REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/25336/2020 **ACJC/414/2021**

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MERCREDI 31 MARS 2021

Entre

A_____ SARL, sise _____ [GE], recourante contre un jugement rendu par la 8ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 28 janvier 2021, comparant par Me Pascal PETROZ, avocat, Perréard de Boccard SA, rue du Mont-Blanc 3, case postale, 1211 Genève 1, en l'Etude duquel elle fait élection de domicile,

et

B_____ SA, sise _____ [VD], intimée, comparant par Me Robert HENSLER et Me Frédéric HENSLER, avocats, Fontanet & Associés, Grand-Rue 25, case postale 3200, 1211 Genève 3, en l'Etude duquels elle fait élection de domicile.

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 13.04.2021.

EN FAIT

A. Par jugement JTPI/1133/2021 du 28 janvier 2021, reçu par les parties le 1er février 2021, le Tribunal de première instance a prononcé la faillite sans poursuite préalable de A_____ SARL (ch. 1 du dispositif), condamné cette dernière à verser à B_____ SA 500 fr. au titre des frais judiciaires (ch. 2 à 4), ainsi que 400 fr. à titre de dépens (ch. 5) et débouté les parties de toutes autre conclusions (ch. 6).

B. **a.** Le 8 février 2021, A_____ SARL a formé recours contre ce jugement, concluant principalement à son annulation et au déboutement de sa partie adverse de toutes ses conclusions avec suite de dépens.

b. Par décision du 25 février 2021, la Cour a accordé la suspension de l'effet exécutoire attaché au jugement entrepris et des effets juridiques de l'ouverture de la faillite ainsi que l'inventaire des biens de A_____ SARL.

c. Le 10 mars 2021, B_____ SA a conclu à la confirmation du jugement querellé avec suite de frais et dépens.

d. Les parties ont été informées le 23 mars 2021 de ce que la cause était gardée à juger, la recourante n'ayant pas fait usage de son droit de répliquer.

C. Les faits pertinents suivants résultent du dossier.

a. B_____ SA, inscrite au Registre du commerce du canton de Vaud, a notamment pour but social tous mandats relatifs à l'activité d'entreprise de construction.

A_____ SARL, inscrite au Registre du commence de Genève, a notamment pour but social tous travaux dans les domaines du bâtiment, construction et maçonnerie.

b. En 2017, B_____ SA a confié à A_____ SARL la réalisation de travaux pour plusieurs chantiers, à savoir :

- chantier dit "C_____" : démolition et pose de carrelage pour le prix de 35'770 fr.

- chantier dit "D_____" : plâtrerie, peinture, faux plafonds pour un montant de 788'400 fr. et isolation et crépis pour un montant de 273'240 fr.

- chantier dit "E_____" : plâtrerie et peinture pour un montant de 243'000 fr. et isolation et crépi pour un montant de 124'200 fr. Suite à deux avenants, le montant des travaux a été augmenté de 4'158 fr. 70.

c.a B_____ SA allègue, dans la partie "en fait" de la requête faisant l'objet de la présente procédure, être créancière de A_____ SARL pour les montants suivants :

- 1'273'968 fr. à titre de pénalité en application de l'art. 12.3.3 des conditions générales du contrat en raison du fait que A_____ SARL a fait appel à six sous-traitants non autorisés sur le chantier de D_____, plus une créance non chiffrée à titre de retard de remise de documents.

- 353'275 fr. 80 en remboursement des montants qu'elle a été tenue de verser en mains des fournisseurs et sous-traitants non annoncés de A_____ SARL sur le chantier de D_____ en raison des violations contractuelles de celle-ci.

- 146'880 fr. à titre de pénalité en application de l'art. 12.3.3 des conditions générales en raison du fait que A_____ SARL a fait appel à deux sous-traitants non autorisés sur le chantier de E_____, plus une créance non chiffrée à titre de retard de remise de documents.

- un montant non chiffré à titre de pénalité de retard suite à l'abandon du chantier de D_____ et un montant de 74'249 fr. 35 au titre de sommes versées à des société tierces.

- un montant non chiffré à titre de pénalités de retard sur le chantier de E_____.

c.b B_____ SA reconnaît devoir 150'332 fr. 05 à A_____ SARL au titre de solde des travaux pour le chantier de E_____ et 25'000 fr. pour le chantier des C_____.

Elle fait cependant valoir en compensation une créance de 224'005 fr. au titre des montants qui lui sont dus pour le chantier de D_____, de sorte que A_____ SARL lui doit 48'674 fr. 05.

