

# **BGer 5A 699/2019 vom 30. März 2020**

Bundesgericht, 2020-03-30, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_699\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_699_2019)

FR: TF 5A 699/2019 du 30 mars 2020

IT: TF 5A 699/2019 del 30 marzo 2020

## **Regeste**

reconnaissance de l'état de collocation étranger | Droit des poursuites et faillites

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

La décision relative à la reconnaissance en Suisse d'un jugement étranger qui actualise l'équivalent de l'état de collocation d'une faillite en droit suisse est une décision sur l'entraide judiciaire en matière civile, qui est susceptible d'un recours en matière civile en vertu de l'art. 72 al. 2 let. b ch. 1 LTF. En tant qu'il est formé en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ) et selon les formes prévues par la loi ( art. 42 al. 2 LTF ) contre une décision finale ( art. 90 LTF ), rendue sur recours par le tribunal supérieur du canton ( art. 75 LTF ), le recours est en principe recevable, et ce indépendamment de la valeur litigieuse ( art. 74 al. 2 let. d LTF; arrêt 5A\_450/2013 du 6 juin 2014 consid. 1.1 et les références, non publié aux ATF 140 III 379 ). Par ailleurs, l'arrêt attaqué déclarant irrecevable le recours cantonal, c'est à raison que, par exception à l'exigence de conclusions réformatoires, la recourante prend des conclusions purement cassatoires. En effet, le Tribunal fédéral, en cas d'admission du recours, ne serait de toute manière pas en situation de statuer lui-même sur le fond et ne pourrait que renvoyer la cause à l'autorité cantonale ( ATF 134 III 379 consid. 1.3; 133 III 489 consid. 3.1; 130 III 136 consid. 1.2).

### **E. 2.1**

Le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 s. LTF. Le Tribunal fédéral applique le droit d'office ( art. 106 al. 1 LTF ), sans être lié ni par l'argumentation juridique de l'autorité précédente, ni par les moyens des parties; il peut donc admettre le recours en se fondant sur d'autres arguments que ceux invoqués par le recourant, comme il peut le rejeter en opérant une substitution de motifs ( ATF 144 III 462 consid. 3.2.3; 141 III 426 consid. 2.4 et les références). Cela étant, eu égard à l'exigence de motivation contenue à l'art. 42 al. 1 et 2 LTF, il n'examine en principe que les griefs soulevés ( ATF 142 III 364 consid. 2.4 et les références). Le recourant doit par conséquent discuter les motifs de la décision entreprise et indiquer précisément en quoi il estime que l'autorité précédente a méconnu le droit ( ATF 142 I 99 consid. 1.7.1; 142 III 364 consid. 2.4 et la référence). Il ne connaît, en outre, de la violation de droits fondamentaux que si un tel grief a été expressément invoqué et motivé de manière claire et détaillée (principe d'allégation; art. 106 al. 2 LTF ; ATF 143 II 283 consid. 1.2.2; 142 II 369 consid. 2.1).

### **E. 2.2.1**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Il ne peut s'en écarter que si ces faits ont été établis de façon manifestement inexacte,

c'est-à-dire arbitraire au sens de l' art. 9 Cst. ( ATF 140 III 115 consid. 2; 137 I 58 consid. 4.1.2), ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF ( art. 105 al. 2 LTF ), et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause ( art. 97 al. 1 LTF ). Il peut en outre compléter d'office les constatations de fait aux conditions de l' art. 105 al. 2 LTF , notamment sur la base du jugement de première instance, lorsque celles-ci sont lacunaires (arrêts 4A\_98/2016 du 22 août 2016 consid. 1.2; 4A\_398/2015 du 19 mai 2016 consid. 1, non publié aux ATF 142 III 369 ; 5A\_639/2014 du 8 septembre 2015 consid. 2.2.1 et 2.2.2). Le recourant qui soutient que les faits ont été établis d'une manière manifestement inexacte ( art. 97 al. 1 LTF ) doit satisfaire au principe d'allégation susmentionné (cf. supra consid. 2.1), soit expressément soulever et exposer de façon claire et détaillée son grief.

### **E. 2.2.2**

En l'espèce, au vu de ce qui précède, il ne sera tenu compte du bref rappel des faits et de l'"état de fait déterminant " présentés par la recourante que dans la mesure où ils ne s'écartent pas des faits constatés dans l'arrêt attaqué. Ceux-ci ont été au demeurant complétés d'office sur la base du dossier cantonal ( art. 105 al. 2 LTF ) et de la publication dans la Feuille d'avis officielle qui constitue un fait notoire. Dans cette mesure, le grief d'arbitraire dans la constatation des faits que la recourante soulève en affirmant qu'elle a été citée personnellement, par courrier recommandé, à l'audience du 24 septembre 2018 est sans objet. Cette citation ressort du jugement de première instance et des pièces du dossier. Au demeurant, ce fait n'a pas d'incidence sur le sort de la cause (cf. infra consid. 4.2).

