



POUVOIR JUDICIAIRE

C/9215/2020

ACJC/1150/2020

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MARDI 25 AOÛT 2020

Pour

A _____ SA, sise _____, recourante contre un jugement rendu par la 5^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 9 juillet 2020, comparant par Me Florine Küniq, avocate, quai Gustave-Ador 18, case postale 1470, 1211 Genève 1, en l'étude de laquelle elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué à la 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 28.08.2020.

EN FAIT

A. a. A_____ SA est une société anonyme fondée le _____ 2015, au capital social de 100'000 fr., dont le siège se situe à B_____ (Genève) et dont le but social consiste principalement dans la mise à disposition et la location de locaux commerciaux (espace de coworking) et l'exploitation d'un centre d'affaires.

Elle est détenue à 62.5% par C_____ SA, société anonyme fondée le _____ 2018, au capital social de 153'875 fr. 50, dont le siège se situe à D_____ (Fribourg) et qui a un but social similaire au sien.

b. Le 24 octobre 2019, C_____ SA a conclu avec une société luxembourgeoise nommée E_____ SA, un "contrat de services de titrisation". Selon ce contrat, C_____ SA souhaite procéder à la titrisation de certains de ses actifs décrits dans l'annexe A du contrat et demande à E_____ SA de gérer le processus de titrisation et de lui fournir des services d'administration.

L'annexe A du contrat précité ne mentionne aucun actif.

L'article IX A du contrat, à teneur duquel C_____ SA doit notamment fournir la preuve d'une assurance sur la totalité de ses biens n'est pas complété; manque ainsi notamment le montant de ladite assurance.

c. Les états financiers de A_____ SA, établis par sa fiduciaire F_____ au 31 décembre 2019, font apparaître une perte de 826'957 fr. 83 et un surendettement de 1'195'695 fr. 12.

Au 31 mars 2020, la perte supplémentaire était de 237'846 fr. 19. Le surendettement de la société était de 1'433'541 fr. 98 à la valeur d'exploitation et de 2'080'337 fr. 37 à la valeur de liquidation, dont 400'000 fr. de dettes postposées envers C_____ SA.

d. En date du 20 mai 2020, A_____ SA a avisé le juge, en application de l'article 725 al. 2 CO, de son surendettement manifeste.

Elle a exposé que l'année 2019 avait été très difficile en raison de la résiliation par un locataire important d'une grande partie des surfaces mises à disposition. Elle avait été réorganisée fin 2019 notamment par le licenciement de personnel. Elle était à la recherche d'un accord avec son bailleur pour adapter la charge locative au volume de location, tout en précisant que ledit bailleur avait ouvert des procédures pour l'expulser. Des démarches étaient en cours pour trouver de nouveaux investisseurs.

d.a A_____ SA a notamment produit à l'appui de sa requête un procès-verbal de son conseil d'administration du 1^{er} juillet 2020 indiquant que C_____ SA

entendait recapitaliser sa filiale en levant des fonds par titrisation pour un montant total d'environ 13'000'000 fr. La souscription de ces obligations garanties était en cours et devrait être bouclée pour le mois de septembre 2020, ce qui permettrait de recapitaliser A_____ SA à hauteur de 1'500'000 fr. pour la fin de l'année.

Le plan d'assainissement présenté par A_____ SA comprenait quatre points, à savoir :

- Sa recapitalisation par C_____ SA; étaient reprises les explications fournies aux membres du Conseil d'administration le 1^{er} juillet 2020 avec les précisions que deux séries d'obligations étaient concernées, la première pour 7'500'000 fr. et la seconde pour 5'000'000 euros, et qu'un contrat de service de titrisation avait été conclu à cette fin avec la société E_____.
- Une croissance du chiffre d'affaires à 1'400'000 fr. en 2020.
- Une baisse des charges directes d'exploitation par la négociation de nouvelles conditions pour les contrats de nettoyage et autres prestations informatiques et administratives (économies de 15'000 fr. annuelles).
- La possibilité de revoir les conditions du bail pour septembre 2022.

