

Tribunal fédéral - 5A_293/2017
IIe Cour de droit civil
Arrêt du 5 juillet 2017

Faillite ; bail commercial ;
procédure

Renvoi de l'audience dans
une procédure de faillite
sans poursuite préalable

Art. 190 al. 2 LP ; 135 CPC

Dans la **procédure de faillite sans poursuite préalable**, le juge doit **citer à bref délai le débiteur** à une audience afin que celui-ci soit entendu ; le **renvoi de l'audience** peut être ordonné pour des **motifs suffisants**, notamment la maladie ou un changement de mandataire d'une partie ; le juge doit **procéder à une pesée des intérêts** entre d'une part assurer un traitement rapide du procès et d'autre part garantir le droit d'être entendu des parties ; il **apprécie librement** si la cause invoquée justifie le renvoi et tiendra compte de l'urgence éventuelle de l'objet de l'audience, de la gravité du motif d'indisponibilité et de la célérité dans l'annonce du motif ; en l'espèce, la recourante a non seulement tardé à demander le renvoi mais elle a en outre déposé deux demandes successives pour des motifs différents qui étaient pourtant connus à l'époque de la première demande, si bien que l'autorité pouvait à bon droit refuser de renvoyer l'audience (c. 4).

Composition

MM. les Juges fédéraux
von Werdt, Président, Marazzi et Schöbi.
Greffière : Mme Jordan.

Participants à la procédure

X. SA en liquidation, représentée par Me Daniel Zappelli,
recourante,

contre

SI Z. SA, représentée par Me Cyril Aellen,
intimée.

Objet

faillite sans poursuite préalable,

recours contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre civile, du 10 mars 2017.

Faits :

A.

X. SA, dont le siège se trouve au boulevard..., à U., a pour but l'achat de fonds de commerce et la gestion de restaurants. A. en est l'administrateur président avec signature individuelle; B. et C. en sont les directeur et directrice avec signature collective à deux.

SI Z. SA (ci-après: SI Z.) est propriétaire de l'immeuble sis au boulevard....

B.

B.a. Le 6 août 1996, SI Z., en qualité de bailleuse, et D. et B., en qualité de locataires, agissant conjointement et solidairement entre eux, ont conclu un contrat de bail à loyer portant sur la

location dans l'immeuble sis au boulevard... (ci-après: l'immeuble) de 165,3 m² au rez-de-chaussée côté boulevard..., de 37,9 m² au rez-de-chaussée côté rue... ainsi que de 46 m² et 20,8 m² au deuxième sous-sol.

Les locaux étaient destinés à l'exploitation d'un café-restaurant à l'enseigne de " V. ". Le bâtiment était aussi occupé par le bar " W. ".

Le loyer et les charges étaient payables par mois et d'avance. En cas de retard de plus de dix jours dans le paiement d'une mensualité et moyennant mise en demeure préalable, la bailleuse pouvait exiger qu'ils soient acquittés trimestriellement à l'avance.

B.b. Par avenant n° 2 signé le 21 décembre 1999, les locataires ont loué une surface supplémentaire, soit une arcade de 34,6 m² au rez-de-chaussée de l'immeuble.

Selon avenant n° 3 du 31 juillet 2006, B. est resté seul titulaire du bail.

Par avenant n° 4 du 20 septembre 2007, X. SA est devenue locataire conjointe et solidaire aux côtés de B. des locaux susmentionnés.

B.c. Depuis 2010, les locataires ont régulièrement payé le loyer avec retard.

C.

C.a. En 2012, le bail a fait l'objet d'une première résiliation pour le 31 décembre 2015, congé annulé par jugement du Tribunal des baux et loyers, confirmé par arrêt de la Cour de justice.

C.b. Le 20 novembre 2013, après de régulières et nombreuses mises en demeure de régulariser leur situation, les locataires ont été informés qu'ils étaient désormais tenus de s'acquitter du loyer et des charges par trimestre d'avance.

C.c. Par requête du 6 février 2014, SI Z. a requis la faillite sans poursuite préalable de X. SA faisant valoir une créance de 2'246 fr. 15 à titre de solde de décompte chauffage en relation avec le contrat de bail. La procédure s'est terminée par jugement du 26 mars 2014 donnant acte du paiement du montant précité, sous suite de frais et dépens en faveur de la requérante.

