

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/6928/2018

ACJC/1330/2018

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MARDI 2 OCTOBRE 2018

Entre

A _____ **SA**, sise _____, recourante contre un jugement rendu par la 5^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 14 mai 2018, comparant par Me Enrico Scherrer, avocat, rue De-Beaumont 3, case postale 24, 1211 Genève 12, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

B _____ **SA**, sise _____, intimée, comparant par Me Elodie Skoulikas, avocate, rue du Lac 12, case postale 6150, 1211 Genève 6, en l'étude de laquelle elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 18.10.2018.

EN FAIT

- A.** Par jugement JTPI/7208/2018 du 14 mai 2018, expédié pour notification aux parties le même jour, le Tribunal de première instance, statuant par voie de procédure sommaire, a rejeté la requête en faillite sans poursuite préalable formée par A_____ à l'encontre de B_____ (ch. 1 du dispositif), arrêté les frais judiciaires à 500 fr., compensés avec l'avance de frais fournie par A_____ et laissés à la charge de cette dernière (ch. 2), condamnée à verser à B_____ la somme de 500 fr. TTC à titre de dépens (ch. 3) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 4).

En substance, le Tribunal a retenu que les pièces produites par A_____ ne pouvaient être considérées comme une reconnaissance de dette, le montant dû par le locataire ne pouvant être qualifié, soit de loyer, soit d'indemnité pour occupation illicite, la validité du congé n'ayant pas été tranchée. A_____ n'avait ainsi pas rendu vraisemblable sa qualité de créancière.

- B. a.** Par acte déposé le 17 mai 2018 au greffe de la Cour de justice, A_____ a formé recours contre ce jugement, dont elle a sollicité l'annulation. Elle a conclu au prononcé de la faillite sans poursuite préalable de B_____, avec suite de frais et dépens.

Elle a fait valoir une constatation inexacte des faits, le premier juge n'ayant pas retenu que l'administrateur de B_____ avait admis l'existence de la créance. Elle avait ainsi rendu vraisemblable sa qualité de créancière. B_____ se trouvait en situation de suspension de paiement, de sorte que sa faillite devait être prononcée.

b. Par pli du 8 juin 2018, la Cour a transmis aux parties la liste des poursuites en cours contre B_____ à l'Office des poursuites et a imparti un délai à cette dernière pour répondre au recours.

c. Dans sa réponse du 21 juin 2018, B_____ a conclu à la confirmation du jugement entrepris, avec suite de frais et dépens. Elle a formé de nouveaux allégués en lien avec sa situation financière et s'est déterminée sur l'état des poursuites. Elle a produit de nouvelles pièces (n^{os} 21 à 24).

d. B_____ n'ayant pas fait usage de son droit de réplique, les parties ont été avisées, par pli du greffe du 23 juillet 2018, de ce que la cause était gardée à juger.

- C.** Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

a. A_____, inscrite au Registre du commerce de Genève le _____ 2002, a pour but l'importation, l'exportation et la vente de véhicules neufs ou d'occasion, les travaux d'entretien et de réparations de véhicules automobiles, et les prestations s'y rapportant.

b. B_____, inscrite au Registre du commerce de Genève le _____ 2014, a pour but l'offre de tout conseil, services et prestations, de même que l'exercice de toutes activités liées aux véhicules de tout type _____, notamment l'exploitation de garages et de carrosseries; l'achat, la vente, le développement, la création, la distribution, l'importation, l'exportation, la commercialisation de tous biens, produits et services en lien avec le but précité.

c. Le 1^{er} octobre 2014, A_____, bailleuse, a remis à bail à B_____, locataire, des locaux professionnels d'environ 1'300 m² au rez-de-chaussée de l'immeuble sis _____ au C_____ (GE), à destination de l'exploitation d'une carrosserie.

Le bail a été conclu pour une durée de cinq ans, du 1^{er} octobre 2014 au 30 septembre 2019. Le loyer a été fixé, pour toute la durée du bail, à 150'000 fr. par année.

d. Par avis du 5 avril 2017, A_____ a résilié le bail pour le 31 mai 2017, pour défaut de paiement.

B_____ a saisi la juridiction des baux et loyers d'une requête en constatation de l'inefficacité du congé, subsidiairement en annulation de celui-ci, inscrite sous cause C/1_____/2017.

Dans cette procédure, les parties s'opposent quant au montant de l'arriéré de loyer, B_____ ayant invoqué diverses prétentions en compensation de l'arriéré de loyer.

