



POUVOIR JUDICIAIRE

C/20395/2021

ACJC/115/2024

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU LUNDI 29 JANVIER 2024

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____, Grande-Bretagne, recourant contre un jugement rendu par la 26^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 5 septembre 2023, représenté par Me Grégoire TRIBOLET, avocat, SCHELLENBERG WITTMER SA, rue des Alpes 15bis, 1211 Genève 11,

et

B_____ **SA**, p. n. Monsieur **C**_____, _____ [GE], intimée.

Le présent arrêt est communiqué aux parties, ainsi qu'à l'Office des faillites, à l'Office des poursuites, au Registre Foncier et au Registre du commerce, par plis recommandés du 1^{er} février 2024, de même que le dispositif au commissaire le même jour.

EN FAIT

A. Par jugement JTPI/10014/2023 du 5 septembre 2023, reçu le 8 septembre 2023 par A_____, le Tribunal de première instance a refusé de prolonger au 6 octobre 2023 le sursis concordataire provisoire octroyé à B_____ SA selon jugements JTPI/1997/2023 du 8 février 2023, JTPI/4016/2023 du 29 mars 2023 et JTPI/6577/2023 du 5 juin 2023 (chiffre 1 du dispositif), prononcé la faillite de la précitée à la date du jugement (ch. 2), arrêté les frais de Me D_____ à 2'513 fr. 30 pour son activité déployée en qualité de commissaire au sursis provisoire entre le 2 juin et le 5 septembre 2023, ordonné aux Services financiers du Pouvoir judiciaire de verser à ce dernier, en règlement de ses notes de frais et honoraires des 7 juillet et 31 août 2023, 2'500 fr. par prélèvement sur la provision de même montant versée par A_____ le 16 juin 2023, condamné ce dernier et B_____ SA à payer, conjointement et solidairement, 13 fr. 30 à Me D_____ à titre de solde des notes de frais et honoraires précitées et condamné B_____ SA à rembourser à A_____ 1'256 fr. 65 correspondant à la moitié desdits frais et honoraires (ch. 3), relevé Me D_____ de sa mission de commissaire au sursis (ch. 4), ordonné la publication des chiffres 1, 2 et 4 de ce dispositif dans la FAO et la FO SC, aux frais de B_____ SA (ch. 5), et condamné celle-ci à verser aux Services financiers du Pouvoir judiciaire, les frais de publication et les émoluments y afférents (ch. 6).

Le Tribunal a arrêté les frais judiciaires à 1'000 fr., mis à la charge de A_____ et compensés avec les avances fournies (ch. 7), dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 8) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 9).

B. a. Par acte expédié le 18 septembre 2023 au greffe de la Cour de justice, A_____ a formé recours contre ce jugement, sollicitant son annulation. Cela fait, il a conclu à l'octroi d'un sursis concordataire définitif de quatre mois à B_____ SA, subsidiairement d'un sursis provisoire d'un mois, à la nomination de Me D_____ en qualité de commissaire au sursis, ou toute autre personne capable d'assumer cette fonction, à la publication du sursis, à ce que la Cour dise que les pouvoirs de gestion et d'administration de C_____ en tant que membre unique et président du conseil d'administration de B_____ SA sont révoqués avec effet immédiat, ordonne la publication et l'inscription au Registre du commerce de cette révocation, attribue au commissaire au sursis, en plus des tâches lui incombant de par la loi, le pouvoir de convoquer une assemblée générale extraordinaire et fixe l'avance de frais à charge de B_____ SA couvrant les impenses du commissaire, sous suite de frais judiciaires et dépens.

Il a produit des pièces figurant déjà au dossier, ainsi qu'une pièce nouvelle, soit un extrait du Registre des poursuites de B_____ SA au 15 septembre 2023 (pièce n° 9).

Préalablement, A_____ a requis la suspension de l'effet exécutoire attaché au jugement entrepris, ce qui a été accordé par décision de la Cour du 6 octobre 2023.

b. Me D_____ s'en est rapporté à justice s'agissant de l'octroi d'un sursis définitif ou provisoire, précisant toutefois que les chances de succès d'une procédure concordataire étaient "assez faibles".