C.d. Une nouvelle requête de faillite sans poursuite préalable introduite dans l'intervalle a été déclarée irrecevable le 8 juillet 2014, X. SA s'étant acquittée du montant réclamé avant l'audience devant le Tribunal.

C.e. Les locataires continuant à payer le loyer et les charges avec retard, la bailleuse leur a adressé plusieurs mises en demeure en juin et octobre 2014, janvier, mars, juillet et septembre 2015 ainsi qu'en mars 2016, la dernière fois avec menace de résiliation du bail.

Une première résiliation de bail pour le 31 mars 2015 a été retirée en raison d'une irrégularité formelle.

Une seconde résiliation pour le 30 juin 2016 a été notifiée aux locataires le 18 décembre 2015. Elle a fait l'objet d'une contestation devant le Tribunal des baux et loyers, procédure toujours en cours.

Par avis officiel du 17 octobre 2016, la bailleuse a encore résilié, pour le 30 novembre 2016, le bail relatif au restaurant d'une surface de 165,30 m² sis au rez-de-chaussée de l'immeuble ainsi qu'au dépôt de 20,8 m² situé au deuxième sous-sol, résiliation qui a aussi fait l'objet d'une contestation.

C.f. Dans l'intervalle, le 7 octobre 2016, se référant aux art. 41 ss CO, et plus spécialement à l'art. 49 CO, B. avait requis une poursuite à l'encontre de E., administrateur de SI Z. pour un montant de 1'500'000 fr.

D.

D.a. Le 27 octobre 2016, SI Z. a requis une nouvelle fois la faillite sans poursuite préalable de X. SA, invoquant une créance de 76'410 fr. représentant les loyers de juin à novembre 2016.

D.b. Par courrier du 4 novembre 2016 - reçu le 7 novembre suivant par X. SA -, les parties ont été citées à comparaître à l'audience de faillite du 1^{er} décembre 2016.

Le 25 novembre 2016, le conseil de X. SA a informé le Tribunal qu'il cessait de représenter cette société dans cette procédure.

Par courrier du 28 novembre 2016, l'administrateur de X. SA, Me A., avocat, a sollicité le report de l'audience du 1^{er} décembre 2016. Il a justifié la demande par le fait qu'il devait mandater un nouveau conseil pour la défense des intérêts de la société. Il a aussi exposé avoir deux voyages professionnels agendés du 7 au 12 décembre et du 15 au 20 décembre 2016, de sorte qu'il " apprécierait que l'audience soit refixée dès le 23 janvier 2017 au plus tôt ". Il s'est vu opposer un refus.

Le 29 novembre 2016, M^e F., associée de M^e A., a signé une nouvelle requête tendant au report de l'audience. Elle a fait valoir que son associé était fortement grippé. Le lendemain, 30 novembre 2016, elle a adressé au Tribunal un certificat médical établi le jour-même et attestant une incapacité de travail du 28 novembre au 4 décembre 2016.

D.c. Lors de l'audience du 1^{er} décembre 2016, X. SA n'était ni présente ni représentée.

D.d. Par jugement du 1^{er} décembre 2016, le Tribunal de première instance du canton de Genève a rejeté la requête en renvoi d'audience et prononcé la faillite de X. SA le même jour à 15 heures.

D.e. Statuant le 10 mars 2017, la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève a rejeté le recours de X. SA en liquidation, sous suite de frais et dépens.

Précédemment, respectivement les 23 décembre 2016 et 10 janvier 2017, elle avait accordé la suspension de l'effet exécutoire attaché au jugement entrepris et ordonné à l'Office de dresser l'inventaire des biens de X. SA.

E.

X. SA en liquidation exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral. Elle conclut au rejet de la requête de faillite sans poursuite préalable, sous suite de frais et dépens.

Il n'a pas été demandé de réponses au fond.

F.

Par ordonnance du 9 mai 2017, le Président de la II^e Cour de droit civil a attribué l'effet suspensif au recours, le limitant aux actes d'exécution, 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. Il a en outre partiellement admis la requête de sûretés en garantie des dépens formée par l'intimée et invité la recourante à verser 6'000 fr. à la Caisse du Tribunal fédéral.

Considérant en droit :

1.

