

# **GE\_GERICHTE ACJC/1191/2022 vom 7. Oktober 2022**

GE Cour de justice, 2022-10-07, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ACJC\\_1191\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACJC_1191_2022)

FR: GE\_GERICHTE ACJC/1191/2022 du 7 octobre 2022

IT: GE\_GERICHTE ACJC/1191/2022 del 7 ottobre 2022

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

L'appel étant irrecevable dans les affaires relevant de la compétence du tribunal de la faillite ou du concordant selon la LP (art. 309 let. b ch. 7 CPC), seule la voie du recours est ouverte (art. 319 let. a CPC; art. 174 al. 1 LP; BAUER/LUGINBÜHL, in Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2021, n. 6 ad art. 293d LP). En l'espèce, les recours ont été interjetés auprès de l'autorité compétente (art. 120 al. 1 let. a LOJ), dans le délai utile de 10 jours (art. 174 al. 1 LP; art. 142 al. 1, 143 al. 1 et 321 al. 2 CPC) et selon la forme requise (art. 321 al. 1 CPC), de sorte qu'ils sont recevables.

### **E. 1.2**

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).

### **E. 1.3**

La cognition de la Cour est limitée à la violation du droit et à la constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC).

### **E. 1.4**

Par souci de simplification, les deux recours, qui sont dirigés contre le même jugement, seront traités dans le même arrêt (art. 125 CPC). A\_\_\_\_\_ sera désigné ci-après en qualité de recourant et B\_\_\_\_\_ SA comme intimée.

## **E. 2**

Le recourant produit une pièce nouvelle à l'appui de son recours.

### **E. 2.1**

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).

- 10/20 -

C/20395/2021 A teneur de l'art. 174 al. 1 2ème phrase LP, les parties peuvent faire valoir des faits nouveaux lorsque ceux-ci se sont produits avant le jugement de première instance. La loi vise ici les faits nouveaux improprement dits (faux nova ou pseudo-nova), à savoir ceux qui existaient déjà au moment de l'ouverture de la faillite et dont le premier juge n'a pas eu connaissance pour quelque raison que ce soit (arrêts du Tribunal fédéral 5A\_264/2020 du 18 juin 2020 consid. 4.1.2; 5A\_899/2014 du 5 janvier 2015 consid. 3.1 et les références citées).

### **E. 2.2**

En l'espèce, la pièce nouvelle est antérieure au jugement de première instance et constitue ainsi un faux nova, en principe admissible selon l'art. 174 al. 1 LP. Cela étant, elle a été produite à l'appui du recours du recourant, lequel porte exclusivement sur le rejet du sursis concordataire provisoire. L'art. 174 al. 1 LP ne trouve dès lors pas application, la faillite de l'intimée n'ayant pas été prononcée à la suite de ce rejet. Dans ces conditions, la pièce nouvelle est irrecevable en application de l'art. 326 al. 1 CPC, de même que les faits y relatifs.

### **E. 3**

Le recourant se plaint d'une constatation manifestement inexacte des faits en tant que le Tribunal a omis de prendre en compte de nombreux faits, valablement allégués et prouvés, relatifs au transfert de la substance de l'intimée vers E\_\_\_\_\_ SA, fait propre à modifier la décision attaquée en tant que ledit transfert a été opéré au détriment des droits des créanciers.

#### **E. 3.1**

Selon l'art. 320 let. b CPC, le recours est recevable pour constatation manifestement inexacte des faits. Le pouvoir d'examen conféré à l'instance de recours par l'art. 320 let. b CPC se recoupe avec celui du Tribunal fédéral appelé à statuer sur un recours en matière civile (Message relatif au code de procédure civile suisse (CPC), FF 2006, 6841, 6984; JEANDIN, in Commentaire romand, Code de procédure civile, 2019, n. 6 ad art. 320 CPC). En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, il n'y a arbitraire que lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables (ATF 143 IV 500 consid. 1.1; 136 III 552 consid. 4.2).