Il a produit une note de frais et honoraires pour son activité de commissaire entre le 4 et le 29 septembre 2023 s'élevant à 2'152 fr. 60.

c. Dans ses déterminations spontanées du 5 octobre 2023, A_____ a persisté dans ses conclusions et produit des pièces nouvelles, soit une demande d'accord de B_____ SA avec l'Administration fédérale des contributions du 26 mars 2021 (annexe n° 1) et un contrat intitulé "*Certificate of deposit subscription agreement*" conclu entre la société précitée et un tiers le 5 septembre 2020 (n° 2).

d. Dans ses déterminations spontanées du 27 octobre 2023, A_____ a persisté dans ses conclusions et produit une pièce nouvelle, soit une ordonnance du 27 août 2023 du Tribunal des mesures de contrainte refusant la mise en détention provisoire de C_____ et prononçant des mesures de substitution, notamment l'interdiction faite à ce dernier de contacter A_____, ainsi que les employés, dirigeants, clients et actionnaires et B_____ SA ou de reprendre un emploi dans le domaine de la finance ou de la comptabilité sans l'accord préalable du Ministère public (annexe n° 1).

e. B_____ SA ne s'est pas déterminée.

f. Par avis du greffe de la Cour du 30 novembre 2023, les parties ont été informées de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les faits pertinents suivants ressortent de la procédure:

a. Le _____ 2019, C_____ et A_____ ont fondé à Genève B_____ SA (ci-après également: la société) ayant pour but le développement de logiciels et le rachat de créances de sociétés tierces.

Lors de sa constitution, C_____ et A_____ étaient seuls actionnaires de la société, à raison de 50% chacun, et administrateurs avec signature individuelle.

Son capital-actions s'élève à 100'000 fr., composé de 10'000'000 actions nominatives liées de 0 fr. 01 chacune.

b. A teneur des statuts de la société, la durée de fonction des administrateurs est d'un an et prend fin lors de l'assemblée générale ordinaire qui suit l'expiration de leur mandat (art. 20).

Aucune assemblée générale n'a été tenue depuis la constitution de B_____ SA.

A_____ a démissionné de son poste d'administrateur et sa radiation a été inscrite au Registre du commerce le 23 août 2021.

c. E_____ SA était l'organe de révision de la société depuis sa création jusqu'à sa radiation du Registre du commerce le 11 février 2022.

d. Depuis la création de la société, A_____ a octroyé plusieurs prêts à celle-ci dont les montants sont contestés.

e. Par courrier du 21 septembre 2021, B_____ SA a informé A_____ de ce que ses dettes étaient supérieures à ses actifs, de sorte qu'elle devait aviser le juge de sa situation de surendettement. Elle lui demandait dès lors s'il lui était envisageable de postposer ses créances pour éviter la faillite.

A_____ a répondu être ouvert au dialogue, notamment s'agissant d'une nouvelle injection de fonds et/ou une postposition de ses créances pour autant que ses intérêts soient pris en considération. Il a sollicité la convocation immédiate d'une assemblée générale extraordinaire afin de clarifier la situation financière de la société, en vain.

f. Le _____ 2021, C_____ a fondé à Genève F_____ SA qui a pour but de "développer une activité dans le secteur des technologies financières par le développement, la mise en œuvre et la promotion faisant usage de technologies basées sur internet, notamment des technologies de la chaîne de blocs, la fourniture d'un accès pour les utilisateurs à un portefeuille de devises et à une carte de débit, et la fourniture et la facilitation de l'accès pour les utilisateurs à la technologie basée sur internet, y compris la chaîne de blocs".

g. Par requête du 22 octobre 2021, A_____ a notamment sollicité du Tribunal l'octroi d'un sursis concordataire provisoire de deux mois à B_____ SA, une prolongation de ce sursis devant être réservée, la nomination de Me D_____, avocat, en qualité de commissaire au sursis, la publication du sursis, la révocation des pouvoirs de gestion et d'administration de C_____ en tant que membre unique et président du conseil d'administration avec effet immédiat, l'attribution au commissaire au sursis, en plus des tâches lui incombant de par la loi, des pouvoirs de gestion et d'administration du conseil d'administration de la société, pendant toute la durée du sursis, la publication et l'inscription au Registre du commerce de cette révocation et attribution, à ce que le Tribunal instruisse le commissaire de déterminer en priorité si des avoirs appartenant à B_____ SA ou ses activités commerciales avaient été transférés à F_____ SA, au détriment des intérêts des créanciers de B_____ SA, prenne toutes les mesures conservatoires et judiciaires appropriées à cet égard, charge le commissaire au sursis de clarifier la situation financière de la société, de faire établir des états financiers au

31 décembre 2020 et des états financiers intermédiaires aux valeurs de continuation et de liquidation, fixe l'avance de frais à charge de B_____ SA qui couvrirait les impenses du commissaire et condamne celle-ci à tous les frais de la procédure, y compris les honoraires de ce dernier.

A_____ a notamment allégué avoir de sérieuses raisons de craindre que B_____ SA ait procédé à des transferts d'actifs vers F_____ SA. Il était disposé à consentir à la modification de l'exigibilité du montant de sa créance envers B_____ SA et à participer à une augmentation de son capital-actions, ce pour autant qu'une assemblée générale soit convoquée afin de voter sur la composition du conseil d'administration. Il a fait état de l'intérêt d'une société tierce à investir dans B_____ SA.

h. Le 25 novembre 2021, C_____, en qualité d'administrateur président, a déposé par-devant le Tribunal un avis de surendettement de B_____ SA, accompagné de comptes non révisés au 31 décembre 2021. Cette procédure a été enregistrée sous n° C/23187/2021.

