REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/25577/2020 **ACJC/672/2021**

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MERCREDI 26 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 28 janvier 2021, comparant par Me Olivier WEHRLI, avocat, Poncet Turrettini, rue de Hesse 8-10, case postale 5715, 1211 Genève 11, en l'Etude duquel elle fait élection de domicile,

et

B_____ SARL, sise _____ [GE], intimée, représentée par Jean-Charles WEBER, Schlösslistrasse 1, 3202 Frauenkappelen, en les bureaux duquel 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 04.06.2021.

EN FAIT

A. **a.** Le 14 janvier 2020, l'Office des poursuites a notifié à A_____SA, à la requête de B_____ Sàrl, un commandement de payer la somme de 85'034 fr. 61 (poursuite n° 1_____).

Aucune opposition n'y a été formée.

b. Le 11 juin 2020, l'Office des poursuites a notifié à A_____ SA, à la requête de B_____ Sàrl, une commination de faillite dans la poursuite n° 2_____.

c. Le 14 décembre 2020, une demande de mise en faillite a été adressée au Tribunal de première instance par B_____ Sàrl en relation avec la poursuite précitée.

d. Lors de l'audience du 4 mars 2021 devant le Tribunal, aucune des parties n'était présente ni représentée.

B. Par jugement du 28 janvier 2021, le Tribunal a déclaré A_____SA en état de faillite dès le jour même à 14 heures 15 (ch. 1 du dispositif), mis à sa charge les frais judicaires, arrêtés à 200 fr. (ch. 2 et 3) et l'a condamnée à verser 2'221 fr. TTC à B_____ Sàrl à titre de dépens (ch. 4).

C. **a.** Par actes déposés au greffe de la Cour de justice le 18 février 2021, l'un par son administrateur et l'autre par un avocat, A_____ SA a formé recours contre ce jugement. Elle a conclu à son annulation et au rejet de la requête de faillite.

Elle a produit des pièces nouvelles, à savoir notamment un courriel de l'Office des poursuites selon lequel celui-ci a reçu un montant suffisant pour solder la poursuite n° 2_____ ainsi que ses états financiers provisoires au 31 décembre 2020 et un rapport sur lesdits états financiers du 15 février 2021 établi par la société C_____ SA. Ce rapport expose que selon un "accord avec les créanciers", le montant de 6'758'473 fr. sous le poste "autres créanciers à court terme" doit être payé d'ici au 31 mars 2021, que la société a négocié des prêts avec une banque italienne pour un montant total de 38'880'000 fr., que A_____ SA a signé le 5 octobre 2020 deux importants contrats de fourniture industrielle pour un montant total de 38'880'000 fr., qu'elle a signé le 27 novembre 2020 un contrat de souscription/vente de *bonds* pour une valeur de 9'300'000 fr. et qu'elle a signé le 19 janvier 2021 un contrat d'assistance technique pour un montant de 540'000 fr. La société disposerait dès lors au premier trimestre 2021 de flux de trésorerie de 18'987'000 fr., ce qui lui permettrait de payer intégralement ses dettes à court terme.

b. Sur requête de A_____ SA, la Cour a accordé la suspension de l'effet exécutoire attaché au jugement entrepris ainsi que la suspension des effets juridiques de l'ouverture de la faillite.

c. Invitée par ordonnance de la Cour du 24 février 2021 à déposer les pièces justifiant de sa solvabilité et à se prononcer sur la liste des poursuites en cours, A_____ SA a déposé de nouvelles pièces le 8 mars 2021, à savoir ses comptes 2018 et 2019 ainsi qu'un "rapport de la société C_____ SA accompagné de ses annexes comprenant une analyse complémentaire de la solvabilité de la société ainsi qu'une détermination sur les poursuites en cours" du 3 mars 2021; à ce rapport est annexé une liasse de pièces, non numérotées, comprenant à tout le moins une centaine de pages et rédigées pour la très grande majorité d'entre elles en langue étrangère (italien, anglais, coréen), lesquelles se rapportent notamment aux contrats et autres apports d'argent qu'elle avait évoqués dans son rapport du 15 février 2021.

Selon le rapport de C_____ SA, les poursuites à payer s'élèvent à 5'354'101 fr., dont elle allègue que certaines sont payées ou contestées, de sorte que le solde des poursuites s'élèverait à 4'591'012 fr.; A_____ SA aurait par ailleurs conclu des accords de paiement pour 3'940'928 fr.

d. Dans sa réponse du 12 mars 2021, B_____ Sàrl a persisté à requérir le paiement de la dette.

e. A_____ SA a allégué que la dette faisant l'objet de la poursuite n° 2_____ avait bien été soldée.

f. Les parties ont été informées par avis de la Cour du 15 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 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 La recourante a produit des pièces nouvelles devant la Cour.

