



POUVOIR JUDICIAIRE

C/21124/2023

ACJC/527/2024

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU JEUDI 25 AVRIL 2024

Entre

A _____ SA, sise _____, recourante contre un jugement rendu par la 19^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 4 décembre 2023, représentée par Me Nadia Isabel CLERIGO, avocate, Siegrist & Lazzarotto Avocats, quai des Bergues 23, 1201 Genève,

et

CAISSE DE COMPENSATION B _____, sise _____, intimée.

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 29 avril 2024.

EN FAIT

A. a. A_____ SA a pour but toutes activités d'achat, vente, importation et exportation de boissons alcoolisées, notamment de bières, et non alcoolisées, et l'exploitation de cafés, restaurants et bars, la commercialisation ("marketing"), la communication, la publicité, les événements, la gestion ("management"), la conception ("design") intérieure, la gestion d'établissements ainsi que la comptabilité, toutes activités de système dans les télécommunications ainsi que toutes activités de télécommunications et d'ingénierie de systèmes de communication. Son siège est à Genève et son capital social est de 100'000 fr. C_____ en est l'administrateur avec signature individuelle.

A_____ SA est affiliée à CAISSE DE COMPENSATION B_____ (ci-après: la B_____), _____, pour les décomptes et paiements des cotisations d'assurances sociales.

b. Par requête reçue par le Tribunal de première instance le 16 octobre 2023, B_____ a requis la faillite sans poursuite préalable de A_____ SA en application de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP.

Elle s'est prévaluée d'une créance totale de 62'791 fr. 44 en relation avec l'exploitation des trois établissements "D_____" (37'589 fr. 24 sur la base de deux actes de défaut de biens, de deux réquisitions de continuer la poursuite 2022, d'une réquisition de continuer la poursuite 2023 et d'une réquisition de poursuite), "E_____" (19'299 fr. 94 sur la base d'un acte de défaut de biens 2021 et d'un acte de défaut de biens 2022) et "F_____" (7'902 fr. 26 sur la base d'un acte de défaut de biens 2022 et d'une réquisition de continuer la poursuite 2022).

Elle s'est fondée sur un extrait du registre des poursuites concernant A_____ SA émis le 30 août 2023, sur cinq actes de défaut de biens du 30 mai 2023 et sur trois "extraits de compte caisse de compensation" du 11 octobre 2023.

Elle a allégué que les cotisations courantes n'étaient jamais payées dans les délais légaux et que le recouvrement devait pour chaque période faire l'objet de poursuites après l'envoi systématique de la sommation. Le prononcé de la faillite aurait au moins eu pour effet d'éviter de nouvelles pertes en relation avec les décomptes ultérieurs. Les paiements effectués par la débitrice étaient "insignifiants" au regard du montant total dû.

c. Lors de l'audience du Tribunal du 4 décembre 2023 les parties n'ont pas comparu.

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

-
- B.** Par jugement JTPI/14346/2023 du 4 décembre 2023, le Tribunal, statuant par voie de procédure sommaire, a prononcé la faillite sans poursuite préalable de A_____ SA (chiffre 1 du dispositif), arrêté les frais judiciaires à 500 fr., mis à charge de A_____ SA et compensés avec l'avance effectuée par B_____ (ch. 2), condamné en conséquence A_____ SA à verser à B_____ 500 fr. à titre de remboursement de l'avance de frais (ch. 3) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 4).

Le Tribunal a considéré que B_____ avait rendu vraisemblable sa qualité de créancière: A_____ SA était affiliée à cette caisse de compensation et son compte faisait apparaître que les cotisations courantes restaient impayées.

A_____ SA faisait l'objet de nombreuses poursuites et actes de défaut de biens. Il était manifeste qu'elle avait cessé de payer ses primes d'assurance, ainsi que les impôts fédéraux. Il était ainsi rendu vraisemblable qu'elle avait suspendu ses paiements.

