



POUVOIR JUDICIAIRE

C/23951/2019

ACJC/876/2020

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MERCREDI 17 JUIN 2020

Pour

A_____ SA, c/o B_____ SARL, _____ [GE], recourante contre un jugement rendu par la 5ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 2 mars 2020, comparant par Me Jean-Baptiste Vaudan, avocat, rue de la Rôtisserie 8, 1204 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

Le présent arrêt est communiqué à la recourante, ainsi qu'à l'Office des faillites, à l'Office des poursuites, au Registre du commerce et au Registre foncier, par plis recommandés du 29.06.2020.

EN FAIT

- A.** Par jugement du 2 mars 2020, le Tribunal de première instance, statuant par voie de procédure sommaire, a prononcé la faillite de A_____ SA le jour même à 15h.30 (ch. 1 du dispositif), mis les frais judiciaires, arrêtés à 200 fr., à la charge de A_____ SA (ch. 2), qu'il a condamnée à verser ce montant à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire (ch. 3) et débouté A_____ SA de toutes autres conclusions (ch. 4).
- B.**
- a.** Par acte expédié à la Cour de justice le 23 mars 2020, A_____ SA a formé recours contre ce jugement. Elle a conclu à son annulation et, cela fait, principalement, au renvoi de la cause au Tribunal pour nouvelle décision dans le sens des considérants de l'arrêt rendu par la Cour et, subsidiairement, à ce que son surendettement soit constaté, qu'un ajournement de faillite de six mois au moins soit prononcé, lequel ne devait pas être publié, le tout avec suite de frais.
- b.** Par décision du 25 mars 2020, la Cour a accordé la suspension de l'effet exécutoire au jugement entrepris ainsi que la suspension des effets juridiques de l'ouverture de la faillite.
- c.** A_____ SA a été informée par avis de la Cour du 27 avril 2020 de ce que la cause était gardée à juger.
- C.** Les faits suivants résultent de la procédure :
- a.** A_____ SA est une société anonyme inscrite au Registre du commerce de Genève depuis le _____ 2015 et qui a pour but toutes opérations de placement, d'investissement, de financement et de gestion, notamment de gestion de fortune, en Suisse et à l'étranger.
- Son capital social s'élève à 650'940 fr. depuis juin 2018.
- C_____, D_____ et E_____ en sont, respectivement, administrateur président et administrateurs, chacun avec la signature collective à deux (sauf D_____ qui a la signature individuelle).
- F_____ est directeur général de la société, avec signature collective à deux.
- G_____ SA est l'organe de révision de A_____ SA depuis sa création.
- b.** Par courrier adressé au Tribunal le 23 octobre 2019, G_____ SA a indiqué avoir constaté dans le cadre de son rapport de révision du 3 octobre 2019 que A_____ SA présentait un surendettement et qu'elle avait rendu attentive la société de cette situation, sans succès.

c. Il ressort du bilan de A_____ SA au 31 décembre 2018, que les actifs de la société totalisaient 18'393 fr. 94, dont 767 fr. 62 de liquidités et 17'626 fr. 32 de créances à court terme, tandis que ses fonds de tiers s'élevaient à 429'378 fr. 92. Cette année-là, son chiffre d'affaires était nul et la société avait fait une perte de 466'855 fr. 19, les pertes des années précédentes totalisant 1'120'816 fr. 79.

d. Invitée par le Tribunal à se déterminer sur l'avis de surendettement formé par G_____ SA, A_____ SA a indiqué, par courrier du 20 novembre 2019 signé par F_____ et C_____, que la société avait autorisé F_____, en mai 2019, à appliquer un plan de "crowdfunding", selon lequel un nouveau capital d'un million serait versé à la société en trois étapes (100'000 fr. en "Pre-Sale", 150'000 fr. en "Private Sale" et 750'000 fr. en "Public Sale"), qu'à ce jour, 13'000 fr. avaient été trouvés auprès d'un investisseur en "Pre-Sale", que le solde du "Pre-Sale" serait trouvé avant fin novembre, que le "Private Sale" serait finalisé en décembre et que le "Public Sale" serait lancé en janvier. Ainsi, la société devrait disposer au minimum, d'ici fin janvier 2020, d'un capital d'un million supplémentaire.

Elle a exposé en outre que les passifs de la société étaient principalement constitués de charges sociales et d'impôts à la source impayés pour un total de 167'000 fr., charges liées à deux employés (F_____ et H_____) qui n'avaient pas reçu de salaires depuis septembre 2018 et qui avaient déclaré accepter de renoncer à réclamer lesdits salaires; ainsi, les sommes dues à titre de charges sociales devraient être réduites de quelques 75'000 fr. à fin 2018 et de 200'000 fr. à fin 2019.

