

GE_GERICHTE C/16097/2009 vom 26. November 2009

GE Cour de justice, 2009-11-26, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_16097_2009

FR: GE_GERICHTE C/16097/2009 du 26 novembre 2009

IT: GE_GERICHTE C/16097/2009 del 26 novembre 2009

Regeste

; SURENDETTEMENT ; AJOURNEMENT DE LA FAILLITE ; CONDITION DE RECEVABILITÉ | LP.174. CO.725.A. CO.725

Erwägungen

E. 1

Le jugement entrepris a statué sur un avis de surendettement concernant une société anonyme. Il a été rendu à huis clos, par voie de procédure sommaire (art. 21 al. 1 let. d LALP). Selon l'art. 23 LALP, un tel jugement est rendu en premier ressort. L'appel dirigé à son encontre est ainsi un appel ordinaire (art. 291 LPC) dans le cadre duquel la Cour de justice dispose d'un plein pouvoir d'examen.

E. 2

L'appel, qui a été déposé dans le délai et selon la forme prescrits par la loi, est recevable (art. 194 et 174 al. 1 LP et 356 al. 1 LPC).

E. 3

La recourante sollicite principalement l'annulation du jugement de faillite, se prévalant de la disparition du surendettement qui avait motivé son avis au juge.

E. 3.1

Selon l'art. 725a al. 1 CO, le juge déclare la faillite au vu de l'avis de surendettement. L'obligation d'aviser le juge incombe au conseil d'administration lorsqu'il résulte du bilan intermédiaire, soumis à la vérification d'un réviseur agréé, 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 (art. 725 al. 2 CO). Le juge doit vérifier d'office si l'avis de surendettement est valable à la forme. Hormis les cas des art. 729 b CO et 743 al. 2 CO, l'avis de surendettement ne peut être donné que par l'administration en tant que telle, par exemple par un administrateur unique, mais non par un administrateur, membre d'un conseil comprenant plusieurs membres (GILLIERON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillites, 2001, n. 16 ad art. 192 LP). L'avis doit être accompagné du bilan révisé établi aux valeurs d'exploitation et de liquidation (MONTAVON, Droit suisse de la société anonyme, 2004, p. 444 ch. 2.1; PETER, Commentaire Romand CO II, 2008, n. 6 et ss ad art. 725 a CO). Ces conditions de forme étant satisfaites, il faut encore qu'il existe un surendettement, condition matérielle du prononcé de la faillite (PETER, op. cit., n. 11 ad art. 725 a CO). Il y a surendettement, comme l'exprime l'art. 725 al. 2 CO, lorsque les dettes sociales ne sont plus couvertes par les biens de la société, qu'ils soient estimés à leur valeur d'exploitation ou de réalisation. En d'autres termes, le surendettement survient lorsque l'actif social ne couvre plus les dettes, c'est-à-dire les fonds étrangers (PETER/CAVADINI,

Commentaire Romand CO II, 2008, n. 31 ad art. 725 CO; CHAUDET, Ajournement de la faillite de la société anonyme, 2001, p. 186). Entrent dans les fonds étrangers toutes les dettes existantes de la société, qu'elles soient exigibles ou non, de même que les dettes prévisibles éventuelles résultant de cautionnement, de livraisons ultérieures ou d'autres affaires encore en suspens (CHAUDET, op. cit., p. 191 et art. 669 al. 1 CO). En présence d'un surendettement, l'avis au juge ne peut être omis que si des créanciers de la société acceptent que leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de toutes autres créances de la société dans la mesure de l'insuffisance de l'actif constatée (cf. art. 725 al. 2 CO). Une telle déclaration d'un créancier, appelée postposition, est un contrat de remise de dette soumis à la condition suspensive de la faillite du bénéficiaire de la postposition et jusqu'à concurrence du montant nécessaire à honorer les autres dettes de la société (MONTAVON, p. 431 et références citées). En principe, la postposition est irrévocable et illimitée dans le temps tant que dure le surendettement et le risque de surendettement (MONTAVON, op. cit., p. 432; PETER/CAVADINI, op. cit., n. 50 ad art. 725 CO).

