Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

5A 866/2015

Arrêt du 2 mai 2016

IIe Cour de droit civil

Composition
MM. et Mme les Juges fédéraux von Werdt, Président, Escher, Herrmann, Schöbi et Bovey.
Greffière : Mme Achtari.

Participants à la procédure
A._____ SA, représentée par
Mes Bettina Aciman et Romain Canonica, avocats,
recourante,

contre

Cour de justice du canton de Genève, Chambre civile,
intimée

Office du Registre foncier du canton de Genève,
Office des faillites de Genève,
Registre du commerce de Genève,

Objet
faillite,

recours contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre civile, du 16 octobre 2015.

Faits :

A.

A.a. A._____ SA, inscrite le 14 octobre 2009 au Registre du commerce de Genève, a pour but toutes activités dans le domaine de la promotion d'artistes musiciens et la vente d'oeuvres musicales, en particulier par le biais d'une plate-forme Internet. Son capital social est de 165'000 fr. et l'un de ses administrateurs est B._____.
Son organe de révision depuis le 28 janvier 2015 est la société C._____ SA.

A.b. A._____ SA emploie actuellement quatre personnes et n'a jamais eu de revenu. Son activité a uniquement été financée par son capital social puis par les prêts de ses actionnaires.
Ses états financiers révisés au 31 décembre 2014 font apparaître une perte d'exploitation de 1'718'749 fr. 89 pour 2013 et de 1'095'341 fr. 83 pour 2014.
A teneur de son bilan révisé au 31 décembre 2014 à la valeur de continuation de l'exploitation, la société était surendettée à hauteur de 2'700'677 fr., montant entièrement couvert par une postposition de créance de son actionnaire B._____ de 4'535'472 fr. L'organe de révision a cependant formulé une réserve au sujet de l'actif

principal figurant au bilan, à savoir le poste " développement du site Internet ", évalué à 3'781'973 fr. Selon le réviseur, la valeur de ce poste, qui correspondait à " l'activation des salaires et honoraires de sous-traitants ayant travaillé pour le développement de ce produit informatique (application et site) ", dépendait du succès de sa commercialisation. Or, le réviseur ne disposait d'aucun élément lui permettant d'assurer que l'évaluation de ce poste était réaliste.
A teneur du bilan révisé au 31 décembre 2014 à la valeur de liquidation, la société était surendettée à hauteur de 7'028'231 fr., montant non couvert par la postposition de la créance actionnaire. Ce montant tenait compte d'un amortissement complet de l'actif susmentionné. Le réviseur a précisé que cet amortissement pouvait se révéler excessif.

B.

B.a.

B.a.a. Le 6 janvier 2015, A._____ SA a saisi le Tribunal de première instance du canton de Genève (ci-après: le tribunal) d'un avis de surendettement assorti d'une demande de sursis concordataire. Elle a indiqué être en situation de surendettement mais en train de " lever de l'argent " et souhaitait récolter entre 1 et 3 millions de dollars américains dans les six prochains mois, ce qui lui permettrait de continuer son développement en 2015 tout en remboursant progressivement ses dettes. Elle souhaitait allouer entre 10 et 30% de cette levée de fonds au remboursement de ses dettes dans les huit prochains mois.
Invitée par le tribunal à compléter sa requête par ordonnance du 16 janvier 2015, A._____ SA a persisté dans celle-ci par pli du 30 mars 2015, expliquant qu'elle avait entamé des discussions avec les sociétés américaines D._____ et E._____ dans l'optique d'une vente de la société. Elle a produit des engagements de confidentialité signés avec ces deux sociétés, le 17 février 2015 pour l'une et le 16 décembre 2014 pour l'autre, et a indiqué qu'un délai de six mois lui était nécessaire pour mener à bien ces discussions.
Lors de l'audience du 29 avril 2015, l'administrateur président de A._____ SA a indiqué que celle-ci réclamait un moratoire sur les dettes courantes car les discussions avec les sociétés précitées n'avaient pas encore abouti. Elle avait vécu sur son capital, lequel avait entièrement été consommé; son chiffre d'affaires était toujours nul et son seul espoir d'obtenir des liquidités consistait en la vente de l'entreprise.