A_____ SA a indiqué enfin avoir réduit ses dépenses au minimum.

Aucune pièce n'était jointe à ce courrier.

e. Par ordonnance du 17 décembre 2019, le Tribunal a imparti à A_____ SA un délai de 20 jours dès sa notification pour produire tous documents utiles complémentaires et notamment un bilan et compte de pertes et profits intermédiaires ainsi que tous documents attestant que la société n'était plus en état de surendettement ou, à défaut, pour déposer par devant le Tribunal une requête de sursis concordataire provisoire accompagnée de tous les documents visés par l'article 293 let. a LP.

f. Par courrier du 24 janvier 2020 signé par F_____, A_____ SA a exposé que trois nouveaux investisseurs avaient versés chacun 13'000 fr. environ, que le versement du solde (61'000 fr.) avait été retardé en raison de la finalisation des études de F_____ mais qu'elle espérait finaliser le "Pre-Sale" dans les deux semaines.

F_____ a confirmé avoir lui-même, tout comme H_____, renoncé aux salaires dus pour 2018 et 2019 jusqu'à ce que la société dispose de liquidités suffisantes, ce qui diminuait le passif de la société de plus de 200'000 fr.

Il a indiqué en outre avoir radié ses obligations envers des sous-traitants saoudiens, ce qui réduisait également le passif de la société de quelques 200'000 fr. De plus, C_____ avait avancé à la société plus de 100'000 fr. entre janvier 2019 et janvier 2020. Enfin, les comptes 2019 de la société seraient envoyés au Tribunal dès que la société de comptabilité les aurait terminés.

A l'appui de ces affirmations, étaient produits :

- Les avis bancaires relatifs à trois versements de 13'000 fr. environ chacun, sur le compte de la société, les 20 décembre 2019, 3 janvier 2020 et 7 janvier 2020;
- Deux accords de postposition de créances de salaire, soit pour F_____ des créances de salaire d'août 2018 à décembre 2019 pour un total de 85'000 fr. et pour H_____ de créances de salaire de septembre 2018 à octobre 2019 pour un total de 130'000 fr.;
- Un DOCTORATE OF BUSINESS ADMINISTRATION, délivré à F_____ par l'Ecole de Management de I_____ en janvier 2020;
- Une liste des montants avancés par C_____ entre janvier 2019 et janvier 2020 pour un total de 106'159 fr. 18.

g. Par ordonnance du 29 janvier 2019, le Tribunal a imparti à A_____ SA un ultime délai au 17 février 2020 pour produire tous documents utiles complémentaires et notamment le bilan révisé au 31 décembre 2019 aux valeurs de continuation et de liquidation et dit que la cause serait gardée à juger à l'échéance de ce délai.

h. Par courrier du 19 février 2019, signé par F_____, A_____ SA a sollicité l'octroi d'un délai de deux mois supplémentaires pour terminer son plan d'investissement en crowdfunding et pour trouver un petit nombre de clients avant juin 2020. Il était indiqué que le "Pre-Sale" serait finalisé "la semaine prochaine" et que le "Private Sale" serait terminé d'ici mi-mars.

Etait en outre produit un bilan au 31 décembre 2019, non signé, dont il ressort que les actifs de A_____ SA s'élèvent à 931 fr. 17 (trésorerie), tandis que les fonds étrangers totalisent 580'282 fr. 39, que son chiffre d'affaires s'élève à 62'727 fr. 83 et que la société a fait une perte de 168'366 fr. 24.

i. Dans son jugement du 2 mars 2020, le Tribunal a relevé que selon le bilan au 31 décembre 2018, définitif et révisé, les fonds de tiers étaient supérieurs aux

actifs et, à titre superfétatoire, que les pertes de la société étaient largement supérieures au capital social de la société. F_____ et H_____ avaient postposé des créances de salaires, ce qui n'était cependant pas suffisant. En outre, même à supposer que les charges sociales et les impôts à la source liés à ces salaires ne soient pas dus, ce montant était également insuffisant puisque les fonds tiers seraient encore supérieurs aux actifs. De plus, aucune pièce au dossier ne permettait d'étayer l'affirmation selon laquelle les dettes de A_____ SA envers des sous-traitants saoudiens seraient réduites de quelques 200'000 fr. Par ailleurs, selon le bilan au 31 décembre 2019, non signé, les fonds étrangers étaient toujours supérieurs aux actifs et les nouvelles postpositions de créances de F_____ et de H_____ n'étaient pas non plus suffisantes, et ce même à soustraire les charges sociales et les impôts à la source liés à ces salaires. Le Tribunal a encore relevé à titre superfétatoire, que les pertes de la société étaient toujours largement supérieures au capital social de cette dernière, même si l'on y additionnait les montants récoltés en "Pre-Sale". A_____ SA présentait en conséquence un état de surendettement manifeste, l'insuffisance d'actifs n'ayant pas été compensée par les postpositions. Par conséquent, sa faillite serait prononcée. Le Tribunal n'a par ailleurs par donné suite à la requête du 19 février 2020 relative à l'octroi d'un délai de deux mois supplémentaires, la procédure sommaire étant régie par le principe de célérité et, même si cette requête de nouvelle prolongation de délai devait être assimilée à une requête d'ajournement de faillite, elle devrait être déclarée irrecevable, puisqu'elle n'émanait pas du Conseil d'administration.

