

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/15429/2016

ACJC/210/2017

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 24 FEVRIER 2017

A_____, sise c/o B_____, administrateur, _____(GE), recourante contre un jugement rendu par la 10ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 21 novembre 2016, comparant en personne.

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 27.02.2017.

EN FAIT

- A.** Par jugement JTPI/14216/2016 du 21 novembre 2016, reçu par A_____ le lendemain, le Tribunal de première instance a refusé l'octroi d'un sursis concordataire à A_____ (chiffre 1 du dispositif), prononcé la faillite de cette dernière avec effet au 21 novembre 2016 à 14 h (ch. 2), débouté A_____ de toutes autres conclusions (ch. 3), ordonné la communication de ce jugement à celle-ci, au Registre du commerce, à l'Office des poursuites, à l'Office des faillites, au Registre foncier et aux Services financiers du Pouvoir judiciaire (ch. 4), arrêté les frais judiciaires à 2'500 fr. et compensé ces frais à due concurrence avec l'avance de frais reçue de A_____ (ch. 5), mis ces frais à sa charge (ch. 6) et l'a déboutée de toutes autres conclusions.
- B. a.** Par acte expédié à la Cour de justice le 2 décembre 2016, A_____ recourt contre ce jugement dont elle sollicite l'annulation en concluant à l'octroi d'un sursis provisoire de quatre mois et à la condamnation de l'Etat de Genève aux frais et dépens d'instance. Subsidiairement, elle conclut au renvoi de la cause au Tribunal, pour statuer dans le sens des considérants.

Outre le jugement entrepris produit sous pièce n° 0, elle produit cinq pièces nouvelles (n° 0bis à 0sexies) dont quatre portent des dates postérieures audit jugement, à savoir un courrier de C_____ du 30 novembre 2016 affirmant que A_____ peut mener un projet de rénovation et de transformation de son immeuble genevois sans disposer d'aucune liquidité, une garantie bancaire du 2 décembre 2016 portant sur un montant de 150'000 fr. destinés à garantir le paiement des frais courants d'exploitation, des honoraires d'avocat et d'administrateur et d'organe de révision, des frais de justice etc., et deux courriers de courtiers immobiliers datés du 1^{er} décembre 2016 affirmant avoir plusieurs clients intéressés par les appartements en PPE à créer dans le cadre du projet de rénovation et de transformation de l'immeuble genevois de A_____, soit par un appartement au prix de 4'032'000 fr., un deuxième au prix de 6'405'500 fr. et un troisième au prix de 2'415'000 fr.

La cinquième pièce nouvelle est un courriel envoyé le 11 octobre 2016 par la société D_____ à A_____, pour expliquer la baisse de la valeur de l'immeuble de A_____ jusqu'au 30 juin 2016, date à laquelle D_____ l'avait estimé à une valeur de 14'340'000 fr. (cf. au sujet de cette valeur infra sous let. C.d); l'estimation en question est jointe audit courriel, dans lequel D_____ relève les "*contraintes exigeantes de la LDTR*".

- b.** Sur requête de A_____ et statuant par décision du 5 décembre 2016, la Cour a suspendu l'effet exécutoire du jugement entrepris.

C. Les faits pertinents suivants résultent du dossier.

a. Dotée d'un capital social de 100'000 fr., la société anonyme genevoise A_____ est active dans l'immobilier. Son actionnaire unique est E_____, citoyen du Kazakhstan, tandis que son administrateur unique, avec signature individuelle, est l'avocat suisse B_____.

Le 3 juin 2015, l'organe de révision de A_____ a été radié du Registre du commerce et, par une déclaration d'"*opting out*" du même jour, A_____ a renoncé à un contrôle restreint.

b. Le 8 août 2016, A_____ a saisi le Tribunal d'une requête de sursis concordataire provisoire de quatre mois. Subsidiairement, elle a conclu au prononcé de sa faillite.