Il ressort des comptes susvisés que les actifs de la société totalisaient 1'109'249 fr. 30, dont 23'914 fr. 13 de liquidités (montant de la garantie bancaire relative au loyer) et 1'085'335 fr. 17 de créances à court terme, tandis que les fonds de tiers (exclusivement des créances d'actionnaires) s'élevaient à 3'993'146 fr. 84.

i. Le Tribunal a ordonné la jonction de cette cause à la présente procédure.

j. Dans ses déterminations du 30 novembre 2021 et lors de l'audience du Tribunal du 13 janvier 2022, B_____ SA a contesté toute fuite d'actifs vers F_____ SA et s'est opposée à la requête de sursis concordataire provisoire, au motif notamment qu'aucune solution d'assainissement sérieuse n'était proposée par A_____. Elle a persisté à requérir sa faillite pour cause de surendettement.

k. Par jugement JTPI/4065/2022 du 30 mars 2022, le Tribunal a notamment rejeté l'avis de surendettement de la société formé le 25 novembre 2021 par C_____, ainsi que la requête de sursis concordataire déposée par A_____ le 22 octobre 2021.

Par arrêt ACJC/1191/2022 du 30 août 2022, la Cour a annulé le jugement susvisé en tant qu'il rejetait la requête de sursis concordataire et renvoyé la cause au Tribunal pour nouvelle décision, au motif notamment qu'une perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat n'apparaissait, en l'état, pas manifestement exclue, les principaux créanciers de la société étant ses actionnaires, dont l'un avait déclaré être disposé à modifier l'exigibilité de sa créance et à participer à une augmentation du capital-actions.

l. Dans ses déterminations du 19 décembre 2022, A_____ a actualisé ses conclusions en ce sens que le commissaire au sursis devait faire établir des états financiers au 31 décembre 2021. Il a confirmé être ouvert au dialogue s'agissant d'une éventuelle injection de nouveaux fonds et/ou postposition de ses créances, pour autant que ses intérêts soient pris en considération.

Dans ses déterminations du 19 décembre 2022, B_____ SA a conclu au prononcé de sa faillite, au motif qu'elle n'avait plus aucune activité économique et qu'il n'existait aucune perspective d'assainissement. Elle a produit un rapport de E_____ SA du 14 décembre 2022, aux termes duquel son surendettement était manifeste, conformément au bilan intermédiaire arrêté au 31 octobre 2022 et établi aux valeurs d'exploitation et de liquidation. Il ressortait de ce bilan que ses actifs, composés d'une garantie de loyer de 24'000 fr. et de débiteurs pour 976'801 fr. 65, s'élevaient à 1'000'801 fr. 65, alors que les fonds de tiers totalisaient 4'181'662 fr. 77, dont 4'061'742 fr. 77 de créances actionnaires.

m. Par courrier du 23 janvier 2023, E_____ SA a indiqué au Tribunal avoir été informée le 18 janvier 2023 de l'existence d'une éventuelle prétention de B_____ SA envers F_____ SA. A sa connaissance, aucune créance à cet égard n'avait été comptabilisée dans les comptes de la société au 31 octobre 2022, de sorte que cela pouvait modifier son rapport susvisé.

n. Par courrier du 26 janvier 2023, A_____ a contesté l'exactitude des comptes révisés de la société et du rapport de E_____ SA.

o. Lors de l'audience du Tribunal du 2 février 2023, A_____ a persisté dans ses conclusions.

B_____ SA a, préalablement, sollicité l'octroi d'un délai pour produire un nouveau bilan révisé et a conclu, au fond, au prononcé de sa faillite. Subsidiairement, elle a conclu à ce que la mission du commissaire soit limitée à déterminer les perspectives d'assainissement et d'homologation d'un concordat, s'en est rapportée à justice sur la durée du sursis et le nom du commissaire et s'est opposée à ce que le Tribunal ordonne la publication du sursis, au motif que ses principaux créanciers étaient ses actionnaires.

A_____ s'est opposé à ce qu'un délai soit octroyé à la société pour produire de nouveaux états financiers révisés.

p. Par jugement JTPI/1997/2023 du 8 février 2023, le Tribunal a accordé à B_____ SA un sursis provisoire jusqu'au 2 avril 2023 et désigné comme commissaire au sursis Me D_____, dont la mission était notamment de déterminer et analyser de façon approfondie les perspectives d'assainissement ou d'homologation d'un concordat et de faire établir, aux frais de la société et par un

réviseur agréé, un bilan et comptes de pertes et profits intermédiaires révisés établis aux valeurs de continuation et de liquidation.

