

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/17439/2015

ACJC/152/2016

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 12 FÉVRIER 2016

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____, (FR), recourant contre un jugement rendu par la 9ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 1^{er} octobre 2015, comparant par Me Nicolas Mossaz, avocat, en l'étude duquel il fait élection de domicile aux fins des présentes,

et

B_____ **SA**, ayant son siège _____, (GE), intimée, comparant par Me Nils de Dardel, avocat, boulevard Georges-Favon 13, 1204 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile aux fins des présentes.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 15 février 2016.

EN FAIT

- A. a.** Par jugement du 1^{er} octobre 2015, reçu par A_____ le 6 octobre 2015, le Tribunal de première instance a rejeté la requête de faillite sans poursuite préalable formée par ce dernier à l'encontre de B_____ SA (chiffre 1 du dispositif), mis à charge de A_____ les frais judiciaires, arrêtés à 500 fr. et compensés avec l'avance fournie (ch. 2 et 3), l'a condamné à payer 1'443 fr. à B_____ SA à titre de dépens (ch. 4 et 5) et a débouté les parties de toutes autres conclusions.

Le Tribunal a considéré que A_____ n'avait pas rendu vraisemblable qu'il était créancier de B_____ SA. En effet, la relation nouée entre les parties ne pouvait être qualifiée de contrat de travail, à défaut d'existence d'un lien de subordination de A_____, puisque celui-ci était administrateur et actionnaire minoritaire de B_____ SA. Celle-ci était dès lors en droit de compenser sa créance de 60'734 fr. 40 au titre des travaux effectués sur la villa de A_____ avec la créance en 20'000 fr. invoquée par ce dernier au titre de son activité déployée pour le compte de cette société.

Les conditions du prononcé d'une faillite sans poursuite préalable n'étaient par conséquent pas réalisées.

- b.** Par acte expédié à la Cour de justice le 15 octobre 2015, A_____ a formé recours contre ce jugement dont il a sollicité l'annulation, concluant au prononcé de la faillite sans poursuite préalable de B_____ SA, avec suite de frais et dépens.

Il a produit une pièce nouvelle, à savoir l'extrait du registre des poursuites de B_____ SA au 28 septembre 2015.

- c.** Dans sa réponse expédiée à la Cour le 2 novembre 2015, B_____ SA a conclu à la confirmation du jugement querellé, avec suite de frais et dépens.

Il a produit quatre pièces nouvelles.

- d.** Les 16 et 30 novembre 2015, les parties ont déposé une réplique et une duplique, persistant dans leurs précédentes conclusions.

- e.** Elles ont été informées le 1^{er} décembre 2015 de ce que la cause était gardée à juger.

- B.** Les faits pertinents suivants résultent du dossier.

- a.** B_____ SA, inscrite au Registre du commerce de Genève le _____ 2010, a notamment pour but social tous travaux dans le domaine du bâtiment. Son capital

social est de 100'000 fr., entièrement libéré, sous forme de 1'000 actions nominatives de 100 fr.

Le Registre du commerce indique que le siège de la société se trouve _____, à _____ (GE) et qu'elle a une autre adresse, _____, _____.

Cette seconde adresse se trouve à proximité du domicile de A_____, situé _____, à _____.

C_____ est administrateur avec signature individuelle de la société depuis sa fondation.

A_____ en a été l'administrateur avec signature collective à deux du 4 janvier 2011 jusqu'au 2 janvier 2013, date à laquelle il a été inscrit comme administrateur avec signature individuelle. Ses pouvoirs ont été radiés avec effet au 1^{er} septembre 2014.

A_____ est actionnaire de B_____ SA à hauteur de 49% du capital-actions et C_____ à hauteur de 51%.

b. Selon les statuts de B_____ SA, déposés au Registre du commerce, C_____ et A_____ ont fait, conjointement, apport à la société, au moment de sa fondation le 17 mars 2010, d'un immeuble dans le canton de Fribourg, pour le prix de 76'000 fr. Ils ont tous deux reçu en échange 380 actions de la société.

c. Par courrier du 22 octobre 2010, intitulé "lettre d'engagement", B_____ SA a confirmé à A_____ son engagement pour le poste d'architecte responsable des travaux dès le 1^{er} janvier 2011 pour un salaire brut de 7'200 fr. par mois.

