REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/20963/2021 **ACJC/413/2022**

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MERCREDI 23 MARS 2022

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____, Grande-Bretagne, recourant contre un jugement rendu par la 5ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 24 janvier 2022, comparant par Me Grégoire TRIBOLET, avocat, Schellenberg Wittmer SA, rue des Alpes 15bis, 1211 Genève 11, en l'Étude duquel il fait élection de domicile,

et

1) Monsieur B_____, domicilié _____ [GE], intimé, comparant par Me Damien MENUT, avocat, Menut Winiger Revelo Avocats, rue des Glacis-de-Rive 23, 1207 Genève, en l'Étude duquel il fait élection de domicile,

2) C_____ SA, sise _____ [GE], autre intimée, comparant par Me Guillaume BRAIDI, avocat, Poncet, Turrettini Avocats, rue de Hesse 8, case postale, 1211 Genève 4, en l'Etude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties, par plis recommandés du 24 mars 2022.

EN FAIT

A. Par jugement JTPI/777/2022 du 24 janvier 2022, le Tribunal de première instance, statuant par voie de procédure sommaire, considérant qu'il n'existait aucune situation de blocage au sein du conseil d'administration, a rejeté les requêtes formées les 2 et 3 novembre 2021 par A_____ visant à prendre les mesures nécessaires pour pallier la carence dans l'organisation de C_____ SA (ch. 1 du dispositif), a arrêté les frais judiciaires à 2'200 fr., compensés avec les avances fournies, mis à la charge du précité (ch. 2), a condamné A_____ à verser des dépens arrêtés à 2'000 fr. à C_____ SA et à B_____ (ch. 3) et a débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 4).

Dans ses considérants, le Tribunal a retenu que dans la mesure où les requêtes précitées étaient rejetées, il n'y avait pas lieu de statuer sur les mesures provisionnelles requises.

B. **a.** Par acte expédié le 7 février 2022 à la Cour de justice, A_____ a formé appel de ce jugement, sollicitant son annulation. Il a conclu, sous suite de frais et dépens, à ce que la Cour, principalement, nomme D_____ en qualité de commissaire de C_____ SA, ordonne la publication et l'inscription au Registre du commerce des pouvoirs du commissaire et fixe une avance de frais visant à couvrir les impenses de celui-ci, et, subsidiairement, renvoie la cause au Tribunal pour nouvelle décision.

b. Par écritures du 22 février 2022, C_____ SA a requis la suspension de la procédure jusqu'à droit jugé dans la cause C/1_____/2021 pendante devant le Tribunal. Elle a produit une pièce, soit une ordonnance rendue par le Tribunal le 9 février 2022 dans la cause précitée.

c. Le 23 février 2022, A_____ a adressé à la Cour une écriture sur faits nouveaux, alléguant que depuis le 16 février 2022, C_____ SA ne disposait plus d'organe de révision. Il a produit de nouvelles pièces.

d. Invité à se déterminer sur la requête de suspension de la procédure formée par C_____ SA, A_____ s'y est opposé le 7 mars 2022.

e. Le 9 mars 2022, C_____ SA a avisé la Cour de ce que le Tribunal avait rendu une ordonnance le 7 mars 2022 dans la cause C/1_____/2021, déclarant garder la cause à juger dans un délai de 15 jours suivant la notification de celle-ci sur l'"entier du litige", qu'elle a jointe à son écriture.

f. Par courrier du 10 mars 2022, B_____ s'est rapporté à justice s'agissant de la suspension de la procédure.

g. Les parties ont été avisées par plis du greffe du 14 mars 2022 de ce que la cause était gardée à juger sur requête de suspension.

C. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

a. Le 17 septembre 2019, B_____ et A_____ ont fondé à Genève la société C_____ SA, dont le but est le développement de logiciels et le rachat de créances de sociétés tierces.

