

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/1864/2018

ACJC/903/2018

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU LUNDI 9 JUILLET 2018

Entre

A _____ **SA**, sise _____, recourante contre un jugement rendu par la 5^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 9 avril 2018, comparant par Me Marc Gillieron, avocat, rue du Mont-Blanc 3, case postale 1363, 1211 Genève 1, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

B _____ **SA**, sise _____, intimée, comparant par Me Carla Reyes, avocate, avenue de Champel 4, 1206 Genève, en l'étude de laquelle elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 31 juillet 2018.

EN FAIT

- A.** Par jugement du 9 avril 2018, le Tribunal de première instance a rejeté la requête en faillite sans poursuite préalable formée par A_____ contre B_____ (ch. 1 du dispositif), mis les frais judiciaires, arrêtés à 500 fr., à la charge de A_____ (ch. 2), condamné cette dernière à verser à B_____ la somme de 500 fr. à titre de dépens (ch. 3) et débuté les parties de toutes autres conclusions (ch. 4).
- B.**
- a.** Par acte expédié au greffe de la Cour le 19 avril 2018, A_____ a formé recours contre ce jugement. Elle a conclu, avec suite de frais, à l'annulation de ce jugement et à ce que la faillite de B_____ soit prononcée, subsidiairement au renvoi de la cause au Tribunal.
- b.** B_____ a conclu au rejet du recours et à la confirmation du jugement entrepris, avec suite de frais. Elle a produit une pièce nouvelle, à savoir ses comptes au 31 décembre 2016.
- c.** A_____ a persisté dans ses conclusions au terme de sa réplique. Elle a produit une pièce nouvelle, à savoir un courrier du 18 mai 2017.
- d.** B_____ a persisté dans ses conclusions au terme de sa réplique.
- e.** Les parties ont été informées par avis du 13 juin 2018 de ce que la cause était gardée à juger.
- C.** Les faits pertinents suivants résultent de la procédure.
- a.** Le 14 mars 2013, B_____, société sise à Genève représentée par Me C_____, et A_____, société sise à Fribourg, ont signé un acte de vente, par la première, à la seconde, de deux parcelles n^{os} 1_____ et 2_____ situées à la rue _____ no. _____ et _____ à Genève.
- Selon l'art. 20, 2^{ème} paragraphe de cet acte, le vendeur garantit qu'il a satisfait et qu'il satisfera à toutes ses obligations susceptibles d'être garanties par des hypothèques légales. Si tel n'était pas le cas, il devrait indemniser l'acquéreur de tout dommage et frais que celui-ci pourrait subir de ce fait. Le troisième paragraphe de cette disposition prévoit encore que le vendeur garantit, pour le surplus, que tous les entrepreneurs et artisans ayant participé à la rénovation et surélévation des immeubles vendus avaient été ou seraient payés de sorte qu'aucun d'eux ne pourrait se prévaloir d'une demande d'hypothèque légale et qu'il s'en portait fort.
- b.** [La société] D_____ a obtenu l'inscription provisoire au Registre foncier, avec effet au 30 août 2013, d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs sur les parcelles n^{os} 1_____ et 2_____ pour des montants de, respectivement,

139'909 fr. 30 et 114'471 fr. 50 (soit 254'380 fr. 80 au total), avec intérêts à 5% dès le 11 juin 2013.

c. Le 7 octobre 2015, D_____ a formé une demande contre B_____ visant au paiement par cette dernière d'un montant de 221'201 fr., avec intérêts à 5% dès le 11 juin 2013. Cette procédure est actuellement pendante.

d. Le 10 mai 2017, A_____ a sollicité diverses explications de la part de Me C_____, notamment toutes les explications utiles s'agissant d'une reconnaissance de dette de B_____ envers D_____. Elle lui a également demandé de faire établir une garantie bancaire de la part de B_____ du "montant dû".

e. Le 7 juillet 2017, une garantie d'un montant de 380'572 fr. a été émise par [la société] E_____ en faveur de D_____ afin de remplacer et obtenir la radiation des hypothèques légales, en vue de la vente par A_____ à un tiers des parcelles n^{os} 1_____ et 2_____ et de couvrir le paiement par B_____ de tout montant mis à sa charge dans le cadre de la procédure intentée contre elle par D_____. La constitution de cette garantie a coûté 1'425 fr. 15 à A_____.

