REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/20592/2020 **ACJC/1073/2023**

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MARDI 22 AOÛT 2023

Entre

Madame A_____, domiciliée _____ (TI), appelante d'un jugement rendu par le Tribunal de première instance de ce canton le 10 janvier 2022, comparant par Me Timo SULC, avocat, Dupraz Sulc, Rue Jean-Jaquet 10, 1201 Genève, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

et

La masse en faillite de B_____ SA, en liquidation, p.a. Office cantonal des faillites, route de Chêne 54, case postale, 1211 Genève 6, intimée, comparant en personne.

Mesdames C_____ et D_____, domiciliées _____, autres intimées, comparant par Me E_____, avocat, _____, en l'Étude duquel elles font élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 28 août 2023.

Vu, **EN FAIT**, l'appel formé le 11 février 2022 auprès de la Cour de justice (ci-après la Cour) par A_____ contre le jugement JTPI/94/2022 rendu le 10 janvier 2022 par le Tribunal de première instance (ci-après le Tribunal) dans la cause C/20592/2020 l'opposant à B_____ SA, C_____ et D_____ et la déboutant de toutes ses conclusions, avec suite de frais judiciaires et dépens d'appel.

Vu le mémoire de réponse à l'appel déposé le 14 avril 2022 par B_____ SA, C_____ et D_____ concluant au rejet de l'appel, avec suite de frais judiciaires et dépens d'appel.

Vu la réplique de A_____ du 10 mai 2022.

Vu la renonciation à dupliquer de B_____ SA, C_____ et D_____ du 23 mai 2022.

Attendu que par avis du 24 mai 2022 le greffe de la Cour de justice a informé les parties de ce que la cause était gardée à juger.

Que par courrier du 12 octobre 2022, l'Office cantonal des faillites (ci-après l'Office) a informé la Cour de la dissolution et de la liquidation selon les règles de la faillite de B_____ SA, ordonnée par jugement du Tribunal du 12 mai 2022.

Que par ordonnance du 21 octobre 2022, la Cour a invité les parties à se déterminer sur la suspension de la procédure en application de l'art. 207 LP et sur la rectification des qualités de B_____ SA.

Que l'Office a informé la Cour, par courrier du 9 novembre 2022 du fait qu'une procédure était en cours devant la Chambre de surveillance des Offices des poursuites et faillites portant également sur la question des qualités de B_____ SA et a évoqué la suspension de la présente cause dans l'attente de l'issue de cette procédure; que pour le surplus, l'Office s'en est rapporté à justice.

Que B_____ SA, C_____ et D_____, d'une part, et A_____, d'autre part, se sont prononcées par déterminations du 11 novembre 2022.

Que les premières se sont opposées à toute rectification de qualité de B_____ SA qui était une société inscrite le 15 septembre 2015 au Registre du commerce luxembourgeois, distincte de la société de droit de suisse B_____ SA. Qu'elles soulignaient que A_____ avait d'ailleurs assigné B_____ SA dans la présente procédure en mentionnant son adresse au Luxembourg. Qu'elles concluaient à ce que A_____ soit condamnée aux frais judiciaires et dépens de l'incident.

Que la seconde a conclu à ce qu'il soit constaté que B_____ SA n'avait pas déplacé valablement son siège au Luxembourg. Que ce n'était que l'administration effective de la société qui s'y était déplacée – d'ailleurs en violation du droit suisse et elle était

exercée par des organes qui n'avaient pas qualité pour la représenter. Qu'il y avait donc lieu de rectifier ses qualités et de suspendre la procédure en application de l'art. 207 LP.

Que par ailleurs, A_____ a conclu à ce que la Cour examine la capacité à postuler du conseil de B_____ SA, C_____ et D_____, Me E_____ en raison d'un conflit d'intérêt dans la représentation simultanée, dans la présente procédure, de B_____ SA, ainsi que de C_____ et D_____.

Que par avis du 8 décembre 2022, le greffe de la Cour a informé les parties de ce que la cause était gardée à juger sur rectification des qualités de la partie intimée et sur suspension de la cause en application de l'art. 207 LP.

