

# **GE\_GERICHTE C/24573/2002 vom 26. Februar 2004**

GE Cour de justice, 2004-02-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_C\\_24573\\_2002](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_24573_2002)

FR: GE\_GERICHTE C/24573/2002 du 26 février 2004

IT: GE\_GERICHTE C/24573/2002 del 26 febbraio 2004

## **Regeste**

LP.174. CO.725.2. CO.725.A. FAIPRE

## **Erwägungen**

### **E. 1**

La Cour de justice connaît en deuxième instance de tous les jugements rendus par le Tribunal de première instance. Les jugements rendus sur les avis de surendettement et les requêtes d'ajournement le sont en premier ressort (art. 21 let. d et 23 LALP). La Cour possède dès lors un plein pouvoir d'examen (art. 291 LPC). Le recours a été interjeté dans les délai et forme prescrits par la loi (art. 174 al. 1 LP et 356 al. 1 LPC). Les écritures ont été signées par un avocat, qui a allégué être mandaté par les anciens organes de A\_\_\_\_\_ SA. Il résulte toutefois de l'extrait du Registre du commerce actualisé que les pouvoirs de tous les administrateurs ont été radiés, le \_\_\_\_\_ 2003, soit antérieurement à l'intentât du présent recours, consécutivement à la décision de la Commission Fédérale des Banques du \_\_\_\_\_ 2003; seule B\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ (VD), inscrite en qualité de liquidatrice, est dès lors habilitée à représenter la société. Dans ces conditions, la recevabilité dudit recours apparaît douteuse. Cette question peut cependant demeurer indécise au vu de l'issue du litige.

### **E. 2**

a) Tant le créancier que le débiteur peuvent invoquer devant l'instance de recours, sans restriction, des faits nouveaux improprement dits (unechte nova), soit les faits qui existaient déjà lors du prononcé de la faillite, mais qui n'ont pas été présentés en première instance (art. 174 al. 1 in fine, applicable selon l'art. 194 al. 1 LP). S'agissant, en revanche, de "nova" proprement dits, survenus après le prononcé de la faillite, l'appelant ne peut invoquer que les circonstances limitativement énumérées à l'art. 174 al. 2 LP (FF 1991 III 129 -131). Il peut également invoquer tout moyen de preuve qui n'aurait pas été soumis au premier juge et ce, en vertu de la maxime inquisitoriale (AMONN/GASSER, Grundriss des Schulbetreibungs-und Konkursrechts, 1997, § 36, p. 239). Encore faut-il que ces moyens de preuve soient déposés au dossier conformément aux règles de la procédure. En vertu des art. 23A et 21 al. 1 let. d LALP, le recours contre une décision du Tribunal de première instance rendue sur un avis de surendettement est instruit "en procédure sommaire". L'art. 356 LPC, régissant la procédure d'appel en matière sommaire, renvoie pour sa part à la procédure ordinaire. Cette réforme introduite dans la LPC par une nouvelle entrée en vigueur le 12 juillet 2003, confère à la procédure devant la Cour, en matière sommaire, un caractère écrit, contrairement à ce qui était le cas dans la loi ancienne, puisqu'à teneur de celle-ci l'instruction se faisait tout entière à l'audience. Il en résulte qu'en appel, les parties doivent produire les pièces dont elles entendent faire état avec les écritures qui les visent (art. 301 al. 1 et 306A al. 1 LPC). b) Tel n'est pas le cas, en l'occurrence, s'agissant des pièces nos 14 à 21, qui ont été déposées lors de l'audience de plaidoiries du 8 janvier 2004. Ces

documents doivent, en conséquence, être écartés des débats. La Cour constate toutefois qu'à supposer que lesdits documents soient recevables, l'issue du litige ne s'en trouverait pas modifiée, au vu des considérants suivants.

