

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/20416/2014

ACJC/356/2015

**ARRÊT**

**DE LA COUR DE JUSTICE**

**Chambre civile**

**DU VENDREDI 27 MARS 2015**

A \_\_\_\_\_ SA, ayant \_\_\_\_\_ (GE), recourante contre un jugement rendu par la 9<sup>ème</sup> Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 11 décembre 2014, comparant par Me Laurent Strawson, avocat, rue De-Beaumont 3, 1206 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué à la recourante, ainsi qu'au Tribunal de première instance, à l'Office des faillites, à l'Office des poursuites, au Registre du commerce et au Registre foncier, par plis recommandés du 31.03.2015.

---

## **EN FAIT**

- A.** A\_\_\_\_\_ SA (ci-après : A\_\_\_\_\_ SA), sise à \_\_\_\_\_ (Genève) et dont le capital-actions s'élève à 200'000 fr., exploite une entreprise générale dans le domaine du bâtiment, maçonnerie, terrassement et travaux publics.
- B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_ en sont respectivement administrateur-président et administrateur-secrétaire, chacun disposant de la signature individuelle.
- B.**
- a.** Selon les états financiers au 31 décembre 2013, non révisés, le capital (200'000 fr.) et les réserves (100'000 fr.) de A\_\_\_\_\_ SA totalisaient 300'000 fr. tandis que ses pertes se montaient à 208'803 fr., soit son bénéfice reporté 2012 (255'537 fr.) diminué des pertes de l'exercice 2013 (464'339 fr.). Dès lors, ses fonds propres ascendaient à 91'197 fr. (300'000 fr. - 208'803 fr.).
- b.** Selon les états financiers au 31 août 2014, toujours non révisés, le capital (200'000 fr.) et les réserves (100'000 fr.) de A\_\_\_\_\_ totalisaient 300'000 fr. tandis ses pertes se montaient à 122'523 fr., soit ses pertes 2013 reportées (219'712 fr.) en partie compensées par le bénéfice réalisé au 31 août 2014 (97'189 fr.). Dès lors, ses fonds propres ascendaient à 177'477 fr. (300'000 fr. - 122'523 fr.).
- c.** Dans son rapport du 9 septembre 2014, le Conseil d'administration de A\_\_\_\_\_ SA a dressé la liste de dix mesures d'assainissement et d'optimisation prises depuis le 1<sup>er</sup> mars 2014 en raison d'une évolution insatisfaisante des affaires, de difficultés récurrentes de trésorerie et d'investissements retardés.
- d.** Le 9 septembre 2014, le Conseil d'administration de A\_\_\_\_\_ SA a "enregistré" le surendettement de l'entreprise et décidé de déposer une demande d'ajournement de la faillite, les mesures d'assainissement prises depuis le 1<sup>er</sup> mars 2014 devant être renforcées.
- C.** Par jugement du 17 septembre 2014, le Tribunal de première instance (ci-après : le Tribunal) a prononcé la faillite de A\_\_\_\_\_ SA à la requête de l'un de ses créanciers.
- D.**
- a.** D\_\_\_\_\_ SA (ci-après : D\_\_\_\_\_ SA) a été radiée le 2 octobre 2014 du Registre du commerce de sa qualité d'organe de révision de A\_\_\_\_\_ SA, fonction qu'elle occupait depuis 1998.
- b.** Par courrier du 3 octobre 2014 adressé à A\_\_\_\_\_ SA, faisant référence à son rapport de révision du 25 août 2014 relatif aux comptes au 31 décembre 2013, D\_\_\_\_\_ SA, à la suite d'informations reçues du conseil d'administration selon lesquelles certains actifs avaient été surévalués pour un montant excédent largement les fonds propres, a indiqué que la société était surendettée au

---

31 décembre 2013. Elle a relevé qu'en l'absence de réserves latentes, les états financiers établis à la valeur de liquidation confirmeraient le surendettement.

D\_\_\_\_\_ SA n'a pas indiqué l'étendue du surendettement.

- E. a.** Par acte déposé le 6 octobre 2014, A\_\_\_\_\_ SA a informé le Tribunal de ce qu'elle était en état de surendettement et a conclu à un ajournement de sa faillite jusqu'au 31 mars 2015.

Elle a indiqué que cette requête était déposée conjointement au recours interjeté contre le jugement de faillite du 17 septembre 2014.