Le recours a été déposé dans le délai légal (art. 100 al. 1 LTF) contre une décision finale (art. 90 LTF; ATF 133 III 687 consid. 1.2) rendue en matière de faillite (art. 72 al. 2 let. a LTF, en relation avec l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP) par une autorité cantonale de dernière instance ayant statué sur recours (art. 75 al. 1 et 2 LTF); il est ouvert indépendamment de la valeur litigieuse (art. 74 al. 2 let. d LTF); la débitrice en faillite, qui a succombé devant l'autorité cantonale, a qualité pour recourir (art. 76 al. 1 LTF; arrêt 5A_719/2010 du 6 décembre 2010 consid. 1).

2.

La décision attaquée ne porte pas sur des mesures provisionnelles au sens de l'art. 98 LTF (arrêt 5A_506/2009 du 11 février 2010 consid. 1.2; pour le jugement de faillite ordinaire: ATF 133 III 687 consid. 1.2); la cognition de la Cour de céans n'est dès lors pas restreinte à la violation des droits constitutionnels.

3.

La recourante se plaint d'une constatation arbitraire des faits (art. 9 Cst.).

3.1. 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 140 III 264 consid. 2.3 précité), doit démontrer, par une argumentation précise, en quoi consiste la violation (art. 106 al. 2 LTF; ATF 134 II 244 consid. 2.2). Les critiques de nature appellatoire sont irrecevables (ATF 137 II 353 consid. 5.1; 136 II 101 consid. 3 et les arrêts cités).

3.2. La recourante reproche d'abord à la Cour de justice d'avoir arbitrairement retenu qu'elle devait déjà savoir, le 25 novembre 2016, que son conseil avait cessé de la représenter. Elle soutient qu'une telle affirmation ne repose sur aucune pièce ni ne précise à partir de quand elle " aurait dû " savoir. Cette critique est manifestement vaine. Il résulte expressément de la requête de renvoi du 28 novembre 2016 que, le 25 novembre précédent, l'administrateur de la recourante a informé téléphoniquement la greffière du Tribunal du fait que le conseil de la société cessait de représenter cette dernière.

3.3. La recourante affirme en outre qu'il s'est écoulé trois jours, et non quatre, entre l'annonce au Tribunal du retrait de son conseil le 25 novembre 2016 et la demande de report de l'audience du 28 novembre 2016. Elle ne démontre toutefois pas en quoi la rectification des faits sur ce point serait pertinente.

Quant à l'explication qu'elle donne pour justifier le dépôt de sa requête le 28 novembre 2016, à savoir qu'elle a agi dès le premier jour ouvrable suivant l'annonce du retrait de son conseil, elle ne ressortit pas à la constatation des faits mais à l'appréciation juridique de ceux-ci.

3.4. L'affirmation selon laquelle " les frais courants ainsi que les salaires ont toujours été régulièrement payés " est péremptoire et, partant, irrecevable. La recourante ne démontre pas que l'autorité cantonale aurait arbitrairement omis de constater un tel fait.

3.5. Enfin, savoir si la recourante a suspendu ses paiements au regard des circonstances ressortit à l'appréciation juridique des faits et non à la constatation des faits.

4.

En substance, la recourante soutient que le refus de reporter l'audience de faillite du 1^{er} décembre 2016 l'a privée de la possibilité de présenter ses moyens de défense, que ce soit personnellement ou par l'entremise d'un avocat et que, partant, son droit d'être entendue a été violé.

4.1. La Cour de justice a considéré que le Tribunal de première instance n'avait pas mésusé de son pouvoir d'appréciation et, partant, n'avait pas violé l'art. 135 let. b CPC en refusant le renvoi de l'audience de faillite. Elle a retenu que le report avait été sollicité à des fins avant tout dilatoires. En effet, la faillie savait depuis le 7 novembre 2016 qu'une séance était agendée au 1^{er} décembre suivant pour statuer sur la requête de faillite sans poursuite préalable. Alors que le 25 novembre 2016, son conseil avait informé le Tribunal de ce qu'il " cessait d'occuper " (ce que la recourante avait déjà dû savoir), ce n'était que quatre jours plus tard, alors qu'elle connaissait l'urgence de la situation, qu'elle avait requis le report de l'audience, qui plus est de plusieurs semaines, au seul motif qu'elle devait trouver un nouveau mandataire qu'elle n'avait même pas encore choisi, étant relevé

que la cause ne revêtait pas de complexité particulière. Face au premier refus du juge, elle avait alors fait valoir, le lendemain, que son administrateur était malade et ne pourrait pas se rendre à l'audience, sans que l'on puisse voir ce qui empêchait ce dernier de mandater son associée pour assister à l'audience.