### **E. 3.1**

L'autorité cantonale a jugé qu'aucune disposition de la LDIP ne prévoyait que le jugement rendu à l'issue de la procédure de reconnaissance de l'état de collocation étranger devait être notifié personnellement aux créanciers entendus dans ce cadre et qu'une notification par voie édictale aux tiers, soit à tous les créanciers, était suffisante comme en matière de citation à l'audience (cf. art. 173 al. 3 LDIP ). Elle a ensuite considéré que la recourante devait s'attendre à une publication dans la Feuille d'avis officielle et prendre toutes dispositions utiles si elle souhaitait recourir contre le jugement. Le délai de dix jours pour recourir venant à échéance le 18 février 2019, l'acte étant réputé notifié le jour de la publication, le recours était irrecevable. Elle a encore ajouté qu'on ne pouvait reprocher au tribunal un quelconque manquement de sorte que la recourante ne pourrait invoquer le principe de la bonne foi.

### **E. 3.2**

La recourante invoque la violation de l' art. 141 CPC au motif que la notification par voie édictale du jugement de première instance est irrégulière, les conditions de ce mode de communication n'étant pas réunies et les règles de la LDIP ne prévoyant pas celui-ci pour la communication des jugements, étant encore précisé qu'elle avait été convoquée personnellement à l'audience de première instance. La recourante invoque à titre subsidiaire la violation du principe de la bonne foi, s'il était retenu que les règles du CPC ne s'appliquent pas à la notification de la décision sur la reconnaissance de l'état de collocation étranger. Elle relève à cet égard que seules D.\_\_\_\_\_ SA et elle-même ont été citées par le tribunal en qualité de créanciers concernés. Le cercle des parties prenantes à la procédure était donc défini et, au vu du mode de communication utilisé pour la convoquer à l'audience, elle pouvait raisonnablement s'attendre à se voir notifier personnellement le jugement. Cela valait d'autant plus que, lors de l'appel téléphonique au greffe du 31 janvier 2019, il lui avait

été expressément demandé de s'adresser par écrit au tribunal pour requérir la notification du jugement. Elle conclut qu'elle ne saurait subir un préjudice du fait du comportement du tribunal et que l'autorité cantonale aurait dû entrer en matière sur son recours.

### **E. 3.3**

L'intimée relève tout d'abord que la requête tendant à la reconnaissance de l'état de collocation étranger n'était dirigée contre aucune partie adverse, et que, même s'il avait également convoqué par courrier les deux créancières suisses, le tribunal avait fait paraître dans la Feuille d'avis officielle une convocation à l'audience. Le simple fait que des tiers aient été auditionnés ne leur conférait aucun droit procédural. La convocation à l'audience par voie édictale étant suffisante, la notification du jugement devait pouvoir se faire par ce mode également, par analogie avec l'art. 169 LDIP. L'intimée soutient en outre que la recourante aurait dû savoir que le jugement serait publié et devait prendre toutes les mesures nécessaires pour en prendre connaissance. Elle relève encore que, s'il avait fait preuve d'excès de zèle en convoquant la recourante personnellement à son audience, le tribunal ne lui avait fait aucune promesse sur le mode de notification de sa décision. Ayant obtenu l'information qu'un jugement avait été rendu, la recourante aurait dû se montrer d'autant plus vigilante sur la publication, de sorte qu'elle ne pouvait se prévaloir d'aucune violation du principe de la bonne foi.

### **E. 4**

La question qui se pose est celle des modalités de notification d'une décision de reconnaissance d'un état de collocation étranger aux créanciers entendus dans cette procédure.

