

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/4364/2016

ACJC/959/2016

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU JEUDI 7 JUILLET 2016

Entre

A_____, sise _____, recourante contre un jugement rendu par la 9ème chambre du Tribunal de première instance de ce canton le _____ 2016, comparant par Me Pascal Pétroz, avocat, 29, rue de la Coulouvrenière, case postale 5710, 1211 Genève 11, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

B_____, sise _____, intimée, comparant par Me Raphaël Treuillaud, avocat, 2, cours de Rive, case postale 3477, 1211 Genève 3, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties, ainsi qu'à l'Office des faillites, à l'Office des poursuites, au Registre du commerce et au Registre foncier, par plis recommandés du 08.07.2016.

EN FAIT

- A. Par jugement JTPI/4917/2016 du _____ 2016, expédié pour notification aux parties le lendemain, le Tribunal de première instance rejeté la requête en ajournement de la faillite formée le 14 avril 2016 par A_____ (ch. 1 du dispositif), prononcé la faillite sans poursuite préalable de A_____ le même jour à 14h30 (ch. 2), mis les frais, arrêtés à 800 fr., à la charge de cette dernière et compensés avec l'avance fournie, condamnée à verser 300 fr. à l'ETAT DE GENEVE et 500 fr. à B_____ (ch. 3 à 6), condamné A_____ à verser à B_____ les dépens, arrêtés à 5'400 fr. (ch. 7) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 8).

En substance, le premier juge a retenu qu'ayant acquis la propriété de la parcelle 1_____ de la commune de C_____ pour le prix de 15'000'000 fr. avec l'aide d'un prêt hypothécaire, A_____ (ci-après A_____) avait entrepris d'y faire construire, en vue de sa vente, une habitation comportant huit appartements de haut-standing; que le montant total des factures de B_____ s'élevait à 719'461 fr., montant qui n'avait pas été réglé. Les parcelles constituant les parts PPE de la parcelle de base 1_____ précitée faisaient l'objet d'inscriptions provisoires d'hypothèques légales d'artisans et d'entrepreneurs au bénéfice de D_____, B_____, E_____ et F_____. Outre l'inscription définitive d'une hypothèque légale d'artisans et d'entrepreneurs au profit d'G_____, lesdites parcelles avaient également été grevées à titre définitif de pareilles hypothèques au bénéfice de D_____ et de H_____. Par ailleurs, au 29 février 2016, A_____ faisait l'objet de trois poursuites requises par D_____ et B_____, toutes au stade de l'opposition au commandement de payer, portant sur un montant total de 2'819'978 fr.

Le Tribunal a considéré de plus que A_____ n'avait pas déposé d'avis formel de surendettement, qu'elle n'avait pas allégué qu'elle était surendettée au sens de l'art. 725 al. 2 CO et n'avait produit aucun bilan intermédiaire établi aux valeurs de continuation et de liquidation qui en attestait. Dès lors que le surendettement constituait un prérequis et la première des conditions matérielles de l'ajournement de faillite, un délai ne pouvait être accordé à la société pour compléter ses conclusions par un avis formel de surendettement, ce qui équivaldrait, le cas échéant, à un ajournement de fait de sa faillite, et que la requête en ajournement de faillite de A_____ était manifestement infondée. Au surplus, en ce qui concernait la question de la suspension des paiements, la seule activité commerciale de A_____ était la valorisation de la parcelle 1_____ de la commune C_____ par une promotion immobilière. A_____ n'avait pas soutenu qu'elle développerait d'autres activités commerciales, que le financement des travaux de construction n'étant pas assuré par un crédit, le seul moyen financier dont elle disposait pour payer les entrepreneurs du bâtiment provenait du produit

net de ventes futures des lots PPE, qu'au jour du jugement, ces entrepreneurs n'avaient pas été payés puisque nombre d'entre eux avaient obtenu à titre provisoire ou définitif l'inscription sur la parcelle précitée d'hypothèques d'artisans et d'entrepreneurs portant sur des montants conséquents, que le refus de payer avait trait à son unique activité commerciale, ce que confirmaient les poursuites requises à son encontre par des entrepreneurs ayant exécuté des travaux de construction sur sa parcelle, de sorte qu'il s'en suivait que A_____ était en état de cessation de paiement de manière durable.

- B. a.** Par acte expédié le 2 mai 2016 au greffe de la Cour de justice, A_____ a formé recours contre ce jugement, sollicitant son annulation. Elle a conclu, avec suite de frais et dépens, principalement, à ce que la Cour renvoie la cause en première instance pour instruction de la requête en ajournement de faillite, et, subsidiairement, à l'ajournement de sa faillite et à ce qu'un délai d'assainissement au 30 septembre 2016 lui soit accordé, à ce qu'il soit dit qu'elle fournirait à cette date au Tribunal toute pièce et information utile concernant l'évolution et les résultats de la procédure d'assainissement et à ce que les mesures d'accompagnement nécessaires soient fixées. Plus subsidiairement, elle a requis l'octroi d'un délai au 30 mai 2016 pour compléter son plan d'assainissement, le droit à solliciter une prolongation de délai devant être réservé, et, plus subsidiairement encore, à ce que la faillite soit ajournée et la procédure transmise au juge du concordat.