Ce document précise qu'un véhicule est mis à disposition de A_____ pour les déplacements professionnels, que le lieu de travail est le siège de l'entreprise et fixe la durée des vacances et des heures travaillées, étant précisé que la période d'essai est de deux mois.

d. Le salaire a été porté à 10'000 fr. par mois dès le 1^{er} janvier 2014.

e. Par courrier du 4 juillet 2014, intitulé "fin d'engagement", B_____ SA a licencié A_____ avec effet au 31 août 2014 pour des raisons de "conjoncture économique".

Elle précisait que son salaire restait dû jusqu'à la fin du contrat, qu'elle attendait l'annonce de ses vacances, qu'elle le remerciait pour sa participation active à ses services et qu'elle lui rappelait son devoir de réserve lié à son activité professionnelle.

f. Le 2 septembre 2014, B_____ SA a rédigé un "certificat de travail", indiquant que A_____ avait travaillé comme architecte au sein de son entreprise du 1^{er} janvier 2011 au 31 août 2014.

Ce certificat précise que, sous la direction de C_____, administrateur, A_____ avait collaboré aux projets de construction immobilière de la société et qu'il s'était acquitté de ses tâches avec efficacité et professionnalisme.

g. Par courrier du 8 septembre 2014, A_____ a mis en demeure B_____ SA de lui verser dans les cinq jours son salaire du mois d'août 2014.

h. Par demande déposée le 19 août 2015 par devant le Tribunal des Prud'hommes de Genève, A_____ a assigné B_____ SA en paiement de 20'000 fr. à titre de salaire pour les mois d'août et septembre 2014.

B_____ SA a contesté la compétence du Tribunal des Prud'hommes, faisant valoir que les parties n'avaient pas conclu de contrat de travail, à défaut de lien de subordination. Elle a allégué que A_____ gérait de manière autonome la société; il ne travaillait pas comme architecte, l'élaboration des plans et le suivi des chantiers étant délégués à des tiers.

Subsidiairement, elle a invoqué la compensation avec un montant de 36'000 fr. prélevé selon elle abusivement par A_____ sur le compte de l'entreprise le 29 août 2014, et a formé une demande reconventionnelle à hauteur de 27'770 fr. (36'000 fr. moins 8'230 fr. au titre du salaire d'août 2014).

i. Par ailleurs, un litige pendant par devant le Tribunal civil d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois oppose A_____ et B_____ SA au sujet de la construction d'une villa sur la parcelle de A_____, construction qui a été confiée à B_____ SA par contrat d'entreprise du 4 décembre 2013.

Suite à la résiliation de ce contrat par A_____ le 4 septembre 2014, B_____ SA a obtenu, par ordonnance du 16 mars 2015 du Président du Tribunal civil d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois, confirmée par arrêt du 23 juin 2015 de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois, l'inscription provisoire d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs sur la parcelle de A_____ pour un montant de 60'734 fr. 40.

Ces deux juridictions ont retenu que la créance de B_____ SA pour le montant précité était vraisemblable; il n'était pas contesté que la dite société avait fourni, par l'intermédiaire de sous-traitant, des prestations d'entrepreneur sur l'immeuble propriété de A_____. Le montant dû ressortait d'un décompte établi par B_____ SA le 22 octobre 2014.

La procédure pendante devant le Tribunal de la Broye et du Nord vaudois porte sur l'inscription définitive de cette hypothèque, sollicitée par B_____ SA.

C. a. Par acte expédié au Tribunal de première instance de Genève le 25 août 2015, A_____ a formé à l'encontre de B_____ SA une requête de faillite sans poursuite préalable.

Il a allégué être créancier de B_____ SA à hauteur de 20'000 fr., correspondant à ses salaires d'août et septembre 2014 et a soutenu que celle-ci avait suspendu ses paiements.

b. Lors de l'audience du Tribunal du 24 septembre 2015, B_____ SA a conclu au rejet de la requête. Elle a fait valoir que A_____ n'était pas salarié de B_____ SA puisqu'il était son administrateur. Il avait cessé toute activité en faveur de cette société dès le 21 août 2014, date à laquelle il avait démissionné avec effet immédiat.

A_____ n'était pas créancier de B_____ SA car il lui devait restitution d'un montant de 36'000 fr. indûment prélevé sur ses comptes, par ordre du 29 août 2014. Il s'était, à la même date, fait verser un montant de 8'230 fr. à titre de salaire. Enfin, il lui devait un montant de plus de 60'000 fr. du fait des prestations fournies par B_____ SA dans le cadre de la construction de sa villa.