Le commissaire devait également veiller à ce que l'éventuelle prétention de B_____ SA envers F_____ SA soit chiffrée. En revanche, il ne pouvait pas se voir confier les pouvoirs de gestion et d'administration du conseil d'administration de la société, dès lors qu'il ne pouvait pas être neutre et indépendant dans la procédure de sursis et en même temps organe exécutif de la sursitaire. Le Tribunal a également estimé qu'il n'était pas nécessaire de prévoir la convocation d'une assemblée générale, afin de nommer les membres du conseil d'administration et un organe de révision, puisqu'il appartenait en premier lieu de déterminer, dans le sursis octroyé, si B_____ SA était viable financièrement au moyen de mesures d'assainissement qui devaient être, cas échéant, proposées et validées par le commissaire.

q. Dans ses rapports des 23 et 27 mars 2023, le commissaire a sollicité une prolongation du sursis concordataire provisoire de deux mois, au motif notamment que le réviseur agréé, G_____ SA, venait d'être mandaté pour réviser les comptes de la société.

r. Par jugement JTPI/4016/2023 du 29 mars 2023, le Tribunal a octroyé à B_____ SA une prolongation du sursis provisoire au 2 juin 2023 et reconduit Me D_____ en sa qualité de commissaire.

s. Dans son rapport du 26 mai 2023, le commissaire a préavisé la fin de la procédure concordataire et la mise en faillite de B_____ SA. Celle-ci était surendettée et un assainissement était impossible, même si les actionnaires postposaient intégralement leur créance. Seule une augmentation de capital sous forme d'injection de liquidités permettrait un assainissement.

t. Lors de l'audience du Tribunal du 1^{er} juin 2023, le conseil de A_____ a déclaré que récemment des pourparlers étaient en cours avec C_____ afin d'assainir B_____ SA et d'éviter le prononcé de sa faillite. L'objectif était d'obtenir une postposition totale des créances actionnaires, ainsi que le versement d'un montant à définir, permettant à la société de faire face à ses obligations envers ses créanciers tiers, qui s'élevaient à environ 200'000 fr. à teneur du rapport du commissaire et de ses annexes. Il a ainsi sollicité une prolongation du sursis jusqu'au 31 août 2023, afin de permettre aux négociations de se poursuivre et de se finaliser.

C_____ a confirmé avoir entamé des discussions sérieuses avec A_____ afin d'éviter la faillite de la société.

Le commissaire a déclaré qu'une prolongation au 31 août 2023 ne péjorerait pas la situation des créanciers, B_____ SA n'ayant plus d'activité et donc plus de

charges courantes, à l'exception des loyers dus jusqu'au 31 décembre 2023, date à laquelle prenait effet la résiliation du bail à loyer. Par ailleurs, si des fonds pouvaient être injectés dans la société afin que les créanciers tiers soient payés, ceux-ci se trouveraient dans une meilleure situation que si la faillite était prononcée immédiatement.

u. Par jugement JTPI/6577/2023 du 5 juin 2023, le Tribunal a octroyé à B_____ SA une nouvelle prolongation du sursis provisoire au 4 septembre 2023 et reconduit Me D_____ en sa qualité de commissaire.

Le Tribunal a relevé qu'il ressortait du rapport de G_____ SA du 15 mai 2023, annexé au rapport du commissaire du 26 mai 2023, qu'au 30 avril 2023, B_____ SA se trouvait en situation de surendettement tant aux valeurs de continuation que de liquidation. En effet, selon le bilan révisé au 30 avril 2023, les actifs arrêtés à 54'373 fr. 95 ne couvraient plus les fonds de tiers arrêtés à 2'730'391 fr. 36, ce qui générait un surendettement de 2'676'017 fr. Lesdits actifs se composaient de la garantie loyer de 24'000 fr. et d'une créance contre la société américaine H_____ de 30'369 fr. 95, alors que lesdits fonds de tiers se composaient de passifs transitoires (108'160 fr. de loyers jusqu'au 31 décembre 2023, 120'000 fr. compte tenu des poursuites et actes de défaut de biens), de créances actionnaires (711'410 fr. 05 en faveur de A_____ et 2'018'981 fr. 30 en faveur de C_____; montants contestés). Toutefois, compte tenu des pourparlers en cours et des déclarations du commissaire à l'audience du 1^{er} juin 2023, la perspective d'assainissement de la société n'était pas totalement exclue à ce stade.