Préalablement, elle a sollicité la suspension du caractère exécutoire du jugement entrepris et la nomination, à titre provisionnel, d'un curateur, lesquelles ont été refusées par décision présidentielle du 17 mai 2016 (ACJC/679/2016).

A l'appui de son recours, elle a invoqué une violation de son droit d'être entendue et de la maxime inquisitoire au motif que le Tribunal n'avait pas instruit sa demande d'ajournement, que celle-ci devrait être admise dans la mesure où une postposition de la créance actionnaire de l'associé unique, d'un montant de 8'970'251 fr., voire une augmentation de capital par compensation avec ladite créance, serait apte à éliminer son surendettement, lequel, au 30 mars 2016, était de 1'879'353 fr. à valeur d'exploitation, et de 7'279'353 fr. à valeur de liquidation, que les ventes réalisées, pour des montants de 2'600'000 fr. (laquelle avait permis de dégager, après paiement des gages hypothécaires, une somme de 851'539 fr.), 4'600'000 fr. et 6'400'000 fr., permettraient d'apporter des liquidités importantes et que les travaux qui restaient à réaliser s'élevaient à 2'612'937 fr. Il n'y avait pas de risque d'aggravation pour les créanciers dans la mesure où aucune vente ne pourrait avoir lieu sans leur désintéressement, compte tenu de l'inscription d'hypothèques légales. Enfin, elle a fait valoir une violation de l'art. 173a al. 2 LP qui impose au juge d'examiner la possibilité d'un concordat si l'ajournement de faillite est rejeté.

A_____ a déposé trois pièces nouvelles (C, D et E), soit deux bilans intermédiaires du 1^{er} janvier au 31 mars 2016, l'un à valeur de liquidation, l'autre à valeur d'exploitation, non datés et non audités, ainsi que deux quittances de l'Office des faillites des 25 avril 2016.

b. Dans sa réponse du 17 mai 2016, B_____ s'est, sous suite de frais et dépens, rapportée à justice quant à l'annulation de la décision entreprise et au renvoi de la cause en première instance, et a conclu à ce que l'administrateur actuel, H_____, soit privé de son pouvoir de disposition et qu'un curateur soit désigné.

Elle a fait valoir que A_____ n'avait pas présenté ses comptes devant le Tribunal. Elle était à son sens tant en cessation de paiement qu'en état de surendettement. Elle a souligné que peu avant l'audience de faillite, A_____ avait vendu un appartement à l'un de ses principaux bailleurs de fonds, à un prix inférieur à celui de commercialisation.

B_____ a produit trois pièces nouvelles, soit le mémoire complémentaire et le chargé de pièces déposé par G_____ dans la cause C/1_____, le 12 avril 2016, ainsi qu'un courrier adressé par son conseil à Me I_____ le 29 avril 2016.

c. Par réplique du 30 mai 2016, A_____ a persisté dans ses conclusions. Elle a allégué que deux acquéreurs, bénéficiaires d'actes de vente à terme, étaient disposés à verser la somme de 8'800'000 fr. moyennant annulation de la faillite.

A_____ a versé à la procédure deux pièces nouvelles (F et G), soit un courrier d'J_____ adressé à A_____ le 28 avril 2016 et un récapitulatif du coût des travaux encore à réaliser, accompagné de divers métrés, établi par K_____ le 27 avril 2016.

d. Les parties ont été avisées par pli du greffe du 20 juin 2016 de ce que la cause était gardée à juger, B_____ n'ayant pas fait usage de son droit de duplique.

C. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

a. A_____, inscrite au Registre du commerce de Genève le _____ 1999, a son siège à _____ (GE) et est dotée d'un capital-social de 20'000 fr.

Elle a pour but les conseils, l'expertise et le courtage dans les domaines immobiliers et commerciaux.

b. B_____, inscrite au Registre du commerce de _____ le _____ 1937, a son siège à _____ (VD) et est dotée d'un capital-actions de 1'000'000 fr.

Elle exploite une entreprise de construction métallique et autres matériaux et de serrurerie.

c. Ayant acquis la propriété de la parcelle 1_____ de la commune C_____ pour le prix de 15'000'000 fr. notamment par le biais d'un prêt hypothécaire, A_____ a entrepris d'y faire construire, en vue de sa vente, une habitation comportant huit appartements de haut-standing, soumis au régime de la propriété par étages, une piscine et un garage souterrain.

En ce qui concernait la direction des travaux et la conclusion des contrats avec les artisans et les entrepreneurs, A_____ était représentée par L_____ (actuellement L_____), ayant son siège à _____.