A la suite de l'émission de cette garantie bancaire, D_____ a retiré sa requête en inscription définitive d'hypothèques légales.

f. Par courrier du 24 octobre 2017 adressé à Me C_____, le conseil de A_____ dans le litige opposant cette société à B_____, lui a reproché son inaction découlant d'un conflit d'intérêt qui mettait A_____ dans une situation inextricable. Elle l'informait dès lors que cette dernière lui avait donné instruction d'agir à l'encontre de toute personne responsable en vue d'obtenir la réparation du dommage subi et à subir, soit notamment le montant de la garantie bancaire.

g. Par requête formée devant le Tribunal le 26 janvier 2018, A_____ a requis la faillite sans poursuite préalable de B_____.

Elle a invoqué être créancière de cette dernière du fait qu'elle s'était trouvée partie à une procédure d'inscription d'hypothèque légale au motif que B_____ n'avait pas rempli ses obligations découlant du contrat du 14 mars 2013 et qu'elle avait dû faire émettre une garantie bancaire, ce qui avait eu un coût. B_____ n'avait pas l'intention de la rembourser et il ressortait de l'extrait des poursuites qu'elle déposait que B_____ avait accumulé des dettes envers d'autres créanciers.

h. Lors de l'audience du 22 mars 2018 devant le Tribunal A_____ a persisté dans ses conclusions.

B_____ a conclu au rejet de la requête. Elle a contesté la qualité de créancière de A_____, ainsi que la créance ayant conduit à l'inscription de l'hypothèque légale et de la garantie. Elle a enfin contesté être en état de suspension de paiement.

i. Dans son jugement du 9 avril 2018, le Tribunal a considéré que les pièces produites ne pouvaient pas être considérées comme une reconnaissance de dette dans la mesure où aucune ne comportait de signature de B_____ et que celle-ci contestait la créance de A_____ et celle de D_____. A_____ n'avait dès lors pas rendu vraisemblable sa qualité de créancière.

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).

Formé selon la forme et dans le délai prévus par la loi (art. 321 al. 1 et 2 CPC), les décisions rendues en matière de faillite étant soumises à la procédure sommaire (art. 251 let. a CPC), le recours est recevable.

1.2 Les parties ont produit des pièces nouvelles.

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).

En vertu de l'art. 174 al. 1 2ème phrase LP - applicable par renvoi de l'art. 194 al. 1 LP -, 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, pour autant qu'ils le soient dans le délai de recours (ATF 139 III 491 consid. 4.4; arrêt du Tribunal fédéral 5A_427/2013 du 14 août 2013 consid. 5.2.1.2). 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) et dont l'admission est destinée à éviter, et non à permettre, l'ouverture de la faillite, ne peuvent être invoqués que par le seul débiteur poursuivi (arrêt du Tribunal fédéral 5A_899/2014 du 5 janvier 2015 consid. 3.1 publié in SJ 2015 I 437 et les références). La question de savoir si le débiteur dont la faillite a été refusée pourrait invoquer, dans sa réponse au recours du créancier, ces mêmes faits nouveaux n'a en revanche pas été tranchée (arrêt du Tribunal fédéral 5A_728/2007 du 23 janvier 2008 consid. 3.2 in fine).

Les parties ont produit des pièces nouvelles, se rapportant à des faits nouveaux improprement dits. La pièce produite par l'intimée avec sa réponse au recours est recevable. La pièce produite par la recourante avec sa réplique, après l'échéance

du délai de recours, à savoir un courrier du 18 mai 2017, est en revanche irrecevable. Elle n'est, en tout état de cause, pas déterminante.