E. 3.2

Dans le cas présent, le surendettement de la société, ainsi défini, existait tant au 31 décembre 2008, qu'au 30 juin 2009, dès lors que les dettes subsistant après déduction de la dette postposée (prêt actionnaire) excédaient la valeur des actifs estimés à leur valeur de réalisation (et d'exploitation), comme l'organe de révision l'a constaté dans son rapport du 15 juillet 2009. Le surendettement persistait au 31 juillet 2009, à teneur du bilan intermédiaire vérifié (contrôle restreint) par l'organe précité le 25 août 2009. Dans son acte d'appel, la recourante soutient que le surendettement aurait disparu à la suite de la postposition des créances de son actionnaire, à concurrence de 417'523 fr. et de son abandon des créances salariales de 38'143 fr. 85 en date du 20 août 2009. Or, la postposition de la créance de l'actionnaire de 417'523 fr. était déjà connue et a été prise en compte par l'organe de révision dans les rapports précités. L'on relèvera au demeurant que cette postposition, limitée à une durée d'un an selon la déclaration de l'actionnaire du 20 août 2009, ne paraît pas conforme aux exigences exprimées par la doctrine mentionnée supra. Par ailleurs, l'abandon de la créance de salaires s'avère également sans effet sur le surendettement, car cette dette ne ressort pas des bilans aux 30 juin et 31 juillet 2009. Cet abandon ne modifie donc pas la situation comptable et n'efface pas le surendettement. Il n'y a dès lors pas lieu d'annuler pour ce motif le jugement prononçant la faillite. Il reste en revanche à examiner les conclusions subsidiaires de la recourante qui sollicite un ajournement de la faillite.

E. 4

4.1 Le juge ne peut prononcer l'ajournement qu'à la requête du conseil d'administration ou d'un créancier, si l'assainissement de la société paraît possible. La requête d'ajournement est ainsi indispensable à l'ouverture de la procédure, le juge n'étant pas habilité à prononcer d'office l'ajournement de la faillite (CHAUDET, op. cit., p. 128; PETER, Commentaire romand CO II, 2008, n. 14 ad art. 725 a CO).

E. 4.2

En l'occurrence, le premier juge a prononcé la faillite car l'administration de l'appelante ne lui a soumis aucune requête d'ajournement explicite, quand bien même les délais sollicités et les pièces déposées allaient dans ce sens. La requête d'ajournement n'a été formée qu'en appel, devant la Cour de céans.