A_____ n'a pas contracté de crédits pour financer les travaux de construction.

d. Ainsi représentée par L_____, A_____ a mandaté B_____ le 4 juillet 2014 pour effectuer les travaux de construction métallique de l'extérieur de l'immeuble pour un montant de 922'365 fr. 15.

A la suite de modification des plans de A_____, le montant des travaux a été porté à 959'332 fr. 50 par acte signé le 17 mars 2015 par L_____. Selon l'accord conclu par les parties, des acomptes représentant au moins 33% devaient être payés les 31 mars et 29 juin 2015, le solde étant dû le 30 septembre 2015.

B_____ a présenté à A_____ ses factures des 10 décembre 2014 de 322'999 fr. 35, 30 janvier 2015 de 171'627 fr. 45, 28 février 2015 de 162'927 fr. 55 et 31 mars 2015 de 61'907 fr. 35, soit au total 719'461 fr. 70.

A_____ n'a pas réglé lesdites factures.

e. Les parcelles constituant les parts PPE de la parcelle de base 1_____ précitée font l'objet d'inscriptions provisoires d'hypothèques légales d'artisans et d'entrepreneurs au bénéfice de D_____, E_____ et F_____. B_____ a également obtenu l'inscription provisoire d'une telle hypothèque en sa faveur.

Lesdites parcelles ont également été grevées à titre définitif de pareilles hypothèques au bénéfice de D_____, l'G_____ et de H_____.

f. Outre l'inscription définitive d'une hypothèque légale d'artisans et d'entrepreneurs au profit de G_____, lesdites parcelles ont également été grevées à titre définitif de pareilles hypothèques au bénéfice de D_____ et de H_____.

g. Au 29 février 2016, A_____ faisait l'objet de trois poursuites requises par D_____ et B_____, toutes au stade de l'opposition au commandement de payer, portant sur un montant total de 2'819'978 fr. 85.

h. Par acte du 28 décembre 2013, A_____ a vendu une part PPE représentant 125.5/1000^{èmes} pour le prix de 4'600'000 fr., dont 1'600'000 fr. ont été payés le jour de la vente.

Le solde du prix de vente devait être payé à concurrence de 1'400'000 fr. au plus tard le 31 juillet 2014 et à raison de 1'600'000 fr. le jour de la remise de la part PPE finie "*brut de plâtre*".

i. Par actes des 19 et 31 mars 2015, A_____ a vendu à terme une part PPE représentant 163.7/1000^{èmes} pour le prix de 6'400'000 fr.

Selon acte du 28 janvier 2016, les parties au contrat de vente susvisé ont constaté que l'acheteur avait déjà versé 650'000 fr., ont convenu que le solde du prix de vente de 4'550'000 fr. serait versé à concurrence de 1'050'000 fr. au plus tard le 29 février 2016, à raison de 3'500'000 fr. au plus tard le 29 avril 2016, "*soit lorsque la venderesse sera[it] en mesure de remettre les clés de l'appartement (...) tous les travaux de construction, de finition et d'aménagement entièrement achevés*" et que le solde en 1'200'000 fr. serait payé au plus tard le 30 septembre 2016.

j. Par acte des 18 mars et 16 avril 2016, A_____ a vendu une part PPE représentant 101.7/1000^{èmes} pour le prix de 2'600'000 fr. dont 600'000 fr. avaient été payés avant la signature de la vente et libérés en faveur de A_____, le solde en 2'000'000 fr. devant être versé le 22 mars 2016.

k. Le 4 mars 2016, B_____ a requis, avec suite de frais et de dépens de 5'400 fr., la faillite sans poursuite préalable de A_____, et déposé un chargé de pièces.

Elle a notamment fait valoir que plusieurs entreprises chargées d'exécuter des travaux dans la promotion n'avaient pas été payés et avaient requis et obtenu l'inscription au Registre foncier d'hypothèques légales, pour des montants de respectivement 635'100 fr. en faveur de la société H_____, 1'830'621 fr. 32 en faveur de la société D_____ et 996'300 fr. en sa faveur, au prorata de chacun des lots de la PPE, soit un montant total de 3'462'021 fr. 32. A_____ faisait également l'objet de poursuites à concurrence de 2'819'978 fr. 85, de sorte qu'elle était débitrice d'une somme globale de 6'282'000 fr. 17. Dès lors que A_____ ne disposait pas de liquidités suffisantes pour honorer ses dettes, elle se trouvait en état de cessation de paiement, de sorte sa faillite devait être prononcée. Il était par ailleurs peu probable que des appartements puissent être vendus, 30% de l'immeuble devant encore être construit.

l. Lors de l'audience du 14 avril 2016 du Tribunal, A_____ a conclu, avec suite de frais, au rejet de la requête.

A_____ a déclaré que la somme précitée de 600'000 fr. (supra let. j.) avait été affectée en 2015 à la promotion des immeubles. Avec le solde du prix, soit 2'000'000 fr., 400'000 fr. avaient été payés au créancier hypothécaire et 130'000 fr. avaient été utilisés à titre de frais de vente. Il restait ainsi en mains du notaire un montant de 1'470'000 fr. Cette somme devait servir à payer les créanciers gagistes

au bénéfice d'une hypothèque légale, de sorte qu'il devait subsister une somme d'environ 850'000 fr.

