

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/17924/2011

ACJC/536/2013

**ARRÊT**

**DE LA COUR DE JUSTICE**

**Chambre civile**

**DU VENDREDI 26 AVRIL 2013**

Entre

**Monsieur A**\_\_\_\_\_, domicilié \_\_\_\_\_ à Genève, recourant contre un jugement rendu par la 4<sup>ème</sup> Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 12 mars 2012, comparant par Me Christian Canela, avocat, rue Richard Wagner 5, 1202 Genève, en l'étude duquel il fait élection de domicile,

et

**B**\_\_\_\_\_, sise \_\_\_\_\_ à Genève, intimée, comparant par Me Julien Blanc, avocat, rue des Alpes 15, case postale 1592, 1211 Genève 1, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés, ainsi qu'à l'Office des faillites, à l'Office des poursuites, au Registre du commerce et au Registre foncier le 30.04.2013.

---

**EN FAIT**

- A.** **a.** A\_\_\_\_\_ est inscrit au Registre du commerce, depuis \_\_\_\_\_, en qualité de titulaire de l'entreprise individuelle C\_\_\_\_\_, sise \_\_\_\_\_ à Genève, entreprise qui fournit des services de \_\_\_\_\_.
- b.** Par contrat du 3 février 2006, la société de droit public B\_\_\_\_\_ a conclu avec A\_\_\_\_\_ et son épouse D\_\_\_\_\_ un contrat de bail pour l'arcade commerciale sise \_\_\_\_\_, destinée à l'exploitation de l'entreprise C\_\_\_\_\_.
- c.** En raison de défauts dans le paiement du loyer, B\_\_\_\_\_ a résilié le bail avec effet au 31 juillet 2010.
- d.** Par jugement du 17 décembre 2010, le Tribunal des baux et loyers a ordonné l'évacuation de A\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ des locaux susmentionnés, jugement confirmé par arrêt de la Chambre des baux et loyers de la Cour de justice du 13 juillet 2011.
- e.** Par requête de mise en faillite sans poursuite préalable déposée le 1<sup>er</sup> septembre 2011 par devant le Tribunal de première instance (ci-après : le Tribunal), B\_\_\_\_\_ a conclu, avec suite de frais et dépens, à ce que A\_\_\_\_\_ soit déclaré en faillite.
- B\_\_\_\_\_ a allégué que sa créance s'élevait, au jour de leur requête, à 12'993 fr. 80. Ayant requis l'extrait des poursuites de A\_\_\_\_\_, elle a constaté que le débiteur était en cessation de paiement. Elle a illustré cet allégué par le fait que le montant total des poursuites à l'encontre de A\_\_\_\_\_ s'élevait à environ 108'000 fr., que parmi les sommes dues figuraient des cotisations AVS pour environ 23'000 fr. dont la plupart étaient frappées d'opposition, que A\_\_\_\_\_ devait au moins 48'000 fr. à l'administration fiscale fédérale et 22'000 fr. à l'administration fiscale cantonale, poursuites majoritairement frappées d'opposition, et qu'il faisait l'objet d'actes de défaut de biens pour un montant de l'ordre de 78'000 fr.
- f.** Le Tribunal a convoqué les parties à une audience fixée au 21 novembre 2011. La citation à comparaître visait les art. 248ss; les parties étaient invitées "*à apporter toutes les pièces dont [elles entendaient] faire état, pour qu'il soit statué par voie de procédure sommaire*".
- g.** Les parties ont comparu devant le Tribunal le 21 novembre 2011. Le conseil de A\_\_\_\_\_ a souhaité déposer des observations écrites; B\_\_\_\_\_ s'y est opposée et le Tribunal a refusé d'accepter cette écriture.

Lors de cette audience, A\_\_\_\_\_ a conclu au rejet de la requête de faillite sans poursuite préalable faute de réalisation de la condition de la cessation de paiement. Il a déposé un chargé de trente-sept pièces contenant la preuve de

---

paiements effectués de janvier à novembre 2011, un extrait actualisé de ses poursuites, des arrangements de paiement avec certains de ses créanciers, des retraits de poursuite et une saisie de gains en mains du débiteur décidée par l'Office des poursuites le 16 août 2011. Subsidiairement, pour le cas où le Tribunal considérerait que les conditions d'une faillite étaient réunies, A\_\_\_\_\_ a conclu au transfert du dossier au juge du concordat en application de l'art. 173a LP.

Les parties ont toutes deux plaidé.

**h.** Par courrier de son conseil du 20 janvier 2012, A\_\_\_\_\_ a encore produit diverses preuves de paiements intervenus après l'audience du 21 novembre 2011.

**i.** Par jugement JTPI/4036/2012 du 12 mars 2012 - expédié pour notification aux parties le 16, puis à nouveau le 29 au domicile élu du cité - le Tribunal a, par voie de procédure sommaire, prononcé la faillite de A\_\_\_\_\_ le même jour à 14h35 (ch. 1 du dispositif), arrêté les frais judiciaires à 580 fr. et les a compensés avec l'avance de frais fournie par B\_\_\_\_\_ (ch. 2), les a mis à charge de A\_\_\_\_\_ et a condamné ce dernier à les verser à B\_\_\_\_\_ (ch. 3), a condamné A\_\_\_\_\_ à verser à ces dernières 680 fr. à titre de dépens (ch. 4) et a débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 5).