#### **E. 3.2**

En l'espèce, le Tribunal s'est contenté d'énumérer les preuves que le recourant avait offertes à l'appui de sa requête, s'agissant du transfert de substance de l'intimée vers E\_\_\_\_\_ SA, sans en reprendre précisément le contenu. Il a par ailleurs ignoré d'autres moyens de preuve pertinents produits, tels que le courrier du 6 septembre 2021 de C\_\_\_\_\_ à I\_\_\_\_\_ ou divers messages échangés sur les réseaux sociaux en lien avec le transfert de l'intimée à E\_\_\_\_\_ SA. Comme l'a dûment expliqué le recourant, ces moyens de preuve et les faits qu'ils contiennent

- 11/20 -

C/20395/2021 sont pourtant propres à démontrer le transfert à tout le moins d'une partie de l'activité de l'intimée vers E\_\_\_\_\_ SA au détriment des créanciers de celle-ci, et donc à modifier la décision attaquée, comme il sera examiné ci-après (cf. infra consid. 5.2). Si le juge n'a pas l'obligation de discuter dans le détail tous les moyens de preuve produits par les parties, comme le relève l'intimée, il ne peut en revanche ignorer les pièces qui lui sont soumises et qui sont propres à modifier l'issue du litige. Dans ces conditions, le grief d'arbitraire dans la constatation des faits doit être admis. L'état de fait ci-dessus a ainsi été complété dans la mesure utile à la résolution du litige. Dans son recours, l'intimée se prévaut quant à elle de son propre état de fait, sans soutenir, ni a fortiori démontrer, que les faits auraient été établis de manière manifestement inexacte ou incomplète par le Tribunal. Dans ces conditions, les faits qu'elle allègue dans son recours, en tant qu'ils diffèrent de

ceux établis dans le jugement entrepris, ne seront pas pris en compte dans le cadre du présent arrêt.

#### **E. 4**

L'intimée reproche au Tribunal de ne pas avoir prononcé sa faillite, en violation de l'art. 725 al. 2 CO et en faisant preuve de formalisme excessif.

##### **E. 4.1**

Selon l'art. 725 al. 2 CO, s'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société est surendettée, un bilan intermédiaire est 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 en avise le juge, à moins que des créanciers de la société n'acceptent que leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances de la société dans la mesure de cette insuffisance de l'actif. Selon l'art. 725a al. 1 1ère phrase CO, au vu d'un tel avis, le juge déclare la faillite. Pour permettre au juge de statuer sur la base de l'art. 725a CO, l'avis de surendettement que lui adresse le conseil d'administration conformément à l'art. 725 al. 2 CO doit être accompagné d'un double bilan intermédiaire établi en estimant les actifs tant à leur valeur d'exploitation qu'à leur valeur de liquidation, ainsi que d'un rapport de vérification de l'organe de révision (ACJC/524/2015 du

##### **E. 4.1.2**

Le formalisme excessif constitue un aspect particulier de déni de justice prohibé par l'art. 29 al. 1 Cst. Il est réalisé lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi, complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux (ATF 145 I 201 consid. 4.2.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_578/2021 du 26 novembre 2021 consid. 3.1).

##### **E. 4.2**

En l'espèce, l'intimée a accompagné son avis de surendettement du 25 novembre 2021 d'un bilan intermédiaire au 31 décembre 2021 (sic), lequel fait état d'un surendettement de 2'883'897 fr. 54 (actif social de 1'109'249 fr. 30 – fonds étrangers de 3'993'146 fr. 84). Ce bilan n'est toutefois pas audité et ne précise pas si les postes comptabilisés correspondent à leur valeur d'exploitation ou de liquidation. Bien que le Tribunal ait requis la production de tels comptes révisés, l'intimée n'y a pas donné suite, indiquant qu'elle ne disposait pas des liquidités nécessaires à leur établissement. Or, elle ne démontre pas ce qui précède, étant précisé que le bilan n'est pas suffisant en tant qu'il n'a pas été révisé. De plus, son manque de liquidités allégué ne l'empêche pas de recourir aux services d'un avocat dans le cadre de la présente procédure et le bilan produit fait état d'une garantie de loyer de 23'914 fr. 13, somme liquide dès lors que l'intimée affirme ne plus disposer de locaux. Son allégué selon laquelle elle n'aurait pas de liquidités n'est par conséquent pas crédible. En tout état, l'absence hypothétique de liquidités pour faire réviser les comptes de la société n'empêchait pas l'intimée de produire toute autre pièce permettant de démontrer son surendettement manifeste. En effet, le juge est habilité à prononcer la faillite de la société en l'absence des comptes révisés s'il ressort