L'autorité cantonale a encore relevé qu'elle ne voyait de surcroît pas ce que la présence de la recourante à l'audience aurait pu changer à l'issue du litige au vu de ses autres considérations sur la suspension de paiement.

4.2. Dans la procédure de faillite sans poursuite préalable, l'art. 190 al. 2 LP impose au juge de citer à bref délai le débiteur à une audience pour qu'il soit entendu (cf. arrêt 5A_403/2014 du 19 août 2014, consid. 4.1 et les auteurs cités).

Selon l'article 135 CPC, le tribunal peut, d'office (let. a) ou sur requête (let. b), renvoyer la date d'une comparution pour des motifs suffisants. Les causes du renvoi entrent dans la libre appréciation du tribunal, qui trouve cependant ses limites dans le respect du droit d'être entendu des parties et dans le respect du principe de célérité et l'interdiction du déni de justice (FRANÇOIS BOHNET, in Code de procédure civile commenté, 2011, n o 2 ad art. 135 CPC). En d'autres termes, le juge doit procéder à une pesée des intérêts en jeu, à savoir d'une part assurer un traitement rapide du procès, et de l'autre garantir le droit d'être entendu des parties; il doit notamment tenir compte de l'urgence éventuelle (par exemple en matière de mesures provisionnelles), de l'objet de l'audience, de la gravité du motif d'indisponibilité et de la célérité dans l'annonce du motif de renvoi (BOHNET, op. cit., n o 5 ad art. 135 CPC). Un renvoi peut notamment être ordonné en raison de la maladie d'une partie ou en cas de changement de mandataire (BOHNET, op. cit., n o 3 ad art. 135 CPC).

4.3. La recourante oppose que sa demande avait pour but de lui permettre de trouver un nouveau mandataire et de laisser le temps à ce dernier de préparer une défense convenable. Or, cela était impossible en trois jours. L'affaire, qui concernait un bail de plus de vingt ans, était en effet complexe, raison pour laquelle elle avait du reste été déléguée à un avocat externe qui en avait seul la maîtrise. Il était par ailleurs erroné de dire que rien n'empêchait son administrateur, avocat de métier, de mandater sa consœur associée. L'activité de son administrateur était en effet totalement indépendante de celle d'avocat. Sa consœur associée et son étude n'avaient en outre joué aucun rôle dans le dossier. Il était de plus " de la plus stricte liberté " de son administrateur de choisir l'avocat qu'il considérait le mieux à même de représenter ses intérêts. Il était enfin parfaitement compréhensible que celui-là ne veuille pas mandater une avocate avec laquelle il était associé. La recourante affirme en outre que la maladie de son administrateur, motif qu'elle a fait valoir après le premier refus de report d'audience, était prouvé par certificat médical.

4.4. De tels arguments, dont la plupart consistent en des affirmations péremptoires, ne portent pas. Il ressort des faits de l'arrêt entrepris, dont le caractère arbitraire n'a pas été démontré (cf. supra, consid. 3), que **la recourante a déposé sa première requête de report d'audience le 28 novembre 2016, alors qu'elle savait au moins depuis le 25 novembre précédent qu'elle n'était plus représentée par un avocat. En l'absence d'éléments permettant de retenir qu'il n'aurait plus été en mesure de déposer une demande de renvoi par fax ou par porteur le 25 novembre déjà, on pouvait attendre de son administrateur, avocat de profession, qu'il réagisse immédiatement à l'annonce du retrait du conseil de la société et qu'il ne se contente pas d'attendre " le premier jour ouvrable suivant ". On peut s'étonner aussi de la succession de deux requêtes de renvoi en deux jours, fondées sur des motifs différents, tenant pour l'un au temps nécessaire pour se constituer un nouveau mandataire et pour l'autre à un empêchement dû à la maladie de l'administrateur, alors même que le second motif était apparemment déjà connu, le 28 novembre 2016, lors du dépôt de la première demande de report, ainsi que l'atteste le certificat médical produit.** Enfin, lorsque la recourante prétend qu'il était erroné de dire que l'associée de son administrateur aurait pu la représenter lors de l'audience, elle oppose sa propre version des faits à celle de l'autorité cantonale

qui, sur ce point, a constaté qu'aucun élément n'empêchait l'administrateur de mandater son associée. Force est de relever que cet enchaînement des faits à quelques jours de l'audience de faillite laissent fortement paraître, ainsi que l'a considéré l'autorité cantonale, que le renvoi a été demandé à des fins dilatoires.

