



## POUVOIR JUDICIAIRE

C/15238/2015

ACJC/969/2018

**ARRÊT****DE LA COUR DE JUSTICE****Chambre civile****DU JEUDI 5 JUILLET 2018**

Entre

1) **A** \_\_\_\_\_ SA, sise \_\_\_\_\_, recourante contre un jugement rendu par la 5ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 22 janvier 2018, comparant par Me Daniel Kinzer, avocat, rue Bovy-Lysberg 2, case postale 5824, 1211 Genève 11, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

2) **B** \_\_\_\_\_ SA, sise \_\_\_\_\_, autre recourante et intimé au susdit jugement, comparant par Me Peter Pirkl, avocat, rue de Rive 6, 1204 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

- 1) **C** \_\_\_\_\_ SA,
- 2) **D** \_\_\_\_\_ SARL,
- 3) **E** \_\_\_\_\_ SA,

ayant leur siège social \_\_\_\_\_ [GE], intimées comparant toutes 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 parties, à l'Office des faillites, à l'Office des poursuites, au Registre du commerce et au Registre foncier par plis recommandés, ainsi qu'au Tribunal de première instance le 30 juillet 2018. **Suite à sa rectification, l'arrêt est à nouveau communiqué aux parties le 13.09.2018.**

---

## **EN FAIT**

- A. Par jugement JTPI/1085/2018 du 22 janvier 2018, reçu le 25 janvier 2018 par les parties, le Tribunal de première instance, statuant par voie de procédure sommaire, a constaté que E\_\_\_\_\_ SA, D\_\_\_\_\_ SARL et C\_\_\_\_\_ SA n'étaient plus surendettées, renoncé par conséquent à prononcer leur faillite (chiffres 1, 2 et 3 du dispositif), révoqué le sursis concordataire accordé à B\_\_\_\_\_ SA par jugements des 15 septembre 2015, 18 janvier 2017 et 19 juillet 2017, avec effet au 22 janvier 2018 (ch. 4), prononcé la faillite de cette dernière avec effet au 22 janvier 2018 à 14h00 (ch. 5) et ordonné la publication des chiffres 1 à 5 de ce dispositif dans la Feuille d'avis officielle et la Feuille officielle suisse du commerce, aux frais des sociétés précitées, prises conjointement et solidairement (ch. 6).

Le Tribunal a également arrêté les frais judiciaires à 4'595 fr., en les mettant à charge de ces dernières, prises conjointement et solidairement, et en les condamnant à verser cette somme aux Services financiers du Pouvoir judiciaire (ch. 7), arrêté les frais et honoraires du commissaire au sursis, Me F\_\_\_\_\_, à 50'000 fr. pour la période du 1<sup>er</sup> juillet 2017 au 22 janvier 2018, soit un total de 280'000 fr. pour l'ensemble de la procédure concordataire, compte tenu des précédentes notes d'honoraires déjà validées par le Tribunal, en les mettant à charge de E\_\_\_\_\_ SA, B\_\_\_\_\_ SA, D\_\_\_\_\_ SARL et C\_\_\_\_\_ SA, prises conjointement et solidairement (ch. 8), constaté que les honoraires du commissaire au 30 juin 2017 lui avaient déjà été payés par ces dernières, constaté que ceux pour la période du 1<sup>er</sup> juillet 2017 au 22 janvier 2018 étaient couverts à concurrence de 49'510 fr. par les provisions déjà versées par ces sociétés à l'Etat de Genève, invité en conséquence les Services financiers du Pouvoir judiciaire à verser à Me F\_\_\_\_\_ le montant de 49'510 fr. TTC, par prélèvement sur lesdites provisions, condamné en outre E\_\_\_\_\_ SA, B\_\_\_\_\_ SA, D\_\_\_\_\_ SARL et C\_\_\_\_\_ SA, prises conjointement et solidairement, à verser la somme de 490 fr. à titre de solde de ses frais et honoraires (ch. 9) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 10).

En substance, le premier juge a retenu que B\_\_\_\_\_ SA était toujours surendettée, un accord avec l'administration fiscale, créancière de cette dernière, n'ayant pas été finalisé avant la fin du sursis concordataire. Il a ajouté, sans autre explication, qu'une approche consolidée ne pouvait pas être prise en considération et que B\_\_\_\_\_ SA n'avait pas établi que les conditions légales pour une fusion avec E\_\_\_\_\_ SA seraient remplies, au sens de l'art. 6 LFus.

