Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5P.266/2003 /frs

Arrêt du 20 octobre 2003
IIe Cour civile

Composition
MM. et Mme les Juges Raselli, Président,
Escher et Meyer.
Greffier: M. Braconi.

Parties
A.Y._____,
recourant, représenté par Me Jacques Roulet, avocat, boulevard des Philosophes 14, 1205 Genève,

contre

SI X._____,
boulevard Georges-Favon 19, 1204 Genève,
intimée, représentée par Me Nicolas Riedo, avocat,
rue du Mont-de-Sion 8, 1206 Genève,
1ère Section de la Cour de justice du canton de Genève, place du Bourg-de-Four 1, case postale 3108, 1211 Genève 3,

Office des faillites de Genève, 1227 Carouge GE.

Objet
art. 9 Cst. (notification de la commination de faillite),

recours de droit public contre l'arrêt de la 1ère Section de la Cour de justice du canton de Genève du 5 juin 2003.

Faits:
A.
Par jugement du 20 mars 2000, le Tribunal des baux et loyers du canton de Genève a condamné B.Y._____ à payer à la SI X._____ la somme de 10'000 fr. par mois du 1er février 1999 jusqu'à ce qu'elle évacue de sa personne et de ses biens l'hôtel et le bar-restaurant sis rue X._____ à Genève; l'intéressée a quitté les locaux le 4 février 2002.

Le 16 janvier 2002, A.Y._____, époux de la prénommée, a requis son inscription au registre du commerce en qualité de chef de maison d'une entreprise individuelle, par la «reprise de l'actif et du passif de l'entreprise individuelle B.Y._____ »; l'inscription a été opérée dans le journal le 17 janvier 2002, et publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce le 23 janvier suivant.
B.
Le 6 mars 2002, la SI X._____ a fait notifier à A.Y._____, «au vu de la reprise de l'actif et du passif de l'entreprise individuelle B.Y._____», un commandement de payer la somme de 210'000 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 1er décembre 2000 à titre d'indemnités pour occupation illicite de l'immeuble situé rue X._____ de février 2000 à novembre 2001; cet acte a été frappé d'opposition.

Le 11 juin 2002, le Tribunal de première instance de Genève a levé définitivement l'opposition au commandement de payer. Ce prononcé a été confirmé le 8 août 2002 par la 1ère Section de la Cour de justice du canton

de Genève.
C.
Le 13 janvier 2003, l'office des poursuites a notifié à «Mme B.Y._____» une commination de faillite pour le compte de son mari. Sur l'intervention du mandataire de celui-ci, l'office a procédé le 1er avril suivant à une nouvelle notification «[qui]remplace celle effectuée le 13 janvier dernier, laquelle a été annulée pour irrespect de la procédure en matière de poursuite», car il est apparu qu'elle avait eu lieu «par voie postale après avoir obtenu l'accord par téléphone de l'épouse du débiteur».
D.
Le 5 février 2003, la poursuivante a requis l'ouverture de la faillite de A.Y._____.
Par jugement du 4 mars 2003, le Tribunal de première instance de Genève a déclaré la faillite, avec effet dès ce jour à 14 h. 20. Statuant le 5 juin 2003 sur l'appel interjeté par le débiteur, la 1ère Section de la Cour de justice du canton de Genève a confirmé ce jugement.
E.
Agissant par la voie du recours de droit public au Tribunal fédéral pour violation des art. 5, 9 et 26 Cst., A.Y._____ conclut à l'annulation de cet arrêt.