- C. a.** Le 12 décembre 2023, A_____ SA a requis de la Cour de justice la suspension du caractère exécutoire du jugement précité, en alléguant que celui-ci lui avait été notifié le 7 décembre 2023, de sorte qu'elle disposait d'un délai au 18 décembre 2023 pour recourir.

b. Par décision du 14 décembre 2023, la Cour a suspendu l'effet exécutoire attaché au jugement attaqué et les effets juridiques de l'ouverture de la faillite.

c. Par acte déposé à la Cour le 18 décembre 2023, A_____ SA a formé recours contre le jugement du Tribunal du 4 décembre 2023, dont elle requiert l'annulation. Elle conclut, avec suite de frais, à la "révocation" de sa faillite sans poursuite préalable.

c.a Elle allègue des faits nouveaux et produit 12 pièces nouvelles (pièces 4 à 15).

Elle admet qu'elle a rencontré des difficultés à régler les cotisations sociales depuis 2021 et ne conteste pas la créance de 62'791 fr. 44 au total invoquée par B_____. Elle fait valoir que cette situation résulte de la crise sanitaire COVID-19.

Elle allègue, justificatifs à l'appui (pièces 4 à 7), que l'établissement "E_____" a fermé ses portes le 31 mai 2021, que la gestion des établissements "D_____" et "F_____" a pris fin le 31 juillet 2023, respectivement le 31 octobre 2023 et qu'actuellement elle est uniquement détentrice du fonds de commerce de l'établissement à l'enseigne "G_____". Elle ajoute qu'elle a mis en gérance ce dernier établissement, pour lequel elle touche un montant mensuel de 2'000 fr.

Elle allègue qu'elle a sollicité de la propriétaire des locaux qui accueillent l'établissement "G_____" la libération en sa faveur de la garantie de loyer de

60'000 fr., afin de pouvoir régler le solde dû à B_____. A l'appui de cette allégation, elle produit un bail à loyer pour locaux commerciaux signé en novembre 2021 (pièce 7). La bailleuse aurait accepté la libération, en échange de la constitution d'un cautionnement auprès de H_____, la procédure étant en cours et devant être finalisée "dans les prochains jours". A l'appui de cette allégation, elle produit un message électronique du 18 décembre 2023, par lequel H_____ indique à son administrateur que son dossier est en cours de finalisation auprès de son département juridique (pièce 9). A_____ allègue encore qu'une procédure de transfert de bail incluant la vente du fonds de commerce de l'établissement "F_____" devrait prochainement lui rapporter 160'000 fr. A l'appui de cette allégation, elle produit un "fascicule des comptes annuels 2022", établi le 2 novembre 2023 par une fiduciaire, lequel ne fait pas état du montant précité, mais dont il résulte qu'elle a subi une perte de 19'613 fr. 33 en 2022 (pièce 10).

A_____ SA produit en outre un extrait du registre des poursuites au 8 décembre 2023 (pièce 8), qui fait état de 18 poursuites (13 intentées par B_____), dont trois au stade de l'ouverture (B_____, Administration fiscale cantonale [10'817 fr. 85] et Confédération suisse [16'815 fr. 28]), deux au stade de l'opposition (1_____ et 2_____), une au stade de la continuation de la poursuite et neuf terminées par la délivrance d'un acte de défaut de biens (huit à B_____ et une à la Confédération Suisse). Enfin, trois poursuites intentées par B_____ ont fait l'objet d'un paiement à l'Office des poursuites ou à la créancière (5'836 fr. 35, 2'979 fr. 05 et 7'286 fr. 35).

A_____ SA allègue, justificatifs à l'appui (pièces 11 et 12), que la poursuite 1_____ a été payée. La poursuite 2_____ serait périmée; A_____ SA met sa pièce 13, soit une confirmation du 13 décembre 2023 de l'enregistrement d'une demande (sans autre précision), en relation avec cette dernière poursuite, en prétendant qu'elle aurait sollicité sa "non-divulgation auprès du Registre des poursuites".

