

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/23835/2014

ACJC/1238/2016

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 23 SEPTEMBRE 2016

Entre

A. _____ SA, sise _____, recourante contre un jugement rendu par la 10^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 28 janvier 2015, comparant par Me Cyril Aellen, avocat, rue du Rhône 61, case postale 3558, 1211 Genève 3, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

B. _____, sise _____, intimée, comparant en personne.

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 26.09.2016.

EN FAIT

- A.** Par jugement JTPI/1356/2015 du 28 janvier 2015, notifié aux parties le 2 février 2015, le Tribunal de première instance (ci-après : le Tribunal), statuant en l'absence des parties, a déclaré A._____ SA en état de faillite dès le 28 janvier 2015 à 14:15 et statué sur les frais.
- B.** Contre cette décision, A._____ SA a requis du Tribunal, par courrier du 5 février 2015, que l'audience de faillite soit convoquée à nouveau; d'autre part, A._____ SA a formé recours contre sa mise en faillite, par acte du 12 février 2015 adressé à la Chambre civile de la Cour de justice (ci-après : la Cour).

a. La demande de reconvoction

A l'appui de sa requête, A._____ SA a fait valoir que l'employée qui avait retiré le pli recommandé l'invitant à comparaître à l'audience du 28 janvier 2015 l'avait classé sans en informer l'administrateur de la société, C._____, puis avait bénéficié d'un congé maternité, de sorte qu'A._____ SA n'avait eu connaissance de l'existence de cette audience qu'à réception du jugement de faillite.

Par jugement JTPI/15663/2015 du 22 décembre 2015, notifié aux parties le même jour, le Tribunal a rejeté la requête en restitution de délai formée par A._____ SA en lien avec le jugement de faillite du 28 janvier 2015, indiquant que sa décision était susceptible d'un recours.

En temps voulu, A._____ SA a usé de cette faculté.

Par arrêt ACJC/394/2016 du 18 mars 2016, la Cour a déclaré irrecevable le recours formé par A._____ SA et mis les frais à sa charge.

Tant le Tribunal que la Cour ont considéré que la restitution de délai était exclue en l'occurrence, la faute à l'origine du défaut n'étant pas excusable au sens de l'art. 148 CPC.

b. Le recours

bi. En préambule à son recours contre le jugement prononçant sa faillite, A._____ SA a sollicité l'octroi de l'effet suspensif.

La suspension de l'effet exécutoire attaché au jugement entrepris lui a été accordée par décision du 13 février 2015.

Le même jour, la Cour a informé les parties qu'elle sursoyait à statuer sur le recours du 12 février 2015, vu la demande de restitution formée par A._____ SA pendante devant le Tribunal, dans l'attente de l'issue de cette procédure.

bii. Dans son acte de recours contre le jugement de faillite, A._____ SA avance, d'une part, que la négligence de son employée à l'origine de son absence lors de l'audience de faillite lui permet de présenter des pseudo nova et, d'autre part, qu'elle est solvable, qu'elle a présenté en vain des plans de désintéressement à B._____ qui n'a jamais répondu à ses propositions et, enfin, que les 141'726 fr. 65 qu'elle devait à sa créancière seraient déposés sous quinzaine auprès de l'autorité de recours (*Note de la Cour : ce versement n'est jamais intervenu*).

biii. En raison de la suspension de l'instruction de la cause, B._____ n'a répliqué que le 13 juin 2016. Elle a sollicité la confirmation du jugement entrepris, A._____ SA n'ayant pas respecté les délais de paiement qui lui avaient été accordés dès le début 2012 ni donné valablement suite à plusieurs plans d'amortissement négociés à l'amiable, le dernier en octobre 2013, de sorte que ses interventions au printemps 2014 étaient tardives. Même si, "*évidemment*", B._____ ne s'opposait pas au paiement de la dette reconnue par la recourante, elle persistait dans ses conclusions de rejet du recours.