Elle a produit un document daté du 9 juillet 2018, intitulé "point financier", duquel il ressort que A_____ SARL a reconnu lui devoir la somme de 162'159 fr. 41 pour solde de tout compte pour le chantier de D_____. Elle ajoute qu'un montant de 49'359 fr. 40 lui est en outre dû pour ce chantier, mais ne produit aucun document signé par sa partie adverse attestant de ce fait.

B_____ SA allègue en outre que, postérieurement au 9 juillet 2018, sa créance a augmenté, sans chiffrer la mesure de cette augmentation.

d. A_____ SARL conteste les prétentions de sa partie adverse et fait valoir que c'est au contraire elle-même qui est créancière de celle-ci. Elle fait valoir que les travaux qui lui ont été confiés ont été correctement exécutés et que B_____ SA doit payer le solde du prix convenu.

e. Le 9 novembre 2020, A_____ SARL a assigné B_____ SA en paiement de 681'681 fr. 20 par devant la Chambre patrimoniale du canton de Vaud. Ce montant est réclamé au titre de soldes des factures émises en lien avec les chantiers précités, plus deux autres chantiers antérieurs appelés "F_____" à G_____ [VD] et H_____.

A_____ SARL a notamment fait valoir qu'elle a fait recours à des sous-traitants en accord avec B_____ SA. Elle avait été empêchée de terminer les travaux par la faute de sa partie adverse et celle-ci n'avait, contrairement à ses allégations, aucune créance à lui opposer en compensation.

f. A_____ SARL a par ailleurs obtenu l'inscription provisoire de deux hypothèques légales sur des immeubles ayant fait l'objet des travaux litigieux.

Dans ce cadre B_____ SA a fourni deux garanties bancaires pour garantir les montants réclamés par A_____ SARL, ce qui a permis la radiation des hypothèques légales.

g. Le 16 décembre 2020, A_____ SARL a fait notifier à B_____ SA un commandement de payer, poursuite n° 1_____, portant sur le montant de 681'672 fr. 20, intérêts moratoires en sus.

h. Le 9 décembre 2020, B_____ SA a requis du Tribunal le prononcé de la faillite sans poursuite préalable de A_____ SARL faisant valoir, dans la partie "en droit" de sa demande, que celle-ci lui devait 146'880 fr. au titre du chantier E_____, 48'674 fr. 05, 98'289 fr. 55 et 74'249 fr. 35 au titre du chantier D_____, plus 1'273'978 fr.

Elle a en outre allégué que sa partie adverse avait suspendu ses paiements.

i. Lors de l'audience du Tribunal du 25 janvier 2021, A_____ SARL a contesté être débitrice de sa partie adverse. Elle a également contesté être en cessation de paiements. Elle avait certains retards de paiement mais poursuivait son activité; la situation était en voie de normalisation.

B_____ SA a persisté dans ses conclusions, relevant que le gérant de A_____ SARL était en prison. Cette dernière n'avait pas produit ses comptes et la situation s'aggravait depuis 2018. Le bien-fondé des créances alléguées par A_____ SARL était contesté.

La cause a été gardée à juger par le Tribunal à l'issue de l'audience.

j. Dans son jugement, le Tribunal a retenu que B_____ SA avait rendu vraisemblable sa qualité de créancière en produisant "le contrat d'entreprise, démolition intérieure du mois du 16 octobre 2017 (pièce 2 req.), l'arrêté de compte du 11 novembre 2018 (pièce 3 req.), le contrat d'entreprise, plâtrerie, peinture et

faux-plafonds du 20 octobre 2017 (pièce 4 req.), le contrat d'entreprise, isolation crépi, du 6 décembre 2017 (pièce 5 req.), le contrat d'entreprise, plâtrerie, peinture du 25 octobre 2017 (pièce 6 req.), le contrat d'entreprise, isolation crépi, du 2 novembre 2017 (pièce 7 req.), et l'avenant au contrat du 22 mai 2018 (pièce 8 req.)".

Selon l'extrait du registre de l'Office des poursuites du 25 janvier 2021, A_____ SARL faisait l'objet de 31 poursuites pour un montant de 1'273'937 fr. 30, et de 18 actes de défaut de biens pour un montant total de 227'458 fr. 70. Elle avait manifestement cessé de payer les charges fiscales cantonales et fédérales, les charges sociales dues à la caisse de compensation (Caisse de compensation de la Société suisse des entrepreneurs), les primes d'assurances, ainsi que plusieurs fournisseurs. La cause juridique exacte de la demande pendante par devant la Chambre patrimoniale cantonale vaudoise le 13 janvier 2021 était "inconnue" de sorte que "cette créance (…) hypothétique" ne démontrait pas que l'intéressée n'était pas en cessation de paiement.

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.

2. **2.1** 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, 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 (arrêt du Tribunal fédéral 5A_243/2019 du 17 mai 2019 consid. 3.1).

