

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/30010/2017

ACJC/924/2018

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MERCREDI 11 JUILLET 2018

Pour

A _____, **EN LIQUIDATION**, sise _____, recourante contre un jugement rendu par la 22ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 7 mai 2018, comparant par Me Stéphane Penet, avocat, quai Gustave-Ador 26, case postale 6253, 1211 Genève 6, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué à la recourante, 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 12.07.2018.

EN FAIT

A. a. A_____, EN LIQUIDATION a pour but l'exploitation d'un atelier _____.

B_____ en est l'administrateur président avec signature individuelle, C_____ et D_____ les administrateurs avec signature collective à deux et E_____ l'organe de révision.

b. Par courrier du 22 décembre 2017, le conseil d'administration de A_____ a avisé le Tribunal de première instance de ce que la société "présentait un surendettement manifeste", qu'elle était à la recherche de repreneurs afin de sauver l'entreprise et qu'un ajournement de faillite pouvait être envisagé.

Les trois administrateurs demandaient au Tribunal de les "recevoir à [sa] plus proche convenance afin qu'[ils] puiss[ent] [lui] fournir tout autre complément d'information utile" pour que le juge puisse "prendre position".

Un "Budget Trésorerie année 2018" et un tableau indiquant la situation des charges sociales et de la TVA impayées étaient annexés à la requête.

c. Par ordonnance du 29 mars 2018, le Tribunal a imparti à A_____ un délai pour produire notamment un bilan révisé au 31 décembre 2017. Il a mentionné que la cause n'était pas en état d'être jugée, au motif que la société n'avait pas fourni toutes les pièces nécessaires.

d. Par courrier du 20 avril 2018, le conseil d'administration de A_____ a informé le Tribunal de ce que les contacts pris avec des investisseurs potentiels n'avaient pas pu être finalisés. Il a déposé diverses pièces relatives à la situation de surendettement.

A teneur du bilan révisé au 31 décembre 2017 à la valeur de continuation de l'exploitation, la société était surendettée à hauteur de 550'527 fr. Par ailleurs, dans l'annexe aux comptes annuels arrêtés au 31 décembre 2016 et au 31 décembre 2017, le conseil d'administration indiquait qu'un bilan à la valeur de liquidation ne ferait que confirmer la situation de surendettement. En outre, les problèmes liés au manque actuel de trésorerie étaient critiques, puisque le retard pris au niveau des charges sociales était extrêmement important et que les treizièmes salaires 2016 et 2017 n'avaient pas pu être versés.

Le conseil d'administration avait décidé le 17 avril 2018 de "confirmer" l'avis de surendettement du 22 décembre 2017, vu l'incapacité de la société à faire face à ses obligations financières courantes.

Enfin, l'assemblée générale des actionnaires avait décidé, le même jour, de consacrer toutes les rentrées financières de la société au remboursement des dettes et de licencier l'ensemble du personnel.

Le conseil d'administration se tenait à la disposition du Tribunal pour fournir tout complément d'information utile.

- B.** Par jugement JTPI/6861/2018 du 7 mai 2018, reçu par A_____ le 15 mai 2018, le Tribunal, statuant par voie de procédure sommaire, a prononcé la faillite de la société (ch. 1 du dispositif), arrêté les frais judiciaires à 200 fr., mis à la charge de A_____ et compensés avec l'avance de frais effectuée (ch. 2 et 3), ordonné aux Services financiers du Pouvoir judiciaire de restituer 1'800 fr. à A_____ (ch. 4) et débouté "les parties" de toutes autres conclusions (ch. 5).

Le Tribunal a considéré que la société avait produit un bilan audité au 31 décembre 2017, dont il résultait qu'elle était en état de surendettement notoire. En outre, les investissements escomptés pour sortir de cette situation n'étaient pas intervenus. La faillite devait ainsi être prononcée.

- C. a.** Par acte expédié le 25 mai 2018 à la Cour de justice, A_____, EN LIQUIDATION forme recours contre le jugement précité, dont elle requiert l'annulation. Elle conclut, avec suite de frais judiciaires et dépens, au renvoi de la cause au Tribunal pour qu'il prenne une nouvelle décision après avoir procédé à son audition.

