

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/9910/2016

ACJC/1586/2016

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 2 DECEMBRE 2016

A. _____ SA, sise _____, recourante contre un jugement rendu par la 9^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 15 septembre 2016, comparant par Me Pascal Marti, avocat, place des Philosophes 8, 1205 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile aux fins des présentes.

Le présent arrêt est communiqué à la recourante, ainsi qu'au Registre foncier, au Registre du commerce, à l'Office des poursuites, à l'Office des faillites par plis recommandés du 06.12.2016.

EN FAIT

A. Par jugement du 15 septembre 2016, reçu par A. _____ SA le lendemain, le Tribunal a notamment dit qu'aucun sursis concordataire définitif ne serait accordé à A. _____ SA (ch. 2 du dispositif), prononcé sa faillite le même jour à _____ (ch. 3), statué sur les frais (ch. 4 à 12) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 13).

B. a. Par acte expédié à la Cour de justice le 26 septembre 2016, A. _____ SA a formé recours contre ce jugement, concluant à titre préalable à la suspension de son caractère exécutoire et à ce qu'il soit constaté que B. _____ n'est plus partie à la procédure. A titre principal, elle a conclu à l'annulation des chiffres 2 et 3 du dispositif du jugement querellé et à ce que la Cour constate qu'elle n'est plus en situation de surendettement, qu'elle n'est pas tenue à l'avis au juge de l'art. 725 al. 2 CO et à l'annulation de sa faillite.

Elle a produit des pièces nouvelles.

b. Par décision du 29 septembre 2016, la Cour a suspendu l'effet exécutoire attaché au jugement entrepris.

c. Le 14 octobre 2016, B. _____ a fait savoir à la Cour qu'il renonçait à se déterminer sur le recours et a requis que l'arrêt de la Cour sur le fond lui soit notifié.

d. Les parties ont été informées par courrier du 17 octobre 2016 de ce que la cause était gardée à juger.

e. Le 19 octobre 2016, A. _____ SA a conclu à ce que l'arrêt à rendre par la Cour ne soit pas notifié à B. _____, relevant qu'il n'était plus partie à la procédure, depuis qu'il avait retiré sa requête de sursis concordataire provisoire. Elle a produit en outre copie d'une convention qu'elle a conclue avec B. _____ le 11 octobre 2016, par laquelle le dernier s'engage notamment à n'intervenir en aucune façon dans le cadre de la faillite ou d'un potentiel concordat concernant A. _____ SA, et à ne pas acquérir de créance envers cette dernière (art. 1.11.6).

C. Les faits pertinents suivants résultent du dossier.

a. A. _____ SA a notamment pour but social la création et l'exploitation de cafés et restaurants. Elle exploite la C. _____ à _____.

Son capital-actions était de 100'000 fr. jusqu'au _____ 2016. Il a été augmenté à 300'000 fr. dès cette date.

b. Le 16 mars 2016, le conseil d'administration de A._____ SA a avisé le Tribunal du surendettement de la société et a requis l'ajournement de sa faillite. Cette procédure porte le n° C/1._____.

c. Par requête formée le 17 mai 2016, B._____, faisant valoir sa qualité de créancier de A._____ SA a sollicité l'octroi d'un sursis concordataire provisoire pour cette dernière. Cette cause porte le n° C/9910/2016 et fait l'objet de la présente procédure.

d. Par jugement du 23 mai 2016, rendu dans la cause C/1._____, le Tribunal a constaté le surendettement de A._____ SA au 31 mars 2016, rejeté sa requête en ajournement de faillite et ajourné sa décision sur le prononcé de la faillite jusqu'à droit jugé sur la requête de sursis concordataire précitée.

e. Par jugement du 20 juin 2016 rendu dans la cause C/9910/2016, le Tribunal a accordé à A._____ SA un sursis concordataire provisoire de deux mois, soit jusqu'au 22 août 2016, et a nommé un commissaire provisoire au sursis.

f. Le 4 juillet 2016, B._____ a retiré sa requête de sursis concordataire provisoire.

Par rapport intermédiaire du 4 juillet 2016, le commissaire au sursis provisoire a recommandé le maintien du sursis provisoire. Le 25 janvier 2016, A._____ SA a conclu au maintien du sursis provisoire jusqu'au 22 août 2016.

g. Dans son rapport du 8 août 2016, le commissaire au sursis provisoire a indiqué que l'actionnaire unique avait prévu d'augmenter à 300'000 fr. le capital-actions de la société. Les perspectives d'assainissement de la société étaient bonnes et son activité était redevenue profitable. A._____ SA ne se trouvait plus dans une situation de surendettement au sens de l'art. 725 al. 2 CO de sorte que l'éventuelle révocation du sursis ne pouvait pas avoir comme conséquence le prononcé de la faillite. Le commissaire estimait ainsi que la question de l'homologation du concordat ne se posait plus. Il proposait de maintenir le sursis provisoire jusqu'au 22 août 2016 pour permettre la finalisation de l'assainissement de la société, en particulier par le biais de la concrétisation de l'augmentation du capital-actions.

h. Dans ses dernières conclusions du 11 août 2016 devant le Tribunal, A._____ SA a conclu à ce que celui-ci constate son assainissement, annule le sursis provisoire et renonce à prononcer la faillite.

i. Le Tribunal a gardé la cause à juger le 22 août 2016.

