

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/21909/2013

ACJC/466/2014

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 11 AVRIL 2014

Entre

A_____, sise c/o **B**_____, _____ Genève, recourante contre un jugement rendu par la 8ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 5 décembre 2013, comparant en personne,

et

B_____, sise _____ (GE), intimée, comparant par Me Jean-Christophe Calmes, avocat, chemin de la Vuachère 2, case postale 595, 1005 Lausanne (VD), 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, au Registre foncier et au Tribunal de première instance le 14.04.2014.

EN FAIT

A. a. Par requête formée le 17 octobre 2013, faisant suite à une commination de faillite notifiée à A_____, poursuite n° 1_____ - portant sur différents montants d'un total de 2'340 fr. plus intérêts et sur des frais de 136 fr. -, B_____ a demandé l'ouverture de la faillite de celle-ci par-devant le Tribunal de première instance.

b. Par plis recommandés du 1^{er} novembre 2013, les parties ont été convoquées par le Tribunal de première instance (ci-après : le Tribunal) à une audience le 5 décembre 2013.

Ledit courrier n'a pas été réclamé par A_____ à l'échéance du délai de garde. Il lui a été réexpédié par pli simple le 12 novembre 2013.

Lors de l'audience précitée, aucune des parties n'était présente ni représentée.

c. A_____ n'ayant fait état d'aucun moyen prévu aux articles 172 et 173 LP, le Tribunal a, par jugement du 5 décembre 2013, (JTPI/16442/2013), communiqué pour notification aux parties le 10 décembre 2013, prononcé à 14h.15 la faillite de A_____ (chiffre 1 du dispositif), arrêté les frais judiciaires à 150 fr. (ch. 2), mis à la charge de la faillie et condamné cette dernière à rembourser ce montant à la B_____ qui en avait fait l'avance (ch. 3 et 4).

B. a. Par acte déposé au greffe de la Cour de justice le 20 décembre 2013, A_____ recourt contre ledit jugement, indiquant l'avoir reçu le 16 décembre 2013, et conclut à son annulation et au rejet de la requête de faillite. Préparatoirement, elle sollicite la suspension de l'effet exécutoire du jugement dont est recours.

Elle allègue être solvable et avoir payé sa dette, intérêts et frais compris. Elle produit à l'appui de son recours une quittance de l'Office des poursuites attestant du paiement le 20 décembre 2013 de la poursuite n° 1_____.

Elle produit également des factures ouvertes adressées à C_____ pour un montant total de 61'232 fr.

b. Par ordonnance du 30 décembre 2013, la Cour a suspendu l'effet exécutoire attaché au jugement entrepris.

c. Par décision du même jour, la Cour a impartit à A_____ un délai au 13 janvier 2014 pour déposer au greffe les pièces justifiant de sa solvabilité (comptes 2011 à ce jour, contrats en cours, etc.) et pour se prononcer sur l'état des poursuites en cours selon la liste annexée à la décision.

d. D'après un extrait des poursuites au 30 décembre 2013, A_____ faisait l'objet de nombreuses poursuites (39) pour un montant total de plus de 132'000 fr.

e. Par lettre du 13 janvier 2014, A_____ a fait parvenir à la Cour ses bilans 2011, 2012 et au 30 septembre 2013. A la teneur de ceux-ci, A_____ faisait l'objet de pertes en 2011 et 2012 de respectivement 67'125 fr. et 372 fr. En outre, selon le bilan intermédiaire au 30 septembre 2013, elle avait réalisé un bénéfice de 15'042 fr.

Elle a exposé avoir fait notifier un commandement de payer à C_____ pour les deux factures ouvertes déjà produites. Elle a également indiqué que deux sociétés lui donnaient du travail en sous-traitance. Elle a enfin précisé que les poursuites de l'OCAS avaient été payées par un "prélèvement de l'Office des poursuites sur son compte", que la poursuite de D_____ avait fait l'objet d'une opposition de sa part et qu'une plainte avait été déposée contre lui.

f. Par courrier du 20 janvier 2014, la B_____ a informé le Tribunal de première instance du retrait de sa requête de faillite à l'encontre de A_____. Ce courrier a été transmis à la Cour le 24 janvier 2014.

g. Par courrier du 31 janvier 2014, la Cour a accordé un nouveau délai au 30 janvier 2014 à A_____ pour qu'elle se détermine dans un délai de dix jours, à réception du courrier, sur ses poursuites en cours. Cette dernière n'y a pas donné suite.

h. Les parties ont été informées, par plis du 4 mars 2014, que la cause avait été gardée à juger.

C. Par arrêt du 31 octobre 2013 (ACJC/1277/2013), cause C/15494/2013, la Cour a annulé un jugement prononçant la faillite de A_____ à la requête de la B_____, tout en attirant expressément l'attention de celle-ci sur le fait qu'une nouvelle faillite la concernant, qui serait prononcée postérieurement à la réception de l'arrêt, ne serait plus rétractée, sauf si elle prouvait sa solvabilité par pièces jointes au recours.

