REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/18139/2021 **ACJC/193/2022**

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MARDI 8 FEVRIER 2022

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____ [GE],

J_____ SA, sise _____, LUXEMBOURG,

recourants contre un jugement rendu par la 1ère Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 30 septembre 2021, comparant par Me Eve DOLON, avocate, rue Etienne-Dumont 6-8, 1204 Genève, en l'Étude de laquelle ils font élection de domicile,

et

C_____ SA, EN LIQUIDATION, domiciliée p.a. Office des faillites, route de Chêne 54, 1208 Genève, intimée, 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 15 février 2022.

EN FAIT

A. Par jugement du 30 septembre 2021, le Tribunal de première instance a déclaré C_____ SA en état de faillite dès le jour même à 14h30 (ch. 1 du dispositif) et mis les frais judiciaire, arrêtés à 200 fr., à la charge de celle-ci (ch. 2 et 3).

B. **a.** Par acte déposé au greffe de la Cour de justice le 18 octobre 2021, A_____ et J_____ SA ont formé recours contre ce jugement. Ils ont conclu à son annulation et à la condamnation de C_____ SA en liquidation à tous les frais de la procédure.

b. La suspension du caractère exécutoire du jugement attaqué, sollicité par les recourants, a été refusée par arrêt de la Cour du 27 octobre 2021.

c. C_____ SA en liquidation, soit pour elle son administrateur, a conclu au déboutement de A_____ et J_____ SA de toutes leurs conclusions et à la confirmation du jugement attaqué.

d. Les parties ont été informées par avis de la Cour du 25 novembre 2021 de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure.

a. C_____ SA est une société inscrite au registre du commerce de Genève le _____ 1998.

Son but tel qu'il est inscrit est le suivant: "commerce de cartes valeurs, de cartes prépayées en association avec des organismes bancaires pour la mise en place de programme de carte de débit multi services utilisant une carte d'identification / authentification audio; mise en place de programme et concept de fidélisation clientèle sur la base d'une carte client avec fonction de paiement, de débit et crédit; exploitation d'une plateforme multi services e-commerce (commerce électronique), e-gaming (jeux en ligne); commerce, distribution et représentation de biens, accessoires, logiciels et de matériel électronique, informatiques; représentation des fournisseurs de sociétés de haute technologie; conseil dans le secteur des systèmes et des applications ".

Actuellement, D_____ est actionnaire majoritaire avec 64,17% des actions; J_____ SA est actionnaire de la société à hauteur de 5,57%, de même que E_____ (25,28 %) et F_____ (4,98 %).

b. L'exercice a présenté une perte de 744'130 fr. en 2018, de 453'684 fr. en 2019 et de 459'229 fr. en 2020.

c. Lors de l'assemblée générale des actionnaires du 6 août 2021, à laquelle J_____ SA a participé, l'augmentation de capital de la société à titre de mesure d'assainissement a été rejetée à l'unanimité.

d. Lors de la séance du conseil d'administration du 22 septembre 2021, il a été relevé que compte tenu des raisons sérieuses d'admettre que la société était surendettée, il avait été nécessaire de dresser un bilan 2020 présentant les actifs à leur valeur de liquidation. La société étant surendettée, conformément à l'art. 725 al. 2 CO, le conseil d'administration devait en informer le Tribunal. La société était en outre insolvable dès lors qu'elle n'avait plus de liquidités et qu'aucune entrée de revenus n'était à prévoir.

e. C_____ SA a ainsi informé le jour même le Tribunal de son surendettement selon l'art. 725 al. 2 CO. Elle a produit deux bilans au 31 décembre 2020 (valeur d'exploitation et valeur de liquidation) faisant état de pertes de 459'229 fr., respectivement 1'222'630 fr. Elle a notamment relevé que des solutions avaient été recherchées concernant le recouvrement d'une créance à l'encontre de la société K_____ SA, qui avaient été refusées par les actionnaires minoritaires, de même qu'une augmentation de capital proposée à titre de mesure d'assainissement. Elle n'avait plus de liquidités et aucun revenu n'était à prévoir.

f. Sur la base de cet avis et au vu des documents et explications fournis, le Tribunal a considéré que la société était surendettée et ainsi, prononcé sa faillite par jugement du 30 septembre 2021.

