

GE_GERICHTE C/10082/2022 vom 27. Februar 2024

GE Cour de justice, 2024-02-27, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_10082_2022

FR: GE_GERICHTE C/10082/2022 du 27 février 2024

IT: GE_GERICHTE C/10082/2022 del 27 febbraio 2024

Erwägungen

E. 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).

E. 1.2

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

E. 1.3

Les décisions rendues en matière de faillite sont soumises à la procédure sommaire (art. 251 let. a CPC). Le juge établit les faits d'office (maxime inquisitoire limitée; art. 255 let. a CPC).

E. 2

La recourante a allégué des faits nouveaux et produit des pièces nouvelles. A titre préalable, elle a sollicité la tenue d'une audience " en présence " du curateur et de l'un de ses administrateurs. Elle a en outre conclu, pour la première fois devant la Cour, à l'octroi d'un sursis concordataire de quatre mois dans l'hypothèse où la prolongation de l'ajournement de faillite lui était refusée.

E. 2.1

Selon l'art. 326 CPC, les conclusions, les allégations de faits et les preuves nouvelles sont irrecevables (al. 1); les dispositions spéciales de la loi sont réservées (al. 2). L'art. 174 LP - applicable à la faillite sans poursuite préalable par renvoi de l'art. 194 al. 1 LP - prévoit que les parties peuvent faire valoir des faits nouveaux, lorsque ceux-ci se sont produits avant le jugement de première instance (art. 174 al. 1 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 à 3 LP étant étrangères à ce type de procédure. Il n'est ainsi pas possible d'invoquer que, dans le délai de

recours, l'état de surendettement a été éliminé, qu'un nouvel organe de révision est arrivé à la conclusion qu'il n'y a pas de surendettement ou encore qu'une postposition de créance nouvellement consentie rend superflu l'avis au juge (arrêts du Tribunal fédéral 5A_252/2020 et 5A_264/2020 du 18 juin 2020 consid. 4.1.2; 5A_243/2019 du 17 mai 2019 consid. 3.1 et les références citées, in SJ 2019 I p. 376).

E. 2.2

En l'espèce, les nova dont la recourante se prévaut devant la Cour sont tous postérieurs au jugement prononçant sa faillite. Il s'agit donc de vrais nova qui sont irrecevables, dans la mesure où ils ne portent sur aucune des trois hypothèses visées par l'art. 174 al. 2 ch. 1 à 3 LP et que la majorité d'entre eux ont été produits après l'expiration du délai de recours. Au demeurant, même s'ils avaient été recevables, ces novas n'auraient pas modifié l'issue du litige (cf. infra consid. 3.3). La tenue d'une nouvelle audience devant la Cour ne se justifie pas, le Tribunal ayant déjà entendu la recourante et le curateur à plusieurs reprises, lors des audiences qui se sont tenues les 4 août et 1^{er} décembre 2022, 9 février, 11 mai et 28 septembre 2023. La recourante n'a du reste pas motivé sa conclusion préalable en ce sens. Enfin, la conclusion subsidiaire de la recourante, tendant au prononcé d'un sursis concordataire provisoire, est irrecevable, faute d'avoir été soumise au premier juge (art. 326 al. 1 CPC). Quoi qu'il en soit, même si elle avait été recevable, cette conclusion aurait de toute façon été rejetée (cf. infra consid. 3.3).

E. 3

La recourante reproche au Tribunal d'avoir refusé de prolonger une troisième fois l'ajournement de faillite, en " faisant fi d'éléments déterminants pour la protection des créanciers ". Elle lui reproche également de ne pas avoir ajourné d'office le jugement de faillite en application de l'art. 173a al. 2 LP ou, à tout le moins, de ne pas avoir examiné d'office l'opportunité d'accorder un sursis provisoire à la société.

E. 3.1

Conformément à l'art. 5 des dispositions transitoires de la modification du droit de la société anonyme du 19 juin 2020 (RO 2020 4005, 4062), l'ancien droit reste applicable au présent litige, l'ajournement de la faillite ayant été ordonné par le Tribunal avant le 1^{er} janvier 2023, soit avant la date d'entrée en vigueur du nouveau droit qui a supprimé l'institution de l'ajournement de faillite.

3.2.1 Le débiteur peut lui-même requérir sa faillite en se déclarant insolvable en justice (art. 191 al. 1 LP). Par ailleurs, la faillite est prononcée d'office sans poursuite préalable dans les cas prévus par la loi (art. 192 LP), soit notamment lorsque l'administrateur d'une société anonyme annonce au juge le surendettement de la société (art. 725 al. 2 aCO).

