



POUVOIR JUDICIAIRE

C/1706/2020

ACJC/470/2020

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 13 MARS 2020

Pour

A _____ SA, sise _____, _____ (GE), recourante contre un jugement rendu par la 5ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 25 février 2020, comparant par Me Peter Pirkl, avocat, rue de Rive 6, 1204 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué à la recourante par pli recommandé du 18.03.2020.

EN FAIT

- A.** Par jugement JTPI/2970/2020 du 25 février 2020, reçu par A_____ SA le lendemain, le Tribunal de première instance a rejeté la requête de faillite déposée le 27 janvier 2020 par la précitée (ch. 1 du dispositif), mis à sa charge les frais judiciaires arrêté à 200 fr., compensés avec l'avance versée, A_____ SA étant condamnée à verser aux Services financiers du Pouvoir judiciaire la somme de 150 fr. (ch. 2) et a déboutée cette dernière de toutes autres conclusions (ch. 3).

Le Tribunal a retenu qu'il ne ressortait pas du dossier qu'une assemblée générale valablement convoquée ait voté, préalablement au dépôt de la requête de faillite, une décision de dissolution de la société, de sorte que l'une des conditions légales faisait défaut.

- B. a.** Par acte déposé le 2 mars 2020 au greffe de la Cour de justice, A_____ SA a formé recours contre ce jugement, sollicitant son annulation. Elle a conclu à ce que la Cour prononce sa faillite, les frais devant être laissés à la charge de l'Etat de Genève.

Elle a reproché au Tribunal d'avoir refusé à tort de prononcer sa faillite, une décision préalable de l'assemblée générale n'étant pas nécessaire.

b. A_____ SA a été avisée par pli du greffe du 5 mars 2019 de ce que la cause était gardée à juger.

- C.** Les faits pertinents suivants résultent de la procédure de première instance :

a. A_____ SA, inscrite au Registre du commerce de Genève depuis le _____ 1995, dont le siège est à _____ (GE), a notamment pour but le commerce de bijoux, de pierres précieuses et semi-précieuses, d'objets d'art ainsi que d'articles cadeaux.

Son capital-actions est de 26'000'000 fr., composé de 260'000 actions nominatives de 100 fr. chacune.

B_____ en est l'administrateur unique, disposant d'une signature individuelle.

L'organe de révision de la société est C_____ SA.

b. Par "résolution" du 23 janvier 2020, le conseil d'administration de A_____ SA a décidé, en raison de son insolvabilité, de requérir du juge compétent sa mise en faillite.

c. Le bilan, non révisé, au 31 décembre 2019 de A_____ SA fait apparaître un déficit de 16'121'000 fr. La société n'était cependant pas surendettée, les fonds propres étant positifs à hauteur de 6'018'067 fr.

d. Par courrier recommandé du 8 janvier 2020, C_____ SA a fait savoir à l'administrateur de A_____ SA que selon les informations obtenues oralement, la société n'était pas en mesure de payer ses créanciers à court terme. Conformément à l'art. 725 al. 2 CO, il convenait de faire établir un bilan audité à la valeur de liquidation et, cas échéant, d'informer le juge de la situation

e. Par requête expédiée le 27 janvier 2020 au Tribunal, A_____ SA a requis le prononcé de sa faillite, au sens de l'art. 191 LP. Elle s'est prévaluée de son insolvabilité avérée, étant dans l'incapacité d'honorer - à court et à long terme - ses créanciers et ses employés. Elle faisait l'objet de nombreuses poursuites.

Elle a notamment produit le bilan au 31 décembre 2019 sus-évoqué, le courrier de son organe de révision du 8 janvier 2020 et un extrait des poursuites.

Il résulte de l'extrait du Registre des poursuites du 22 janvier 2020 que quarante poursuites sont inscrites à l'encontre de A_____ SA. Cinq d'entre elles ont été payées à l'Office des poursuites. Trois poursuites ont été réglées directement aux créanciers. A_____ SA a formé opposition à trente poursuites, une poursuite est en cours d'ouverture et un commandement de payer a été notifié, portant sur un montant total de 1'388'329 fr. Une poursuite a été initiée par la D_____, en vue du recouvrement de la taxe professionnelle, de 10'575 fr. Une poursuite porte sur une somme de 225 fr. 05.

f. Par ordonnance du 18 février 2020, le Tribunal a invité A_____ SA à produire une décision de dissolution votée par l'Assemblée générale d'ici au 20 mars 2020 ainsi que toutes pièces complémentaires utiles à établir son insolvabilité.

g. Par courrier du 21 février 2020, A_____ SA a indiqué au Tribunal qu'une décision de dissolution de la société ne constituait pas un préalable à sa mise en faillite, une telle condition ne ressortant pas de l'art. 191 LP. Elle a également attiré l'attention du Tribunal sur l'importance des dettes figurant au bilan, de 33'014'302 fr. et rappelé qu'elle n'exerçait plus aucune activité. Ses liquidités libres étaient de l'ordre de 606'106 fr. et elle disposait de dépôts de garantie de 1'615'924 fr.

