REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/23567/2021 **ACJC/779/2022**

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 3 JUIN 2022

Entre

A_____ SÀRL, sise _____, recourante contre un jugement rendu par la 8ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 17 janvier 2022, comparant en personne,

et

FONDATION COLLECTIVE B_____, Recouvrement juridique LPP, sise _____, intimée, comparant en personne.

Le présent arrêt est communiqué aux parties, ainsi qu'à l'Office des faillites, à l'Office des poursuites, au Registre du commerce et au Registre foncier, par plis recommandés du 8 juin 2022.

EN FAIT

A. Par jugement JTPI/562/2002 du 17 janvier 2022, le Tribunal de première instance, statuant par voie de procédure sommaire, a déclaré A_____ SARL en état de faillite dès le même jour à 14:15 heures (chiffre 1 du dispositif), arrêté les frais judiciaires à 200 fr., compensés avec l'avance effectuée par FONDATION COLLECTIVE B_____ (ch. 2), mis à la charge de la première, condamnée à les verser à la seconde qui en avait fait l'avance (ch. 3).

B. **a.** Par acte déposé à la Cour de justice le 28 janvier 2022, A_____ SARL forme recours contre ce jugement, qu'elle a reçu le 26 janvier 2022, concluant à son annulation et au rejet de la requête de faillite.

Elle fait valoir qu'elle est solvable et produit un courrier de FONDATION COLLECTIVE B_____ du 26 janvier 2022, dans lequel celle-ci confirme avoir accordé un plan de paiement à sa débitrice et être d'accord avec une annulation de la faillite.

b. Par arrêt présidentiel du 3 février 2022, la Cour a accordé la suspension de l'effet exécutoire attaché au jugement entrepris ainsi que la suspension des effets juridiques de l'ouverture de la faillite.

c. FONDATION COLLECTIVE B_____ ne s'est pas déterminée sur le recours dans le délai imparti à cette fin par la Cour.

d. Les parties ont été informées par courrier du greffe de la Cour du 29 mars 2022 de ce que la cause était gardée à juger.

C. **a.** Le 23 mars 2021, un commandement de payer, poursuite n° 1_____ a été notifié à A_____ SARL, à la requête de FONDATION COLLECTIVE B_____, portant sur la somme en capital de 22'241 fr. 20, due au titre de "Contrat d'adhésion Fondation collective B_____ nr. 2_____, Prime LPP prestation de libre passage suite à la résiliation au 30.09.2020". Il n'y a pas été formé opposition.

b. Par acte expédié au Tribunal le 2 décembre 2021, FONDATION COLLECTIVE B_____ a requis la faillite de A_____ SARL, dans le cadre de la poursuite précitée.

c. Par pli recommandé du 14 décembre 2021, les parties ont été citées à comparaitre à une audience devant se tenir le 17 janvier 2022.

Le pli adressé à A_____ SARL, revenu "non réclamé", a été réexpédié à son destinataire par courrier simple le 3 janvier 2022.

d. Lors de l'audience devant le Tribunal du 17 janvier 2022, aucune des parties n'était présente ni représentée.

EN DROIT

1. **1.1.1** S'agissant d'une procédure de faillite, seule la voie du recours est ouverte (art. 309 let. b ch. 7 et 319 let. a CPC; art. 174 al. 1, art. 194 al. 1 LP).

Le recours doit être interjeté dans le délai de dix jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 321 al. 1 et 2 CPC).

1.1.2 Les citations, les ordonnances et les décisions sont notifiées par envoi recommandé ou d'une autre manière contre accusé de réception (art. 138 al. 1 CPC).

L'acte est réputé notifié, 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 (art. 138 al. 3 let. a CPC).

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).

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).

La nullité doit être constatée d'office, en tout temps et par l'ensemble des autorités étatiques; elle peut aussi être constatée en procédure de recours (ATF 137 III 217 consid. 2.4.3; 132 II 342 consid. 2.1; 122 I 97 consid. 3a), y compris en dépit de l'irrecevabilité éventuelle du recours (arrêt du Tribunal fédéral 7B_20/2005 du 14 septembre 2005 consid. 1.3 non publié aux ATF 131 III 652).

1.2 En l'espèce, le pli recommandé contenant la citation à comparaître à l'audience du Tribunal n'est pas parvenu en mains de la recourante. Or, l'avis aux parties de l'audience de faillite avant la tenue de celle-ci est une condition formelle de la décision de faillite.

Il résulte de ce qui précède que le droit d'être entendu de la recourante a été violé puisqu'elle n'a pas été valablement convoquée à l'audience du 17 janvier 2022 et qu'elle a ainsi été privée de la possibilité de faire valoir ses arguments devant le Tribunal.

La violation du droit d'être entendu de la recourante ne peut pas être réparée dans le cadre du présent recours, la Cour ne disposant pas d'un pouvoir d'examen complet.

Il résulte de ce qui précède que la décision querellée sera annulée, sans préjudice de la recevabilité du recours, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'examiner plus avant ce point.

La cause ne sera pas renvoyée au Tribunal, l'intimée ayant implicitement renoncé à requérir la faillite, dans son courrier du 26 janvier 2022.

2. **2.1** 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).

2.2 En l'espèce, les frais judiciaires de première et seconde instance, arrêtés à respectivement 200 fr. et 220 fr. (art. 52 et 61 OELP), seront mis à la charge du canton, compte tenu de l'issue du recours, et restitués aux parties.

Il ne sera pour le surplus pas alloué de dépens (art. 105 al. 1 et 2 CPC), l'intimée n'ayant pas comparu devant le Tribunal et ne s'étant pas déterminée devant la Cour.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

Annule le jugement JTPI/562/2022 rendu le 17 janvier 2022 par le Tribunal de première instance dans la cause C/23567/2021-8 SFC.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais de première instance et seconde instance à 420 fr. au total et les met à la charge de l'Etat de Genève.

Invite les Services financiers du Pouvoir judiciaire à restituer 200 fr. à FONDATION COLLECTIVE B_____ à titre de remboursement des frais de première instance.

Invite les Services financiers du Pouvoir judiciaire à restituer 220 fr. à A_____ SARL à titre de remboursement des frais de seconde instance.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

Siégeant :

Madame Pauline ERARD, présidente; Madame Sylvie DROIN, Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, juges; Madame Mélanie DE RESENDE PEREIRA, greffière.

La présidente :	La greffière :
Pauline ERARD	Mélanie DE RESENDE PEREIRA

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.