

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/6552/2017

ACJC/1030/2017

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MARDI 22 AOÛT 2017

Entre

A _____ **SA**, sise _____, recourante contre un jugement rendu par la 22ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 4 mai 2017, comparant en personne,

et

B _____ **SA**, sise _____, intimée, comparant par Me Patrice Le Houelleur, avocat, rue Saint-Léger 6, case postale, 1211 Genève 4, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés, ainsi qu'à l'Office des faillites, à l'Office des poursuites, au Registre du commerce et au Registre foncier le 30.08.2017.

EN FAIT

A. Par jugement JTPI/5702/2017 du 4 mai 2017, reçu par les parties le 8 mai 2017, le Tribunal de première instance, statuant par voie de procédure sommaire, a rejeté l'avis de surendettement de B_____ SA déposé par son organe de révision A_____ SA (ch. 1 du dispositif), condamné A_____ SA aux frais judiciaires, arrêtés à 200 fr. (ch. 2 et 3) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 4).

B. a. Le 12 mai 2017, A_____ SA a formé recours contre ce jugement concluant à son annulation et, cela fait, à ce que la Cour prononce la faillite de B_____ SA ou mette en place des mesures d'assainissement de celle-ci.

b. Le 26 juin 2017, B_____ SA a conclu au rejet du recours.

c. Les parties ont été informées le 17 juillet 2017 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 genevois le _____, a notamment comme but social _____.

Son capital social est de XXXX fr., entièrement libéré.

Son conseil d'administration est composé de C_____, domiciliée à _____, administratrice présidente et de D_____ et E_____, administrateurs.

Il résulte de l'extrait du Registre du commerce de B_____ SA que, de 2006 à ce jour, elle a eu successivement huit organes de révision, à savoir F_____ SA de _____ à _____, G_____ SA d'_____ à _____, H_____ SA de _____ à _____, I_____ SA d'_____ à _____, J_____ SA d'_____ à _____, K_____ SA de _____ à _____, A_____ SA de _____ à _____ et L_____ SA dès _____.

b. Les seuls états financiers complets révisés de B_____ SA figurant à la procédure ont été établis au 31 décembre 2014 par K_____ SA.

Ils font état de fonds étrangers à hauteur de XXXX fr. dont XXXX de dettes envers les actionnaires postposées et d'actifs pour un montant de XXXX fr., composés essentiellement d'un stock de poudre de cuivre estimé à XXXX fr., soit des fonds propres positifs en XXXX fr.

L'année 2014 s'est clôturée sur une perte d'exploitation de XXXX fr.

Le rapport de révision pour 2014, daté du 19 octobre 2015, précise que le stock est évalué sur la base de sa valeur d'apport en 2009, à teneur de deux certificats. Le premier, émis par la société M_____ le 21 juin 2011, indiquait une valeur de XXXX d'euros. Le second, émanant de la société X_____ attestait d'un prix du marché de XXXX/mg d'euros, soit XXXX euros pour les 11 kg en stock.

L'organe de révision relève qu'il n'a pas été en mesure de constater l'existence du stock. Celui-ci ne pouvait être écoulé que dans le cadre d'un marché exigu avec des transactions limitées, ce qui influait négativement sur le prix de vente. Cette considération était confortée par l'absence de ventes récentes. Le stock était par conséquent vraisemblablement surévalué d'un montant important qui ne pouvait pas être déterminé à ce stade. Le résultat de la société et ses fonds propres étaient ainsi potentiellement présentés de manière significative pour un montant trop favorable. Par ailleurs, l'absence de vente soulevait la question de la capacité de l'entreprise à garantir la continuité de l'exploitation et à obtenir les liquidités nécessaires pour honorer ses engagements. Enfin, l'organe de révision avait constaté l'absence de mention au bilan d'une dette envers l'actionnaire de 3'000'000 fr. avec, en contrepartie, une créance envers un autre actionnaire pour le même montant. Cette transaction résultait d'un emprunt contracté par la société en 2013, dont le montant avait été directement versé à un autre actionnaire, ce qui était de nature à "violer les dispositions légales de la postposition de l'actionnaire emprunteur".