3.2.2 Selon l'art. 725 al. 2 aCO, s'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société est surendettée, un bilan intermédiaire est dressé et soumis à la vérification d'un réviseur agréé. S'il résulte de ce bilan que les dettes sociales ne sont couvertes ni lorsque les biens sont estimés à leur valeur d'exploitation, ni lorsqu'ils le sont à leur valeur de liquidation, le conseil d'administration en avise le juge, à moins que des créanciers de la société n'acceptent que leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances de la société dans la mesure de cette insuffisance de l'actif. L'art. 725a al. 1 aCO permet au juge qui reçoit l'avis obligatoire de l'art. 725 al. 2 aCO, en cas de surendettement, d'ajourner la faillite, à la requête du conseil d'administration ou d'un créancier, si l'assainissement de la société paraît possible. L'ajournement de la faillite au sens de l'art. 725a aCO a pour but de permettre la continuation de l'activité de la société. A

la différence des cas d'ajournement prévus par le droit des poursuites (art. 173 et 173a LP), il ne s'agit pas d'une mesure relevant de l'exécution forcée, mais d'un simple moratoire, dont la finalité est de redresser la société en évitant toute procédure d'exécution forcée, y compris concordataire. Le requérant doit présenter au juge un plan d'assainissement exposant les mesures propres à redresser la société - telles qu'une postposition par les créanciers de la société, la conversion de créances en actions, des cautionnements ou garanties bancaires, etc. -, et indiquer le délai dans lequel le surendettement sera éliminé. Sur la base de ces éléments, le juge doit estimer les chances d'un assainissement réussi et durable.

L'assainissement paraît possible quand les mesures 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 (arrêt du Tribunal fédéral 5A_260/2021 du 22 juin 2021 consid. 3; 5A_902/2016 du 21 mars 2017 consid. 5.3.2). La plausibilité du redressement de la société surendettée doit être cumulativement examinée à la lumière du test du bilan (le surendettement doit être résorbé), du test du compte de pertes et profits (la société doit être à nouveau bénéficiaire au terme de son assainissement sur la base d'un budget prévisionnel) et du test du compte de flux financiers (un résultat positif doit résulter des flux financiers prévisibles). Ce qui est nécessaire en tout cas, selon la jurisprudence, c'est qu'une société aux bases financières saines ressorte, avec une haute probabilité, du processus d'assainissement (arrêts du Tribunal fédéral 5A_260/2021 et 5A_902/2016 précités loc. cit. ; ATF 130 V 196 consid. 5.5). La durée de l'ajournement de la faillite n'est soumise ni à un délai minimal ni à un délai maximal; elle est laissée à l'appréciation du juge. Si les conditions de l'octroi de l'ajournement demeurent satisfaites, il est loisible au juge de concéder une ou plusieurs prolongations. La prolongation de l'ajournement est toutefois subordonnée à la condition que les mesures d'assainissement initialement annoncées aient été effectivement entreprises par la société et que les intérêts des créanciers le justifient. Une prolongation ne sera ainsi accordée qu'à condition que (notamment) la fortune nette (fonds propres) ne diminue pas et que le paiement des charges courantes soit assuré (PETER/CAVADINI, CR CO II, 2^{ème} éd. 2017, n. 39 ss ad art. 725a aCO). Si l'assainissement est devenu impossible ou que ses chances de succès sont réellement compromises, le juge doit prononcer la faillite de la société. Le cas échéant, cette constatation peut être faite sans attendre la fin de la durée de l'ajournement. Dans ce cas, le juge met fin à celui-ci de façon anticipée (arrêt du Tribunal fédéral 5A_260/2021 précité consid. 3).

3.2.3 Si le débiteur ou un créancier ont introduit une demande de sursis concordataire ou de sursis extraordinaire, le tribunal peut ajourner le jugement de faillite (art. 173a al. 1 LP). Le tribunal peut aussi ajourner d'office le jugement de faillite lorsqu'un concordat paraît possible; il transmet dans ce cas le dossier au juge du concordat (art. 173a al. 2 aLP). L'art. 173a LP - applicable en matière de faillite sans poursuite préalable par renvoi de l'art. 194 al. 1 LP - est une mesure d'exécution forcée permettant d'éviter l'ouverture de la faillite quand sont réalisées les conditions d'un assainissement financier, notamment sous la forme d'un sursis concordataire. Le juge de la faillite saisi d'une requête d'ajournement doit examiner si une requête motivée de sursis, accompagnée du projet de concordat et des pièces justificatives (bilan détaillé, compte d'exploitation ou tous autres documents faisant apparaître l'état du patrimoine et des revenus du débiteur) a été déposée et si, sur la base de ces pièces, émerge, selon toute vraisemblance, une certaine probabilité concrète d'homologation du concordat. Sur la base d'un examen sommaire, le juge doit donc poser un pronostic à propos des chances de succès d'un concordat. Cet ajournement de la faillite ne déploie toutefois ses effets que pendant la