Elle a produit son extrait du Registre du commerce (pièce 1), son budget de trésorerie pour les exercices 2014 à 2016 (pièce 2), le rapport du Conseil d'administration du 9 septembre 2014 (pièce 3), son bilan provisoire au 31 août 2014 (pièces 4 et 6), le procès-verbal de l'assemblée extraordinaire du 9 septembre 2014 (pièce 5), un courrier de D\_\_\_\_\_ SA du 3 octobre 2014 (pièce 7), le relevé de l'Office des poursuites la concernant au 2 octobre 2014 (pièce 8), l'offre de la fiduciaire I\_\_\_\_\_ SA du 4 novembre 2014 (pièce 9), la convention cadre du 28 mars 2014 passée entre E\_\_\_\_\_ SA, F\_\_\_\_\_ SA, G\_\_\_\_\_ SA et elle-même (pièce 10), le rapport du Conseil d'administration du 31 octobre 2014 (pièce 11), l'avis du Conseil d'administration du 31 octobre 2014 (pièce 12), le courrier d'H\_\_\_\_\_ SA du 31 octobre 2014 (pièce 13), le récapitulatif des devis pour 2014 (pièce 14), le planning des chantiers commandés (pièce 15), les engagements des administrateurs au 31 octobre 2014 (pièce 16), le budget de trésorerie pour 2014-2015 (pièce 17), les charges fixes pour 2014-2015 (pièce 18), le chiffre d'affaire attendu du 31 octobre 2014 au 30 avril 2015 (pièce 19), les bilans au 31 décembre 2012 et 2013 (pièce 20), les comptes de pertes et profits 2012 et 2013 (pièce 21), les comptes d'exploitation 2012 et 2013 (pièce 22), les frais généraux 2012 et 2013 (pièce 23) et les annexes aux comptes annuels (pièce 24).

Il résulte de la liste des poursuites en cours à l'encontre de A\_\_\_\_\_ SA au 2 octobre 2014 que celle-ci faisait l'objet de cinquante-six poursuites – deux remontant à l'année 2012, six à 2013 et le reste à 2014 –, dont la majorité frappée d'opposition, pour des sommes variant entre 215 fr. et 112'276 fr. représentant une somme totale de plus de 1'719'000 fr.

**b.** Par arrêt du 30 octobre 2014, la Cour de justice (ci-après : la Cour) a annulé le jugement de faillite du 17 septembre 2014 et révoqué la dissolution de la société.

**c.** Par ordonnance du 10 novembre 2014, le Tribunal a imparti un délai au 28 novembre 2014 à A\_\_\_\_\_ SA pour produire un bilan intermédiaire révisé au 30 septembre 2014, établi aux valeurs de continuation et de liquidation, un budget d'exploitation jusqu'à la fin 2015, mois par mois, et un budget de trésorerie jusqu'à la fin 2015, mois par mois.

---

**d.** A\_\_\_\_\_ SA, qui ne dispose plus d'organe de révision, a mandaté I\_\_\_\_\_ SA, société de conseil et d'expertise, aux fins de corriger ses comptes annuels 2013 et d'établir une situation comptable intermédiaire arrêtée au 30 septembre 2014.

**e.** Dans le délai qui lui était imparti par le Tribunal, A\_\_\_\_\_ SA a produit des états financiers au 31 décembre 2013 (pièce 27) et au 30 septembre 2014 (pièce 26) établis par I\_\_\_\_\_S SA. Aux termes de ses rapports du 28 novembre 2014, I\_\_\_\_\_S SA a indiqué avoir établi ces états financiers sur la base des documents mis à sa disposition par le conseil d'administration de A\_\_\_\_\_ SA et précisé qu'elle n'avait effectué ni audit, ni examen succinct des états financiers.

Selon les états financiers au 31 décembre 2013 dressés par I\_\_\_\_\_ SA, le capital (200'000 fr.) et les réserves (100'000 fr.) de A\_\_\_\_\_ SA totalisaient 300'000 fr. tandis que ses pertes se montaient à 716'796 fr., soit son bénéfice reporté 2012 (255'537 fr.) diminué des pertes de l'exercice 2013 (972'333 fr.). Dès lors, le surendettement de la société était de 416'796 fr. (300'000 fr. - 716'796 fr.).

Selon les états financiers dressés au 30 septembre 2014 par I\_\_\_\_\_ SA, le capital (200'000 fr.) et les réserves (100'000 fr.) de A\_\_\_\_\_ SA totalisaient 300'000 fr. tandis que ses pertes se montaient à 1'113'772 fr., soit ses pertes 2013 reportées (716'796 fr.) auxquelles s'ajoutait les pertes au 30 septembre 2014 (396'976 fr.). Dès lors, le surendettement de la société était de 813'772 fr. (300'000 fr. - 1'113'772 fr.).

