

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/15855/2017

ACJC/1386/2017

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU LUNDI 24 OCTOBRE 2017

Entre

A_____, sise _____ (GE), recourante contre un jugement rendu par la 22ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 13 juillet 2017, comparant par Me Patrice Genoud, avocat, rue du Général-Dufour 11, 1204 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

B_____, sise _____ [GE], comparant par Me Michel Bergmann, avocat, rue de Hesse 8-10, case postale 5715, 1211 Genève 11, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties, ainsi qu'au Tribunal de première instance, à l'Office des faillites, à l'Office des poursuites, au Registre du commerce et au Registre foncier, par plis recommandés du 09.11.2017.

EN FAIT

- A.** Par jugement JTPI/9278/2017 du 13 juillet 2017, reçu par A_____ le 20 juillet 2017, le Tribunal de première instance, statuant par voie de procédure sommaire à la suite d'un avis de surendettement donné par B_____, organe de révision de celle-ci, a déclaré A_____ en état de faillite dès le 13 juillet 2017 à 14 heures (chiffre 1 du dispositif), arrêté les frais judiciaires à 180 fr., mis à la charge de A_____, condamnée ainsi à verser cette somme à l'Etat de Genève (ch. 2 et 3), et débouté A_____ et B_____ de toute autre conclusion (ch. 4).

Le Tribunal a considéré que le surendettement de A_____ était manifeste au vu des états financiers remis par le réviseur, de sorte que sa faillite devait être prononcée.

- B. a.** Par acte déposé au greffe de la Cour de justice le 28 juillet 2017, A_____ forme recours contre ce jugement, dont elle requiert l'annulation.

Elle produit des pièces nouvelles.

b. Par courrier du 31 juillet 2017, A_____ a préalablement requis la suspension de l'effet exécutoire attaché au jugement entrepris, conclusion à laquelle la Cour a fait droit le 3 août 2017 (ES/87/2017).

c. B_____ s'en rapporte à justice. Elle conclut en tant que de besoin à ce qu'il lui soit donné acte de ce que les comptes de A_____ montraient un surendettement manifeste au 31 décembre 2016.

Elle produit des pièces nouvelles.

d. A_____ et B_____ ont été avisés le 26 septembre 2017 de ce que la cause était gardée à juger, la première ayant renoncé à répliquer.

- C.** Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

a. A_____, société anonyme de droit suisse inscrite au Registre du commerce de Genève le 1^{er} décembre 1949, est active dans le domaine du bâtiment et des travaux publics, maçonnerie et béton armé, gypserie, peinture et tous travaux s'y rapportant.

b. Par courrier du 23 juin 2017, B_____, son organe de révision, l'a informée de ce qu'elle était manifestement surendettée au 31 décembre 2016, le résultat positif au 31 mai 2017 ne permettant pas de remédier à cette situation. Elle l'a invitée à se déterminer et à lui fournir divers documents.

A_____ lui a remis des estimations financières pour l'année 2017.

c. Le 10 juillet 2017, B_____ a avisé le Tribunal de ce que A_____ était manifestement surendettée.

EN DROIT

1. 1.1 Le recours est recevable pour avoir été interjeté auprès de la Cour de justice (art. 120 al. 1 let. a LOJ), dans le délai utile de dix jours et suivant la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 142 al. 1 et 3 et 321 al. 2 CPC), par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC), à l'encontre d'un jugement qui statue dans une affaire relevant de la compétence du tribunal de la faillite selon la LP (art. 309 let. b ch. 7 et 319 let. a CPC; 174 al. 1 LP, par renvoi de l'art. 194 al. 1 LP).

1.2 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. En procédure de recours, les conclusions, les allégations de faits et les preuves nouvelles sont irrecevables (art. 326 al. 1 CPC).

Les pièces nouvelles de la recourante et de l'organe de révision sont donc irrecevables, de même que les allégués s'y rapportant.

3. La recourante fait valoir que «ni l'administratrice, ni les directeurs de la société n'ont été entendus au préalable par le juge» et que «s'il avait pris la peine de convoquer la société pour lui donner la possibilité de s'exprimer, le TPI aurait appris que les projections financières faites par l'organe de révision pour l'exercice 2017 étaient bien trop pessimistes et ne reflét[ai]ent aucunement la réalité».

Il convient ainsi de déterminer, en premier lieu, si le Tribunal a violé le droit d'être entendue de la recourante, question qui peut d'ailleurs être examinée d'office par la cour d'appel lorsque le vice juridique est tout simplement évident (arrêt du Tribunal fédéral 4A_258/2015 du 21 octobre 2015 consid. 2.4.3).

3.1.1 La procédure sommaire s'applique aux affaires de faillite (art. 251 let. a CPC). Celle-ci est introduite par le dépôt d'une requête (art. 252 al. 1 CPC). Lorsque la requête ne paraît pas manifestement irrecevable ou infondée, le tribunal donne à la partie adverse l'occasion de se déterminer oralement ou par écrit (art. 253 CPC).

L'art. 253 CPC est une mise en œuvre du droit d'être entendu, ancré à l'art. 29 al. 2 Cst. en tant que garantie constitutionnelle minimale, qui se trouve réglé au niveau légal par l'art. 53 CPC, pour le domaine d'application du CPC. Celui-ci comprend notamment le droit de se déterminer sur toute argumentation présentée au tribunal par la partie adverse, indépendamment du fait que celle-ci contienne ou non des éléments nouveaux et importants (ATF 139 I 189 consid. 3.2; 138 I

484 consid. 2.1; 137 I 195 consid. 2; arrêt du Tribunal fédéral 5A_82/2015 du 16 juin 2015 consid. 4.1) et de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, le droit de s'expliquer sur tous les points importants avant qu'une décision soit prise valant sans restriction pour les questions de fait (arrêt du Tribunal fédéral 5A_475/2011 du 12 décembre 2011 consid. 7.1.1).