- B. a. Par acte déposé le 5 février 2018 au greffe de la Cour de justice, B\_\_\_\_\_ SA recourt contre ce jugement, dont elle sollicite l'annulation des chiffres 4 et 5 du dispositif. Cela fait, elle conclut, principalement, à ce que la Cour constate son

assainissement, par conséquent, renonce à prononcer sa faillite et ordonne la publication du dispositif de son arrêt comme complément à la publication ordonnée sous chiffre 6 du dispositif du jugement attaqué. Subsidiairement, elle conclut au renvoi de la cause au Tribunal pour nouvelle décision.

Préalablement, elle a conclu à l'octroi de l'effet suspensif à son recours, requête qui a été admise par décision du 21 février 2018.

B\_\_\_\_\_ SA a produit une pièce nouvelle, soit un courrier de son réviseur du 5 février 2018.

**b.** Dans leur réponse, E\_\_\_\_\_ SA, D\_\_\_\_\_ SARL et C\_\_\_\_\_ SA ont acquiescé aux conclusions prises par B\_\_\_\_\_ SA.

**c.** Dans ses déterminations, le commissaire au sursis, Me F\_\_\_\_\_, a également acquiescé aux conclusions de B\_\_\_\_\_ SA.

**d.** Par acte expédié le 5 février 2018 au greffe de la Cour de justice, A\_\_\_\_\_ SA [établissement bancaire] recourt également contre le jugement précité, dont elle sollicite l'annulation du chiffre 3 du dispositif. Cela fait, elle conclut à ce que la Cour prononce la faillite de C\_\_\_\_\_ SA, sous suite de frais et dépens.

**e.** Dans sa réponse, C\_\_\_\_\_ SA a conclu, à la forme, à l'irrecevabilité de ce recours, A\_\_\_\_\_ SA n'étant pas partie à la procédure. Sur le fond, elle a, préalablement, requis l'apport de l'intégralité de la procédure et à ce que G\_\_\_\_\_ [établissement bancaire] puisse se déterminer sur le recours formé par A\_\_\_\_\_. Principalement, elle a conclu au rejet de ce recours, sous suite de frais et dépens, subsidiairement au renvoi de la cause au Tribunal et, plus subsidiairement encore, à ce que la Cour prononce sa faillite et nomme Me F\_\_\_\_\_ en qualité de curateur.

**f.** Dans ses déterminations, Me F\_\_\_\_\_ s'en est rapporté à justice quant à la recevabilité de ce recours et, au fond, a conclu au rejet de celui-ci.

**g.** Dans leurs réplique et duplique, A\_\_\_\_\_ SA et C\_\_\_\_\_ SA ont persisté dans leurs conclusions.

**h.** Par plis du 18 mai 2018, les parties ont été informées de ce que la cause était gardée à juger.

**C.** Les faits pertinents suivants ressortent de la procédure :

**a.** E\_\_\_\_\_ SA, qui a pour but l'acquisition, la vente, la détention et la gestion de participations dans des sociétés, est propriétaire de l'entier du capital-actions de

---

B\_\_\_\_\_ SA et de D\_\_\_\_\_ SARL. Cette dernière détient la société C\_\_\_\_\_ SA, dont le but est l'exploitation de l'Hôtel H\_\_\_\_\_ au \_\_\_\_\_ (VD) et des immeubles qui en dépendent, 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. .

B\_\_\_\_\_ SA assure les services comptables et financiers du groupe.

**b.** C\_\_\_\_\_ SA est propriétaire de \_\_\_\_\_ parts de PPE, qui participent à un projet immobilier consistant en la rénovation et la transformation de l'Hôtel [H\_\_\_\_\_], ainsi que de ses annexes, en résidences secondaires de luxe.

A cette fin, C\_\_\_\_\_ SA a contracté un prêt hypothécaire de quelque 80'000'000 fr. auprès de A\_\_\_\_\_ SA.

**c.** Les travaux de rénovation et de transformation ont débuté en \_\_\_\_\_ 2010 et devaient s'achever en \_\_\_\_\_ 2013.

**d.** En février 2013, A\_\_\_\_\_ SA a dénoncé le prêt hypothécaire alors que la totalité du crédit n'avait pas été utilisée.

**e.** En \_\_\_\_\_ 2013, les travaux ont été suspendus.

**f.** A teneur des bilans, non révisés, au 31 décembre 2014 de E\_\_\_\_\_ SA, B\_\_\_\_\_ SA, D\_\_\_\_\_ SARL et C\_\_\_\_\_ SA, ces dernières étaient surendettées, mais certaines de leurs créances avaient été postposées dans une mesure suffisante pour couvrir leur insuffisance d'actifs.

**D. a.** Par requêtes du 27 juillet 2015 adressées au Tribunal, E\_\_\_\_\_ SA, B\_\_\_\_\_ SA, D\_\_\_\_\_ SARL et C\_\_\_\_\_ SA ont conclu, principalement, à l'ajournement de leurs faillites et, subsidiairement, à l'octroi de sursis concordataires provisoires.