C/20395/2021 indiscutablement d'autres pièces que la société est effectivement surendettée. A cet égard, l'intimée soutient que son surendettement massif ressortirait du bilan produit, de ses allégations selon lesquelles elle n'aurait plus aucune activité économique, plus de clients, d'employés et de locaux, ainsi que de l'attestation de son comptable, qui confirme qu'elle n'a plus d'activité économique et précise qu'aucune mesure comptable ne permettrait de rétablir les comptes de la société. Ces éléments ne suffisent toutefois pas à démontrer de manière indiscutable qu'elle est effectivement surendettée. En effet, outre le fait que le contenu des allégations de l'intimée et de l'attestation de son comptable ne ressort pas du jugement entrepris, sans qu'aucune constatation manifestement incomplète des faits n'ait été reprochée au premier juge sur ce point, le fait qu'une société n'ait plus d'activité ne signifie pas ipso facto qu'elle est surendettée. Le bilan n'est quant à lui pas révisé et les montants qui y figurent ne sont étayés par aucune pièce. Comme relevé à juste titre par le Tribunal, l'intimée n'a en particulier pas produit les contrats de prêts des actionnaires, dont les montants sont contestés et constituent l'essentiel des dettes de la société, sans que l'intimée ne formule la moindre critique sur ce point. Elle n'a pas non plus produit de document attestant que le logiciel de la société n'aurait aucune valeur. S'il est vrai que les frais de développement d'un logiciel constituent des coûts au niveau comptable, cela ne signifie pas que ledit logiciel développé par l'intimée n'a aucune valeur commerciale. Contrairement à ce que soutient l'intimée, si ce logiciel était évalué à 1'000'000 fr., la société ne continuerait pas nécessairement à être massivement surendettée, dès lors que le montant des dettes d'actionnaires – qui cause le surendettement – est contesté et n'a pas été démontré. L'intimée soutient par ailleurs que la créance de 1'085'335 fr. 17, qui constitue le seul actif d'importance de la société, ne serait pas recouvrable, de sorte que la société ne disposerait en réalité d'aucun actif réalisable. Outre le fait que l'intimée ne démontre pas ce qui précède, ce fait ne ressort pas du jugement entrepris, sans qu'elle ne se prévale d'une constatation manifestement incomplète des faits sur ce point. Il ne saurait dès lors être pris en compte. Enfin et contrairement à ce que soutient l'intimée, il n'est pas déterminant que les seuls créanciers de la société soient ses actionnaires et que le maintien de celle-ci en vie n'assure la protection d'aucun tiers. Cela ne change en effet rien au fait que le surendettement n'a pas été suffisamment démontré en l'espèce. De plus, l'exigence d'accompagner l'avis de surendettement de comptes révisés aux valeurs d'exploitation et de liquidation tend plutôt à éviter que sous le couvert d'un surendettement en réalité inexistant, le conseil d'administration ne puisse obtenir la faillite de la société (c'est-à-dire sa dissolution) en contrevenant au principe fondamental selon lequel la compétence de décider la dissolution d'une société anonyme appartient exclusivement à l'assemblée générale des actionnaires.

- 14/20 -

C/20395/2021 L'intimée n'ayant pas produit les documents idoines avec son avis de surendettement, ni d'autres pièces permettant de retenir de manière indiscutable qu'elle était effectivement surendettée, le Tribunal était fondé à rejeter son avis de surendettement. Aucun formalisme excessif ne peut lui être reproché à cet égard, dès lors que l'intimée n'a apporté aucun élément permettant de passer outre l'exigence légale du bilan révisé aux valeurs d'exploitation et de liquidation. Partant, le chiffre 1 du dispositif du jugement entrepris sera confirmé. 5. Le recourant reproche enfin au Tribunal de lui avoir nié la qualité de solliciter la faillite sans poursuite préalable de l'intimée et, partant, de requérir un sursis concordataire provisoire. 5.1 Selon l'art. 293 LP, la procédure concordataire est introduite par la requête du débiteur (let. a) ou d'un créancier habilité à requérir la faillite (let. b), y