Pour ces motifs, l'organe de révision ne pouvait pas délivrer une opinion de contrôle et attirait l'attention de l'assemblée générale des actionnaires sur les prescriptions de l'art. 725 CO (établissement d'un bilan à la valeur de liquidation et avis au juge).

c.a. Les états financiers non audités de B_____ SA au 31 décembre 2015 font état d'actifs en XXXX fr. (dont le stock de poudre de cuivre et "prestations de services non facturés" en XXXX fr.) et de fonds étrangers en XXXX fr., dont XXXX fr. de dettes envers actionnaires postposées. Les fonds propres de la société étaient ainsi de XXXX fr.

La perte d'exploitation pour 2015 a été de XXXX fr.

L'annexe aux comptes indique que la société enregistre toujours des pertes d'exploitation importantes en raison de l'inexistence de revenus. Celle-ci ne faisait face à ses engagements que grâce au soutien financier de ses actionnaires. Le conseil d'administration avait requis de ces derniers un nouvel apport de fonds afin de permettre à la société d'honorer ses engagements envers les fournisseurs et l'administration fiscale à fin 2016. Des mesures drastiques d'économies étaient prises dans tous les domaines.

c.b. Selon le bilan non audité au 30 juin 2016, les actifs étaient passés à XXXX fr. et les fonds étrangers à XXXX fr. La perte d'exploitation pour les six premiers mois de l'année était de XXXX fr.

d. Les parties s'opposent sur l'existence et la valeur du stock de poudre de cuivre ultra fine figurant à l'actif du bilan de B_____ SA.

A_____ SA allègue qu'il n'y actuellement plus aucun marché pour ce genre de produit et que le stock est invendable, ce qui est confirmé par le fait qu'aucune offre pour le rachat du stock ne lui a été présentée.

Lors de l'audience du Tribunal du 24 avril 2017, B_____ SA a reconnu que ce métal n'était pas coté sur le marché et qu'il se négociait peu, uniquement de gré à gré; cela ne suffisait cependant pas à lui dénier toute valeur marchande. Elle n'avait jamais projeté de vendre ce stock, mais envisageait actuellement cette éventualité, de démarches en ce sens étaient en cours.

Sur ce point, les comptes non audités établis au 31 décembre 2015 indiquent que la société avait décidé, déjà à l'époque, de mettre en vente une partie de son stock afin d'obtenir les liquidités suffisantes pour le maintien de ses activités. Au moment de l'établissement du rapport en juin 2016, le conseil d'administration constatait cependant que les démarches entreprises en vue de liquider le stock de cuivre n'avaient toujours pas abouti.

Par ailleurs, la société M_____ SA à Genève a attesté le 27 juin 2012 qu'elle entreposait XXXX kg de poudre de cuivre ultrafine d'une valeur de XXXX d'euros. Le 20 septembre 2013, la société N_____ a confirmé qu'il s'agissait de poudre de cuivre ultra fine à 99,9992%.

e. Le 17 février 2017, A_____ SA a fait savoir à D_____, administrateur de B_____ SA, qu'elle attendait toujours les documents nécessaires pour effectuer le contrôle des comptes. Elle précisait que la situation était grave et, qu'à défaut de réponse satisfaisante, elle déposerait un avis de surendettement au Tribunal.

Le 2 mars 2016, D_____ lui a répondu que C_____ était hospitalisée à Moscou et que les liquidités nécessaires n'avaient pas été versées. Le conseil d'administration avait "décidé d'orienter le juge selon l'article 725. Les démarches nécessaires juridiques" étaient "en cours".

f. Le 21 mars 2017, A_____ SA a établi un bilan intermédiaire de B_____ SA aux valeurs d'exploitation et de liquidation.

Le bilan aux valeurs de continuation fait état d'actifs à hauteur de XXXX fr. et de fonds étrangers en XXXX fr., soit des fonds propres positifs de XXXX fr. Aux valeurs de liquidation, les actifs n'étaient plus que de XXXX fr.,

dont XXXX de stock et "prestations de service non facturées". En tenant compte des fonds étrangers en XXXX fr., la société était surendettée à hauteur de XXXX fr.

L'organe de révision indique que ce bilan est sommaire et établi partiellement sur la base d'estimations, en raison du fait qu'en dépit de nombreuses requêtes il n'a pas obtenu les documents nécessaires pour effectuer la révision des états financiers au 31 décembre 2015.