Ces requêtes ont été enregistrées sous quatre numéros de cause différents (C/1\_\_\_\_\_/2015, C/2\_\_\_\_\_/2015 C/3\_\_\_\_\_/2015 et C/15238/2015).

**b.** Par jugement du 15 septembre 2015, le Tribunal a, préalablement, ordonné la jonction desdites causes sous n° C/15238/2015 en application notamment de l'art. 4a al. 1 LP. Au fond, le premier juge a octroyé le sursis concordataire aux quatre sociétés jusqu'au 18 janvier 2016 et a désigné Me F\_\_\_\_\_ en qualité de commissaire provisoire au sursis.

Par arrêt du 4 décembre 2015, la Cour a confirmé ce jugement, les sociétés ayant produit des documents comptables, entre autres, rendant vraisemblable un possible assainissement.

**c.** En mars 2015, A\_\_\_\_\_ SA a fait notifier à C\_\_\_\_\_ SA un commandement de payer, auquel celle-ci a fait opposition. Suite à la requête en faillite déposée le 6 octobre 2015 par la banque, le Tribunal a, par jugement du 28 octobre 2015, sursis à statuer sur cette requête jusqu'à l'issue du sursis concordataire (C/4\_\_\_\_\_/2015).

**d.** Dans son rapport du 13 janvier 2016, le commissaire a précisé ne pas avoir mené sa mission à terme, dès lors qu'il n'avait pas eu tous les documents permettant d'appréhender la situation financière globale et actuelle du groupe. Il ne pouvait ainsi pas établir un bilan consolidé susceptible de donner une image claire de la situation en termes d'actifs et de passifs, les créances et les dettes réciproques au sein du groupe s'annulant en cas de consolidation. Le commissaire a conclu à l'octroi d'un sursis définitif, la différence entre les dettes non postposées à l'égard des tiers et l'estimation des parts PPE étant excédentaire de près de 60'000'000 fr.

**e.** Dans leurs conclusions du 13 janvier 2016, E\_\_\_\_\_ SA, B\_\_\_\_\_ SA, D\_\_\_\_\_ SARL et C\_\_\_\_\_ SA ont sollicité l'octroi d'un sursis définitif et l'approbation de la conclusion d'un contrat de prêt entre G\_\_\_\_\_, d'une part, et E\_\_\_\_\_ SA et C\_\_\_\_\_ SA, d'autre part, afin de terminer les travaux.

**f.** Lors de l'audience du 14 janvier 2016 par-devant le Tribunal, les sociétés ont indiqué que le paiement de leurs frais de fonctionnement et ceux de leur seul employé, soit le CFO du groupe, était assuré. Elles n'avaient pas d'infrastructure, de sorte que le problème des charges courantes ne se posait pas.

**g.** Par jugement du 18 janvier 2016, le Tribunal a octroyé à E\_\_\_\_\_ SA, B\_\_\_\_\_ SA, D\_\_\_\_\_ SARL et C\_\_\_\_\_ SA un sursis concordataire définitif jusqu'au 18 janvier 2017 et reconduit Me F\_\_\_\_\_ dans ses fonctions de commissaire au sursis. Le Tribunal a également autorisé C\_\_\_\_\_ SA à constituer une cédula hypothécaire au porteur d'une valeur de USD 16'500'000 auprès de G\_\_\_\_\_.

**h.** Le commissaire a procédé à l'appel aux créanciers, lequel a été publié dans la FAO et la FO SC du \_\_\_\_\_ 2016. A\_\_\_\_\_ SA n'a pas produit sa créance.

**i.** Dans son rapport du 5 janvier 2017, le commissaire a demandé que le sursis définitif soit prolongé de douze mois.

**j.** Lors de l'audience du 12 janvier 2017 par devant le Tribunal, à laquelle plusieurs créanciers ont participé, dont A\_\_\_\_\_ SA, le conseil des sursitaires a rappelé que B\_\_\_\_\_ SA et E\_\_\_\_\_ SA étaient créancières de D\_\_\_\_\_ SARL et C\_\_\_\_\_ SA, si bien que l'assainissement de ces dernières profiterait à celles-ci.

**k.** Par jugement du 18 janvier 2017, le Tribunal a prolongé le sursis définitif au 19 juillet 2017. Il a considéré que les sursitaires formaient un groupe de sociétés et que celles-ci détenaient des dettes et des créances réciproques, de sorte qu'il s'agissait d'un cas complexe au sens de l'art. 297b LP, justifiant cette prolongation.