A_____, EN LIQUIDATION allègue nouvellement que l'Office des faillites a résilié les contrats de travail des employés (allégué 8) et qu'un repreneur potentiel, avec lequel la société était entrée en discussion avant la déclaration de faillite, avait offert les 18 et 21 mai 2018 à l'Office des faillites de reprendre l'activité déployée à _____ pour "un vil montant allégué" de 50'000 fr. Cette information ne pouvait pas être prouvée par pièces, dans la mesure où l'Office des faillites refusait de renseigner les administrateurs à ce sujet (allégués 9 et 10).

La société produit deux pièces nouvelles. La première est une lettre du 18 mai 2018 de l'Office des faillites à une employée de la société, indiquant que dans la mesure où l'administration de la faillite ne pouvait pas poursuivre le contrat de travail, le courrier devait être considéré comme une lettre de congé avec effet immédiat (pièce 4). La seconde pièce nouvelle est une lettre du 25 mai 2018, par laquelle B_____ informe l'Office des faillites de son intention de reprendre l'activité de _____ pour un montant de 30'000 fr., à la condition "suspensive que F_____ accorde à la nouvelle société le transfert de bail pour une durée de 5 ans" (pièce 5).

- b.** Par ordonnance du 28 mai 2018, la Cour a accordé la suspension de l'effet exécutoire attaché au jugement entrepris, compte tenu de l'existence d'un

préjudice difficilement réparable et afin que le recours ne soit pas vidé de sa substance.

c. Le 30 mai 2018, la Caisse cantonale de chômage a informé le Tribunal de ce qu'elle avait versé 158'698 fr. 95 aux employés de la société au titre de salaires d'avril et mai 2018. Elle a relevé qu'en cas de révocation de la faillite, les employés devraient rembourser les salaires versés, ce qui les mettrait "encore plus dans l'embarras financier". La Caisse espérait ainsi que dans ce cas, la société procéderait au remboursement desdits paiements.

d. Par courrier du 5 juin 2018, A_____, EN LIQUIDATION a indiqué à la Cour que ses comptes bancaires avaient été bloqués par l'Office des faillites, ce qui l'empêchait de payer ses charges courantes et de continuer son activité. Elle a ainsi demandé à la Cour de modifier sa décision du 28 mai 2018, en ce sens que l'effet suspensif portait tant sur l'effet exécutoire que sur la force de chose jugée du jugement attaqué.

e. La requête précitée a été rejetée par arrêt de la Cour du 7 juin 2018.

f. A_____, EN LIQUIDATION a été informée le 27 juin 2018 de ce que la cause était gardée à juger.

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, en relation avec les art. 192 et 194 al. 1 LP).

Les décisions rendues en matière de faillite sont soumises à la procédure sommaire (art. 251 let. a CPC).

- 1.2** Interjeté selon la forme et dans le délai prévus par la loi (art. 321 al. 1 et 2 CPC), le recours est recevable.

2. La recourante forme des allégués nouveaux et produit des pièces nouvelles.

2.1 En vertu de l'art. 174 al. 1 2^{ème} phrase LP (applicable par renvoi de l'art. 194 al. 1 en relation avec l'art. 192 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 apparaisse conforme à la volonté du législateur de ne reconnaître qu'au seul débiteur poursuivi la faculté d'invoquer de tels faits nouveaux (arrêts du Tribunal fédéral 5A_874/2017 du 7 février 2018 consid. 4.2.1, 5A_899/2014 du 5 janvier 2015 consid. 3.1).

Ces principes sont applicables dans les procédures de déclaration de faillite et d'ajournement de faillite (cf. PETER/CAVADINI, Commentaire romand CO II, 2^{ème} éd. 2017, n. 10b et 22 ad. art. 725a CO).

2.2 En l'espèce, les allégations et les deux pièces nouvelles de la recourante sont recevables au regard des principes susmentionnés. Elles ne sont cependant pas déterminantes pour la solution du litige, au vu des considérations qui suivent.

- 3.** La recourante ne conteste pas qu'elle se trouve dans une situation de surendettement et qu'ainsi la condition matérielle de la déclaration de faillite (art. 725 al. 2 et 725a al. 1 1^{ère} phrase CO) est réalisée. Elle estime toutefois que le Tribunal a violé son droit d'être entendue, en omettant de fixer une audience. Elle soutient qu'elle n'a ainsi pas été en mesure de "confirmer sa demande d'ajournement" et de "mettre à chef les différentes offres" reçues. Le Tribunal ne lui aurait ainsi "pas laissé la chance de sauver son outil de travail".