#### **E. 4.1.1**

Le chapitre 11 de la LDIP prévoit la possibilité de reconnaître une faillite étrangère et d'ouvrir une faillite ancillaire en Suisse (art. 166 ss LDIP). L'art. 169 al. 1 LDIP impose la publication de la décision reconnaissant la faillite étrangère (art. 166 LDIP). A son alinéa 3, cette norme énumère les autres décisions qui doivent être également publiées, soit la clôture et la suspension de la procédure de faillite ancillaire, la révocation de la faillite ainsi que, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2019, la renonciation à la procédure de faillite ancillaire (cf. art. 174a LDIP). S'agissant de la portée de cette publication, le Tribunal fédéral a exposé que l'art. 167 LDIP prévoit l'application analogique de l'art. 29 LDIP, selon lequel la partie qui s'oppose à la reconnaissance et à l'exécution est entendue dans la procédure et peut y faire valoir ses moyens (al. 2). Toutefois, l'obligation de citer tous les opposants éventuels (à l'époque, fondée sur le droit cantonal de procédure) serait absurde, car il s'agit d'un cercle indéterminé de personnes. Malgré l'absence de citation, l'ensemble des intéressés est néanmoins informé de la décision reconnaissant la faillite par le biais de la publication. Pour que les parties intéressées puissent faire valoir leurs moyens d'opposition à la reconnaissance, conformément à l'art. 29 al. 2 LDIP, il faut ensuite qu'une voie de recours leur soit ouverte dans laquelle elles pourront faire valoir leurs moyens contre la reconnaissance. Ce système, qui évite les citations à l'étranger, correspond à l'esprit de la procédure de reconnaissance qui doit être aussi simple et rationnelle que possible (arrêt B.144/1991 du 27 novembre 1991 consid. 3a et b).

#### **E. 4.1.2**

En vertu de l'art. 170 al. 1 LDIP, la reconnaissance de la décision de faillite rendue à l'étranger a, en principe, les effets de la faillite tels que les prévoit le droit suisse pour tout le

patrimoine du débiteur sis en Suisse. Les effets de la faillite ancillaire sont régis par le droit suisse, à savoir la LP, sauf dispositions contraires de la LDIP ( art. 170 al. 1 LDIP ). Les actifs servent en premier lieu à payer les créanciers gagistes désignés à l' art. 219 LP , les créanciers non gagistes privilégiés qui ont leur domicile en Suisse, et, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2019, les créanciers au lieu de la succursale du débiteur inscrite au registre du commerce ( art. 172 al. 1 LDIP ). Un solde éventuel est remis à la masse en faillite étrangère ou à ceux des créanciers qui y ont droit ( art. 173 al. 1 LDIP ). Toutefois, ce solde ne peut être remis qu'après reconnaissance de l'état de collocation étranger ( art. 173 al. 2 LDIP ). Lorsque cet état ne peut pas être reconnu, le solde n'est pas remis à la masse en faillite étrangère ou aux créanciers de la faillite principale, mais il est réparti entre les créanciers non privilégiés de la faillite ancillaire suisse ( art. 174 al. 1 LDIP ; ATF 138 III 628 consid. 5.1). Pour pouvoir participer à cette distribution, ces créanciers doivent avoir produit leur créance et avoir été admis à un état de collocation complémentaire, dont l'établissement est lié à la non-reconnaissance de l'état de collocation étranger (BUCHER/BONOMI, Droit international privé, 3<sup>ème</sup> éd., 2013, n° 1318).

#### **E. 4.1.3.1**

S'agissant de la procédure de reconnaissance de l'état de collocation étranger, l' art. 173 al. 2 LDIP prévoit que le tribunal examine notamment si les créanciers domiciliés en Suisse ont été admis équitablement à l'état de collocation étranger et qu'il doit entendre au préalable les créanciers concernés. Ce droit d'être entendu accordé aux créanciers est un cas d'application de l' art. 29 al. 2 LDIP (BRACONI, La collocation des créances en droit international suisse de la faillite, 2005, p. 113 [cité: Collocation]). Le juge doit donc vérifier si, dans la procédure principale étrangère, que ce soit matériellement ou formellement, les créanciers suisses ont subi un désavantage discriminatoire, qui n'est pas objectivement fondé, par rapport aux autres créanciers (VOLKEN, in Zürcher Kommentar zum IPRG, tome II, 3<sup>ème</sup> éd. 2018, n° 12 ad art. 173 LDIP ). Il s'agit des créanciers qui ont pris part à la faillite principale ou avaient du moins l'intention de le faire, autrement dit ceux qui se sont annoncés dans la procédure principale étrangère, mais dont les productions ont été écartées (BRACONI, in Commentaire romand, LDIP/CL, 2011, n° 13 ad art. 173 LDIP ). En effet, en prévoyant la reconnaissance de l'état de collocation dressé dans la procédure principale étrangère, le législateur a voulu instaurer un contrôle supplémentaire visant à sauvegarder les intérêts des créanciers de la 3<sup>ème</sup> classe domiciliés (ou qui ont leur siège) en Suisse, qui sont exclus de la faillite ancillaire suisse et ne peuvent procéder en Suisse à des mesures d'exécution forcée individuelles (BRACONI, op. cit. , n° 3 ad art. 173 LDIP ). La doctrine précise que le juge doit convoquer par publication à son audience ces créanciers, sans avoir à inviter personnellement tout opposant potentiel à présenter des observations du simple fait qu'il est domicilié en Suisse (BRACONI, Collocation, p. 113; BÜRGI, in Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3<sup>ème</sup> éd., 2013, n° 6 ad art. 173 LDIP ; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, in Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, n° 7 ad art. 173 LP ; LEMBO/JEANNERET, La reconnaissance d'une faillite étrangère ( art. 166 ss LDIP ), in SJ 2002 II p. 247 ss [268]; VOLKEN, op. cit. , n° 21 ad art. 173 LP ). En effet, on ne peut pas imposer au juge qu'il cite de sa propre initiative tous les opposants éventuels pour inviter ceux-ci à se déterminer dans une procédure qui ne leur procure pas de position de créanciers, que ce soit dans la procédure ancillaire ou dans la procédure de faillite étrangère. Une telle démarche ne correspondrait pas au sens de l' art. 173 al. 3 LDIP qui attend du juge suisse un dernier contrôle sommaire avant que l'éventuel solde soit remis à la masse en faillite étrangère au lieu de la faillite principale (TRACHSLER, Commentaire