d.b A_____ SA a également produit deux copies d'extraits de prospectus pour l'émission d'obligations pour respectivement 5'000'000 euros et 7'500'000 fr., lesquels précisent que le capital est garanti respectivement par G_____ et H_____. La rubrique "Bond Strategy" indique que ces obligations visent à "financer le développement de propriétés immobilières". La période de souscription était de six mois, se terminant en décembre 2020.

e. A l'audience du Tribunal de première instance du 7 juillet 2020, l'administrateur président de A_____ SA, également administrateur président de C_____ SA, a exposé que la levée de fonds était au stade de la souscription et que les obligations étaient garanties "par le véhicule luxembourgeois qui les émet".

Il a en outre indiqué que les actifs sous-jacents étaient ceux de C_____ SA, tout en précisant que cette société n'était pas propriétaire de biens immobiliers et qu'il n'y avait donc pas d'actifs concrets.

A l'issue de l'audience le Tribunal a gardé la cause à juger.

- B. a.** Par jugement JTPI/8947/2020 du 9 juillet 2020, reçu par A_____ SA le 10 juillet 2020, le Tribunal a rejeté la requête en ajournement de faillite formée par cette dernière (ch. 1 du dispositif), prononcé sa faillite (ch. 2), mis à sa charge les frais judiciaires arrêtés à 1'000 fr. (ch. 3) et l'a déboutée de toutes autres conclusions (ch. 4).

-
- C. a. Le 20 juillet 2020, A_____ SA a formé recours contre ce jugement, concluant à ce que la Cour l'annule, dise que sa faillite est ajournée pour une période de six mois, ordonne la suspension des poursuites et faillites, lui nomme un curateur et renonce à la publication de l'ajournement de faillite, avec suite de frais et dépens.

Elle a produit une pièce nouvelle.

b. Par décision du 22 juillet 2020, la Cour, faisant droit à la requête de A_____ SA, a suspendu l'effet exécutoire attaché au jugement entrepris ainsi que les effets juridiques de l'ouverture de la faillite.

c. La recourante a été informée le 23 juillet 2020 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, en relation avec les art. 192 et 194 al. 1 LP).

Les décisions rendues en matière de faillite sont soumises à la procédure sommaire (art. 251 let. a CPC).

1.2 Interjeté selon la forme et dans le délai prévus par la loi (art. 321 al. 1 et 2 CPC), le recours est recevable.

2. La recourante a produit une pièce nouvelle, à savoir un contrat conclu le 15 juillet 2020 avec un nouveau client.

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, conformément à ce qui précède, la pièce nouvelle produite par la recourante et les allégations y relatives sont irrecevables.

- 3.** Le Tribunal a retenu que le surendettement de la recourante était de 800'000 fr. au 31 décembre 2019, après déduction de la créance postposée de C_____ SA. La recourante n'avait pas présenté un plan d'assainissement permettant de retenir que son assainissement était possible. Sa recapitalisation par sa société mère à fonds perdus à hauteur de 1'500'000 fr. d'ici septembre 2020 n'était attestée par aucun document. Même à supposer qu'un tel engagement existe, rien ne permettait de retenir que C_____ SA pourrait effectivement lever le montant de 13'000'000 fr. annoncé. Pour cette levée de fonds, aucune garantie de quelque entité que ce soit n'avait été produite. Il n'était pas allégué que C_____ SA disposait d'actifs conséquents. La croissance du chiffre d'affaires pour 2020 n'était pas non plus étayée par des éléments concrets; la recourante n'avait pas allégué avoir trouvé de nouveaux clients en mesure de compenser le départ du client qui, selon ses explications, générerait 60% de son chiffre d'affaires. La vraisemblance de la réduction des charges d'exploitation à hauteur de 15'000 fr. ne ressortait d'aucune pièce du dossier. Enfin, la réduction du loyer, principal poste de dépenses, ne pourrait pas, selon la recourante, intervenir avant septembre 2022. La requête d'ajournement de faillite devait par conséquent être rejetée et la faillite prononcée.