compris la faillite sans poursuite préalable au sens de l'art. 190 LP (Message du 8 septembre 2010 relatif à une modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (droit de l'assainissement), FF 2010 5871, p. 5895). Selon l'art. 190 al. 1 LP, le créancier peut requérir la faillite sans poursuite préalable si le débiteur n'a pas de résidence connue, s'il a pris la fuite dans l'intention de se soustraire à ses engagements, s'il a commis ou tenté de commettre des actes en fraude des droits de ses créanciers ou cédé ses biens dans le cours d'une poursuite par voie de saisie dirigée contre lui (ch. 1) ou si le débiteur sujet à la poursuite par voie de faillite a suspendu ses paiements (ch. 2). Le troisième cas vise la situation dans laquelle le prétendu débiteur a commis, ou tenté de commettre, des actes qui portent atteinte à sa solvabilité en diminuant son patrimoine, qui sont propres à rendre plus difficile le recouvrement des créances de tous les créanciers ou de certains d'entre eux; il faut encore qu'il ait commis, ou tenté de commettre ces actes dans l'intention de porter préjudice à l'ensemble de ses créanciers ou à quelques-uns d'entre eux. Il n'est pas nécessaire que les actes frauduleux commis, ou tentés, soient pénalement répréhensibles. Il suffit que le requérant rende vraisemblable l'intention frauduleuse de son débiteur, la preuve indiciale étant recevable (SJ 1959 p. 20), et il n'a pas besoin de rendre vraisemblable qu'il était personnellement visé ou lésé dans ses intérêts par les actes qu'il impute au prétendu débiteur (GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, articles 159-270, 2001, n. 18 ad art. 190 LP et les références citées). Il n'est pas exclu de déclarer en faillite sans poursuite préalable une personne morale dont l'organe a accompli des actes qui portent atteinte à sa solvabilité ou qui sont propres à rendre plus difficile le recouvrement des créances (GILLIÉRON, op. cit., n. 20 ad art. 190 LP). Une "vraisemblance qualifiée" est requise par une partie de la doctrine pour prouver la cause de la faillite sans poursuite préalable (sur cette distinction: arrêt

- 15/20 -

C/20395/2021 5P.365/1997 du 2 février 1998 consid. 3b; arrêt du Tribunal de cassation du canton de Zurich du 17 septembre 1985, in: BIZR 84/1985 n° 133; BRUNNER/BOLLER, in Basler Kommentar, SchKG II, 2e éd., 2010, n° 29 ad art. 190 LP; FRITZSCHE/WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, vol. II, 3e éd., 1993, § 38 n° 22; VOCK/MÜLLER, SchKG- Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2012, p. 231 ch. 11; en faveur d'une preuve stricte: COMETTA, in Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, n° 2 et 8 ad art. 190 LP; en faveur d'une simple vraisemblance: ATF 78 I 117 consid. 6) (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_117/2012 du 12 juillet 2012 consid 3.2.2). La preuve requise, même dans les limites de la procédure sommaire, peut résulter par exemple dans les hypothèses de: ventes à prix de faveur; donations; compensations favorables à la contrepartie; défaut d'opposition à des commandements de payer portant sur des créances discutables et de toute manière inexigibles; disposition du patrimoine en faveur de son épouse et ses enfants au détriment de ses créanciers et des créanciers sociaux (COMETTA, op. cit., n. 8 ad art. 190 LP et la référence citée). La requête du débiteur doit faire état de sa situation économique et financière de façon suffisamment détaillée pour permettre au juge du concordat d'évaluer sommairement les perspectives d'assainissement ou d'homologation d'un concordat. A cette fin le débiteur doit joindre à sa requête un bilan à jour, un compte de résultats et un plan de trésorerie, ou d'autres documents présentant l'état actuel et futur du patrimoine et des revenus, ainsi qu'un plan d'assainissement sommaire. La requête du créancier ne doit en revanche pas être accompagnée des documents exigés pour la requête formée par le

débiteur. Le créancier n'est généralement pas en mesure de produire ces documents; le juge en demandera la production au débiteur si nécessaire (STOFFEL/CHABLOZ, Voies d'exécution, Poursuite pour dettes, exécution de jugements et faillite en droit suisse, 3ème éd., 2016, p. 412 et 413). 5.2 En l'espèce, le Tribunal a retenu que le recourant n'était pas en mesure de requérir la faillite immédiate de l'intimée, faute d'avoir apporté des éléments suffisants pour démontrer l'intention frauduleuse de la société. Il convient ainsi d'examiner si les pièces produites permettent de démontrer suffisamment que la substance de l'intimée aurait été transférée à E\_\_\_\_\_ SA, comme le soutient le recourant. A cet égard, est litigieuse la question du degré de la preuve qui doit être apportée s'agissant de la cause de la faillite sans poursuite préalable. La doctrine est partagée à ce sujet entre la preuve stricte, la vraisemblance qualifiée et la simple vraisemblance. Le Tribunal fédéral a retenu qu'il n'était pas arbitraire d'admettre un degré de preuve limité à la simple vraisemblance. La question du degré de la