Qu'il ressort de la procédure les faits pertinents suivants :

a. La société anonyme B_____ SA a été fondée le _____ 2011 par F_____ et inscrite au Registre du commerce de Genève le _____ 2011. Son but est l'achat, la vente, l'administration et la gestion de participations dans toutes sociétés ou entreprises, directement ou indirectement, en Suisse ou à l'étranger, à l'exclusion des opérations soumises à la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger, dans le sens d'une société holding.

Elle a eu son siège à Genève de janvier 2011 à janvier 2014, puis de 2017 à ce jour. La société a transféré momentanément son siège, entre 2014 et 2017, à G_____ (JU).

b. F_____ a été administrateur unique de B_____ SA de 2011 à 2016, avant que H_____ ne le devienne en octobre 2016.

c. Le nom de la société est notamment constitué des initiales des prénoms des deux filles de F_____, C_____ et D_____.

F_____ a fait don de la nue-propriété du capital-actions de la société à raison d'une moitié à chacune de ses filles le 15 novembre 2011, s'en réservant l'usufruit. Il a également cédé l'usufruit du capital-actions à ses filles le 31 juillet 2019, lorsqu'elles ont atteint la majorité.

d. B_____ SA détenait l'entier du capital-actions de I_____ SA, société anonyme ayant son siège à Genève, dont le but social est l'achat, la vente, le courtage et la gérance matière immobilière.

I_____ SA est propriétaire des parcelles n° 1_____ et 2_____ de la commune de J_____ (GE), pour lesquelles une demande d'autorisation de construire des bâtiments a été déposée dans le cadre d'une promotion.

e. Le 4 mars 2015, B_____ SA a conclu un contrat de vente portant sur la cession à A_____ de la moitié des actions de I_____ SA, parallèlement à la signature

d'une convention d'un apport en compte-courant de 2'900'000 fr. à la société I_____ SA par A_____. Le contrat de vente des actions prévoyait un droit de préemption en faveur de A_____ sur l'autre moitié du capital-actions restée en mains de B_____ SA.

f. Le 1er juillet 2015, une assemblée générale extraordinaire de B_____ SA s'est tenue au Luxembourg au cours de laquelle les actionnaires ont décidé du transfert du siège de la société de Suisse au Luxembourg avec refonte intégrale des statuts, assemblée dont le procès-verbal a été communiqué au Registre du commerce du Luxembourg en vue de l'inscription de la société.

g. Une société B_____ SA a été inscrite audit registre le 15 juillet 2015, avec siège au Luxembourg, et adresse à l'avenue 3_____ no. _____, [code postal] Luxembourg, au capital de 100'000 francs suisses et mentionnant comme date de constitution le 30 juin 2015 (sic). Les actionnaires étaient C_____ et D_____ en tant que nues-propriétaires et F_____ en tant qu'usufruitier.

Les administrateurs initiaux étaient K_____, L_____ et M_____, avec mandat limité à 2018. En 2018, de nouveaux administrateurs ont été désignés pour un mandat jusqu'en 2021, soit L_____, par F_____ et N_____. En juillet 2019, de nouveaux administrateurs ont été désignés, soit L_____, O_____, P_____ et C_____, suite à une assemblée générale qui s'est tenue le 11 juillet 2019 à Luxembourg. Quatre nouveaux administrateurs ont été désignés le 1er septembre 2021, C_____, Q_____, R_____ et P_____.

h. B_____ SA, qui avait alors son siège à G_____, a requis du Registre du commerce du Jura un transfert de son siège au Luxembourg. L'Administration fédérale des contributions s'y est toutefois opposée et B_____ SA a retiré la réquisition de transfert de siège au Luxembourg en août 2017.

i. Le siège de la société B_____ SA en Suisse a alors été retransféré à Genève, avec rédaction de nouveaux statuts.

j. Par contrat signé le 10 juillet 2020 au Luxembourg, B_____ SA a vendu à C_____ et D_____ la moitié du capital-actions de I_____ SA qu'elle détenait encore.

k. A_____ est intervenue le l8 septembre 2020 auprès de B_____ SA et de C_____ et D_____ afin de se prévaloir de son droit de préemption.

l. B_____ SA s'est opposée à l'exercice de ce droit.

m. A_____ a introduit action le 16 octobre 2020 contre C_____ et D_____, ainsi que contre B_____ SA, avenue 3_____ no. _____, [code postal] Luxembourg, auprès du Tribunal pour faire valoir son droit. Elle a conclu principalement à la

remise des titres par B_____ SA ou C_____ et D_____ contre paiement de leur prix, subsidiairement à la réparation du préjudice occasionné par le non-respect du droit de préemption.