La recourante fait valoir que le Tribunal a considéré à tort que son assainissement n'était pas possible. Le contrat de service de titrisation signé qu'elle avait produit rendait vraisemblable la recapitalisation à fonds perdus par la société mère. Elle ajoute que, en ce qui concerne la diminution des charges d'exploitation, "la négociation des nouvelles conditions n'ont toutefois pas pu être prouvées formellement au mois de mai 2020 dès lors qu'elles n'étaient pas finalisées à la date de la demande d'ajournement (20 mai 2020). Il n'en demeure pas moins qu'à ce jour les modifications de contrats et la réduction du personnel ont été opérées".

3.1 L'art. 725a al. 1 CO permet au juge qui reçoit l'avis obligatoire de l'art. 725 al. 2 CO d'ajourner la faillite, à la requête du conseil d'administration ou d'un créancier, si l'assainissement de la société paraît possible. Le requérant doit présenter au juge un plan d'assainissement exposant les mesures propres à assainir la société - telles qu'une postposition par les créanciers de la société (cf. art. 725 al. 2 in fine CO), la conversion de créances en actions, des cautionnements ou

garanties bancaires, etc. - ainsi que le délai dans lequel le surendettement sera éliminé. Sur la base des éléments ainsi présentés, le juge doit estimer les chances d'un assainissement réussi et durable. L'assainissement paraît possible - le texte italien de l'art. 725a al. 1 CO dit "*probabile*", tandis que le texte allemand parle de "*Aussicht auf Sanierung*" - lorsque les mesures d'assainissement proposées permettront selon toute vraisemblance d'éliminer le surendettement dans le délai prévu et de restaurer à moyen terme la capacité de gain, qui seule laisse entrevoir des perspectives d'avenir. En effet, l'ajournement aux fins d'assainissement a pour but de permettre la continuation de l'activité de la société, et non sa liquidation en dehors de la procédure de faillite, même si une telle liquidation devait s'avérer plus favorable pour les créanciers (arrêt du Tribunal fédéral 5P.465/1999 du 11 avril 2000 consid. 3b et les références citées).

Le plan d'assainissement présenté au juge doit être suffisamment précis et crédible. Il doit notamment exposer les mesures d'assainissement envisagées et le temps nécessaire pour résorber le surendettement (PETER/CAVADINI, Commentaire romand, n. 28 et 29 ad art. 725a CO; WÜSTINER, in Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5^{ème} éd. 2016, n° 7 et 8 ad art. 725a CO).

La perspective d'un assainissement durable existe, dans la mesure où, durant le délai d'ajournement de la faillite, on peut s'attendre sérieusement à une amélioration durable de la situation financière de la société et à la reconstitution de sa capacité de rendement. Le plan d'assainissement doit comporter un calendrier indiquant la date d'élimination complète du surendettement. Le plan de redressement comportera les concessions acceptées par les actionnaires, voire par certains créanciers, afin d'éviter la faillite (VOUILLOZ, Perte de capital, surendettement, ouverture et ajournement de la faillite, in L'Expert-comptable suisse, 4/04, p. 318).

Ainsi, la faillite ne peut être ajournée que si la perspective d'un assainissement durable est rendue vraisemblable. Les conditions posées au degré de vraisemblance ne doivent pas être trop élevées; cependant, un début de preuve doit exister. A cet effet, le requérant doit alléguer les faits, et, pratiquement, produire une pièce ou un ensemble de pièces qui permette au juge d'acquiescer, sur le plan de la simple vraisemblance, la conviction que la possibilité d'un assainissement de la société existe (cf. arrêt du Tribunal fédéral 5A_877/2011 du 5 mars 2012 consid. 2.1, qui concerne la vraisemblance de la créance en matière de séquestre).