- 16/20 -

C/20395/2021 preuve peut toutefois demeurer indécise en l'état, dès lors que le recourant a suffisamment démontré en l'espèce, au-delà de la simple vraisemblance admise par le Tribunal fédéral, que l'intimée a transféré à tout le moins une partie de son activité à E\_\_\_\_\_ SA au détriment de ses propres créanciers. En effet, C\_\_\_\_\_, dernier administrateur de l'intimée, a annoncé la création de la société E\_\_\_\_\_ SA en indiquant que celle-ci continuerait exactement la "vision" de l'intimée. Il n'est certes pas précisé de quelle "vision" il s'agit. Cela étant, le titre de la vidéo dans laquelle cette annonce a été faite contient le terme "pivot", ce qui traduit le basculement à tout le moins d'une partie de l'activité de l'intimée vers la nouvelle société. Par ailleurs, une ancienne employée de l'intimée, qui travaille désormais en qualité de community manager de E\_\_\_\_\_ SA, a publié des messages sur divers groupes, confirmant que tout le travail effectué auparavant au sein de l'intimée était transféré dans la nouvelle société, dont seul le nom avait changé mais non les fondamentaux, et qu'il lui avait été demandé de supprimer tout ce qui permettait d'indiquer que E\_\_\_\_\_ SA et l'intimée étaient la même société. Contrairement à ce que soutient l'intimée, le fait que cette employée ne soit pas juriste, ni impliquée dans la structure organisationnelle de la société, et n'ait pas de connaissance informatique ne suffit pas à décrédibiliser ses propos, celle-ci devant nécessairement avoir un minimum de connaissances de l'activité de la société afin de communiquer au sujet de celle-ci sur les réseaux sociaux. C\_\_\_\_\_ a par ailleurs lui-même demandé, sur un groupe de discussions entre employés de l'intimée, à ce que tout soit changé de l'intimée à E\_\_\_\_\_ SA, sans que l'intimée n'explique ses propos, celle-ci se prononçant à la place sur une autre pièce de la procédure. Deux rapports d'audit ont de plus été rendus presque à l'identique pour les deux sociétés, le rapport relatif à E\_\_\_\_\_ SA contenant des références à l'intimée au niveau des dossiers audités. C\_\_\_\_\_ a enfin sollicité d'un consultant de l'intimée qu'il poursuive son activité pour E\_\_\_\_\_ SA, en lui indiquant que cette dernière continuerait le travail qu'il avait effectué avec l'intimée, et que son rôle et son travail demeureraient inchangés, ce qui tend à démontrer également la poursuite de l'activité de l'intimée par E\_\_\_\_\_ SA. Il n'est en revanche pas suffisamment établi que E\_\_\_\_\_ SA utiliserait sans droit les logiciels développés par l'intimée. En effet et malgré la concordance temporelle, le fait que l'intimée développait une application mobile ainsi qu'une application web et que E\_\_\_\_\_ SA a développé une application web "beta" ne suffit pas à rendre vraisemblable que ces applications seraient les mêmes, ni qu'un code source de l'intimée protégé par des droits de

