REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/24/2021 **ACJC/650/2021**

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU JEUDI 20 MAI 2021

Entre

A_____ SA, sise _____ [GE], recourante contre un jugement rendu par la 1ère Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 4 mars 2021, comparant par Me Delphine ZARB, avocate, Zarb & Wood, rue du Conseil-Général 11, case postale, 1211 Genève 4, en l'Etude de laquelle elle fait élection de domicile,

et

B_____ SA, sise _____ [VD], 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 28.05.2021.

EN FAIT

A. **a.** Le 18 novembre 2019, l'Office des poursuites a notifié à A_____ SA, à la requête de C_____ SA, un commandement de payer, poursuite n° 1_____, les sommes de 11'182 fr. 49 avec intérêts à 3% dès le 30 avril 2018 et 14'877 fr. 14 avec intérêts dès le 31 mai 2018, relatifs à deux factures, ainsi que 300 fr. à titre de frais.

Aucune opposition n'y a été formée.

b. Le 2 septembre 2020, l'Office des poursuites a notifié à A_____ SA, à la requête de C_____ SA, une commination de faillite dans la poursuite n° 1_____.

c. Les actifs et les passifs envers les tiers de C_____ SA ont été repris par B_____ SA selon contrat de fusion du 9 décembre 2020, étant relevé que les administrateurs des deux sociétés sont les mêmes.

d. Le 4 janvier 2021, une demande de mise en faillite a été adressée au Tribunal en relation avec la poursuite précitée, sur papier à entête portant les noms de C_____ et de B_____ SA.

e. Le 11 janvier 2021, C_____ SA a été radiée du Registre du commerce.

f. Lors de l'audience du 4 mars 2021 devant le Tribunal, les représentants de C_____ SA, désignée comme partie demanderesse, ont confirmé la requête.

A_____ SA n'était ni présente ni représentée.

B. Par jugement du 4 mars 2021, le Tribunal a déclaré A_____ SA en état de faillite dès le jour même à 15 heures 15 (ch. 1 du dispositif) et mis à sa charge les frais judicaires, arrêtés à 200 fr. (ch. 2 et 3).

C. **a.** Par acte expédié à la Cour de justice le 22 mars 2021, A_____ SA a formé recours contre ce jugement. Elle a conclu à son annulation et, cela fait, statuant à nouveau, à la révocation de sa faillite et au déboutement de C_____ SA de toutes ses conclusions, avec suite de frais de l'instance.

Selon l'extrait du registre des poursuites au 16 mars 2021 qu'elle a produit avec son recours, A_____ SA faisait l'objet de 33 poursuites pour un montant total de 237'168 fr., soit 200'894 fr. après déduction des montants indiqués comme payés à l'Office des poursuites ou au créancier. La première poursuite remonte au 16 janvier 2019. A_____ SA a allégué avoir réglé plusieurs autres dettes pour lesquelles elle était poursuivie, y compris de celle faisant l'objet de la poursuite dans laquelle C_____ SA a requis sa faillite. Ses dettes s'élèveraient actuellement

selon elle à 87'384 fr. Sept poursuites figurant sur l'extrait produit concernent des montants inférieurs à 200 fr., dont trois inférieures à 100 fr. (48 fr. 45, 62 fr. 75, 37 fr. 15). Elle a fait l'objet de trois comminations de faillite, outre celle dans la présente procédure.

b. Invitée à répondre au recours, C_____ SA ne s'est pas déterminée dans le délai qui lui avait été imparti.

c. Les parties ont été informées par avis de la Cour du 19 avril 2021 de ce que la cause était gardée 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 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; art. 174 al. 1 LP), le recours est recevable.

1.3 D'après l'art. 174 al. 1, 2ème phrase LP, les parties peuvent faire valoir devant l'instance de recours des faits nouveaux qui se sont produits avant le jugement de première instance ("*pseudo nova*"; COMETTA, in Commentaire romand LP, 2005, n. 5 ad art. 174 LP). Le débiteur peut également alléguer des faits et présenter moyens de preuve postérieurs au jugement de faillite ("vrais *nova*"), pour autant qu'ils servent à établir que les conditions de l'art. 174 al. 2 LP sont remplies (COMETTA, op. cit., n. 6 ad art. 174 LP).

En l'espèce, les pièces nouvelles déposées par la recourante sont recevables dans la mesure où elles ont été produites dans le délai de recours ou dans le délai qui lui avait été imparti par la Cour et servent à établir que la dette a été payée ainsi que sa solvabilité.

2. La recourante fait valoir que l'intimée ne dispose pas de la légitimation active dans la mesure où elle a été absorbée par la société B_____ SA qui a repris l'ensemble de ses actifs et passifs selon un contrat de fusion du 9 décembre 2020, soit antérieurement au dépôt de sa requête de faillite.

2.1

2.1.1 La loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Loi sur la fusion, LFus; RS 221.301) confère aux inscriptions au Registre du commerce un effet constitutif de la modification des structures

juridiques des entités par voie de transfert de patrimoine. Ainsi, selon l'art. 73 al. 2 LFus, le transfert de patrimoine déploie ses effets dès son inscription au Registre du commerce; à cette date, l'ensemble des actifs et passifs énumérés dans l'inventaire sont transférés de par la loi au sujet reprenant.

Les effets du transfert de patrimoine consistent en une succession universelle partielle (AMSTUTZ/MABILLARD, in Commentaire romand, Code des obligations, 2ème éd. 2017, n. 411 s. ad Intro. LFus; VON DER CRONE ET AL., Das Fusionsgesetz, 2ème éd. 2017, p. 402 n. 886 et p. 453 n. 997).

