

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/2268/2013

ACJC/1234/2013

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 18 OCTOBRE 2013

Entre

A_____ GMBH, sise _____ à Bâle, recourante contre un jugement rendu par la 4ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 6 mai 2013, comparant en personne,

et

B_____ GMBH, sise _____ (Allemagne), intimée, comparant par Me Jean-Christophe Schai, avocat, Auf der Mauer 2, 8001 Zürich, 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 foncier, Registre du commerce et au Tribunal de première instance le 22.10.2013.

EN FAIT

- A.** Par jugement du 6 mai 2013, expédié pour notification aux parties le 10 mai suivant, le Tribunal de première instance a déclaré A_____GMBH en état de faillite dès le 6 mai 2013 à 14h15 (ch. 1 du dispositif), a arrêté les frais judiciaires à 150 fr., compensés avec l'avance effectuée par la partie requérante (ch. 2), les a mis à la charge de la partie citée et l'a en conséquence condamnée à verser à la partie requérante la somme de 150 fr. (ch. 3) ainsi que 250 fr. TTC à titre de dépens (ch. 4).
- B.**
- a.** Par acte expédié le 5 juin 2013 au greffe de la Cour de justice en langue allemande, A_____GMBH a formé recours contre ce jugement. Elle a sollicité la restitution du délai et s'est prévaluée d'une erreur de la poste, laquelle avait renvoyé le pli recommandé contenant la convocation à l'audience devant le premier juge avant l'échéance du délai de garde.
 - b.** Invitée à traduire son recours, A_____GMBH a expédié le 24 juin 2013 son acte en français.
 - c.** Par décision présidentielle du 18 septembre 2013, le caractère exécutoire du jugement entrepris a été suspendu.
 - d.** Dans sa réponse du 27 septembre 2013, B_____GMBH a conclu au rejet du recours, avec suite de frais et dépens.
 - e.** Les parties ont été avisées le 30 septembre 2013 de la mise en délibération de la cause.
- C.** Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :
- a.** Le 10 janvier 2011, B_____GMBH a fait notifier à A_____GMBH un commandement de payer, poursuite n° 10 _____ U. La poursuivie a formé opposition.
 - b.** Le 11 janvier 2013, une commination de faillite a été notifiée à A_____GMBH.
 - c.** Par requête expédiée le 5 février 2013 au Tribunal de première instance, B_____GMBH a requis la mise en faillite de A_____GMBH.
 - d.** Par plis recommandés du 28 mars 2013, les parties ont été citées à comparaître à une audience fixée le 29 avril 2013.
 - e.** Un avis de retrait a été distribué le 2 avril 2013 à A_____GMBH, à Bâle.

Le 8 avril 2013, le pli recommandé a été retourné au Tribunal avec la mention "non réclamé".

f. A l'audience du 29 avril 2013 devant le Tribunal, aucune partie ne s'est présentée ni fait représenter.

EN DROIT

1. Selon l'art. 309 let. b ch. 7 CPC, l'appel n'est pas recevable contre les décisions pour lesquelles le Tribunal de la faillite ou du concordat est compétent en vertu de la LP. L'art. 174 al. 1 LP prévoit que la décision du juge de la faillite peut faire l'objet d'un recours au sens du CPC dans les dix jours. Seule la voie du recours est ainsi ouverte (art. 319 let. a CPC). A teneur de l'art. 251 let. a CPC, la procédure sommaire est applicable en matière de faillite.

La Cour est l'autorité compétente pour statuer sur les recours contre la décision du juge de la faillite (art. 120 al. 1 let. a LOJ).

Formé selon la voie, dans le délai et selon la forme prescrits par la loi (art. 321 al. 1 CPC), le présent recours est recevable.

2. 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). Les parties peuvent faire valoir des faits nouveaux lorsque ceux-ci se sont produits avant le jugement de première instance (art. 174 al. 1 LP), mais non portés à la connaissance du juge de la faillite, pourvu que le requérant les fasse valoir dans le délai de recours (DALLEVES/FOEX/JEANDIN, Commentaire Romand, Poursuite et faillite, n° 5 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 (DALLEVES/FOEX/JEANDIN, op. cit., n° 6 ad art. 174 LP).

Partant, pour examiner si la loi a été violée, la Cour doit se placer dans la situation où se trouvait le premier juge lorsque celui-ci a rendu la décision attaquée.

En matière de faillite, la maxime inquisitoire s'applique (art. 255 let. a CPC), de sorte que la preuve des faits allégués doit être apportée par titre (art. 254 al. 1 CPC). D'autres moyens de preuve sont toutefois admissibles (art. 254 al. 2 let. c CPC).