A_____ SA produit enfin un arrangement avec l'Administration fiscale cantonale concernant l'"Impôt source DPI salarié/2022/1", prévoyant le paiement d'une dette de 11'232 fr. 50 par dix versements de 1'123 fr. 25 de décembre 2023 à septembre 2024 (pièce 14), ainsi qu'un ordre de paiement relatif à l'échéance de décembre 2023 (pièce 15). Cet arrangement serait, selon la débitrice, en relation avec la poursuite intentée par l'Administration fiscale cantonale figurant dans l'extrait précité.

c.b Sur la base de ses allégations et pièces nouvelles, A_____ SA fait valoir que sa situation financière s'est améliorée, que sa dette envers B_____ n'augmentera pas à l'avenir et qu'elle sera en mesure de s'acquitter de cette dette "à très brève échéance". La décision attaquée provoquerait la fermeture définitive de l'établissement "G_____" et menacerait ainsi gravement ses intérêts.

d. Entre le 11 janvier et le 27 février 2024, A_____ SA a produit des pièces nouvelles (pièces 18 à 24) et formé des allégations nouvelles, notamment relatives à de nouveaux versements à l'Office des poursuites.

e. B_____ a déclaré maintenir sa demande de faillite sans poursuite préalable, dans la mesure où elle "avait encore des factures/poursuites impayées".

Elle a déposé le 31 janvier 2024 une pièce nouvelle résumant les montants dus par sa partie adverse à cette date. Le 8 mars 2024, elle a confirmé qu'elle avait reçu plusieurs versements. Cependant, le "montant total ouvert selon [sa] demande de faillite n'[était] pas encore entièrement soldé". Les poursuites 3_____ (8'266 fr. 75 dus sur la base d'un acte de défaut de biens) et 4_____ (8'266 fr. 75, poursuite au stade de l'ouverture) étaient "encore ouvertes".

f. Les parties ont été informées le 21 mars 2024 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, 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 prévu par la loi (art. 143 al. 3, 321 al. 1 et 2 CPC), le recours est recevable en l'espèce.

- 2.** Dans le délai de recours, soit avant le 18 décembre 2023, la recourante a allégué des faits nouveaux et produit des pièces nouvelles. Ces allégations et pièces nouvelles sont soit antérieures, soit postérieures au 4 décembre 2023, date à laquelle le Tribunal a gardé la cause à juger et prononcé la faillite litigieuse. Les parties ont en outre formé des allégués nouveaux et produit des pièces nouvelles après l'échéance du délai de recours.

2.1 Dans le cadre du recours de l'art. 174 LP - applicable à la faillite sans poursuite préalable par renvoi de l'art. 194 al. 1 LP -, les parties peuvent faire valoir des faits nouveaux, lorsque ceux-ci se sont produits avant le jugement de première instance (art. 174 al. 1, 2ème phrase, LP). Cette disposition spéciale de la loi, au sens de l'art. 326 al. 2 CPC, vise les faits nouveaux improprement dits (faux *nova* ou *pseudo-nova*), à savoir ceux 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 et prouvés par pièces, pour autant qu'ils le soient dans le délai de recours. Aux

termes de l'art. 174 al. 2 LP, le failli peut aussi invoquer de vrais *nova*, à savoir les faits, intervenus après l'ouverture de la faillite en première instance, qui sont énumérés aux chiffres 1 à 3; selon la jurisprudence, ces vrais *nova* doivent également être produits avant l'expiration du délai de recours. En vertu de la lettre claire de l'art. 174 al. 2 LP, aucun autre *novum* n'est admissible. Partant, dans le cadre d'un recours contre un prononcé de faillite sans poursuite préalable, seuls les *pseudo-nova* sont en principe recevables, les hypothèses énumérées exhaustivement à l'art. 174 al. 2 ch. 1-3 LP étant étrangères à ce type de procédure (arrêt du Tribunal fédéral 5A_243/2019 du 17 mai 2019 consid. 3.1).

Cette opinion doit cependant être nuancée lorsque la faillite sans poursuite préalable a été déclarée à la requête d'un créancier; dans ce cas, le retrait de la réquisition de faillite ne peut pas être considéré comme une hypothèse étrangère à la procédure. Il s'ensuit que, en cas de faillite sans poursuite préalable au sens de l'art. 190 LP, le failli doit être admis à produire, dans le délai de recours, des pièces nouvelles destinées à établir que le créancier a retiré sa requête de faillite après le jugement (art. 174 al. 2 ch. 3 LP) et à rendre vraisemblable sa solvabilité (art. 174 al. 2 LP) (arrêt du Tribunal fédéral 5A_122/2022 du 21 juin 2022 consid. 3.1).

2.2 En l'espèce, et conformément à ce qui précède, les pièces nouvelles produites par la recourante avec le recours, à savoir celles mentionnées sous let. C.c.a de la partie "En fait" ci-dessus, sont recevables, comme les faits qu'elles visent. Les *nova* produits par les parties après l'expiration du délai de recours sont en revanche irrecevables.

- 3.** La recourante fait grief au Tribunal d'avoir prononcé sa faillite sans poursuite préalable, alors que sa solvabilité serait plus vraisemblable que son insolvabilité.

3.1 Selon l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP, le créancier peut requérir la faillite sans poursuite préalable si le débiteur sujet à la poursuite par voie de faillite a suspendu ses paiements.

Le motif de la faillite posé à l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP est une notion juridique indéterminée qui accorde au juge un large pouvoir d'appréciation. Pour qu'il y ait suspension de paiements, il faut que le débiteur ne paie pas des dettes incontestées et exigibles, laisse les poursuites se multiplier contre lui, tout en faisant systématiquement opposition, ou omette de s'acquitter même des dettes minimales; il n'est cependant pas nécessaire que le débiteur interrompe tous ses paiements; il suffit que le refus de payer porte sur une partie essentielle de ses activités commerciales. Même une dette unique n'empêche pas, si elle est importante et que le refus de payer est durable, de trahir une suspension de paiements; tel est notamment le cas lorsque le débiteur refuse de désintéresser son principal créancier. Le non-paiement de créances de droit public peut constituer un indice de suspension de paiements. La suspension des paiements ne doit pas être de

nature simplement temporaire, mais doit avoir un horizon indéterminé (ATF 137 III 460 consid. 3.4.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_235/2020 du 4 juin 2020 consid. 3.1 et les autres références).

La suspension des paiements a été préférée par le législateur à l'insolvabilité parce qu'elle est perceptible extérieurement et, dès lors, plus aisée à constater que l'insolvabilité proprement dite; il s'agit ainsi de faciliter au requérant la preuve de l'insolvabilité. S'il ne faut donc pas confondre la suspension des paiements, qui est la manifestation extérieure d'un manque de liquidités, et l'insolvabilité, il n'en demeure pas moins que, lorsque l'insolvabilité est établie, la faillite sans poursuite préalable doit a fortiori être prononcée (arrêt du Tribunal fédéral 5A_325/2020 du 16 juin 2020 consid. 3.1).

Conformément à l'art. 174 al. 2 LP, applicable à la faillite sans poursuite préalable, le débiteur ne peut obtenir l'annulation de l'ouverture de la faillite que s'il rend vraisemblable sa solvabilité (arrêt du Tribunal fédéral 5A_122/2022 précité consid. 3.2.2).

La solvabilité, au sens de l'art. 174 al. 2 LP, se définit par opposition à l'insolvabilité au sens de l'art. 191 LP; elle consiste en la capacité du débiteur de disposer de liquidités suffisantes pour payer ses dettes échues et peut aussi être présente si cette capacité fait temporairement défaut, pour autant que des indices d'amélioration de la situation à court terme existent. Si le débiteur doit seulement rendre vraisemblable - et non prouver - sa solvabilité, il ne peut se contenter de simples allégations, mais doit fournir des indices concrets tels que récépissés de paiements, justificatifs des moyens financiers (avoirs en banque, crédit bancaire) à sa disposition, liste des débiteurs, extrait du registre des poursuites, comptes annuels récents, bilan intermédiaire, etc. En plus de ces documents, le poursuivi doit établir qu'aucune requête de faillite dans une poursuite ordinaire ou dans une poursuite pour effets de change n'est pendante contre lui et qu'aucune poursuite exécutoire n'est en cours contre lui. L'extrait du registre des poursuites constitue un document indispensable pour évaluer la solvabilité du failli. La condition selon laquelle le débiteur doit rendre vraisemblable sa solvabilité ne doit pas être soumise à des exigences trop sévères; il suffit que la solvabilité apparaisse plus probable que l'insolvabilité (arrêts du Tribunal fédéral 5A_891/2021 du 28 janvier 2022 consid. 6.1.2; 5A_615/2020 du 30 septembre 2020 consid. 3.1; 5A_600/2020 du 29 septembre 2020 consid. 3.1; 5A_251/2018 du 31 mai 2018 consid. 4.1 et les références).

L'appréciation de la solvabilité repose sur une impression générale fondée sur les habitudes de paiement du failli. En principe, s'avère insolvable le débiteur qui, par exemple, laisse des comminations de faillite s'accumuler, fait systématiquement opposition et ne paie pas même des montants peu élevés. S'il y a des poursuites ayant atteint le stade de la commination de faillite ou des avis de saisie dans les

cas de l'art. 43 LP, le débiteur doit en principe prouver par titre qu'une des hypothèses de l'art. 174 al. 2 ch. 1 à 3 LP s'est réalisée, à moins qu'il ne résulte du dossier la vraisemblance qualifiée de l'existence de disponibilités en liquidité objectivement suffisantes non seulement pour payer ces créances, mais aussi pour faire face aux autres prétentions créancières déjà exigibles. Des difficultés momentanées de trésorerie, même si elles amènent un retard dans le paiement des dettes, ne sont pas à elles seules un indice d'insolvabilité du débiteur, à moins qu'il n'y ait aucun indice important permettant d'admettre une amélioration de sa situation financière et qu'il semble manquer de liquidités pour une période indéterminée. A l'inverse, l'absence de poursuite en cours n'est pas une preuve absolue de solvabilité; elle constitue toutefois un indice sérieux de la capacité du débiteur de s'acquitter de ses engagements échus (arrêts du Tribunal fédéral 5A_615/2020 précité loc. cit.; 5A_251/2018 précité loc. cit. et les références).

3.2 En l'espèce, la recourante admet qu'elle n'a pas été en mesure de désintéresser l'intimée, dont elle ne conteste pas la créance de 62'791 fr. 44. Elle a fait systématiquement opposition aux poursuites de l'intimée, sa principale créancière de droit public, qui a obtenu divers actes de défaut de biens. Elle prétend que sa situation se serait améliorée, mais ne fournit aucun indice concret permettant de retenir que ses difficultés de trésorerie ne seraient que passagères. Elle ne produit aucun document confirmant ses allégations selon lesquelles elle s'apprêterait à encaisser une garantie de loyer de 60'000 fr. ou le prix de vente d'un fonds de commerce de 160'000 fr., les pièces auxquelles elle se réfère n'étant pas probantes. Par ailleurs, elle ne dépose aucun extrait de compte bancaire et ne dit mot des liquidités dont elle disposerait. Elle a fermé trois des établissements qu'elle exploitait et ne fait état que de la mise en gérance d'un établissement, qui lui rapporterait 2'000 fr. par mois, montant de surcroît non justifié par pièces. Les comptes qu'elle produit, sans d'ailleurs donner aucune explication à ce sujet, indiquent une perte de 19'613 fr. 33 en 2022. Dans ces conditions, le fait qu'elle ait pu effectuer des versements ponctuels en faveur de certains créanciers ne suffit pas à rendre sa solvabilité plus vraisemblable que son insolvabilité.

Ainsi, le recours s'avère infondé et sera rejeté.

3.3 L'effet suspensif ayant été accordé au jugement entrepris, la faillite sera prononcée le 25 avril 2024 à 12h.00.

- 4.** Les frais judiciaires du recours seront mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). Ils seront fixés à 750 fr. (art. 52 let. b et 61 al. 1 OELP) et compensés avec l'avance effectuée, qui demeure acquise à l'Etat de Genève.

L'intimée ne sollicite pas de dépens de recours.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté le 18 décembre 2023 par A_____ SA contre le jugement JTPI/14346/2023 rendu le 4 décembre 2023 par le Tribunal de première instance dans la cause C/21124/2023-19 SFC.

Au fond :

Le rejette.

Confirme le jugement entrepris, la faillite de A_____ SA prenant effet le 25 avril 2024 à 12h.00.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires du recours à 750 fr., les met à la charge de A_____ SA et les compense avec l'avance effectuée, qui demeure acquise à l'Etat de Genève.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens de recours.

Siégeant :

Monsieur Laurent RIEBEN, président; Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, Monsieur Ivo BUETTI, juges; Madame Mélanie DE RESENDE PEREIRA, greffière.

Le président :

Laurent RIEBEN

La greffière :

Mélanie DE RESENDE PEREIRA

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.