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 LP, par renvoi de l'art. 194 al. 1 LP).

Les décisions rendues en matière de faillite sont soumises à la procédure sommaire (art. 251 let. a CPC).

- 1.2** Formé selon la forme et dans le délai prévus par la loi (art. 321 al. 1 et 2 CPC), le recours est recevable en l'espèce.

- 1.3** La recourante a allégué des faits nouveaux et produit des pièces nouvelles.

- 1.3.1** 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, 2^{ème} phr. 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 (ATF 139 III 491 consid. 4.4; arrêt 5A_874/2017 du 7 février 2018 consid. 4.2.1).

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. 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 (arrêt du Tribunal fédéral 5A_625/2015 précité consid. 3.6.1; cf. ég. arrêt 5A_711/2012 du 17 décembre 2012 consid. 5.2 *in fine* et la référence).

1.3.2 En l'espèce, les faits survenus postérieurement à la date à laquelle le Tribunal a gardé la cause à juger sont irrecevables en application des principes rappelés ci-dessus, ainsi que les pièces qui en font état, en particulier les pièces 10 à 13 produites devant la Cour.

2. L'art. 192 LP prévoit que la faillite est prononcée d'office sans poursuite préalable dans les cas prévus par la loi.

Si la société est manifestement surendettée et que le conseil d'administration omet d'en aviser le juge, l'organe de révision avertit ce dernier (art. 729c CO).

Au vu de l'avis, le juge déclare la faillite. Il peut l'ajourner, à la requête du conseil d'administration ou d'un créancier, si l'assainissement de la société paraît possible; dans ce cas, il prend les mesures propres à la conservation de l'actif social (art. 725a al. 1 CO).

3. La recourante sollicite l'annulation du jugement entrepris au motif que le Tribunal ne se serait pas prononcé dans le dispositif dudit jugement sur la question d'un possible ajournement de faillite. Il invoque à cet égard un déni de justice ainsi qu'une constatation inexacte des faits.

3.1 Selon la jurisprudence, l'autorité qui ne traite pas un grief relevant de sa compétence, motivé de façon suffisante et pertinente pour l'issue du litige, ou qui omet de statuer sur une conclusion d'un recours dont elle est saisie, alors qu'elle est compétente pour le faire, commet un déni de justice formel proscrit par l'art. 29 al. 1 Cst. (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1; 135 I 6 consid. 2.1; 133 III 235

consid. 5.2; 125 III 440 consid. 2A; 120 Ia 220 consid. 2a; 118 Ib 381 consid. 2b/bb; arrêt 5A_775/2018 du 15 avril 2019 consid. 3.1).

3.2

3.2.1 En l'espèce, le Tribunal n'a pas omis d'examiner la question d'une éventuelle requête d'ajournement de faillite puisqu'il a indiqué que la recourante présentait un état de surendettement manifeste, qu'il prononçait sa faillite et qu'il ne donnerait donc pas suite à la requête du 19 février 2020 tendant à l'octroi d'un délai de deux mois supplémentaires pour permettre à la recourante de terminer son plan d'investissement en crowdfunding et trouver des clients. Il a ensuite précisé que, même si cette requête de prolongation de délai devait être assimilée à une requête d'ajournement de faillite – étant relevé que le délai sollicité n'étant nullement qualifié comme tel –, elle devrait être déclarée irrecevable, puisqu'elle n'émanait pas du conseil d'administration de la recourante. Il ressort ainsi des considérants du jugement attaqué que le Tribunal a rejeté la demande de délai supplémentaire formulée par F_____ et a statué à cet égard dans le dispositif dudit jugement qui indique que le Tribunal déboute la recourante de toutes autres conclusions que celles relatives à la question du prononcé de la faillite. L'irrecevabilité dont la recourante se plaint qu'elle ne figure pas dans le dispositif n'avait, quant à elle, été mentionnée que comme un argument supplémentaire pour fonder l'absence de nécessité d'accorder le délai requis et n'avait pas à être mentionnée expressément dans le dispositif en l'absence de demande formelle d'ajournement de faillite.