biv. Dans sa réplique du 27 juin 2016, A._____ SA mentionne qu'elle détient l'intégralité des actions de D._____ SA et qu'une société active dans le même domaine, E._____ SÀRL, était prête, via la société financière F._____ SA, à racheter le matériel d'échafaudage de la recourante, d'une valeur estimée à 3'217'155 fr. Le dénouement de cette transaction étant prévu pour la fin de l'été 2016, A._____ SA prenait une conclusion nouvelle en ajournement de faillite.

bv. Par ailleurs, A._____ SA a formé, le 29 juin 2016, une requête en mesures provisionnelles en ajournement de faillite, pour les motifs liés à l'offre de reprise de E._____ SÀRL. B._____ a déclaré qu'elle ne s'opposerait pas à ce que la Cour accorde un délai supplémentaire à A._____ SA.

C. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. A._____ SA est une société anonyme inscrite au registre du commerce de Genève depuis le _____ 2006. Son but est la vente et la location d'engins de travail, tels qu'échelles et échafaudages, ainsi que d'autres appareillages de montage et de fabrication, et tous produits et articles dans le domaine de la construction. Elle est issue d'un acte de scission de G._____, fondée en décembre 1984, qui était active dans le même domaine, mais sans référence aux échelles et aux échafaudages.

b. A._____ SA a passé un contrat de prévoyance du personnel N° 1_____ avec B._____, pour la réalisation de la prévoyance professionnelle obligatoire.

c. Accusant un retard en principal de 162'274 fr. 05 au 23 février 2012, A._____ SA a accepté le 9 mars 2012 un plan d'amortissement lui imposant un

amortissement mensuel de 18'095 fr. Selon B._____, les paiements étaient irréguliers et A._____ SA devait, toujours sans intérêts ni frais, 75'815 fr. 75 en juin 2012, 67'694 fr. 65 en octobre 2013 et 137'106 fr. 95 en juin 2014.

d. B._____ a proposé à A._____ SA, le 5 octobre 2013, un nouveau plan d'amortissement que celle-ci n'a pas respecté. B._____ a résilié le contrat de prévoyance du personnel d'A._____ SA pour fin décembre 2013.

e. Le 21 février 2014, B._____ a fait notifier un commandement de payer poursuite N° 2_____ à A._____ SA pour un montant de 135'903 fr. 95, plus intérêts, auquel le débiteur a fait opposition afin, selon ses écritures "*de tenter de trouver un accord transactionnel*". Le montant de la créance n'a jamais été contesté.

Le 4 juin 2014, A._____ SA s'est vue notifier une commination de faillite, poursuite N°2_____, à la requête de B._____.

f. Interpellée par A._____ SA en raison de cette notification, B._____ a précisé que la crédibilité et la confiance accordées jusqu'alors avaient perdu toute signification à cause des délais jamais respectés et des nombreuses promesses verbales non tenues.

g. Dans ses écritures des 12 février 2015 et 27 juin 2016, A._____ SA fait état de pseudo nova et de nova et produit des pièces à leur sujet.

gi. Le recours du 12 février 2015 mentionne ainsi, pêle-mêle, qu'A._____ SA est une société active qui a proposé en vain plusieurs plans de paiement à B._____ dès octobre 2013.

Elle se présente comme une société saine, titulaire d'actifs pour 2'205'100 fr., sans liquidités mais comptant des débiteurs réalisables à court terme pour 1'209'329 fr. A._____ SA affirme aussi qu'elle est créancière pour 282'790 fr. 45 au 9 février 2015 et que des clients ont déjà réglé certaines dettes, aux montants non révélés, bloqués en raison de la faillite. Elle dit encore avoir une limite de crédit auprès de H._____ de 210'000 fr., sans produire de pièce à ce sujet ni mentionner l'état de son compte.