Cette procédure est toujours pendante.

e. Le 27 mars 2018, A_____ a saisi le Tribunal d'une requête de faillite sans poursuite préalable en l'encontre de B_____. A l'appui de sa demande, elle a notamment produit le contrat de bail du 1^{er} octobre 2014, un extrait du Registre des poursuites de B_____ du 13 mai 2018, une réquisition de poursuite à l'encontre de la précitée du 8 avril 2017 et un relevé de compte des arriérés de la locataire.

f. A l'audience du Tribunal du 3 mai 2018, A_____ a persisté dans sa requête.

B_____ a conclu au déboutement de celle-ci, motif pris de ce qu'elle ne se trouvait pas en situation de suspension de paiement. Elle a déclaré que le montant de l'arriéré de loyer était contesté, sans pouvoir le chiffrer avec précision. Il avait par ailleurs été convenu avec l'administrateur de A_____ de ce que le loyer serait réduit.

S'agissant des poursuites à son encontre, elle a indiqué avoir soldé les montants dus à D_____ concernant l'année 2016 et tenté de parvenir à un accord concernant les cotisations de l'année 2017.

Elle disposait de créances à l'égard de tiers pour plus de 110'000 fr. Un remboursement de 9'970 fr. devait par ailleurs intervenir à brève échéance. Les arrangements pris devant la juridiction des baux et loyers le 9 novembre 2017 avaient été respectés, les loyers des mois de novembre 2017 à mars 2018 ayant été réglés.

Les parties ont plaidé et persisté dans leurs conclusions.

B_____ a produit des pièces.

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

- D.** Il résulte de l'extrait du Registre des poursuites du 30 mai 2018 que dix poursuites sont inscrites contre B_____, pour un montant de l'ordre de 256'600 fr.

Deux poursuites ont été introduites par A_____, pour un montant de 209'320 fr., auxquelles B_____ a formé opposition.

Les autres poursuites concernent [la caisse de compensation] D_____ et sont au stade de la notification du commandement de payer.

Une poursuite a été requise par la Confédération suisse.

Depuis le mois d'avril 2018, B_____ a réglé plus de 20'000 fr. à D_____. Elle a également procédé au versement de 11'210 fr. à la TVA entre mai et juin 2018.

EN DROIT

1. **1.1** S'agissant d'une procédure de faillite sans poursuite préalable, seule la voie du recours est ouverte (art. 309 let. b ch. 7 et 319 let. a CPC; art. 174 al. 1, art. 194 al. 1 LP).
 - 1.2** Interjeté dans le délai de dix jours prévu par la loi (art. 142 al. 1 et 3, art. 145 al. 2 let. b, art. 321 al. 2 CPC) et selon la forme prescrite (art. 321 al. 1 CPC), le recours est recevable.
 - 1.3** La procédure sommaire est applicable (art. 251 let. a CPC) et le juge établit les faits d'office (maxime inquisitoire, art. 255 let. a CPC).
2. L'intimée a fait valoir de nouveaux faits et produits de nouvelles pièces.
 - 2.1** Dans le cadre d'un recours, les conclusions, les allégations de faits et les preuves nouvelles sont irrecevables (art. 326 al. 1 CPC). Les dispositions spéciales de la loi sont réservées (al. 2).

En vertu de l'art. 174 al. 1 2ème phrase LP - applicable par renvoi de l'art. 194 al. 1 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. La loi vise ici les faits nouveaux improprement dits (faux nova ou pseudo-nova), à savoir 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 devant la juridiction de recours (arrêts du Tribunal fédéral 5A_899/2014 du 5 janvier 2015 consid. 3.1; 5A_571/2010 du 2 février 2011 consid. 2, publié in : SJ 2011 I p. 149; AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9ème éd., 2013, p. 339), pour autant qu'ils le soient dans le délai de recours (ATF 139 III 491 consid. 4.4; arrêt du Tribunal fédéral 5A_427/2013 du 14 août 2013 consid. 5.2.1.2).

Les vrais nova doivent également être produits avant l'expiration du délai de recours (ATF 139 III 491 consid. 4; 136 III 294 consid. 3; arrêt du Tribunal fédéral 5A_606/2014 du 19 novembre 2014 consid. 4.2 et les références). L'admission des vrais nova est destinée à éviter, et non à permettre, l'ouverture de la faillite, de sorte qu'il apparaisse conforme à la volonté du législateur de ne reconnaître qu'au seul débiteur poursuivi la faculté d'invoquer de tels faits nouveaux (arrêt du Tribunal fédéral 5A_899/2014 du 5 janvier 2015 consid. 3.1 et les références).