En fin d'audience, A_____ a déposé une requête tendant, principalement, à l'ajournement de la faillite jusqu'au 30 septembre 2016 et, subsidiairement, à l'octroi d'un délai 30 mai 2016 pour compléter son plan d'assainissement. Elle a, notamment, indiqué que des travaux devaient encore être terminés, afin de valoriser puis vendre les cinq lots restants. Elle a estimé le coût desdits travaux entre 2'000'000 fr. et 2'500'000 fr. Du fait de sa décision de vendre les lots bruts, et non plus aménagés, le coût total des travaux de construction, fixé initialement à 19'000'000 fr., était maintenant estimé à 13'500'000 fr. S'ajoutait à cette somme le prêt hypothécaire de 10'000'000 fr., de sorte que le coût total de l'opération immobilière s'élevait à 23'500'000 fr. En prenant en considération un prix de vente de 3'000'000 fr. pour chacun des cinq lots restants, il était probable que la promotion dégagerait un bénéfice.

Un plan d'assainissement était dès lors possible.

B_____ a persisté dans ses conclusions.

La cause a été gardée à juger à l'issue de l'audience.

EN DROIT

1. **1.1** S'agissant d'une procédure de faillite sans poursuite préalable, seule la voie du recours est ouverte (art. 309 let. b ch. 7 et 319 let. a CPC; art. 174 al. 1, art. 194 al. 1 LP).
1.2 Interjeté dans le délai de dix jours prévu par la loi (art. 142 al. 1 et 3, art. 145 al. 2 let. b, art. 321 al. 2 CPC) et selon la forme prescrite (art. 321 al. 1 CPC), le recours est recevable.
2. La procédure sommaire est applicable (art. 251 let. a CPC) et le juge établit les faits d'office (maxime inquisitoire, 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^{ème} phrase LP, les parties peuvent faire valoir des faits nouveaux lorsque ceux-ci se sont produits avant le jugement 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. L'expression "faits nouveaux" doit être comprise dans un sens technique : elle englobe aussi bien les allégués de fait que

les offres de preuves (art. 174 al. 1 LP; 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). Les vrais *nova* doivent également être produits avant l'expiration du délai de recours (ATF 139 III 491 consid. 4; 136 III 294 consid. 3; arrêt 5A_606/2014 du 19 novembre 2014 consid. 4.2 et les références).

3.2 En l'espèce, la recourante a produit avec son recours quatre pièces non soumises au Tribunal. Parmi celles-ci, les pièces référencées D ont été établies postérieurement au prononcé du jugement entrepris et constituent de vrais *nova*. Elles portent sur le paiement à l'Office des faillites de frais en relation avec les procédures d'appel, de sorte qu'elles sont recevables. Quant aux pièces C et D, soit des bilans intermédiaires du 1^{er} janvier au 31 mars 2016, l'un à valeur d'exploitation, l'autre à valeur de liquidation, ne sont pas datés et ne sont pas audités. Par ailleurs, ces pièces ne portent pas sur le paiement ou la remise des dettes de la recourante, tels que visés à l'art. 174 al. 2 LP. Par conséquent, lesdites pièces, ainsi que les faits nouveaux dont elles attestent, sont irrecevables.

Il en va de même des pièces produites par la recourante avec sa réplique. Elles ont en effet été établies respectivement les 27 et 28 avril 2016 et devaient être produites avec diligence, soit à l'appui du recours adressé le 2 mai 2016 à la Cour. La recourante n'expose d'ailleurs pas pour quel motif elle a tardé à verser ces titres à la présente procédure.

Les pièces nouvellement produites par l'intimée sont irrecevables, ainsi que les allégués de fait s'y rapportant, dès lors qu'elles ne prouvent pas l'extinction de la dette de la recourante, ni sa solvabilité. Elles ne sont au demeurant pas pertinentes pour l'issue de litige, tel que cela sera développé ci-après.

- 4.** La recourante invoque une violation de son droit d'être entendue et de la maxime inquisitoire au motif que le Tribunal n'a pas instruit sa demande d'ajournement de faillite.

4.1 Le droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) garantit notamment à chaque partie le droit de s'expliquer sur toute alléguation de fait, toute offre de preuve et toute

argumentation de droit de l'adversaire avant qu'une décision ne soit rendue à son détriment, et celui de fournir des moyens de preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision (arrêt du Tribunal fédéral du 21 février 2012 5A_562/2011 consid. 7.5). Il comprend ainsi le droit de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, d'obtenir l'administration des preuves pertinentes et valablement offertes, de participer à l'administration des preuves essentielles et de se déterminer sur son résultat lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1; 135 I 279 consid. 2.3; 133 I 270 consid. 3.1 et la jurisprudence citée; arrêt du Tribunal fédéral 5A_867/2015 du 11 décembre 2015 consid. 4.1).