L'intimée propose le rejet du recours; l'autorité cantonale se réfère aux considérants de sa décision.
F.
Par ordonnance du 25 août 2003, le Président de la cour de céans a attribué l'effet suspensif au recours.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Déposé à temps contre une décision qui confirme en dernière instance cantonale la faillite du débiteur (ATF 119 III 49 consid. 2 p. 51; 118 III 4 consid. 1 p. 5 et les citations), le présent recours est ouvert du chef des art. 84 al. 2, 86 al. 1, 87 et 89 al. 1 OJ.
2.
L'art. 5 al. 1 et 3 Cst. ne consacre pas un droit constitutionnel du citoyen au sens de l'art. 84 al. 1 let. a OJ; c'est l'art. 9 Cst. qui sanctionne le principe de la bonne foi (ATF 129 I 161 consid. 2.1; Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. II, p. 542 n°1117). Quant au moyen tiré de la garantie de la propriété (art. 26 Cst.), il n'a pas de portée propre en l'occurrence, car l'atteinte portée à la «libre disposition des biens» constitue un effet légal de la faillite (cf. art. 197 al. 1 et 204 al. 1 LP), dont l'ouverture est critiquée au titre de la protection contre l'arbitraire (art. 9 Cst.).
3.
En substance, le recourant fait valoir que la première notification de la commination de faillite était «nulle», faute de satisfaire aux exigences de l'art. 64 LP, en sorte que sa faillite ne pouvait être prononcée; cela d'autant plus que l'office des poursuites compétent, s'étant avisé de l'irrégularité, a révoqué l'acte en question et l'a notifié à nouveau. Dans ces conditions, la Cour de justice devait constater que la faillite avait été ouverte sur la base d'une commination de faillite «inexistante» et, par conséquent, annuler le jugement déclaratif; elle ne pouvait, sauf à commettre arbitraire, se substituer à l'office, et déclarer «nulles et non avenues» tant la révocation de la première notification que la seconde communication de l'acte.
3.1 D'après la jurisprudence, une notification viciée n'entraîne pas la nullité de l'acte de poursuite lorsque le poursuivi a eu connaissance de son contenu (ATF 128 III 101 consid. 1b p. 103; 120 III 114 consid. 3b p. 116; Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, vol. I, n. 25 ss ad art. 64-66 LP et les citations). Le recourant ne soutient pas que l'autorité cantonale serait tombée dans l'arbitraire en appliquant ce principe à la notification de la commination de faillite (art. 161 LP).

En l'espèce, la cour cantonale a constaté que le recourant connaissait, en se présentant à l'audience en première instance, les circonstances dans lesquelles la commination de faillite qui lui était destinée avait été notifiée, fût-ce d'une manière irrégulière, à son épouse; et de conclure que le vice «avait été réparé par la connaissance qu'il avait eue de la notification et par le fait que l'acte lui était finalement parvenu». Or, le recourant se contente, pour l'essentiel, de rappeler la façon dont a eu lieu la notification litigieuse - qui n'est, d'ailleurs, nullement remise en cause par la juridiction précédente - et à réaffirmer que le non-respect des exigences posées à l'art. 64 LP entraîne la nullité de l'acte, mais il ne s'en prend pas aux motifs de la décision attaquée; insuffisamment