En substance, le premier juge a retenu que A\_\_\_\_\_, soumis à la poursuite par voie de faillite, était en situation de cessation de paiement au vu du nombre de poursuites en cours et terminées par la délivrance de nombreux actes de défaut de biens sur saisies infructueuses en faveur de créanciers de droit public ne pouvant requérir la faillite. A\_\_\_\_\_ n'avait, jusque là, pu échapper à la faillite qu'en favorisant systématiquement ses créanciers privés, en laissant aller les poursuites de créanciers publics qui ne pouvaient requérir que la continuation de la poursuite par voie de saisie. Les montants dus étaient pour la plupart de quelques centaines de francs, de sorte qu'ils auraient dû pouvoir être acquittés sans trop de difficultés si A\_\_\_\_\_ avait une trésorerie saine. Les pièces produites par ce dernier en cours de procédure attestaient qu'il n'avait pas interrompu tous ses paiements et s'acquittait des montants qu'il parvenait à régler. Si les efforts de A\_\_\_\_\_ n'étaient pas niés, il était toutefois manifeste qu'il ne parvenait pas à assumer ses dettes et les accumulait. En outre, B\_\_\_\_\_ avait obtenu son évacuation de ses locaux commerciaux, ce qui était manifestement propre à compromettre toute volonté d'assainissement financier. Les conditions pour prononcer la faillite sans poursuite préalable étaient dès lors réunies.

S'agissant de la conclusion subsidiaire visant le transfert du dossier au juge du concordat en application de l'art. 173a LP, le premier juge a constaté que A\_\_\_\_\_ indiquait devoir recevoir une somme de 9'000 fr. de l'assurance I\_\_\_\_\_, ce qui ne représentait pas même 10% du total des poursuites diligentées

---

à son encontre; son chiffre d'affaires annuel était de 106'421 fr. selon sa déclaration TVA et son revenu net était estimé à 4'000 fr. par l'Office des faillites; il était en outre tenu de verser 1'370 fr. par mois audit Office ensuite d'une saisie; et il était en voie d'expulsion de ses locaux professionnels ce qui signifiait qu'il ne pourrait plus, à terme, réaliser de revenu grâce à son entreprise. Au vu de tous ces éléments, le premier juge a retenu que l'on voyait mal comment A\_\_\_\_\_ pourrait réunir des fonds en vue de financer un concordat, de sorte que sa conclusion subsidiaire devait être rejetée.

- B. a.** Par acte expédié le 3 avril 2012 au greffe de la Cour de justice, A\_\_\_\_\_ recourt contre ce jugement, dont il sollicite l'annulation. Il requiert, préalablement, l'octroi de l'effet suspensif et conclut, principalement, à ce que la faillite ne soit pas prononcée et, subsidiairement, à la "réforme" du jugement pour qu'il soit transmis au juge du concordat. S'agissant des frais, il demande que ceux-ci soient mis à la charge de la requérante et à ce qu'une indemnité de dépens lui soit octroyée.

Il produit un chargé de cinq pièces dont trois sont nouvelles; la pièce n° 3 : un courrier que son conseil a adressé le 20 mars 2012 au Tribunal pour l'informer que le jugement du 3 avril 2012 n'avait pas été notifié au domicile élu et sollicitant une nouvelle notification, la pièce n° 4 : suivi des envois de La Poste concernant le courrier du 20 mars 2012, et la pièce n° 5 : la détermination de A\_\_\_\_\_, du 20 novembre 2011, refusée par le premier juge.

**b.** Par courrier du 10 mai 2012 adressé au greffe de la Cour de céans, les parties ont requis, d'entente entre elles, la suspension de la procédure, invoquant l'existence de négociations transactionnelles.

**c.** Par arrêt du 22 mai 2012, la Cour a suspendu la procédure, d'accord entre les parties, conformément à l'art. 126 al. 1 CPC.

**d.** Le 5 février 2013, B\_\_\_\_\_ a informé la Cour de céans que leur accord à la suspension de la procédure avait été donné en raison d'une convention passée avec les époux A\_\_\_\_\_ et aux termes de laquelle elles s'engageaient à informer la Cour que l'arriéré de loyers/indemnités pour occupation illicite était réglé, convention qui prévoyait également l'évacuation consensuelle des locaux sis \_\_\_\_\_ dans un délai venant à échéance le 15 octobre 2012, selon jugement d'accord prononcé par le Tribunal des baux et loyers le 29 juin 2012. Or, à la date fixée pour l'état des lieux de sortie le 16 octobre 2012, les locaux étaient encore encombrés de meubles et objets appartenant à C\_\_\_\_\_ et à sa clientèle.

Ce courrier mentionne en outre que *"bien que la libération de la garantie de loyer ait éteint temporairement la dette des anciens locataires, la libération des locaux à la fin de l'année 2012 en violation de l'accord pris et sous la conduite d'un huissier judiciaire, expose maintenant [B\_\_\_\_\_] à un dommage et à des frais*

---

*considérables*", d'un montant de 28'437 fr. 60, sous déduction de 1'586 fr. perçus lors de la libération de la garantie précitée, auquel il convenait d'ajouter la note d'honoraires d'avocat de 35'865 fr. 20 et les débours de 653 fr. 70.

B\_\_\_\_\_ sollicitait dès lors la reprise de l'instance.