gii. Les pièces produites à l'appui du recours du 12 février 2015 révèlent, notamment et chronologiquement, qu'A._____ SA, en réponse à un courrier non produit de B._____ de la veille, a proposé le 29 novembre 2013 de verser 15'000 fr. les 15 décembre 2013, 15 janvier 2014, 15 février 2014 et le solde le 15 mars 2014; B._____ n'a pas répondu. Le 4 décembre 2013, A._____ SA a pris note de la résiliation du contrat par B._____, sans la produire, mais l'a contestée, sans en indiquer les motifs. Le 28 janvier 2014, en réponse à un courrier du 25 janvier précédent qu'elle ne produit pas, A._____ SA a proposé à B._____ de solder sa

dette par dix versements mensuels, le 20 de chaque mois, de mars à décembre 2014, d'un montant égal de 13'590 fr. 40; B._____ n'a pas répondu. A._____ SA a réitéré sa proposition les 10 février et 4 avril 2014, après avoir pris note à nouveau de la résiliation du contrat, sans recevoir plus de réponse qu'auparavant. Le montant des versements proposés en définitive étaient de 13'860 fr. 68 par mois, de juillet 2014 à avril 2015.

Dans ses courriers, A._____ SA ne faisait pas mention des causes de ses retards, ni des possibilités qu'elle avait de respecter ses engagements.

A._____ SA n'a pas produit de bilans audités, ni de compte de pertes et profits, ni aucune pièce permettant d'estimer ses charges courantes.

Les comptes produits par A._____ SA, non certifiés, font état, au 30 décembre 2013, de liquidités à hauteur de 1'438 fr. et, au 30 juin 2014, de 2'694 fr. A ces deux dates, le poste débiteurs était supérieur à 1'200'000 fr.

L'état des poursuites au 4 février 2015 démontre que B._____ est son plus gros créancier et qu'il n'y a pas d'actes de défaut de biens délivrés.

giii. Dans sa réplique du 27 juin 2016, A._____ SA, qui mentionne pour la première fois détenir l'intégralité des actions de D._____ SA, produit un courriel du gérant de E._____ SÀRL, qui écrit ceci : "*Mon offre peut être une reprise de l'ensemble de la société, un rachat de matériel ou une première prise de participation par l'intermédiaire de notre société d'investissement F._____ SA. Je vous propose que nous reprenions les négociations où nous les avons laissées, d'ici fin août 2016.*"

h. Le 27 juin 2016, A._____ SA a formé une demande de mesures provisionnelles auprès de la Cour, sollicitant un ajournement de la faillite, pour les mêmes motifs que ceux qu'elle a développés dans sa réplique, à savoir le rapprochement entre elle-même et E._____ SÀRL, étayé par la lettre de cette dernière, citée ci-dessus. Aucune autre pièce nouvelle n'est produite.

EN DROIT

- 1.** **1.1** S'agissant d'une procédure de faillite, seule la voie du recours est ouverte (art. 174 al. 1 LP; 319 let. b et 309 let. b ch. 7 CPC). La procédure sommaire s'applique (art. 251 let. a CPC).

- 1.2** Déposé dans le délai et selon la forme prescrits (art. 174 al.1 LP et 321 al. 1 CPC), le recours est recevable.

1.3 Dans le cadre d'un recours, le pouvoir d'examen de la Cour est limité à la violation du droit et à la constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC).

- 2. 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).

D'après l'art. 174 al. 1, 2^{ème} phrase LP, les parties peuvent faire valoir devant l'instance de recours des faits nouveaux qui se sont produits avant le jugement de première instance ("pseudo nova"; COMETTA, in Commentaire romand LP, 2005, n. 5 ad art. 174 LP). Le débiteur peut également présenter des faits et moyens de preuve postérieurs au jugement de faillite ("vrais nova"), pour autant qu'ils servent à établir que les conditions de l'art. 174 al. 2 LP sont remplies (COMETTA, op. cit., n. 6 ad art. 174 LP). L'expression "faits nouveaux" doit être comprise dans un sens technique : elle englobe aussi bien les allégués de fait que les offres de preuves (art. 174 al. 1 LP; arrêt du Tribunal fédéral 5P.263/2003 du 25 août 2003 consid. 3.3.1).

Conformément à l'art. 174 al. 2 LP, la prise en considération de vrais nova - à savoir des faits qui sont intervenus après l'ouverture de la faillite en première instance - est soumise à une double condition très stricte : seuls certains faits peuvent être retenus et le débiteur doit à nouveau être solvable (STOFFEL/CHABLOZ, Voies d'exécution, Poursuite pour dettes, exécution de jugements et faillite en droit suisse, 2ème éd., 2010, p. 274).

