Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

5A 867/2015

Arrêt du 11 décembre 2015

IIe Cour de droit civil

Composition
MM. les Juges fédéraux von Werdt, Président,
Schöbi et Bovey.
Greffière : Mme Hildbrand.

Participants à la procédure
A._____ SA en liquidation,
représentée par Me Olivier Couchepin, avocat,
recourante,

contre

B._____ SA,
intimée.

Objet
prononcé de faillite sans poursuite préalable,

recours contre la décision du Tribunal cantonal du canton du Valais, Autorité de recours en matière de poursuite et faillite, du 28 septembre 2015.

Faits :

A.

A.a. A._____ SA à U._____ est une société anonyme inscrite depuis le 21 mai 2007 au registre du commerce du Bas-Valais, dont le but est le suivant: ïmport, export, vente, fabrication et installation de tout matériel dans les domaines de l'électricité et de l'énergie ⁖ C._____ en est l'administrateur unique avec signature individuelle et B._____ SA à U._____ l'organe de révision.

A.b. Le 14 avril 2015, B._____ SA a avisé le juge des districts de Martigny et St-Maurice du surendettement de A._____ SA.

A.c. Lors de l'audience du 4 mai 2015 devant la juge suppléante des districts de Martigny et St-Maurice (ci-après: juge suppléante), C._____ a notamment confirmé la p̈ossibilité d'assainir la société ⁖

A.d. Par ordonnance du 4 mai 2015, la juge suppléante a imparti à A._____ SA un unique délai échéant le 20 mai 2015 pour déposer une requête écrite d'ajournement de faillite et produire un bilan d'assainissement accompagné des pièces justificatives utiles. Par ordonnance du 26 mai 2015, le délai a été prorogé au 30 juin 2015.

A.e. Par lettre portant la date du 30 juin 2015, expédiée par fax et courrier A, le mandataire de A._____ SA a requis que le délai fixé par ordonnance du 4 mai 2015 soit encore prolongé jusqu'au 17 juillet 2015.

A.f. Par décision du 6 juillet 2015, la juge suppléante a déclaré irrecevable la requête adressée par télécopieur et sous pli simple le 30 juin 2015 par A._____ SA visant la prolongation du délai judiciaire imparti par ordonnance du 4 mai 2015, prolongé le 26 mai 2015 (ch. 1 du dispositif), rejeté la requête d'ajournement de faillite formulée le 4 mai 2015 par A._____ SA (ch. 2), déclaré A._____ SA en faillite avec effet ce jour à 8h30 (ch. 3), et mis à la charge de A._____ SA l'émolument forfaitaire de justice par 200 fr. (ch. 4).

A.g. Par décision du 28 septembre 2015, expédiée le même jour, le Tribunal cantonal du canton du Valais, Autorité de recours en matière de poursuite et de faillite, a rejeté le recours formé par A._____ SA contre la décision de la juge suppléante du 6 juillet 2015.

B.
Par acte posté le 29 octobre 2015, A._____ SA exerce un recours en matière civile contre la décision du 28 septembre 2015. Elle conclut à son annulation et à sa réforme en ce sens que la requête d'ajournement de faillite est déclarée recevable et admise.
Par courrier du 12 novembre 2015, B._____ SA a informé le Tribunal fédéral qu'elle avait démissionné de sa fonction d'organe de révision de A._____ SA et qu'elle avait requis le 9 novembre 2015 sa radiation du registre du commerce. Pour le surplus, elle a déclaré s'en remettre à justice tant sur effet suspensif que sur le fond.
Des observations sur le fond n'ont pas été requises.

C.
Par ordonnance présidentielle du 18 novembre 2015, l'effet suspensif a été attribué au recours en ce sens que le prononcé de la faillite reste en force mais qu'aucun acte d'exécution de la décision attaquée ne doit être entrepris, les éventuelles mesures conservatoires déjà prises par l'Office des faillites en vertu des art. 162 ss, 170, 174 al. 3 et 221 ss LP demeurant toutefois en vigueur.

Considérant en droit :

1.
La décision qui simultanément refuse l'ajournement de la faillite et prononce la faillite constitue une décision finale (art. 90 LTF; arrêts 5A 576/2014 du 30 septembre 2014 consid. 1; 5A 417/2013 du 6 août 2013 consid. 1) rendue en matière de poursuite pour dettes et de faillite (art. 72 al. 2 let. a LTF). Interjeté dans le délai de 30 jours (art. 100 al. 1 LTF), contre une décision de l'autorité cantonale supérieure en matière de faillite (art. 75 LTF) par la débitrice déboutée de ses conclusions (art. 76 LTF), le recours en matière civile est ainsi en principe recevable au regard de ces dispositions, indépendamment de la valeur litigieuse (art. 74 al. 2 let. d LTF).

2.

2.1. Selon la jurisprudence, un recours formé contre une décision qui refuse ou révoque un ajournement de faillite et prononce en conséquence la faillite ne peut être formé que pour violation des droits constitutionnels (art. 98 LTF; arrêts 5A 488/2015 du 21 août 2015 consid. 2.1; 5A 576/2014 précité consid. 2 publié in SJ 2015 I p. 105; 5A 417/2013 précité consid. 2), en tant que le recours porte sur le refus ou la révocation de l'ajournement de faillite (cf. arrêt 5A 576/2014 précité consid. 2 et 3), lequel doit être considéré comme une mesure provisionnelle (arrêts 5A 417/2013 précité consid. 2; 5A 111/2010 du 12 janvier 2011 consid. 2.2). Cette jurisprudence a fait l'objet de critiques dans la doctrine (cf. SYLVAIN MARCHAND, in SJ 2015 I p. 106 s.). Compte tenu de la nature des griefs soulevés en l'espèce par la recourante, il n'y a cependant pas lieu de réexaminer la jurisprudence à la lumière de ces critiques.

2.2. Le présent recours tend expressément au constat de la recevabilité et à l'admission de la requête d'ajournement de faillite, de sorte qu'il ne peut être formé que pour violation des droits constitutionnels (art. 98 LTF), confor-

mément à la jurisprudence rappelée ci-dessus (cf. supra consid. 2.1). Le Tribunal fédéral n'examine la violation de tels droits que si un grief a été invoqué et motivé de manière claire et détaillée (‹principe d'allégation›; art. 106 al. 2 LTF; ATF 134 I 83 consid. 3.2 p. 88 et les arrêts cités). En particulier, la partie recourante ne peut se borner à critiquer le droit ou l'établissement des faits mais doit, à cet égard, se plaindre d'arbitraire (art. 9 Cst.). Pour motiver ce grief, elle ne peut alors se contenter de s'en prendre à la décision attaquée comme elle le ferait en instance d'appel, où la juridiction supérieure jouit d'une libre cognition; elle ne peut pas non plus se limiter à opposer son opinion à celle de l'autorité cantonale. Elle doit démontrer par une argumentation précise en quoi cette décision se fonde sur une application de la loi ou une appréciation des preuves manifestement insoutenable (ATF 134 II 349 consid. 3 p. 352 et les arrêts cités). Les critiques de nature appellatoire sont irrecevables (ATF 133 III 589 consid. 2 p. 592).

3.
Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits constatés dans la décision attaquée (art. 105 al. 1 LTF). Dans l'hypothèse d'un recours soumis à l'art. 98 LTF, le recourant qui entend invoquer que les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ne peut obtenir la rectification ou le complètement des constatations de fait que s'il démontre la violation de droits constitutionnels, conformément au principe d'allégation susmentionné (cf. supra consid. 2.2); les art. 95, 97 et 105 al. 2 LTF ne s'appliquent pas directement (ATF 133 III 393 consid. 7.1 p. 398, 585 consid. 4.1 p. 588), toutefois, l'application de l'art. 9 Cst. aboutit pratiquement au même résultat.
En l'espèce, la recourante présente aux pages 3 à 7 de son recours son propre état de fait. Dans la mesure où, ce faisant, elle s'écarte des faits contenus dans la décision attaquée, les complète ou les modifie, sans tenter de démontrer en quoi l'une des exceptions précitées serait réalisée, il n'en sera pas tenu compte.