B_____ SA n'avait pas suspendu ses paiements; les poursuites dont se prévalaient A_____ étaient soit contestées, soit payées, du moins partiellement. B_____ SA venait en outre de vendre deux villas et la troisième était en vente pour le prix de 650'000 fr.

A_____ a pour sa part indiqué que le versement en sa faveur de 8'230 fr., effectué suite à l'ordre donné le 29 août 2014, correspondait au paiement de son salaire de juillet 2014. Il avait travaillé jusqu'au 30 septembre 2014 pour B_____ SA.

Les travaux effectués par B_____ SA sur sa villa étaient défectueux. Le montant de 36'000 fr. lui avait été versé par B_____ SA car il avait mis fin au contrat d'entreprise en réponse à son licenciement et à son éviction du conseil d'administration. En tout état de cause, la compensation intégrale des créances de salaire était prohibée par l'art. 323b al. 2 CO.

Les prétentions de B_____ SA étaient contestées.

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

c. Selon l'extrait des poursuites de B_____ SA produit par A_____, celle-ci faisait l'objet, au 28 septembre 2015, sans compter la poursuite engagée par A_____, de treize poursuites engagées entre 2014 et 2015 pour un montant total de 363'820 fr. environ.

Ces poursuites en étaient toutes au stade de la notification du commandement de payer.

Seules deux d'entre-elles, à savoir celles de la société D_____ SA pour 14'492 fr. 05 et de la société E_____ en 16'288 fr. 45 n'avaient pas fait l'objet d'une opposition.

A cet égard, B_____ SA a indiqué, justificatifs à l'appui, qu'un arrangement de paiement était intervenu avec D_____ SA. Elle entendait conclure un arrangement avec la société E_____.

Sur les onze autres poursuites, trois émanaient de créanciers sociaux pour des montants variant entre 73 fr. 30 et 3'266 fr. 60.

d. Les arguments des parties devant la Cour seront traités ci-après en tant que de besoin.

EN DROIT

1. **1.1** L'appel étant irrecevable dans les affaires relevant de la compétence du tribunal de la faillite selon la LP (art. 309 let. b ch. 7 CPC), seule la voie du recours est ouverte (art. 319 let. a CPC; art. 174 LP, par renvoi de l'art. 194 al. 1 LP).

Les décisions rendues en matière de faillite sont soumises à la procédure sommaire (art. 251 let. a CPC).

1.2 Formé selon la forme et dans le délai prévus par la loi (art. 321 al. 1 et 2 CPC), le recours est recevable en l'espèce.

2. Les deux parties ont produit des pièces nouvelles.

2.1 Pour apprécier l'existence d'une suspension de paiements au sens de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP, disposition invoquée par le recourant en l'espèce, l'autorité judiciaire supérieure doit tenir compte des faits nouveaux (art. 174 al. 1 LP, applicable par renvoi de l'art. 194 al. 1 LP) 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. 3.1; arrêt 5A_439/2010 précité consid. 4).

Les parties peuvent faire valoir devant l'instance de recours 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 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 devant la juridiction de recours. Selon la jurisprudence, les vrais *nova* - à savoir les faits qui sont intervenus après l'ouverture de la faillite

en première instance (art. 174 al. 2 ch. 1-3 LP) - doivent également être produits avant l'expiration du délai de recours. L'admission des vrais *nova* - soumise à une double condition très stricte - est destinée à éviter, et non à permettre, l'ouverture de la faillite, de sorte qu'il apparaît conforme à la volonté du législateur de ne reconnaître qu'au seul débiteur poursuivi la faculté d'invoquer de tels faits nouveaux (arrêt du Tribunal fédéral 5A_899/2014 du 5 janvier 2015 consid. 3.1).

Il découle du droit d'être entendu que le créancier intimé peut produire à l'appui de sa réponse au recours des *nova* propres à réfuter ceux - vrais ou faux - invoqués par le débiteur recourant (arrêt du Tribunal fédéral 5A_899/2014 du 5 janvier 2015 consid. 3.2).

2.2 En l'espèce la pièce nouvelle produite par le recourant, à savoir l'extrait des poursuites de l'intimée au 28 septembre 2015 est recevable en application de la jurisprudence précitée car elle est antérieure au jugement prononcé le 1^{er} octobre 2015.

