d'instruction du 13 mai 2014, les parties se sont déterminées sur l'opportunité d'une expertise judiciaire, telle que sollicitée par A\_\_\_\_\_ SA, en lieu et place d'une expertise privée, solution qui avait été préalablement convenue contractuellement entre les parties.

**f.** Par courrier du 30 mai 2014, B\_\_\_\_\_ a consenti à la nomination d'un expert judiciaire.

**g.** Ainsi, par décisions des 27 juin et 23 octobre 2014, le Tribunal a ordonné, une expertise judiciaire sous la forme d'une expertise-arbitrage portant sur les défauts, moins-values et coûts de réfection éventuels de l'escalier, des sauts-de-loup et de l'installation de la marquise livrés par A\_\_\_\_\_ SA à B\_\_\_\_\_.

D\_\_\_\_\_, architecte SIA, a été désigné en qualité d'expert-arbitre, l'avance des frais d'expertise étant arrêtée à 10'000 fr. et mise à la charge des parties pour moitié chacune.

**h.** En date du 2 juillet 2015, A\_\_\_\_\_ SA a été déclarée en faillite, sa raison sociale devenant dès lors A\_\_\_\_\_ SA, EN LIQUIDATION.

**i.** Au vu du prononcé de la faillite, les parties ont consenti à ce que la procédure soit suspendue en application de l'art. 207 LP.

B\_\_\_\_\_ a, en outre, sollicité que A\_\_\_\_\_ SA, EN LIQUIDATION soit condamnée au paiement de sûretés en garantie des dépens à hauteur de 10'000 fr., conformément à l'art. 99 al. 1 let b CPC.

### **EN DROIT**

- 1. 1.1** Selon l'art. 103 CPC, les décisions relatives aux avances de frais et aux sûretés peuvent faire l'objet d'un recours.

---

La décision entreprise est une ordonnance d'instruction, soumise au délai de recours de dix jours de l'art. 321 al. 2 CPC (TAPPY, in Code de procédure civile commenté, 2011, n. 4 et 11 ad art. 103 CPC). Si le dernier jour du délai est un samedi, un dimanche ou un jour férié, le délai expire le premier jour ouvrable qui suit (art. 142 al. 3 CPC).

Interjeté dans le délai et selon la forme prescrits par la loi (art. 321 al. 1 et 2 CPC), le recours est recevable.

**1.2** La cognition de la Cour est limitée à la constatation manifestement inexacte des faits et à la violation du droit (art. 320 CPC).

2. La recourante fait grief au Tribunal d'avoir ordonné le paiement de sûretés en garantie des dépens de sa partie adverse. Selon elle, la masse en faillite ne pouvait être d'emblée présumée insolvable sans enquête particulière. Par ailleurs, elle estime que cette décision reviendrait indirectement à placer l'intimé dans une position plus favorable que les autres créanciers de la société faillie.

**2.1** L'art. 99 al. 1 let. b CPC permet au défendeur de requérir du demandeur la fourniture de sûretés si ce dernier paraît insolvable, notamment en raison d'une mise en faillite, d'une procédure concordataire en cours ou de la délivrance d'actes de défaut de biens.

**2.1.1** Il y a insolvabilité lorsque la partie concernée ne dispose pas des liquidités nécessaires pour faire face à ses dettes exigibles, ni du crédit lui permettant de se procurer les moyens nécessaires (ATF 111 II 206 consid. 1). Elle résulte, selon le texte légal, notamment de l'existence d'une déclaration de faillite, d'une procédure concordataire en cours ou d'actes de défaut de biens délivrés contre elle. Selon la formulation de l'art. 99 al. 1 let. b CPC, une vraisemblance de l'insolvabilité peut suffire et la preuve être rapportée par indices (TAPPY, op. cit., n. 28 et 29 ad art. 99 CPC; URWYLER, in Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Brunner/Gasser/Schwander [éd.], 2011 n. 11 ad. art. 99 CPC).