motivé, le recours est par conséquent irrecevable sur ce point (art. 90 al. 1 let. b OJ; ATF 128 I 295 consid. 7a p. 312; 125 I 492 consid. 1b p. 495). Vu le principe énoncé ci-dessus, il n'est donc pas arbitraire d'avoir admis que la notification de la commination de faillite n'était pas affectée de nullité.
3.2 Aux termes de l'art. 172 ch. 1 LP, le juge doit rejeter la réquisition de faillite lorsque l'autorité de surveillance a annulé - sur plainte ou d'office - la commination; la loi vise le cas où la décision de l'autorité de surveillance est antérieure à l'audience de faillite (Gilliéron, op. cit., vol. III, n. 10 ad art. 172 LP). Le juge de la faillite est lié par une telle décision, dont il ne peut revoir le bien-fondé (Blumenstein, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, p. 576; Baumann, Die Konkurseröffnung nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, thèse Zurich 1979, p. 117; Giroud, Kommentar zum SchKG, vol II, n. 4 ad art. 172 LP; en général: Lorandi, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, n. 152 ad art. 22 LP et les citations).
En soi, rien ne paraît s'opposer à une application (par analogie) de la disposition précitée lorsque la commination de faillite est révoquée par l'office des poursuites qui l'a notifiée (cf. sur la révocation des actes de poursuite en général: Lorandi, op. cit., n. 301 ss ad art. 17 LP; Weiss, Nichtigkeit, Anfechtbarkeit und Widerruf von Betreibungshandlungen, thèse Zurich 1957, p. 54 ss). C'est alors au poursuivant qu'il appartient d'entreprendre cette décision par la voie de la plainte, en faisant valoir que les conditions de la révocation n'étaient pas réalisées (ATF 88 III 12 consid. 1 p. 14 et la jurisprudence citée), faute de quoi elle devient définitive et lie le juge de la faillite.
3.3 Dans le cas présent, la révocation et la nouvelle notification de la commination de faillite sont intervenues après l'ouverture de la faillite en première instance; à strictement parler, il ne s'agit dès lors pas de pseudo-nova au sens de l'art. 174 al. 1 LP (à ce sujet: Brönnimann, Novenrecht und Weiterziehung des Entscheides des Konkursgerichtes gemäss Art. 174 E SchKG, in: FS Walder, p. 435/436 et 443). Lorsque la commination est annulée postérieurement à la déclaration de faillite, doctrine et jurisprudence s'accordent à dire que c'est l'exécution du jugement déclaratif qui doit être refusée (Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs II/1893 n°2 p. 4 ss; ZBJV XXIX/1893 p. 433; Blumenstein, op. cit., p. 576/577 n. 50; Jaeger/ Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vol. II, n. 7 ad art. 172 LP). Dans le prolongement des considérations qui précèdent (cf. consid. 3.2), on pourrait appliquer la même solution dans l'hypothèse où ledit acte est révoqué (définitivement) par l'office des poursuites. Quoi qu'il en soit, un motif y fait obstacle en l'espèce.
Il ressort des constatations, non critiquées, de l'arrêt attaqué (ATF 125 III 45 consid. 3 et la jurisprudence citée) que l'office des poursuites a révoqué la commination de faillite alors que le délai pour porter plainte était largement échu (cf. art. 17 al. 2 LP). Ce procédé n'est toutefois admissible que si la mesure est nulle (ATF 97 III 3 consid. 2 p. 5; 88 III 12 consid. 1 p. 14/15; 78 III 49 consid. 1 p. 51); or, comme on l'a vu, tel n'est pas le cas ici (cf. supra, consid. 3.1). Du reste, l'office ne l'a jamais prétendu explicitement: après avoir estimé que la «notification de cet acte de poursuite n'a[vait]pas été faite de manière régulière», il l'a annulée «pour irrespect de la procédure en matière de poursuite», avant de procéder à une nouvelle notification. Il s'ensuit que, en tenant cette opération pour nulle, l'autorité cantonale n'est pas tombée dans l'arbitraire (ATF 97 III 3 consid. 2 p. 5/6; 78 III 49 consid. 1 p. 53).
4.
En conclusion, le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable, avec suite de frais et dépens à la charge de son auteur (art. 156 al. 1 et 159 al. 1 OJ).

L'effet suspensif ayant été accordé, l'ouverture de la faillite prend date à compter du présent arrêt (ATF 118 III 37 consid. 2b p. 39).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.
2.
La faillite du recourant prend effet le 20 octobre 2003 à 15 h. 00.
3.
Un émolument judiciaire de 2'000 fr. est mis à la charge du recourant.
4.
Le recourant versera à l'intimée une indemnité de 3'000 fr. à titre de dépens.

5.
Le présent arrêt est communiqué en copie aux mandataires des parties, à la 1ère Section de la Cour de justice du canton de Genève ainsi qu'à l'Office des faillites de Genève.
Lausanne, le 20 octobre 2003
Au nom de la IIe Cour civile
du Tribunal fédéral suisse
Le Président: Le Greffier: