



POUVOIR JUDICIAIRE

C/15238/2015

ACJC/1484/2015

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 4 DECEMBRE 2015

- 1) HOTEL A. _____ SA,
- 2) A. _____ HOLDING SARL,
- 3) B. _____ SA,
- 4) B. _____ CAPITAL SA,

ayant leur siège social _____, Genève, recourantes contre un jugement rendu par la 9ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 15 septembre 2015, comparant toutes quatre par Me Peter Pirkl, avocat, rue de Rive 6, 1204 Genève, en l'étude duquel elles font élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux recourantes, ainsi qu'au commissaire, par plis recommandés du 7 décembre 2015.

EN FAIT

A. HOTEL A._____ SA (ci-après : A._____ SA) est une société anonyme sise à Genève dont le but est l'exploitation de l'Hôtel A._____ au X._____ (VD) et des immeubles qui en dépendent et, dans les limites fixées par la LFAIE, l'achat, la construction, l'exploitation, la mise en valeur et la vente de tous immeubles, le développement de toute activité hôtelière et touristique en rapport avec son but principal. Elle est propriétaire de 44 parts de PPE, sur plusieurs parcelles de la commune d'Y._____ (VD), qui participent à un projet immobilier consistant en la rénovation et transformation du Palace Hôtel au X._____, ainsi que de ses annexes, en résidences secondaires de luxe. A._____ SA est détenue intégralement par A._____ HOLDING SARL.

A._____ HOLDING SARL (ci-après : A._____ HOLDING SARL) est une société à responsabilité limitée sise à Genève, à la même adresse que A._____ SA. Ses gérants sont les administrateurs d'A._____ SA. A._____ SARL est détenue intégralement par B._____ CAPITAL SA.

B._____ SA (ci-après : B._____ SA) est une société anonyme sise à Genève, à la même adresse que A._____ SA, dont le but comprend, dans les limites autorisées par la LFAIE, l'acquisition, la transformation, la vente de biens immobiliers; les opérations en rapport avec le développement de projets et la gestion d'investissements immobiliers; l'étude, la planification et la réalisation de constructions. Ses administrateurs sont identiques à ceux d'A._____ SA. B._____ SA est détenue intégralement par B._____ CAPITAL SA.

B._____ CAPITAL SA est une société anonyme sise à Genève, à la même adresse qu'A._____ SA, dont le but comprend l'acquisition, la vente, la détention et la gestion de participations dans tous types de sociétés, dans le respect des prescriptions de la LFAIE. Ses administrateurs sont identiques à ceux d'A._____ SA.

B. Par requêtes du 27 juillet 2015 adressées au Tribunal de première instance, A._____ SA, A._____ HOLDING SARL, B._____ SA et B._____ CAPITAL SA ont conclu, principalement, à l'ajournement de leurs faillites (avec nomination, pendant douze mois, d'un curateur chargé de surveiller la mise en œuvre de leur plan d'assainissement et suspension/blocage des procédures et poursuites dirigées contre elles, durant l'assainissement) et, subsidiairement, à l'octroi de sursis concordataires provisoires (le commissaire provisoire ayant les tâches découlant de l'art. 293 al. 2 [*recte* : 293b al. 1] LP).

Elles ont expressément nié leur surendettement, en raison de postpositions de créances. Elles n'ont fourni que des bilans au 31 décembre 2014, non révisés.

Elles ont exposé, en substance, que leurs activités tendaient, directement ou indirectement, à la rénovation et transformation - presque terminée - du Palace Hôtel du Mont-Pèlerin, que les travaux en cours avaient dû être suspendus en raison de la résiliation d'un important contrat de prêt hypothécaire, que cinq lots de PPE avaient déjà été vendus, qu'elles pouvaient raisonnablement espérer obtenir, dans un proche avenir, de nouvelles liquidités pour terminer les travaux, et que les recettes projetées, à l'issue de la vente des lots de PPE restants, permettaient largement de rembourser tous leurs créanciers.

Elles ont produit des documents aux termes desquelles la société "*sœur du groupe B._____*", C._____ SA au Luxembourg, promettait de mettre à leur disposition (sous condition de récupérer des fonds dans une autre affaire) les fonds nécessaires pour payer les travaux déjà fournis et les travaux restant à fournir pour terminer leur projet immobilier au X._____, tandis que la société "*actionnaire exclusi[ve] du groupe B._____*", D._____ SA à _____ (GE), promettait de mettre à leur disposition les fonds nécessaires pour assurer leurs frais de fonctionnement, à concurrence d'un montant maximal de 35'000 fr. par mois, dans l'attente de la fin du projet immobilier.