EN DROIT

1. 1.1 Les décisions rendues en matière de faillite sont soumises à la procédure sommaire (art. 251 let. a CPC).

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), c'est la voie du recours qui est dès lors ouverte contre une telle décision (art. 319 let. a CPC).

1.2 A teneur de l'art. 321 al. 1 et 2 CPC, le recours, écrit et motivé, est introduit auprès de l'instance de recours, pour les décisions prises en procédure sommaire,

dans le délai de dix jours à compter de la notification de la décision motivée (cf. aussi art. 174 al. 1, 1^{ère} phrase, LP).

En l'occurrence, le recours a été déposé dans le délai et selon la forme prescrits par la loi, de sorte qu'il est formellement recevable.

- 2. 2.1** Dans le cadre d'un recours, le pouvoir d'examen de la Cour est limité à la violation du droit et à la constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC).

D'après l'art. 174 al. 1, 2^{ème} phrase LP, les parties peuvent faire valoir devant l'instance de recours des faits nouveaux qui se sont produits avec le jugement de première instance ("pseudo-nova"), pourvu que le requérant les fasse valoir dans le délai de recours (COMETTA, in Commentaire romand LP, 2005, n. 5 ad art. 174 LP). Le débiteur peut également présenter des faits et moyens de preuve postérieurs au jugement de faillite ("vrai nova"), pour autant qu'ils servent à établir que les conditions de l'art. 174 al. 2 LP sont remplies (COMETTA, op. cit., n. 6 ad art. 174 LP).

2.2 En l'espèce, les pièces nouvelles produites par la recourante concernent tant les faits survenus avant le prononcé de la faillite par le Tribunal de première instance, mais que le premier juge n'a pas connus, que des faits nouveaux. Leur dépôt a par ailleurs été ordonné par la Cour, de sorte qu'elles sont recevables.

- 3. 3.1** A teneur de l'art. 133 CPC, la citation indique notamment le nom et l'adresse de la personne citée à comparaître (art. 133 let. a CPC).

La citation doit être adressée au lieu de domicile de la personne physique devant être citée, à défaut à son lieu de résidence (art. 11 CPC). Si la personne concernée indique une autre adresse au Tribunal, c'est à cette adresse que les actes lui seront notifiés, indépendamment de son domicile légal. Si une personne change de domicile ou d'adresse de notification en cours de procédure, il lui revient d'informer le tribunal ; à défaut, celui-ci peut continuer d'adresser le pli à la même adresse (BOHNET, in CPC, Code de procédure civile commenté, BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, [éd.], 2011, n. 9 ad art. 133 CPC).

Les dispositions relatives à la citation sont complétées par celles relatives à la notification judiciaire (art. 136 et ss CPC). L'art. 138 al. 2 CPC prévoit que l'acte peut être valablement notifié par sa remise à un employé du destinataire ou à une personne d'au moins 16 ans faisant ménage avec lui.

Selon l'art. 138 al. 3 let. a CPC, l'acte est réputé notifié, qu'il s'agisse d'une citation ou d'une décision, en cas d'envoi recommandé, lorsque celui-ci n'a pas été retiré à l'expiration d'un délai de sept jours à compter de l'échec de la remise, si le destinataire devait s'attendre à recevoir la notification. Cette disposition est la

codification de la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la fiction de notification (BOHNET/BRÜGGER, La notification en procédure civile suisse, RDS 2010 I p. 291 ss, p. 315-316).

La fiction de notification valant en cas d'envoi recommandé ne s'applique pas à l'avis de l'audience de faillite (art. 168 LP; ATF 138 III 225 consid. 3). En effet, comme le prévoit expressément l'art. 138 al. 3 let. a CPC, un acte judiciaire ne peut être réputé notifié que si son destinataire devait s'attendre à le recevoir. Un rapport procédural, qui impose aux parties de se comporter conformément aux règles de la bonne foi, soit, notamment, de se préoccuper de ce que les actes judiciaires concernant la procédure puissent leur être notifiés, ne prend toutefois naissance qu'à partir de la litispendance (ATF 138 III 225 consid. 3.1; 130 III 396 consid. 1.2.3 et les références; arrêt du Tribunal fédéral 5D_130/2011 du 22 septembre 2011 consid. 2.1, publié in Pra 2012 (42) 300). Or, la procédure tendant au prononcé de la faillite est une nouvelle procédure par rapport aux étapes précédentes y menant. Elle ne fait automatiquement suite ni à la procédure préalable, ni à la commination de faillite (art. 159 ss LP). Ainsi, la procédure de faillite n'est pendante qu'à partir de la réquisition de faillite et le devoir des parties de se comporter selon la bonne foi ne naît qu'après la création du rapport de procédure en découlant (ATF 138 III 225 consid. 3.2, arrêt du Tribunal fédéral 5A_466/2012 du 4 septembre 2012 consid. 4.1.1).

3.2 L'avis aux parties de l'audience de faillite avant la tenue de celle-ci (art. 168 LP) est une condition formelle de la décision de faillite. Si cet avis n'a pas lieu, le droit des parties d'être entendues, protégé par l'art. 29 al. 2 Cst., est violé, car il découle de ce droit notamment le droit d'être cité régulièrement aux débats. Cette garantie a pour but d'assurer à chaque partie le droit de ne pas être condamnée sans avoir été mise en mesure de défendre ses intérêts (ATF 131 I 185 consid. 2.1; 117 Ib 347 consid. 2b/bb et les références). En particulier, le débiteur est privé de la possibilité de prouver les faits qui doivent conduire au rejet de la réquisition de faillite (art. 172 LP). L'atteinte causée par le défaut d'une citation valablement notifiée est d'une gravité telle qu'elle ne peut pas être réparée devant l'instance de recours; si cette atteinte est réalisée, la cause doit être renvoyée à l'autorité de première instance (ATF 138 III 225 consid. 3.3 et les références; arrêt du Tribunal fédéral 5A_466/2012 du 4 septembre 2012 consid. 4.1.2)).

Selon la jurisprudence, la nullité d'un jugement doit être relevée d'office, en tout temps et par toutes les autorités chargées d'appliquer le droit. C'est en particulier le cas quand la personne concernée par une décision, à défaut d'avoir été citée, ignore tout de la procédure ouverte à son encontre et, partant, n'a pas eu l'occasion d'y prendre part (ATF 129 I 361 consid. 2.1; 122 I 97 c. 3a/aa).

3.3 Dans le cas présent, la citation à l'audience du 5 décembre 2013 a été adressée à la recourante par pli recommandé du 1^{er} novembre 2013, non réclamé par celle-

ci dans le délai de garde et retourné au Tribunal, et lui a été réexpédiée par pli simple du 12 novembre 2013.

Conformément à la jurisprudence rappelée ci-avant, la recourante ne devait pas s'attendre à recevoir une notification du Tribunal, en dépit de la commination de faillite qui lui a été adressée par les autorités de poursuite. La fiction de notification ne s'applique donc pas, faute de rapport procédural préexistant. Il n'est pour le surplus pas établi que la recourante a reçu le pli simple qui lui a été adressé postérieurement.

Il y a dès lors lieu de considérer que la recourante n'a pas valablement été avisée de la tenue de l'audience et partant son droit d'être entendue a été violé.

N'examinant pas le fond de la cause en tant que tel avec plein pouvoir de cognition, mais seulement le jugement entrepris, la Cour n'est pas habilitée à remédier à ces violations. L'atteinte consacrée par le défaut de citation valablement notifiée est d'une gravité telle qu'elle ne peut pas être réparée devant l'instance de recours.

La décision de faillite doit donc être annulée et la cause renvoyée au premier juge pour qu'il convoque une audience de faillite prévue par l'art. 168 LP.

4. Selon l'art. 104 al. 1 CPC, le Tribunal statue sur les frais en règle générale dans la décision finale. Compte tenu du renvoi de la cause au Tribunal, le sort des frais de première instance sera réglé avec le jugement final (art. 104 al. 1 et art. 318 al. 3 CPC).

En vertu de l'art. 61 al. 1 OELP, la juridiction supérieure à laquelle sont déférées les décisions rendues dans une procédure sommaire en matière de poursuite (art. 251 CPC) peut prélever un émolument n'excédant pas une fois et demie l'émolument que peut prélever l'autorité de première instance.

Les frais judiciaires qui ne sont pas imputables aux parties ni aux tiers peuvent être mis à la charge du canton si l'équité l'exige (art. 107 al. 2 CPC).

Les frais judiciaires de première instance ayant été fixés à 150 fr., l'émolument de décision d'appel sera fixé à 220 fr. Compte tenu de l'issue du recours et l'intimée ne s'étant pas opposée au recours, il se justifie de mettre les frais à la charge du canton. L'avance de frais versée par la recourante lui sera en conséquence restituée.

Il ne sera pour le surplus pas alloué de dépens (art. 105 al. 1 et 2 CPC).

5. 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 le 20 décembre 2013 par A_____ contre le jugement JTPI/16442/2013 rendu le 5 décembre 2013 par le Tribunal de première instance dans la cause C/21909/2013-8 SFC.

Au fond :

Admet le recours et annule ledit jugement.

Renvoie la cause au Tribunal de première instance pour instruction au sens des considérants et nouvelle décision.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires à 220 fr. et les met à la charge de l'Etat.

Invite en conséquence l'Etat, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire à restituer 220 fr. à A_____.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

Siégeant :

Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, présidente; Madame Elena SAMPEDRO et Monsieur Laurent RIEBEN, juges; Madame Céline FERREIRA, greffière.

La présidente :

Nathalie LANDRY-BARTHE

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 supérieure ou égale à 30'000 fr.