Il a retenu dans son jugement du 15 septembre 2016 que, selon le bilan révisé au 31 juillet 2016, et en tenant compte de l'augmentation du capital-actions à intervenir, la société était surendettée à hauteur de 803'389 fr. 68 à la valeur de

continuation et de 1'006'600 fr. 65 à la valeur de liquidation. Les postpositions de créance en 1'255'272 fr. 26 ne changeaient rien à cette situation car une postposition n'éliminait pas le surendettement. Par ailleurs, il résultait des pièces produites que la société n'avait vraisemblablement pas les liquidités suffisantes pour faire face à ses dettes à court terme. Cette constatation n'était pas infirmée par le relevé des poursuites au 10 août 2016, lequel mentionnait trois poursuites pendantes.

Le Tribunal a en outre considéré que les conditions d'octroi d'un sursis concordataire définitif n'étaient pas réalisées, de sorte que la faillite de A. _____ SA devait être prononcée.

j. A. _____ SA a produit à l'appui de son recours le rapport de son organe de révision sur la vérification de son bilan au 31 août 2016, établi le 26 septembre 2016.

Il en ressort que, suite à l'augmentation à 300'000 fr. du capital-actions intervenue fin août 2016 et à des abandons de créances à hauteur de 1'004'884 fr. 94, la société n'était plus surendettée au 31 août 2016. Les actifs à la valeur de continuation étaient de 1'065'869 fr. 59 et les fonds étrangers de 993'589 fr. 33, soit 72'280 fr. 26 de fonds propres. A la valeur de liquidation, les actifs étaient de 992'065 fr. 98 et les fonds étrangers de 978'823 fr., soit 13'242 fr. 98 de fonds propres.

Les huit premiers mois de 2016 s'étaient clôturés sur un bénéfice de 967'358 fr. 54, alors que la perte pour l'année 2015 avait été de 571'091 fr. 56. A ce sujet, l'organe de révision a relevé que ce résultat bénéficiaire était principalement dû à des produits exceptionnels liés aux abandons de créances précités.

A. _____ SA a en outre produit des attestations émanant de ses huit employés et de son bailleur, desquelles il résulte que les salaires sont à jour au 31 août 2016 et que le loyer est payé au 30 septembre 2016. Elle a en outre fourni des extraits de ses comptes bancaires laissant apparaître qu'elle dispose de liquidités, lesquelles sont, selon elle, suffisantes pour assurer le paiement des salaires pour 2016.

A. _____ SA allègue de plus avoir revu sa stratégie d'exploitation, notamment en diversifiant ses activités pour les rendre plus rentables et en élargissant l'offre des plats proposés dans sa _____.

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. La recourante a produit des pièces nouvelles.

2.1 En vertu de l'art. 174 al. 1 2^{ème} phrase LP la décision du juge de la faillite peut, dans les 10 jours, faire l'objet d'un recours au sens du CPC; 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. Selon la jurisprudence, les vrais *nova* - à savoir les faits qui sont intervenus après l'ouverture de la faillite en première instance (art. 174 al. 2 ch. 1-3 LP) - doivent également être produits avant l'expiration du délai de recours. L'admission des vrais *nova* - soumise à une double condition très stricte est destinée à éviter, et non à permettre, l'ouverture de la faillite, de sorte qu'il apparait 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).

2.2 En l'espèce, les pièces produites par la recourante sont recevables au regard des principes susmentionnés, à l'exception de la convention du 11 octobre 2016, déposée postérieurement à l'expiration du délai de recours.

3. La recourante fait valoir en premier lieu que B._____ n'est plus partie à la procédure depuis qu'il a retiré sa requête de sursis concordataire en date du 4 juillet 2016.

3.1 Selon la jurisprudence, a la qualité de partie celui qui est particulièrement touché par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. Est particulièrement touché celui qui est atteint de manière directe et concrète et dans une mesure et avec une intensité plus grande que d'autres personnes et se trouve dans un rapport étroit et spécial avec l'objet de la contestation. A un intérêt digne de protection, celui qui a un intérêt juridique ou de fait à ce que la décision soit annulée ou modifiée: cet intérêt consiste dans l'utilité pratique que la modification ou l'annulation lui apporterait, en lui évitant de subir directement un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre (arrêt du Tribunal fédéral 5A_408/2013 du 8 novembre 2013, consid. 3.3).

3.2 En l'espèce, les droits de B._____ ne sont pas touchés par la décision querellée.

En effet, celui-ci a retiré sa requête de sursis concordataire en juillet 2016. Il n'allègue par ailleurs pas être créancier de la recourante.