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

b. Le capital social de C_____ SA, de 100'000 fr., est composé de 10'000'000 actions nominatives liées de 0 fr. 01.

c. Selon les statuts de la société, la cession des actions s'opère par voie d'endossement et est subordonnée à l'approbation du Conseil d'administration (art. 6); la société tient un registre des actionnaires (art. 6.2).

d. Le 29 novembre 2020, C_____ SA a annoncé sur internet (site E_____) qu'elle entendait faire coter ses actions sous forme de "jetons", sur les plateformes "F_____" et "G_____", respectivement le 30 novembre (750'000 jetons) et le 2 décembre 2020 (500'000 jetons).

e. Les actions de C_____ SA ont été représentées par un jeton appelé I_____. Parallèlement, a été créé un second jeton, appelé H_____, en tout temps échangeable avec le I_____ et utilisable dans la finance décentralisée dans la blockchain J_____.

f. Depuis la création de la société, A_____ a octroyé plusieurs prêts à la société, dont les montants sont contestés par cette dernière.

g. A_____ a démissionné de son poste d'administrateur de la société. Il a allégué avoir communiqué cette information à B_____ le 14 juin 2021, ce que C_____ SA a contesté. Sa radiation a été inscrite au Registre du commerce le _____ 2021.

h. Dans la nuit du 16 au 17 septembre 2021, une vente massive de H_____ a été opérée. Le 17 septembre 2021, à partir de midi, les ventes se sont également enchaînées, vidant le "pool" de sa liquidité et conduisant le jeton qui valait encore 20 dollars la veille à moins de 40 centimes en fin d'après-midi.

i. Par courrier du 21 septembre 2021, C_____ SA a annoncé à A_____ que ses dettes seraient supérieures à ses actifs et qu'elle allait devoir informer le juge de sa

situation de surendettement. Elle lui demandait dès lors s'il était envisageable de postposer ses créances pour éviter la faillite de la société.

Elle lui a par ailleurs reproché d'avoir procédé à de ventes non autorisées de H_____ dans la nuit du 16 au 17 septembre 2021.

j. Par courrier du 30 septembre 2021, A_____ a demandé à C_____ SA la convocation immédiate d'une assemblée générale extraordinaire "dans le but de clarifier la situation financière de la société", sans succès.

k. Le _____ 2021, le magazine K_____ a publié un article sur C_____ SA intitulé "C_____, _____"".

L'article comprend le passage suivant : "_____."

L'article relate, sans autre précision, qu'un des fondateurs de C_____ SA conteste avoir procédé à la vente de ses propres jetons pendant la nuit du 16 au 17 septembre 2021 et qu'il déplore le manœuvre de l'équipe dirigeante de la société du 17 septembre 2021 qui a abouti à "migrer de force les actionnaires vers L_____, la nouvelle plateforme de l'autre fondateur". L'article expose à ce sujet que l'équipe de C_____ SA a "promis aux actionnaires un airdrop, c'est-à-dire de distribuer 10 jetons L_____ pour une action C_____ ce qui représenterait une valeur équivalente."

l. Le 13 octobre 2021, B_____ a fondé à Genève la société L_____ SA qui a pour but social 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 (sans limitation) des technologies de la chaîne de blocs, la fourniture d'un accès pour les utilisateurs à un portefeuille de devise 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.

Lors de sa constitution, B_____ était seul actionnaire et seul administrateur de L_____ SA.

m. Par courrier du 15 octobre 2021, C_____ SA a annoncé à A_____ qu'un bilan intermédiaire était en cours d'élaboration et qu'elle envisageait le dépôt d'un avis de surendettement au juge.

n. Le 22 octobre 2021, A_____ a saisi le Tribunal d'une requête en sursis concordataire, visant notamment la nomination d'un commissaire au sursis provisoire. Cette procédure a été enregistrée sous référence C/1_____/2021.

o. Le 25 novembre 2021, C_____ SA, soit pour elle B_____, a déposé un avis de surendettement (cause C/2_____/2021). Cette procédure a été jointe le

25 janvier 2022 à la procédure C/1_____/2021 sous cette dernière référence, par ordonnance ORTPI/77/2022.

p. Parallèlement, par requêtes des 2 et 3 novembre 2021, objets de la présente procédure, A_____ a informé le Tribunal que la société C_____ SA présenterait des carences dans l'organisation impérativement prescrite par la loi et a sollicité du Tribunal qu'il prenne l'une des mesures prévues par l'art. 731b al. 1 CO, à savoir qu'il nomme un commissaire en la personne de D_____ ou toute autre personne capable d'assumer cette fonction.