A l'appui de ce courrier, elle a produit un chargé de sept pièces nouvelles, soit pièce n° 16 : une convention du 30 avril 2012 entre A\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_ ; pièce n° 17 : copie du jugement du Tribunal des baux et loyers du 29 juin 2012; pièce n° 18 : copie du procès-verbal d'exécution du jugement du 20 juin 2012 établi par Me Marco BREITENMOSER, huissier judiciaire, le 31 décembre 2012; pièce n° 19 : décompte du 22 janvier 2013 des factures payées par Me Marco BREITENMOSER; pièce n° 20 : note d'honoraires de Me Marco BREITENMOSER; pièce n° 21 : note d'honoraires de Me Julien BLANC, du 29 janvier 2013; pièce n° 22 : copie non signée du courrier de Me Damien HOTTELIER à la Cour de justice du 16 octobre 2012.

e. Par ordonnance du 18 février 2013, la Cour de céans a ordonné la reprise de la procédure, imparti à A\_\_\_\_\_ un délai au 8 mars 2013 pour ses éventuelles observations suite au courrier de B\_\_\_\_\_ du 5 février 2013 et réservé la suite de la procédure.

f. Le 4 mars 2013, A\_\_\_\_\_ a expédié ses observations au greffe de la Cour.

C. A teneur des relevés de l'Office des poursuites, la situation de A\_\_\_\_\_ apparaît comme suit.

a. Au 13 avril 2012, soit au moment du dépôt du recours, A\_\_\_\_\_ faisait l'objet de dix-neuf poursuites, d'un montant total de 56'522 fr. 65, et de quatre actes de défaut de biens d'un montant total de 10'631 fr. 15.

Quatre des poursuites en cours étaient de 2010, treize étaient de 2011 et deux de 2012. Cinq d'entre elles concernaient des créanciers privés (E\_\_\_\_\_ pour 1'746 fr. 05; F\_\_\_\_\_ pour 363 fr. 60; G\_\_\_\_\_ pour 6'108 fr. 50; B\_\_\_\_\_ pour 13'962 fr. 45; H\_\_\_\_\_ pour 8'313 fr. 85), les quatorze autres (pour env. 26'028 fr.) concernant toutes des créances publiques (Caisse cantonale genevoise de compensation (CCGC), Confédération suisse, Administration fiscale cantonale et Ville de Genève). Sur ces dix-neuf poursuites en cours, une était au stade de la commination de faillite (E\_\_\_\_\_), onze étaient au stade de la saisie exécutée, une était au stade de l'envoi de la saisie, quatre étaient des poursuites notifiées avec opposition (B\_\_\_\_\_, F\_\_\_\_\_ et H\_\_\_\_\_) et deux commandements de payer venaient d'être remis à la poste. La dette la plus élevée était celle de B\_\_\_\_\_ (13'962 fr.) et la poursuite la plus faible, de 130 fr. 35, émanait de la CCGC.

S'agissant des actes de défaut de biens, l'un d'entre eux datait de 2007, les trois autres datant de 2009. Le plus important s'élevait à 5'014 fr. 20 et le plus faible à 327 fr. 50.

**b.** Au 22 mars 2013, soit après la reprise de l'instance, A\_\_\_\_\_ fait l'objet de vingt poursuites, d'un montant total de 108'507 fr. 35, et de neuf actes de défaut de biens d'un montant total de 14'350 fr. 90.

Deux des poursuites en cours sont de 2011, quatorze sont de 2012 et quatre de 2013. Cinq d'entre elles concernent des créanciers privés (pour un total de 62'730 fr. : H\_\_\_\_\_ pour 8'679 fr. 35; I\_\_\_\_\_ pour 328 fr. 35 et 1'298 fr. 15; J\_\_\_\_\_ pour 51'769 fr. 15; K\_\_\_\_\_ pour 655 fr.), les quinze autres (pour env. 45'770 fr.) concernant toutes des créances publiques (Office cantonal des assurances sociales, Confédération suisse, Administration fiscale cantonale et Ville de Genève). Sur ces vingt poursuites en cours, dix sont au stade de la saisie exécutée (pour 30'892 fr. 95), trois sont des poursuites notifiées avec opposition (H\_\_\_\_\_ et les deux poursuites I\_\_\_\_\_), trois sont des poursuites notifiées sans opposition (Office cantonal des assurances sociales pour 8'890 fr. 50), deux commandements de payer sont en voie de notification (J\_\_\_\_\_ et Confédération suisse) et deux commandements de payer ont été remis à la poste (Ville de Genève et K\_\_\_\_\_).

S'agissant des actes de défaut de biens, huit datent de 2011, le neuvième datant de 2007. Parmi ceux datant de 2011, le plus important s'élève à 4'100 fr. 85 et le plus faible à 169 fr. 75.

### **EN DROIT**

1. Contre une décision en matière de faillite sans poursuite préalable, seule est ouverte la voie du recours (art. 174 al. 1 et 194 al. 1 LP; art. 309 let. b ch. 7 et 319 let. b ch. 1 CPC). La procédure sommaire et la maxime inquisitoire sont applicables (art. 251 let. a et art. 255 let. a CPC). Le recours, écrit et motivé, doit être introduit auprès de l'instance de recours dans un délai de 10 jours (art. 321 al. 1 et 2 CPC).

Déposé selon la forme et dans le délai prescrits, le recours est en l'espèce recevable.

2. Selon l'art. 320 CPC, le recours est recevable pour violation de la loi (let. a) et constatation manifestement inexacte des faits (let. b).

En matière de faillite, la maxime inquisitoire s'applique (art. 255 let. a CPC) et la preuve des faits allégués doit, en principe, être apportée par titre (art. 254 al. 1 CPC).