Les pièces nouvelles produites par l'intimée, à savoir son écriture déposée le 1^{er} octobre 2015 devant le Tribunal des prud'hommes et les commandements de payer notifiés les 1^{er} septembre 2015 et 23 octobre 2015, qui visent notamment à répondre aux arguments du recourant tirés du nouvel extrait des poursuites, sont également recevables.

- 3.** Selon 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.

3.1 Celui qui requiert la faillite sans poursuite préalable selon l'art. 190 al. 1 LP doit en premier lieu rendre vraisemblable sa qualité de créancier. La loi exige la simple vraisemblance, et non une vraisemblance qualifiée (arrêt 5A_117/2012 du 12 juillet 2012 consid. 3.2.2; 5A_442/2015 du 11 septembre 2015 consid. 4.2).

Comme ce type de faillite n'est pas précédé d'une poursuite préalable et qu'il n'y a donc pas de procédure de mainlevée au cours de laquelle la titularité de la créance du requérant aurait pu être examinée, il est justifié d'exiger que, à l'instar du créancier qui se fonde sur un titre pour requérir la mainlevée provisoire au sens de l'art. 82 LP, le créancier motive sa requête en produisant le titre sur lequel il se base, la production de cette pièce, considérée en vertu de son contenu, de son origine et de ses caractéristiques extérieures comme un tel titre, étant suffisante pour que sa qualité de créancier soit admise si le débiteur n'oppose pas et ne rend pas immédiatement vraisemblables des exceptions (arrêt du Tribunal fédéral 5A_730/2013 du 24 avril 2014 consid. 6.1).

3.2 En présence d'un litige sur l'interprétation d'un contrat, le juge doit s'efforcer de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux

expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 CO).

Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si les volontés intimes divergent, le juge doit interpréter les déclarations et comportements des parties selon le principe de la confiance, en recherchant comment une déclaration ou une attitude pouvait de bonne foi être comprise en fonction de l'ensemble des circonstances (ATF 133 III 61 consid. 2.2.1). Cette interprétation dite objective, s'effectue non seulement d'après le texte et le contexte des déclarations, mais également sur le vu des circonstances qui les ont précédées et accompagnées (ATF 131 III 377 consid. 4.2.1; 119 II 449 consid. 3a), à l'exclusion des circonstances postérieures (ATF 132 III 626 consid. 3.1).

3.3 A teneur de l'art. 319 al. 1 CO, par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni. Les éléments caractéristiques de ce contrat sont donc une prestation de travail, un rapport de subordination, un élément de durée et une rémunération (arrêt 4P.337/2005 du 21 mars 2006 consid. 3.3.2 et les références citées).

La qualification du rapport juridique entre l'administrateur d'une société et celle-ci doit être faite sur la base des circonstances concrètes. En général, il est admis que l'activité des membres des organes supérieurs d'une personne morale relève d'un contrat analogue au mandat, mais elle peut aussi, dans certains cas, être qualifiée de contrat de travail. Dans la mesure où l'organe supérieur est dans un rapport de subordination et qu'il reçoit des instructions, et à condition que l'activité soit exercée à titre principal, il y a lieu de reconnaître l'existence d'un contrat de travail. En revanche, on ne saurait en aucun cas retenir un rapport de travail entre l'administrateur de l'entreprise et cette dernière lorsqu'il y a identité économique entre la personne morale et celui qui assume la fonction d'organe dirigeant de cette dernière, à défaut de rapport de subordination. Dans une telle situation, on admet plutôt l'existence d'un contrat innomé, analogue au mandat (WYLER/HEINZER, Droit du travail 2014, p. 29 et 30).

Les critères formels, tels l'intitulé du contrat, les déclarations des parties ou les déductions aux assurances sociales, ne sont pas déterminants. Il faut bien plutôt tenir compte de critères matériels relatifs à la manière dont la prestation de travail est effectivement exécutée, tels le degré de liberté dans l'organisation du travail et du temps, l'existence ou non d'une obligation de rendre compte de l'activité et/ou de suivre les instructions, ou encore l'identification de la partie qui supporte le risque économique. Le critère de la subordination doit être examiné à l'aune de l'ensemble des circonstances du cas particulier pour déterminer si un travail est effectué de manière dépendante ou indépendante (ATF 112 II 41 consid. 1 a/aa p. 46; arrêt du Tribunal fédéral 4A_200/2015 du 3 septembre 2015 consid. 4.2.2).