4.
La recourante invoque premièrement la violation de son droit d'être entendue (art. 29 al. 2 Cst.) et du droit à un procès équitable (art. 29 al. 1 Cst. et 6 par. 1 CEDH). Elle reproche à la cour cantonale d'avoir, sans explication ni motivation, refusé de donner suite à ses offres de preuves, soit la mise en oeuvre d'une expertise comptable, l'interrogatoire des parties et l'audition de trois témoins. L'expertise comptable requise était destinée à démontrer qu'elle était ‹solvable›, en tant notamment qu'elle dispose valablement de créances à hauteur de xxxx fr. En refusant d'ordonner cette expertise, la cour cantonale l'aurait empêchée de prouver cette allégation.

4.1. Le droit d'être entendu tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. - qui constitue la concrétisation du droit à un procès équitable consacré par l'art. 29 al. 1 Cst., lequel correspond à la garantie similaire conférée par l'art. 6 par. 1 CEDH à l'égard des autorités judiciaires proprement dites - comprend notamment pour le justiciable le droit de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, d'obtenir l'administration des preuves pertinentes et valablement offertes, de participer à l'administration des preuves essentielles et de se déterminer sur son résultat lorsque cela est de nature à influer sur la décision à rendre (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 p. 299; 135 I 279 consid. 2.3 p. 282; 133 I 270 consid. 3.1 p. 277 et la jurisprudence citée). Le juge peut cependant renoncer à l'administration de certaines preuves, notamment lorsque les faits dont les parties veulent rapporter l'authenticité ne sont pas importants pour la solution du litige. Ce refus d'instruire ne viole leur droit d'être entendues que si l'appréciation anticipée de la pertinence du moyen de preuve offert, à laquelle le juge a ainsi procédé, est entachée d'arbitraire (ATF 131 I 153 consid. 3 p.
157 et les arrêts cités; sur la notion d'arbitraire, cf. ATF 132 I 13 consid. 5.1 p. 17). Dans un recours soumis à l'art. 98 LTF, il appartient au recourant de démontrer le caractère arbitraire par une argumentation répondant aux exigences de l'art. 106 al. 2 LTF (cf. supra consid. 2.2; ATF 137 I 58 consid. 4.1.2 p. 62).
Le droit d'être entendu implique aussi l'obligation pour le juge de motiver sa décision, afin que ses destinataires et toutes les personnes intéressées puissent la comprendre et l'attaquer utilement en connaissance de cause, et qu'une instance de recours soit en mesure, si elle est saisie, d'exercer pleinement son contrôle. Pour répondre à ces exigences, il suffit que le juge mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision (ATF 139 IV 179 consid. 2.2 p. 183; 137 II 266 consid. 3.2 p. 270). Il n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à ceux qui, sans arbitraire, lui apparaissent pertinents; le droit d'être entendu est violé s'il ne satisfait pas à son devoir minimum d'examiner et de traiter les problèmes pertinents (ATF 130 II 530 consid. 4.3 p.

540; 129 I 232 consid. 3.2 p. 236; 126 I 97 consid. 2b p. 102 s.; 121 I 54 consid. 2c p. 57 et les arrêts cités). L'étendue de la motivation dépend au demeurant de la liberté d'appréciation dont jouit le juge et de la gravité des conséquences de sa décision (ATF 112 Ia 107 consid. 2b p. 110; cf. également ATF 129 I 232 consid. 3.3 p. 239).