2.2 En l'espèce, et conformément à ce qui précède, les pièces nouvelles produites par la recourante sont recevables, à l'exception de celles postérieures au 25 janvier 2021, date à laquelle la cause a été gardée à juger par le Tribunal, à savoir les pièces 58 à 61, 67 et 68.

3. La recourante fait valoir que le Tribunal a retenu à tort que l'intimée avait rendu vraisemblable sa qualité de créancière. Elle ajoute qu'elle n'a pas suspendu ses paiements.

3.1 Selon l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP, le créancier peut requérir la faillite sans poursuite préalable si le débiteur, sujet à la poursuite par voie de faillite a suspendu ses paiements.

Seul celui qui a la qualité de créancier peut requérir la faillite sans poursuite préalable de son débiteur en vertu de l'art. 190 LP. Comme ce type de faillite n'est pas précédé d'une poursuite préalable et qu'il n'y a donc pas de procédure de mainlevée au cours de laquelle la titularité de la créance du requérant aurait pu être examinée, il est justifié d'exiger que, à l'instar du créancier qui se fonde sur un titre pour requérir la mainlevée provisoire au sens de l'art. 82 LP (ATF 132 III 140 consid. 4.1), le créancier motive sa requête en produisant le titre sur lequel il se base, la production de cette pièce, considérée en vertu de son contenu, de son origine et de ses caractéristiques extérieures comme un tel titre, étant suffisante pour que sa qualité de créancier soit admise si le débiteur n'oppose pas et ne rend pas immédiatement vraisemblables des exceptions (arrêt du Tribunal fédéral 5A_730/2013 du 24 avril 2014 consid. 6.1).

Celui qui requiert une faillite sans poursuite préalable doit rendre vraisemblable sa qualité de créancier (arrêt du Tribunal fédéral 5A_117/2012 du 12 juillet 2012 consid. 3.2.2). Rendre vraisemblable signifie qu'il n'est pas nécessaire que le juge soit convaincu de l'exactitude de l'allégué présenté, mais qu'il suffit que sur la base d'éléments objectifs, le fait en cause soit rendu probable, sans qu'il doive pour autant exclure la possibilité que les faits aient aussi pu se dérouler autrement. La vraisemblance requiert plus que de simples allégués : ceux-ci doivent être étayés par des éléments concrets ou des indices et être accompagnés de pièces. Le juge doit être convaincu que la réalisation de l'état de fait allégué est plus

vraisemblable que sa non-réalisation. Pour atteindre le niveau de la simple vraisemblance il suffit ainsi déjà d'une simple prépondérance de la vraisemblance de la présentation des faits du recourant (ATF 130 III 321 consid. 3.3, JdT 2005 I 618, SJ 2005 I 514; ATF 120 II 393 consid. 4c; ATF 104 Ia 408; HGer/BE du 3 mai 2012 (HG 12 39)).

Le motif de la faillite posé à l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP est une notion juridique indéterminée qui accorde au juge un large pouvoir d'appréciation. La suspension de paiements a été préférée par le législateur à l'insolvabilité parce qu'elle est perceptible extérieurement et, dès lors, plus aisée à constater que l'insolvabilité proprement dite; il s'agissait ainsi de faciliter au requérant la preuve de l'insolvabilité. Pour qu'il y ait suspension de paiements, il faut que le débiteur ne paie pas des dettes incontestées et exigibles, laisse les poursuites se multiplier contre lui, tout en faisant systématiquement opposition, ou omette de s'acquitter même des dettes minimes; il n'est cependant pas nécessaire que le débiteur interrompe tous ses paiements; il suffit que le refus de payer porte sur une partie essentielle de ses activités commerciales. Même une dette unique n'empêche pas, si elle est importante et que le refus de payer est durable, de trahir une suspension de paiements; tel est notamment le cas lorsque le débiteur refuse de désintéresser son principal créancier. Le non-paiement de créances de droit public peut constituer un indice de suspension de paiements. La suspension des paiements ne doit pas être de nature simplement temporaire, mais doit avoir un horizon indéterminé (ATF 137 III 460 consid. 3.4.1; arrêts du Tribunal fédéral 5A_354/2016 du 22 novembre 2016 consid. 6.2.1; 5A_439/2010 du 11 novembre 2010 consid. 4).

L'existence de comminations de faillite valables, c'est-à-dire non périmées, permet de conclure à la suspension des paiements (COMETTA, Commentaire romand, n. 10, ad art. 190 LP).

Vu les lourdes conséquences de la déclaration de faillite sans poursuite préalable et le fait qu'elle constitue une exception dans le système de l'exécution forcée, de sorte qu'elle doit être appliquée restrictivement, la preuve stricte est exigée pour les causes matérielles de faillite, quand bien même les moyens de preuve consentis en procédure sommaire sont limités (COMETTA, op. cit., n. 2, ad art. 190 LP).