Lorsque la maxime inquisitoire s'applique (art. 255 let. a CPC), comme en l'espèce, le Tribunal a le devoir d'éclaircir les faits et de prendre en considération tous les faits d'office, mais cela ne dispense pas les parties de collaborer activement à la procédure. Il leur incombe de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuve disponibles (ATF 128 III 411 consid. 3.2.1; arrêts du Tribunal fédéral 5A_778/2015 du 16 décembre 2015 consid. 3.4; 5A_219/2014 du 26 juin 2014 consid. 4.2.2; BOHNET, in Code de procédure civile commenté, 2011, n. 5 ad art. 255 CPC). Il doit s'assurer que leurs allégations et leurs offres de preuves sont complètes s'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes à cet égard (ATF 125 III 231 consid. 4a; 107 II 233 consid. 2c; arrêt du Tribunal fédéral 5A_953/2012 du 30 janvier 2013 consid. 4.2). Celui qui invoque une violation de la maxime inquisitoire doit démontrer que la prise en compte de ces faits aurait pu conduire à une autre décision (arrêt du Tribunal fédéral 5A_50/2013 du 19 mars 2013 consid. 5.1). L'instance d'appel qui admet le grief de la violation de la maxime inquisitoire peut procéder aux investigations nécessaires et compléter l'état de fait; elle y renoncera et renverra la cause au tribunal de première instance lorsque l'instruction à laquelle celui-ci a procédé est incomplète sur des points essentiels (art. 318 al. 1 let. c ch. 2 CPC) (ATF 138 III 374 consid. 4.3.2).

4.2 En l'espèce, à l'audience du Tribunal du 14 avril 2016, la recourante n'a pas indiqué être en état de surendettement. Au contraire, elle a soutenu qu'elle n'était pas en état de suspension de paiements. Par ailleurs, avec l'intimée, la Cour retient que la recourante n'a pas allégué, ni d'ailleurs offert de prouver, qu'elle était en état de surendettement, dans sa requête en ajournement de faillite déposée en fin d'audience du Tribunal. Elle a précisément soutenu qu'en raison du retard dans l'exécution/l'achèvement des travaux, la vente des lots de PPE avait été retardée, que la stratégie de commercialisation de la promotion avait été modifiée, que les appartements devaient être vendus bruts, et non aménagés, et que la vente de trois des huit lots permettrait d'encaisser la somme de 13'600'000 fr. et de désintéresser ainsi tous les créanciers gagistes. La recourante, assistée d'un avocat, devait fournir au Tribunal, si elle avait estimé être en état de surendettement – ce qu'elle

n'a pas fait – tous les faits pertinents à cet égard. Elle devait également produire les pièces indispensables à cet examen, soit en particulier un bilan intermédiaire vérifié par un réviseur agréé (cf. infra ch. 5.1 et 5.2), titre qu'elle n'a pas versé à la procédure.

Le Tribunal n'a par conséquent ni enfreint le droit d'être entendue de la recourante, ni la maxime inquisitoire.

4.3 Infondés, les griefs de la recourante seront rejetés.

- 5.** La recourante se plaint, d'une part, de l'absence d'examen par le Tribunal de l'ajournement de la faillite, au sens de l'art. 725a CO, alors qu'elle était surendettée, et, d'autre part, d'une violation de l'art. 173a al. 2 LP, le Tribunal devant d'office ajourner la faillite, un sursis concordataire étant possible.

5.1 Selon l'art. 173a al. 2 LP, le tribunal peut ajourner d'office le jugement de faillite lorsqu'un concordat paraît possible; il transmet dans ce cas le dossier au juge du concordat.

Cette norme constitue une exception et elle doit être appliquée restrictivement. La volonté claire du législateur n'était pas de transformer l'instrument du concordat en une occasion d'intervention étatique, de sorte qu'il doit être limité aux cas exceptionnels de faillite requise par un créancier intransigeant, présentant un intérêt public, par exemple lorsqu'est en jeu le maintien de places de travail dans les régions économiquement menacées (AMMON/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 9ème éd., 2013, § 36 n. 42; STOFFEL/CHABLOZ, Voies d'exécution, 2ème éd. 2010, § 9, n. 62; COMETTA, Commentaire romand, LP, 2005, n. 7 ad art, 173a LP; GILLIERON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dette et la faillite, Lausanne, 2001, n. 14 ad art. 173a LP).

Le tribunal doit examiner s'il existe des indices clairs permettant de rendre vraisemblable qu'un concordat est possible; il n'a cependant pas à rechercher ces éléments, lesquels doivent ressortir directement des pièces (GIROUD, Basler Kommentar. SchKG II, 2ème éd., 2010, n. 8 ad art. 173a LP; AMMON/WALTHER, op. cit., § 54 n. 4).