**l.** Dans son rapport du 11 juillet 2017, le commissaire a requis une prolongation du sursis de six mois.

**m.** Lors de l'audience du 13 juillet 2017 par-devant le Tribunal, à laquelle la A\_\_\_\_\_ SA a participé, un représentant des sursitaires a expliqué qu'il fallait raisonner de manière consolidée. Le réviseur de ces dernières a confirmé cette approche dès lors que l'assainissement devait se faire par la remontée des dividendes, lorsque la vente des biens immobiliers aurait lieu. La structure du groupe impliquait le maintien en vie de toutes les sociétés, soit « la fille, la mère et la grand-mère ».

A\_\_\_\_\_ SA a suggéré une prolongation du sursis de trois ou quatre mois.

**n.** Par jugement du 19 juillet 2017, le Tribunal a prolongé une ultime fois le sursis définitif au 22 janvier 2018.

**o.** Dans son rapport final du 11 janvier 2018, le commissaire a exposé que le prêt de USD 16'500'000 contracté auprès de G\_\_\_\_\_ avait permis de terminer les travaux [en] 2017. La totalité des factures des corps de métiers avaient été réglées à l'exception de celle du consortium I\_\_\_\_\_ avec lequel un différend concernant la qualité des travaux effectués subsistait. Toutes les hypothèques légales inscrites en faveur des artisans étaient donc radiées. La dernière expertise des lots PPE, établie en octobre 2017, fixait leur valeur à 159'060'000 fr. Cette nouvelle estimation avait entraîné une réévaluation des actifs de C\_\_\_\_\_ SA et donc de D\_\_\_\_\_ SARL et E\_\_\_\_\_ SA.

Ainsi, C\_\_\_\_\_ SA présentait un excédent des actifs sur les fonds étrangers non postposés de 3'843'017 fr., D\_\_\_\_\_ SARL un excédent des actifs sur les fonds étrangers non postposés de 116'070 fr. et E\_\_\_\_\_ SA d'un excédent des actifs sur les fonds étrangers non postposés de 6'435'523 fr. Quant à B\_\_\_\_\_ SA, elle présentait une insuffisance d'actifs sur les fonds étrangers non postposés de 3'705'141 fr., en raison d'une créance fiscale de 4'037'291 fr. 05 faisant l'objet d'une contestation de sa part. Cette créance était en l'état provisionnée dans les comptes de B\_\_\_\_\_ SA à hauteur de 2'064'824 fr. Si une issue favorable était trouvée avec l'administration fiscale, dans le sens d'une réduction de cette créance à hauteur du montant de la provision, son insuffisance d'actifs serait résorbée d'autant et alors une fusion par absorption par E\_\_\_\_\_ SA serait possible, avec comme objectif non plus seulement un assainissement au niveau du groupe, mais également au niveau de tous les sursitaires.

Ainsi, avec une approche consolidée, les comptes révisés des sursitaires au 30 novembre 2017 laissent apparaître un excédent d'actifs sur les fonds étrangers non postposés de 6'689'470 fr.

C\_\_\_\_\_ SA disposait également de liquidités de 1'613'016 fr. et E\_\_\_\_\_ SA de 152'950 fr. (sans compter la restitution des montants consignés relatifs aux hypothèques légales, soit 580'000 fr. au total). Ces montants étaient suffisants pour mener à terme la vente des lots PPE. Compte tenu de cette trésorerie, le commissaire a estimé que les banques créancières dont les prétentions étaient couvertes par la valeur du gage, renonceraient très vraisemblablement à recourir à la liquidation forcée.

Ainsi, le commissaire a conclu à ce que le Tribunal constate l'assainissement des sursitaires.

**p.** Par courrier du 16 janvier 2018 adressé au Tribunal, A\_\_\_\_\_ SA a fait valoir que C\_\_\_\_\_ SA n'était pas assainie, dès lors qu'elle ne disposait pas des liquidités nécessaires à court terme. Elle a également rappelé avoir déjà agi en exécution forcée (C/4\_\_\_\_\_/2015).

**q.** Dans leurs conclusions du 18 janvier 2018, les sursitaires ont requis la constatation de leur assainissement.

**r.** Lors de l'audience du 18 janvier 2018, à laquelle plusieurs créanciers ont participé, dont A\_\_\_\_\_ SA, le réviseur des sursitaires a expliqué que l'accord avec l'administration fiscale pouvait assurer la viabilité de B\_\_\_\_\_ SA. Faute d'accord, la fusion reviendrait à ramener la dette de B\_\_\_\_\_ SA dans la société holding, ce qui était envisageable. L'absorption de B\_\_\_\_\_ SA par E\_\_\_\_\_ SA aurait pour effet de résorber entièrement le surendettement de B\_\_\_\_\_ SA pour autant que cette dernière trouve un accord avec l'administration fiscale sur un montant maximal à hauteur de la provision. Il a également confirmé que l'activité des quatre sociétés était concentrée sur la gestion de la promotion des lots PPE et que celles-ci n'en avaient pas d'autres.