A_____ a exposé être durablement insolvable et gravement surendettée, ce qui ressortait notamment de son bilan non audité au 31 décembre 2015. Elle ne disposait plus d'aucun actif circulant, son unique actif actuel étant son immeuble genevois de quatre étages. Son compte de pertes et profits au 31 décembre 2015 faisait état d'une perte nette de 6'920'263 fr., et elle faisait l'objet de plusieurs poursuites pour un montant d'au moins 15'107'955 fr., soit une poursuite intentée par F_____ pour une créance hypothécaire d'un montant de 15'053'660 fr. 45, ainsi qu'une autre poursuite intentée par G_____ pour un montant de 54'295 fr.

A_____ a indiqué avoir cherché à revendre son immeuble genevois depuis plusieurs années déjà, à un prix suffisant pour rembourser ses créanciers. Toutefois, les offres reçues ne dépassaient jamais 12'000'000 fr., soit un montant insuffisant pour couvrir ses dettes. La seule mesure envisagée pour assainir la société était de faire passer l'immeuble en question, soumis à la loi cantonale sur les démolitions, transformations et rénovations, à une propriété par étage afin de vendre les appartements de l'immeuble à l'unité et au prix du marché, ce qui lui permettrait "d'obtenir une chance" de rembourser ses créanciers.

c. Lors de l'audience du 14 septembre 2016, l'administrateur unique de A_____ a confirmé que la requête de la société valait également avis de surendettement. Concernant le projet de transformation de l'immeuble suivie de la vente des appartements à l'unité, il a exposé que F_____ n'y était pas hostile sur le principe, mais qu'elle avait cependant initié une procédure en réalisation du gage et qu'ils étaient en négociation d'un accord permettant le remboursement du capital, voire une partie des intérêts.

Par ailleurs, A_____ a exposé que le projet de transformation présupposait une rénovation de fond en comble de l'ensemble de l'immeuble, à piloter par la société C_____ qui était d'accord d'attendre le paiement de ses honoraires, sur le bénéfice de la vente des appartements. Les travaux de rénovation ainsi que les

frais de mutation seraient, selon A_____, payés par les acquéreurs, en ce sens que les appartements seraient vendus sur plans et que les acomptes versés permettraient de commencer les travaux. Il est relevé à cet égard que les travaux de rénovation sont estimés à 3'627'612 fr. par C_____ et à 8'326'000 fr. par la société D_____ dans son rapport du 4 avril 2014, laquelle a par ailleurs indiqué dans sa mise à jour au 31 décembre 2015 qu'un montant de 4'000'000 fr. lui paraissait trop faible.

A_____ a également précisé que son actionnaire unique n'était pas disposé, en l'état, à augmenter le capital social, préférant vendre l'immeuble. Cet actionnaire assumait à titre personnel des passifs depuis le 1er janvier 2016 et assumerait également le financement du sursis provisoire, y compris les frais d'un éventuel commissaire au sursis.

B_____ a également indiqué que A_____ n'avait pas contesté auprès de la Chambre de surveillance l'expertise établie sur la demande de l'Office des poursuites, estimant l'immeuble en question à 8'400'000 fr. au 30 juin 2016.

Le Tribunal a impartì à A_____ un délai non prolongeable au samedi 15 octobre 2016 pour produire son bilan 2015 audité aux valeurs de continuation et de liquidation et un bilan intermédiaire audité au 30 juin 2016, ainsi que toute pièce complémentaire qu'elle estimerait utile à l'appui de sa requête, y compris une détermination de F_____.

d. Par courrier du lundi 17 octobre 2016, A_____ a déposé au Tribunal un bordereau complémentaire de pièces, contenant notamment deux conventions de postposition des 3 et 13 octobre 2016 conclues avec son actionnaire unique, concernant le compte courant actionnaire au 31 décembre 2015 pour un montant de 5'665'526 fr. et au 30 juin 2016 pour un montant de 5'711'257 fr., un rapport établi par la société H_____ concernant les comptes annuels de la société A_____ pour l'exercice 2015 arrêté au 31 décembre, ainsi qu'un rapport concernant les comptes annuels pour l'exercice 2016 arrêté au 30 juin 2016. Dans ses lettres d'accompagnement, H_____ affirme agir en tant qu'"*organe de révision sur contrôle restreint*" et relève que la "*responsabilité des comptes*" incombait au conseil d'administration de A_____.

Il ressort des comptes en question qu'au 30 juin 2016, la société A_____ ne générait toujours aucun revenu et n'avait aucune liquidité. Le seul actif de la société était l'immeuble genevois dont la valeur avait chuté par rapport à l'année précédente de près d'un million de francs et s'élevait désormais à 14'340'000 fr. Les dettes à court terme s'élevaient à 556'860 fr., et celles à long terme à 22'135'577 fr. Les fonds propres de la société avaient été entamés par des pertes cumulées atteignant 6'685'554 fr. à fin 2015, puis à raison de pertes cumulées atteignant 8'352'437 fr. à fin juin 2016.

A_____ n'a produit aucune détermination de F_____.

e. Dans son jugement du 21 novembre 2016, le Tribunal a considéré que la requête ne satisfaisait pas aux exigences légales, A_____ n'ayant produit que des documents insuffisants qui ne permettaient pas de se faire une idée précise de la situation financière réelle de la société, ni de la position de F_____. De plus, il n'existait manifestement aucune perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat, vu l'ampleur du surendettement et l'absence totale de liquidités et de chiffre d'affaires depuis plusieurs années, et étant donné le coût du projet immobilier, manifestement insupportable pour A_____ alors que sa prise en charge par les futurs acheteurs était incertaine.

EN DROIT

1. **1.1** L'appel étant irrecevable dans les affaires relevant de la compétence du tribunal de la faillite ou du concordat selon la LP (art. 309 let. b ch. 7 CPC), seule la voie du recours est ouverte (art. 319 let. a CPC; art. 295c al. 1 LP).
- 1.2** Interjeté dans le délai de dix jours prévu par la loi (art. 174 al. 1, 1^{ère} phrase LP, art. 142 al. 1 et 3, 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. **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).

A teneur de l'art. 174 al. 1, 2^{ème} phrase LP, les parties peuvent faire valoir des faits nouveaux lorsque ceux-ci se sont produits avant le jugement de faillite de première instance. Ainsi, par exception au principe général de l'art. 326 al. 1 CPC, les parties peuvent alléguer des pseudos-nova sans restriction (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).

2.2 En l'espèce, la recourante a produit avec son recours cinq pièces nouvelles, dont quatre portent des dates postérieures au jugement prononçant sa faillite, et constituent donc des vrais novas. Ces pièces sont irrecevables, que ce soit sous l'angle de l'art. 326 al. 1 CPC ou de l'art. 174 al. 2 LP dans la mesure où elles ne portent sur aucune des trois circonstances visées par cette dernière disposition, lesquelles ne sont en tout état de cause pas pertinentes en l'espèce. La recevabilité du courrier de C_____ - si on présume que celle-ci était déjà du même avis avant le jugement de faillite et qu'il s'agit donc d'un faux nova recevable selon l'art. 174 al. 1 LP, mais irrecevable selon l'art. 326 al. 1 CPC dans le cadre d'un recours au sens du CPC (cf. art. 295c LP) -, n'a pas besoin d'être tranchée, dans la mesure où ledit courrier n'est pas déterminant (cf. infra consid. 3.3.2). Il en va de même pour la cinquième pièce, soit le courriel du 11 octobre 2016.

- 3. 3.1** Le débiteur peut lui-même requérir sa faillite en se déclarant insolvable en justice (art. 191 al. 1 LP). Par ailleurs, la faillite est prononcée d'office sans poursuite préalable dans les cas prévus par la loi (art. 192 LP), soit notamment lorsque l'administrateur d'une société anonyme annonce au juge le surendettement de la société (art. 725 al. 2 CO).

Le juge doit alors prononcer la faillite sans retard, sauf dans les cas mentionnés à l'art. 173a LP (art. 171 LP), applicable en matière de faillite sans poursuite préalable en vertu du renvoi de l'art. 194 al. 1 LP.

Selon l'art. 173a al. 1 et 2 LP, le tribunal peut ajourner le jugement de faillite, sur requête du débiteur sollicitant un sursis concordataire ou même d'office, lorsqu'un concordat paraît possible.