E. 4.3

Se pose dès lors la question de la recevabilité d'une telle requête déposée au stade de l'appel dirigé contre le jugement de faillite. Selon l'art. 174 al. 1 LP, applicable par renvoi de l'art. 194 LP, les parties peuvent faire valoir devant l'autorité judiciaire supérieure, des faits nouveaux lorsqu'ils se sont produits avant le jugement de première instance. Il s'agit là de faits nouveaux improprement dits ou faux nova (ATF 5P.263/2003 du 25.08.2003, consid. 3.3.1). Le droit fédéral ne règlemente pas en revanche l'admission des vrais novas, soit des faits survenus postérieurement au jugement prononçant la faillite. Plusieurs auteurs admettent au stade de l'appel la prise en compte de faits nouveaux proprement dits (vrais novas), dans la mesure au moins où ceux-ci sont susceptibles d'influer sur la décision à rendre ou relèvent de procédures parallèles ou nouvellement introduites, telles que prononcé d'une faillite, dépôt d'une demande de sursis concordataire ou d'une requête d'ajournement de faillite (PETER, op. cit., n. 22 ad art. 725 a CO; GILLIERON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, 2001, n. 31 et 33 ad art. 192 LP; BRUNNER, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 1998, tome II n. 24 ad art. 192 LP p. 1849). La question de l'admissibilité du dépôt d'une requête d'ajournement de faillite postérieurement au prononcé de la faillite fait l'objet d'une controverse (PETER, op. cit., n. 16 ad art. 725 a CO et réf. citées; CHAUDET, op. cit., p. 128, BRUNNER, op. cit., p. 1847). A supposer qu'il soit possible, ce dépôt devrait alors intervenir dans le cadre de l'appel contre le jugement prononçant la faillite (PETER, op. cit., n. 16 ad art. 725 a CO). C'est en l'espèce la démarche qu'a suivie l'appelante. Cela étant, solliciter l'ajournement de la faillite revient à présenter, devant l'autorité d'appel, non pas un fait nouveau proprement dit, mais une conclusion nouvelle, distincte de l'avis de surendettement soumis au premier juge. La procédure sommaire édictée par les cantons en application de l'art. 25 ch. 2 lit. a LP, législation d'exécution, ne doit pas entraver la mise en œuvre du droit fédéral. Or, à teneur de l'art. 312 LPC, applicable à la procédure sommaire par renvoi de l'art. 356 al. 1 LPC, la Cour ne peut statuer sur aucun chef de demande qui n'a pas été soumis aux premiers juges, sauf exceptions non réalisées ici. Le droit cantonal fait donc en principe obstacle à la recevabilité, au stade de l'appel, des conclusions en ajournement de faillite déposées par la recourante. Rien n'empêche en revanche d'assimiler cette requête à un fait nouveau dont la prise en compte pourrait justifier, le cas échéant, l'octroi d'un ajournement de faillite. Le droit cantonal, en dérogation au principe de l'immutabilité du litige, admet que des conclusions nouvelles, fondées sur des faits nouveaux, puissent être présentées en appel, notamment lorsque les parties en litige le requièrent unanimement (SJ 1958 p. 204) ou lorsque le droit fédéral l'autorise (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, n. 4 à 6 ad art. 312 LPC).

E. 4.4

Dans le cas présent, l'unique partie à la procédure requiert de la Cour qu'elle se saisisse de cette conclusion nouvelle et le droit fédéral, tel que l'interprète une partie de la doctrine, permet d'accueillir, nonobstant le texte restrictif de l'art. 174 al. 1 LP, des nova proprement dits, limités à des "faits de procédure" (cf. GILLIERON, op. cit., n. 33 ad art. 192 LP). L'art. 174 LP doit du reste être appliqué par analogie dans le cas des art. 725 a et 192 LP, puisqu'il a été conçu avant tout pour permettre la rétractation des faillites lorsque les conditions de l'art. 174 al. 1 LP étaient remplies. Or, ces conditions se présentent également comme des faits nouveaux, postérieurs au jugement de faillite. L'application analogique devrait

permettre à la société, dont la faillite a été prononcée sur la base de l'art. 725 a CO, de bénéficier également du moratoire que représente le délai d'appel pour présenter une demande d'ajournement de faillite qu'elle n'aurait pu déposer simultanément à l'avis de surendettement. Il convient dès lors d'entrer en matière sur cette requête. En revanche, les pièces produites par l'appelante après l'échéance du délai d'appel sont irrecevables.