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).

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 caractère écrit ou oral de la procédure est laissé à la libre appréciation du juge, 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).

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 prononcée conformément à l'art. 725a al. 1 1^{ère} phrase CO est un cas de faillite sans poursuite préalable (PETER/CAVADINI, op. cit., n. 5 ad. art. 725a CO;

art. 192 LP, qui renvoie aux art. 725 et 725a CO; arrêt du Tribunal fédéral 5A_269/2010 du 3 septembre 2010 consid. 3);

3.1.2 Le droit d'être entendu, ancré à l'art. 29 al. 2 Cst. en tant que garantie constitutionnelle minimale, se trouve réglé au niveau légal par l'art. 53 CPC, pour le domaine d'application du CPC.

Le droit d'être entendu est certes une garantie constitutionnelle de caractère formel, dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond. Toutefois, ce droit n'est pas une fin en soi; il constitue un moyen d'éviter qu'une procédure judiciaire ne débouche sur un jugement vicié en raison de la violation du droit des parties de participer à la procédure. Lorsqu'on ne voit pas quelle influence la violation du droit d'être entendu a pu avoir sur la procédure, il n'y a pas lieu d'annuler la décision attaquée. Ainsi, le recourant qui se contente de dénoncer une violation de son droit d'être entendu sans contester le fond de la décision n'a aucun intérêt à procéder et son moyen devra être déclaré irrecevable (arrêt du Tribunal fédéral 4A_200/2016 du 5 octobre 2017 consid. 2).

Dès lors, l'admission du grief de refus du droit d'être entendu suppose que, dans sa motivation, le recourant indique quels arguments il aurait fait valoir dans la procédure et en quoi ceux-ci auraient été pertinents; à défaut, le renvoi de la cause au juge précédent, en raison de la seule violation du droit d'être entendu, risquerait de conduire à une vaine formalité et à prolonger inutilement la procédure (arrêt du Tribunal fédéral 4A_453/2016 du 16 février 2017 consid. 4.2.3 et 4.2.4).

3.1.3 L'art. 725a al. 1 CO permet au juge qui reçoit l'avis obligatoire de l'art. 725 al. 2 CO d'ajourner la faillite, à la requête du conseil d'administration ou d'un créancier, si l'assainissement de la société paraît possible. Le requérant doit présenter au juge un plan d'assainissement exposant les mesures propres à assainir la société - telles qu'une postposition par les créanciers de la société (cf. art. 725 al. 2 in fine CO), la conversion de créances en actions, des cautionnements ou garanties bancaires, etc. - ainsi que le délai dans lequel le surendettement sera éliminé. Sur la base des éléments ainsi présentés, le juge doit estimer les chances d'un assainissement réussi et durable. L'assainissement paraît possible - le texte italien de l'art. 725a al. 1 CO dit "*probabile*", tandis que le texte allemand parle de "*Aussicht auf Sanierung*" - lorsque les mesures d'assainissement proposées permettront selon toute vraisemblance d'éliminer le surendettement dans le délai prévu et de restaurer à moyen terme la capacité de gain, qui seule laisse entrevoir des perspectives d'avenir. En effet, l'ajournement aux fins d'assainissement a pour but de permettre la continuation de l'activité de la société, et non sa liquidation en dehors de la procédure de faillite, même si une telle liquidation devait s'avérer plus favorable pour les créanciers (arrêt du Tribunal fédéral 5P.465/1999 du 11 avril 2000 consid. 3b et les références citées).

Le plan d'assainissement présenté au juge doit être suffisamment précis et crédible. Il doit notamment exposer les mesures d'assainissement envisagées et le temps nécessaire pour résorber le surendettement (PETER/CAVADINI, op. cit., n. 28 et 29 ad art. 725a CO; WÜSTINER, in Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5^{ème} éd. 2016, n° 7 et 8 ad art. 725a CO).

La perspective d'un assainissement durable existe, dans la mesure où, durant le délai d'ajournement de la faillite, on peut s'attendre sérieusement à une amélioration durable de la situation financière de la société et à la reconstitution de sa capacité de rendement. Le plan d'assainissement doit comporter un calendrier indiquant la date d'élimination complète du surendettement. Le plan de redressement comportera les concessions acceptées par les actionnaires, voire par certains créanciers, afin d'éviter la faillite (VOUILLOZ, Perte de capital, surendettement, ouverture et ajournement de la faillite, in L'Expert-comptable suisse, 4/04, p. 318).

Ainsi, la faillite ne peut être ajournée que si la perspective d'un assainissement durable est rendue vraisemblable. Les conditions posées au degré de vraisemblance ne doivent pas être trop élevées; cependant, un début de preuve doit exister. A cet effet, le requérant doit alléguer les faits, et, pratiquement, produire une pièce ou un ensemble de pièces qui permette au juge d'acquiescer, sur le plan de la simple vraisemblance, la conviction que la possibilité d'un assainissement de la société existe (cf. arrêt du Tribunal fédéral 5A_877/2011 du 5 mars 2012 consid. 2.1, qui concerne la vraisemblance de la créance en matière de séquestre).

3.2 En l'espèce, la recourante, dans son courrier du 20 avril 2018 au Tribunal, n'a plus sollicité la tenue d'une audience, comme elle l'avait fait dans l'avis de surendettement du 22 décembre 2017. Elle s'est bornée à indiquer au premier juge qu'elle se tenait à sa disposition pour fournir tout complément d'information utile, sans fournir aucune indication, même sommaire, au sujet d'un éventuel plan d'assainissement. La recevabilité de son grief est ainsi douteuse.

En tout état de cause, la question de savoir si la recourante - qui pouvait se déterminer exhaustivement par écrit et produire toutes les pièces utiles, d'autant plus que le Tribunal l'avait interpellée par ordonnance du 29 mars 2018 en indiquant que la cause n'était pas en état d'être jugée - avait un droit absolu à une audience peut demeurer indéterminée. En effet, à supposer que le droit d'être entendue de la recourante ait effectivement été violé, cela ne suffirait pas à entraîner l'annulation du jugement attaqué. La recourante n'indique pas quels arguments elle aurait fait valoir en première instance et en quoi ceux-ci auraient été pertinents. La société n'a soumis au Tribunal aucun plan concret d'assainissement. Devant la Cour, qui revoit librement le droit (art. 320 let. a CPC) et admet les faits nouveaux conformément aux principes rappelés sous consid. 2.1, la recourante ne fait valoir

aucun élément nouveau apte à établir qu'elle pourrait couvrir ses charges d'exploitation sans aggravation de son passif. Ses allégations et pièces nouvelles ne permettent pas de retenir qu'elle disposerait d'un plan d'assainissement adéquat. Il est rappelé que le plan d'assainissement exigé doit être suffisamment précis et crédible, exposer les mesures d'assainissement envisagées et comporter un calendrier indiquant la date d'élimination complète du surendettement. Le dossier ne contient aucune indication à ce sujet. Au contraire, il résulte des allégations de la recourante que les tentatives d'assainissement ont échoué et que la société a pris les mesures en vue de la cessation de son activité. Comme l'a relevé à juste titre le Tribunal, sans d'ailleurs être contredit sur ce point, les investissements escomptés pour sortir de la situation de surendettement ne sont pas intervenus.

En définitive, le grief de violation du droit d'être entendu est infondé. Le recours sera par conséquent rejeté.

Il n'est pas nécessaire de fixer à nouveau le moment de l'ouverture de la faillite, dans la mesure où l'effet suspensif ordonné se rapporte uniquement à la force exécutoire du jugement attaqué (cf. arrêts du Tribunal fédéral 5A_92/2016 du 17 mars 2016 consid. 1.3.2.1, 5A_899/2014 du 5 janvier 2015 consid. 5).

4. Les frais judiciaires du recours, comprenant l'émolument relatif à l'arrêt du 7 juin 2018, seront arrêtés à 300 fr. (art. 52 et 61 OELP), mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC) et compensés avec l'avance de frais, laquelle demeure acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC).

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté le 25 mai 2018 par A_____, EN LIQUIDATION contre le jugement JTPI/6861/2018 rendu le 7 mai 2018 par le Tribunal de première instance dans la cause C/30010/2017-22 SFC.

Au fond :

Le rejette.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires de recours à 300 fr., les met à la charge de A_____, EN LIQUIDATION et les compense avec l'avance de frais, laquelle demeure acquise à l'Etat de Genève.

Siégeant :

Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, présidente; Madame Nathalie LANDRY-BARTHE et Monsieur Ivo BUETTI, juges; Madame Fatina SCHAERER, greffière.

La présidente :

Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ

La greffière :

Fatina SCHAERER

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.