Urteilskopf

142 III 364

47. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour de droit civil dans la cause A. SA contre Cour de justice du canton de Genève (recours en matière civile) 5A_866/2015 du 2 mai 2016

Regeste (de):
Art. 95 und 98 BGG; Art. 293a SchKG; Natur der Entscheidung, mit der die Nachlassstundung verweigert und der Konkurs eröffnet wird; Beschwerdegründe.

Die Entscheidung, mit welcher der Richter die provisorische Stundung verweigert und den Konkurs eröffnet, ist keine vorsorgliche Massnahme. Gegen die besagte Entscheidung ist die Beschwerde in Zivilsachen wegen Rechtsverletzungen nach Massgabe von Art. 95 BGG zulässig (E. 2.1-2.4).

Regeste (fr):
Art. 95 et 98 LTF; art. 293a LP; nature de la décision refusant le sursis concordataire et prononçant la faillite; motifs de recours.

La décision par laquelle le juge refuse le sursis provisoire et prononce la faillite ne constitue pas une mesure provisionnelle. Contre cette décision, le recourant peut donc former un recours en matière civile pour violation du droit, tel qu'il est délimité par l'art. 95 LTF (consid. 2.1-2.4).

Regesto (it):
Art. 95 e 98 LTF; art. 293a LEF; natura della decisione che respinge la moratoria concordataria e dichiara il fallimento; motivi di ricorso.

La decisione mediante la quale il giudice respinge la moratoria provvisoria e dichiara il fallimento non costituisce una misura cautelare. Contro tale decisione il ricorrente può quindi formare un ricorso in materia civile per violazione del diritto così come delimitato dall'art. 95 LTF (consid. 2.1-2.4).

Sachverhalt ab Seite 364

A.

A.a A. SA est inscrite le 14 octobre 2009 au Registre du commerce de Genève. Son capital social est de 165'000 fr. et l'un de ses administrateurs est B.

A.b A. SA emploie actuellement quatre personnes et n'a jamais eu de revenu.

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. 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.

B.

B.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. 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 et qu'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. 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 arrêt du 2 mai 2016, le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable le recours en matière civile interjeté par A. SA contre cet arrêt. (résumé)

Erwägungen

Extrait des considérants:

2. (...)

2.1 Sous l'empire du droit antérieur à la révision de la LP du 21 juin 2013 entrée en vigueur le 1er janvier 2014 (RO 2013 4111; FF 2010 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 (arrêts 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, 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 SchKG, 2e 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, SJ 2015 I 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 SchKG, 2e éd. 2014, n°10 ad art. 293 LP, n°9 ad art. 293a LP; NEUENSCHWANDER, Premières expériences judiciaires du nouveau droit de l'assainissement, 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, BlSchK 2014 p. 1 ss [2];HANHARDT REDONDO, Les nouvelles règles sur l'assainissement des entreprises, 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, nos 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., nos 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 la 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. 95 s. 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; ATF 137 III 580 consid. 1.3; ATF 135 III 397 consid. 1.4).

BGE 142 III 364 S. 368

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; ATF 137 II 305 consid. 3.3; ATF 135 III 232 consid. 1.2, ATF 135 III 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; ATF 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; ATF 138 III 728 consid. 3.4; ATF 136 III 534 consid. 2; ATF 133 IV 119 consid. 6.3). (...)