de l'arrêt du Bezirksgericht Zürich, Konkursrichter, 3.4.1997 i.S. F. Ltd, EK961941, in PJA 1997 p. 1568 ss [1571]; cf. aussi, BRACONI, Collocation, p. 113 qui précise que le juge n'a pas à inviter spontanément tout intéressé potentiel à présenter ses observations du simple fait qu'il est domicilié en Suisse). Cela étant, il n'en demeure pas moins que, selon le principe général de l' art. 29 al. 2 LDIP , celui qui s'oppose légitimement à la reconnaissance ou à l'exécution doit être entendu et pouvoir faire valoir ses moyens. La procédure est donc contradictoire, même si la LDIP n'en règle pas les modalités (dans ce sens, cf. BUCHER, in Commentaire romand, LDIP/CL, 2011, n° 6 ad art. 29 LDIP ). Pour le reste, le CPC est applicable aux causes portées devant les tribunaux suisses, que leur compétence soit fondée sur le droit interne ou les traités internationaux. Sous réserve de règles spécifiques de traités internationaux (cf. art. 2 CPC ), la détermination des règles sur le déroulement du procès se fait en application de la lex fori par le tribunal saisi (cf. not. HALDY, in Commentaire romand, CPC, 2 ème éd., 2019, n° 2 s. ad art. 2 CPC ). En conséquence, en matière de reconnaissance de l'état de collocation étranger, le juge statue au terme d'une instruction sommaire, ce qui entraîne l'application des art. 252 ss CPC (BRACONI, op. cit. , n° 15 ad art. 173 LDIP ).

#### **E. 4.1.3.2**

La majorité de la doctrine ne s'exprime pas sur les modalités de la notification de la décision statuant sur la reconnaissance de l'état de collocation dressé dans la procédure principale étrangère. Seul un auteur précise, en se fondant sur un arrêt cantonal tessinois, que la décision n'est pas publiée car ce n'est pas cette décision, mais celle constatant que le solde de la liquidation secondaire a été distribué selon l' art. 173 ou 174 LDIP suivant le sort réservé à la requête en reconnaissance de l'état de collocation, qui met un terme à la procédure selon l' art. 169 al. 2 LDIP (JAQUES, La reconnaissance et les effets en Suisse d'une faillite ouverte à l'étranger, 2006, p. 80 s.). Cette opinion doit être suivie. En effet, dans le système instauré par le chapitre 11 de la LDIP, l' art. 169 LDIP a listé les décisions qui doivent faire l'objet d'une publication; la décision de reconnaissance de l'état de collocation n'y figure pas et, comme l'a souligné l'auteur précité, elle ne constitue pas la décision de clôture au sens de l' art. 169 al. 2 LDIP . A cela s'ajoute que, lors de la modification du chapitre 11, le législateur a ajouté à la liste des décisions à publier la renonciation à la procédure ancillaire seulement, ce qui confirme le caractère exhaustif de cette norme. Par ailleurs, la publication de la décision de reconnaissance de la faillite prononcée à l'étranger sert notamment à pallier l'absence d'obligation de citer les éventuels opposants en permettant à ceux-ci d'exercer leur droit de recours contre cette décision. Or, en matière de reconnaissance de l'état de collocation étranger, l' art. 173 al. 2 LDIP impose d'entendre les créanciers concernés. Pour des considérations pratiques, le juge convoque ces créanciers par voie édictale à une audience, où ceux-ci peuvent exposer leurs arguments et prendre des conclusions. Une fois que les créanciers se manifestent, suite à cette convocation, le cercle des personnes concernées est arrêté et connu du juge. Les motivations qui ont guidé le législateur à ordonner uniquement la publication de la décision de reconnaissance de la faillite étrangère ne valent donc pas pour la décision de reconnaissance de l'état de collocation étranger. Pour les créanciers qui ont exercé leur droit d'être entendu, le juge doit, dès lors que ceux-ci sont connus de lui, suivre les modalités de notification prévues dans le CPC, soit, selon les art. 138 ss CPC , en principe, par envoi recommandé ou d'une autre manière contre accusé de réception ou par voie électronique avec l'accord de la personne concernée, la voie édictale étant quant à elle soumise à des conditions tout à fait particulières. Cela vaut d'autant plus que ces créanciers, qui acquièrent