L'art. 173a LP est une mesure d'exécution forcée permettant d'éviter l'ouverture de la faillite quand sont réalisées les conditions d'un assainissement financier, notamment sous la forme d'un sursis concordataire. Le juge de la faillite saisi d'une requête d'ajournement doit examiner si une requête motivée de sursis, accompagnée du projet de concordat et des pièces justificatives (bilan détaillé, compte d'exploitation ou tous autres documents faisant apparaître l'état du patrimoine et des revenus du poursuivi) a été déposée et si, sur la base de ces pièces, émerge, selon toute vraisemblance, une certaine probabilité concrète d'homologation du concordat. Sur la base d'un examen sommaire, le juge doit donc poser un pronostic à propos des chances de succès d'un concordat (arrêt du Tribunal fédéral 5A_111/2010 du 12 janvier 2011 consid. 2.2 et références).

Cet ajournement de la faillite ne déploie toutefois ses effets que pendant la durée correspondant au temps nécessaire au juge pour rendre sa décision sur le sursis concordataire (arrêt 5A_111/2010 précité consid. 2.2).

Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu d'ajourner la faillite lorsqu'il apparaît d'emblée que le sursis concordataire doit être refusé.

3.2 Le débiteur qui introduit une procédure concordataire doit joindre à sa requête un bilan à jour, un compte de résultats et un plan de trésorerie ou d'autres documents présentant l'état actuel et futur de son patrimoine, de ses résultats ou de ses revenus ainsi qu'un plan d'assainissement provisoire (art. 293 let. a LP).

Le juge saisi de la requête accorde sans délai un sursis provisoire (art. 293a al. 1 LP) ou prononce d'office la faillite s'il n'existe manifestement aucune perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat (art. 293a al. 3 LP), étant rappelé que tout concordat implique une renonciation partielle des créanciers à leurs créances (art. 314 al. 1, 2 LP, respectivement 317, 318 LP) et que, par conséquent, l'homologation du concordat ne peut intervenir que lorsqu'une majorité qualifiée des créanciers accepte le projet de concordat qui leur est soumis (art. 305 LP).

L'insolvabilité du débiteur n'est pas une condition de l'octroi du sursis provisoire (arrêt du Tribunal fédéral 5A_866/2015 du 2 mai 2016 consid. 4.1 et références), et il en va de même pour son surendettement: il doit seulement rendre vraisemblable qu'il est au moins menacé de surendettement ou d'insolvabilité ou qu'il a besoin de la protection du sursis concordataire pour une autre raison valable et, partant, non abusive (HUNKELER, Kurzkomentar SchKG, 2014, n. 9 ad art. 293 LP). En effet, pendant la durée du sursis concordataire, aucune poursuite ne peut être exercée contre le débiteur, un gage immobilier ne peut en aucun cas être réalisé (art. 297 al. 1 LP) et les créances concordataires ne peuvent faire l'objet d'un séquestre ni d'autres mesures conservatoires (art. 297 al. 3 LP).

Si l'art. 293 LP ne pose pas de conditions plus strictes concernant les documents à joindre à la requête de sursis concordataire, il n'en reste pas moins que l'administrateur unique d'une société anonyme qui avertit le juge du surendettement de la société doit disposer d'un bilan intermédiaire dressé à sa demande par un réviseur agréé et indiquant les valeurs d'exploitation et de liquidation estimées des biens de la société (cf. art. 725 al. 2 CO). La production de ces documents permet notamment de mieux appréhender les chances de succès du plan d'assainissement provisoire, respectivement du futur concordat.

Ceci vaut d'autant plus que le juge n'a pas à investiguer d'office sur des possibilités d'assainissement, ni dans le cadre d'un ajournement de la faillite selon l'art. 173a LP (arrêt du Tribunal fédéral 5A_625/2015 du 18 janvier 2016 consid. 3.8.1.), ni dans le cadre d'une requête de sursis concordataire (arrêt du Tribunal fédéral 5A_268/2010 du 30 avril 2010 consid. 3.2).

3.3

3.3.1 En l'espèce, la recourante a rendu vraisemblable son surendettement, en

produisant ses bilans au 31 décembre 2015 et au 30 juin 2016 ainsi que le rapport d'un réviseur agréé du 15 octobre 2016. Il y a donc lieu d'admettre qu'elle a un intérêt actuel à obtenir un sursis concordataire.