4.2. En l'espèce, on comprend de la motivation de l'arrêt entrepris que la cour cantonale a considéré les offres de preuve de la recourante comme étant impropres à influer sur l'issue de la cause, à l'instar des pièces nouvelles déposées postérieurement à l'échéance du délai de recours. Dans cette mesure, la question d'une violation du droit d'être entendu, sous l'angle d'un défaut de motivation, n'entre pas en ligne de compte. S'agissant du refus proprement dit de donner suite à ses réquisitions de preuves, la recourante n'allègue ni a fortiori ne démontre que ce refus, en tant qu'il concerne l'interrogatoire des parties et l'audition de témoins, serait arbitraire (cf. supra consid. 2.2 et 4.1). Pour ce qui est du refus de mettre en oeuvre une expertise comptable, dont on comprend que la recourante invoque le caractère arbitraire, force est de constater qu'elle se borne à affirmer qu'une telle expertise aurait eu pour résultat de modifier le bilan intermédiaire au 31 mars 2015 vérifié par l'intimée et donc l'actif social d'une valeur négative (- xxxx) à une valeur positive. Une telle motivation, purement appellatoire, est insuffisante au regard des exigences rappelées ci-dessus (art. 106 al. 2 LTF; supra consid. 2.2) et conduit à l'irrecevabilité du grief.

5.
La recourante fait deuxièmement grief à la cour cantonale d'avoir arbitrairement (art. 9 Cst.) considéré qu'elle était surendettée au sens de l'art. 725 al. 2 CO. Elle lui reproche en particulier de ne pas avoir retenu que sa solvabilité avait été rendue vraisemblable et qu'elle disposait de créances à hauteur de xxxx fr. comme l'attestait la pièce 5 jointe à son recours cantonal et comme l'aurait prouvé l'expertise comptable qu'elle avait sollicitée en vain. Elle affirme en outre avoir démontré qu'il n'existait pas à son encontre d'actes de défaut de biens définitifs après faillite, qu'elle disposait de moyens liquides suffisants pour acquitter ses dettes exigibles, qu'aucune requête de faillite dans une poursuite ordinaire ou pour effets de change n'était pendante contre elle et qu'aucune poursuite exécutoire n'était en cours contre elle. Elle soutient en outre avoir, à tout le moins, rendu vraisemblable qu'elle était en mesure de régler ses créances à leur échéance ou du moins sur une durée déterminable. Enfin, l'expertise comptable, refusée à tort, aurait permis de démontrer la validité de la créance de xxxx fr. qu'elle invoque avec pour effet de modifier positivement le bilan intermédiaire.

5.1.

5.1.1. L'art. 192 LP prévoit que la faillite est prononcée d'office sans poursuite préalable dans les cas prévus par la loi, soit en particulier les art. 725 et 725a CO (cf. arrêt 5A 269/2010 du 3 septembre 2010 consid. 3; KARL SPÜHLER/ANNETTE DOLGE, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II, 6ème éd., 2014, nos 75 s. p. 25 s.). Selon l'art. 725 al. 2 CO, s'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société est surendettée, un bilan intermédiaire est dressé et soumis à la vérification d'un réviseur agréé. S'il résulte de ce bilan que les dettes sociales ne sont couvertes ni lorsque les biens sont estimés à leur valeur d'exploitation, ni lorsqu'ils le sont à leur valeur de liquidation, le conseil d'administration en avise le juge, à moins que des créanciers de la société n'acceptent que leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances de la société dans la mesure de cette insuffisance de l'actif. Si le conseil d'administration omet d'aviser le juge, cette tâche incombera notamment à l'organe de révision en cas de surendettement manifeste (art. 728c al. 3, 729c CO; ATF 120 II 425). Au vu de l'avis de surendettement, le juge déclare la faillite, à moins que les conditions d'un ajournement soient
réunies (art. 725a al. 1 CO). Ce faisant, il doit notamment s'assurer que le surendettement de la société est vraisemblable (GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Art. 159-270, 2001, n°29 ad art. 192 LP; sur la limitation de la preuve à la vraisemblance en cas de faillite sans poursuite préalable requise par le débiteur, cf. FRANÇOIS BOHNET, Actions civiles, § 128 p. 1398 n°6). A cette fin, il se basera en règle générale sur le (double) bilan intermédiaire, établi avec l'estimation des actifs tant à leur valeur d'exploitation qu'à leur valeur de liquidation, ainsi que sur le rapport de vérification de l'organe de révision, qui accompagnent en principe l'avis de surendettement (HENRY PETER/FRANCESCA CAVADINI, Commentaire romand, CO II, 2008, n°45 ad art. 725 CO).