Elle a complété ses conclusions en ce sens que le Tribunal était invité à titre subsidiaire, à prononcer sa faillite pour cause de surendettement.

Elle a notamment versé à la procédure un courriel de la Banque E_____ du 19 février 2020 accompagné d'extraits bancaires de quatre comptes.

h. Sur quoi, le Tribunal a gardé la cause à juger.

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.

- 2.** La recourante reproche au Tribunal de ne pas avoir prononcé sa faillite.

2.1 Aux termes de l'art. 191 LP, le débiteur peut lui-même requérir sa faillite en se déclarant insolvable en justice (al. 1); lorsque toute possibilité de règlement amiable des dettes selon les art. 333 ss est exclue, le juge prononce la faillite (al. 2).

Le requérant n'a pas un droit inconditionnel au prononcé de sa faillite (ATF 133 III 614 consid. 6.1.2). Pour que la faillite puisse être prononcée ensuite d'une déclaration d'insolvabilité en justice, il faut que se réalise une condition positive, soit un état d'insolvabilité, et que, simultanément, ne soit satisfaite aucune condition négative, à savoir la possibilité de règlement amiable des dettes, un ajournement de la décision de faillite en raison d'un sursis concordataire ou extraordinaire, une procédure de faillite déjà en cours, une procédure de détermination de retour à meilleure fortune en cours ou un abus de droit manifeste au sens de l'art. 2 al. 2 CC (COMETTA, Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, n. 4 ad art. 191 LP).

L'art. 191 LP permet à tout débiteur, personne physique ou personne morale, de requérir sa propre faillite en se déclarant insolvable en justice. Le but recherché est en général de se mettre à l'abri de nouvelles poursuites, puisque, selon l'art. 206 LP, les poursuites dirigées contre le failli s'éteignent et aucune poursuite ne peut être faite durant la procédure de liquidation de la faillite pour les créances antérieures à la faillite (PETER, Le point sur le droit des poursuites et des faillites / Entwicklungen im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht in RSJ 115/2019 p. 477, 480).

La société est dissoute par l'ouverture de la faillite (art. 736 ch. 3 CO).

La procédure d'insolvabilité instituée par l'art. 191 LP a pour but premier de répartir les biens du débiteur de manière équitable entre tous les créanciers et non pas de permettre un désendettement du débiteur (CHABLOZ, L'ouverture de la faillite : situation actuelle et mise en perspective, in RSDA 2016 p. 357, 361).

2.2 En principe, s'avère insolvable le débiteur qui, par exemple, laisse des comminations de faillite s'accumuler, fait systématiquement opposition et ne paie pas même des montants peu élevés. De simples difficultés passagères de paiements ne font en revanche pas apparaître insolvable le débiteur, à moins qu'il n'y ait aucun indice important permettant d'admettre une amélioration de sa situation financière et qu'il semble manquer de liquidités pour une période indéterminée. L'appréciation de la solvabilité repose sur une impression générale fondée sur les habitudes de paiement du failli (arrêts du Tribunal fédéral 5A_153/2017 du 21 mars 2017 consid. 3.1, 5A_118/2012 du 20 avril 2012 consid. 3.1, 5A_328/2011 du 11 août 2011 consid. 2, publié in SJ 2012 I p. 25). Pour rendre vraisemblable qu'il est solvable, le débiteur doit notamment établir qu'aucune requête de faillite dans une poursuite ordinaire ou dans une poursuite pour effets de change n'est pendante contre lui et qu'aucune poursuite exécutoire n'est en cours (arrêts du Tribunal fédéral 5A_118/2012 du 20 avril 2012 consid. 3.1 et 5A_640/2011 du 4 janvier 2012 consid. 3.1).

Un fait est rendu vraisemblable si le juge, en se basant sur des éléments objectifs, a l'impression que le fait invoqué s'est produit, sans pour autant devoir exclure la possibilité qu'il ait pu se dérouler autrement (ATF 132 III 715 consid. 3.1). Pour l'annulation du prononcé de faillite, cela signifie que la solvabilité du débiteur doit être plus probable que son insolvabilité. Dans ce domaine, il ne faut pas poser d'exigences trop sévères, en particulier lorsque la viabilité de l'entreprise endettée ne saurait être déniée d'emblée (arrêt du Tribunal fédéral 5A_328/2011 du 11 août 2011 consid. 2, traduit et publié in SJ 2012 I 25; Message du Conseil fédéral du 8 mai 1991 concernant la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, FF 1991 III p. 130 s.).