L'art. 173a LP est une mesure d'exécution forcée permettant d'éviter l'ouverture de la faillite quand sont réalisées les conditions d'un assainissement financier, notamment sous la forme d'un sursis concordataire. Le juge de la faillite saisi d'une requête d'ajournement doit examiner si une requête motivée de sursis, accompagnée du projet de concordat et des pièces justificatives (bilan détaillé, compte d'exploitation ou tous autres documents faisant apparaître l'état du patrimoine et des revenus du poursuivi) a été déposée et si, sur la base de ces pièces émerge, selon toute vraisemblance, une certaine probabilité concrète

d'homologation du concordat (arrêt du Tribunal fédéral 5P.482/1998; COMETTA, op. cit., n. 4 ad art. 173a LP). Tout comme le juge saisi de la requête de sursis concordataire (ATF 135 III 430 consid. 1.3), le juge de la faillite saisi d'une demande d'ajournement doit donc poser un pronostic, sur la base d'un examen sommaire, à propos des chances de succès de la requête de concordat (GILLIERON, op. cit., n. 13 ad art. 173a LP; GIROUD, op. cit., n. 6 ad art. 173a LP). L'ajournement de la faillite déploiera ses effets pendant la durée correspondant au temps nécessaire au juge pour rendre sa décision sur le sursis concordataire. Une telle décision tend ainsi à maintenir la situation inchangée dans l'attente du résultat de la procédure concordataire (arrêt du Tribunal fédéral 5A_111/2010 du 12 janvier 2011 consid. 2.2).

5.2 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 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).

Les dispositions du droit de la société anonyme concernant l'avis obligatoire en cas de perte de capital et de surendettement de la société ainsi qu'en matière d'ouverture et d'ajournement de la faillite sont applicables par analogie (art. 820 al. 1 CO), à la société à responsabilité limitée.

L'existence d'un surendettement constitue la condition matérielle de la déclaration de faillite. Il est ainsi la première des conditions de l'ajournement de la faillite (PETER, Commentaire romand, Code des obligations II, n. 25 ad art. 725a CO).

La société qui requiert l'ajournement de la faillite doit présenter un plan exposant les mesures propres à assainir la société ainsi que le délai dans lequel le surendettement sera éliminé. Ce plan devra également indiquer 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, Ajournement de la faillite de la société anonyme, 2001, p. 129; PETER, Commentaire romand, Code des obligations II, 2008, n. 29 ad art. 725 a CO). Sur la base de ces éléments, le juge doit estimer les chances d'un assainissement réussi et durable (ATF 120 II 425 consid. 2b; arrêts du Tribunal fédéral 5P.263/2003 du 25 août 2003 consid. 3.2). L'assainissement de la société 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 (arrêts du

Tribunal fédéral 5P.263/2003 du 25 août 2003 consid. 3.2; 5P.465/1999 du 11 avril 2000 consid. 4c). Il importe en particulier que le plan d'assainissement soit précis et crédible. Il n'incombe pas au juge d'établir d'office le plan d'assainissement, ni de suppléer à ses éventuelles insuffisances (PETER/PEYROT, L'ajournement de la faillite (art. 725a CO) dans la jurisprudence des tribunaux genevois, in SJ 2006 II 43, p. 56; HARDMEIER, Zürcher Kommentar, 1997, n. 1332 a ad art. 725a CO).

Le bilan intermédiaire, établi dans l'intérêt des créanciers et de la collectivité, s'avère également indispensable lorsqu'il s'agit de se prononcer sur un éventuel ajournement de la faillite (ATF 128 III 180 consid. 2; 121 III 420 consid. 3a; 120 II 425 consid. 2; ZR 1995 n. 49). En effet, même si, pour évaluer la situation financière de la société, le juge doit prendre en considération des éléments qui ne peuvent résulter du bilan, comme par exemple l'état de la comptabilité, le rapport de révision a une signification décisive. Vu la portée d'une telle décision, le juge ne peut pas faire abstraction de la présentation des documents prévus par la loi et vérifiés de manière idoine (ATF 120 II 425 consid. 2; PETER/CAVADINI, Commentaire romand, Code des obligations II, 2008, n. 41 ad. art. 725 CO).

Au vu de l'avis de surendettement, le juge déclare la faillite, à moins que les conditions d'un ajournement soient réunies (art. 725a al. 1 CO). Ce faisant, il doit notamment s'assurer que le surendettement de la société est vraisemblable (GILLIERON, op. cit., n. 29 ad art. 192 LP). A cette fin, il se basera en règle générale sur le (double) bilan intermédiaire, établi avec l'estimation des actifs tant à leur valeur d'exploitation qu'à leur valeur de liquidation, ainsi que sur le rapport de vérification de l'organe de révision, qui accompagnent en principe l'avis de surendettement (PETER/CAVADINI, op. cit., n. 45 ad art. 725 CO; arrêt du Tribunal fédéral 5A_867/2015 du 11 décembre 2015 consid. 5.1.1).

5.3 En l'espèce, la recourante soutient avoir démontré qu'elle se trouvait dans une situation de surendettement à hauteur de 1'879'353 fr. 02, ses états financiers au 31 mars 2016, à valeur l'exploitation, faisant état de dettes s'élevant à 35'258'686 fr. 62 et d'actifs à 33'379'333 fr. 60.