durée correspondant au temps nécessaire au juge pour rendre sa décision sur le sursis concordataire (arrêt du Tribunal fédéral 5A_111/2010 du 12 janvier 2011 consid. 2.2 et les références citées). Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu d'ajourner la faillite lorsqu'il apparaît d'emblée que le sursis concordataire doit être refusé. 3.2.4 Le débiteur qui introduit une procédure concordataire doit joindre à sa requête 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). Selon la jurisprudence, le plan d'assainissement ne peut se contenter de ne proposer que des mesures financières sans engagement. Lorsqu'il implique des concessions de la part des actionnaires ou des créanciers, le juge doit être assuré que leur réalisation est vraisemblable. Il exigera donc des documents tels que des conventions de postposition au sens de l'art. 725 al. 2 aCO, des remises de dette ou des souscriptions fermes d'actionnaires pour une augmentation de capital. Si le juge néglige de le faire, la responsabilité de l'Etat peut être engagée, dès lors qu'une éventuelle révocation de l'ajournement n'effacera pas le dommage qui aurait pu être évité par une ouverture immédiate de la faillite. En revanche, le juge doit se montrer souple lorsque l'assainissement dépend de mesures de différente nature dont les sacrifices des créanciers ne constituent qu'une composante accessoire (arrêt du Tribunal fédéral 5A_902/2016 du 21 mars 2017 consid. 5.3.2 et les références citées).

E. 3.3

En l'espèce, le Tribunal a considéré, avec raison, que la recourante était durablement surendettée (son surendettement étant avéré au 31 août 2023, même en faisant abstraction de la provision de 937'786 fr. relative à la créance douteuse qu'elle détient envers G_____ SA) et qu'elle avait échoué à rendre vraisemblable son aptitude à éliminer le surendettement dans le délai requis (deux mois) et de restaurer à moyen terme sa capacité de gain sur des bases suffisamment saines et solides. En particulier, les perspectives de recapitalisation et d'optimisation du chiffre d'affaires évoquées dès le dépôt de la requête ne se sont pas concrétisées pendant l'ajournement - qui a duré près de seize mois -, en dépit des assurances optimistes données par l'administrateur de la société, que ce soit en lien avec la reprise du groupe H_____ par le groupe R_____, la recherche d'investisseurs par le biais de la société Q_____, le rachat de A_____ SA par CLINIQUE U_____ SA, la reprise de dettes et l'abandon de créance consentis par H_____ SA, l'acquisition de participations dans H_____ SA et/ou ses filiales par les Drs W_____, X_____ et Y_____, ou encore avec les différentes mesures prises en vue d'augmenter le volume des interventions pratiquées au sein de la clinique (développement du secteur de la chirurgie esthétique, partenariat avec le cabinet P_____ et avec deux chirurgiens de la main, apport de nouvelles affaires suite à la faillite de CLINIQUE T_____ SA, partenariat avec Z_____). Contrairement à ce que soutient la recourante, il ne ressort pas du dossier que le partenariat avec Z_____ aurait permis d'augmenter le volume des affaires de la clinique de façon significative, étant relevé qu'en l'absence de budget prévisionnel sur ce point, un pronostic fiable ne peut quoi qu'il en soit pas être posé. Ainsi que l'a souligné le Tribunal, la perspective d'un redressement des finances de la société (et des finances de H_____ SA, elle-même surendettée pour près de 345'000 fr. au 31 décembre 2022 et probablement insolvable) grâce à la vente d'une partie des actions de K_____ SA au Dr X_____ suscite de sérieux doutes et doit être appréciée avec la plus grande circonspection. En effet, les quelques pièces produites à ce sujet (à savoir un courriel du médecin concerné qui n'articule aucun chiffre et des projets de convention établis par la seule recourante) ne permettent pas