A\_\_\_\_\_ SA a également produit le rapport du Conseil d'administration concernant l'exercice 2013 et 2014 avec ses annexes (pièce 28), le budget de trésorerie pour 2015 (pièce 29) et le budget d'exploitation pour 2015 (pièce 30).

**f.** A l'audience qui s'est tenue devant le Tribunal le 4 décembre 2014, A\_\_\_\_\_ SA a expliqué les différentes mesures prises pour sortir du surendettement, indiquant notamment qu'une augmentation de capital de 300'000 fr. interviendrait durant le premier trimestre 2015.

**g.** Par jugement du 11 décembre 2014, reçu par A\_\_\_\_\_ SA le 15 du même mois, le Tribunal a rejeté la requête en ajournement de faillite formée A\_\_\_\_\_ SA (ch. 1 du dispositif), a mis les frais à la charge de A\_\_\_\_\_ SA (ch. 2), a condamné A\_\_\_\_\_ SA à payer un émolument de décision de 600 fr. à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire (ch. 3) et a débouté A\_\_\_\_\_ SA de toutes autres conclusions.

Le Tribunal a considéré que le surendettement de la société – condition nécessaire à un ajournement de la faillite – n'avait pas été établi dès lors que dans un premier temps le réviseur n'avait vraisemblablement rapporté ni une surévaluation d'actifs ni un surendettement et que ce n'était que par la suite, sur la foi d'informations fournies par le conseil d'administration dont la teneur exacte n'avait pas été

---

prouvée, que l'organe de révision avait considéré que A\_\_\_\_\_ SA était surendettée. Formulée dans le contexte d'une résiliation ou d'une révocation de son mandant, l'appréciation finale de l'organe de révision ne constituait pas une donnée fiable, ce d'autant qu'elle ne portait pas sur l'ampleur du surendettement. En outre, les états financiers aux 31 août et 30 septembre 2014 n'avaient pas été révisés et étaient contradictoires, les premiers rapportant un bénéfice de 97'189 fr. 27 et les seconds – à un mois d'intervalle – une perte de 396'976 fr. 04. Ces documents n'étaient donc pas fiables. En tout état de cause, le Tribunal ne disposait d'aucun document fiable pour examiner les perspectives d'assainissement et de se déterminer sur l'ajournement.

Le Tribunal a indiqué qu'en application des art. 308 ss du Code de procédure civile, sa décision pouvait faire l'objet d'un appel par-devant la Cour de justice dans les dix jours suivant sa notification.

- F. a.** Par acte déposé au greffe de la Cour le 24 décembre 2014, A\_\_\_\_\_ SA "appelle" de ce jugement. Elle conclut, principalement, à son annulation et à ce que l'ajournement de sa faillite soit prononcé jusqu'au 30 juin 2015. Subsidiairement, elle conclut à ce que la cause soit renvoyée au Tribunal. Elle conclut préalablement à ce qu'un délai supplémentaire lui soit octroyé pour lui permettre de produire toutes pièces utiles à l'établissement de sa situation financière et à ce que ses administrateurs soient convoqués.

Elle produit la décision querellée (pièce 1) et le procès-verbal de l'audience qui s'est tenue devant le Tribunal (pièce 2) ainsi que deux pièces nouvelles, soit un courrier de I\_\_\_\_\_ SA du 17 décembre 2014 à teneur duquel la société fiduciaire confirme que A\_\_\_\_\_ SA présentait un surendettement de 813'771 fr. 67 au 30 septembre 2014 (pièce 3) et un tableau des chantiers en commande pour l'année 2015 (pièce 4).

### **EN DROIT**

- 1. 1.1** Selon l'art. 309 let. b ch. 7 CPC, l'appel n'est pas recevable contre les décisions pour lesquelles le tribunal de la faillite ou du concordat est compétent en vertu de la LP. L'art. 174 al. 1 LP prévoit que la décision du juge de la faillite peut faire l'objet d'un recours au sens du CPC dans les dix jours. Seule la voie du recours est ainsi ouverte (art. 319 let. a CPC).

La Cour examine d'office si les conditions de recevabilité sont remplies (art. 59 et 60 CPC). Elle peut, dans certaines limites, rectifier d'éventuels vices de forme, l'idée étant d'éviter l'écueil du formalisme excessif (JEANDIN, in Code de procédure civile commenté, 2011, n° 5 ad art. 311 et n° 6 ad art. 321 CPC).