5.1.2. La question de savoir si l'autorité est partie d'une juste conception du degré de la preuve exigé par le droit fédéral relève du droit. En revanche, celle de savoir si le degré de preuve exigé par le droit fédéral est atteint dans le cas particulier, relève du fait et ressortit à l'appréciation des preuves (ATF 130 III 321 consid. 5 p. 327; en matière de faillite sans poursuite préalable, cf. arrêts 5A 442/2015 du 11 septembre 2015 consid. 5.1; 5A 509/2014 du 27 août 2014 consid. 4.2; 5A 117/2012 du 12 juillet 2012 consid. 3.2.2). Le Tribunal fédéral reconnaît en ce domaine un large pouvoir aux autorités cantonales (ATF 120 Ia 31 consid. 4b p. 40); il n'intervient que si le juge cantonal n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, a omis sans motifs objectifs de tenir compte de preuves pertinentes ou a opéré, sur la base des éléments recueillis, des déductions insoutenables (ATF 136 III 552 consid. 4.2 p. 560 et la jurisprudence citée). Le recourant qui entend attaquer la décision cantonale sur ce dernier point doit ainsi présenter une motivation sur la base de l'art. 9 Cst., répondant aux exigences strictes du principe d'allégation (cf. supra consid. 2.2).

5.2. En l'espèce, la recourante s'en prend à l'appréciation de la vraisemblance de son surendettement par l'autorité précédente.
A cet égard, la cour cantonale a constaté qu'il résultait d'abord du compte de pertes et profits déposé en première instance que l'exercice 2014 s'était soldé par une perte de xxxx fr. et que, selon le bilan daté du 11 mars 2015, les pertes (xxxx fr.) excédaient de xxxx fr. les fonds propres (xxxx fr.). Il ressortait ensuite du bilan intermédiaire vérifié par l'intimée en tant qu'organe de révision que, au 31 mars 2015, l'actif social avait une valeur (négative) de -xxxx fr., alors que les fonds étrangers s'élevaient à xxxx fr. (xxxx fr. + xxxx fr.). Pour la cour cantonale, ces éléments semblaient déjà suffire à considérer que la recourante était surendettée au sens de l'art. 725 al. 2 CO: en effet, au vu de l'ampleur de la perte accusée en 2014 et de la différence (plus de xxxx fr.) entre la valeur des fonds étrangers et celle des actifs à la date du 31 mars 2015, on ne voyait pas comment il pourrait en être autrement dans l'hypothèse où lesdits actifs étaient évalués à leur valeur de liquidation; il n'était de surcroît pas démontré, ni même allégué, que des actifs auraient été fortement sous-évalués au bilan; dans le rapport de vérification du 2 avril 2015, l'intimée mentionnait au demeurant que le surendettement de la recourante était manifeste, même lorsque les biens étaient évalués à leur valeur de liquidation. La cour cantonale a encore relevé qu'il ressortait des notes manuscrites figurant sur le bilan intermédiaire précité que le surendettement de la recourante s'élevait, au 31 mars 2015, à xxxx fr. (xxxx fr. - xxxx fr.), respectivement à xxxx fr. (xxxx fr. + xxxx fr. [amortissement immobilisations corporelles]+ xxxx fr. [amortissement stocks]+ xxxx fr. [frais de liquidation]- xxxx fr.) en prenant en compte la valeur de liquidation. Sur le vu des termes de la lettre qu'elle avait adressée le 3 avril 2015 à la recourante, il ne faisait, selon l'autorité précédente, guère de doute que ces estimations avaient bien été réalisées par l'intimée en sa qualité d'organe de révision. Enfin, la cour cantonale a jugé que n'était nullement établie l'affirmation de la recourante selon laquelle elle disposait de créances à hauteur de xxxx fr., la pièce n°5 censée l'attester, signée par le seul C._____, n'avait pas d'autre valeur probante que celle d'une allégation de sa part. Dans ces conditions, c'était à juste titre que la juge de première instance avait considéré qu'en date du 31 mars 2015, la recourante était surendettée. La cour cantonale a
