

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/14834/2021

ACJC/1503/2021

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU LUNDI 15 NOVEMBRE 2021

Entre

A_____ **SARL**, sise _____ [GE], recourante contre un jugement rendu par la 8ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 6 septembre 2021, comparant en personne.

Le présent arrêt est communiqué aux parties, ainsi qu'à l'Office des faillites, à l'Office des poursuites, au Registre du commerce et au Registre foncier, par plis recommandés du 19 novembre 2021.

EN FAIT

A. Par jugement JTPI/11170/2021 du 6 septembre 2021, reçu par A_____ SARL le 13 septembre suivant, le Tribunal, considérant que la précitée se trouvait en état de surendettement, a prononcé sa faillite dès le _____ 2021 à 15h00 (ch. 1 du dispositif), a arrêté les frais judiciaires à 200 fr., mis à sa charge et l'a condamnée à verser ce montant à l'Etat de Genève (ch. 2 et 3).

B. a. Par acte expédié le 23 septembre 2021 à la Cour de justice, A_____ SARL a formé recours contre ce jugement, dont elle a sollicité l'annulation. Elle a conclu au rejet "de l'avis de surendettement".

Elle a fait valoir qu'au cours des derniers mois, sa situation financière avait évolué favorablement, de sorte qu'elle avait été en mesure de régler "une partie de [ses]dettes", sans autre précision. En cas d'annulation de la faillite, B_____, "associé majoritaire" "se di[sait] d'accord à (sic) conclure une convention de postposition de sa créance, conformément à la simulation de bilan" annexée au recours. Les difficultés financières auxquelles elle avait dû faire face avaient pour cause la crise économique mondiale provoquée par la pandémie. Active dans le domaine de l'hébergement hôtelier, elle avait vu ses revenus sensiblement diminuer au cours de l'année 2020 en raison des mesures sanitaires prises tant par le Conseil fédéral que par les autres pays.

Elle s'est plainte de ne pas avoir été citée à comparaître devant le Tribunal, avant le prononcé de sa faillite, laquelle n'aurait en tout état pas dû être déclarée, en l'absence de bilan intermédiaire révisé.

Elle a déposé de nouvelles pièces, établies postérieurement au jugement entrepris.

b. La requête de suspension de l'effet exécutoire attaché au jugement ainsi que la suspension des effets juridiques de l'ouverture de la faillite a été admise par décision présidentielle du 24 septembre 2021 (ES/85/2021).

c. Par pli du greffe du 12 octobre 2021, A_____ SARL a été avisée de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

a. A_____ SARL, inscrite au Registre du commerce genevois le _____ 2012, a notamment pour but la mise à disposition de bureaux (équipés ou non), salles de réunion, garages, archives et tous autres locaux ainsi que les prestations de services destinées à toutes personnes morales et/ou physiques telles que la domiciliation commerciale, le secrétariat, l'assistance administrative, l'informatique, la téléphonie et tous les autres services pouvant s'y rattacher, la mise à disposition de logements ou biens résidentiels, meublés ou non, ainsi que

la prestation de services à toutes personnes morales et/ou physiques telle que entretien, réception, assistance administrative, informatique, téléphonie et tous les autres services pouvant s'y rattacher.

C_____ en est associé, sans signature, de même que B_____. D_____ est gérant de la société avec signature individuelle.

b. Le 29 juin 2021, A_____ SARL, soit pour elle D_____, a avisé le Tribunal de son surendettement. A l'appui de sa requête, elle a produit des bilans intermédiaires arrêtés au 31 mai 2021, aux valeurs d'exploitation et de liquidation, préparés par sa fiduciaire, ainsi qu'une liste de ses créanciers. Elle a précisé ne pas être en mesure de verser un rapport de vérification d'un réviseur agréé en raison d'un manque de finances.

c. Sur quoi, le Tribunal a rendu la décision présentement querellée.

EN DROIT

- 1.** **1.1** L'appel étant irrecevable dans les affaires relevant de la compétence du tribunal de la faillite selon la LP (art. 309 let. b ch. 7 CPC), seule la voie du recours est ouverte (art. 319 let. a CPC; art. 174 al. 1 par renvoi de l'art. 194 al. 1 LP).

Le recours a été interjeté auprès de l'autorité compétente (art. 120 al. 1 let. a LOJ), dans le délai utile de 10 jours (art. 174 al. 1 LP) et selon la forme requise, de sorte qu'il est recevable.

1.2 Les décisions rendues en matière de faillite sont soumises à la procédure sommaire (art. 251 let. a CPC). Le juge établit les faits d'office (maxime inquisitoire, art. 255 let. a CPC). La preuve des faits allégués doit, en principe, être apportée par titres.