Comme retenu sous ch. 3.2 supra, les pièces nouvellement produites par la recourante sont irrecevables ainsi que les allégués de fait s'y rapportant. Même si ces pièces avaient été admises, elles n'auraient toutefois aucune force probante. En effet, les bilans intermédiaires produits au 31 mars 2016 ne sont ni datés ni révisés. La recourante n'a ainsi ni prouvé ni rendu vraisemblable qu'elle serait en état de surendettement.

Pour le surplus, et comme relevé sous ch. 4.2 supra, la recourante n'a pas allégué en première instance qu'elle était surendettée, de sorte qu'il s'agit d'une allégation

nouvelle en recours, laquelle n'est fondée sur aucun fait ou preuve nouvelle (recevable), de sorte que cette allégué est irrecevable.

Ainsi, l'une des conditions de l'ajournement de la faillite, au sens de l'art. 725a CO, fait défaut, de sorte que le premier juge n'avait pas à instruire la demande d'ajournement formée par la recourante.

5.4 La recourante invoque encore l'art. 173a LP qui imposait au Tribunal d'examiner l'ajournement sa faillite, un concordat paraissant selon elle possible. Elle n'explique cependant pas quels éléments auraient dû inciter le premier juge à considérer qu'une telle possibilité existait, se référant uniquement à un possible assainissement de la société.

Devant le Tribunal, la recourante a fait état de la modification de la stratégie de commercialisation de la promotion et de la diminution du prix global du coût de construction des huit appartements en raison du fait que ceux-ci seraient livrés bruts, et non plus aménagés tels que prévu initialement. La vente de trois desdits huit appartements permettrait selon elle d'encaisser une somme de 13'600'000 fr. et de désintéresser l'intégralité des créanciers gagistes. La Cour retient toutefois que le paiement du prix de vente de deux des trois appartements est subordonné à la remise des clés et donc à la réalisation préalable des travaux, dont le coût s'élève, selon les allégations de la recourante, à plus de 2'600'000 fr., lequel n'est justifié par aucune pièce probante admissible. La recourante n'explique pas non plus quelle source de financement serait susceptible de lui permettre d'effectuer les travaux. Ainsi, les allégations de la recourante n'étaient pas suffisantes à elles seules pour que le Tribunal doive ajourner, d'office, le prononcé de faillite.

Pour le surplus, aucun élément ne permet de rendre vraisemblable qu'un intérêt public nécessiterait l'ajournement de la faillite de la recourante.

Au vu de ces éléments, le Tribunal n'a dès lors pas enfreint l'art. 173a LP en n'ajournant pas la faillite en application de cette disposition.

- 6. 6.1** Aux termes de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP, le créancier peut requérir la faillite sans poursuite préalable si le débiteur sujet à la poursuite par voie de faillite a suspendu ses paiements. La notion de suspension de paiements est une notion juridique indéterminée qui accorde au juge un large pouvoir d'appréciation. La suspension de paiements a été préférée par le législateur à l'insolvabilité parce qu'elle est perceptible extérieurement et, dès lors, plus aisée à constater que l'insolvabilité proprement dite; il s'agit ainsi de faciliter au requérant la preuve de l'insolvabilité. Pour qu'il y ait suspension de paiements, il faut que le débiteur ne paie pas des dettes incontestées et exigibles, laisse les poursuites se multiplier contre lui, tout en faisant systématiquement opposition, ou omette de s'acquitter même de dettes minimales. Par ce comportement, le débiteur démontre qu'il ne dispose pas de liquidités suffisantes pour honorer ses engagements. Il n'est toutefois pas

nécessaire que le débiteur interrompe tous ses paiements; il suffit que le refus de payer porte sur une partie essentielle de ses activités commerciales. Même une dette unique n'empêche pas, si elle est importante et que le refus de payer est durable, d'admettre une suspension de paiements; tel peut être le cas lorsque le débiteur refuse de désintéresser son principal créancier (ATF 137 III 460 consid. 3.4.1; arrêts du Tribunal fédéral 5A_442/2015 du 11 septembre 2015, consid.6.1, 5A_509/2014 du 27 août 2014 consid. 4.1, 5A_439/2010 du 11 novembre 2010 consid. 4).

Le non-paiement de créances de droit public peut constituer un indice de suspension de paiements. Celle-ci peut en effet être admise lorsqu'il est établi que le débiteur a, sur une certaine durée, effectué ses paiements quasi exclusivement en faveur de ses créanciers privés et qu'il a ainsi suspendu ses paiements vis-à-vis d'une certaine catégorie de créanciers, à savoir ceux qui ne peuvent requérir la faillite par la voie ordinaire (art. 43 ch. 1 LP). Le but de la loi n'est en effet pas de permettre à un débiteur d'échapper indéfiniment à la faillite uniquement grâce à la favorisation permanente des créanciers privés au détriment de ceux de droit public (arrêts du Tribunal fédéral 5A_439/2010 du 11 novembre 2010 consid. 4 in SJ 2011 I p. 175 et les références citées; 5A_367/2008 du 11 juillet 2008 consid. 4.1 et 5P.412/1999 du 17 décembre 1999 consid. 2b in SJ 2000 I p. 250 et les références citées). La suspension des paiements ne doit pas être de nature purement temporaire, mais au contraire de durée indéterminée (ATF 137 III 460 consid. 3.4.1, traduit in SJ 2012 I 161).