- C. Par jugement du 15 septembre 2015, reçu par A._____ SA, A._____ HOLDING SARL, B._____ SA et B._____ CAPITAL SA le 17 septembre 2015, le Tribunal a joint leurs requêtes (ch. 1 du dispositif), rejeté les requêtes en ajournement de la faillite (ch. 2) et octroyé un sursis concordataire aux requérantes pour une durée de quatre mois (ch. 3), renoncé à la publication du sursis provisoire (ch. 4), prescrit qu'aucune communication du sursis provisoire ne serait faite aux offices des faillites (ch. 5), que les procédures civiles et administratives portant sur des créances concordataires des requérantes seraient suspendues, sauf cas d'urgence (ch. 6), que les requérantes pouvaient faire l'objet d'une poursuite, mais non d'une continuation de la poursuite (ch. 7) et que les créances concordataires des requérantes ne pouvaient faire l'objet d'un séquestre ou de mesures conservatoires (ch. 8), fait interdiction, sous peine de nullité, aux requérantes d'aliéner ou de grever l'actif immobilisé, de constituer un gage, de se porter caution et de disposer à titre gratuit pendant la durée du sursis, sauf autorisation du Tribunal (ch. 9), ordonné aux requérantes de fournir certains documents et informations au commissaire (ch. 10 à 14), désigné celui-ci (ch. 15), fixé sa mission (ch. 16) et pris diverses autres dispositions (ch. 17 à 25).

Le Tribunal a retenu que les conditions de l'ajournement de faillite faisaient défaut car les sociétés ne l'avaient pas avisé de leur surendettement, mais qu'en revanche les conditions d'un sursis concordataire étaient remplies.

- D. Le 28 septembre 2015, A._____ SA, A._____ HOLDING SARL, B._____ SA et B._____ CAPITAL SA recourent contre ce jugement. Elles concluent à l'annulation du chiffre 2 du dispositif de celui-ci et, cela fait, elles reprennent leurs

conclusions principales formulées à cet égard en première instance. Subsidiairement, elles concluent au renvoi de la cause au Tribunal, pour nouvelle décision dans le sens des considérants de la Cour.

Les recourantes soutiennent que l'art. 725a CO doit être interprété de manière à leur permettre d'assainir leurs situations financières, à l'abri momentané de leurs créanciers poursuivants, malgré leur endettement inférieur au seuil d'un surendettement.

- E. Par arrêt du 5 octobre 2015, statuant sur requête de suspension du caractère exécutoire des chiffres 3 à 25 du dispositif du jugement entrepris, sur suspension de toutes les procédures judiciaires dirigées contre les recourantes et sur blocage de toutes les poursuites dirigées contre elles, la Cour a rejeté cette requête et dit qu'il sera statué sur les frais liés à cette décision dans l'arrêt au fond.

EN DROIT

1. **1.1** S'agissant d'une procédure de faillite sans poursuite préalable, sur avis donné au juge par le conseil d'administration d'une société anonyme (art. 725a CO), respectivement les gérants d'une société à responsabilité limitée (art. 820, 725a CO), seule la voie du recours est ouverte (art. 319 let. a, art. 309 let. b ch. 7 CPC, art. 194 al. 1, art. 174 al. 1 LP).

La procédure sommaire est applicable (art. 251 let. a CPC) et la maxime inquisitoire s'applique (art. 255 let. a CPC).

1.2 Le présent recours, dirigé contre le refus d'ajournement des faillites (art. 820, 725a al. 1 CO) et non pas contre l'octroi des sursis concordataires provisoires (art. 293d LP *a contrario*), a été interjeté dans le délai de dix jours prévu par la loi en cas de procédure sommaire (art. 321 al. 1, art. 251 let. a CPC) et selon la forme prescrite (art. 321 al. 1 CPC). Partant, il est recevable.

1.3 Dans le cadre d'un recours, le pouvoir d'examen de la Cour est limité à la violation du droit et à la constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC).

2. **2.1** L'ajournement de la faillite d'une société anonyme peut être décidé, à certaines conditions (cf. infra ch. 3), par le juge de la faillite (art. 725 al. 2, art. 725a al. 1 CO).

Il en va de même pour l'ajournement de la faillite d'une société à responsabilité limitée (art. 820 CO).

Les tribunaux du siège principal de l'administration de la société sont donc compétents, *ratione loci*, pour décider de l'ajournement de sa faillite (art. 46

al. 2 LP; WÜSTINER, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4^{ème} éd. 2012, n° 4a ad art. 725a CO).

2.2 Les quatre recourantes - trois sociétés anonymes et une société à responsabilité limitée - ont chacune leur siège à Genève. Partant, les tribunaux genevois sont compétents pour décider de l'ajournement de leurs faillites.