A teneur de l'art. 177 CPC, les titres sont les documents, tels les écrits, les dessins, les plans, les photographies, les films, les enregistrements sonores, les fichiers électroniques et les données analogues propres à prouver des faits pertinents.

3. **3.1** Dans le cadre du recours, les conclusions, les allégations de faits et les preuves nouvelles sont irrecevables (art. 326 CPC), sous réserve de dispositions légales spéciales, notamment l'art. 174 LP (SPRECHER, Prozessieren zum SchKG unter neuer ZPO, in RSJ 2011 p. 273 ss, p. 282).

Selon l'art. 174 al. 1 2<sup>ème</sup> phrase LP, applicable par renvoi de l'art. 194 al. 1 LP, les parties peuvent faire valoir des faits nouveaux devant l'instance de recours lorsque ceux-ci se sont produits avant le jugement de première instance. Il s'agit des faits et des moyens de preuves qui existaient avant le jugement de première instance, mais qui n'ont pas été pris en considération malgré la maxime inquisitoire prescrite à l'art. 255 let. a CPC (COMETTA, Commentaire Romand, Poursuite et faillite, DALLEVES/FOEX/JEANDIN [éd.], n° 5 ad art, 174 LP; GIROUD, in Basler Kommentar, STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN [éd.], 2010, n° 19 ad art. 174 LP).

Le débiteur peut également se fonder sur de vrais *nova*, soit des faits et moyens de preuve qui se sont réalisés seulement après la déclaration de faillite (COMETTA, op. cit., n° 6 ad art. 174 LP).

- 3.2** En l'espèce, les pièces n° 3 et 4 produites nouvellement par le recourant dans le délai de recours sont, à teneur des principes sus-rappelés, recevables.

La question de la recevabilité de la pièce n° 5 du recourant sera examinée au considérant 4.4 ci-après.

**3.3** Les pièces nouvelles - 16 à 22 - produites par l'intimée, sont irrecevables à teneur des principes énoncés ci-dessus, la possibilité d'invoquer des faits nouveaux intervenus après le jugement de faillite étant une prérogative du failli et non de la partie requérante (cf. arrêt du Tribunal fédéral 5A\_711/2012 du 17 décembre 2012 consid. 5.2, même si le Tribunal fédéral n'a pas définitivement tranché la question).

4. Le recourant fait grief au premier juge d'avoir refusé le dépôt de sa réponse écrite, lors de l'audience du 20 novembre 2011. Il invoque une violation de "*la loi de procédure et les principes constitutionnels et conventionnels applicables*" et produit cette écriture - sous pièce n° 5 - devant la Cour.

**4.1** Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst, le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, de fournir des preuves, celui d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuve quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la procédure et celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos. La jurisprudence a précisé que l'autorité avait l'obligation de donner suite aux offres de preuve présentées en temps utile et dans les formes requises, à moins qu'elles ne soient manifestement inaptes à apporter la preuve ou qu'il s'agisse d'établir un fait sans pertinence (arrêt du Tribunal fédéral 4P\_136/2004 du 12 novembre 2004, consid. 3.2 et réf. citées).

**4.2** Selon l'art. 253 CPC, lorsque la requête ne paraît pas manifestement irrecevable ou infondée, le tribunal donne à la partie adverse l'occasion de se déterminer oralement ou par écrit.

La procédure sommaire se caractérise par sa souplesse et sa rapidité. Souple dans sa forme, car elle peut être orale ou écrite, rapide grâce à l'admission limitée des moyens de preuve ainsi qu'à la cognition du tribunal limitée aux faits patents ou à une grande vraisemblance. Le tribunal donne à la partie adverse l'occasion de se prononcer. Un voire plusieurs échanges d'écritures supplémentaires n'ont pas leur place ici car une large place accordée à l'écrit contredit le caractère de cette procédure. Exceptionnellement, l'avis du défendeur peut même se révéler superflu, notamment en cas de requête manifestement irrecevable en raison, par exemple, de l'absence évidente d'une condition de recevabilité, en cas d'inapplicabilité de la procédure sommaire ou de requête manifestement mal fondée (Message du Conseil fédéral, FF 2006, p. 6956 - 6958).

La doctrine est partagée sur la question de savoir si, lorsque la procédure est orale, la partie citée est néanmoins autorisée à répondre à la requête par des conclusions écrites.

Pour certains auteurs (BOHNET, Code de procédure civile commenté, BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY [éd.], n° 2 ad art. 253, et n° 9 ad art. 202; RUBIN, in BAKER MCKENZIE, Schweizerische Zivilprozessordnung, Berne 2010; n° 6-7 ad art. 253), le tribunal ne peut en aucun cas refuser le dépôt d'une réponse écrite avant ou jusqu'à l'audience; les parties peuvent donc déposer spontanément une prise de position écrite avant ou à l'audience, en particulier lorsque le litige porte sur des questions de fait ou de droit complexes; interdire le dépôt d'une réponse au défendeur qui souhaite s'exprimer par écrit constituerait un formalisme excessif injustifié; on peut rattacher ce principe au droit de réplique que le Tribunal fédéral tire de l'art. 29 al. 1 Cst. (ATF 133 I 100; JdT 2008 I 368).