Le commissaire a confirmé que d'un point de vue consolidé, les sursitaires présentaient un excédent d'actifs sur les fonds étrangers non postposés de l'ordre de 6'000'000 fr. et que sur le plan de la trésorerie, le groupe avait les liquidités suffisantes pour financer l'exploitation et la promotion des lots PPE. Il a confirmé que les sursitaires avaient été assainies et qu'il était important qu'elles puissent effectuer la promotion des lots restants dans de bonnes conditions.

---

## EN DROIT

1. **1.1** L'appel étant irrecevable dans les affaires relevant de la compétence du tribunal de la faillite ou du concordat selon la LP (art. 309 let. b ch. 7 CPC), seule la voie du recours est ouverte (art. 319 let. a CPC; art. 296a al. 3 LP).

**1.2** Formé dans le délai et selon la forme prescrits par la loi (art. 321 al. 1 et al. 2 CPC), le recours interjeté par B\_\_\_\_\_ SA (ci-après : la recourante) est recevable.

Egalement formé dans le délai et selon la forme prescrits, le recours interjeté par A\_\_\_\_\_ SA, n'est toutefois pas recevable au vu de ce qui va suivre.

**1.3.1** La qualité pour recourir est une condition de recevabilité du recours, examinée d'office par la Cour (art. 59 lit. c et 60 CPC; TAPPY, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JdT 2010 III p. 115 ss, p. 141; CHAIX, Introduction au recours de la nouvelle procédure civile fédérale, in SJ 2009 II p. 257 ss, p. 259).

Le recours n'étant que le prolongement du droit d'action, la qualité pour recourir se définit de la même manière que la qualité pour agir. Dispose d'une telle qualité celui qui est titulaire du droit d'action. La qualité est reconnue à qui prétend un droit propre. A l'inverse, le demandeur qui fait valoir un droit dont il ne prétend pas être titulaire et pour lequel l'ordre juridique ne lui accorde pas de qualité pour agir doit voir sa demande déclarée irrecevable (BOHNET, Code de procédure civile commenté 2011, n° 95, 96 et 99 ad art. 59 CPC).

**1.3.2** La procédure concordataire peut être introduite à la requête du débiteur ou d'un créancier habilité à requérir la faillite (art. 293 let. a et b LP), suite à laquelle le juge du concordat accorde le sursis provisoire sans délai (art. 293a al. 1 LP). Il charge alors un ou plusieurs commissaires provisoires d'analyser de manière approfondie les perspectives d'assainissement ou d'homologation d'un concordat (art. 293b al. 1 LP).

Si, durant le sursis provisoire, des perspectives d'assainissement ou d'homologation d'un concordat apparaissent, le juge octroie définitivement un sursis de plusieurs mois, prolongeable au maximum jusqu'à vingt-quatre mois (art. 294 al. 1 et 295b al. 1 LP). Avant de statuer sur un octroi définitif, le juge cite le débiteur et, cas échéant, le créancier requérant à comparaître à une audience préliminaire. Le commissaire provisoire fait rapport oralement ou par écrit. Le juge peut également entendre d'autres créanciers (art. 294 al. 2 LP).

Le débiteur et les créanciers peuvent attaquer la décision du juge relative à l'octroi ou le refus du sursis définitif par la voie du recours, conformément au CPC (art. 295c al. 1 LP). Cet article permet à tous les créanciers de contester cette

---

décision, et au commissaire, renforçant ainsi considérablement le statut des premiers dans le cadre de la procédure concordataire (Message du Conseil fédéral relatif à une modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (droit de l'assainissement) du 8 septembre 2010, in FF 2010 5871, p. 5900).

Comme indiqué *supra*, le sursis définitif peut être prolongé sur demande du commissaire (art. 295b al. 1 LP). Dans ce cas, le juge du concordat peut entendre certains ou tous les créanciers et annoncer par voie de publication l'audience prévue à cet effet (HUNKELER, KUKO-SchKG, 2014, n° 5 ad art. 295b LP).

Si l'assainissement intervient avant l'expiration du sursis concordataire, le juge du concordat annule le sursis définitif d'office (art. 296a al. 1 LP). Le juge cite alors le débiteur et, le cas échéant, le créancier requérant à comparaître à une audience. Le commissaire fait rapport oralement ou par écrit. Le juge peut entendre d'autres créanciers (art. 296a al. 2 LP). La décision annulant le sursis peut être attaquée par la voie du recours, conformément au CPC (art. 296a al. 3 LP). Le débiteur et le créancier requérant ont le droit de faire recours contre cette décision d'annulation du sursis, mais pas le commissaire ou tout autre créancier (BAUER, in SK Kommentar SchKG, 2017, n° 15 ad art. 296a al. 3 LP).