B._____ n'est par conséquent pas partie à la procédure, ce qui sera constaté dans le dispositif du présent arrêt. Les passages de celui-ci qui le concernent lui seront communiqués pour information, à l'exclusion du reste de l'arrêt.

- 4.** La recourante fait valoir que les mesures d'assainissement prises par la société ont porté leurs fruits de sorte qu'elle n'est plus surendettée et que la faillite doit être annulée.

4.1 Selon l'art. 192 LP, la faillite est prononcée d'office sans poursuite préalable dans les cas prévus par la loi, soit en particulier les arts. 293a al. 3, 294 al. 3 LP ainsi que 725 et 725a CO.

L'art. 293a al. 3 LP, sous la note marginale octroi du sursis provisoire, prévoit que le juge du concordat prononce d'office la faillite s'il n'existe manifestement aucune perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat.

A teneur de l'art. 294 al.1 LP, si, durant le sursis provisoire, des perspectives d'assainissement ou d'homologation d'un concordat apparaissent, le juge du concordat octroie définitivement un sursis de quatre à six mois; il statue d'office avant l'expiration du sursis provisoire.

Le juge prononce d'office la faillite s'il n'existe aucune perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat (art. 294 al. 3 LP).

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. 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). Ce faisant, il doit notamment s'assurer que le surendettement de la société est vraisemblable. A cette fin, il se basera en règle générale sur le (double) bilan intermédiaire, établi avec l'estimation des actifs tant à leur valeur d'exploitation qu'à leur valeur de liquidation, ainsi que sur le rapport de vérification de l'organe de révision, qui accompagnent en principe l'avis de surendettement (arrêt du Tribunal fédéral 5A_867/2015 du 11 décembre 2015 consid. 5.5.1).

Une société est assainie si elle n'est plus surendettée, à savoir si ses actifs couvrent à nouveau intégralement ses fonds étrangers. Afin de démontrer son assainissement, il appartient à la société de produire un bilan intermédiaire révisé, établi aux valeurs d'exploitation, qui sera comparé avec les comptes initialement déposés à l'appui de l'avis de surendettement (PETER, Commentaire romand, 2008, n. 60 et 61, ad art. 725a CO).

4.2 En l'espèce, selon le double bilan intermédiaire au 31 août 2016 vérifié par l'organe de révision de la recourante, celle-ci n'était plus surendettée à cette date.

Le surendettement a en effet été résorbé par l'action conjuguée d'un apport supplémentaire de capital social en 200'000 fr. et d'abandons de créances en 1'004'884 fr. 94.

La recourante a en outre pris des mesures visant à retrouver une activité profitable, comme la diversification de ses activités et prestations. Il ressort à cet égard du rapport du 8 août 2016 du commissaire provisoire au sursis concordataire que l'activité de la société est redevenue bénéficiaire.

Compte tenu de ce qui précède, la faillite de la recourante doit être annulée.

- 5.** Selon l'art. 106 al. 1 CPC, les frais sont mis à la charge de la partie succombante. L'art. 107 al. 1 let. f. CPC précise que le tribunal peut s'écarter des règles générales et répartir les frais selon sa libre appréciation si des circonstances particulières rendent la répartition en fonction du sort de la cause inéquitable.

La recourante n'ayant rendu vraisemblable sa sortie du surendettement que durant la procédure de recours, il n'y a pas lieu de modifier la répartition des frais et dépens effectuée par le Tribunal, laquelle n'est au demeurant pas contestée par la recourante.

Pour les mêmes motifs, les frais du recours seront mis à charge de la recourante. Ils seront arrêtés à 1'000 fr. (art. 52, 54 et 61 OELP) et compensés à hauteur de ce montant avec l'avance en 1'500 fr. effectuée par la recourante (art. 111 CPC), le solde lui étant restitué.

Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens.

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté par A. _____ SA contre les chiffres 2 et 3 du dispositif du jugement JTPI/11460/2016 rendu le 15 septembre 2016 par le Tribunal de première instance dans la cause C/9910/2016-9 SFC.

A titre préalable :

Constate que B. _____ n'est pas partie à la procédure.

Au fond :

Annule le chiffre 3 du jugement querellé.

Constate que A. _____ SA n'était plus surendettée au 31 août 2016.

Confirme ce jugement pour le surplus.

Déboute A. _____ SA de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête à 1'000 fr. les frais judiciaires du recours et les compense à hauteur de ce montant avec l'avance effectuée par A. _____ SA.

Met les frais judiciaires à charge de cette dernière.

Invite les Services financiers du Pouvoir judiciaire à restituer à A. _____ SA le solde en 500 fr. de l'avance versée.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

Siégeant :

Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, présidente; Madame Pauline ERARD et Monsieur Laurent RIEBEN, juges; Madame Céline FERREIRA, greffière.

La présidente :

Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ

La greffière :

Céline FERREIRA

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.