Le Tribunal a condamné A_____ et B_____ SA, soit pour elle C_____, à verser divers montants au Tribunal (2'500 fr. chacun à titre d'avance pour la couverture des frais et honoraires du commissaire et 500 fr. chacun à titre d'avance de frais judiciaires), respectivement directement en mains du commissaire (2'000 fr. chacun à titre de solde de sa note de frais et honoraires du 25 mai 2023) et à G_____ SA (2'917 fr. 05 chacun à titre de solde de sa facture du 25 mai 2023), leur attention ayant été attirée sur le fait qu'à défaut de paiement, le sursis provisoire serait révoqué.

v. A_____ s'est acquitté seul de l'entier des montants susvisés en date des 16 juin, 24 juillet et 5 septembre 2023, vu l'absence de paiement de la part de B_____ SA dans le délai imparti.

w. Par courrier du 28 août 2023, le commissaire a indiqué au Tribunal n'avoir reçu aucune proposition de concordat, malgré la possible solution transactionnelle évoquée lors de l'audience du 1^{er} juin 2023. Il se référait pour le surplus à son rapport du 26 mai 2023. Un nouveau report de l'échéance du sursis provisoire ne lui semblait toutefois pas problématique, les locaux de B_____ SA ayant été restitués et un tel report ne générant aucun dommage supplémentaire, à l'exception

du cours des intérêts moratoires dus aux créanciers, dont les principaux étaient A_____ et C_____. Le commissaire a également rappelé l'échéance prochaine du délai légal maximum pour l'homologation d'un concordat, indiquant douter du fait qu'un concordat puisse être finalisé à temps.

x. Par courrier du 29 août 2023, A_____ a informé le Tribunal de ce que C_____ avait été placé en détention provisoire le 25 août 2023 suite à une plainte pénale qu'il avait déposée. Il a sollicité notamment la prolongation du sursis provisoire au 6 octobre 2023.

y. Lors de l'audience du Tribunal du 31 août 2023, A_____ a persisté dans sa demande de prolongation du sursis provisoire. L'injection de fonds dans B_____ SA devait passer soit par une augmentation de capital, soit par un prêt à la société. La solution choisie devait être formalisée et pour ce faire, il fallait nommer un nouvel administrateur. Lui-même ou un investisseur avec lequel il était en contact seraient en mesure de payer les créances de tiers, estimées à 200'000 fr., mais ils n'accepteraient de le faire qu'à la condition que les pouvoirs de C_____ soient radiés.

Le commissaire a déclaré qu'une augmentation de capital n'était pas possible au vu du délai à respecter, lequel prenait fin au plus tard le 6 octobre 2023, et que la seule solution envisageable afin de respecter ce délai était que A_____ accepte de mettre à disposition de B_____ SA une somme servant à désintéresser tous les créanciers, à l'exception de C_____. Le commissaire a également rappelé la problématique de l'acceptation du concordat par les créanciers, précisant qu'aucun appel aux créanciers n'avait pas été effectué et que la voix de C_____ était prépondérante. A l'époque, ce dernier avait "laissé la porte ouverte" à la possibilité d'un concordat. Le Tribunal devait l'autoriser à convoquer une assemblée générale et à révoquer les pouvoirs de C_____, afin de pouvoir aller de l'avant avec un projet de concordat et la nomination d'un nouvel administrateur.

B_____ SA n'était pas présente ni représentée.

A l'issue de l'audience, le Tribunal a gardé la cause à juger.

- D.** Dans le jugement entrepris, le Tribunal a considéré qu'il n'existait aucune perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat dans les délais légaux, de sorte que la faillite immédiate de B_____ SA devait être prononcée.

En effet, les discussions entamées entre les parties et évoquées à l'audience du 1^{er} juin 2023 n'avaient pas évolué et C_____ était désormais en détention provisoire, compliquant ainsi celles-ci. Aucune proposition de concordat n'avait été soumise au commissaire et aucune démarche n'avait été entreprise en ce sens, en particulier les créances de A_____ et C_____ n'avaient pas été postposées. A_____ n'avait, en outre, pas rendu vraisemblable qu'il disposait de liquidités

permettant de couvrir les créances de tiers ou qu'un tiers aurait l'intention d'investir dans la société. A cet égard, A_____ et C_____ avaient déclaré devoir trouver des fonds pour payer les dettes de B_____ SA, laissant ainsi comprendre qu'ils ne disposaient pas des fonds nécessaires. En tous les cas, même si A_____ avait les moyens de s'acquitter desdites dettes, il avait indiqué ne pas vouloir investir dans la société tant que les pouvoirs de C_____ n'avaient pas été radiés.

Par ailleurs, l'homologation d'un concordat ne pouvait intervenir que lorsqu'une majorité qualifiée des créanciers l'acceptait. C_____ disposait d'une créance actionnaire de 2'018'981 fr. 30 (montant contesté), de sorte que sa voix était prépondérante. Ce dernier semblait toutefois se désintéresser de la procédure, dès lors qu'il n'avait pas, pour le compte de B_____ SA, payé les montants dus selon le jugement JTPI/6577/2023 du 5 juin 2023.