### E. 3

a) En cas de surendettement manifeste, l'organe de révision avise le juge si le conseil d'administration omet de le faire (art. 729b al. 2 CO). La faillite d'une société anonyme peut être prononcée sans poursuite préalable, dans le cas prévu par l'art. 725a CO (art. 192 LP). Conformément à l'art. 725 al. 2 CO, s'il existe des raisons sérieuses d'admettre, à la lumière du dernier bilan annuel, que la société est surendettée, un bilan intermédiaire est dressé et soumis à la vérification de l'organe de contrôle. 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 personne morale dans la mesure de cette insuffisance de l'actif. Selon l'art. 725a al. 1 CO, au vu d'un tel avis, le juge déclare la faillite. Il peut néanmoins l'ajourner si l'assainissement de la société, demandé par le conseil d'administration ou par un créancier, paraît possible. Pour permettre au juge de statuer sur la base de l'art. 725a CO, l'avis d'insolvabilité que lui adresse le conseil d'administration - respectivement le liquidateur, lorsque la société a été mise en liquidation - conformément à l'art. 725 al. 2 CO doit être accompagné du bilan intermédiaire, contenant l'estimation des actifs à leur valeur vénale, et de la vérification de l'organe de contrôle (GIROUD, *Die Konkursöffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft*, Zurich 1986, p. 62, 71; BÖCKLI, *op. cit.*, n. 1712; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, *Schw. Aktienrecht*, § 50 n. 223). De tels documents, établis dans l'intérêt des créanciers et de la collectivité (ATF 121 III 420, consid. 3/a), s'avèrent indispensables lorsqu'il s'agit de se prononcer sur un éventuel ajournement de la faillite (ATF 120 II 425 = SJ 1995 p. 353; ZR 1995 n. 50). Ils sont normalement aussi requis pour le prononcé de la faillite à la demande du conseil d'administration, ainsi que l'a relevé la Cour dans un arrêt non publié (ACJC n. 1444/1994 F. B. SA du 21.10.1994, consid. 5). Il importe en effet d'éviter que, sous le couvert d'un surendettement inexistant, le conseil d'administration ne puisse provoquer la faillite de la société en contrevenant au droit de dissolution appartenant à l'assemblée générale des actionnaires en vertu de l'art. 736 ch. 2 CO. Néanmoins, comme déjà dit, les prescriptions de l'art. 725 al. 2 CO ont été édictées dans l'intérêt des créanciers et de la collectivité. Il convient en effet de veiller à ce que les créanciers d'une société surendettée soient traités de manière égale. Pour la protection du public, il faut aussi éviter qu'une société surendettée ne puisse poursuivre ses activités, en contractant de nouvelles dettes, jusqu'à épuisement complet de ses actifs (LANZ, *op. cit.*, p. 106-107; GIROUD, *op. cit.*, p. 55-56; KOEFERLI, *Der Sanierer einer Aktiengesellschaft*, Zurich 1994, p. 148). En conséquence, lorsqu'il apparaît de manière indiscutable qu'une société est gravement surendettée, qu'il n'existe aucune chance d'assainissement, qu'un sursis concordataire n'a pas été sollicité (art. 173a, 194 al. 1 LP) et que l'hypothèse d'une manoeuvre dolosive du conseil d'administration au détriment des actionnaires est exclue, le juge doit entrer en matière sur un avis donné en vertu de l'art. 725 al. 2 CO, même non accompagné du bilan idoine et de l'avis de l'organe de contrôle, puis prononcer la faillite. Seule cette solution, déjà choisie par le Tribunal de district de Zurich dans un cas similaire (ZR 1995 n. 49), répond au but voulu par le législateur. b) Il ressort de la procédure que le premier avis de surendettement a été donné le 25 octobre 2002 par C\_\_\_\_\_, en sa qualité d'organe de révision de la recourante, sur la

base du bilan arrêté au 31 décembre 2001. Dans son courrier du 14 octobre 2003 au Tribunal de première instance, C\_\_\_\_\_ a indiqué que la recourante n'était plus formellement dans une situation de surendettement, mais demeurait dans une situation précaire. Dans son rapport de révision du 13 octobre 2003 relatif aux comptes 2002, C\_\_\_\_\_ a néanmoins relevé qu'au vu du bilan intermédiaire du 10 octobre 2003, la société présentait à nouveau un surendettement de l'ordre de 268'000 fr., compte tenu de la nécessité de constituer une provision pour créances douteuses à hauteur de 754'518 fr. Pour éviter cette situation, un chèque de US\$ 420'000.-, a été porté en compte. Ainsi, en valeur de continuation, les fonds propres s'élevaient à 283'785 fr. et la perte à 116'215 fr. Ce chèque n'a toutefois jamais été encaissé, de sorte que la société se trouvait, à cette date, selon un bilan intermédiaire établi à valeur d'exploitation, en situation de surendettement. La recourante a ensuite été mise en liquidation, avec effet immédiat, par décision du \_\_\_\_\_ 2003 de la CFB. Des provisions supplémentaires ont donc été préconisées par les liquidateurs. S'agissant des créances résultant de prestations de service, la provision devait couvrir l'intégralité du poste soit 811'380 fr. Ce montant correspond essentiellement à deux factures forfaitaires pour préparation et distribution d'émission 2002; or, la société n'a fourni aucun élément démontrant la réalité des prestations effectuées, ni donné aucune indication sur la qualité du débiteur concerné; cette provision s'avère donc justifiée; il est, en outre, précisé que figure au bilan un autre poste "créances douteuses résultant de prestations de services" pour une somme de 1'036'537 fr., provisionnée à hauteur de 754'518 fr.; ce montant n'est pas contesté. Les immobilisations corporelles comptabilisées pour 721'000 fr. environ ne pourraient être retenues, selon les liquidateurs, que pour un montant de 100'000 fr., nécessitant une provision de 621'000 fr., d'autant qu'il semblerait que de nombreux ordinateurs aient disparu. Une fois encore, la recourante se borne à alléguer qu'une moins-value de l'ordre de 80% n'est pas acceptable, elle n'apporte toutefois ni inventaire, ni indice sur l'état ou la valeur du matériel concerné susceptible de remettre en cause la position de B\_\_\_\_\_ à ce sujet. En revanche, la provision pour loyers futurs n'apparaît plus pertinente, le contrat de bail ayant été repris par une société tierce dès le 16 décembre 2003. Concernant la provision pour frais de liquidation, arrêtée à 350'000 fr., B\_\_\_\_\_ a précisé que celle-ci incluait les montants des salaires dus jusqu'à la fin des délais de préavis, soit 200'000 fr. environ. La recourante prétend que ces créances ont été payées. Elle a produit, comme justificatifs, trois attestations confirmant la réception d'acomptes au titre de rachat partiel de la créance salariale pour une somme totale de 38'200 fr., ainsi qu'un relevé de compte J\_\_\_\_\_ au 6 janvier 2004. Force est cependant de constater que ce document contient une liste de toutes sortes de dépenses sans aucun rapport avec les faits de la cause; il ne démontre nullement que les montants mentionnés ont effectivement été débités de ce compte; rien ne permet de déterminer davantage que les personnes citées étaient des collaborateurs de la société, ni si les sommes indiquées correspondent à des salaires, en tout ou partie. Dans ces conditions, l'extinction des créances salariales ne peut être admise, à l'exception des montants figurant sur les attestations sus-décrites; la provision y relative pourrait ainsi être réduite à 310'000 fr. Certes, le chèque de 200'000 fr. (contre-valeur de US\$ 199'980.-) a été crédité sur le compte de la société et une créance de 135'800 fr. a été remboursée à I\_\_\_\_\_; il appert toutefois que ces versements ne suffisent pas à compenser les pertes sus-décrites. Par ailleurs, la créance actionnaires n'a été ni remboursée, ni postposée. Il en résulte que la société, reste en état de surendettement manifeste, même en valeur de liquidation, ainsi que l'ont d'ailleurs confirmé les liquidateurs lors de l'audience du 3 novembre 2003 devant le premier juge. En conséquence, il appert que les conditions