**1.3.3** En l'espèce, A\_\_\_\_\_ SA soutient avoir la qualité de partie à la procédure concordataire, dès lors qu'elle y a activement participé et qu'elle est touchée par le jugement attaqué en tant que principale créancière de C\_\_\_\_\_ SA.

A\_\_\_\_\_ SA n'a pas introduit la procédure concordataire litigieuse. Elle n'est donc pas créancière requérante. Par ailleurs, suite à l'appel aux créanciers effectué par le commissaire, elle n'a pas produit sa créance, de sorte qu'elle n'est pas non plus créancière concordataire. Ainsi, la banque n'était pas partie à la procédure concordataire.

Dans le cadre de celle-ci, la banque a toutefois pu participer à des audiences par-devant le Tribunal et rencontrer le commissaire, qui l'a informée de la situation actuelle des sursitaires et de leurs perspectives d'assainissement. En effet, conformément à la loi, le commissaire exerce, notamment, la tâche d'informer régulièrement les créanciers sur le déroulement de la procédure (art. 295 al. 2 let. d LP). Par ailleurs, en sa qualité de créancière, la banque a pu être entendue en audience par le juge du concordat s'agissant de la prolongation du sursis définitif et du terme de celui-ci (art. 295b al. 1 et 296a al. 2 LP). Elle s'est également spontanément déterminée sur le rapport final du commissaire par courrier du 16 janvier 2018. La banque a donc pu faire valoir son droit d'être entendue dans la procédure, sans pour autant pouvoir prendre de conclusions, vu son absence de la qualité de partie.

Enfin, s'agissant d'un recours contre un jugement révoquant le sursis définitif en raison de l'assainissement du débiteur, le législateur renvoie de manière générale

aux règles du CPC, contrairement à l'art. 295c al. LP, qui précise les personnes aptes à recourir. Le législateur n'a donc pas voulu ouvrir la voie du recours contre un tel jugement à tous les créanciers et ainsi renforcer leur statut à cet égard.

Partant, A\_\_\_\_\_ SA n'ayant pas la qualité pour recourir contre le jugement attaqué, son recours sera déclaré irrecevable.

2. 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).

Le recours est instruit en procédure sommaire (art. 251 let. a CPC) et la maxime inquisitoire s'applique (art. 255 let. a CPC).

3. **3.1** Dans le cadre d'un recours, les conclusions, les allégations de faits et les preuves nouvelles sont irrecevables (art. 326 al. 1 CPC). Les dispositions spéciales de la loi sont réservées (al. 2).

A teneur de l'art. 174 al. 1, 2<sup>ème</sup> phrase LP, les parties peuvent faire valoir des faits nouveaux lorsque ceux-ci se sont produits avant le jugement de faillite de première instance. Ainsi, par exception au principe général de l'art. 326 al. 1 CPC, les parties peuvent alléguer des *pseudos-nova* sans restriction (arrêt du Tribunal fédéral 5P.263/2003 du 25 août 2003 consid. 3.3.1).

Conformément à l'art. 174 al. 2 LP, la prise en considération de vrais *nova* - à savoir des faits qui sont intervenus après l'ouverture de la faillite en première instance - est soumise à une double condition très stricte : seuls certains faits peuvent être retenus et le débiteur doit à nouveau être solvable (STOFFEL/CHABLOZ, Voies d'exécution, Poursuite pour dettes, exécution de jugements et faillite en droit suisse, 2ème éd., 2010, p. 274). S'agissant des faits qui peuvent être pris en considération, le débiteur doit établir par titre soit que la dette est éteinte en capital, intérêts et frais (art. 174 al. 2 ch. 1 LP), soit que le montant de la dette a été déposé à l'intention du créancier entre les mains de l'autorité de recours (art. 174 al. 2 ch. 2 LP), soit encore que le créancier a retiré sa réquisition de faillite (art. 174 al. 2 ch. 3 LP).

**3.2** En l'espèce, la recourante a produit avec son recours un courrier daté du 5 février 2018, donc postérieur au jugement prononçant sa faillite. Celui-ci constitue un vrai *novum*. La question de sa recevabilité n'a toutefois pas besoin d'être tranchée, dans la mesure où cette pièce n'est pas déterminante pour l'issue du litige (cf. consid. 5.2.1 *infra*).

4. Les conclusions préalables de C\_\_\_\_\_ SA prises dans sa réponse au recours de A\_\_\_\_\_ SA n'ont pas à être traitées, celui-ci étant irrecevable.

- 
5. La recourante fait grief au premier juge d'avoir violé son droit d'être entendue, en ne motivant pas son refus de prendre en compte une approche consolidée des quatre sursitaires, aboutissant ainsi uniquement au prononcé de sa faillite. Le Tribunal s'était ainsi écarté sans raison des conclusions du commissaire et de son réviseur.

