Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5P.263/2003 /frs

Arrêt du 25 août 2003
IIe Cour civile

Composition
MM. et Mmes les Juges Raselli, Président,
Nordmann, Escher, Meyer et Hohl.
Greffier: M. Braconi.

Parties
X._____ SA en liquidation,
recourante, représentée par Me Jérôme Fer, avocat,

contre

Ie Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel, rue du Pommier 1, case postale 1161,
2001 Neuchâtel 1,

Objet
art. 9 Cst. (ajournement d'une faillite),

recours de droit public contre l'arrêt de la Ie Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel du 6 juin 2003.

Faits:
A.
X._____ SA a été constituée le 7 mai 1999; elle a pour but la fabrication, la distribution et la commercialisation de composants en tous métaux utilisés dans l'industrie, l'horlogerie et la bijouterie.
Le 20 mars 2003, ladite société - représentée par le président et le vice-président du conseil d'administration - a donné au Tribunal civil du district du Locle l'avis obligatoire prévu par l'art. 725 al. 2 CO et requis un ajournement de la faillite au sens de l'art. 725a CO jusqu'au 31 janvier 2004; au 31 décembre 2002, son surendettement atteignait 2'607'420 fr.; elle n'a pas produit de bilan en valeurs de liquidation.
Par jugement du 1er avril 2003, le Président du Tribunal civil du district du Locle a rejeté la requête d'ajournement et prononcé la faillite avec effet dès ce jour à 15 h. 00; il a considéré que l'assainissement de la société n'était pas possible et que l'ajournement de la faillite mettrait sérieusement en péril les droits des créanciers.
B.
X._____ SA a recouru contre ce jugement au Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel, en produisant neuf nouvelles pièces. Statuant le 6 juin 2003, la Ie Cour civile a écarté ces pièces du dossier et, estimant qu'il n'était pas établi que la société débitrice parviendrait à éliminer son surendettement, elle a rejeté le recours et déclaré la faillite avec effet dès ce jour à 14 h. 00.
C.
Agissant par la voie du recours de droit public au Tribunal fédéral pour violation des art. 9 et 29 al. 2 Cst., X._____ SA conclut à l'annulation de cet arrêt et au renvoi de la cause à l'autorité précédente pour nouvelle décision dans le sens des considérants.
Des observations n'ont pas été requises.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.