Il ressort des allégués des intimées en première instance que les actions vendues à C_____ et D_____ auraient été remises par B_____ SA au conseil des acheteuses; il n'est pas indiqué si le prix convenu a été payé par ces dernières.

Cette action a conduit au jugement entrepris.

n. La dissolution et la liquidation selon les règles de la faillite de B_____ SA a été ordonnée par le Tribunal le 12 mai 2022, en application de l'art. 731b CO, en raison de carences organisationnelles (absence d'organe de révision).

o. Lors de son interrogatoire par l'Office, l'administrateur de B_____ SA, H_____, a déclaré qu'à sa connaissance l'actionnaire de la société était F_____ et que la dernière comptabilité avait été établie en 2014. La société n'avait pas d'employé, ni de compte bancaire. Elle avait peut-être trois ou quatre créanciers. S'agissant de ses actifs, il fallait s'adresser à F_____, H_____ n'en étant pas informé. Il précisait que selon F_____ la société avait déplacé son siège au Luxembourg et il n'y avait plus aucune activité à Genève depuis 2016, raison pour laquelle l'administrateur n'intervenait plus depuis lors.

Par courrier adressé à l'Office des faillites le 1er juillet 2022, H_____ a précisé s'être trompé en déclarant que l'actionnaire de B_____ SA était F_____. Les deux filles du précité étaient les ayants droit économiques de la société. Il expliquait encore que l'inscription était demeurée au Registre du commerce suisse uniquement parce que l'Administration fédérale des contributions s'opposait à la radiation tant que des impôts étaient dus. Toute l'activité avait été transférée au Luxembourg.

Considérant, **EN DROIT**, que, sauf dans les cas d'urgence, les procès civils auxquels le failli est partie et qui influent sur l'état de la masse en faillite sont suspendus. Qu'ils ne peuvent être continués, en cas de liquidation ordinaire, qu'après les dix jours qui suivent la seconde assemblée des créanciers et, en cas de liquidation sommaire, qu'après les vingt jours qui suivent le dépôt de l'état de collocation (art. 207 LP).

Que la suspension selon l'art. 207 al. 1 LP intervient de par la loi, le juge se limitant à la constater, dès le prononcé de la faillite; qu'elle s'applique aux procès pendants au moment de la déclaration de faillite, également au stade du recours (ROMY, Commentaire Romand, Poursuite et faillite, 2005, n° 4, 7, 9, 12 ad art. 207 LP).

Qu'en l'espèce, la dissolution de B_____ SA et sa liquidation selon les règles de la faillite ont été ordonnées peu avant que la cause ne soit gardée à juger, de sorte qu'elle était pendante au moment de la dissolution.

Que la procédure ne présente aucune urgence.

Que son issue influe en revanche sur la masse en faillite de B_____ SA, la question de la propriété des actions de I_____ SA que détenait B_____ SA, voire du paiement de leur prix ou d'une indemnisation constituant l'objet du litige.

Qu'*a priori*, la suspension de la cause doit par conséquent être constatée.

Qu'à titre préalable, il convient toutefois de régler la question de la qualité, voire de la légitimation de B_____ SA qui apparaît problématique.

Que B_____ SA prétend dans ses déterminations du 11 novembre 2022 qu'elle est une société de droit luxembourgeois distincte de la société B_____ SA inscrite au Registre du commerce de Genève et qu'elle n'est par conséquent pas dissoute, à l'instar de son homonyme genevoise qui n'est pas partie à la procédure.

Que l'appelante soutient au contraire que les deux entités genevoise et luxembourgeoise étaient une même société dont la dissolution a été prononcée. Que la partie intimée est par conséquent désormais "*B_____ SA, en liquidation, sise route 4_____ no. _____, c/o S_____ SARL, [code postal] T_____* [GE], *comparant par l'administration de sa masse en faillite, soit l'Office des faillites, route de Chêne 54, 1208 Genève*".