3.2 En l'espèce, la recourante fait valoir à juste titre que la qualité de créancière de l'intimée ne saurait être retenue au vu des pièces mentionnées par le Tribunal dans son jugement, puisque celles-ci, qui sont pour l'essentiel des devis signés par l'intimée pour des travaux confiés à la recourante, pourraient tout au plus fonder une créance de cette dernière à l'encontre de l'intimée, mais non l'inverse.

C'est également à tort que le Tribunal a relevé que la cause de l'action intentée par la recourante devant la Chambre patrimoniale vaudoise est "inconnue".

Il ressort en effet clairement de la copie de l'action précitée, produite devant le Tribunal, que la recourante a assigné l'intimée en paiement des montants qu'elle estime lui être dus en application des différents contrats d'entreprise qu'elle a conclus avec l'intimée.

Au vu des pièces produites l'on ne saurait considérer que l'intimée a rendu vraisemblable sa qualité de créancière de la recourante.

En effet, les allégations figurant dans sa requête sont peu claires et approximatives et une partie de ses prétentions n'est, qui plus est, pas chiffrée. La plupart des pièces sur lesquelles l'intimée se fonde pour faire valoir que la recourante a violé ses obligations contractuelles dans le cadre de l'exécution des travaux qui lui ont été confiés sont des documents qu'elle a elle-même établis et qui ne revêtent pas de force probante particulière. Il est en outre difficile de comprendre le lien entre les chiffres figurants dans la partie "en fait" de la requête au titre de créance et ceux mentionnés dans la partie "en droit".

Le seul document signé par la recourante - et qui n'est d'ailleurs même pas mentionné par le Tribunal - est le "point financier" daté du 9 juillet 2018, indiquant que la recourante reconnait devoir à cette date 162'159 fr. 41 pour solde de tout compte à l'intimée pour le chantier de D_____.

Cela ne suffit cependant pas à rendre vraisemblable la qualité de créancière de l'intimée au 9 décembre 2020, date du dépôt de la requête.

En effet, les parties ont conclu plusieurs autres contrats en lien avec lesquels la recourante fait valoir des créances qu'elle oppose en compensation à sa partie adverse.

L'on ne saurait retenir d'emblée que les affirmations de la recourante à cet égard sont inconsistantes puisqu'elle a fait valoir ses prétentions en justice. Ces affirmations ne paraissent en tout état de cause pas moins plausibles que celles de l'intimée.

Il ressort de ce qui précède que, sur la base des éléments figurant au dossier, et compte tenu de la nature sommaire de la procédure qui ne permet pas de procéder à des mesures d'instructions supplémentaires, il n'est pas possible de retenir que la thèse de l'intimée est plus fondée que celle de la recourante.

L'intimée n'a par conséquent pas rendu vraisemblable qu'elle est créancière de l'intimée de sorte que l'une des conditions d'application de l'art. 190 LP n'est pas réalisée.

Le jugement querellé sera par conséquent annulé et la requête de faillite sans poursuite préalable rejetée, sans qu'il soit nécessaire de déterminer si la recourante a ou non suspendu ses paiements.

4. L'intimée, qui succombe, sera condamnée aux frais des deux instances (art. 106 al. 1 CPC).

Les frais judiciaires de première instance seront arrêtés à 500 fr. et ceux de recours à 750 fr. (art. 52 et 61 OELP). Ils seront compensés avec l'avance de 500 fr. fournie par l'intimée et celle de 750 fr. fournie par la recourante, acquises à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC).

L'intimée versera ainsi 750 fr. à la recourante au titre des frais judiciaires.

Les dépens alloués à la recourante seront fixés à 1'500 fr. pour la première instance et à 1'000 fr. pour la seconde, débours et TVA compris (art. 84, 85, 88, 89 et 90 RTFMC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté par A_____ SARL contre le jugement JTPI/1133/2021 rendu le 28 janvier 2021 par le Tribunal de première instance dans la cause C/25336/2020-8 SFC.

Au fond :

Annule ce jugement et, statuant à nouveau :

Déboute B_____ SA des fins de sa requête de faillite sans poursuite préalable déposée à l'encontre de A_____ SARL le 9 décembre 2020.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête à 1'250 fr. les frais judiciaires de première et seconde instance et les compense avec les avances fournies par les parties, acquises à l'Etat de Genève.

Condamne B_____ SA à verser à A_____ SARL 750 fr. au titre des frais judiciaires.

Condamne B_____ SA à verser à A_____ SARL 2'500 fr. de dépens de première et seconde instance.

Siégeant :

Monsieur Laurent RIEBEN, président; Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ et 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.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.