2.3 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 SàRL) une résolution des associés serait nécessaire".

Selon la doctrine, une décision de dissolution de la société anonyme doit être prise par l'assemblée générale (HARDMEIER, Commentaire zurichois, Der Verwaltungsrat, 1997, n. 1314 ad art. 725a CO; CHAUDET, Ajournement de la faillite de la société anonyme, 2001, p. 111). La dissolution doit être expressément motivée par l'insolvabilité. La majorité qualifiée est nécessaire, sous réserve d'un quorum plus élevé prévu par les statuts (TALBOT, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4^{ème} édition 2017, n. 15 ad art. 191 LP).

2.4 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 (art. 725 al. 2 1^{re} phrase CO). Lorsque les dettes sociales ne sont plus couvertes, les administrateurs doivent en principe aviser le juge (cf. art. 725 al. 2 CO; ATF 128 III 180 consid. 2^e p. 185). Exceptionnellement, il peut être renoncé à un avis immédiat au juge, si des mesures tendant à un assainissement concret et dont les perspectives de succès apparaissent comme sérieuses sont prises aussitôt (ATF 116 II 533 consid. 5a p. 541, confirmé in arrêt du Tribunal fédéral 4C.366/2000 du 19 juin 2001, consid. 4b et les références citées).

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).

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).

2.5 En l'espèce, la recourante a saisi le juge d'une requête d'insolvabilité fondée sur l'art. 191 LP et a conclu subsidiairement au prononcé de la faillite en application de l'art. 725 al. 2 et 725a al. 1 CO.

Selon la jurisprudence et la doctrine, une décision préalable de dissolution de la société anonyme prise par l'assemblée générale est nécessaire pour saisir le juge d'une requête de faillite, fondée sur l'insolvabilité de la société. A bon droit, le Tribunal a requis de la recourante la production de ladite décision.

Il est constant que dans le présent cas, aucune décision n'a été prise par l'assemblée générale à cet égard et que la seule résolution versée à la procédure a été prise par le conseil d'administration de la recourante.

Il s'ensuit que l'une des conditions du prononcé de la faillite pour cause d'insolvabilité en application de l'art. 191 LP n'est pas remplie.

Le bilan, non révisé, au 31 décembre 2019 de la recourante fait apparaître un déficit de 16'121'000 fr. Il résulte du courrier de son organe de révision du 8 janvier 2020 que la recourante est état d'insolvabilité, en raison de son incapacité de faire face à ses engagements à court et à long terme. Il ne ressort toutefois ni dudit bilan, ni du courrier du 8 janvier 2020 précité, que la société est en état de surendettement. En particulier, la recourante n'a pas versé à la procédure de bilans intermédiaires, ni de rapport de vérification de l'organe de révision. Les conditions posées par les articles 725 et 725 a al. 1 CO ne sont pas conséquent pas non plus réalisées.

Dès lors, c'est à bon droit que le Tribunal a rejeté la requête de faillite formée le 27 janvier 2020 par la recourante.

Par conséquent, le recours sera rejeté.

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

En vertu de l'art. 61 al. 1 OELP, la juridiction supérieure à laquelle sont déférées les décisions rendues dans une procédure sommaire en matière de poursuite (art. 251 CPC) peut prélever un émolument n'excédant pas une fois et demie l'émolument que peut prélever l'autorité de première instance.

Conformément à l'art. 48 OELP, le Tribunal a fixé l'émolument de première instance à 200 fr. L'émolument de la présente décision sera ainsi fixé à 300 fr. et compensé par l'avance de frais du même montant fournie par la recourante, acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC).

4. La présente décision s'inscrit dans une procédure de faillite sujette au recours de droit civil au Tribunal fédéral (art. 72 al. 1 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 2 mars 2020 par A_____ SA contre le jugement JTPI/2970/2020 rendu le 25 février 2020 par le Tribunal de première instance dans la cause C/1706/2020-5 SFC.

Au fond :

Le rejette.

Déboute A_____ SA de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires du recours à 300 fr., les met à la charge de A_____ SA et les compense avec l'avance de frais fournie, acquise à l'Etat de Genève.

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

Siégeant :

Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, présidente; Madame Fabienne GEISINGER et Monsieur Laurent RIEBEN, juges; Madame Mélanie DE RESENDE PEREIRA, greffière.

La présidente :

Nathalie LANDRY-BARTHE

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.