propriété intellectuelle et donc

- 17/20 -

C/20395/2021 non "open source" aurait été utilisé par E\_\_\_\_\_ SA. Ce qui précède est précisément contredit par les attestations des architectes informatiques, qui affirment qu'aucune technologie de l'intimée n'est passée à E\_\_\_\_\_ SA. Le seul fait que la présentation de la "beta web app" de E\_\_\_\_\_ SA soit intervenue avant qu'elle soit inscrite au registre du commerce ne démontre en rien que cette application aurait été dérobée à l'intimée. Par ailleurs, si le recourant a produit une archive du site internet de l'intimée évoquant un jeton "J\_\_\_\_\_" qu'elle aurait développé, il ne ressort pas de l'extrait du site internet de E\_\_\_\_\_ SA produit que ce jeton serait désormais promu par cette dernière. Le fait que le transfert de logiciels n'ait pas été suffisamment démontré n'est toutefois pas déterminant, dès lors que les éléments qui précèdent suffisent à démontrer, au-delà de la vraisemblance, qu'à tout le moins une partie de l'activité de l'intimée a été transférée à E\_\_\_\_\_ SA, l'intimée n'ayant du reste fourni aucune explication convaincante au sujet des éléments exposés ci-dessus. Le fait que la nouvelle société ne soit pas active dans l'affacturage comme l'intimée ne saurait changer ce constat. Le transfert de l'activité de l'intimée est propre à léser les droits de ses créanciers, dès lors que ladite activité aurait dû lui bénéficier et, a fortiori, ses créanciers, soit par la poursuite de celle-ci ou par la revente de la société à un tiers lorsque son activité lui était encore propre et avait ainsi encore une certaine valeur. Ce transfert d'activité ayant été opéré sciemment par l'intimée, par le biais de son dernier administrateur, l'intention frauduleuse a bien été suffisamment démontrée, contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal. Le recourant est donc en mesure de requérir la faillite de l'intimée sans poursuite préalable, ce qui lui permet de solliciter un sursis concordataire conformément à l'art. 293 let. b LP. La motivation superfétatoire du Tribunal selon laquelle le recourant n'a fourni aucun élément concret permettant de considérer qu'un concordat puisse être envisageable ne permet pas de renoncer au sursis concordataire provisoire en l'espèce. En effet, si la loi impose au débiteur qui requiert un sursis provisoire de fournir les éléments permettant d'examiner les perspectives d'assainissement ou d'homologation d'un concordat, une telle exigence n'existe pas lorsque le sursis provisoire est requis par un créancier (cf. art. 293 let. a et b LP). Le juge peut dans ce cas solliciter la production de tels éléments du débiteur. En l'occurrence, la débitrice n'a pas produit les comptes audités requis par le Tribunal ni aucun élément permettant de démontrer la réelle situation financière de la société et a fortiori de retenir qu'aucune perspective d'assainissement ne serait envisageable. Le perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat n'apparaît en tout état pas manifestement exclue, les principaux créanciers de l'intimée étant ses actionnaires, dont un a notamment déclaré être disposé à modifier l'exigibilité de sa créance et à participer à une augmentation du capital-actions. Au vu de ce qui précède, il n'y a pas lieu de renoncer au prononcé d'un sursis provisoire.

- 18/20 -

C/20395/2021 Les chiffres 2 et 5 du dispositif du jugement entrepris seront par conséquent annulés. Afin de respecter le principe du double degré de juridiction - s'agissant des éléments qui pourront faire l'objet d'un recours (soit notamment la personne du commissaire ou l'avance de frais pour la couverture de ses honoraires, cf. art. 293d a contrario LP; ATF 141 III 188 consid. 4.3 et 4.4) - et de conserver une certaine unité dans la décision fixant les modalités du sursis provisoire ainsi qu'une concordance de temps entre le moment où ledit sursis est octroyé et le commissaire désigné, la cause sera renvoyée au Tribunal afin qu'il

statue sur ces questions ainsi que sur les conclusions du recourant y relatives. 6. 6.1 Au vu du renvoi, le Tribunal statuera à nouveau sur les frais judiciaires et dépens de première instance relatifs à la procédure concordataire, les frais relatifs à l'avis de surendettement et leur répartition étant quant à eux conformes aux dispositions légales et, partant, confirmés. Le recourant obtient gain de cause sur le principe de l'octroi du sursis concordataire provisoire. Les frais judiciaires de son recours, arrêtés à 1'500 fr. (art. 54 et 61 al. 1 OELP), seront donc mis à la charge de l'intimée, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC), et compensés avec l'avance fournie, qui reste acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC). L'intimée sera par conséquent condamnée à verser 1'500 fr. au recourant à titre de remboursement de l'avance de frais (art. 111 al. 2 CPC). L'intimée sera également condamnée à verser au recourant la somme de 2'000 fr. à titre de dépens de recours (art. 95 al. 3 CPC ; art. 84, 85, 89 et 90 RTFMC; art. 20 al. 1, 23 al. 1 LaCC), débours compris mais sans la TVA, le recourant étant domicilié à l'étranger (ATF 141 IV 344 consid. 4.1; art. 25 et 26 LaCC). 6.2 L'intimée, qui succombe sur son recours (art. 106 al. 1 CPC), sera condamnée aux frais y relatifs, arrêtés à 300 fr. (art. 48 al. 1 et 61 al. 1 OELP) et compensés avec l'avance fournie, qui reste acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC). L'intimée sera condamnée à verser au recourant la somme de 1'800 fr. à titre de dépens de recours (art. 95 al. 3 CPC ; art. 84, 85, 89 et 90 RTFMC; art. 20 al. 1, 23 al. 1 LaCC), débours compris mais sans la TVA, le recourant étant domicilié à l'étranger (ATF 141 IV 344 consid. 4.1; art. 25 et 26 LaCC). \* \* \*