Que selon l'art. 163 LDIP, une société suisse peut, sans procéder à une liquidation ni à une nouvelle fondation, se soumettre au droit étranger si elle satisfait aux conditions visées par le droit suisse et si elle continue d'exister en vertu du droit étranger. Que l'al. 2 de cette disposition précise que le transfert doit être précédé d'un appel aux créanciers, ceux-ci devant être informés du changement projeté de statut juridique et invités à produire leurs créances; que s'il s'agit d'une société inscrite au Registre du commerce, ils pourront en outre exiger que ces créances soient garanties.

Que la société ne cessera d'exister comme société suisse qu'à partir de sa radiation du Registre du commerce (DUTOIT/BONOMI, Droit international privé suisse, commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 6ème édition, 2022, N 3 ad art. 163 LDIP). Que cette radiation suppose la production par le requérant d'un certain nombre de documents (art. 127 al. 1 ORC), parmi lesquels le rapport d'un expert-réviseur agréé attestant que les créanciers ont obtenu des garanties, ont été désintéressés au sens de l'art. 46 LFus ou consentent à la radiation (art. 164 al. 1 LDIP et art. 127 al. 1 let. b ORC), ainsi que l'approbation des autorités fiscales de la Confédération et du canton (art. 127 al. 2 ORC).

Qu'en l'espèce, la procédure a permis de réunir des pièces établissant sans équivoque que B_____ SA a voulu transférer son siège au Luxembourg et qu'aucune nouvelle société n'y a été créée. Que le procès-verbal de l'assemblée générale du 1er juillet 2015 est clair à cet égard. Que les déclarations de H_____ à l'Office des faillites vont dans le même sens.

Qu'invoquer le fait que l'extrait du Registre du commerce luxembourgeois mentionne une date de "constitution" le 30 juin 2015 confine à la mauvaise foi.

Qu'en application de l'art. 163 LDIP et des principes rappelés ci-dessus, les conditions pour le transfert de la société au Luxembourg et sa radiation du Registre du commerce en Suisse n'ont jamais été réunies, nonobstant la décision de transfert de l'assemblée générale et un déplacement effectif des activités de la société.

Que la société n'a ainsi jamais cessé d'exister en Suisse et ne forme qu'une entité avec la société inscrite au Luxembourg.

Que la Cour était d'ailleurs déjà parvenue à cette conclusion dans l'arrêt ACJC/45/2022 du 7 janvier 2022 et dans la décision DCSO/57/2023 du 16 février 2023 rendus dans des décisions concernant B_____ SA et I_____ SA.

Que la société a été valablement dissoute en application de l'art. 731b CO par le juge de son siège en Suisse et sa liquidation selon les règles de la faillite implique que la présente procédure est suspendue aux termes de l'art. 207 LP.

Que la qualité de B_____ SA sera rectifiée en conséquence.

Que l'appelante invite finalement la Cour à statuer sur la capacité à postuler du conseil de C_____ et D_____, ainsi que de B_____ SA, Me E_____, celui-ci se trouvant en conflit d'intérêt en représentant ces trois parties, la vente litigieuse s'étant conclue entre elles.

Que la représentation de B_____ SA est désormais assurée par l'Office, ce qui rend sans objet la requête de l'appelante.

Qu'il sera statué dans la décision finale sur les frais de la présente décision.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

Rectifie la qualité de B_____ SA en Masse en faillite de B_____ SA, en liquidation, p.a. Office cantonal des faillites, route de Chêne 54, case postale, 1211 Genève 6.

Constate la suspension de la procédure C/20592/2020 au sens de l'art. 207 LP.

Siégeant :

Madame Ursula ZEHETBAUER GHAVAMI, présidente; Madame Sylvie DROIN, Monsieur Jean REYMOND, juges; Madame Sophie MARTINEZ, greffière.

Indication des voies de recours :

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière civile; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110). Il connaît également des recours constitutionnels subsidiaires; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 113 à 119 et 90 ss LTF. Dans les deux cas, le recours motivé doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué. 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 adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.