1.2.1 Aux termes de l'art. 174 al. 1 2ème phrase LP, les parties peuvent faire valoir devant l'instance de recours des faits nouveaux lorsque ceux-ci se sont produits avant le jugement de première instance. 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_243/2019 du 17 mai 2019 consid. 3.1 et l'autre référence, publié in SJ 2019 I p. 376). 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 (ATF 139 III 491 consid. 4.4; 136 III 294 consid. 3; arrêts 5A_243/2019 précité loc. cit.; 5A_899/2014 du 5 janvier 2015 consid. 3.1, publié in SJ 2015 I p. 437). En vertu de la lettre claire de l'art. 174 al. 2 LP, aucun autre *novum* n'est admissible (arrêts 5A_252/2020 du 18 juin 2020 consid. 4.1.2; 5A_243/2019 précité *loc. cit*. et les références).

L'octroi d'un délai pour se déterminer sur l'extrait du registre des poursuites et des actes de défaut de biens requis d'office et joint au dossier n'a pas pour effet de prolonger le délai de recours ni d'instituer un délai supplémentaire pour produire des pièces (arrêts du Tribunal fédéral 5A_1009/2017 du 16 février 2018 consid. 2.3; 5A_681/2016 du 24 novembre 2016 consid. 3.1.3 et 3.3.2). Il doit a fortiori en aller de même dans l'hypothèse où d'autres délais pour se déterminer seraient encore octroyés par l'autorité de recours.

1.2.2 Le rapport sur les états financiers de la recourante du 15 février 2021 établi par la société C_____ SA est recevable. La recourante a également produit un rapport complémentaire rédigé par cette même société le 3 mars 2021, auquel sont jointes plusieurs pièces. La plupart d'entre elles sont destinées à appuyer les faits déjà allégués dans le premier rapport du 15 février 2021, et qui ne sont dès lors pas destinées à répondre à l'invitation faite par la Cour à la recourante par ordonnance du 24 février 2021. La question peut dès lors se poser de savoir si elles sont recevables dans la mesure où elles auraient déjà pu être produites avec le premier rapport du 15 février 2021. Il en va ainsi notamment des prêts accordés par une banque italienne, du contrat du 27 novembre 2020 de souscription/vente de *bonds*, du contrat de "fournitures industrielles" du 5 octobre 2020 conclu avec la société D_____ ou de la "*factura proforma*" du 19 janvier 2021 relative au contrat d'assistance technique. Cette question n'a cependant pas besoin d'être tranchée au vu de ce qui suit (*cf. infra* consid. 2.2)

2. La recourante soutient dans son recours que sa solvabilité est prouvée dans la mesure où au 31 décembre 2020, elle avait des liquidités de près de 200'000 fr. et pouvait compter sur des fonds de près de 19'000'000 fr. au premier trimestre 2021.

2.1 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).

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).

Est solvable le débiteur en mesure de payer, à condition qu'il ne soit pas simultanément obéré de dettes. La disponibilité de liquidités objectivement suffisantes non seulement pour payer la créance déduite en poursuite, mais aussi pour régler les prétentions déjà exigibles, est décisive (COMMETTA, *op. cit*., n. 8 ad art. 174 LP).

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, c'est-à-dire l'état dans lequel le débiteur dispose de moyens liquides suffisants pour acquitter ses dettes exigibles, le poursuivi 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; 5A_640/2011 du 4 janvier 2012 consid. 3.1).

Le non-paiement de créances de droit public peut constituer un indice de suspension des paiements (BRUNNER/BOLLER, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2ème éd., 2010, n. 13 ad art. 190 LP). Celle-ci peut en effet être admise lorsqu'il est établi que le débiteur a, sur une certaine durée, effectué ses paiements quasi exclusivement en faveur de ses créanciers privés et qu'il a ainsi suspendu ses paiements vis-à-vis d'une certaine catégorie de créanciers, à savoir ceux qui ne peuvent requérir la faillite par la voie ordinaire (art. 43 ch. 1 LP). Le but de la loi n'est en effet pas de permettre à un débiteur

d'échapper indéfiniment à la faillite uniquement grâce à la favorisation permanente des créanciers privés au détriment de ceux de droit public (arrêts du Tribunal fédéral 5A_720/2008 du 3 décembre 2008 consid. 4; 5P.412/1999 du 17 décembre 1999 consid. 2b, in SJ 2000 I p. 250 et les références citées).

2.2 En l'espèce, la recourante a soldé la dette pour laquelle la faillite a été prononcée. La première condition de l'art. 174 al. 1 LP est dès lors remplie.