Aucun déni de justice ne peut donc être reproché au Tribunal. En tout état de cause, une omission du Tribunal à cet égard pourrait être réparée par la Cour (art. 327 al. 3 let. b CPC), sans qu'il soit nécessaire d'annuler le jugement attaqué pour ce motif ou que la cause soit renvoyée au Tribunal pour qu'il complète son dispositif.

3.2.2 La recourante soutient que le Tribunal a mal constaté les faits en retenant que la demande d'ajournement n'émanait pas de son conseil d'administration.

Le courrier adressé par la recourante le 19 février 2020 - après l'échéance du délai au 17 février 2020 fixé par le Tribunal dans son ordonnance du 29 janvier 2020 à l'issue duquel il avait indiqué qu'il gardait la cause à juger - est signé par F_____, directeur général de la recourante, et aucune demande du conseil d'administration relative à un ajournement de faillite n'était annexée. Il ne peut donc être reproché au Tribunal d'avoir constaté les faits de manière inexacte.

La recourante n'explique par ailleurs pas sur quelle base le Tribunal aurait dû, comme elle le soutient, l'interpeller sur ce point. Comme déjà indiqué, le Tribunal a rejeté la demande de prolongation de délai et ce n'est qu'à titre superfétatoire qu'il a indiqué que, même si cette demande devait être assimilée à une requête d'ajournement de faillite, elle devrait être déclarée irrecevable. En tout état de

cause, aucun élément ne permettait de douter de l'identité de l'auteur de la requête de délai formulée dans le courrier du 19 février 2020 et la recourante n'a d'ailleurs produit devant la Cour aucune demande de son conseil d'administration antérieure à cette date tendant à ce qu'un ajournement de faillite soit accordé et qu'elle aurait pu fournir au Tribunal si celui-ci l'avait interpellé sur ce point. Il sera enfin relevé qu'une simple référence au conseil d'administration de la recourante dans le courrier du 19 février 2020 n'est pas suffisante à cet égard.

4. La recourante soutient que le jugement attaqué doit être annulé en raison d'un fait nouveau, à savoir le dépôt de la demande d'ajournement de faillite déposée le 23 mars 2020 devant le Tribunal. Elle considère que les conditions pour le prononcé d'un tel ajournement sont réunies.

Le dépôt de cette requête constitue un vrai *novum*, irrecevable devant la Cour (*cf. supra* consid. 1.3). Dès lors, il ne saurait fonder l'annulation du jugement attaqué ni même la suspension de la procédure de recours dans l'attente de la décision du Tribunal à cet égard, laquelle constituerait elle-même un vrai *novum* irrecevable. De plus, en l'absence de demande d'ajournement formée, dans la présente procédure, devant le Tribunal, le bien-fondé de cette demande, nouvelle, ne peut pas être examiné par la Cour, ce d'autant que ladite demande se fonde pour l'essentiel sur des faits également nouveaux et donc irrecevables.

5. Pour le surplus, le recours ne contient aucune critique motivée du jugement attaqué en tant qu'il a considéré que les conditions pour le prononcé de la faillite étaient réunies. La recourante n'explique notamment pas en quoi, au vu des chiffres mentionnés par le Tribunal, sa faillite ne devait pas être prononcée.
6. En définitive, le recours sera rejeté.

Compte tenu de l'effet suspensif accordé par la Cour le 25 mars 2020, la faillite prendra effet à la date du prononcé du présent arrêt (arrêt du Tribunal fédéral 5A_92/2016 du 17 mars 2016 consid. 1.3.2.1).

7. Les frais judiciaires, arrêtés à 220 fr., seront mis à la charge de la recourante, qui succombe et seront compensés avec l'avance fournie, qui reste acquise à l'Etat de Genève (art. 106 al. 1 CPC; art. 52 et 61 al. 1 OELP).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre civile :**

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté le 23 mars 2020 par A_____ SA contre le jugement JTPI/3188/2020 rendu le 2 mars 2020 par le Tribunal de première instance dans la cause C/23951/2019-5 SFC.

Au fond :

Rejette ce recours, la faillite de A_____ SA prenant effet le 17 juin 2020 à 12h00.

Déboute A_____ SA de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires à 220 fr., les met à la charge de A_____ SA et dit qu'ils sont compensés avec l'avance fournie, qui reste acquise à l'Etat de Genève.

Siégeant :

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

Le président :

Laurent RIEBEN

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.