Selon le message du Conseil fédéral, la procédure sommaire se caractérise par sa souplesse dans sa forme, car elle peut être orale ou écrite. Le tribunal donne à la partie adverse l'occasion de se prononcer. Le caractère écrit ou oral de la procédure est laissé à sa libre appréciation, ce qui permet de tenir compte du cas d'espèce (Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse [CPC], FF 2006 p. 6841 ss, ch. 5.17, p. 6956 ss).

3.1.2 L'art. 256 al. 1 CPC prévoit que le Tribunal peut renoncer aux débats et statuer sur pièces, à moins que la loi n'en dispose autrement.

Dans la procédure de faillite, les art. 168 (concernant la poursuite ordinaire par voie de faillite) et 190 al. 2 LP (ayant trait à la faillite sans poursuite préalable) consacrent cette exception en imposant au juge de citer les parties à une audience (arrêts du Tribunal fédéral 5A_293/2017 du 5 juillet 2017 consid. 4.2 et 5A_403/2014 du 19 août 2014 consid. 4.1 et les références citées).

La faillite d'une société anonyme peut notamment être prononcée sans poursuite préalable lorsque celle-ci est surendettée (art. 192 LP, qui renvoie aux art. 725 et 725a CO; arrêt du Tribunal fédéral 5A_269/2010 du 3 septembre 2010 consid. 3; SPÜHLER/DOLGE, *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II*, 6ème éd. 2014, n. 75 s. p. 25 s.).

3.1.3 Aux termes de 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. Si le conseil d'administration omet d'aviser le juge, cette tâche incombera à l'organe de révision en cas de surendettement manifeste (art. 728c al. 3 et 729c CO; arrêt du Tribunal fédéral 5A_867/2015 du 11 décembre 2015 consid. 5.1.1, non publié aux ATF 142 III 364; ATF 120 II 425).

L'avis qui doit être donné au juge par l'organe de révision est un avis de surendettement et non une requête de faillite (PETER/CAVADINI/DUNANT, in *Commentaire romand, Code des obligations II*, Tercier/Amstutz [éd.], 2008, n. 44 ad art. 725 CO et n. 22 ad art. 728c CO). Il ne mène pas à l'ouverture d'une procédure opposant l'organe de révision à la société, puisque l'organe de révision agit à la place du conseil d'administration. L'organe de révision ne dispose ainsi pas de la qualité de partie et n'a aucun intérêt juridique à l'issue de la procédure (WATTER/MAIZAR, in *Basler Kommentar, Obligationenrecht II*, HONSELL/

VOGT/WATTER [éd.], 5e éd. 2016, n. 41 ad art. 728c CO; EBERLE/LENGAUER, in Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Revisionsstelle, Art. 727-731a OR, 2016, n. 166 ad art. 728c CO; HASENBÖHLER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [éd.], 3e éd. 2016, n. 20 ad art. 159 CPC; OERTLI/HÄNNI, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, ROBERTO/TRÜEB [éd.], 3e éd. 2016, n. 11 ad art. 728c CO; CAMPONOVO; Anzeige offensichtlicher Überschuldung durch die Revisionsstelle, Der Schweizer Treuhänder, 2006, p. 385 s.). L'organe de révision peut cependant être condamné aux frais de la procédure lorsqu'il n'existait pas de surendettement manifeste ou qu'une requête en sursis concordataire était déjà pendante (WATTER/MAIZAR, op. cit., n. 45 ad art. 728c CO; OERTLI/HÄNNI, op. cit., n. 11 ad art. 728c CO).

3.2 En l'espèce, conformément aux principes rappelés ci-dessus, le premier juge aurait dû citer la recourante à bref délai à une audience afin de garantir son droit d'être entendu.

En ne procédant pas de la sorte, il a violé le droit d'être entendue de la recourante, qui devait pouvoir se déterminer sur l'avis de surendettement de l'organe de révision avant qu'une décision ne soit prise à son détriment.

Le vice ne pouvant être réparé dans le cadre de la procédure de recours compte tenu du pouvoir d'examen limité dont dispose la Cour, il y a lieu d'annuler le jugement et de renvoyer la cause en première instance pour instruction et nouvelle décision (art. 327 al. 3 let. a CPC).

4. Le Tribunal statuera à nouveau sur les frais de première instance.

Les frais judiciaires du recours seront arrêtés à 450 fr. (art. 52 let. a et 61 OELP). Dans la mesure où ils ne sont imputables ni à la recourante ni à l'organe de révision de celle-ci, ils seront mis à la charge de l'Etat de Genève (art. 107 al. 2 CPC). L'avance de frais de 450 fr. sera restituée à la recourante.

Des dépens de recours ne sont pas réclamés, ceux-ci ne pouvant pas être alloués d'office (ATF 139 III 334 consid. 4.2).

5. La présente décision s'inscrit dans une procédure de faillite sujette au recours en matière civile au Tribunal fédéral (art. 72 al. 1 et 2 let. a 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 le 28 juillet 2017 par A_____ contre le jugement JTPI/9278/2017 rendu le 13 juillet 2017 par le Tribunal de première instance dans la cause C/15855/2017-22 SFC.

Au fond :

Annule ledit jugement.

Renvoie la cause au Tribunal de première instance pour instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires de recours à 450 fr. et les met à la charge de l'Etat de Genève.

Invite en conséquence les Services financiers du Pouvoir judiciaire à restituer la somme de 450 fr. à A_____.

Siégeant :

Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, présidente; Monsieur Laurent RIEBEN et Monsieur Ivo BUETTI, 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.