2. La recourante invoque une violation de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP. Elle soutient que le Tribunal ne pouvait la débouter de sa requête de faillite sans poursuite préalable au motif qu'elle n'avait pas produit de reconnaissance de dette.

2.1 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.

Aux termes de la jurisprudence rendue tant avant qu'après l'entrée en vigueur du CPC, celui qui requiert la faillite sans poursuite préalable selon l'art. 190 al. 1 LP doit rendre vraisemblable sa qualité de créancier. La loi exige la simple vraisemblance, et non une vraisemblance qualifiée (arrêt du Tribunal fédéral 5A_442/2015 du 11 septembre 2015 consid. 4.1; 5A_117/2012 du 12 juillet 2012 consid. 3.2.2 et les références). La question de savoir si le degré de vraisemblance exigé par le droit fédéral est atteint dans le cas particulier ressortit à l'appréciation des preuves (ATF 130 III 321 consid. 5).

Dans un arrêt 5A_730/2014 du 24 avril 2014, Tribunal fédéral a indiqué que comme la faillite selon l'art. 190 LP n'était pas précédé d'une poursuite préalable et qu'il n'y avait donc pas de procédure de mainlevée au cours de laquelle la titularité de la créance du requérant aurait pu être examinée, il était justifié d'exiger que, à l'instar du créancier qui se fonde sur un titre pour requérir la mainlevée provisoire au sens de l'art. 82 LP, le créancier motive sa requête en produisant le titre sur lequel il se base, la production de cette pièce, considérée en vertu de son contenu, de son origine et de ses caractéristiques extérieures comme un tel titre, étant suffisante pour que sa qualité de créancier soit admise si le débiteur n'oppose pas et ne rend pas immédiatement vraisemblables des exceptions.

Les conditions de la déclaration de faillite doivent être remplies à la date du jugement de première instance (arrêt 5A_442/2015 du 11 septembre 2015 consid. 6.1 et les arrêts cités, publié in SJ 2016 I 85).

2.2 En l'espèce, au-delà de la question de savoir si l'existence d'une reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 LP était une condition pour le prononcé de la faillite sans poursuite préalable de l'intimée, la qualité de créancière de la recourante n'a pas été rendue vraisemblable au vu des éléments figurant à la procédure.

La recourante invoque que l'intimée n'a pas rempli ses obligations découlant de l'art. 20 du contrat de vente et qu'elle doit l'indemniser du dommage ainsi subi. Elle avait ainsi dû constituer une garantie bancaire afin d'éviter l'inscription d'une

hypothèque légale sur les immeubles dont elle est propriétaire, dont le coût constituait un dommage d'un montant total de 382'997 fr. 15 dont l'intimée devait l'indemniser.

A teneur de ladite disposition du contrat de vente, l'intimée garantissait qu'elle avait satisfait et qu'elle satisferait à toutes ses obligations susceptibles d'être garanties par des hypothèques légales; si tel n'était pas le cas, elle devrait indemniser l'acquéreur de tout dommage et frais que celui-ci pourrait subir de ce fait. Ainsi, la recourante pourrait être créancière de l'intimée si elle a subi un dommage découlant du fait que l'intimée n'a pas rempli ses obligations.

L'inscription d'hypothèques légales a été requise par D_____, laquelle a par ailleurs ouvert action à l'encontre de l'intimée. Le fondement des prétentions de D_____ n'est cependant pas connu. En l'absence d'indication à cet égard et dans la mesure où l'intimée conteste lesdites prétentions, la consistance de ces dernières ne peut être appréciée. Il ne peut donc être considéré que la recourante a rendu vraisemblable que l'intimée n'avait pas satisfait à toutes ses obligations.