5.

Sur le fond, la recourante reproche d'abord à la Cour de justice d'avoir retenu que la créance de 900'000 fr. qu'elle a opposée en compensation n'avait pas été rendue vraisemblable.

5.1. La question de savoir si le degré de preuve exigé par le droit fédéral est atteint dans le cas particulier ressortit à l'appréciation des preuves (ATF 130 III 321 consid. 5). Le Tribunal fédéral reconnaît en ce domaine un large pouvoir aux autorités cantonales (ATF 120 Ia 31 consid. 4b); il n'intervient que si le juge cantonal n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, a omis sans motifs objectifs de tenir compte de preuves pertinentes ou a opéré, sur la base des éléments recueillis, des déductions insoutenables (ATF 136 III 552 consid. 4.2 et la jurisprudence citée). Il incombe à la partie recourante de motiver ce grief conformément aux exigences (strictes) posées par l'art. 106 al. 2 LTF (cf. ATF 134 II 244 consid. 2.2, 349 consid. 3, avec la jurisprudence citée dans ces arrêts). Elle doit ainsi démontrer, par une argumentation précise, en quoi consiste la violation. Les critiques de nature appellatoire sont irrecevables (ATF 137 II 353 consid. 5.1; 136 II 101 consid. 3 et les arrêts cités).

5.2. Ces réquisits ne sont à l'évidence pas remplis en l'espèce. La recourante se contente d'exposer péremptoirement que la créance qu'elle a opposée en compensation n'est qu'une " illustration patente de la valeur intrinsèque de l'exploitation de son établissement, qu'elle en a facilement fait la preuve, qu'elle a reçu d'autres offres comparables dont la réalisation a été uniquement empêchée par " l'opposition systématique et acharnée " de l'intimée et qu'elle aurait pu obtenir bien d'avantage de la reprise des locaux qu'elle exploite si l'intimée n'avait pas systématiquement cherché à empêcher une reprise de bail.

6.

La recourante conteste ensuite être en situation de suspension de paiements au sens de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP.

Elle ne démontre toutefois pas le caractère manifestement inexact (art. 97 al. 1 LTF), à savoir arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (ATF 140 III 264 consid. 2.3), des faits constatés dans l'arrêt entrepris (art. 106 al. 2 LTF; ATF 134 II 244 consid. 2.2), pas plus qu'elle ne réfute les motifs de la juridiction précédente quant à l'existence d'une suspension de paiements selon l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP (art. 42 al. 2 LTF; ATF 134 II 244 consid. 2.1). Elle se borne en effet à affirmer qu'elle a continué à payer régulièrement le salaire de ses employés et extras ainsi que tous les frais courants de fournitures et à se prévaloir de la situation financière qu'elle a exposée dans le présent recours, faits dont elle a échoué à démontrer qu'ils auraient été arbitrairement omis (cf. supra, consid. 3).

7.

Cela étant, le recours doit être rejeté dans la faible mesure de sa recevabilité. La recourante, qui succombe, supportera les frais de la procédure (art. 66 al. 1 LTF). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens à l'intimée qui n'a pas été invitée à répondre sur le fond et qui s'est opposée à l'octroi de l'effet suspensif (art. 68 al. 1 et 2 LTF). Le montant de 6'000 fr. versé à titre de sûretés en garantie des dépens sera restitué à la recourante.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

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

3.

Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens.

4.

Les sûretés en garantie des dépens d'un montant de 6'000 fr. sont restituées à la recourante.

5.

Le présent arrêt est communiqué aux parties, à la Cour de justice du canton de Genève, Chambre civile, à l'Office des faillites, à l'Office du registre du commerce du canton de Genève et au Registre foncier du canton de Genève.

Lausanne, le 5 juillet 2017

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

Le Président : von Werdt

La Greffière : Jordan