- 3.** Les recourantes font grief au premier juge d'avoir procédé à une application trop restrictive de l'art. 725a CO, en violant l'esprit de cette disposition. Selon elles, l'ajournement de la faillite ne doit pas dépendre de l'avis formel de surendettement, mais exclusivement des perspectives d'assainissement de la société, puisque l'insolvabilité est proche du surendettement.

3.1 S'il existe des raisons sérieuses d'admettre qu'une société anonyme ou une société à responsabilité limitée est surendettée, un bilan intermédiaire doit être 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 de la société anonyme, respectivement les gérants de la société à responsabilité limitée, doivent en aviser 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 (art. 820 al. 1, art. 725 al. 2 CO).

Au vu de l'avis, le juge déclare la faillite. Il peut l'ajourner, à la requête du conseil d'administration de la société anonyme, respectivement à la requête des gérants de la société à responsabilité limitée, si l'assainissement de la société paraît possible; dans ce cas, il prend les mesures propres à la conservation de l'actif social (art. 820 al. 2, art. 725a al. 1 CO).

L'ajournement de la faillite au sens de l'art. 725a CO 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, notamment en cas de demande de sursis concordataire (art. 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 (arrêt du Tribunal fédéral 5P.263/2003 du 25 août 2003 consid. 3.2. et la référence citée). Dans ce but, la jurisprudence et une partie de la doctrine admettent que l'ajournement suspend automatiquement la continuation des poursuites introduites au-delà du stade du commandement de payer (WÜSTINER, op. cit., n° 9 ad art. 725a CO avec références; PETER, Commentaire romand, Code des obligations II, 2008, n° 53 ss ad art. 725a CO avec références; JEANDIN, in FOËX/THÉVÉNOZ [éd.], Insolvent, désendettement et redressement, Genève 2000, p. 145 ss, 163 avec références). Ainsi, si l'on peut concevoir que des réquisitions de poursuite

soient admises pendant le cours de l'ajournement, aucune suite ne doit leur être donnée tant que la faillite est ajournée (ATF 104 III 20 consid. 1).

En revanche, l'ajournement au sens de l'art. 725a CO n'est pas destiné à prévenir la continuation d'une poursuite pour dettes lorsque la société poursuivie n'est pas dans une situation d'avis de surendettement obligatoire, selon l'art. 725 al. 2 CO. C'est pourquoi il n'y a pas de raison d'accorder le bénéfice de l'ajournement, en l'absence d'un tel avis (arrêt du Tribunal fédéral 5A_269/2010 du 3 septembre 2009 consid. 3.3.2). Qui plus est, si l'assainissement de la société ne se réalise pas pendant l'ajournement en question, sa faillite doit être prononcée (JEANDIN, op. cit., p. 162). Or, la faillite ne peut pas être prononcée à la seule initiative de la société (et alors que ses créanciers ne peuvent plus requérir la continuation de leurs poursuites pour dettes, en raison de l'ajournement) si la société n'a pas donné elle-même l'avis prévu par l'art. 725 al. 2 CO, au début de la procédure d'ajournement de sa faillite. En particulier, une requête concordataire émanant de la société ne remplace ni n'englobe l'avis de son surendettement (arrêt précité consid. 3.5).

La société débitrice peut requérir elle-même l'ouverture d'une procédure concordataire, sans être surendettée : l'art. 293 let. a LP n'exige que la production de certains documents comptables et d'un plan d'assainissement provisoire. Ainsi, une société poursuivie qui désire prévenir sa faillite peut solliciter un sursis concordataire en vue d'un assainissement de sa situation financière, si elle n'est pas surendettée mais seulement insolvable, c'est-à-dire à court de liquidités. La requête de la société constitue une reconnaissance de son insolvabilité au sens de l'art. 83 al. 1 CO (ATF 105 II 30 consid. 1), mais non pas une reconnaissance de son surendettement.

Il convient de rappeler, à cet égard, que les administrateurs (respectivement les gérants) d'une société anonyme (respectivement d'une société à responsabilité limitée) surendettée ont un devoir légal d'en aviser le juge (art. 820 al. 1, art. 725 al. 2 CO). Ils ne peuvent pas se soustraire à cet avis obligatoire en n'admettant que l'insolvabilité de la société.