2.2 En l'espèce, en conformité des principes rappelés ci-dessus, les faits nouveaux allégués par l'intimée et les pièces nouvelles produites sont recevables.

3. La recourante reproche au Tribunal d'avoir dénié sa qualité de créancière.

3.1 Par reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 al. 1 LP, il faut entendre notamment l'acte sous seing privé, signé par le poursuivi, d'où ressort sa volonté de payer au poursuivant, sans réserve ni condition, une somme d'argent déterminée, ou aisément déterminable, et exigible (ATF 136 III 624 consid. 4.2.2; 136 III 627 consid. 2).

La reconnaissance de dette peut découler du rapprochement de plusieurs pièces, pour autant que les éléments nécessaires en résultent (ATF 122 II 126 = JdT 1998 II 82 consid. 2; SJ 2004 I 209 consid. 3.1; arrêts du Tribunal fédéral 5P_290/2006 du 12 octobre 2006 consid. 3.1.2 et 5A_652/2011 du 28 février 2012 consid. 3.21) et que celle qui est signée se réfère directement à celle qui comporte un montant déterminé (ATF 132 III 480 consid. 4.1); autrement dit, la signature doit figurer sur celui des documents qui impose une obligation au poursuivi et qui a un caractère décisif (GILLIERON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, 1999, n. 33 ad art. 82 LP).

Lorsque le juge doit statuer selon la simple vraisemblance, il doit, en se basant sur des éléments objectifs, avoir 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 140 consid. 4.1.1; 130 III 321 consid. 3.3; 104 Ia 408 consid. 4; arrêt du Tribunal fédéral 5A_413/2014 du 20 juin 2014 consid 4.1).

3.2 Un contrat écrit justifie en principe la mainlevée provisoire de l'opposition pour la somme d'argent incombant ou poursuivie si les conditions d'exigibilité de la dette sont établies, ce qui implique notamment la preuve par le créancier de l'exécution de sa propre prestation en cas de contrat bilatéral ou synallagmatique, le débiteur devant pour sa part rendre vraisemblable - et non se contenter d'alléguer - une éventuelle exception fondée sur une inexécution ou un défaut d'exécution de la prestation du créancier (arrêts du Tribunal fédéral 5A_1008/2014 du 1^{er} juin 2015 consid. 5.4.3.2; 5A_465/2014 du 20 août 2014 consid. 7.2.1.2 et les références citées).

Le contrat de bail signé constitue une reconnaissance de dette dans la poursuite en recouvrement du loyer (art. 257 CO) et des frais accessoires (art. 257 a SSCO) dûment convenus et chiffrés (VEUILLET, La mainlevée de l'opposition, 2017, p. 155 et les réf. citées), si l'objet du contrat a été mis à la disposition du locataire et n'est pas entaché de défauts tels que l'usage s'en trouve affecté (KRAUSKOPF, la mainlevée provisoire, quelques jurisprudences récentes, in JdT 2008 II 23; GILLIERON, op. cit., n. 50 ad. art. 82 LP).

Un contrat de bail signé ne vaut pas titre de mainlevée provisoire s'agissant d'une créance en indemnité pour occupation illicite (KRAUSKOPF, op. cit., p. 36).

Le poursuivi peut faire valoir sa libération, qu'il doit rendre vraisemblable (ATF 132 III 140 consid. 4.1.1 et les références citées; arrêt du Tribunal fédéral 5A_878/2011 du 5 mars 2012 consid. 2.1), en principe par titre (cf. art. 254 al. 1 CPC).

3.3 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.

Aux termes de la jurisprudence rendue tant avant qu'après l'entrée en vigueur du CPC, celui qui requiert la faillite sans poursuite préalable selon l'art. 190 al. 1 LP doit rendre vraisemblable sa qualité de créancier. La loi exige la simple vraisemblance, et non une vraisemblance qualifiée (arrêt du Tribunal fédéral 5A_117/2012 du 12 juillet 2012 consid. 3.2.2 et les références citées). Il n'y a aucune raison de s'écarter du degré de preuve de la simple vraisemblance pour admettre la qualité de créancier (arrêt du Tribunal fédéral 5A_442/2015 du 11 septembre 2015 consid. 4.1).

Dans son arrêt 5A_730/2013, le Tribunal fédéral a retenu que 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 (consid. 6.1).