Le prononcé qui accorde ou refuse en dernière instance cantonale la mise en faillite du débiteur n'est susceptible que d'un recours de droit public (ATF 119 III 49 consid. 2 p. 51; 118 III 4 consid. 1 p. 5 et les références citées). Déposé en temps utile à l'encontre d'une décision de dernière instance cantonale refusant l'ajournement et prononçant la faillite, le recours est ainsi recevable sous l'angle des art. 84 al. 2, 86 al. 1, 87 et 89 al. 1 OJ.
2.
La recourante se plaint à un double titre d'une violation de son droit d'être entendue.
2.1 Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. comprend, en particulier, le droit pour l'intéressé de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influer sur la décision à rendre, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 127 I 54 consid. 2b p. 56; 122 II 464 consid. 4a p. 469 et les arrêts cités). Vu la nature formelle de cette garantie constitutionnelle, dont la violation entraîne l'annulation de la décision attaquée sans égard aux chances de succès du recours sur le fond (ATF 127 V 431 consid. 3d/aa p. 437 et la jurisprudence citée), ce moyen doit être examiné en premier (ATF 124 I 49 consid. 1 p. 50).
2.2 En vertu de l'art. 86 al. 1 OJ, le recours de droit public n'est ouvert que contre des décisions prises en dernière instance cantonale. Sont, par conséquent, irrecevables les griefs qui n'ont pas été soumis à la dernière juridiction cantonale, alors qu'ils auraient pu l'être (ATF 126 I 257 consid. 1a p. 258; 119 Ia 421 consid. 1b p. 422; pour le moyen tiré de la violation du droit d'être entendu: ATF 118 Ia 110).
2.3
2.3.1 La recourante fait tout d'abord valoir que, malgré l'importance et la difficulté de la cause, ses représentants n'ont été convoqués qu'à une seule et unique audience qui s'est déroulée la veille du jugement de première instance et n'a duré que dix minutes; en particulier, ils n'ont pas eu l'occasion de s'expliquer sur les pourparlers qui étaient en cours avec les créanciers au sujet de l'abandon de leurs prétentions, comme cela résulte des pièces qui ont été écartées du dossier.
Ce moyen pouvait être soumis au Tribunal cantonal. Or, en instance de recours cantonale, la recourante a certes indiqué que l'audience en première instance n'avait duré que 10 minutes et que le premier juge avait procédé à un interrogatoire expéditif des administrateurs, mais uniquement en préambule de son grief tiré de l'appréciation arbitraire des preuves concernant l'accord relatif à l'abandon des créances. Dès lors qu'elle n'a pas présenté ce grief à l'autorité cantonale supérieure, il doit être déclaré irrecevable pour défaut d'épuisement des instances cantonales.
2.3.2 La recourante affirme ensuite que, en ne l'interrogeant pas et en ne lui faisant pas part de ses réticences à l'audience, le premier juge lui a laissé croire que sa requête ne posait aucun problème et que des éléments supplémentaires n'étaient pas nécessaires.
Ce grief aurait aussi pu être soumis à l'autorité cantonale. Il ne l'a pas été: soulevé pour la première fois dans le présent recours, il est donc irrecevable.
3.
La recourante reproche, en outre, à l'autorité cantonale d'avoir commis arbitraire à un triple point de vue.
3.1 D'après la jurisprudence, une décision est arbitraire lorsqu'elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et incontesté, ou heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité; il ne suffit pas qu'une autre solution apparaisse concevable, voire préférable; pour que la décision attaquée soit annulée, encore faut-il qu'elle se révèle arbitraire non seulement dans ses motifs, mais aussi dans son résultat (ATF 129 I 8 consid. 2.1 p. 9; 128 I 273 consid. 2.1 p. 275 et les arrêts cités).
Conformément à l'art. 90 al. 1 let. b OJ, l'acte de recours doit - sous peine d'irrecevabilité (ATF 123 II 552 consid. 4d p. 558) - contenir un exposé succinct des droits constitutionnels ou des principes juridiques violés, précisant en quoi consiste la violation. Le justiciable qui exerce un recours de droit public pour arbitraire (art. 9 Cst.) ne peut se borner à critiquer la décision attaquée comme il le ferait dans une procédure d'appel, où l'autorité de recours jouit d'un libre pouvoir d'examen; il ne peut se contenter d'opposer son opinion à celle de l'autorité cantonale, mais doit démontrer par une argumentation précise que cette décision se fonde sur une application du droit ou une appréciation des preuves manifestement insoutenables (ATF 128 I 295 consid. 7a p. 312; 125 I 492 consid. 1b p. 495 et les arrêts cités).
3.2 Aux termes de l'art. 725a al. 1 CO, le juge auquel est donné l'avis de surendettement peut ajourner la faillite, à la requête du conseil d'administration ou d'un créancier, si l'assainissement de la société paraît possible. L'ajournement de la faillite au sens de l'art. 725a CO, auquel renvoie l'art. 192 LP, a pour but de permettre la

continuation de l'activité de la société. A la différence des cas d'ajournement prévus par le droit des poursuites (art. 173 et 173a LP), il ne s'agit pas d'une mesure relevant de l'exécution forcée, mais d'un simple moratoire (Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2e éd., n. 1715; Hardmeier, Zürcher Kommentar, n. 1315 ad art. 725a CO), dont la finalité est de redresser la société en évitant toute procédure d'exécution forcée, y compris concordataire (Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, vol. III, n. 15 ad art. 192 LP).
Le requérant doit présenter un plan exposant les mesures propres à assainir la société - telles qu'une postposition par les créanciers de la société (cf. art. 725 al. 2 in fine CO), la conversion de créances en actions, des cautionnements ou garanties bancaires, etc. -, ainsi que le délai dans lequel le surendettement sera éliminé (Hardmeier, ibidem, n. 1316 ss et les références). Sur la base de ces éléments, le juge doit estimer les chances d'un assainissement réussi et durable (ATF 120 II 425 consid. 2b p. 426/427). L'assainissement paraît possible quand les mesures proposées permettront, selon toute vraisemblance, d'éliminer le surendettement dans le délai prévu et de restaurer à moyen terme la capacité de gain, qui seule laisse entrevoir des perspectives d'avenir (ATF 99 II 283 consid. II/3 p. 289; cf. aussi la jurisprudence citée par Tercier/Stoffel, Le droit des sociétés 1999/2000, in RSDA 2000 p. 299 r86-88). La durée de l'ajournement est laissée à l'appréciation du juge (Hardmeier, ibidem, n. 1324). Toutefois, plus le temps nécessaire pour mener à bien le plan d'assainissement est long, plus le redressement de la société apparaît aléatoire, car les prévisions à moyen ou à long terme sont notoirement, et par la nature des
choses, plus risquées que celles à plus court terme; en effet, plus la durée de l'assainissement projeté est longue, plus le risque s'accroît que les mesures proposées ne puissent pas - ou pas entièrement - être réalisées, ou se trouvent contrecarrées par d'autres facteurs négatifs qui ne peuvent pas être éliminés par les mesures conservatoires ordonnées par le juge (arrêt non publié 5P.465/1999 du 11 avril 2000, consid. 4c).
3.3 La recourante fait tout d'abord grief à l'autorité cantonale d'avoir appliqué arbitrairement l'art. 174 al. 1, 2e phrase, LP en écartant les pièces produites à l'appui de son mémoire de recours cantonal. Même si ces pièces «étaient datées postérieurement au jugement de faillite du 1er avril 2003, [elles]étaient aptes à prouver des éléments de fait antérieurs à celui-ci et déjà allégués devant le premier juge»; partant, il ne s'agissait pas de faits nouveaux proprement dits, qui relèvent du champ d'application de l'art. 174 al. 2 LP, mais de pseudo-nova dont la production est permise par l'art. 174 al. 1, 2e phrase, LP.