La fusion a pour conséquence la substitution de parties (art. 83 al. 4 *in fine* CPC), laquelle intervient automatiquement (arrêt du Tribunal fédéral 5A_256/2016 du 9 juin 2017, consid. 3.2, non publié in ATF 143 III 297).

2.2 En l'espèce, B_____ SA ayant repris les actifs et passifs de C_____ SA selon une inscription au Registre du commerce postérieure au dépôt de la requête de faillite, il y a eu une substitution de partie.

Celle-ci intervenant automatiquement, la désignation de l'intimée sera rectifiée d'office.

3. La recourante soutient avoir payé sa dette, produisant à cet égard une quittance de l'Office des poursuites, et être solvable. Elle explique qu'alors que ses revenus étaient assurés essentiellement par un seul client, elle en avait plusieurs depuis 2020, ce qui avait eu un effet sur ses résultats puisqu'elle avait subi une perte de 104'684 fr. en 2019 mais qu'au 30 septembre 2020, son bénéfice était de 47'250 fr. Elle avait par ailleurs réduit ses charges de 23%, passant de 979'582 fr. en 2019 à 564'971 fr. au 30 septembre 2020.

3.1 En vertu de l'art. 174 al. 2 LP, l'autorité de recours peut annuler le jugement de faillite lorsque le débiteur rend vraisemblable sa solvabilité et qu'il établit par titre que l'une des conditions suivantes a été remplie, à savoir 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). Ainsi, le débiteur ne doit pas seulement prouver le paiement de la dette à l'origine de la faillite, mais également rendre vraisemblable sa solvabilité. Ces deux conditions sont cumulatives (arrêts du Tribunal fédéral 5A_640/2011 du 4 janvier 2012 consid. 2 in fine; 5A_126/2010 du 10 juin 2010 consid. 6.2).

Le poursuivi doit rendre vraisemblable sa solvabilité, en produisant des titres immédiatement disponibles.

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.).

3.2 En l'espèce, la recourante a soldé la dette pour laquelle elle était poursuivie. La première condition de l'art. 174 al. 1 LP est dès lors remplie.

En outre, elle a allégué et rendu suffisamment vraisemblable avoir soldé plusieurs poursuites et s'être acquittée récemment d'un montant total important de 149'784 fr., ce qui tend à rendre vraisemblable qu'elle dispose d'une certaine capacité financière. Les poursuites dont elle fait l'objet ont été intentées à partir du 16 janvier 2019, de sorte que ses problèmes financiers sont récents et n'apparaissent pas récurrents.

La recourante a par ailleurs allégué et, en l'état, à défaut d'élément permettant de retenir le contraire, rendu vraisemblable, qu'elle a pris des mesures afin de diversifier sa clientèle, la rendant ainsi moins dépendante d'un seul client qui représentait plus de la moitié de ses revenus en 2018 et elle a désormais 19 clients. Elle a également pris des mesures afin de réduire ses charges de près d'un quart. Ces mesures ont vraisemblablement eu pour effet qu'alors qu'elle avait subi des pertes en 2019 de 104'684 fr., elle a engrangé un bénéfice de 47'250 fr. au 30 septembre 2020, selon les comptes produits.

Ainsi, au vu des explications fournies, qui ne sont réfutées par aucun élément figurant à la procédure, il sera considéré que, même si certaines incertitudes demeurent sur les effets à plus long terme des mesures prises par la recourante et si certains éléments pourraient permettre de douter de la solvabilité de celle-ci, la recourante a rendu suffisamment vraisemblable, en l'état, que sa solvabilité est plus probable que son insolvabilité et que sa viabilité ne peut être déniée d'emblée.

Le recours sera dès lors admis et la requête de faillite rejetée.

4. Le paiement de la dette n'ayant été effectué qu'au moment du dépôt du recours, les frais judiciaires de première instance, arrêtés à 200 fr. (montant payé par la recourante lorsqu'elle a soldé la poursuite), et ceux de recours, arrêtés à 220 fr., seront mis à la charge de la recourante et compensés avec les avances fournies, qui restent acquises à l'Etat de Genève.

Pour les mêmes motifs, la recourante supportera ses propres dépens de recours (art. 107 al. 1 let. f CPC). L'intimée a par ailleurs comparu en personne devant le Tribunal et n'a pas répondu au recours, de sorte qu'il ne se justifie pas de lui allouer des dépens.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté par A_____ SA contre le jugement JTPI/2938/2021 rendu le 4 mars 2021 par le Tribunal de première instance dans la cause C/24/2021-1 SFC.

Préalablement :

Rectifie la qualité de C_____ SA en B_____ SA.

Au fond :

Annule le jugement attaqué et, cela fait, statuant à nouveau :

Rejette la requête formée par B_____ SA dans la cause C/24/2021-1 SFC.

Arrête les frais judiciaires de première instance à 200 fr., les met à la charge de A_____ SA et les compense avec l'avance fournie, qui reste acquise à l'Etat de Genève.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens de première instance.

Sur les frais :

Arrête les frais judicaires de recours à 220 fr., les met à la charge de A_____ SA et les compense 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 Sylvie DROIN, Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, juges; Madame Laura SESSA, greffière.

Le président :	La greffière :
Laurent RIEBEN	Laura SESSA

<u>Indication des voies de recours</u> :

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.