de retenir que les pourparlers en cours auraient plus de chances d'aboutir que les précédentes négociations menées - sans succès - avec d'autres investisseurs potentiels qui se sont tous désistés. Le curateur a d'ailleurs précisé, dans son rapport final, que les discussions avec le Dr X_____ évoluaient quotidiennement et que le degré de probabilité qu'elles aboutissent à un résultat concret était incertain. De surcroît, l'on ignore tout de la santé financière de K_____ SA et de sa valeur objective, tout comme l'on ignore si le médecin concerné - qui n'a pris aucun engagement ferme vis-à-vis de H_____ SA et/ou de la recourante - dispose des liquidités nécessaires pour s'acquitter d'une somme de trois millions de francs à court terme. Devant la Cour, la recourante - qui pensait finaliser cette transaction début octobre 2023 - a du reste admis que les pourparlers se prolongeaient, le Dr X_____ ayant requis une " due diligence " complète (financière, fiscale et juridique) de la société cible, et que la transaction ne pourrait sans doute pas être conclue avant la mi-mars 2024, soit plusieurs mois après l'expiration du délai de prolongation requis. Il ressort par ailleurs des bilans et comptes de résultats versés au dossier que la recourante ne parvient pas à générer un chiffre d'affaires propre à garantir la pérennité de son entreprise, comme le curateur l'avait déjà observé à l'audience du 1^{er} décembre 2022. En effet, l'activité commerciale de la clinique ne lui permet pas de couvrir ses charges d'exploitation, étant observé que les mesures d'assainissement prises n'ont pas eu les effets escomptés, puisque son chiffre d'affaires au 31 décembre 2022 s'est élevé à 4'976'812 fr. (alors que les projections de Q_____ tablaient sur un montant de 5'900'000 fr.) et que son chiffre d'affaires au 31 décembre 2023 devrait être d'environ 6'000'000 fr. (alors que les projections de Q_____ tablaient sur un montant de 7'100'000 fr. et le dernier " business plan " sur un montant de 8'200'000 fr.). A cela s'ajoute que dans son rapport du 26 septembre 2023, le curateur a confirmé que la recourante - désormais insolvable - n'avait pas été en mesure de rembourser une partie des dettes nées durant l'ajournement, de telle sorte qu'elle avait accumulé un passif de près de 1.5 millions de francs à ce titre (252'486 fr. de " dettes fournisseurs " échues au 31 décembre 2022 et 1'223'293 fr. de dettes échues au 30 juin 2023). Or, le fait que la recourante n'a pas été en mesure de respecter l'une des conditions essentielles à l'octroi et au maintien de l'ajournement, à savoir le paiement régulier des dettes nées durant cet ajournement, est une circonstance qui suffit - en soi - à justifier sa révocation immédiate. A juste titre, le Tribunal a considéré que l'on ne pouvait pas faire supporter aux créanciers le risque d'une augmentation accrue du passif pendant une énième prolongation de l'ajournement. Cela est d'autant plus vrai que la recourante - qui s'est limitée à évoquer les négociations en cours avec le Dr X_____ - n'a fourni aucun plan crédible de remboursement des dettes accumulées pendant l'ajournement (ce qui ne permet pas d'envisager l'homologation d'un éventuel concordat). Finalement, la recourante ne saurait être suivie lorsqu'elle soutient que la promesse de porte-fort du 27 septembre 2023 offrirait aux créanciers " la garantie de ne pas subir de plus amples dommages ", dans la mesure où l'on ignore tout de la situation personnelle (patrimoniale et financière) des administrateurs de la société, restés muets sur ce point. Compte tenu des circonstances d'espèce, comme l'a retenu le Tribunal, il appert que les chances de succès de l'assainissement financier sont réellement compromises; la conséquence légale en est le prononcé de la faillite. Le recours, infondé, sera dès lors rejeté.

E. 4

Lorsque l'effet suspensif octroyé par l'autorité de recours porte également sur la suspension des effets juridiques de l'ouverture de la faillite, et non seulement sur le caractère exécutoire du jugement de faillite, et que l'autorité rejette en fin de compte le recours contre la faillite,

le moment de l'ouverture de la faillite est différé à la date du prononcé de l'arrêt de seconde instance. L'autorité doit par conséquent fixer à nouveau ce moment (arrêt du Tribunal fédéral 5A_92/2016 du 17 mars 2016 consid. 1.3.2.1). La faillite de la recourante sera dès lors confirmée, avec effet à la date du prononcé du présent arrêt.

E. 5

Les frais judiciaires du recours, comprenant l'émolument de décision sur effet suspensif, seront arrêtés à 1'000 fr.. (art. 52 et 61 OELP; art. 26 RTFMC), mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC), et compensés avec l'avance de frais versée, qui reste acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC). L'allocation de dépens de recours ne se justifie pas vu l'issue de la procédure. Au surplus, il n'y a pas lieu de défrayer le curateur pour ses observations du 30 novembre 2023 (à savoir un courrier de deux pages), étant précisé que Me B_____ n'a pas déposé de note d'honoraires pour son intervention. * * * * PAR CES MOTIFS, La Chambre civile : A la forme : Déclare recevable le recours interjeté le 16 octobre 2023 par CLINIQUE A_____ SA contre le jugement JTPI/11336/2023 rendu le 3 octobre 2023 par le Tribunal de première instance dans la cause C/10082/2022-10 SFC. Au fond : Rejette ce recours. Confirme le jugement précité, la faillite de CLINIQUE A_____ SA prenant effet le _____ 2024 à 12 heures. Sur les frais : Arrête les frais judiciaires du recours à 1'000 fr., les met à la charge de CLINIQUE A_____ SA et les compense avec l'avance de frais fournie, qui reste 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, Madame Nathalie RAPP, 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. Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF indifférente (art. 74 al. 2 let. d LTF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.