B.a.b. Par jugement du 3 août 2015, le tribunal a refusé l'octroi du sursis concordataire et prononcé la faillite de A._____ SA avec effet au 3 août 2015 à 14h00.

B.b. Par arrêt du 16 octobre 2015, la Cour de justice du canton de Genève a rejeté le recours de la faillie contre cette décision.

C.
Par acte posté le 27 octobre 2015, A._____ SA interjette un recours en matière civile contre cet arrêt. Principalement, elle conclut à ce qu'il soit constaté qu'elle n'est pas en état de surendettement et à l'annulation de l'arrêt attaqué. Subsidiairement, elle conclut à l'annulation de l'arrêt attaqué et au renvoi de la cause à l'autorité cantonale. Elle se plaint d'arbitraire dans l'établissement des faits (art. 9 Cst.) et de la violation des art. 725 al. 2 CO, 55 et 255 CPC.
Des observations n'ont pas été requises.

D.
Par ordonnance du 16 novembre 2015, l'effet suspensif a été attribué au recours en ce sens que le prononcé de la faillite est resté en force mais qu'aucun acte d'exécution de la décision attaquée ne devait être entrepris, les éventuelles mesures conservatoires déjà prises par l'office en vertu des art. 162 ss, 170, 174 al. 3 et 221 ss LP demeurant toutefois en vigueur.

Considérant en droit :

1.

1.1. La décision attaquée confirme le prononcé d'une faillite suite au refus d'un sursis provisoire dans une procédure concordataire. Il s'agit d'une décision finale (art. 90 LTF; arrêt 5A 778/2015 du 16 décembre 2015 consid. 1) rendue sur recours en dernière instance cantonale (art. 75 LTF) et en matière civile (art. 72 al. 2 let. a LTF). Le recours est ouvert indépendamment de la valeur litigieuse (art. 74 al. 2 let. d LTF). La recourante, agissant en temps utile (art. 100 al. 1 LTF), a succombé devant la juridiction précédente et dispose d'un intérêt digne de protection à faire modifier l'acte entrepris; elle a ainsi qualité pour recourir (art. 76 al. 1 LTF).

1.2. Selon un principe général de procédure, les conclusions en constatation de droit ne sont recevables que lorsque des conclusions condamnatoires ou formatrices sont exclues. Sauf situations particulières, les conclusions constatatoires ont donc un caractère subsidiaire (ATF 135 I 119 consid. 4; arrêts 2C 199/2010 du 12 avril 2011 consid. 3.3, non publié in ATF 137 II 383; 1B 129/2013 du 26 juin 2013 consid. 2.2). Dans la mesure où la recourante conclut principalement à ce qu'il soit constaté qu'elle n'est pas en situation de surendettement, elle formule des conclusions constatatoires irrecevables, aucune exception à cette règle n'étant remplie.
Il reste néanmoins à examiner si la recourante formule, implicitement, des conclusions réformatoires telles qu'exigées par l'art. 42 al. 1 LTF. En effet, l'application du principe de la confiance impose d'interpréter les conclusions à la lumière de la motivation; l'interdiction du formalisme excessif commande, pour sa part, de ne pas se montrer trop strict dans la formulation des conclusions si, à la lecture du mémoire, on comprend clairement ce que veut le recourant (arrêt 4A 688/2011 du 17 avril 2012 consid. 2 non publié in ATF 138 III 425; arrêt 2C 861/2015 du 11 février 2016 consid. 1.2). En l'occurrence, il n'est pas aisé de trouver dans l'acte de recours des conclusions réformatoires. La recourante ne requiert ni l'ajournement de la faillite, ni l'octroi d'un sursis provisoire, alors qu'elle a saisi le juge de la faillite en invoquant son surendettement et en requérant l'octroi d'un " sursis concordataire ". En outre, dans son recours, elle ne se plaint que de la violation de l'art. 725 al. 2 CO. A la suivre, la procédure qu'elle a pourtant elle-même engagée n'aurait donc pas dû avoir lieu. Toutefois, étant donné qu'elle soutient que " sa faillite ne devait pas être prononcée ", il y lieu d'admettre, au vu des motifs qui
l'ont amenée à initier la procédure, qu'elle conclut à la réforme de l'arrêt attaqué en ce sens que le sursis provisoire de l'art. 293a al. 1 LP lui est octroyé.