3.2 En l'espèce, c'est à juste titre que le Tribunal a retenu que l'assainissement de la recourante ne paraissait pas possible.

Comme l'a relevé pertinemment le Tribunal, le dossier ne contient aucun engagement formel de la part de C_____ SA de recapitaliser sa filiale à hauteur de 1'500'000 fr.

A supposer qu'un tel engagement existe, rien ne permet de retenir que C_____ SA aurait les moyens concrets de l'exécuter.

Le contrat de titrisation conclu par C_____ SA avec la société de services E_____ SA ne permet pas de retenir que C_____ SA a vraisemblablement les moyens de recapitaliser la recourante. En effet, ce contrat ne mentionne aucun actif susceptible d'être titrisé.

La recourante a qui plus est indiqué lors de l'audience du Tribunal que C_____ SA n'était pas propriétaire de biens immobiliers et n'avait par conséquent aucun actif concret.

A cela s'ajoute que les photocopies d'extraits de prospectus produits par la recourante, dont on ignore au demeurant s'il s'agit de projets ou s'ils ont effectivement été émis, indiquent que les fonds récoltés par le biais des titres qu'elle souhaite voir souscrits visent à financer le développement de propriétés immobilières, sans mention de la recapitalisation de la recourante.

La seule mention, dans lesdites copies de prospectus, de garanties fournie par des sociétés étrangères sur lesquelles aucune information n'est fournie n'est pas suffisante pour retenir que C_____ SA pourrait vraisemblablement disposer à brève échéance de liquidités lui permettant de recapitaliser sa filiale.

La diminution des charges d'exploitation alléguée par la recourante n'est pas non plus rendue vraisemblable, étant précisé qu'en tout état de cause une réduction de l'ordre de 15'000 fr. par an, telle qu'alléguée, est largement insuffisante pour résorber le surendettement.

La recourante ne critique par ailleurs pas les considérants du Tribunal selon lesquels aucune réduction de la charge de loyer n'est envisageable avant septembre 2022.

Il résulte de ce qui précède que c'est à juste titre que le Tribunal a rejeté la demande d'ajournement de faillite déposée par la recourante et a prononcé sa faillite.

Le jugement entrepris sera par conséquent confirmé.

4. Lorsque l'effet suspensif octroyé par l'autorité de recours porte également sur la suspension des effets juridiques de l'ouverture de la faillite, et non seulement sur le caractère exécutoire du jugement de faillite, et que l'autorité rejette en fin de compte le recours contre la faillite, le moment de l'ouverture de la faillite est

différé à la date du prononcé de l'arrêt de seconde instance. L'autorité doit par conséquent fixer à nouveau ce moment (arrêt du Tribunal fédéral 5A_92/2016 du 17 mars 2016 consid. 1.3.2.1).

La faillite de la recourante sera dès lors confirmée, avec effet à la date du prononcé du présent arrêt.

5. Les frais judiciaires du recours seront arrêtés à 1'000 fr. (art. 52 et 61 OELP, 26 RTFMC), mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC) et compensés avec l'avance de frais versée, laquelle demeure acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC).

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté le 20 juillet 2020 par A_____ SA contre le jugement JTPI/8947/2020 rendu le 9 juillet 2020 par le Tribunal de première instance dans la cause C/9215/2020-5 SFC.

Au fond :

Le rejette.

Confirme le jugement querellé, la faillite de A_____ SA prenant effet le _____ 2020 à 12h00.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires de recours à 1'000 fr., les met à la charge de A_____ SA et les compense avec l'avance de frais versée, laquelle demeure acquise à l'Etat de Genève.

Siégeant :

Monsieur Laurent RIEBEN, président; Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, Monsieur Ivo BUETTI, juges; Madame Mélanie DE RESENDE PEREIRA, greffière.

Le président :

Laurent RIEBEN

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.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF indifférente (art. 74 al. 2 let. d LTF).