Quant à sa solvabilité, il y a lieu de relever que la recourante a fait l'objet de 104 poursuites depuis le 29 septembre 2017, dont 44 en 2020 et 4 au 22 février 2021. Ses difficultés remontent donc à plusieurs années et ne peuvent pas être considérées comme passagères. Près de la moitié de ces poursuites ont par ailleurs été intentées depuis l'année dernière, ce qui tend à démontrer une aggravation de sa situation. Si 57 poursuites ont été acquittées, les poursuites non soldées s'élèvent toujours, selon les explications fournies dans le rapport de C_____ SA du 3 mars 2021, à 4'591'012 fr. Ledit rapport indique que la recourante aurait cependant conclu des accords de paiement pour 3'940'928 fr. La recourante ne soutient cependant pas que ces montants ne seraient pas dus, mais uniquement que leur paiement aurait été différé ou que le montant dû ferait l'objet de négociations, dont l'issue n'est cependant ni connue ni même prévisible.

Les poursuites portent parfois sur de très faibles montants, tel celui de 91 fr. 15 faisant l'objet de la poursuite n° 3_____ ou de 230 fr. 80 faisant l'objet de la poursuite n° 4_____. Près de la moitié des poursuites ont été requises pour des créances pour lesquelles la faillite est exclue, comme celles requises notamment par la Caisse genevoise de compensation, l'Administration fiscale genevoise, la Ville de Genève, la Confédération suisse ou l'Etat du Valais. La recourante a par ailleurs déjà fait l'objet de six comminations de faillite, toutes en 2020.

La recourante a régulièrement clôturé ses résultats par des pertes (2'460'124 fr. en 2017, 1'585'153 fr. en 2018, 971'025 fr. en 2019), même si le résultat selon les comptes provisoires pour 2020 est positif puisque la recourante a indiqué avoir dégagé un bénéfice de 642'672 fr., lequel n'est toutefois pas suffisant pour solder les poursuites dont elle fait l'objet.

Les liquidités de 161'428 fr. au 31 décembre 2020 (et non de 200'000 fr. comme allégué dans le recours) sont également insuffisantes pour permettre à la recourante de faire face à ses engagements à court terme. Le rapport du 15 février 2021 affirme que conformément à un "accord avec les créanciers", sans préciser lesquels, un montant de 6'758'473 fr. devrait être payé d'ici au 31 mars 2021, sans toutefois que cette affirmation soit rendue vraisemblable. L'affirmation figurant dans ce rapport selon laquelle la recourante bénéficierait d'un flux de trésorerie de 18'987'600 fr. n'est en outre rendue vraisemblable par aucune pièce produite à l'appui dudit rapport.

Pour le surplus, mêmes recevables, les pièces produites par la recourante le 8 mars 2021, après le délai de recours, et déclarées irrecevables ne sont, en tout état de cause, pas suffisamment probantes pour rendre vraisemblables les faits qu'elles sont censées appuyer. Les prêts accordés par une banque italienne concernent apparemment des sociétés tierces (D_____ et E_____). Le montant des *bonds* émis de 9'300'00 fr. ne constitue par ailleurs pas un revenu, mais devra être remboursé. Elle se prévaut par ailleurs d'un contrat d'une valeur de 38'880'000 fr., conclu avec la société D_____. Elle n'explique cependant pas comment elle chiffre ce montant, qui ne ressort apparemment pas tel quel du contrat invoqué, pour autant qu'il puisse en être jugé sur la base de la pièce en italien produite, et aucun élément ne permet de rendre suffisamment vraisemblable qu'elle recevra à plus ou moins brève échéance ce montant en tout ou partie. Enfin, la recourante n'a pas rendu vraisemblable que la "*factura proforma*" du 19 janvier 2021 relative au contrat d'assistance technique dont elle se prévaut, payable à 30 jours, a été réglée.

En définitive, au vu de ce qui précède, la recourante n'a pas rendu vraisemblable sa solvabilité. Le recours, non fondé, sera dès lors rejeté.

3. La recourante, qui succombe sera condamnée aux frais judiciaires (art. 106 al. 1 CPC), arrêtés à 220 fr. (art. 52 et 61 OELP) et compensés avec l'avance fournie, qui reste acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC).

Il ne sera pas alloué de dépens à l'intimée, qui n'a répondu au recours que par un simple et bref courrier.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté par A_____ SA contre le jugement JTPI/1329/2021 rendu le 28 janvier 2021 par le Tribunal de première instance dans la cause C/25577/2020-1 SFC.

Au fond :

Rejette ce recours.

Confirme le jugement querellé, la faillite de A_____ SA prenant effet le _____ 2021 à 12 heures.

Déboute les parties 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.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

Siégeant :

Madame Pauline ERARD, présidente; Monsieur Laurent RIEBEN et Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, juges; Madame Mélanie DE RESENDE PEREIRA, greffière.

La présidente :	La greffière :
Pauline ERARD	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.