Pour d'autres auteurs, le juge choisit entre une procédure écrite ou orale, en fonction des particularités du cas. S'il opte pour l'option de la procédure écrite, il

peut statuer uniquement sur pièces (art. 256 al. 1 CPC); s'il admet la requête, il doit toutefois permettre au défendeur de s'exprimer préalablement. Il n'y a pas de second échange d'écritures. Même dans la procédure écrite, le juge peut choisir de convoquer ou non une audience. Le principe du choix entre procédure écrite ou orale découle du principe de célérité, la procédure ne devant pas être inutilement ralentie (HOHL, Procédure civile, tome II, Berne 2010, p. 279, n° 1532-1535; HOFMANN/LUSCHER, Le Code de procédure civile, Berne 2009, p. 162). Le cité n'a pas le choix entre l'un ou l'autre des modes de détermination. Les parties sont libres de faire des propositions sur la conduite du procès, mais il appartient au Tribunal de définir le mode de détermination de la partie citée (KAUFMANN, in Schweizerische Zivilprozessordnung, BRUNNER/GASSER/SCHWANDER [éd.], 2011, n° 13 ad art. 253 CPC; CHEVALIER, in SUTTER-SOMM et alii, Kommentar zur ZPO, n° 1 ad art. 253 CPC; MAZAN, in Basler Kommentar ZPO, n° 11 ad art. 253 CPC). Une écriture spontanée, dont le dépôt n'a pas été demandé par le tribunal, peut être envoyée simplement à la partie adverse et mise dans le dossier, mais un nouvel échange d'écritures serait contraire au principe de rapidité de la procédure sommaire (KAUFMANN, op. cit., n° 15 ad art. 253 CPC).

Certains auteurs sont plus nuancés. La procédure orale pourrait être précédée d'une détermination écrite des parties (JENT-SØRENSEN, in Kurzkomentar ZPO, Bâle 2010, n° 2 ad art. 253 CPC; GASSER/RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, Zürich/St-Gall 2010, n° 1-5 ad art. 253 CPC; MAZAN, op. cit., n. 11, 13 et 18 ad art. 253 CPC).

**4.3** En l'espèce, la citation à comparaître à l'audience du 21 novembre 2011 mentionnait les art. 248ss CPC et le fait que les parties étaient invitées à apporter toutes pièces dont elles entendaient faire état afin qu'il soit statué par voie de procédure sommaire.

Quand bien même le texte de la convocation n'indiquait pas spécifiquement que le Tribunal avait choisi la procédure orale, le recourant, assisté d'un avocat, aurait raisonnablement dû inférer de cette citation à comparaître, au vu de l'art. 253 CPC qui prévoit que le juge donne l'occasion à la partie citée de se déterminer oralement *ou* par écrit, que le juge avait en l'espèce opté pour la procédure orale, ce qui excluait le dépôt d'observations écrites.

Partant, le premier juge n'a pas violé le CPC en refusant d'accepter les écritures du recourant.

Dans la mesure où le premier juge a donné l'occasion au recourant de s'exprimer oralement lors de l'audience prévue à cet effet, et de déposer ses pièces, il n'a en outre pas violé le droit d'être entendu du recourant, même en refusant d'accepter son mémoire écrit.

**4.4** Il reste à déterminer si le recourant peut déposer son écriture du 21 novembre 2011 devant la Cour.

A teneur de l'art. 174 al. 1 2<sup>ème</sup> phrase LP et des principes énoncés ci-dessus, le failli peut produire des faits nouveaux (cf. *supra*, consid. 3). Toutefois, ces pièces doivent être des titres de nature à établir que les conditions de la faillite n'étaient pas - ou ne sont plus - remplies. Selon l'intention du législateur, l'art. 174 LP vise surtout les cas où, par inadvertance ou à la suite d'un contretemps, il n'a pas été possible d'éviter à temps la déclaration de faillite, alors même que la viabilité de l'entreprise débitrice ne saurait être déniée d'emblée (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_728/2007 du 23 janvier 2008 consid. 3.1).

En l'espèce, les écritures du 21 novembre 2011 du recourant ne sont que l'illustration de son opinion. Ce document n'est pas constitutif d'un titre (art. 177 CPC; *supra*, consid. 2.2) propre à démontrer que le recourant ne se trouvait pas, au moment du prononcé de la faillite, ou ne se trouve plus, lors du dépôt du recours, en situation de cessation de paiement.

Partant, la pièce n° 5 du recourant sera déclarée irrecevable.

- 5.** Le recourant fait grief au premier juge d'avoir retenu qu'il se trouvait en cessation de paiement, alors que tel n'était pas le cas.

S'il admet avoir cessé "*spontanément durant un certain temps*" de payer les créanciers publics, le recourant allègue ne pas être en cessation de paiement puisque 1) les versements mensuels de 1'370 fr. à l'Office des poursuites suffisent à payer l'intégralité des dettes publiques sur l'année (pièces 31 à 36 recourant), 2) il a recommencé à payer spontanément les créanciers publics (pièces 17 à 35 recourant) et 3) les poursuites du fisc reposent sur des actes de défaut de biens délivrés dans le passé (pièces 31 et 36 recourant). Or, les actes de défaut de biens ne suffiraient pas pour requérir la faillite sans poursuite préalable dès lors que l'insolvabilité "*s'analyse au moment de la requête et non pour ce qui s'est passé auparavant*". Dès lors qu'il paie la plus grande partie de ses fournisseurs et factures (pièces 18 à 35), "*il n'y a aucune accumulation systématique des poursuites pour des dettes échues*".

**5.1** A teneur de l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP, le créancier peut requérir la faillite sans poursuite préalable si le débiteur sujet à la poursuite par voie de faillite a suspendu ses paiements.