L'avis d'insolvabilité permet à la société anonyme ou à responsabilité limitée de requérir sa faillite sans poursuite préalable (art. 191 al. 1 LP), mais non pas le blocage provisoire de la continuation des poursuites dirigées contre elle, en application de l'art. 725a CO. Seule la voie du sursis concordataire entre alors en considération, avec les restrictions propres à cette institution (cf. notamment art. 298 al. 2 LP) et, surtout, avec la possibilité de déclarer la faillite de la société lorsqu'il s'avère, au fil de la procédure, qu'il n'y a pas de perspective d'assainissement ou de concordat (art. 294 al. 3, 296b let. b LP) ou lorsque le concordat est finalement refusé par les créanciers (art. 309 LP) ou révoqué ultérieurement (art. 313 LP).

Autrement dit, soit la société insolvable requiert sa faillite en renonçant à tout ajournement ou sursis, soit elle remplit les conditions formelles (avis de surendettement ou requête d'ouverture d'une procédure concordataire) qui permettent au juge de déclarer sa faillite ultérieurement s'il n'y a finalement pas d'assainissement, respectivement pas de concordat.

L'ajournement de la faillite ne peut pas être accordé, en lieu et place de l'ouverture d'une procédure concordataire, sur avis d'insolvabilité et en l'absence d'un avis formel de surendettement. Dans le domaine de la faillite sans poursuite préalable, à la requête de la société débitrice, l'avis d'insolvabilité ne peut pas être assimilé à l'avis de surendettement. Ceci vaut également pour la société coopérative, ainsi que cela résulte de l'art. 903 CO, qui a une teneur analogue aux art. 725 et 725a CO et que les recourantes citent pourtant pour soutenir le contraire.

Le surendettement et l'insolvabilité sont certes assimilés dans d'autres normes légales, telles que l'art. 84a CC que les recourantes citent également à l'appui de leur thèse de l'inutilité de l'avis de surendettement, mais ces autres normes ne concernent justement pas les conditions formelles d'une faillite à la requête de débitrice elle-même.

3.2 A titre principal, les recourantes ont requis l'ajournement de leurs faillites.

Elles admettent manquer de liquidités mais nient expressément être surendettées. Elles n'ont pas fourni de bilans intermédiaires vérifiés par un réviseur agréé. En revanche, elles ont produit d'autres documents comptables ainsi que des documents destinés à rendre vraisemblables un possible assainissement, par apport de liquidités par des sociétés "parentes".

Dans ces conditions, compte tenu de l'absence d'avis de surendettement, selon l'art. 725 CO, c'est à juste titre que le premier juge a refusé de leur accorder le bénéfice de l'ajournement de leurs faillites, selon l'art. 725a CO. Quant aux sursis concordataires accordés sur conclusions subsidiaires en première instance, ils ne font pas l'objet du présent recours et ne seront donc pas examinés.

Le recours sera rejeté.

- 4.** Le sort des frais de première instance - dont la quotité n'est pas remise en cause - ne sera pas revu, au vu de l'issue de la procédure (art. 318 al. 3 CPC par analogie).

Les recourantes, qui succombent, seront condamnées, conjointement et solidairement, aux frais de seconde instance (art. 106 al. 1 et 3 CPC).

L'émolument de la présente décision sera fixé à 300 fr. (art. 52 let. a, art. 61 al. 1 OELP) et compensé avec l'avance fournie de 1'000 fr., qui reste acquise à l'Etat de Genève, à due concurrence (art. 111 al. 1 CPC).

L'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire sont invités à rembourser aux recourantes le surplus de 700 fr.

5. La présente décision s'inscrit dans une procédure de faillite sujette au recours de droit civil au Tribunal fédéral (art. 72 al. 1 LTF), indépendamment de la valeur litigieuse (art. 74 al. 2 let. d LTF).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté par A._____ SA, A._____ HOLDING SARL, B._____ SA et B._____ CAPITAL SA contre le jugement JTPI/10456/2015 rendu le 15 septembre 2015 par le Tribunal de première instance dans la cause C/15238/2015-9 SFC.

Au fond :

Rejette ce recours.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires du recours à 300 fr., les met à la charge de A._____ SA, A._____ HOLDING SARL, B._____ SA et B._____ CAPITAL SA, prises conjointement et solidairement, et les compense à due concurrence avec l'avance de 1'000 fr. fournie par A._____ SA, A._____ HOLDING SARL, B._____ SA et B._____ CAPITAL SA.

Dit que ladite avance reste acquise à l'Etat de Genève à concurrence de 300 fr. et invite l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire, à rembourser le montant de 700 fr. à A._____ SA, A._____ HOLDING SARL, B._____ SA et B._____ CAPITAL SA, prises conjointement et solidairement.

Siégeant :

Madame Sylvie DROIN, présidente; Madame Nathalie LANDRY-BARTHE et Monsieur Ivo BUETTI, juges; Madame Céline FERREIRA, greffière.

La présidente :

Sylvie DROIN

La greffière :

Céline FERREIRA

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.