qualité de partie dans la procédure de reconnaissance, peuvent ensuite exercer leur droit de recours contre la décision de l' art. 173 al. 2 LDIP , dont dépend leur droit à obtenir le versement d'un éventuel solde. Peut rester ouverte la question de savoir si, au vu de cette motivation, notamment que le cercle des intéressés est connu, le juge doit non seulement publier (cf. art. 169 al. 2 LDIP ) mais aussi notifier personnellement aux créanciers qui ont exercé leur droit d'être entendu la décision de renonciation à la procédure de faillite ancillaire (cf. art. 174a LDIP ).

#### **E. 4.2**

En l'espèce, c'est donc à tort que l'autorité cantonale a considéré que la notification de la décision de reconnaissance de l'état de collocation étranger par voie édictale était régulière, et ce, indépendamment de la manière dont la recourante a été citée à l'audience. Elle devait se faire conformément aux art. 138 ss CPC , soit en l'occurrence par envoi recommandé.

#### **E. 5**

Il reste à examiner les conséquences de l'irrégularité de la notification.

##### **E. 5.1**

Le respect des dispositions relatives à la notification des actes judiciaires n'est pas un but en soi. Partant, les vices de communication n'entraînent pas nécessairement la nullité de l'acte judiciaire concerné. La notification irrégulière a généralement pour seule conséquence qu'elle ne doit entraîner aucun préjudice pour les parties (cf. art. 49 LTF ). Cela signifie que le délai de recours pour attaquer l'acte notifié irrégulièrement court dès le jour où les parties ont pu en prendre connaissance, dans son dispositif et ses motifs (arrêts 5A\_41/2019 du 22 janvier 2020 consid. 4.3.1; 5A\_364/2012 du 20 décembre 2012 consid. 5.2.1 et les références). Dans ces cas, il faut examiner, d'après les circonstances du cas concret, si la partie intéressée a réellement été induite en erreur par l'irrégularité de la communication et a, de ce fait, subi un préjudice. Les règles de la bonne foi ( art. 52 CPC ), qui fixent une limite à l'invocation d'un vice de forme, sont décisives (arrêt 5A\_476/2017 du 11 septembre 2017 consid. 5.1.2 et les références). Il a été jugé que le fait d'utiliser la voie édictale alors que ses conditions ne sont pas réalisées constitue un motif de nullité ( ATF 136 III 571 consid. 6.3; 129 I 361 consid. 2.2; arrêts 5A\_41/2019 précité consid. 4.3.1; 5A\_667/2018 du 2 avril 2019 consid. 4.2). Il résulte toutefois de ces arrêts que la nullité doit être limitée aux cas où la partie n'a pas eu connaissance de la procédure.

##### **E. 5.2**

En l'espèce, la recourante ne devait pas s'attendre à une notification du jugement par voie édictale, d'autant qu'elle a été confortée dans sa confiance qu'elle obtiendrait une notification personnelle suite aux échanges avec le greffe du tribunal de première instance. Elle a toutefois pu prendre connaissance de la décision et de ses motifs lors de l'envoi postal par le premier juge, le 5 avril 2019, de sorte que l'autorité cantonale devait considérer son recours formé le 12 avril 2019 comme recevable.

#### **E. 6**

En définitive, le recours est admis. En conséquence, l'arrêt attaqué est annulé et la cause renvoyée à l'autorité cantonale pour qu'elle examine les conditions de recevabilité autres que le respect du délai de recours, et, le cas échéant, entre en matière sur le fond du recours. Les frais judiciaires, arrêtés à 20'000 fr., sont mis à la charge de l'intimée qui succombe ( art. 66 al. 1 LTF ). Celle-ci versera à la recourante le montant de 25'000 fr. à titre d'indemnité de

dépens ( art. 68 al. 1 LTF ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.