REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/24632/2021 **ACJC/451/2022**

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MARDI 29 MARS 2022

Entre

A_____ SA, sise _____[GE], recourante contre un jugement rendu par la 1ère Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 13 janvier 2022, comparant par Me Daniel RICHARD, avocat, PRLEX AVOCATS, Avenue Jules-Crosnier 8, 1206 Genève, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué à la partie 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 1er avril 2022.

EN FAIT

A. Par jugement JTPI/119/2022 du 13 janvier 2022, reçu par A_____ SA le lendemain, le Tribunal de première instance, statuant par voie de procédure sommaire, considérant que la précitée se trouvait en état de surendettement, l'a déclarée en état de faillite dès le même jour à 14h30 (ch. 1 du dispositif), a arrêté les frais judiciaires à 200 fr., mis à sa charge (ch. 2), condamnée à les verser à l'Etat de Genève (ch. 3).

B. **a.** Par acte déposé le 21 janvier 2022 au greffe de la Cour, A_____ SA a formé recours contre ce jugement. Elle a conclu, principalement, à ce que la Cour annule ledit jugement, et, subsidiairement, ajourne la faillite et renvoie la cause au Tribunal pour examen de l'ouverture d'une procédure concordataire.

Elle a produit de nouvelles pièces, dont trois sont antérieures à la date à laquelle la cause a été gardée à juger par le Tribunal (pièces n. 3, 4 et 5) et une postérieure à cette date (pièce n. 6).

A_____ SA a fait valoir qu'à la suite de la convention de crédit liée au COVID-19 conclue avec la B_____, pour un montant de 400'000 fr. le 31 mars 2020 et la dénonciation par la précitée dudit crédit le 27 octobre 2021, le C_____, caution solidaire, n'avait pour sa part pas dénoncé le prêt. La banque précitée était sa seule créancière. Bien que sa situation financière soit fragile, elle était à ce jour solvable. Cette solvabilité était vouée à s'améliorer dès qu'un échéancier de paiement serait trouvé avec la caution. Elle entendait, dans la présente procédure, bénéficier d'un sursis concordataire et présenter un plan d'assainissement réalisable au juge du concordat.

Elle a précédé son recours, le 19 janvier 2022, d'une requête urgente en octroi de l'effet suspensif.

b. Le 24 janvier 2022, A_____ SA a fait parvenir à la Cour une écriture sur faits nouveaux, accompagnée d'une pièce datée du même jour.

Le 24 janvier 2022 également, A_____ SA a produit de nouvelles pièces, toutes établies antérieurement au 13 janvier 2022.

c. Toujours le 24 janvier 2022, la Cour a accordé la suspension de l'effet exécutoire attaché au jugement ainsi que la suspension des effets juridiques de l'ouverture de la faillite et ordonné l'inventaire des biens de A_____ SA.

d. Le 27 janvier 2022, A_____ SA a été avisée par pli du greffe de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

a. A_____ SA, inscrite au Registre du commerce genevois le _____ 1986, a notamment pour but le commerce, la représentation, l'importation et l'exportation de produits.

D_____ en est l'administrateur avec signature individuelle.

b. Le 13 décembre 2021**,** A_____ SA a avisé le juge de son état de surendettement.

Elle a joint à sa requête les bilans des exercices 2020 et 2021, les bilans à la valeur d'exploitation au 31 décembre 2020 et 31 décembre 2021 ainsi qu'un bilan à valeur de liquidation du 31 octobre 2021, établis par elle.

c. Par ordonnance du 21 décembre 2021, le Tribunal a imparti à A_____ SA un délai pour produire une résolution du Conseil d'administration.

A_____ SA a déféré à cette demande le 5 janvier 2022.

d. Sur quoi, le Tribunal a rendu la décision présentement querellée.

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.

1.3 La recourante a produit des pièces nouvelles devant la Cour.

1.3.1 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 cet égard, l'art. 174 LP - applicable à la faillite sans poursuite préalable par renvoi de l'art. 194 al. 1 LP - prévoit que 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). 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. 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. Selon la jurisprudence, ces vrais nova doivent également être produits avant l'expiration du délai de recours. 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 (arrêts du Tribunal fédéral 5A_252/2020 et 5A_264/2020 du 18 juin 2020, consid. 4.1.2; 5A_243/2019 du 17 mai 2019 consid. 3.1 et les références, publié in SJ 2019 I p. 376).

1.3.2 En l'espèce, conformément à ce qui précède, la pièce nouvelle n. 6 versée par la recourante et les allégations y relatives sont irrecevables en tant qu'elles visent des faits postérieurs au 13 janvier 2022, date du prononcé du jugement. Les autres pièces, lesquelles constituent de faux nova, sont en revanche recevables.