d'application de l'art. 725 al. 2 CO sont réalisées, en l'espèce. Au demeurant, il n'y a pas lieu de craindre une manoeuvre dolosive des administrateurs, les pouvoirs de ces derniers ayant été résiliés; partant le jugement de faillite du \_\_\_\_\_2003 doit être confirmé.

#### **E. 4**

Vu l'issue du litige, il n'y a pas lieu d'examiner la recevabilité et le bien-fondé des conclusions subsidiaires en ajournement de la faillite prises, pour la première fois, lors de l'audience de plaidoiries du 8 janvier 2004. La Cour relève cependant qu'à teneur de l'art. 174 LP, les parties sont habilitées à déposer des conclusions nouvelles à l'audience de plaidoiries, mais uniquement dans les conditions de l'art. 134 LPC, applicable par renvoi de l'art. 356 al. 1 LPC, à savoir que celles-ci ne peuvent se fonder que sur des faits nouveaux (echte nova) et doivent être signifiées à la partie adverse cinq jours au moins avant l'audience. Or, tel n'a pas été le cas en l'espèce. Les conclusions subsidiaires susmentionnées formulées par la recourante sont, en conséquence, irrecevables. En tout état, il appert que les exigences de l'art. 725a CO ne seraient de toute manière pas réunies. En effet, il découle des considérations qui précèdent que la recourante apparaît désormais comme une coquille vide; elle n'a plus de locaux, ni de personnel; le dossier ne contient aucune indication quant à son potentiel d'activités, ni quant à celles qu'elles déploieraient encore à ce jour. Par ailleurs, au vu du montant de ses dettes, seule une augmentation de capital permettrait un assainissement de la situation; or cet engagement n'a pas été tenu, ce qui laisse supposer que la recourante n'a plus le soutien du groupe auquel elle appartient.

#### **E. 5**

La recourante, qui succombe, sera condamnée aux frais du recours; des dépens n'ayant pas été sollicités par sa partie adverse, il n'en sera pas alloué (art. 62 OELP; SJ 1984 p. 595 consid. 5a). **P a r c e s m o t i f s L a C o u r :** A la forme : Déclare recevable le recours interjeté par A\_\_\_\_\_ SA, en liquidation, contre le jugement JTPI/12886/2003 rendu le \_\_\_\_\_ 2003 par le Tribunal de première instance dans la cause C/24573/2002-11 SF. Au fond : Confirme ce jugement. Condamne A\_\_\_\_\_ SA, en liquidation, aux frais du recours, soit à l'émolument de mise au rôle, qui reste acquis à l'Etat. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Siégeant : Mme Marguerite Jacot-des-Combes, présidente; M. Michel Criblet et M. François Chaix, juges; Mme Fatina Schaerer, greffier.

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