encore relevé que, contrairement à ce que soutenait la recourante, l'intimée avait bien v̈erifié la réalité des postpositions d̈ans le rapport de révision du 2 avril 2015 et qu'il n'était de toute façon pas prouvé que des créanciers de la recourante renonceraient à l'exigibilité de leurs créances et accepteraient que, en cas de faillite, celles-ci soient placées à un rang inférieur par rapport à toutes les autres créances.
Force est de constater que la recourante ne s'en prend pas valablement à l'appréciation opérée par la cour cantonale, échouant ainsi à en démontrer le caractère arbitraire. Dans une motivation confondant en partie les notions de surendettement et d'insolvabilité (à ce sujet, cf., parmi plusieurs, PETER/CAVADINI, op. cit., n°31 ss ad art. 725 CO), elle ne démontre nullement en quoi la lecture du bilan intermédiaire et du rapport de révision faite par la cour cantonale serait insoutenable. La seule affirmation selon laquelle le résultat - hypothétique - d'une expertise comptable aurait modifié positivement le bilan intermédiaire vérifié par l'intimée est à cet égard insuffisant. Autant que recevable, le grief doit être rejeté.

6.
Dans un dernier moyen, la recourante se plaint d'une violation de l'art. 174 al. 2 LP. Ce grief est irrecevable faute pour la recourante de faire valoir, de manière conforme au principe d'allégation susmentionné (cf. supra

consid. 2.2), l'arbitraire (art. 9 Cst.) dans l'application de cette disposition. Eût-il fallu examiner ce grief, qu'il aurait dû être rejeté dès lors qu'au vu de la motivation présentée, il se confond avec celui examiné ci-avant (cf. supra consid. 5).

7.
En définitive, le recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité, aux frais de la recourante (art. 66 al. 1 LTF). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens à l'intimée qui n'est pas assistée par un avocat et qui s'est limitée à s'en remettre à justice sur la question de l'effet suspensif.
L'octroi de l'effet suspensif par le Tribunal fédéral ne se rapporte qu'aux mesures d'exécution, ce qui le dispense en principe de fixer à nouveau la date de l'ouverture de la faillite (arrêts 5A 606/2014 du 19 novembre 2014 consid. 6.1; 5A 446/2014 du 27 octobre 2014 consid. 6.1 et les arrêts cités).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.
Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.
Les frais judiciaires, arrêtés à 5'000 fr., sont mis à la charge de la recourante.

3.
Le présent arrêt est communiqué aux parties, au Tribunal cantonal du canton du Valais, Autorité de recours en matière de poursuite et faillite, à l'Office des poursuites et faillites du district de Martigny, au Registre foncier du Ve arrondissement, Martigny, et à l'Office du registre du commerce du IIIe arrondissement, St-Maurice.

Lausanne, le 11 décembre 2015

Au nom de la IIe Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : von Werdt

La Greffière : Hildbrand