- 19/20 -

C/20395/2021 PAR CES MOTIFS, La Chambre civile : A la forme : Déclare recevables le recours interjetés par A\_\_\_\_\_ le 14 avril 2022 et par B\_\_\_\_\_ SA le 11 avril 2022 contre le jugement rendu le 30 mars 2022 par le Tribunal de première instance dans la cause C/20395/2021-5. Au fond : Annule les chiffres 2, 3 et 4 - en tant qu'ils concernent les frais relatifs à la procédure concordataire - ainsi que 5 du dispositif de ce jugement. Renvoie la cause au Tribunal de première instance pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Confirme le jugement entrepris pour le surplus. Déboute les parties de toute autre conclusion. Sur les frais : Arrête les frais judiciaires des recours à 1'800 fr., les met à la charge de B\_\_\_\_\_ SA et les compense entièrement avec les avances fournies par A\_\_\_\_\_ en 1'500 fr. et par B\_\_\_\_\_ SA en 300 fr., lesquelles demeurent acquises à l'Etat de Genève. Condamne B\_\_\_\_\_ SA à verser à A\_\_\_\_\_ la somme de 1'500 fr. à titre de remboursement des frais judiciaires de recours. Condamne B\_\_\_\_\_ SA à verser à A\_\_\_\_\_ la somme de 3'800 fr. à titre de dépens des recours.

Siégeant : Madame Pauline ERARD, présidente; Madame Sylvie DROIN et Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, juges; Madame Marie-Pierre GROSJEAN greffière.

Indication des voies de recours :

- 20/20 -

C/20395/2021

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.

## E. 8

mai 2015 consid. 2.1; ACJC/227/2004 du 26 février 2004 consid. 3a et les références citées; PETER/CAVADINI, in Commentaire romand, Code des obligations II, 2017, n. 45 ad art. 725 CO et n. 6 ad art. 725a CO). 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 analyse, 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. 2b; ACJC/524/2015 précité consid. 2.1.1; PETER/CAVADINI, op. cit., n. 41 ad. art. 725 CO). Il importe en effet d'éviter que, sous le couvert d'un

- 12/20 -

C/20395/2021 surendettement en réalité inexistant, le conseil d'administration ne puisse obtenir la faillite de la société (c'est-à-dire sa dissolution) en contrevenant au principe fondamental selon lequel la compétence de décider la dissolution d'une société anonyme appartient exclusivement à l'assemblée générale des actionnaires (ACJC/524/2015 précité consid. 2.1.1; ACJC/227/2004 précité consid. 3a; PETER/CAVADINI, op. cit., n. 45 ad. art. 725 CO). Cela étant et afin de protéger les droits des créanciers sociaux, des éventuels créanciers futurs et ceux du public, en évitant qu'une société surendettée ne poursuive ses activités en contractant de nouvelles dettes jusqu'à l'épuisement complet de ses actifs, les autorités judiciaires acceptent d'entrer en matière en présence d'un avis de surendettement, même non accompagné d'un bilan intermédiaire révisé, pour autant qu'il résulte, de manière indiscutable, d'autres pièces ou d'autres moyens de preuve que la société est effectivement surendettée (ACJC/524/2015 précité consid. 2.1.1 et les références citées; ACJC/227/2004 précité consid. 3a; PETER/CAVADINI, op. cit., n. 45 ad. art. 725 CO).

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