La légitimation pour requérir la faillite sans poursuite préalable appartient à celui qui prétend être créancier et le rend vraisemblable au degré de la vraisemblance qualifiée (ATF 120 III 87 consid. 3b; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_720/2008 du 3 décembre 2008 consid. 3.2).

Pour apprécier l'existence d'une suspension de paiements, l'autorité de recours doit tenir compte des faits nouveaux (art. 174 al. 2 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 (arrêts du tribunal fédéral 5A\_439/2010 du 11 novembre 2010; 5A\_711/2012 du 17 décembre 2012 consid. 5.2).

Selon la jurisprudence, la notion de suspension de paiement est une notion imprécise qui confère au juge de la faillite un ample pouvoir d'appréciation. La suspension de paiement a été préférée par le législateur à l'insolvabilité parce qu'elle est perceptible extérieurement et, dès lors, plus aisée à constater que l'insolvabilité proprement dite; il s'agit ainsi de faciliter au requérant la preuve de l'insolvabilité (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_439/2010 consid. 4 et références citées, publié in SJ 2011 I 175).

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 (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_439/2010 du 11 novembre 2010 consid. 4, publié in: SJ 2011 I p. 175 ss; ATF 137 III 460 consid. 3.4.1, et références citées).

Le non-paiement de créances de droit public peut constituer un indice de suspension de paiement (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_720/2008 du 3 décembre 2008 consid. 4). Il n'est en tous cas pas arbitraire de conclure à la suspension des paiements 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 favoritisation permanente des créanciers privés au détriment de ceux de droit public (arrêt du Tribunal fédéral précité 5A\_720/2008 du 3 décembre 2008 consid. 4; TF, SJ 2000 I p. 250 et réf. citées).

**5.2** En l'occurrence, le recourant ne remet pas en cause la qualité de créancière de sa partie adverse, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'en débattre (arrêts du Tribunal fédéral 5A\_117/2012 du 12 juillet 2012 consid. 3.2.2 et 3.2.3 et références citées; 5A\_711/2012 du 17 décembre 2012 consid. 5.1).

Selon le recourant, l'intimée ne disposerait toutefois "*d'aucun intérêt digne de protection à revenir sur [sa] parole, c'est-à-dire le contenu de l'accord du 30 avril 2012 souscrit par le recourant*" (observations du 4 mars 2013, paragr. n° 34). Il allègue qu'aux termes de cet accord, l'intimée se serait engagée à ne pas s'opposer à la révocation de la faillite moyennant que l'arriéré de loyer fût intégralement payé, condition qu'il aurait scrupuleusement respectée dans les délais stipulés. La circonstance invoquée par l'intimée, à savoir qu'à la date fixée pour l'état des lieux de sortie les locaux auraient encore été encombrés, ne serait pas pertinente puisque cette circonstance n'aurait pas compté au nombre des conditions stipulées dans ladite convention.

Le recourant perd de vue que le recours a été déposé par lui-même et non la créancière, de sorte que la Cour n'a pas à examiner si cette dernière a un intérêt digne de protection à agir, au sens de l'art. 59 al. 2 let. a CPC. En ordonnant la suspension de la procédure, sur la base de l'art. 126 al. 1 CPC, la Cour n'était en rien liée par un quelconque accord intervenu entre des parties. En demandant, par courrier du 5 février 2013, à la Cour de reprendre l'instance, l'intimée a exercé une prérogative que la Cour aurait pu exercer d'office, de sorte qu'il n'y a pas à examiner, en l'espèce, si les termes de l'accord conclu entre les parties ont été respectés par l'une ou l'autre de celles-ci. Au demeurant, quand bien-même l'intimée avait retiré, après le dépôt du recours, sa requête de faillite sans poursuite préalable, la Cour aurait quoi qu'il en soit dû déterminer si le recourant rendait vraisemblable sa solvabilité (art. 174 al. 1 LP).

Dès lors, seul doit être examiné le bien-fondé du recours.

**5.3** Il convient ainsi d'examiner si le recourant se trouvait en suspension de paiements à l'échéance du délai de recours, délai favorable au débiteur puisqu'il lui était loisible de régler ses dettes même après le prononcé de la faillite (cf. supra, consid. 3.1).

Dans le cas présent, le recourant faisait l'objet, le 13 avril 2012, de dix-neuf poursuites, dont plus de la moitié émanaient de créanciers publics. Il a laissé systématiquement continuer les poursuites émanant d'organismes publics jusqu'au stade de la saisie puis de l'acte de défaut de biens, ces derniers ne pouvant pas requérir la faillite. Parallèlement, il avait formé opposition à l'encontre de ses cinq créanciers privés, parmi lesquels figurait l'intimée. Cette situation dénote un manque de liquidités dépassant à l'évidence la simple gêne passagère et empêchant le recourant d'honorer toutes ses dettes exigibles, y compris celles dont le montant était modeste (par exemple 130 fr. 35 pour une créance de la Caisse cantonale genevoise de compensation se trouvant au stade de la saisie ou 327 fr. 50 pour un acte de défaut de biens). On ne peut dès lors suivre le recourant lorsqu'il allègue qu'il ne laissait pas les petites sommes aller en poursuites.

Le recourant allègue avoir effectué des paiements qui ont éteint un certain nombre de poursuites de 2011. Il indique également avoir payé les créances publiques courantes par le biais de la saisie mensuelle de gains, de 1'370 fr., ordonnée par l'Office des poursuites. Il en déduit qu'il ne laissait pas les poursuites se multiplier et n'opposait pas de refus durable de paiements à ses créanciers.