S'agissant des faits qui peuvent être pris en considération, le débiteur doit établir par titre soit que la dette est éteinte en capital, intérêts et frais (art. 174 al. 2 ch. 1 LP), soit que le montant de la dette a été déposé à l'intention du créancier entre les mains de l'autorité de recours (art. 174 al. 2 ch. 2 LP), soit encore que le créancier a retiré sa réquisition de faillite (art. 174 al. 2 ch. 3 LP). 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).

2.2 En l'espèce, les pièces produites par la recourante et antérieures à la date du jugement entrepris sont donc recevables. Il s'agit des pièces produites avec son mémoire de recours.

Il n'en va pas de même des pièces produites avec son mémoire de réplique, lesdites pièces correspondant à des faits qui ne peuvent être pris en considération.

- 3.** La recourante persiste à solliciter la restitution de délai en lien avec son absence lors de l'audience du 28 janvier 2015. Or, ce point a été définitivement jugé par les décisions du Tribunal et de la Cour, constatant à juste titre que cette absence était

due à une grave erreur de la recourante et qu'il n'y avait pas lieu à reconvoation. Il n'y a pas lieu d'y revenir.

4. La recourante sollicite l'annulation du jugement prononçant sa faillite.

4.1 Aux termes 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 : la dette, intérêts et frais compris, a été payée (ch. 1), la totalité du montant à rembourser a été déposée auprès de l'autorité de recours à l'intention du créancier (ch. 2) ou le créancier a retiré sa réquisition de faillite (ch. 3).

4.2 En l'occurrence, les conditions posées par l'art. 174 ch. 1 à 3 LP ne sont manifestement pas réalisées et le jugement de faillite devra être confirmé.

En effet, la dette, intérêts et frais compris, n'a pas été payée (ch. 1), la totalité du montant à rembourser n'a pas été déposée auprès de l'autorité de recours à l'intention du créancier (ch. 2), malgré les promesses écrites formulées péremptoirement par la recourante (cf. recours, ch. 38) et le créancier n'a pas retiré sa réquisition de faillite (ch. 3).

Les conditions posées par l'art. 174 al. 2 LP étant 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), il n'est pas nécessaire de s'interroger quant à la solvabilité de la recourante.

5. La recourante sollicite dans sa réplique du 27 juin 2016, pour la première fois, un ajournement de la faillite; elle prend, deux jours plus tard, des conclusions en mesures provisionnelles allant dans le même sens et bases sur des faits identiques. Ces conclusions, tardives, sont irrecevables.

Seraient-elles recevables qu'elles devraient être écartées, pour les motifs développés ci-après.

5.1 Selon l'art. 173a al. 2 LP, le tribunal peut ajourner d'office le jugement de faillite lorsqu'un concordat paraît possible; il transmet dans ce cas le dossier au juge du concordat.

Cette norme constitue une exception et doit être appliquée restrictivement. La volonté claire du législateur n'était pas de transformer l'instrument du concordat en une occasion d'intervention étatique, de sorte qu'il doit être limité aux cas exceptionnels de faillite requise par un créancier intransigeant, présentant un intérêt public, par exemple lorsqu'est en jeu le maintien de places de travail dans les régions économiquement menacées (AMMON/WALTHER, Grundriss des

Schuldbetreibungs und Konkursrecht, 9^{ème} éd., 2013, § 36 n. 42; STOFFEL/CHABLOZ, op. cit., § 9, n. 62; COMETTA, op. cit., n. 7 ad art. 173a LP).

Le tribunal doit examiner s'il existe des indices clairs permettant de rendre vraisemblable qu'un concordat est possible; il n'a cependant pas à rechercher ces éléments, lesquels doivent ressortir directement des pièces (GIROUD, Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Art. 159-352 SchKG, 2^{ème} éd., 2010, n. 8 ad art. 173a LP; Ammon/Walther, op. cit., § 54 n. 4).