D'après le Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au Code de procédure civile suisse, les sûretés doivent être fournies pour les dépens, à l'exclusion des frais judiciaires, le tribunal pouvant en effet ordonner l'avance par le demandeur de la totalité des frais judiciaires présumés. En outre, les motifs justifiant la constitution de sûretés correspondent au droit de procédure traditionnel, par exemple lorsque la masse en faillite est demanderesse ou lorsqu'il existe un grand risque de non recouvrement, notamment en cas "d'asset stripping" à la veille d'une faillite, manœuvre consistant à se défaire de ses actifs (Message CPC, FF 2006, p. 6841 ss, p. 6906).

**2.1.2** Les auteurs de doctrine sont divisés sur la question de savoir si la masse en faillite demanderesse doit impérativement fournir des sûretés.

---

D'après TAPPY, l'on ne saurait assimiler d'emblée la masse en faillite à un demandeur insolvable, dès lors que les frais d'un procès intenté ou poursuivi par elle sont des dettes couvertes en premier lieu selon l'art. 262 LP. Elle pourrait néanmoins être soumise à l'obligation de fournir des sûretés conformément à l'art. 99 al. 1 let. d CPC, si les actifs dont elle dispose sont insuffisants pour couvrir la totalité même des seules dettes visées par cette disposition (TAPPY, op. cit., n. 31 ad art. 99 CPC).

D'autres auteurs sont d'avis que la masse en faillite est tenue des fournir des sûretés, pour autant que son insolvabilité soit rendue vraisemblable. L'ouverture de la faillite et la délivrance d'actes de défaut de biens sont autant d'indices qui permettent de présumer cette insolvabilité (URWYLER, op. cit., n. 11 ad art. 99 CPC; KUSTER, in Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Baker & McKenzie [éd.], 2010, n. 21 ad art. 99 CPC).

D'aucuns considèrent encore que la preuve de l'insolvabilité est irréfutablement fournie lorsque la demanderesse est en faillite, l'obligation de la masse en faillite de fournir des sûretés, reposant selon eux sur le texte clair de l'art. 99 al. 1 let. b CPC (RUEGG, in Basler Kommentar, 2ème éd., 2013, n. 13 ad art. 99 CPC; SCHMID, in Kurzkomentar [ZPO], 2ème éd., 2013, n. 5 ad art. 99 CPC).

**2.1.3** Par le passé, le Tribunal fédéral a considéré qu'une disposition de droit cantonal qui permettait d'exiger d'une masse en faillite le versement de sûretés en garantie des frais de procès était compatible avec les règles de droit fédéral sur la procédure de faillite. Cette obligation de fournir des sûretés ne violait dès lors pas le principe de la force dérogatoire du droit fédéral (ATF 105 Ia 249 consid. 2d; KUSTER, op. cit., n. 21 ad art. 99 CPC).

Il a en outre eu l'occasion de retenir que les conditions d'application de l'art. 99 al. 1 let. b CPC étaient réunies lorsque le demandeur faisait l'objet d'actes de défaut de biens (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_414/2011 du 5 octobre 2011 consid. 5.2). Il a encore récemment rappelé que la délivrance d'un acte de défaut de biens correspondait à une présomption légale d'insolvabilité constituant un motif de fourniture de sûretés (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_997/2014 du 27 août 2015 consid. 1.2). En revanche, le Tribunal fédéral ne semble pas s'être déterminé sur le caractère irréfragable ou réfragable de la présomption d'insolvabilité d'une masse en faillite au regard de cette disposition.

**2.1.4** En l'absence de jurisprudence du Tribunal fédéral et au vu des opinions divisées en doctrine, la Cour de céans a adopté la pratique selon laquelle même si une masse en faillite est a priori insolvable au regard de l'art. 99 al. 1 let. b CPC, celle-ci devrait pouvoir à tout le moins établir qu'elle dispose d'actifs suffisants pour couvrir les dépens probables des parties à la procédure, constituant des dettes de la masse, afin d'être dispensée de fournir des sûretés (ACJC/461/2013 du 12 avril 2013 consid. 3.3).

**2.2** En l'espèce, contrairement à ce que prétend la recourante sur la base d'une référence doctrinale minoritaire et controversée, les hypothèses de l'art. 99 al. 1 let. b *in fine* (soit la mise en faillite, une procédure concordataire ou la délivrance d'actes de défaut de biens) constituent des présomptions légales d'insolvabilité. Le texte même de la loi ainsi que le message y relatif prévoient d'ailleurs expressément la fourniture de sûretés en cas de faillite de la partie demanderesse. Autre est en revanche la question de savoir si la masse en faillite peut renverser cette présomption en établissant ou en rendant vraisemblable sa solvabilité, ce qui semble être admis par une plus large partie des auteurs de doctrine.