1.3 La recourante a produit des pièces nouvelles devant la Cour.

1.3.1 Selon l'art. 326 CPC, les conclusions, les allégations de faits et les preuves nouvelles sont irrecevables (al. 1); les dispositions spéciales de la loi sont réservées (al. 2).

A cet égard, l'art. 174 LP - applicable à la faillite sans poursuite préalable par renvoi de l'art. 194 al. 1 LP - prévoit que les parties peuvent faire valoir des faits nouveaux, lorsque ceux-ci se sont produits avant le jugement de première instance (art. 174 al. 1, 2^{ème} phrase, LP). Cette disposition spéciale de la loi, au sens de l'art. 326 al. 2 CPC, vise les faits nouveaux improprement dits (faux nova ou pseudo-nova), à savoir ceux qui existaient déjà au moment de l'ouverture de la faillite et dont le premier juge n'a pas eu connaissance pour quelque raison que ce

soit; ces faits peuvent être invoqués sans restriction et prouvés par pièces, pour autant qu'ils le soient dans le délai de recours. Aux termes de l'art. 174 al. 2 LP, le failli peut aussi invoquer de vrais nova, à savoir les faits, intervenus après l'ouverture de la faillite en première instance, qui sont énumérés aux chiffres 1 à 3. Selon la jurisprudence, ces vrais nova doivent également être produits avant l'expiration du délai de recours. En vertu de la lettre claire de l'art. 174 al. 2 LP, aucun autre novum n'est admissible. Partant, dans le cadre d'un recours contre un prononcé de faillite sans poursuite préalable, seuls les pseudo-nova sont en principe recevables, les hypothèses énumérées exhaustivement à l'art. 174 al. 2 ch. 1-3 LP étant étrangères à ce type de procédure. Il n'est ainsi pas possible d'invoquer que, dans le délai de recours, l'état de surendettement a été éliminé, qu'un nouvel organe de révision est arrivé à la conclusion qu'il n'y a pas de surendettement ou encore qu'une postposition de créance nouvellement consentie rend superflu l'avis au juge (arrêts du Tribunal fédéral 5A_252/2020 et 5A_264/2020 du 18 juin 2020, consid. 4.1.2; 5A_243/2019 du 17 mai 2019 consid. 3.1 et les références, publié in SJ 2019 I p. 376).

1.3.2 En l'espèce, conformément à ce qui précède, les pièces nouvelles produites par la recourante et les allégations y relatives sont irrecevables en tant qu'elles visent des faits postérieurs au 6 septembre 2021, date du prononcé du jugement.

2. La recourante sollicite l'annulation du jugement ordonnant sa mise en faillite. Elle fait grief au Tribunal d'avoir pris sa décision sans tenir d'audience et sans l'en avertir préalablement.

2.1 L'art. 192 LP prévoit que la faillite est prononcée d'office sans poursuite préalable dans les cas prévus par la loi, soit en particulier les art. 725 et 725a CO (arrêt du Tribunal fédéral 5A_269/2010 du 3 septembre 2010 consid. 3).

2.2.1 Selon l'art. 725 al. 2 CO, applicable par le renvoi de l'art. 820 al. 1 CO, s'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société est surendettée, un bilan intermédiaire est dressé et soumis à la vérification d'un réviseur agréé. 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.

Un avis de surendettement, accompagné de deux bilans intermédiaires (valeur d'exploitation/valeur de liquidation) ainsi que d'un rapport de vérification de l'organe de révision sont en principe indispensables pour le "dépôt de bilan". Selon le Tribunal fédéral, ce dernier document a en effet une portée décisive pour connaître de la situation financière de la société (ATF 120 II 425 consid. 2). Cette

exigence tend notamment à éviter que, sous couvert d'un surendettement en réalité inexistant, le conseil d'administration puisse obtenir la faillite de la société (c'est-à-dire sa dissolution) en contrevenant au principe fondamental selon lequel la compétence de décider la dissolution d'une SA appartient exclusivement à l'assemblée générale des actionnaires (CJ GE, BISchK 1999, 192, 194; PETER/CAVADINI, Commentaire romand, Code des obligations II, n. 45 ad art. 725 CO).

Au vu de l'avis de surendettement, le juge déclare la faillite, à moins que les conditions d'un ajournement soient réunies (art. 725a al. 1 CO; arrêt du Tribunal fédéral 5A_867/2015 du 11 décembre 2015 consid. 5.1.1 et les références).

2.2.2 Dans un arrêt de 2016 (5A_625/2015 du 18 janvier 2016), concernant un dépôt de bilan par suite de surendettement d'une société à responsabilité limitée, le Tribunal fédéral a retenu que la déclaration de surendettement n'est pas une demande de faillite mais est plutôt une obligation pour le conseil d'administration de la SA ou les gérants de la SARL de prendre une mesure prescrite par la loi (consid. 3.2.2).