5.2 En l'espèce, la recourante, qui invoque pourtant l'art. 173a LP, n'examine pas sérieusement les conditions nécessaires à l'examen de la possibilité d'obtenir un concordat. Elle n'explique pas quels éléments devraient inciter la Cour à considérer qu'une telle possibilité existait au moment du dépôt du recours et se borne à avancer des éléments insuffisamment documentés pour étayer ses conclusions.

Les seules allégations de la recourante concernent une lettre d'intentions, au demeurant fort vague, qui semble impliquer principalement la reprise des actifs d'une société tierce dont on affirme, sans documentation spécifique, que l'intégralité de ses actions appartiendrait à la recourante. Aucun élément du bilan produit - non audité, contrairement à ce qui est allégué -, ne permet de vérifier cette vague et incertaine assertion.

Pour le surplus, aucun élément ne permet de rendre vraisemblable qu'un intérêt public nécessiterait l'ajournement de la faillite de la recourante. Celle-ci ne produit aucun bilan audité, aucun compte de pertes et profits, aucun compte de charges; on ignore ainsi le nombre d'employés occupés, s'il y en a encore, l'étendue des locaux loués ou toute autre charge. Dans ces circonstances, l'intérêt public à prendre en compte fait défaut. Il ressort au contraire du dossier que la recourante ne dispose toujours pas de liquidités, les encaissements de débiteurs avancés n'étant pas étayés et qu'elle n'établit toujours pas sa solvabilité.

Au vu de ces éléments, les conditions d'un ajournement de faillite ne sont pas réalisées, constatation qui vide également de sa substance la requête en mesures provisionnelles.

- 6. 6.1** La faillite est ouverte au moment où le jugement la prononce (art. 175 al. 1 LP). Le jugement constate ce moment (al. 2).

Lorsque le prononcé de la faillite fait l'objet d'un recours muni d'effet suspensif, la date de l'arrêt prononcé sur recours est à considérer comme le moment de l'ouverture de la faillite (ATF 129 III 100).

L'instance de recours peut suspendre le caractère exécutoire du jugement de faillite (art. 325 al. 2 CPC). Si elle rejette ensuite le recours, elle doit fixer à

nouveau le moment de l'ouverture de la faillite si elle a également suspendu les effets juridiques de l'ouverture de la faillite, soit la force de chose jugée formelle de la décision attaquée (ATF 129 III 100; arrêt du Tribunal fédéral 5A_92/2016 du 17 mars 2016 consid. 1.3.2.1 et les réf. citées).

6.2 En l'occurrence, la Cour a préalablement accordé la suspension de l'effet exécutoire attaché au jugement entrepris. Elle n'a toutefois pas suspendu les effets juridiques de l'ouverture de la faillite.

Il n'y a dès lors pas lieu de statuer à nouveau sur le moment d'ouverture de la faillite, qui reste fixé au 9 juin 2016 à 14:30 heures.

- 7.** La recourante, qui succombe, sera condamnée aux frais (art. 106 al. 1 et 3 CPC).

L'émolument de la présente décision sera fixé à 1'420 fr. (art. 52 let. b et 61 al. 1 OELP) et compensé avec les avances fournies, qui restent acquises à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC).

Des dépens ne seront pas alloués à l'intimée, qui plaide en personne.

- 8.** La présente décision s'inscrit dans une procédure de faillite sujette au recours de droit civil au Tribunal fédéral (art. 72 al. 1 LTF) indépendamment de la valeur litigieuse (art. 74 al. 2 let. d LTF).

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté par A._____ SA contre le jugement JTPI/1356/2015 rendu le 28 janvier 2015 par le Tribunal de première instance dans la cause C/23835/2014-10 SFC.

Au fond :

Le rejette.

Confirme le jugement entrepris.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires à 1'420 fr., compensés avec les avances de frais fournies du même montant, acquises à l'Etat.

Les met à la charge d'A._____ SA.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

Siégeant :

Monsieur Jean-Marc STRUBIN, président; Madame Sylvie DROIN, juge;
Monsieur Louis PEILA, juge suppléant; Madame Véronique BULUNDWE, greffière.

Le président :

Jean-Marc STRUBIN

La greffière :

Véronique BULUNDWE

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.