Ainsi, si un appel est interjeté en lieu et place d'un recours, ou vice-versa, et si les conditions de l'acte qui aurait dû être formé sont remplies, une conversion de

---

l'acte déposé en l'acte recevable est exceptionnellement possible si cela ne nuit pas aux droits de la partie adverse; cette solution vaut aussi si la juridiction de première instance a indiqué de manière erronée des voies de droit selon l'art. 238 let. f CPC (REETZ/THEILER, in *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO]*, 2013, n. 26 et 51 ad art. 308-318 CPC; cf. ég. par analogie, ATF 134 III 379 consid. 1.2; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_716/2012 du 3 décembre 2012 consid. 1.4).

**1.2** L'appel formé par la recourante remplit les conditions de forme et respecte les délais prescrits en matière de recours, de sorte qu'il sera converti en recours et déclaré recevable.

**1.3** Dans le cadre d'un recours, le pouvoir d'examen de la Cour est limité à la violation du droit et à la constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC).

**1.4** La procédure sommaire est applicable (art. 251 let. a CPC) aux décisions rendues en matière de faillite.

2. **2.1** 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 teneur de l'art. 174 al. 1, 2ème phrase LP, applicable par renvoi de l'art. 194 LP, les parties peuvent faire valoir des faits nouveaux lorsque ceux-ci se sont produits avant le jugement de première instance. Ainsi, par exception au principe général de l'art. 326 al. 1 CPC, les parties peuvent alléguer des pseudos-nova sans restrictions. Toutefois - comme cela ressort de la version allemande du texte légal («dabei») -, ces faits doivent être invoqués dans le délai de recours de 10 jours (cf. art. 174 al. 1 LP) et, partant, généralement dans le mémoire ou la déclaration de recours. L'expression "faits nouveaux" doit être comprise dans un sens technique: elle englobe aussi bien les allégués de fait que les offres de preuves (art. 174 al. 1 LP; arrêt du Tribunal fédéral 5P.263/2003 du 25 août 2003 consid. 3.3.1 et les références citées; COMETTA, in *Commentaire romand, Poursuite et faillites*, 2005, n. 5 ad art. 174 LP; KREN KOSTKIEWICZ, *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, 2014, n. 1078, p. 293).

L'art. 174 al. 2 LP règle exhaustivement les trois cas de faits nouveaux proprement dits que le juge saisi du recours contre le prononcé de faillite doit admettre (arrêts du Tribunal fédéral 5A\_728/2007 du 23 janvier 2008 consid. 3.3.1; 5P.263/2003 du 25 août 2003 consid. 3.3). Les trois cas énumérés à l'art. 174 al. 2 sont ceux où le débiteur établit par titre que la dette, intérêts et frais compris, a été payée (ch. 1), que la totalité du montant à rembourser a été déposée auprès de l'autorité de recours à l'intention du créancier (ch. 2) ou que le créancier a retiré sa réquisition de faillite (ch. 3).

**2.2** En l'espèce, la pièce 3 produite par la recourante se rapporte à des faits antérieurs au jugement de première instance – soit les états financiers de la société en 2013 et septembre 2014 – mais elle a été établie postérieurement au jugement de sorte qu'elle est irrecevable. Il en va de même de la pièce 4 qui se rapporte à des faits postérieurs au jugement, s'agissant des chantiers pour l'année 2015.

Par ailleurs, les pièces nouvelles étant admissibles pour autant qu'elles soient invoquées dans le délai de recours, il ne sera pas fait droit à la demande de la recourante tendant à ce qu'un délai supplémentaire lui soit accordé pour lui permettre de produire toutes pièces utiles à l'établissement de sa situation financière.

**3.** La recourante reproche en premier lieu au Tribunal d'avoir retenu à tort que son surendettement n'était pas établi.

**3.1** 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 (art. 725 al. 2 CO).

Le surendettement est réalisé, au sens de l'article 725 al. 2 CO, lorsque les actifs ne couvrent plus les fonds étrangers, c'est-à-dire lorsque les fonds propres ont été entièrement consommés par les pertes. On parle de surendettement proprement dit lorsque le capital propre est perdu après dissolution de toutes les réserves (réserves ouvertes et latentes) et de surendettement improprement dit lorsque le capital propre n'est perdu que comptablement, sachant que, compte tenu des réserves latentes existantes, la société est encore in bonis. Afin de vérifier si le surendettement est bien réalisé, il appartient au conseil d'administration de dresser un bilan intermédiaire, dans lequel les biens sont évalués à leur valeur d'exploitation. Ce n'est que si un surendettement en résulte que les actifs seront également estimés à leur valeur de liquidation, c'est-à-dire à leur valeur de réalisation sur le marché, ce qui permet de tenir compte d'éventuelles réserves latentes. Dans l'hypothèse où le surendettement - proprement dit - est également avéré dans cette seconde perspective, il y aura lieu de déposer le bilan (PETER/PEYROT, L'ajournement de la faillite (article 725a CO) dans la jurisprudence des tribunaux genevois, in SJ 2006 II p. 43 ss, p. 54 et 55).