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. 295c al. 1 LP).

1.2 Formé selon la forme et dans le délai prévus par la loi (art. 174 al. 1 LP; art. 321 al. 1 et 2 CPC), le recours est recevable.

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. Le recourant a produit des pièces nouvelles devant la Cour.

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).

L'art. 174 al. 1 LP - applicable à la faillite sans poursuite préalable par renvoi de l'art. 194 al. 1 LP - prévoit que les parties peuvent faire valoir des faits nouveaux, lorsque ceux-ci se sont produits avant le jugement de première instance. Cette disposition spéciale de la loi, au sens de l'art. 326 al. 2 CPC, vise 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. Ces faits peuvent être invoqués sans restriction et prouvés par pièces, pour autant qu'ils le soient dans le délai de recours.

Aux termes de l'art. 174 al. 2 LP, le failli peut aussi invoquer de vrais *nova*, à savoir les faits, intervenus après l'ouverture de la faillite en première instance, qui sont énumérés aux chiffres 1 à 3. Selon la jurisprudence, ces vrais *nova* doivent également être produits avant l'expiration du délai de recours. En vertu de la lettre claire de l'art. 174 al. 2 LP, aucun autre *novum* n'est admissible. Partant, dans le cadre d'un recours contre un prononcé de faillite sans poursuite préalable, seuls les pseudo-*nova* sont en principe recevables, les hypothèses énumérées exhaustivement à l'art. 174 al. 2 ch. 1-3 LP étant étrangères à ce type de procédure. Il n'est ainsi pas possible d'invoquer, dans le délai de recours, que l'état de surendettement a été éliminé, qu'un nouvel organe de révision est arrivé à la conclusion qu'il n'y a pas de surendettement ou encore qu'une postposition de créance nouvellement consentie rend superflu l'avis au juge (arrêts du Tribunal fédéral 5A_252/2020 du 18 juin 2020 consid. 4.1.2 et 5A_243/2019 du 17 mai 2019 consid. 3.1, in SJ 2019 I p. 376).

3.2 En l'occurrence, conformément à ce qui précède, la pièce nouvelle n° 9 produite par le recourant est irrecevable, celle-ci constituant un vrai *novum*. En revanche, les autres pièces nouvelles produites constituent toutes de faux *nova*, de sorte qu'elles sont recevables, ainsi que les faits y afférents.

- 4.** Invoquant des griefs de constatation arbitraire des faits, de violation de son droit d'être entendu et de violation du droit, le recourant reproche au Tribunal d'avoir procédé à des extrapolations insoutenables et tenu compte de faits non pertinents pour retenir qu'il n'existait aucune perspective d'assainissement de la société et d'homologation d'un concordat.

4.1.1 Le juge du concordat accorde sans délai un sursis provisoire, prolongeable mais dont la durée totale ne peut pas dépasser quatre mois, et arrête d'office les mesures propres à préserver le patrimoine du débiteur. Il prononce en revanche d'office la faillite s'il n'existe manifestement aucune perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat (art. 293a al. 1 et 3 LP), étant rappelé que tout concordat implique une renonciation partielle des créanciers à leurs créances (art. 314 al. 1 et 2, 317 et 318 LP) et que, par conséquent, l'homologation du concordat ne peut intervenir que lorsqu'une majorité qualifiée des créanciers accepte le projet de concordat qui leur est soumis (art. 305 LP).

L'absence manifeste de toute perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat constitue donc à la fois la cause du refus du sursis provisoire et celle de la faillite; mis à part le cas où il estime que la requête de sursis provisoire doit être rejetée parce que prématurée ou abusive, le juge n'a pas d'autre alternative à l'octroi de ce sursis que le prononcé de la faillite et il n'a pas à examiner d'autres conditions à cette fin (ATF 142 III 364 consid, 2.3).

La durée du sursis provisoire ne peut dépasser quatre mois. Lorsque la situation se justifie, le sursis provisoire peut, sur requête du commissaire ou, si aucun commissaire n'est désigné, du débiteur, être prolongé de quatre mois au plus (art. 293a al. 2 LP).

A teneur de l'art. 294 LP, si, durant le sursis provisoire, des perspectives d'assainissement ou d'homologation d'un concordat apparaissent, le juge du concordat octroie définitivement un sursis de quatre à six mois; il statue d'office avant l'expiration du sursis provisoire (al. 1). Le juge cite le débiteur et, le cas échéant, le créancier requérant à comparaître à une audience préliminaire. Le commissaire provisoire fait rapport oralement ou par écrit. Le juge peut entendre d'autres créanciers (al. 2). Le juge prononce d'office la faillite s'il n'existe aucune perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat (al. 3).