Au jour d'établissement du bilan, aucune preuve d'existence et de valeur du stock porté au bilan en valeur de continuation de XXXX fr. n'avait été fournie. La situation, qui était grave depuis des années, se dégradait, avec plusieurs nouvelles poursuites engagées contre la société, qui ne disposait pas de liquidités pour faire face à ses obligations.

La société était ainsi manifestement endettée aux valeurs de liquidation. Elle était insolvable, ne disposant pas des liquidités nécessaires pour continuer l'exploitation, de sorte que les valeurs de continuation ne devaient plus être prises en considération pour déterminer l'existence d'un surendettement.

g. Il ressort par ailleurs de l'extrait des poursuites de B_____ SA que celle-ci faisait l'objet, au 9 mars 2017, de vingt-huit poursuites pendantes pour un montant total d'environ 3'021'635 fr. Dix-huit de ces poursuites émanaient de créanciers de droit public.

h. Le 27 mars 2017, A_____ SA a déposé par devant le Tribunal un avis de surendettement manifeste de B_____ SA, concluant au prononcé de sa faillite. Elle a relevé qu'il incombait à la société de fournir des documents établissant qu'elle disposait de liquidités suffisantes et attestant de l'existence et de la valeur de son stock de marchandises.

i. Lors de l'audience du Tribunal du 24 avril 2017, B_____ SA s'est opposée à la faillite relevant qu'un nouvel organe de révision avait été nommé et que l'actionnaire principale, C_____, s'était engagée à verser 500'000 fr. à la société d'ici mai 2017.

A_____ SA a relevé que la société n'avait pas fait l'objet d'opinion d'audit entre 2013 et 2016. Dans son rapport du 19 octobre 2015 sur l'exercice 2014, l'organe de révision avait notamment indiqué qu'il n'était pas en mesure de délivrer une opinion de contrôle.

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

D. Les arguments des parties seront traités ci-après en tant que de besoin.

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. Le Tribunal a considéré que la valeur de stock de XXXX fr. devait être retenue dans l'évaluation de la situation financière de la société car cette valeur avait toujours été confirmée par les organes de révision précédents. C_____ s'était en outre engagée à verser 500'000 fr. à la société avant le 25 mai 2017 de sorte que celle-ci disposerait de nouvelles liquidités. Enfin, la seule charge de B_____ SA, qui n'avait pas d'employés, était son loyer, de sorte que la situation des créanciers n'était pas préteritée par un refus d'entrer en matière. La société n'était ainsi pas manifestement surendettée, de sorte qu'A_____ SA devait être déboutée des fins de sa requête.

La recourante fait valoir que, contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal, la valeur du stock n'a jamais été confirmée par les organes de révision précédents. Il n'y avait par ailleurs aucune garantie d'un versement effectif par C_____ de 500'000 fr., montant qui était au demeurant insuffisant pour résorber le surendettement. Un tel versement aurait en outre dû faire l'objet d'une déclaration irrévocable de postposition. Il était inexact de considérer que les charges courantes de l'intimée étaient minimales car le seul impôt sur le capital-actions avait pour effet d'aggraver le surendettement de 13'170 fr. 50 par mois, en plus du loyer et autres charges courantes de la société. Enfin, l'administrateur résidant en Suisse de l'intimée avait indiqué à la recourante le 2 mars 2017 qu'il était en train de déposer le bilan, ce qu'il n'avait jamais fait.

- 2.1** Selon l'art. 725 al. 2 CO, s'il résulte du bilan intermédiaire soumis à la vérification de l'organe de révision que la société est surendettée, le conseil d'administration en avise le juge, à moins qu'une convention de postposition soit conclue dans la mesure de l'insuffisance de l'actif.

Au vu de l'avis, le juge déclare la faillite. Il peut l'ajourner, à la requête du conseil d'administration ou d'un créancier, si l'assainissement paraît possible. Dans ce cas, il prend les mesures propres à la conservation de l'actif social (art. 725a al. 1 CO; 192 LP).

D'après l'art. 728c al. 3 CO, en cas de surendettement manifeste, l'organe de révision avise le juge si le conseil d'administration omet de le faire.