Pour apprécier l'existence d'une suspension de paiements, l'autorité judiciaire supérieure doit tenir compte des faits nouveaux et statuer sur le vu de la situation financière du débiteur à l'échéance du délai de recours cantonal (ATF 139 III 491 consid. 4, 136 III 294 consid. 3, arrêt du Tribunal fédéral 5A_442/2015 du 11 septembre 2015 consid.6.1), dans la mesure rappelée ci-dessus sous consid. 1.2.

Afin de lui éviter les longues durées de la poursuite en réalisation de gage, le créancier gagiste est également légitimé à présenter la requête de l'art. 190 LP (COMETTA, op. cit., n. 3 ad art. 190 LP).

6.2 Dans le présent cas, il n'est pas contesté que l'intimée est créancière (gagiste) de la recourante. Cette dernière a pour seule activité commerciale la valorisation de la parcelle 1_____ de la commune de C_____ par une promotion immobilière. Comme l'admet la recourante, les fonds nécessaires à désintéresser les entrepreneurs qui ont exécuté des travaux proviendra du produit net des ventes futures des lots PPE. Comme retenu ci-avant, seul trois lots ont été actuellement vendus et le paiement du prix de vente de deux de ces lots est subordonné à l'achèvement des travaux, pour plus de 2'6000'000 fr., sans que la recourante n'ait

fourni d'explication quant à leur financement. Elle ne bénéficie d'ailleurs d'aucun crédit de construction.

Il ressort des pièces versées à la procédure que les entreprises ayant exécuté les travaux de construction n'ont été que partiellement payées. Nombre d'entre elles ont en effet obtenu à titre provisoire ou définitif l'inscription d'hypothèques légales sur la parcelle, pour des montants de respectivement 635'100 fr., 1'830'621 fr. 32 et 996'300 fr. Trois poursuites ont également été initiées à l'encontre de la recourante par deux entreprises, à concurrence de 2'148'257 fr. 95, 13'339 fr. 95 et 658'380 fr. 95.

Il s'ensuit que c'est à bon droit que le Tribunal a retenu que la recourante était en cessation de paiement et a prononcé la faillite.

6.3 Le recours sera par conséquent rejeté.

7. Les frais du recours seront mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

Les frais judiciaires, comprenant l'émolument relatif à la décision sur effet suspensif, seront fixés à 1'200 fr. (art. 52 let. b, 53 let. b et 61 al. 1 OELP), et partiellement compensés avec l'avance de frais fournie par la recourante, qui demeure acquise à l'Etat (art. 111 al. 1 CPC). La recourante sera dès lors condamnée à verser 450 fr. aux Services financiers du Pouvoir judiciaire.

Elle sera également condamnée à verser 2'000 fr. à l'intimée à titre de dépens, débours et TVA inclus (art. 85, 89 et 90 RTFMC; art. 25 et 26 LaCC).

8. Selon la jurisprudence, un recours formé contre une décision qui refuse ou révoque un ajournement de faillite et prononce en conséquence la faillite ne peut être formé que pour violation des droits constitutionnels (art. 98 LTF; arrêts du Tribunal fédéral 5A_867/2015 du 11 décembre 2015 consid. 2.1; 5A_488/2015 du 21 août 2015 consid. 2.1; 5A_576/2014 précité consid. 2 publié in SJ 2015 I p. 105; 5A_417/2013 précité consid. 2), en tant que le recours porte sur le refus ou la révocation de l'ajournement de faillite (cf. arrêt du Tribunal fédéral 5A_576/2014 précité consid. 2 et 3), lequel doit être considéré comme une mesure provisionnelle (arrêts du Tribunal fédéral 5A_417/2013 précité consid. 2; 5A_111/2010 du 12 janvier 2011 consid. 2.2).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre civile :**

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté le 2 mai 2016 par A_____ contre le jugement JTPI/4917/2016 rendu le _____ 2016 par le Tribunal de première instance dans la cause C/4364/2016-9 SFC.

Au fond :

Le rejette.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires à 1'200 fr., les met à la charge de A_____, compensés à hauteur de 750 fr. avec l'avance fournie, laquelle demeure acquise à l'Etat de Genève.

Condamne en conséquence A_____ à verser 450 fr. à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire.

Condamne A_____ à verser à B_____ 2'000 fr. à titre de dépens.

Siégeant :

Madame Sylvie DROIN, présidente; Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, 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.