De plus, selon la jurisprudence, le juge amené à statuer sur une requête en inscription provisoire de l'hypothèque légale tombe dans l'arbitraire lorsqu'il refuse ladite inscription en présence d'une situation de fait ou de droit mal élucidée, qui mérite un examen plus ample que celui auquel il peut procéder dans le cadre d'une instruction sommaire et, en cas de doute, lorsque les conditions de l'inscription sont incertaines, le juge doit ordonner l'inscription provisoire (arrêt du Tribunal fédéral 5D_116/2014 du 13 octobre 2014 consid. 5.3). Dès lors, au vu des conditions auxquelles l'inscription provisoire d'une hypothèque légale intervient, le seul fait que le Tribunal ait ordonné une telle inscription sur les immeubles dont la recourante était propriétaire ne permet pas, en lui-même, de considérer dans le cadre de la présente procédure de faillite sans poursuite préalable, que les prétentions de l'intimée sont vraisemblables et que l'intimée n'a pas rempli ses obligations découlant de l'art. 20 du contrat de vente du 14 mars 2013, étant précisé que l'ordonnance du Tribunal ne figure pas à la présente procédure et que sa motivation n'est pas connue. La Cour n'est, en tout état de cause, pas liée par cette décision.

En outre, ni le courrier de la recourante du 10 mai 2017 ni celui du 24 octobre 2017, adressé à Me C_____, ne mettent en demeure l'intimée de satisfaire à ses obligations envers D_____ en application de l'art. 20 du contrat de vente ou de lui verser une quelconque somme chiffrée à titre de réparation du dommage qu'elle allègue avoir subi à la suite de la prétendue violation de cette disposition. De plus, la recourante soutient avoir subi un dommage de 382'997 fr. 15, qui comprend le montant de la garantie bancaire de 381'572 fr., lequel est nettement plus élevé que celui de 254'380 fr. à hauteur duquel les hypothèques légales avaient été inscrites ou de 221'201 fr. qui est réclamé par D_____.

En définitive, au vu de ce qui précède, il ne peut donc être considéré que l'intimée a vraisemblablement violé l'obligation stipulée à l'art. 20, 2^{ème} paragraphe, 1^{ère} phrase du contrat de vente et qu'il est vraisemblable qu'elle pourrait être tenue d'indemniser la recourante pour un quelconque dommage.

Dans ces circonstances, la qualité de créancière de la recourante envers l'intimée n'a pas été rendue vraisemblable.

L'une des conditions pour le prononcé de la faillite sans poursuite préalable de l'intimée n'est donc pas remplie et c'est ainsi à bon droit que le Tribunal a rejeté la requête formée par la recourante.

Le recours, infondé, sera rejeté.

3. La recourante, qui succombe, sera condamnée aux frais (art. 106 al. 1 CPC), arrêtés à 750 fr. (art. 52 let. b et 61 al. 1 OELP) et compensés avec l'avance de frais du même montant opérée par ses soins, qui reste acquise à l'Etat (art. 111 al. 1 CPC).

La recourante sera par ailleurs condamnée à verser à l'intimée 800 fr., débours et TVA compris, à titre de dépens du recours (art. 95 al. 3 CPC; art. 85, 89 et 90 RTFMC; art. 20, 23 al. 1, 25 et 26 al. 1 LaCC).

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté par A_____ contre le jugement JTPI/4943/2018 rendu le 9 avril 2018 par le Tribunal de première instance dans la cause C/1864/2018-5 SFC.

Au fond :

Rejette ce recours.

Déboute les parties de toute autre conclusion.

Sur les frais :

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

Condamne A_____ à verser à B_____ la somme de 800 fr. à titre de dépens du recours.

Siégeant :

Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, présidente; Monsieur Laurent RIEBEN, juge; Monsieur Louis PEILA, juge suppléant; Madame Fatina SCHAERER, greffière.

La présidente :

La greffière :

Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ

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.