2.
Le recours en matière civile permet en principe de faire valoir une violation du droit fédéral (art. 95 let. a LTF). Toutefois, lorsque la décision déférée porte sur des mesures provisionnelles, les motifs de recours sont limités (art. 98 LTF), seule la violation des droits constitutionnels pouvant être invoquée.

2.1. Sous l'empire du droit antérieur à la révision de la LP du 21 juin 2013 entrée en vigueur le 1 er janvier 2014 (RO 2013 p. 4111; FF 2010 p. 5871), la jurisprudence a qualifié de mesure provisionnelle la décision relative au sursis concordataire qui se limite à poser un pronostic sur les chances de succès d'un éventuel concordat (ATF 135 III 430 consid. 1.3).
Contrairement à l'ancien droit, le nouveau droit prévoit désormais la compétence du juge du concordat de prononcer d'office la faillite. En effet, selon l'art. 293a LP, le juge du concordat accorde sans délai un sursis provisoire et arrête d'office les mesures propres à préserver le patrimoine du débiteur. Sur requête, il peut prolonger le sursis provisoire (al. 1). Il prononce d'office la faillite s'il n'existe manifestement aucune perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat (al. 3).

2.2. Le Tribunal fédéral a soumis à l'art. 98 LTF la décision qui refuse ou révoque un ajournement de la faillite et ouvre en conséquence la faillite, suite à un avis de surendettement (art. 725a al. 1 CO) ou dans une poursuite ordinaire par voie de faillite pendante (art. 173a LP). Il a toutefois précisé que cette règle valait en tant que le recours portait uniquement sur l'ajournement (arrêt 5A 867/2015 du 11 décembre 2015 consid. 2.1; 5A 488/2015 du 21 août 2015 consid. 2.1; 5A 576/2014 du 30 septembre 2014 consid. 2 publié in SJ 2015 I p. 105; 5A 417/2013 du 6 août 2013 consid. 2). En revanche, si le débiteur s'en prend tant au refus de l'ajournement qu'au prononcé de la faillite, les griefs dirigés contre le premier doivent être de nature constitutionnelle (art. 98 LTF), alors que ceux dirigés contre le second ne sont pas limités (art. 95 LTF; arrêt 5A 111/2010 du 12 janvier 2011 consid. 2 et 3). Enfin, si la décision statue uniquement sur la faillite, le débiteur peut soulever les griefs

de l'art. 95 LTF (arrêts 5A 625/2015 du 18 janvier 2016 consid. 1.2; 5A 269/2010 du 3 septembre 2010 consid. 1.4).
Cette jurisprudence se justifie en raison du fait que l'ajournement et la faillite sont deux décisions distinctes, qui, même si elles sont rendues simultanément, suivent des conditions propres et peuvent être examinées indépendamment l'une de l'autre. D'ailleurs, lorsqu'il refuse l'ajournement dans une procédure de faillite ordinaire pendante, le juge ne prononce pas automatiquement la faillite (DIGGELMANN, in Kurzkommentar SchKG, 2ème éd., 2014, n°4 ad art. 173a LP). De caractère temporaire, l'ajournement est ainsi une mesure provisionnelle qui peut se greffer, ou non, sur la procédure de faillite. La critique de la doctrine selon laquelle l'octroi de l'ajournement de la faillite est une mesure provisionnelle, mais non son refus, au motif qu'il n'aurait aucun caractère temporaire (MARCHAND, Note à propos de l'arrêt 5A 576/2014, in SJ 2015 p. 106 s.) n'est pas convaincante: c'est le contenu d'une mesure qui détermine sa nature et, au vu de celle-ci, l'application de l'art. 98 LTF, et non le sort qui lui est réservé.