Il ressort bien au contraire des pièces à la procédure que la situation financière du recourant était loin d'être assainie lors du dépôt du recours. En effet, si le recourant atteste de nombreux paiements à l'Office des poursuites et de l'annulation de diverses poursuites qui figuraient sur ses relevés de 2011, force est de constater que deux poursuites avaient été initiées à son encontre en 2012 et que subsistaient encore quatre actes de défaut de biens, d'un total de 10'631 fr. 15, ce qui démontre, d'une part, que sa trésorerie ne lui permettait pas de régler les dettes anciennes, même d'un montant peu important (327 fr. 50 pour l'acte de défaut de bien le moins élevé), et, d'autre part, que ses perspectives économiques ne pouvaient guère être qualifiées de favorables au vu des poursuites en cours. Au contraire, sa réticence chronique à acquitter même les créances incontestées et exigibles, quand bien-même émaneraient-elles de créanciers publics, et parfois pour de faibles montants, révélait assurément non seulement un manque de trésorerie, mais la réalisation d'une suspension de paiements au sens que la jurisprudence a donné à cette notion.

**5.4** Dans le cadre du large pouvoir d'appréciation qui est le sien, le juge de la faillite pouvait dès lors, au vu de ce qui précède, considérer que la suspension des paiements requise par l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP était réalisée.

Les arguments et les pièces produits durant le délai de recours ne modifient pas cette appréciation, de sorte que le recours, infondé, sera rejeté.

- 6.** La procédure ayant été, en l'espèce, suspendue devant la Cour du 22 mai 2012 au 18 février 2013, soit durant neuf mois, il y a lieu de vérifier si, entretemps, la situation du recourant s'est améliorée.

**6.1** A teneur de l'art. 174 al. 2 LP (applicable par renvoi de l'art. 194 al. 1 LP), l'autorité de recours peut annuler le jugement de faillite lorsque le débiteur rend vraisemblable sa solvabilité et qu'il établit par titre que l'une des conditions suivantes a été remplie : la dette, intérêts et frais compris, a été payée (ch. 1); la totalité du montant à rembourser a été déposée auprès de l'autorité de recours à l'intention du créancier (ch. 2); le créancier a retiré sa réquisition de faillite (ch. 3).

La vraisemblance de la solvabilité signifie que la solvabilité du débiteur doit être plus probable que son insolvabilité. Dans ce domaine, il ne faut pas poser d'exigences trop sévères, en particulier lorsque la viabilité de l'entreprise endettée ne saurait être déniée d'emblée. Il incombe au débiteur d'offrir les moyens de preuve propres à rendre vraisemblable sa solvabilité, c'est-à-dire qu'il dispose de

---

liquidités suffisantes pour acquitter ses dettes exigibles (arrêts du Tribunal fédéral 5A\_118/2012 du 20 avril 2012 consid. 3.1 et 5A\_328/2011 du 11 août 2011 consid. 2, in SJ 2012 I p. 2). Pour rendre vraisemblable qu'il est solvable, le débiteur doit notamment établir qu'aucune requête de faillite dans une poursuite ordinaire ou dans une poursuite pour effets de change n'est pendante contre lui et qu'aucune poursuite exécutoire n'est en cours (arrêts du Tribunal fédéral 5A\_118/2012 du 20 avril 2012 consid. 3.1; 5A\_640/2011 du 4 janvier 2012 consid. 3.1; 5A\_529/2008 du 25 septembre 2008 consid. 3.1; 5P.456/2005 du 17 février 2006 consid. 5.1; 5P.80/2005 du 15 avril 2005 consid. 3.2).

En principe, s'avère insolvable le débiteur qui, par exemple, laisse des comminations de faillite s'accumuler, fait systématiquement opposition et ne paie pas même des montants peu élevés. De simples difficultés passagères de paiements ne font en revanche pas apparaître insolvable le débiteur, à moins qu'il n'y ait aucun indice important permettant d'admettre une amélioration de sa situation financière et qu'il semble manquer de liquidités pour une période indéterminée. L'appréciation de la solvabilité repose sur une impression générale fondée sur les habitudes de paiement du failli (arrêts du Tribunal fédéral 5A\_118/2012 du 20 avril 2012 consid. 3.1 et 5A\_328/2011 du 11 août 2011 consid. 2, publié in SJ 2012 I p. 25).

**6.2** En l'espèce, le relevé des poursuites au 22 mars 2013 comporte vingt poursuites actives pour un montant total de l'ordre de 108'000 fr., et neuf actes de défaut de biens. La situation économique du recourant s'est dès lors péjorée par rapport à celle examinée au 13 avril 2012, soit en moins d'une année.

Avant le prononcé de la faillite, le recourant avait été l'objet d'une procédure d'évacuation pour défaut de paiement de loyer, en 2010, locaux qu'il a libérés fin 2012. Après le 13 avril 2012, il a fait l'objet de douze nouvelles poursuites et au 22 mars 2013, quatre poursuites sont déjà en cours. Le recourant a, en 2012, à nouveau, fait systématiquement opposition aux poursuites émanant de créanciers privés, laissant aller les dettes publiques jusqu'à la saisie puis à la délivrance d'un acte de défaut de biens.

Il a continué à ne pas s'acquitter des créances incontestées et exigibles, même pour de faibles montants. Cela révèle, que les difficultés récurrentes, constatées au moment du dépôt du recours, pour le règlement de certaines charges d'exploitation courantes ont perduré. Le recourant ne dispose à l'évidence toujours pas de liquidités propres pour le paiement des charges de son entreprise. La réalisation d'une suspension de paiements est ainsi toujours d'actualité.