2. La recourante sollicite l'annulation du jugement ordonnant sa mise en faillite.

2.1 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).

2.2.1 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, 192, 194; PETER/CAVADINI, Commentaire romand, Code des obligations II, 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).

L'ajournement de la faillite n'est accordé que si la société est surendettée et que son assainissement paraît possible. Il a pour but de permettre la continuation de l'activité de la société (arrêt du Tribunal fédéral 5A_260/2021 du 22 juin 2021 consid. 3; 5A_902/2016 du 21 mars 2017 consid. 5.3.2).

2.2.2 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 SARL une résolution des associés serait nécessaire".

Selon la doctrine, l'obligation de convoquer une assemblée générale en cas de perte de capital qualifiée incombe en premier lieu au conseil d'administration (ou éventuellement aux liquidateurs). Le conseil d'administration a par ailleurs l'obligation de proposer des mesures d'assainissement. Si le conseil renonce à le faire, il doit expliquer de manière détaillée pourquoi et, en particulier, démontrer de façon convaincante (ou en tout cas rendue très vraisemblable) que les résultats futurs permettront de remédier d'eux-mêmes à la perte de capital (PETER/CAVADINI, op. cit., n. 23 et 26 ad art. 725 CO).

2.3 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/CAVADINI, op. cit., n. 5 ad art. 725a CO).

2.4 L'art. 256 al. 1 CPC prévoit que le Tribunal peut renoncer aux débats et statuer sur pièces, à moins que la loi n'en dispose autrement.

Dans la procédure de faillite, les art. 168 (concernant la poursuite ordinaire par voie de faillite) et 190 al. 2 LP (ayant trait à la faillite sans poursuite préalable) consacrent cette exception en imposant au juge de citer les parties à une audience (arrêts du Tribunal fédéral 5A_293/2017 du 5 juillet 2017 consid. 4.2 et 5A_403/2014 du 19 août 2014 consid. 4.1 et les références citées).

Selon COMETTA, l'audience de faillite est obligatoire, quoique l'art. 194 ne renvoie pas explicitement à l'art. 168 LP (COMETTA, Commentaire Romand – LP, n. 8 ad art. 192 LP).

2.5 La Cour a considéré que le Tribunal doit, lorsqu'il est saisi d'un avis de surendettement, avant de rendre sa décision, ordonner la production d'un rapport de vérification de l'organe de révision, indispensable pour connaître de la situation financière de la société, s'il n'est pas produit par la partie concernée (ACJC/1503/2021 du 15 novembre 2021 consid. 2).

2.6 En l'espèce, la recourante a produit, en première instance, un avis de surendettement, accompagné de deux bilans intermédiaires (valeur d'exploitation/valeur de liquidation), sans verser de rapport de vérification de l'organe de révision, pourtant indispensable pour connaître de la situation financière de la société. Le Tribunal aurait dès lors dû, avant de rendre sa décision, ordonner la production d'un tel rapport, ce qu'il n'a pas fait. Par ailleurs, le Tribunal aurait dû citer la recourante à une audience.

Compte tenu des éléments qui précèdent, c'est à tort que le Tribunal a prononcé la faillite de la recourante, de sorte que le jugement sera annulé et la cause renvoyée au premier juge, afin qu'il ordonne la production des pièces nécessaires citées ci-avant, et tienne une audience, avant de rendre une nouvelle décision.

3. **3.1** Le Tribunal statuera à nouveau sur les frais de première instance.

3.2 Les frais judiciaires du recours seront arrêtés à 300 fr. (art. 52 let. a et 61 OELP). Dans la mesure où ils ne sont pas imputables à la recourante, ils seront mis à la charge de l'Etat de Genève (art. 107 al. 2 CPC). L'avance de frais de 300 fr. sera restituée à la recourante.

Il n'y a pas lieu à l'allocation de dépens.

4. La présente décision s'inscrit dans une procédure de faillite sujette au recours en matière civile au Tribunal fédéral (art. 72 al. 1 et 2 let. a 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 21 janvier 2022 par A_____ SA contre le jugement JTPI/119/2022 rendu le 13 janvier 2022 par le Tribunal de première instance dans la cause C/24632/2021−1-SFC.

Au fond :

Annule ce jugement.

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

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires du recours à 300 fr. et les laisse à la charge de l'Etat de Genève.

Invite les Services financiers du Pouvoir judiciaire à restituer la somme de 300 fr. à A_____ SA.

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

Siégeant :

Monsieur Laurent RIEBEN, président; Madame Sylvie DROIN, Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, juges; Madame Laura SESSA, greffière.

Le président :	La greffière :
Laurent RIEBEN	Laura SESSA

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.