Pour que le sursis définitif soit accordé, la perspective d'un assainissement sans conclusion d'un concordat suffit. Le défaut de perspective n'a pas besoin d'être manifeste. Est déterminante l'existence de chances réalistes d'assainissement ou de concordat (arrêts du Tribunal fédéral 5A_495/2016 du 11 novembre 2016 consid. 3.1 et 5A_950/2015 du 29 septembre 2016 consid. 8.3.1). Lors de l'assainissement, tous les créanciers doivent être totalement satisfaits, à moins que des solutions individuelles puissent être trouvées (arrêt du Tribunal fédéral 5A_495/2016 précité consid. 3.1).

4.1.2 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).

4.1.3 Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., comprend notamment le droit pour l'intéressé de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1; 139 II 489 consid. 3.3). Le juge est cependant autorisé à effectuer une appréciation anticipée des preuves déjà disponibles et, s'il peut admettre de façon exempte d'arbitraire qu'une preuve supplémentaire offerte par une partie serait impropre à ébranler sa conviction, refuser d'administrer cette preuve (ATF 138 III 374 consid. 4.3.2; 136 I 229 consid. 5.3). Il n'en va pas différemment lorsque, comme ici (art. 255 let. a CPC), le procès est soumis à la maxime inquisitoire. Dite maxime n'oblige au demeurant pas le tribunal à étendre la procédure probatoire et à administrer tous les moyens de preuve envisageables (arrêt du Tribunal fédéral 5A_681/2016 du 24 novembre 2016 consid. 3.1.3).

4.2 En l'espèce, seul est remis en cause le refus du Tribunal d'accorder un sursis concordataire, tel que requis par le recourant. Faisant suite à la requête de sursis concordataire provisoire du 22 octobre 2021, le Tribunal a accordé celui-ci par jugement JTPI/1997/2023 du 8 février 2023, puis l'a prolongé à deux reprises par jugements JTPI/4016/2023 du 29 mars 2023 et JTPI/6577/2023 du 5 juin 2023. Dans le jugement entrepris, le Tribunal a refusé une nouvelle prolongation du sursis, considérant, à juste titre et sans arbitraire, qu'il n'existait aucune perspective d'assainissement de la société ou d'homologation d'un concordat.

En effet, en date du 21 septembre 2021, soit depuis près de deux ans et demi, les parties évoquaient déjà la possibilité de postposer les créances actionnaires pour éviter la faillite de l'intimée, ce qui n'a toujours pas été effectué à ce jour. Dans son rapport du 26 mai 2023, le commissaire indiquait que seule une injection de fonds dans la société permettrait un assainissement de celle-ci ou l'homologation d'un concordat, afin de rembourser les créanciers tiers, dont le montant total des créances a été estimé à environ 200'000 fr., ce qui n'est pas remis en cause. Or, en l'état, aucune injection de fonds dans la société ne s'est produite, ce qui n'est pas contesté.

Certes, lors de l'audience du 1^{er} juin 2023, les parties ont évoqué des pourparlers afin d'éviter la faillite de la société, rappelant les possibilités de postponement des créances actionnaires et de remboursement des créanciers tiers. Le 28 août 2023, soit près de trois mois plus tard, le commissaire a toutefois indiqué au Tribunal n'avoir reçu aucune proposition de concordat de la part des parties. Le premier juge était ainsi fondé à retenir que les discussions sur lesdites possibilités n'avaient pas abouti et ce sans "extrapolation", comme soutenu par le recourant. En tous les cas, par ordonnance du Tribunal des mesures de contrainte du 27 août 2023, il a été fait interdiction à C_____ de contacter, sous quelque forme que ce soit, le recourant, ainsi que tous dirigeants ou actionnaires de l'intimée, rendant ainsi d'éventuels pourparlers ultérieurs impossibles. Les chances de trouver un accord entre les parties, qui n'est toujours pas intervenu depuis le dépôt de la requête en octobre 2021, soit depuis près de deux ans et demi, doivent donc être considérées comme inexistantes, ce qui suffit à sceller le sort du litige.

Par ailleurs, le Tribunal était également fondé à retenir que l'intimée se désintéressait de la procédure et prendre en compte cet élément dans son appréciation. En effet, dans le cadre de celle-ci, l'intimée a principalement conclu au prononcé de sa faillite en décembre 2022, au motif qu'il n'existait aucune perspective d'assainissement, et également en février 2023. Elle a, à l'audience du 1^{er} juin 2023, confirmé l'existence de discussions sérieuses avec le recourant pour éviter sa faillite, lesquelles n'ont abouti à aucune solution d'assainissement ou proposition de concordat. Par la suite, l'intimée ne s'est plus exprimée dans la procédure que ce soit en première ou deuxième instance. Le recourant ne saurait donc valablement soulever un grief de violation du droit d'être entendu en

soutenant que le premier juge aurait dû entendre l'intimée, soit pour elle C_____, sur les perspectives d'homologation d'un concordat. En outre, l'intimée ne s'est acquittée d'aucun des montants dus en vertu du jugement JTPI/6577/2023 du 5 juin 2023, ce qui n'est pas contesté, et le recourant a effectué le dernier paiement à ce titre en date du 5 septembre 2023, soit après que la cause avait été gardée à juger par le premier juge. Or, dans le jugement précité, le Tribunal avait attiré l'attention des parties sur le fait qu'à défaut de paiement, le sursis provisoire serait révoqué.