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 LP).

1.2 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.

1.3

1.3.1 La qualité pour recourir appartient au débiteur et au créancier qui a présenté la requête de faillite. Un créancier qui n'a pas participé à ladite procédure n'est pas légitimé à former recours. L'ouverture de la faillite n'a qu'un effet réflexe sur les créanciers (TALBOT, in Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4ème éd., 2018, n. 4 ad art. 174 LP; COMETTA, in Commentaire romand, LP, 2005, n. 4 ad art. 174 LP; arrêt du Tribunal fédéral 5A_43/2013 du 25 avril 2013, consid. 2). Il n'est pas arbitraire de dénier aux créanciers la qualité pour attaquer un jugement prononçant la faillite sur la base d'une déclaration d'insolvabilité (ATF 123 III 402; 118 III 33).

1.3.2 En l'espèce, les recourants, se fondant notamment sur les ATF 123 III 402 et 118 III 33, indiquent qu'ils disposent de la qualité pour recourir compte tenu de leur qualité de créanciers de l'intimée, comme actionnaires. Ladite qualité ne leur confère toutefois pas la qualité pour recourir.

Leur recours est dès lors irrecevable de ce point de vue.

2. Même recevable, le recours devrait être rejeté, pour les motifs qui suivent.

2.1

2.1.1 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).

Selon 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 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, p. 192, 194; PETER/CAVADINI, Commentaire romand, Code des obligations II, 2ème éd., 2017, 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).

2.1.2 Dans le cadre du recours de l'art. 174 LP – applicable à la faillite sans poursuite préalable par renvoi de l'art. 194 al. 1 LP –, les parties peuvent faire valoir des faits nouveaux, lorsque ceux-ci se sont produits avant le jugement de première instance (art. 174 al. 1, 2ème phrase, LP). 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 (arrêt du Tribunal fédéral 5A_243/2019 du 17 mai 2019 consid. 3.1).

2.2 En l'espèce, les faits nouveaux allégués par les recourants sont recevables en tant qu'ils constituent des pseudo-nova.

Les recourants soutiennent que l'intimée a omis de mentionner dans les comptes fournis au juge plusieurs créances ou actifs de la société.

Ils proposent ainsi des corrections de ceux-ci, soutenant que certaines créances n'auraient pas été inclues dans les actifs, à savoir une créance de 240'000 EUR à l'encontre de K_____ SA, de 198'000 fr. à l'égard de H_____ et de 196'565 USD à l'égard de I_____ à la suite de la vente de H_____ LLC, et, à l'inverse, que des passifs y figureraient à tort, soit un prêt COVID de 100'653 fr., une dette de J_____ de 422'125 fr. et une ancienne dette fiscale de 334'726 fr. qui n'était plus exigible.

Cela étant, il convient de relever d'emblée que les comptes ont été approuvés par la majorité des actionnaires lors de l'assemblée générale du 6 août 2021.

En outre, l'intimée soutient que la créance contre K_____ est irrécouvrable, ce qui peut être déduit du courrier invoqué par les recourants faisant état de ladite créance dont l'intimée indique qu'elle ne dispose pas des moyens disponibles pour la faire reconnaître dans une procédure judiciaire. Elle ne représente donc pas de valeur qui pourrait être comptabilisée comme actif. La créance de 198'000 fr. contre H_____ est mentionnée dans les comptes (*cf.* p. 3 des annexes), de sorte qu'elle n'a pas été omise par l'intimée. Quant à la créance relative à la vente de H_____ LLC, il ressort de l'extrait de compte bancaire de l'intimée que le montant de 196'565 USD a été payé; l'intimée ne dispose ainsi plus de créance à cet égard.