3. La recourante se plaint de ne pas avoir participé à l'audience devant le premier juge, la poste n'ayant pas conservé le pli recommandé jusqu'à l'échéance du délai de garde. Elle se prévaut ainsi d'une violation de son droit d'être entendu et de l'absence de notification valable de la citation à comparaître devant le Tribunal de première instance. Vu son pouvoir d'examen restreint dans le cadre du recours, la Cour ne peut pas remédier à une éventuelle atteinte au droit d'être entendu

(ATF 133 I 201 consid. 2.2; ATF 127 V 431 consid. 3d/aa), laquelle entraînerait le renvoi de la cause au Tribunal. Il y a lieu, par conséquent, d'examiner ces griefs en premier lieu.

3.1 Le code de procédure civile règle la procédure applicable devant les juridictions cantonales aux décisions judiciaires en matière de droit de la poursuite pour dettes et la faillite (art. 1 let. c CPC).

Une décision rendue sans que le défendeur ait valablement été cité est nulle. Celui-ci peut invoquer cette nullité, entre autres, à l'occasion d'une procédure d'exécution forcée (BOHNET, Code de procédure civile commenté, 2011, n. 27 et 31 ad art. 133 CPC et réf. citées, notamment ATF 122 I 97 consid. 3a/aa).

Les dispositions relatives à la citation sont complétées par celles relatives à la notification judiciaire (art. 136 et ss CPC). 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. 3.2).

Cette fiction n'intervient que si le destinataire devait s'attendre à recevoir une communication du Tribunal. Elle se fonde sur le devoir des parties, dicté par les règles de la bonne foi, de faire en sorte que les pièces de procédure puissent les atteindre (BOHNET, op. cit., n. 26 ad art. 138 CPC et réf. citées).

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). 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 Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. confère au justiciable le droit de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, de fournir

des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la cause, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 137 II 266 consid. 3.2; 126 I 15 consid. 2a/aa p. 16; arrêt du Tribunal fédéral 4A_35/2013 du 15 mars 2013 consid. 4 et les références citées).

Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel, dont la violation doit en principe entraîner l'annulation de la décision attaquée indépendamment des chances de succès du recourant sur le fond (ATF 127 V 431 consid. 3d/aa; arrêt du Tribunal fédéral 8C_104/2010 du 20 septembre 2010 consid. 3.2). Par exception au principe de la nature formelle du droit d'être entendu, la jurisprudence admet qu'une violation de ce dernier principe est considérée comme réparée lorsque l'intéressé jouit de la possibilité de s'exprimer librement devant une autorité de recours disposant du même pouvoir d'examen que l'autorité précédente et pouvant ainsi contrôler librement l'état de fait et les considérations juridiques de la décision attaquée (ATF 137 I 195 consid. 2.3.; 133 I 201 consid. 2.2; 129 I 129 consid. 2.2.3; 127 V 431 consid. 3d/aa; 126 V 130 consid. 2b; arrêt du Tribunal fédéral 8C_104/2010 précité ibidem).

3.3 La recourante n'a pas assisté à l'audience fixée par le premier juge, en raison d'une erreur de la poste. Cette erreur ne lui est pas imputable. Elle n'est toutefois pas à elle seule déterminante pour l'issue du litige. En effet, 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.

Dès lors, la recourante ne doit subir aucun préjudice du fait qu'elle n'a pas été citée régulièrement et qu'elle n'a pu, de ce fait, comparaître. La recourante n'a dès lors pas pu faire valoir ses arguments et produire les pièces dont elle entendait faire état avant qu'une décision ne soit rendue, de sorte que le droit d'être entendu a été violé. La décision entreprise est ainsi nulle.

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 querellée doit dès lors être annulée et la cause renvoyée au Tribunal pour nouvelle convocation et nouvelle décision.

- 4.** 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 de recours sera fixé à 200 fr. Compte tenu de l'issue du 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.

La recourante comparant en personne et n'ayant pas requis l'allocation de dépens, il n'en sera pas alloué.

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 par A_____GMBH contre le jugement JTPI/6119/2013 rendu le 6 mai 2013 par le Tribunal de première instance dans la cause C/2268/2013-4 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 du recours :

Arrête les frais judiciaires à 200 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 200 fr. à A_____GMBH.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

Siégeant :

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

La présidente :

Nathalie LANDRY-BARTHE

La greffière :

Véronique BULUNDWE

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.