La recourante reproche également au premier juge d'avoir fait preuve de formalisme excessif en retenant qu'elle n'avait pas produit de rapport d'un expert réviseur conformément à l'art. 6 LFus.

**5.1** La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) le devoir pour le juge de motiver sa décision, afin que le justiciable puisse la comprendre, la contester utilement s'il y a lieu et exercer son droit de recours à bon escient. Pour répondre à ces exigences, le juge doit mentionner, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause (ATF 135 III 513 consid. 3.6.5; 134 I 83 consid. 4.1). Ainsi, les parties doivent pouvoir connaître les éléments de fait et de droit retenus par le juge pour arriver au dispositif (TAPPY, Code de procédure civile commenté, 2011, n. 7 ad art. 238).

Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel, dont la violation doit en principe entraîner l'annulation de la décision attaquée indépendamment des chances de succès du recourant sur le fond (ATF 127 V 431 consid. 3d/aa; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_104/2010 du 20 septembre 2010 consid. 3.2).

Par exception au principe de la nature formelle du droit d'être entendu, la jurisprudence admet qu'une violation de ce droit est considérée comme réparée lorsque l'intéressé jouit de la possibilité de s'exprimer librement devant une autorité de recours disposant du même pouvoir d'examen que l'autorité précédente et pouvant ainsi contrôler librement l'état de fait et les considérations juridiques de la décision attaquée (ATF 133 I 201 consid. 2.2; 129 I 129 consid. 2.2.3; 127 V 431 consid. 3d/aa; 126 V 130 consid. 2b; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_104/2010 précité ibidem).

**5.1.2** Lors de la réforme du droit de l'assainissement, l'idée d'une faillite ou d'un assainissement des groupes en tant que tels a été abandonnée. Le principe de l'autonomie des personnes morales reste au cœur du droit privé, et ce principe ne pouvait être modifié par des règles de droit des poursuites. Tout au plus une collaboration des autorités de poursuites en cas de procédures connexes est-elle préconisée (art. 4a LP) (MARCHAND, Précis de droit des poursuites, 2013, p. 295; Message, op. cit., p. 5885).

Cela étant, dans certains cas, une approche consolidée peut être indiquée. Ainsi, lorsqu'une procédure de faillite est ouverte contre plusieurs membres d'un groupe dont certains ont des prises de participation dans d'autres (p. ex., la faillite d'une holding et de ses deux sociétés filles qu'elle détient à 100%). Dans ces situations, le droit en vigueur doit offrir la possibilité d'une approche consolidée - justifiée du point de vue économique également (Avis du Conseil fédéral du 27 février 2002, Après Swissair : Modifier la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite?, [www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/such-curia-vista/geschaefte/AffairId](http://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/such-curia-vista/geschaefte/AffairId)).

**5.1.3** Après la remise du rapport final du commissaire, le juge du concordat décide éventuellement d'office d'annuler le sursis définitif si l'entreprise est assainie (art. 296a al. 1 et 2 LP).

Le rapport du commissaire constitue donc une base importante pour la décision d'annuler le sursis définitif (BAUER, op. cit., n° 14 ad art. 296a al. 2 LP).

Si un concordat est établi, le commissaire doit également rendre un rapport au juge du concordat, avant que ce dernier statue (art. 304 al. 1 et 2 LP). Le juge n'est pas lié par l'avis du commissaire; cependant, il ne devrait pas s'en écarter sans réelle nécessité (HARI, Le commissaire au sursis dans la procédure concordataire (art. 293 ss LP), 2011, n° 529, p. 259).

**5.2** En l'espèce, le premier juge s'est contenté d'indiquer qu'une approche consolidée des sursitaires ne pouvait pas être prise en considération, sans développer plus avant les raisons pour lesquelles une telle approche n'était pas applicable.

Or, au regard de la structure en « cascade » du groupe, il s'avère qu'une approche consolidée peut être envisageable. En effet, la recourante est entièrement détenue par E\_\_\_\_\_ SA, qui est l'unique propriétaire de D\_\_\_\_\_ HOLDING SARL, qui détient à son tour C\_\_\_\_\_ SA, propriétaire des lots PPE. Par ailleurs, B\_\_\_\_\_ SA étant une société de services, son activité se limite aux services financiers et comptables du groupe, qui a pour une unique vocation la promotion du projet immobilier.