E. 5

5.1 Aux termes de l'art. 725a al. 1 CO, le juge auquel est donné l'avis de surendettement peut 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 CO, auquel renvoie l'art. 192 LP, 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 173 a LP), il ne s'agit pas d'une mesure relevant de l'exécution forcée, mais d'un simple moratoire (BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2 e ed., n. 1715; HARDMEIER, Zürcher Kommentar, n. 1315 ad art. 725 a CO), dont la finalité est de redresser la société en évitant toute procédure d'exécution forcée, y compris concordataire (GILLIERON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, vol. III, n. 15 ad art. 192 LP). Le requérant doit présenter un plan exposant les mesures propres à assainir la société telles qu'une postposition par les créanciers de la société (cf. art. 725 al. 2 in fine CO), la conversion de créances en actions, des cautionnements ou garanties bancaires, etc. -, ainsi que le délai dans lequel le surendettement sera éliminé (HARDMEIER, ibidem, n. 1316 ss et les références). Sur la base de ces éléments, le juge doit estimer les chances d'un assainissement réussi et durable (ATF 120 II 425 consid. 2b p. 426/427). 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 (ATF 99 II 283 consid. 11/3 p. 289; cf. aussi la jurisprudence citée par TERCIER/STOFFEL, Le droit des sociétés 1999/2000, in RSDA 2000 p. 299 r86-88). La durée de l'ajournement est laissée à l'appréciation du juge (HARDMEIER, ibidem, n. 1324) (arrêt non publié 5P.465/1999 du 11 avril 2000, consid. 4c). Il importe en particulier que le plan d'assainissement soit précis et qu'il indique les sources de financement qui permettront de faire face aux pertes d'exploitation à court ou moyen terme, avant que les mesures d'assainissement ne produisent leurs effets; en d'autres termes, il s'agira pour la société qui requiert l'ajournement de sa faillite de couvrir - sans aggravation de son passif - ses charges d'exploitation (CHAUDET, op. cit., p. 129; PETER, op. cit., n. 30 p. 1156 ad art. 725 a CO). Ne constituent pas des mesures d'assainissement adéquates des mesures ponctuelles se limitant à faire disparaître le surendettement sans assurer une exploitation équilibrée (PETER, op. cit., n. 32 ad 725 a CO). Il n'incombe pas au juge d'établir d'office le plan d'assainissement ni de rappeler ses éventuelles insuffisantes (HARDMEIER, ZK, 1997, no 1332 a ad art. 725a CO). Il en découle qu'une requête d'ajournement de faillite non accompagnée d'un plan d'assainissement adéquat doit être rejetée (ATF 120 II 425 ss).

E. 5.2

En l'espèce, l'appelante fait valoir que son découvert est faible et que les mesures d'assainissement d'ores et déjà décidées, alliées aux perspectives commerciales à court terme (fin 2009) devraient permettre la disparition du surendettement et augurer d'une activité future équilibrée. Elle ajoute que l'actionnaire s'est engagé à couvrir au besoin les charges courantes et qu'une société partenaire prendra prochainement un engagement

analogue. Cette vision optimiste ne repose cependant que sur des conjectures, bien peu documentées. L'importance de la perte cumulée au bilan, respectivement du prêt de l'actionnaire, montre que l'exploitation de la société s'avère déficitaire depuis plusieurs années. L'organe de révision lui-même exprime ses doutes quant à la capacité future de la société à engendrer des bénéfices. Les prévisions de vente ne sont étayées par aucune commande de clients ou études de marchés et se révèlent par conséquent invérifiables. Il ne ressort pas des pièces produites non plus que les fournisseurs seraient tous payés ou qu'ils consentiraient des délais de paiement ou livreraient à crédit. L'appelante ne paraît bénéficier d'aucune ligne de crédit bancaire non plus. Quant aux engagements de l'actionnaire, l'on ne peut en évaluer la fiabilité, faute d'indications sur l'état de sa fortune ou de ses autres revenus. Aucune précision n'a été donnée, en outre, au sujet de la société partenaire qui s'offrirait à garantir les charges courantes de S_____SA. Aucun contrat, lettre d'intention ou autre écrit n'ont été communiqués pour étayer cet allégué. Enfin, la liste des paiements exécutés en août 2009 fait apparaître que la société ne s'acquitte qu'avec retard de ses factures. Dans ces circonstances, l'on ne peut pas prévoir que selon toute vraisemblance, les mesures prises, ainsi que le volume des affaires, permettront de restaurer à moyen terme la capacité de gain de la société. Même les pièces produites tardivement, les 14 et 15 octobre 2009, n'auraient pas modifié ce constat, si elles avaient pu être prises en considération.

E. 6

La requête d'ajournement de faillite sera par conséquent rejetée et le jugement de faillite confirmé.

E. 7

Les frais d'appel demeurent à la charge de l'appelante qui succombe. * * * * *

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