Le rôle du commissaire serait de faire valoir les droits de C_____ SA contre L_____ SA et/ou B_____.

A_____ s'est prévalu de sa qualité d'actionnaire et de créancier ainsi que d'un conflit d'intérêts entre C_____ SA et B_____, du fait de l'implication de celui-ci dans la société L_____ SA. Il lui a en particulier fait grief de ne pas avoir convoqué une assemblée générale de C_____ SA, d'avoir utilisé de manière indue, dans le cadre de L_____ SA, un logiciel développé par C_____ SA, d'avoir débauché d'anciens collaborateurs de C_____ SA et d'avoir proposé aux investisseurs de C_____ SA de les dédommager par la fourniture de jetons gratuits dans L_____ SA.

Cette requête a été assortie des requêtes en mesures superprovisionnelles et provisionnelles.

q. Sur mesures superprovisionnelles et provisionnelles, la procédure a été enregistrée sous référence C/3_____/2021 et celle sur le fond sous référence C/20963/2021.

Ces deux procédures ont été jointes sous référence C/20963/2021 par ordonnance du 6 décembre 2021.

Par ordonnance du 2 novembre 2021, le Tribunal a rejeté la requête sur mesures superprovisionnelles, notamment faute d'urgence.

r. Dans leurs déterminations sur mesures provisionnelles des 3, respectivement 13 décembre 2021, C_____ SA et B_____ ont conclu au déboutement de leur partie adverse.

C_____ SA a contesté toute carence dans la mesure où B_____ était toujours administrateur de la société.

Elle a par ailleurs contesté l'existence d'un conflit d'intérêt entre C_____ SA et L_____ SA, respectivement B_____, les deux sociétés n'ayant aucun lien commercial et L_____ SA ne développant aucune activité d'affacturage, activité unique de C_____ SA. Elle a en outre contesté que L_____ SA avait violé la

propriété intellectuelle de C_____ SA, les ressources utilisées par les deux sociétés étant disponibles en "open source". Enfin, s'agissant du personnel de C_____ SA, elle a soutenu qu'en faisant appel à lui, L_____ SA avait en réalité amélioré sa situation, lui permettant de réduire ses charges salariales.

B_____ a également contesté l'existence de tout conflit d'intérêts, les sociétés C_____ SA et L_____ SA poursuivant des activités radicalement différentes (rachat de factures pour la première et service de paiement mobile pour la seconde).

En tout état, il a sollicité, si l'existence d'un conflit d'intérêts devait être retenue, que soit octroyé à la société un délai afin de désigner elle-même un commissaire.

s. Le 13 janvier 2022, A_____ a déposé des nouvelles déterminations écrites, accompagnées de nouvelles pièces.

Lors de l'audience du Tribunal du 13 janvier 2022, les parties ont persisté dans leurs précédentes conclusions.

C_____ SA a en outre conclu à l'irrecevabilité des pièces versées le 13 janvier 2022. B_____ s'en est rapporté à justice sur ce point.

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

EN DROIT

1. **1.1** Selon l'art. 308 al. 1 let. b CPC, l'appel est recevable contre les décisions finales et incidentes de première instance, dans les causes dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions de première instance, est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC).

La valeur litigieuse de la présente cause, qui correspond à la valeur du capital social (arrêt du Tribunal fédéral 4A_106/2010 du 22 juin 2010 consid. 6, non publié aux ATF 136 III 369; 4A_315/2010 du 19 août 2010 consid. 2), est supérieure à 10'000 fr., de sorte que la voie de l'appel est ouverte.

1.2 Interjeté dans la forme (art. 311 al. 1 CPC) et selon le délai (art. 314 al. 1 CPC) prescrits par la loi, l'appel est recevable.

1.3 La Cour revoit le fond du litige avec un plein pouvoir d'examen en fait et en droit (art. 310 CPC) et applique le droit d'office (art. 57 CPC). Conformément à l'art. 311 al. 1 CPC, elle le fait cependant uniquement sur les points du jugement que l'appelant estime entachés d'erreurs et qui ont fait l'objet d'une motivation suffisante - et, partant, recevable -, pour violation du droit (art. 310 let. a CPC) ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 let. b CPC). Hormis les cas de vices manifestes, elle doit en principe se limiter à statuer sur les critiques formulées

dans la motivation écrite contre la décision de première instance (ATF 142 III 413 consid. 2.2.4; arrêt du Tribunal fédéral 5A_111/2016 du 6 septembre 2016 consid. 5.3).

1.4 Comme indiqué ci-dessus, l'action fondée sur l'art. 731b CO est soumise à la maxime d'office, le juge n'étant pas lié par les conclusions des parties (ATF 138 III 407 consid. 2.3; 138 III 294 consid. 3.1.3). La procédure sommaire s'applique (art. 250 let. c ch. 6 et 11 CPC; ATF 138 III 166 consid. 3.9).

1.5 A_____ sera désigné ci-après comme l'appelant, B_____ comme l'intimé et C_____ SA comme l'intimée.

2. L'intimée et l'appelant ont formé de nouveaux allégués et produit des pièces nouvelles.

2.1 Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuve nouveaux ne sont pris en considération en appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient pas être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de diligence (let. b).

2.2 En l'espèce, les faits et moyens de preuve nouveaux sont postérieurs à la date à laquelle le Tribunal a gardé la cause à juger, de sorte qu'ils sont recevables.

3. L'intimée sollicite la suspension de la présente procédure jusqu'à droit jugé dans la cause C/1_____/2021 pendante devant le Tribunal.

3.1 Selon l'art. 126 al. 1 CPC, le tribunal peut ordonner la suspension de la procédure si des motifs d'opportunité le commandent; la procédure peut notamment être suspendue lorsque la décision dépend du sort d'un autre procès (HALDY, in Commentaire romand, Code de procédure civile, 2ème éd. 2019, n. 8 ad art. 126 CPC).

La suspension doit répondre à un besoin réel et être fondée sur des motifs objectifs dès lors qu'elle contrevient à l'exigence de célérité de la procédure, imposée par les art. 29 al. 1 Cst. et 124 al. 1 CPC. Elle ne saurait être ordonnée à la légère, les parties ayant un droit à ce que les causes pendantes soient traitées dans des délais raisonnables. Elle ne peut être ordonnée qu'exceptionnellement et l'exigence de célérité l'emporte en cas de doute (ATF 135 III 127 consid. 3.4; 119 II 386 consid. 1b; arrêt du Tribunal fédéral 5A_218/2013 du 17 avril 2013 consid. 3.1; FREI, in Berner Kommentar, 2012, n. 1 ad art. 126 CPC; STAEHELIN, in Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, 3ème éd. 2016, n. 4 ad art. 126 CPC).

En outre, les procès urgents ne devraient pas être suspendus, notamment ceux soumis à la procédure sommaire (AFFENTRANGER, in Schweizerische

Zivilprozessordnung (ZPO), Stämpfli Handkommentar SHK, 2010, n. 1 ad art. 126 CPC).

Une suspension dans l'attente de l'issue d'un autre procès peut se justifier en cas de procès connexes, même s'il n'est pas nécessaire que l'objet du litige ou les parties soient les mêmes. Il s'agit en effet d'éviter des décisions contradictoires ou incohérentes (FREI, op. cit., n. 3 ad art. 126 CPC). En outre, la seconde procédure, dont l'issue sera déterminante pour le sort de la procédure suspendue, doit être déjà bien avancée faute de quoi, en règle générale, la suspension ne sera pas compatible avec l'exigence de célérité (FREI, op. cit., n. 5 ad art. 126 CPC).

La suspension devra être admise en particulier lorsqu'il se justifie d'attendre la décision d'une autre autorité, ce qui permettrait de trancher une question décisive (ATF 119 II 386 consid. 1b; arrêt du Tribunal fédéral 5A_218/2013 du 17 avril 2013 consid. 3). Il n'est pas nécessaire que les deux actions soient identiques et opposent les mêmes parties; il suffit qu'il y ait entre elles un lien de connexité (BORNATICO, Basler Kommentar ZPO, 2ème éd. 2016, n. 11 ad art. 126 CPC).

3.2 L'art. 192 LP prévoit que la faillite est prononcée d'office sans poursuite préalable dans les cas prévus par la loi, soit en particulier les art. 725 et 725a CO (arrêt du Tribunal fédéral 5A_269/2010 du 3 septembre 2010 consid. 3).

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; arrêt du Tribunal fédéral 5A_867/2015 du 11 décembre 2015 consid. 5.1.1 et les références).

Selon l'art. 173a al. 1 et 2 LP, le tribunal peut ajourner le jugement de faillite, sur requête du débiteur sollicitant un sursis concordataire ou même d'office, lorsqu'un concordat paraît possible.

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. Sur la base d'un examen sommaire, le juge doit donc poser un pronostic à propos des chances de succès d'un concordat (arrêt du Tribunal fédéral 5A_111/2010 du 12 janvier 2011 consid. 2.2 et références).

Cet ajournement de la faillite ne déploie toutefois ses effets que pendant la durée correspondant au temps nécessaire au juge pour rendre sa décision sur le sursis concordataire (arrêt du Tribunal fédéral 5A_111/2010 précité consid. 2.2).

Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu d'ajourner la faillite lorsqu'il apparaît d'emblée que le sursis concordataire doit être refusé.

3.3 En l'espèce, l'intimée requiert la suspension de la présente procédure jusqu'à droit connu sur la procédure C/1_____/2021 relative tant à l'avis de surendettement qu'au sursis concordataire provisoire. Cette procédure sera, à teneur de l'ordonnance rendue par le Tribunal le 7 mars 2022, gardée à juger le 24 mars prochain.

Le jugement à rendre par le Tribunal aura une incidence directe sur la présente procédure. En effet, si le juge de la faillite retient que l'intimée est surendettée, et qu'aucun sursis concordataire provisoire ne peut être accordé, il prononcera sa faillite, de sorte que la présente affaire deviendra sans objet. Il se justifie en conséquence de suspendre cette procédure, jusqu'à droit jugé définitif dans la cause C/1_____/2021.

La procédure sera reprise à la requête de la partie la plus diligente.

4. Il sera statué sur les frais relatifs à la présente décision dans l'arrêt au fond (art. 104 al. 3 CPC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 7 février 2022 par A_____ contre le jugement JTPI/777/2022 rendu le 24 janvier 2022 par le Tribunal de première instance dans la cause C/20963/2021–5 SFC.

Statuant sur demande de suspension :

Ordonne la suspension de la présente procédure jusqu'à droit jugé définitif dans la cause C/1_____/2021.

Dit que la procédure sera reprise à la requête de la partie la plus diligente.

Dit qu'il sera statué sur les frais de la présente décision dans l'arrêt au fond.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, présidente; Madame Sylvie DROIN et Monsieur Ivo BUETTI, juges; Madame Marie-Pierre GROSJEAN, greffière.

La présidente :	La greffière :
Nathalie LANDRY-BARTHE	Marie-Pierre GROSJEAN

Indication des voies de recours :

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière civile; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110). Il connaît également des recours constitutionnels subsidiaires; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 113 à 119 et 90 ss LTF. Dans les deux cas, le recours motivé doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué. L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.