Le critère de la subordination doit toutefois être relativisé en ce qui concerne les personnes exerçant des professions typiquement libérales ou ayant des fonctions dirigeantes. L'indépendance de l'employé est alors beaucoup plus grande et la subordination est alors essentiellement organisationnelle. Dans un tel cas, plaident notamment en faveur du contrat de travail la rémunération fixe ou périodique, la mise à disposition d'une place de travail et des outils de travail, ainsi que la prise en charge par l'employeur du risque de l'entreprise. Le travailleur renonce à participer au marché comme entrepreneur assumant le risque économique et abandonne à un tiers l'exploitation de sa prestation, en contrepartie d'un revenu assuré (arrêt du Tribunal fédéral 4A_200/2015 du 3 septembre 2015 consid. 4.2.3).

3.4 Selon l'art. 323b al. 2 CO, l'employeur ne peut compenser le salaire avec une créance contre le travailleur que dans la mesure où le salaire est saisissable.

3.5 En l'espèce, c'est à juste titre que le Tribunal a retenu que l'ordonnance du 16 mars 2015 du Président du Tribunal civil d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois ainsi que l'arrêt du 23 juin 2015 de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois établissaient au degré de la vraisemblance que l'intimée était créancière du recourant à hauteur de 60'734 fr. 40.

Contrairement à ce que soutient le recourant, l'intimée a bien fait valoir la compensation de cette créance avec les prétentions du recourant, étant rappelé que l'exception de compensation peut être soulevée en tout temps.

Dans la mesure où l'art. 323b al. 2 CO restreint la possibilité pour l'employeur de compenser le salaire, il convient de déterminer si le recourant a rendu vraisemblable qu'il avait conclu un contrat de travail avec l'intimée

A cet égard, la procédure n'a pas permis d'établir quelle était la réelle et commune intention des parties concernant la qualification de leur rapport contractuel.

En se fondant sur les différents éléments figurant au dossier et sur l'interprétation selon le principe de la confiance, c'est à juste titre que le Tribunal a retenu, en application de la jurisprudence précitée, que les indices militant en faveur de l'existence d'un contrat de travail, comme le libellé du courrier du 22 octobre 2010, la délivrance d'un "certificat de travail", le paiement d'une rémunération fixe et périodique, l'établissement de décomptes mensuels et le prélèvement des charges sociales sur la rémunération du recourant n'étaient pas déterminants.

Il résulte par ailleurs du dossier que l'intimée a été fondée conjointement par C_____ et par le recourant. Celui-ci a d'ailleurs fait à la société un apport en nature sous forme d'un immeuble et il en est devenu actionnaire avant même son engagement par celle-ci, concrétisé, par le courrier du 22 octobre 2010.

Il a en outre acquis la position de dirigeant de l'intimée dès le début de son activité, augmentant ensuite son autonomie par l'octroi de la signature individuelle.

Ce faisant, le recourant a manifesté son intention d'assumer, en tous cas en partie, le risque économique de l'entreprise.

Le fait que la société ait une autre adresse, située juste à proximité du domicile du recourant, permet en outre de penser que, en dépit de la formulation de la lettre d'engagement du 22 octobre 2010, le recourant ne travaillait pas régulièrement au siège de l'intimée.

Le recourant allègue qu'il rapportait en tout temps à C_____, lequel lui donnait des instructions liées à l'organisation de son activité professionnelle. Il ne fournit cependant aucune pièce étayant cette affirmation, qui est contestée par l'intimée.

Compte tenu de ce qui précède, il est douteux que le recourant ait rendu vraisemblable que le lien contractuel qu'il a noué avec l'intimée était, comme il l'allègue, un contrat de travail, avec pour conséquence que celle-ci ne serait pas en droit de lui opposer une exception de compensation.

Cela étant, cette question, qui devra être tranchée au fond dans le cadre de la procédure actuellement pendante par devant la juridiction des Prud'hommes, n'a pas besoin d'être résolue en l'état, pour les raisons qui vont suivre.

4. La seconde condition exigée par l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP pour le prononcé de la faillite est celle de la suspension des paiements.

4.1 La suspension de paiements est une notion juridique indéterminée qui accorde au juge un large pouvoir d'appréciation. 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 des dettes minimales; il n'est cependant 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, de trahir une suspension de paiements; tel est notamment le cas lorsque le débiteur refuse de désintéresser son principal créancier (ATF 137 III 460 consid. 3.4.1; 5A_442/2015 du 11 septembre 2015 consid 6.1).