2.3. Au vu de la jurisprudence développée en matière d'ajournement de la faillite, la question qui se pose est de savoir si la décision dans laquelle le juge refuse le sursis provisoire et prononce en conséquence la faillite constitue une mesure provisionnelle (art. 98 LTF). Pour les raisons qui suivent, il y a lieu d'y répondre par la négative.
L'absence manifeste de toute perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat prévue à l'art. 293a al. 3 LP constitue à la fois la cause du refus du sursis provisoire et celle de la faillite; mis à part le cas où il estime que la requête de sursis provisoire doit être rejetée parce que prématurée ou abusive (HUNKELER, in Kurzkommentar SchKG, 2 ème éd., 2014, n°10 ad art. 293 LP, n°9 ad art. 293a LP; NEUENSCHWANDER, Premières expériences judiciaires du nouveau droit de l'assainissement, in JdT 2016 II p. 19 ss [22, note 18]), le juge n'a pas d'autre alternative à l'octroi de ce sursis que le prononcé de la faillite et il n'a pas à examiner d'autres conditions à cette fin (GASSER, Neues Nachlassverfahren - praktische Konsequenzen für die Betreibungs- und Konkursämter, in BlSchK 2014 p. 1 ss [2]; HANHARDT REDONDO, Les nouvelles règles sur l'assainissement des entreprises, in Questions de droit 2014 (85) p. 3 ss [4]; HUNKELER, op. cit., n°25 ad Vor Art. 293-336 SchKG, n°18 ad art. 293 LP, n°4 et 8 ad art. 293a LP). Dans sa décision, il refusera donc le sursis provisoire et prononcera la faillite; il peut même se contenter de prononcer directement la faillite, sans refuser formellement le sursis provisoire dans son
dispositif (HUNKELER, op. cit., n°24 et 26 ad art. 293a LP).
La faillite n'est pas une mesure provisionnelle, alors que le sursis provisoire l'est. La condition du prononcé de l'une et du refus de l'autre étant identique et le juge statuant en une seule décision, il faut toutefois admettre que cette unique décision ne constitue pas une mesure provisionnelle. Le refus du sursis n'est qu'un préalable au prononcé de le faillite. Les motifs d'un recours en matière civile ne sont dès lors pas limités à la violation des droits constitutionnels (HUNKELER, op. cit., n°3 ad art. 293d LP).

2.4. Il découle de ce qui précède que le recourant peut former son recours en matière civile pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. s. 95 LTF. Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Cela étant, eu égard à l'exigence de motivation contenue à l'art. 42 al. 1 et 2 LTF, il n'examine en principe que les griefs soulevés; il n'est pas tenu de traiter, à l'instar d'une autorité de première instance, toutes les questions juridiques pouvant se poser, lorsque celles-ci ne sont plus discutées devant lui (ATF 140 III 86 consid. 2; 137 III 580 consid. 1.3; 135 III 397 consid. 1.4). L'art. 42 al. 2 LTF exige par ailleurs que le recourant discute les motifs de la décision entreprise et indique précisément en quoi il estime que l'autorité précédente a méconnu le droit (ATF 140 III 86 consid. 2). En outre, le Tribunal fédéral ne connaît de la violation de droits fondamentaux que si un tel grief a été invoqué et motivé par le recourant («principe d'allégation», art. 106 al. 2 LTF; ATF 139 I 229 consid. 2.2; 137 II 305 consid. 3.3; 135 III 232 consid. 1.2, 397 consid. 1.4 in fine), c'est-à-dire s'il a été expressément soulevé et exposé de façon claire et détaillée (ATF 135 III 232 consid. 1.2; 133
II 249 consid. 1.4.2). Les critiques de nature appellatoire sont irrecevables (ATF 140 III 264 consid. 2.3 et les références).
Lorsque la décision attaquée comporte plusieurs motivations indépendantes dont chacune suffit à sceller le sort de la cause, il appartient au recourant, sous peine d'irrecevabilité, de s'attaquer conformément aux art. 42 al. 2 et 106 al. 2 LTF à chacune d'entre elles, et, pour obtenir gain de cause, de démontrer que ces deux motivations

sont contraires au droit (parmi plusieurs: ATF 138 I 97 consid. 4.1.4; 138 III 728 consid. 3.4; 136 III 534 consid. 2; 133 IV 119 consid. 6.3).

2.5. Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF); il ne peut s'en écarter que si ces faits ont été constatés de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF), et si la correction du vice est susceptible d'influencer le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF). La partie recourante qui soutient que les faits ont été établis d'une manière manifestement inexacte (art. 97 al. 1 LTF), à savoir arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (ATF 137 III 268 consid. 1.2), doit démontrer, par une argumentation précise, en quoi consiste la violation (art. 106 al. 2 LTF; ATF 134 II 244 consid. 2.2).