Ces dispositions ont pour but d'éviter que l'ouverture de la faillite soit retardée et de protéger les créanciers actuels ou futurs d'une augmentation de leurs pertes, notamment en empêchant que la société contracte de nouvelles dettes ou favorise illicitement certains d'entre eux. Elles sauvegardent également les intérêts collectifs, en s'opposant à ce que des personnes morales surendettées restent dans le circuit économique. Des perspectives d'assainissement concrètes, réalisables à court terme, peuvent toutefois justifier selon les circonstances de renoncer à aviser immédiatement le juge, à l'exclusion d'expectatives exagérées ou de vagues espoirs. En cas de controverse entre le conseil d'administration et l'organe de révision sur la présence d'un surendettement, l'organe de révision n'est pas habilité à aviser le juge tant que cette divergence se situe dans les limites d'une marge normale d'appréciation. Il ne peut et ne doit informer lui-même le juge que si le surendettement est manifeste et si le conseil d'administration reste inactif. Un surendettement est manifeste lorsqu'il n'est plus douteux que l'actif ne peut couvrir les engagements et qu'aucune postposition suffisante n'est accordée; il en va de même lorsque le surendettement apparaît de manière évidente à toute personne capable de discernement, ou encore lorsque son déni déborderait les limites d'une marge normale d'appréciation. Enfin, selon la définition du Conseil fédéral, le surendettement est manifeste lorsqu'il est indéniable en dépit d'une appréciation optimiste de la situation. Peu importe à cet égard que le surendettement soit important, si son évidence ressort d'autres circonstances (ATF 127 IV 110 consid. 5a).

Le réviseur ne saurait se soustraire à toute responsabilité en argumentant qu'il n'était pas en mesure d'accomplir correctement sa tâche en raison de son état ou de son manque de connaissance. Dans ces hypothèses, le réviseur doit alors y renoncer, en déclinant le mandat (arrêt du Tribunal fédéral 4A_373/2015 du 26 janvier 2016 consid. 5.1).

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. 5.1.1).

2.2 En l'espèce, c'est à tort que le Tribunal a constaté que la valeur du stock avait été confirmée par les organes de révision précédents de l'intimée.

En effet, les seuls états financiers audités complets qui figurent au dossier, à savoir ceux établis par K_____ SA pour l'exercice 2014, contiennent précisément une réserve sur la valeur du stock. L'organe de révision relève à cet égard que celui-ci est vraisemblablement surévalué pour un montant important.

Les états financiers au 31 décembre 2015 et 30 juin 2016, établis par la société O_____ SA, n'émanent quant à eux pas d'un réviseur agréé agissant en tant qu'organe de révision de l'intimée, mais de sa fiduciaire. La valeur du stock figurant dans ces documents n'a ainsi pas fait l'objet d'une vérification par une personne neutre et agréée de sorte qu'elle n'est pas déterminante.

C'est le lieu de relever qu'un nombre anormalement élevé de réviseurs se sont succédé en tant qu'organes de révision de l'intimée depuis 2004. L'intimée a en effet eu huit organes de révision, dont plusieurs pour une durée inférieure à un ou deux ans. Compte tenu du fait que la jurisprudence fait obligation aux organes de révision qui ne peuvent effectuer leur mission de décliner le mandat, cet élément permet de penser que plusieurs autres réviseurs se sont heurtés à des difficultés d'accès à l'information similaires à celles rencontrées par la recourante.

Les affirmations de la recourante sur l'absence de valeur du stock de cuivre de l'intimée sont corroborées par le fait que, comme cela ressort des états financiers de l'intimée au 31 décembre 2015, celle-ci essaie en vain de vendre ce stock depuis plusieurs années.

A cela s'ajoute que l'intimée, alors qu'elle en aurait eu la possibilité, n'a fourni aucune pièce probante sur la valeur du stock en question. L'attestation datée du 27 juin 2012 établie par l'entrepositaire de la marchandise ne saurait être suffisante à cet égard dans la mesure où, d'une part, elle date de plusieurs années et où, d'autre part, l'on ignore sur la foi de quels éléments la valeur indiquée a été déterminée.

Par ailleurs, les allégations de la recourante selon lesquelles l'intimée ne parvient pas à honorer ses dettes exigibles sont confirmées par le montant élevé de poursuites en cours dont elle fait l'objet, à savoir 18 au 9 mars 2017, pour un total d'environ 3'021'635 fr. 18.

Les perspectives d'amélioration de la situation paraissent inexistantes puisque l'intimée essuie des pertes depuis 2014 - 295'045 fr. 66 en 2014, 738'246 fr. 30 en 2015 et 311'183 fr. 90 pour les six premiers mois de 2016 - et n'allègue pas que la tendance se serait inversée.

A cet égard, il ressort tant du rapport de révision pour 2014 que des comptes non audités pour 2015 que les revenus propres de l'intimée sont pratiquement nuls et que celle-ci ne survit que grâce aux apports de ses actionnaires. La poursuite de son activité est ainsi incertaine.

Il résulte de ce qui précède que la situation financière de l'intimée doit être examinée sur la base du bilan intermédiaire au 21 mars 2017 produit par la recourante qui fait état d'un surendettement de 1'333'412 fr. 58 aux valeurs de liquidation.

Le fait que la recourante n'ait pas retenu de surendettement aux valeurs de continuation n'est pas, comme elle le relève elle-même, décisif puisque le montant de XXXX fr. pris en compte pour l'évaluation du stock est manifestement surévalué pour les motifs relevés précédemment.

En outre, la poursuite de l'activité de la société, qui n'a plus d'employés ni de revenus, est gravement compromise.

Aucune déclaration valable de postposition des dettes envers les actionnaires ne figure de plus à la procédure.

L'on ne saurait considérer, comme l'a fait le Tribunal, que la situation des créanciers n'est pas préteritée par un refus d'entrer en matière sur la requête de la recourante. Les dispositions sur l'avis au juge en cas de surendettement ont, selon la jurisprudence, pour but d'éviter que l'ouverture de la faillite ne soit retardée et visent à protéger les créanciers actuels ou futurs d'une augmentation de leurs pertes, notamment en empêchant que la société contracte de nouvelles dettes ou favorise illicitement certains d'entre eux. Elles sauvegardent également les intérêts collectifs, en s'opposant à ce que des personnes morales surendettées restent dans le circuit économique. Le fait que l'intimée n'ait plus d'employés n'est par conséquent pas relevant.

Comme le relève à juste titre la recourante, aucune garantie n'a été donnée concernant le versement des 500'000 fr. promis par C_____. La date prévue était le 25 mai 2017 et l'intimée n'allègue pas que ce montant aurait été effectivement payé à ce jour. En tout état de cause, la somme susmentionnée est insuffisante pour éliminer le surendettement et aucune déclaration de postposition concernant un éventuel versement n'a été produite.

Il résulte de ce qui précède que l'intimée est manifestement surendettée.

Le jugement querellé sera par conséquent annulé.

L'intimée n'a proposé aucune mesure d'assainissement, étant au demeurant souligné qu'aucune possibilité d'assainissement ne ressort du dossier.

Il sera statué à nouveau dans le sens que la faillite de l'intimée sera par conséquent prononcée, conformément aux articles 725a al. 1 CO et 192 LP.

3. L'intimée, qui succombe, sera condamnée aux frais de première et seconde instance (art. 106 al. 1 CPC).

Les frais de première instance seront arrêtés à 300 fr. et ceux de recours à 450 fr. (art. 52 et 61 OELP) et compensés avec l'avance de 220 fr. fournie par la recourante qui reste acquise à l'Etat de Genève.

L'intimée sera par conséquent condamnée à verser ce dernier montant à la recourante et le solde à l'Etat de Genève.

Il ne sera pas alloué de dépens à la recourante qui comparaît en personne et n'en a pas sollicité, les conditions de l'art. 95 al. 3 let. c CPC n'étant au demeurant pas réalisées.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté par A_____ SA contre le jugement JTPI/5702/2017 rendu le 4 mai 2017 par le Tribunal de première instance dans la cause C/6552/2017-22 SFC.

Au fond :

Annule le jugement querellé, et statuant à nouveau :

Constate que B_____ SA est manifestement surendettée.

Prononce la faillite de B_____ SA avec effet au 22 août 2017.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais de première et seconde instance :

Arrête à 750 fr. les frais judiciaires de première et seconde instance, les compense partiellement avec l'avance versée en 220 fr., qui reste acquise à l'Etat de Genève, et les met à la charge de B_____ SA.

Condamne B_____ SA à verser 220 fr. à A_____ SA et 530 fr. à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

Siégeant :

Madame Sylvie DROIN, présidente; Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ et Monsieur Ivo BUETTI, juges; Madame Céline FERREIRA, greffière.

La présidente :

Sylvie DROIN

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.

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