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 175 et les réf. 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 condition de la suspension des paiements est satisfaite notamment lorsque des comminations de faillites ont été émises et demeurent valables, c'est-à-dire ne sont pas périmées (COMETTA, Commentaire romand, 2005 ad art. 190 LP, n. 10).

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).

Vu les lourdes conséquences de la déclaration de faillite sans poursuite préalable et le fait qu'elle constitue une exception dans le système de l'exécution forcée, de sorte qu'elle doit être appliquée et interprétée restrictivement, la preuve stricte, par opposition à la simple vraisemblance, est exigée en principe pour les causes matérielles de faillite, comme la suspension des paiements, quand bien même les moyens de preuve consentis en procédure sommaire sont limités (Flavio COMETTA, op. cit., ad art. 190 LP, N. 2).

Les conditions de la déclaration de faillite doivent être remplies à la date du jugement de première instance (arrêts 5A_509/2014 du 27 août 2014 consid. 4.1; 5A_711/2012 précité consid. 5.2).

4.2 En l'espèce, l'intimée conteste avoir suspendu ses paiements.

A cet égard, il ressort de l'extrait de ses poursuites au 28 septembre 2015 que l'intimée fait l'objet de poursuites pour un montant important, soit environ 363'820 fr. au total.

Cela étant, une partie importante de ces poursuites émane de personnes privées dont les créances sont contestées par l'intimée. A cet égard, il convient de relever que, dans le domaine de la construction, les litiges ne sont pas rares et portent souvent sur des montants conséquents.

Ces poursuites sont en outre relativement récentes, puisqu'aucune d'entre elles n'a dépassé le stade de l'opposition au commandement de payer. L'intimée ne fait en particulier pas l'objet de commination de faillite en force, ce qui aurait été, selon la jurisprudence, un indice de suspension des paiements.

Les trois poursuites engagées en 2014 par des créanciers sociaux, pour des montants relativement modestes, ne suffisent quant à elles pas à retenir en l'état

que l'intimée fait systématiquement opposition aux poursuites des créanciers de droit public, s'appuyant sur le fait que ceux-ci ne peuvent pas requérir une faillite ordinaire, et favorise ainsi de manière permanente ses créanciers de droits privé.

Au vu de ce qui précède, le Tribunal constate que l'intimée connaît des difficultés financières, mais que celles-ci n'atteignent pas le degré de gravité et de pérennité nécessaire pour justifier le prononcé d'une faillite sans poursuite préalable, étant souligné que, conformément à la doctrine et à la jurisprudence précitée, il convient de se montrer restrictif dans l'interprétation de la notion de suspension des paiements.

Cela est d'autant plus vrai compte tenu des circonstances particulières du cas d'espèce, dans lequel la requête de faillite sans poursuite préalable s'inscrit dans le cadre d'un litige plus large entre les deux actionnaires de l'intimée qui ont noué plusieurs rapports contractuels soumis à des règles différentes.

Les conditions du prononcé d'une faillite sans poursuite préalable ne sont par conséquent pas réalisées, de sorte que le jugement querellé doit être confirmé.

5. Le recourant, qui succombe, sera condamné aux frais de recours (art. 106 al. 1 CPC).

Les frais judiciaires seront arrêtés à 750 fr. (art. 52 et 61 OELP) et compensés avec l'avance fournie par le recourant, qui restera acquise à l'Etat de Genève.

Le recourant sera en outre condamné à verser un montant de 800 fr. à l'intimée à titre de dépens, TVA et débours inclus (art. 85, 88 et 89 RTFMC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté par A_____ contre le jugement JTPI/11442/2015 rendu le 1^{er} octobre 2015 par le Tribunal de première instance dans la cause C/17439/2015-9 SFC.

Au fond :

Rejette le recours.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires à 750 fr. et les compense avec l'avance versée par A_____, qui reste acquise à l'Etat de Genève.

Met les frais judiciaires à charge de A_____.

Condamne ce dernier à verser à B_____ SA 800 fr. à titre de dépens.

Siégeant :

Monsieur Laurent RIEBEN, président; Madame Pauline ERARD et Madame Fabienne GEISINGER-MARIÉTHOZ, juges; Madame Céline FERREIRA, greffière.

Le président :

Laurent RIEBEN

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.