Il est en l'occurrence acquis que la recourante a été déclarée en faillite par jugement du 2 juillet 2015, ainsi que cela ressort du Registre du commerce. Selon les éléments figurant au dossier, cette décision n'a pas fait l'objet d'un recours, de sorte qu'elle est définitive.

Ces éléments suffisent donc à rendre vraisemblable que la recourante est insolvable. Cette dernière n'allègue au demeurant aucune circonstance susceptible de renverser cette apparence ou de rendre vraisemblable sa solvabilité. En particulier, elle n'expose pas l'ampleur des dettes de la masse, ni les avoirs de la société en liquidation. Ses seules déclarations soutenant qu'elle dispose d'actifs supérieurs à 10'000 fr., sans qu'aucun élément du dossier ne corrobore ces faits, ne sont pas suffisantes.

Par conséquent, il se justifie de requérir de la recourante la fourniture de sûretés en faveur de l'intimé en vertu de l'art. 99 al. 1 let. b CPC. Quoi qu'en dise la recourante, le versement de sûretés en garantie des frais de procès par la masse en faillite est compatible avec les règles de droit fédéral sur la procédure de faillite et, par conséquent, admissible (cf. consid. 2.1.3 *supra*). En tout état de cause, en l'absence totale d'indication quant à la situation de la société faillie, on ne saurait retenir une situation privilégiée de l'intimée par rapport à d'autres créanciers, dont les créances ne sont pas démontrées ni rendues vraisemblables.

Le recours s'avère ainsi infondé et sera dès lors rejeté.

Le montant des sûretés n'étant quant à lui pas contesté, il sera confirmé dans la mesure où il paraît adéquat compte tenu de la nature du dossier et de l'activité, passée et future, du conseil de l'intimé.

Au vu de ce qui précède, le jugement entrepris sera confirmé dans son intégralité.

- 3.** La recourante, qui succombe, sera condamnée aux frais judiciaires du recours (art. 106 al. 1 CPC).

Ceux-ci seront arrêtés à 1'000 fr. (art. 41 RTFMC) et entièrement compensés par l'avance déjà opérée par la recourante, qui reste acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC).

Elle sera également condamnée aux dépens de sa partie adverse, arrêtés à 600 fr. débours et TVA compris (art. 85, 87 et 90 RTFMC).

4. Le présent arrêt, qui ne constitue pas une décision finale, peut être porté au Tribunal fédéral par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions de l'art. 93 LTF.

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS,**

**La Chambre civile :**

**A la forme :**

Déclare recevable le recours interjeté par LA MASSE EN FAILLITE DE A\_\_\_\_\_ SA contre l'ordonnance OTPI/448/2015 rendue le 29 juillet 2015 par le Tribunal de première instance dans la cause C/16451/2013-1.

**Au fond :**

Le rejette.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

**Sur les frais :**

Arrête les frais judiciaires de recours à l'000 fr. et les met à la charge de LA MASSE EN FAILLITE DE A\_\_\_\_\_ SA.

Dit qu'ils sont entièrement compensés avec l'avance fournie par LA MASSE EN FAILLITE DE A\_\_\_\_\_ SA, laquelle reste acquise à l'Etat de Genève.

Condamne LA MASSE EN FAILLITE DE A\_\_\_\_\_ SA à verser 600 fr. à B\_\_\_\_\_ à titre de dépens.

**Siégeant :**

Monsieur Jean-Marc STRUBIN, président; Monsieur Laurent RIEBEN et Madame Fabienne GEISINGER-MARIÉTHOZ, juges; Madame Anne-Lise JAQUIER, greffière.

Le président :

Jean-Marc STRUBIN

La greffière :

Anne-Lise JAQUIER

**Indication des voies de recours :**

*Conformément aux art. 113 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours constitutionnel subsidiaire.*

*Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.*

*Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF inférieure à 30'000 fr.*