Peu importe dès lors, dans ce contexte, que le recourant invoque avoir, selon un accord pris le 30 avril 2012, réglé l'arriéré de loyers et les indemnités pour occupation illicite dus à l'intimée, dès lors que la jurisprudence considère que le

débiteur ne saurait se soustraire indéfiniment à l'ouverture de la faillite sans poursuite préalable en désintéressant d'une manière sélective ses créanciers (arrêts du Tribunal fédéral 5P.275/2003 du 8 janvier 2004 consid. 5.2.3 et références citées; 5A\_711/2012 du 17 décembre 2012 consid. 5.3).

Au demeurant, le recourant, bien qu'ayant produit copie de versements effectués en 2011, n'a pas rendu vraisemblable la solvabilité qu'il allègue, c'est-à-dire qu'il disposerait de moyens liquides suffisants pour acquitter ses dettes exigibles. Il n'a, par exemple, pas produit, à cette fin, les bilans et comptes de pertes et profits de son entreprise individuelle, ou des situations intermédiaires, ni des extraits de ses comptes bancaires. Il n'a pas non plus donné d'explications sur les nouvelles poursuites intentées par les créanciers à son encontre en 2012 et 2013. Cette absence d'éléments renforce la présomption d'insolvabilité qui se dégage des faits et des pièces figurant au dossier.

**6.3** Au vu de ce qui précède, force est de constater que la solvabilité du recourant n'est pas rendue vraisemblable.

Le recours sera dès lors rejeté.

7. Le recourant fait encore grief au premier juge d'avoir refusé de transmettre le dossier au juge du concordat.

Lors du dépôt de son recours, le 3 avril 2012, le recourant alléguait être dans l'attente de nombreuses entrées financières "*d'ici la libération du local*". Il indiquait avoir environ mille vêtements qui attendaient leurs propriétaires de sorte que, avec une moyenne de 20 fr. par objet, ces vêtements représentaient 77% des poursuites non contestées. En outre, il pouvait compter sur les nombreuses demandes de nettoyage minute pour une rentrée financière permettant d'honorer les autres créanciers. Il considérait que les conditions pour l'octroi d'un concordat étaient réalisées.

Ces allégations ne sont étayées d'aucun titre.

Dans ses observations du 4 mars 2013, postérieures à la suspension de la procédure devant la Cour, le recourant n'a pas apporté d'éléments permettant d'évaluer sa situation après la remise de l'arcade dans laquelle il exerçait son activité, en particulier si les vêtements de ses clients avaient été restitués à ceux-ci et, cas échéant, l'emploi des sommes ainsi obtenues.

Faute d'éléments, la Cour n'est pas en mesure d'examiner, même d'office (art. 255 let. a CPC), ce grief.

En tout état de cause, le recourant n'a pas repris, dans ses dernières écritures du 4 mars 2013, sa conclusion visant à l'octroi d'un concordat.

Le recours sera dès lors rejeté pour ce motif également.

- 8.** Au vu de l'issue de la cause, le sort des frais de première instance ne sera pas revu et les frais judiciaires du recours seront mis à la charge du recourant (art. 106 al. 1 CPC).

Les frais judiciaires sont arrêtés à 800 fr. (art. 52 et 61 OELP), qui comprennent également les émoluments de décision de suspension et de reprise d'instance (ACJC/732/2012 et ACJC/214/2013). Ils sont entièrement compensés avec l'avance fournie (art. 111 al. 1 CPC) qui reste acquise à l'Etat de Genève.

Le recourant sera condamné aux dépens de l'intimée, fixés à 600 fr., débours et TVA compris, en tenant compte du fait que le conseil de celle-ci n'a rédigé que deux courriers dans la présente procédure, l'un pour solliciter la suspension de la procédure, l'autre pour demander sa reprise (art. 95 al. 3 CPC; art. 85, 89 et 90 RTFMC; art. 20, 23 al. 1, 25 et 26 al. 1 LaCC).

- 9.** La présente décision s'inscrit dans une procédure de faillite sujette au recours de droit civil au Tribunal fédéral (art. 72 al. 1 LTF) indépendamment de la valeur litigieuse (art. 74 al. 2 let. d LTF).

\* \* \* \* \*

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

**A la forme :**

Déclare recevable le recours interjeté par A\_\_\_\_\_ contre le jugement JTPI/4036/2012 rendu le 12 mars 2012 par le Tribunal de première instance dans la cause C/17924/2011-4 SFC.

Déclare irrecevable la pièce n° 5 produite par A\_\_\_\_\_.

Déclare irrecevables les pièces n° 16 à 22 déposées par B\_\_\_\_\_.

**Préalablement :**

La requête d'effet suspensif est déclarée sans objet.

**Au fond :**

Rejette le recours.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

**Sur les frais :**

Arrête les frais judiciaires de recours à 800 fr.

Met ces frais à la charge de A\_\_\_\_\_ et dit qu'ils sont couverts par l'avance versée par ce dernier, qui reste acquise à l'Etat.

Condamne A\_\_\_\_\_ à payer 600 fr. à B\_\_\_\_\_, à titre de dépens.

**Siégeant :**

Monsieur Pierre CURTIN, président; Madame Elena SAMPEDRO et Madame Daniela CHIABUDINI, juges; Madame Céline FERREIRA, greffière.

Le président :

Pierre CURTIN

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.*

*Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF : indéterminée.*