Il reste à savoir si son intérêt à échapper ainsi à sa faillite, au moins provisoirement, mérite protection.

3.3.2 Il résulte des pièces comptables produites par la recourante, dont la fiabilité est certes un peu réduite puisqu'elles n'ont fait que l'objet d'un contrôle restreint au sens de l'art. 729a CO, que, depuis plusieurs années, la recourante n'a aucune activité et ne dispose pas de revenus, ni de liquidités, alors que qu'elle continue à supporter des charges courantes et extraordinaires diverses qui augmentent continuellement son endettement.

Son unique actif, un immeuble, est déjà grevé d'un gage garantissant une créance hypothécaire d'un montant supérieur à la valeur actuelle de l'immeuble.

Son plan d'assainissement, dont elle espère "obtenir une chance" de rembourser ses créanciers, consiste à engager une rénovation et transformation conséquente de cet immeuble, alors qu'elle est dans l'impossibilité totale de financer les travaux projetés: elle indique vouloir démarrer les travaux à la faveur d'avances sur les prix de vente qu'elle entend réclamer aux acheteurs potentiels des parts de propriété par étages, actuellement encore inexistantes.

Or, ce mode de financement apparaît aléatoire et incertain, en dépit de l'affirmation péremptoire contraire de C_____ - si l'on considère le contenu de son courrier du 30 novembre 2016 comme un faux nova recevable devant la Cour -, laquelle est toute générale et n'est étayée par aucun élément dans le cas concret. En outre, il est encore moins vraisemblable que la recourante puisse réaliser, par la transformation et rénovation de son immeuble, une plus-value suffisante pour couvrir non seulement tous les frais de construction et tous les honoraires de tous les intermédiaires et autres intervenants, mais également tout ou partie de son endettement croissant, de plus 22'000'000 fr. à la date du 30 juin 2016. Qui plus est, la rénovation et transformation de l'immeuble de la recourante est soumise à des contraintes légales résultant de la loi genevoise sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation (LDTR, RS/GE L 5 20), ce qui rend le succès de son projet d'assainissement encore plus hypothétique.

Enfin, la recourante n'a produit aucune détermination de sa créancière principale, à savoir la banque qui bénéficie par ailleurs d'un droit de gage sur son immeuble, relative à son accord de principe avec un futur concordat (cf. art. 305 LP, au sujet de l'acceptation du concordat par une majorité qualifiée des créanciers).

Dans ces conditions, la Cour estime, comme le Tribunal, qu'il n'existe aucune perspective concrète d'assainissement ou d'homologation d'un concordat. C'est à juste titre que le Tribunal a refusé l'octroi d'un sursis concordataire et prononcé immédiatement la faillite de la recourante, d'ailleurs conformément à la conclusion subsidiaire formée par la recourante elle-même, en première instance.

Par conséquent, le recours sera rejeté.

4. Au vu de l'issue de la cause, les frais du recours seront mis à la charge de la recourante (art. 106 al. 1 CPC).

Les frais judiciaires du recours sont arrêtés à 2'500 fr. (art. 54 et 61 OELP), qui comprennent également l'émolument de décision sur effet suspensif. Ils sont entièrement compensés avec l'avance fournie (art. 111 al. 1 CPC), qui reste acquise à l'Etat de Genève.

Il n'y a pas lieu à l'allocation de dépens.

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté par A_____ contre le jugement JTPI/14216/2016 rendu le 21 novembre 2016 par le Tribunal de première instance dans la cause C/15429/2016-10 SFC.

Au fond :

Rejette ce recours.

Déboute A_____ de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires du recours à 2'500 fr., les met à la charge de A_____ et dit qu'ils sont compensés avec l'avance de frais fournie, qui reste acquise à l'Etat de Genève.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

Siégeant :

Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, présidente; Madame Pauline ERARD et Monsieur Laurent RIEBEN, juges; Monsieur David VAZQUEZ, commis-greffier.

La présidente :

Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ

Le commis-greffier :

David VAZQUEZ

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