Dans le cadre de son recours, le recourant propose de verser 25'000 fr., voire 30'000 fr., afin de rembourser les créanciers tiers, ce qui avantagerait, selon lui, ces derniers à l'inverse du prononcé de la faillite de l'intimée, compte tenu des actifs inexistants de celle-ci. Or, les créances de tiers totalisent 200'000 fr., soit un montant bien supérieur à celui proposé, de sorte que celui-ci est insuffisant pour désintéresser les créanciers tiers. Le commissaire a également relevé devant la Cour qu'un versement de l'ordre de 25'000 fr., pour solde de tout compte, ne permettait pas de conclure qu'une procédure concordataire serait plus avantageuse qu'une faillite pour les créanciers tiers, compte tenu notamment de la créance de l'intimée à l'encontre de la société américaine H_____, ainsi que des éventuelles prétentions à faire valoir contre F_____ SA. Par ailleurs, le recourant ne rend pas vraisemblable qu'une telle proposition de versement aurait été soumise aux créanciers concernés ni que ces derniers l'accepteraient ou encore que des solutions individuelles pouvaient être trouvées.

Compte tenu de l'ensemble de ce qui précède, il n'existe pas de perspectives d'assainissement sérieuses ou d'homologation d'un concordat justifiant l'octroi d'un sursis définitif - requis pour la première fois devant la Cour, de sorte que cette conclusion semble irrecevable (art. 326 al. 1 CPC) - ou provisoire.

Infondé, le recours sera par conséquent rejeté.

Compte tenu de ce qui précède, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres griefs du recourant, en particulier ceux ayant trait à la révocation des pouvoirs de C_____.

5. Lorsque l'effet suspensif octroyé par l'autorité de recours porte également sur la suspension des effets juridiques de l'ouverture de la faillite, et non seulement sur le caractère exécutoire du jugement de faillite, et que l'autorité rejette en fin de compte le recours contre la faillite, le moment de l'ouverture de la faillite est différé à la date du prononcé de l'arrêt de seconde instance. L'autorité doit par conséquent fixer à nouveau ce moment (arrêt du Tribunal fédéral 5A_92/2016 du 17 mars 2016 consid. 1.3.2.1).

La faillite de l'intimée sera dès lors confirmée, avec effet à la date du prononcé du présent arrêt.

6. Les chiffres 3 à 6 du dispositif du jugement entrepris concernant la rémunération du commissaire au sursis provisoire et les publications dans la FAO et FOSC ne font pas l'objet de griefs de la part du recourant, de sorte que le recours n'est pas recevable sur ces points.
7. Les frais judiciaires du recours, comprenant l'émolument de décision sur effet suspensif, seront arrêtés à 1'700 fr. (art. 52 et 61 OELP, 26 RTFMC), mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC), et compensés avec l'avance de frais de même montant versée par lui, qui reste acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC).

Il n'y a pas lieu à l'allocation de dépens de recours, l'intimée ne s'étant pas déterminée.

S'agissant des frais du commissaire (art. 55 al. 1 et 3 OELP), Me D_____ a facturé son activité pour la période du 4 au 29 septembre 2023 à 2'152 fr. 60. Les parties seront donc condamnées, solidairement entre elles, à lui verser cette somme.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté le 18 septembre 2023 par A_____ contre le jugement JTPI/10014/2023 rendu le 5 septembre 2023 par le Tribunal de première instance dans la cause C/20395/2021-26 SFC.

Au fond :

Rejette ce recours.

Confirme le jugement entrepris, la faillite de B_____ SA prenant effet le 29 janvier 2024 à 12 heures.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires du recours à l'700 fr., les met à la charge de A_____ et les compense entièrement avec l'avance fournie, qui reste acquise à l'Etat de Genève.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens de recours.

Condamne A_____ et B_____ SA, solidairement entre eux, à verser à Me D_____ 2'152 fr. 60 pour son activité de commissaire entre le 4 et 29 septembre 2023.

Siégeant :

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

La Présidente :

Pauline ERARD

La greffière :

Marie-Pierre GROSJEAN

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.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF indifférente (art. 74 al. 2 let. d LTF).