3.

3.1. Le premier juge a tout d'abord considéré que la société était manifestement surendettée et que la requête de sursis provisoire valait aussi avis de surendettement au juge au sens de l'art. 725 al. 2 CO. Ensuite, il a jugé que la requête de sursis ne satisfaisait pas aux exigences légales, notamment en raison de l'absence d'un plan d'assainissement et de toute explication de la société sur le délai dans lequel elle entendait sortir du surendettement et les mesures qu'elle comptait mettre en place. Par ailleurs, il n'existait aucune perspective d'assainissement ou d'homologation de concordat au sens de l'art. 293a al. 3 LP, de sorte que l'octroi d'un sursis provisoire même de courte durée ne ferait que retarder une échéance inéluctable et augmenter le préjudice probable des créanciers. Enfin, le premier juge a relevé que la société présentait une carence organisationnelle qui justifiait également sa dissolution en application de l'art. 731b al. 3 CO, vu qu'elle ne disposait plus d'organe de révision ni des moyens d'en rémunérer un.

3.2. La cour cantonale a, quant à elle, considéré que la recourante avait indiqué elle-même dans sa requête de sursis qu'elle était surendettée et que cet état était confirmé par les pièces de la procédure, notamment le bilan au 31 décembre 2014 à la valeur de liquidation qui faisait état d'un surendettement de 2'492'759 fr. Elle a en outre relevé que la recourante ne formulait aucun grief à l'encontre des autres aspects du jugement querellé.

4.

4.1. La procédure concordataire peut notamment être introduite par la requête du débiteur, accompagnée des documents suivants: 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). Comme dit précédemment (cf. supra consid. 2.1), suite à cette requête, le juge accorde le sursis provisoire sans délai. Il prononce la faillite d'office s'il n'existe manifestement aucune perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat (art. 293a al. 1 et 3 LP).
L'insolvabilité du débiteur n'est pas une condition de l'octroi du sursis provisoire, même si celui-ci se trouvera souvent dans cette situation, voire menacé de l'être, au moment où la procédure de concordat est introduite (HUNKELER, op. cit., n°9 ad art. 293 LP; NEUENSCHWANDER, op. cit., p. 20).

4.2. La recourante invoque l'arbitraire dans l'établissement des faits relatifs à son surendettement ainsi que la violation des art. 725 al. 2 CO, 55 et 255 CPC. Elle se borne toutefois à contester son surendettement, de manière essentiellement appellatoire, alors qu'elle l'a elle-même allégué en première instance, sans qu'elle ait ensuite prétendu en instance cantonale que sa situation aurait changé. Elle ne formule aucun grief en lien avec l'art. 293a LP. Elle ne s'attaque donc pas à la seconde motivation de la cour cantonale qui lui a pourtant reproché de n'avoir pas formulé de griefs à l'encontre du jugement de première instance sur le fait que sa requête de sursis ne satisfaisait pas aux exigences légales, qu'il n'existait aucune perspective d'assainissement ou d'homologation de concordat et qu'elle présentait une carence organisationnelle.
Cette motivation cantonale est pourtant suffisante à sceller le sort du litige. La recourante ne s'y attaquant pas, son recours doit être déclaré irrecevable (cf. supra consid. 2.4 in fine).

5.

En conclusion, le recours est irrecevable. Les frais judiciaires, arrêtés à 5'000 fr., sont mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 66 al. 1 LTF). Des dépens ne sont pas dus.
L'octroi de l'effet suspensif par le Tribunal fédéral ne se rapporte qu'aux mesures d'exécution, ce qui le dispense en principe de fixer à nouveau la date de l'ouverture de la faillite (arrêt 5A 867/2015 du 11 décembre 2015 consid. 7 in fineet les références).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.
Le recours est irrecevable.

2.
Les frais judiciaires, arrêtés à 5'000 fr., sont mis à la charge de la recourante.

3.
Le présent arrêt est communiqué aux parties, à l'Office du Registre foncier du canton de Genève, à l'Office des faillites et au Registre du commerce de Genève.

Lausanne, le 2 mai 2016

Au nom de la IIe Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : von Werdt

La Greffière : Achtari