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

Pour rendre vraisemblable sa solvabilité, c'est-à-dire l'état dans lequel le débiteur dispose de moyens liquides suffisants pour acquitter ses dettes exigibles, le poursuivi doit 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 contre lui (ATF 102 Ia 159 = JdT 1977 II 52 consid. 3 et GILLIERON, op. cit., n. 44 ad art. 174 LP). Si le poursuivi est astreint à tenir une comptabilité commerciale courante, en application de l'art. 957 CO, il doit être à même de produire un ratio de liquidités, le cas échéant certifié exact par l'organe de révision (GILLIERON, op. cit., n. 44 ad art. 174 LP; COMETTA, Commentaire romand, LP, 2005, n. 10 ad art. 174 LP et les références citées).

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 (COMETTA, op. cit., n. 8 ad art. 174 LP).

Le motif de la faillite posé à l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP est la suspension de paiements. Il s'agit d'une notion juridique indéterminée qui accorde au juge un large pouvoir d'appréciation. 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 minimales; 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 (ATF 137 III 460 consid. 3.4.1 et les références; arrêts du Tribunal fédéral 5A_711/2012 du 17 décembre 2012 consid. 5.2; 5A_439/2010 du 11 novembre 2010 consid. 4, publié in SJ 2011 I p. 175).

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).

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 et interprétée restrictivement, la preuve stricte, par opposition à la simple vraisemblance, est exigée en principe pour les causes matérielles de faillite, comme la suspension des paiements, quand bien même les moyens de preuve consentis en procédure sommaire sont limités (COMETTA, op. cit., n. 2 ad art. 190 LP).

3.4 En l'espèce, il est constant que les parties ont conclu un contrat de bail portant sur la location de locaux commerciaux dès le 1^{er} octobre 2014 et que le contrat a été résilié par avis officiel du 5 avril 2017 pour le 31 mai 2017.

Le contrat de bail prévoit le paiement d'un montant de 150'000 fr. par année à titre de loyer. Dans la présente procédure, la recourante a produit un décompte, non détaillé et contesté par l'intimée, lequel ne rend dès lors par vraisemblable le montant de 120'740 fr. allégué par la recourante. Par ailleurs, sur le vu des pièces produites, il n'est pas possible de déterminer l'éventuelle créance résultant du contrat de bail et celle afférant aux indemnités pour occupation illicite, pour lesquelles le contrat de bail ne vaut pas reconnaissance de dette. Enfin, l'intimée s'est prévaluée de l'existence de défauts, lesquels n'ont pas été contestés par la recourante, ainsi que de créances compensatoires, également non contestées par la recourante.

Par conséquent, c'est à bon droit que le Tribunal a retenu que la recourante n'avait pas rendu vraisemblable sa qualité de créancière.

De plus, l'intimée ne se trouve pas en situation de suspension de paiement. En effet, elle n'a pas laissé les poursuites s'accumuler contre elle. A l'exception d'une poursuite, l'intimée n'a formé opposition qu'aux poursuites introduites à son encontre par la recourante. L'intimée a également rendu vraisemblable qu'elle s'est acquittée d'un montant de plus de 20'000 fr. depuis le mois d'avril 2018 en faveur de D_____ et qu'elle a également réglé le montant de 11'210 fr. entre mai et juin

2018 à la Confédération suisse, concernant la TVA. Le registre des poursuites ne fait par ailleurs pas état de dette de peu d'importance.

Par conséquent, le recours est infondé, de sorte qu'il sera rejeté.

4. La recourante, qui succombe, sera condamnée aux frais judiciaires du recours (art. 106 al. 1 CPC), arrêtés à 750 fr. (art. 52 et 61 OELP) et compensés avec l'avance de frais du même montant fourni par elle qui reste acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC).

La recourante sera également condamnée aux dépens du recours, arrêtés à 500 fr., débours et TVA compris (art. 85, 89 et 90 du règlement fixant le tarif des frais en matière civile du 22 décembre 2010 - RTFMC - E 1 05.10; art. 25 et 26 LaCC).

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté le 17 mai 2018 par A_____ SA contre le jugement JTPI/7208/2018 rendu le 14 mai 2018 par le Tribunal de première instance dans la cause C/6928/2018-5 SFC.

Au fond :

Le rejette.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires du recours à 750 fr., les met à la charge de A_____ SA et les compense avec l'avance de frais effectuée, laquelle demeure acquise à l'Etat de Genève.

Condamne A_____ SA à verser la somme de 500 fr. à B_____ SA à titre de dépens de recours.

Siégeant :

Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, présidente; Madame Sylvie DROIN et Monsieur Ivo BUETTI, juges; Madame Mélanie DE RESENDE PEREIRA, greffière.

La présidente :

Nathalie LANDRY-BARTHE

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.