**3.2** En l'espèce, la faillite de la recourante prononcée le 17 septembre 2014 par le Tribunal dans une procédure parallèle a été rétractée par la Cour par arrêt du 30

octobre 2014, de sorte que c'est à juste titre que le Tribunal a examiné si la société était surendettée avant tout examen des possibilités d'assainissement de la société.

Les deux états financiers au 31 décembre 2013 soumis au Tribunal peuvent sembler contradictoires puisque le premier, établi par la société, indique que celle-ci a subi des pertes de 464'339 fr. en 2013 - portant ses fonds propres à 91'197 fr., grâce au bénéfice reporté 2012 de 255'537 fr., alors que le second, établi par la fiduciaire, laisse apparaître des pertes de 972'333 fr. - portant le surendettement à 416'796 fr.

Il en va de même des états financiers au 31 août 2014 et le 30 septembre 2014, le premier, établi par la société, indiquant que celle-ci a réalisé un bénéfice de 97'189 fr. - portant ses fonds propres à 177'477 fr. -, alors que le second, établi par la fiduciaire, laisse apparaître des pertes de 396'976 fr. - portant le surendettement à 813'772 fr.

Les états financiers établis par la société ne semblent toutefois pas avoir été finalisés de sorte qu'il y manque certaines écritures de bouclage. En revanche, la société fiduciaire a complété les comptes en procédant à des corrections de valeur de l'actif et du passif et a pris en compte des charges supplémentaires. Dès lors, même si les comptes n'ont pas été révisés, il convient de se référer aux chiffres établis par la fiduciaire qui laissent apparaître un surendettement de la société déjà au 31 décembre 2013.

Contrairement à ce qu'a retenu le premier juge, il faut admettre que la recourante est surendettée.

La cause sera donc retournée au premier juge afin qu'il statue sur la demande d'ajournement (art. 327 al. 3 let. a CPC).

A cet égard, il convient de relever que si au terme de l'art. 725a al. 1 CO le juge peut ajourner la faillite si l'assainissement de la société paraît possible, les juridictions genevoises, interprétant sagement cette notion, octroient en principe l'ajournement dès lors que l'assainissement n'est pas exclu (PETER, in Commentaire romand du code des obligations, vol. II, Bâle 2008, n. 26 ad art. 725a CO), fût-ce pour une première brève période, avec cas échéant désignation d'un curateur chargé notamment d'examiner la fiabilité du plan d'assainissement présenté et d'aider au besoin la société à en présenter un plus concret. In casu, à supposer qu'elle soit accordée, cette première brève période d'ajournement pourrait cas échéant être utilisée par la recourante pour fournir au Tribunal des états financiers vérifiés par un organe de révision.

4. La recourante étant à l'origine de la présente procédure, le sort des frais de première instance ne sera pas revu.

Les frais du recours, fixés à 600 fr. (art. 52 let. b et 61 al. 1 OELP), seront mis à la charge de la recourante et compensés avec l'avance de frais du même montant déjà fournie par elle (art. 111 al. 1 CPC).

5. 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 24 décembre 2014 par A\_\_\_\_\_ SA contre le jugement JTPI/15832/2014 rendu le 11 décembre 2014 par le Tribunal de première instance dans la cause C/20416/2014-9 SFC.

**Au fond :**

Annule le chiffre 1 du dispositif de ce jugement.

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

Confirme le jugement pour le surplus.

**Sur les frais de recours :**

Arrête les frais judiciaires du recours à 600 fr., les mets à la charge d'A\_\_\_\_\_ SA et dit qu'ils sont couverts à hauteur du même montant par l'avance de frais, qui reste acquise à l'Etat de Genève.

**Siégeant :**

Monsieur Laurent RIEBEN, président; Madame Pauline ERARD et Madame Fabienne GEISINGER-MARIÉTHOZ, juges; Madame Céline FERREIRA, greffière.

Le président :

Laurent RIEBEN

La greffière :

Céline FERREIRA

**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.*