Quant aux passifs, les recourants soutiennent qu'un montant de 100'653 fr. (figurant dans les comptes sous la rubrique "dette financière à court terme"), qui correspond "en principe" à un prêt COVID, ne doit pas être pris en compte dans le calcul du surendettement en application de l'art. 24 al. 1 LCas-COVID-19 (RS 951.26). Si ce montant correspond effectivement à un prêt COVID, ce que les recourants n'allèguent pas de manière affirmée, son montant est trop faible pour considérer que s'il n'était pas pris en compte, la société ne serait pas surendettée. En tout état de cause, le montant concerné devra être remboursé. De plus, l'allégation selon laquelle la créance de J_____ SA aurait été postposée n'est étayée par aucune pièce montrant que tel est effectivement le cas. Les recourants soutiennent enfin que la dette fiscale de 334'726 fr. est "très ancienne" et fait l'objet d'actes de défaut de biens, de sorte qu'elle ne serait pas exigible. Une telle

explication est toutefois insuffisante pour considérer que ce montant ne serait pas dû et ne devrait pas figurer dans les comptes.

Au surplus, les recourants soutiennent qu'ils n'étaient pas au courant de la situation de l'intimée, de sorte qu'ils n'ont pas pu proposer de mesures d'assainissement. Il ressort toutefois du procès-verbal de l'assemblée générale du 6 août 2021 à laquelle J_____ SA notamment a participé qu'a été soumise au vote une proposition d'augmentation de capital à titre d'assainissement financier, laquelle a toutefois été rejetée à l'unanimité. La précitée ne peut dès lors soutenir qu'elle n'avait pas connaissance des difficultés financières de l'intimée. Aucune autre proposition n'a par ailleurs été formulée lors de cette assemblée pour assainir la société, comme des abandons ou conversions de créance, mentionnés devant la Cour, lesquels sont toutefois faits sous condition et ne sont en l'état pas effectifs. Les recourants n'invoquent par ailleurs dans leur recours aucun apport de liquidités pour résorber les dettes de l'intimée.

Il ressort également des explications des recourants que D_____, actionnaire à hauteur de 64,17%, aurait fait transférer à l'une de ses sociétés le seul actif de la société C_____ SA, vidant celle-ci totalement de sa substance, ce qui tendrait à accréditer le fait, si cette allégation était confirmée, qu'un assainissement n'est pas envisageable.

Les recourants exposent également que C_____ SA aurait perdu la plupart de ses clients. Dès lors, le fait que l'un d'entre eux déclare être prêt à renouer des relations commerciales en cas de changement de la direction de l'intimé n'est pas suffisant pour considérer qu'un assainissement est envisageable.

La société a en outre régulièrement clôturé ses exercices depuis 2018 par des pertes annuelle de plusieurs centaines de milliers de francs.

C'est donc à bon droit que la faillite de l'intimée a été prononcée. Le recours, infondé, sera ainsi rejeté.

3. Les recourants, qui succombent, seront condamnés aux frais judiciaires de recours, arrêtés à 300 fr., compensés avec l'avance fournie, qui reste acquise à l'Etat de Genève.

Ils ne sera pour le surplus pas alloué de dépens à l'intimée, en liquidation, qui a répondu au recours par l'intermédiaire de son administrateur.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

Déclare irrecevable, subsidiairement infondé, le recours interjeté par A_____ et J_____ SA contre le jugement JTPI/12439/2021 rendu le 30 septembre 2021 par le Tribunal de première instance dans la cause C/18139/2021-1 SFC.

Arrête les frais judicaires de recours à 300 fr., les met à la charge de A_____ et J_____ SA solidairement entre eux, et dit qu'ils sont compensés avec l'avance fournie, qui reste acquise à l'Etat de Genève.

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

Siégeant :

Monsieur Laurent RIEBEN, président; Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, Monsieur Ivo BUETTI, juges; Madame Mélanie DE RESENDE PEREIRA, greffière.

Le président :	La greffière :
Laurent RIEBEN	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.