Le plan d'assainissement des sursitaires a consisté à terminer les travaux du projet immobilier, payer ceux-ci, puis vendre les lots PPE, afin de couvrir l'ensemble des créances du groupe. Ce plan n'est donc concevable qu'en traitant la totalité des actifs et passifs des sursitaires comme si elles formaient une seule entité sur le plan comptable. C'est donc bien sur une approche consolidée que le premier juge a accordé le sursis concordataire et les prolongations de celui-ci. Il a d'ailleurs décidé de joindre les requêtes de sursis sous un seul numéro de cause (C/15238/2015) en se fondant sur l'art. 4a LP.

---

En outre, il ressort du rapport final du commissaire que, sur un plan comptable consolidé, la réalisation du plan d'assainissement a placé les sursitaires dans une situation où la valeur totale des actifs du groupe excède de plus de 6'500'000 fr. toutes les dettes postposées à l'égard des tiers, quelle que soit leur nature. Le groupe est également au bénéfice d'une réserve de liquidités suffisante pour achever la promotion immobilière. Le commissaire a donc conclu à la constatation de l'assainissement des quatre sursitaires.

Au regard de l'ensemble de ces circonstances, il apparaît que le premier juge, qui certes n'était pas lié par l'avis du commissaire, ne pouvait s'écarter d'une approche consolidée qu'en exposant les raisons qui le conduisait à ne pas la retenir. Un tel défaut de motivation de la décision querellée constitue donc une violation du droit d'être entendue de la recourante, qui entraîne l'annulation\* de cette décision.

Dès lors que la Cour ne dispose pas du même pouvoir d'examen que le premier juge, cette violation ne peut être réparée devant elle. La cause sera donc renvoyée au premier juge pour qu'il statue à nouveau, dans le respect du droit d'être entendue de la recourante.

Le jugement attaqué étant annulé, le grief de formalisme excessif également invoqué par la recourante n'a pas à être traité par la Cour.

6. **6.1** A\_\_\_\_\_ SA, qui succombe, sera condamnée aux frais judiciaires de son recours (art. 106 al. 1 CPC), arrêtés à 2'000 fr. (art. 54 et 61 OELP). Ils seront compensés avec l'avance de même montant fournie par elle, qui reste acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC).

C\_\_\_\_\_ SA, qui conclut à l'octroi de dépens, se verra allouer une somme de 2'000 fr. à ce titre, compte tenu du travail de son conseil pour la rédaction de sa réponse et de sa duplique (art. 84 et 85 al. 2 RTFMC).

**6.2** Les frais judiciaires du recours de B\_\_\_\_\_ SA seront arrêtés à 2'000 fr. (art. 54 et 61 OELP). L'équité exige que ces frais judiciaires soient mis à la charge de l'Etat de Genève, dans la mesure où le jugement entrepris est annulé en raison de la violation du droit d'être entendue de la recourante. La somme de 2'000 fr. sera en conséquence restituée à cette dernière (art. 107 al. 2 CPC).

Il n'y pas lieu à l'allocation de dépens, ceux-ci n'étant pas réclamés par B\_\_\_\_\_ SA (ATF 139 III 334 consid. 4.2).

\* \* \* \* \*

**\* des chiffres 4 et 5 du dispositif = Rectification erreur matérielle le 13 septembre 2018 (art. 334 CPC).**

---

**PAR CES MOTIFS,**

**La Chambre civile :**

**A la forme :**

Déclare irrecevable le recours interjeté le 5 février 2018 par A\_\_\_\_\_ SA contre le jugement JTPI/1085/2018 rendu le 22 janvier 2018 par le Tribunal de première instance dans la cause C/15238/2015-5 SFC.

Déclare recevable le recours interjeté le 5 février 2018 par B\_\_\_\_\_ SA contre le jugement JTPI/1085/2018 rendu le 22 janvier 2018 par le Tribunal de première instance dans la cause C/15238/2015-5 SFC.

**Au fond :**

Annule ~~ce jugement~~.\*

Renvoie la cause au Tribunal pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

**Sur les frais :**

Arrête les frais judiciaires du recours de A\_\_\_\_\_ SA à 2'000 fr., les met à sa charge et dit qu'ils sont compensés avec l'avance fournie, acquise à l'Etat de Genève.

Condamne A\_\_\_\_\_ SA à verser à C\_\_\_\_\_ SA, la somme de 2'000 fr. à titre de dépens du recours.

Arrête les frais judiciaires du recours de B\_\_\_\_\_ SA à 2'000 fr. et les met à la charge de l'Etat de Genève.

Invite en conséquence les Services financiers du Pouvoir judiciaire à restituer la somme de 2'000 fr. à B\_\_\_\_\_ SA.

**Siégeant :**

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

La présidente :

Nathalie LANDRY-BARTHE

La greffière :

Fatina SCHAERER

**\*les chiffres 4 et 5 du dispositif de ce jugement = Rectification erreur matérielle le 13 septembre 2018 (art. 334 CPC).**

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.*