Le Tribunal fédéral a également jugé que (consid. 3.2.3), "Für den Antrag auf Konkurseröffnung - d.h. ein willentlicher Akt der Gesellschaft, welcher die Auflösung und Liquidation durch Konkurs bewirkt - wäre ein entsprechender Generalversammlungs- bzw. (bei der GmbH) Gesellschafterbeschluss notwendig", soit en traduction libre : "Pour la déclaration de faillite - c'est-à-dire un acte délibéré de la société, qui entraîne la dissolution et la liquidation par la faillite - une résolution correspondante de l'assemblée générale ou dans le cas de la SARL une résolution des associés serait nécessaire".

2.3 La faillite prononcée conformément à l'art. 725a al. 1 CO est un cas de faillite sans poursuite préalable de l'art. 192 LP (PETER, Commentaire romand, Code des obligations II, n. 5 ad art. 725a CO).

En l'absence de surendettement, mais en cas d'insolvabilité, la faillite est prononcée selon les règles ordinaires de la LP (PETER, op. cit., n. 7 ad art. 725a CO).

2.4 L'art. 256 al. 1 CPC prévoit que le Tribunal peut renoncer aux débats et statuer sur pièces, à moins que la loi n'en dispose autrement.

Dans la procédure de faillite, les art. 168 (concernant la poursuite ordinaire par voie de faillite) et 190 al. 2 LP (ayant trait à la faillite sans poursuite préalable) consacrent cette exception en imposant au juge de citer les parties à une audience (arrêts du Tribunal fédéral 5A_293/2017 du 5 juillet 2017 consid. 4.2 et 5A_403/2014 du 19 août 2014 consid. 4.1 et les références citées).

Selon COMMETTA, l'audience de faillite est obligatoire, quoique l'art. 194 ne renvoie pas explicitement à l'art. 168 LP (COMETTA, Commentaire Romand – LP, n. 8 ad art. 192 LP).

2.5 En l'espèce, il résulte du dossier que la recourante a produit, en première instance, un avis de surendettement, accompagné de deux bilans intermédiaires (valeur d'exploitation/valeur de liquidation), sans toutefois verser un rapport de vérification de l'organe de révision, pourtant indispensable pour connaître de la situation financière de la société. Le Tribunal aurait dès lors dû, avant de rendre sa décision, ordonner la production d'un tel rapport, ce qu'il n'a pas fait. Par ailleurs, aucune résolution des associés, soit C_____ et B_____, de dissoudre la société, n'a été versée à la présente procédure. Enfin, le Tribunal aurait dû fixer une audience.

Compte tenu des éléments qui précèdent, c'est à tort que le Tribunal a prononcé la faillite de la recourante, de sorte que le jugement sera annulé et la cause renvoyée au premier juge, afin qu'il ordonne la production des pièces nécessaires citées ci-avant, et fixe une audience, avant de rendre une nouvelle décision.

3. Le Tribunal statuera à nouveau sur les frais de première instance.

Les frais judiciaires du recours seront arrêtés à 300 fr. (art. 52 let. a et 61 OELP). Dans la mesure où ils ne sont pas imputables à la recourante, ils seront mis à la charge de l'Etat de Genève (art. 107 al. 2 CPC). L'avance de frais de 300 fr. sera restituée à la recourante.

Il n'y a pas lieu à l'allocation de dépens.

4. La présente décision s'inscrit dans une procédure de faillite sujette au recours en matière civile au Tribunal fédéral (art. 72 al. 1 et 2 let. a LTF), indépendamment de la valeur litigieuse (art. 74 al. 2 let. d LTF).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté le 23 septembre 2021 par A_____ SARL contre le jugement JTPI/11170/2021 rendu le 6 septembre 2021 par la 8^{ème} Chambre du Tribunal de première instance dans la cause C/14834/2021-8 SFC.

Au fond :

Annule ce jugement.

Renvoie la cause au Tribunal de première instance pour instruction au sens des considérants et nouvelle décision.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires du recours à 300 fr. et les met à la charge de l'Etat de Genève.

Invite les Services financiers du Pouvoir judiciaire à restituer la somme de 300 fr. à A_____ SARL.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens de recours.

Siégeant :

Madame Pauline ERARD, présidente; Madame Sylvie DROIN, Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, juges; Madame Mélanie DE RESENDE PEREIRA, greffière.

La présidente :

Pauline ERARD

La greffière :

Mélanie DE RESENDE PEREIRA

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 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 en matière civile.

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