Selon l'arrêt attaqué, «étant donné que l'on se trouve hors du cadre de l'art. 174 al. 2 LP», des faits nouveaux et pièces nouvelles ne peuvent pas être invoqués, l'autorité de recours statuant sur la base du dossier que le premier juge avait en main. On peut déduire de la jurisprudence qu'elle cite (RJN 1998 p. 331/332 consid. 1) que la cour cantonale a estimé que les pièces en discussion constituaient des faits nouveaux proprement dits, allégués en dehors des hypothèses exhaustivement énumérées par l'art. 174 al. 2 LP.
3.3.1 Devant l'autorité judiciaire supérieure, la société qui requiert un ajournement a la faculté de présenter des faits nouveaux lorsqu'ils se sont produits avant le jugement de première instance (faits nouveaux improprement dits ou pseudo-nova) (art. 174 al. 1, 2e phrase, LP, par renvoi de l'art. 194 al. 1 LP; Gilliéron, op. cit., n. 31 ad art. 192 LP; Brunner, Kommentar zum SchKG, vol. II, n. 24 ad art. 192 LP). Cette disposition concrétise la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral sous l'ancien droit (cf. ATF 102 Ia 153 consid. 2a p. 155; Brönnimann, Novenrecht und Weiterziehung des Entscheides des Konkursgerichtes gemäss Art. 174 E SchKG, in FS Walder, p. 433 ss, 443 ch. 2.1).
Les pseudo-nova sont admis sans restrictions (Message concernant la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 8 mai 1991, FF 1991 III 130; arrêt non publié 5P.91/1999 du 23 avril 1999, consid. 2b; Brönnimann, ibidem, ch. 2.2). Il n'est pas nécessaire que celui qui les invoque soit excusable, les motifs de retard ne jouant aucun rôle (Brönnimann, op. cit., p. 442 ch. 3). Toutefois - comme cela ressort de la version allemande du texte légal («dabei») -, ces faits doivent être invoqués dans le délai de recours de 10 jours (cf. art. 174 al. 1 LP) et, partant, généralement dans le mémoire ou la déclaration de recours (Brönnimann, op. cit., p. 442 ch. 2; Giroud, Kommentar zum SchKG, vol. II, n. 19 ad art. 174 LP). L'expression «faits nouveaux» doit être comprise dans un sens technique: elle englobe aussi bien les allégués de fait que les offres de preuves (Brönnimann, op. cit., p. 443 ch. 2.1).
3.3.2 A l'appui du présent recours, la recourante a produit les pièces écartées du dossier par l'autorité cantonale, à savoir la lettre du Crédit Suisse du 4 avril 2003, la lettre de Y._____ SA du 3 avril 2003, l'e-mail de Z._____ SA du 8 avril 2003, la liste des commandes reçues depuis fin mars 2003 (311'384 fr. 85), la lettre

de la Banque Cantonale Neuchâteloise (BCN) du 29 avril 2003, le fax du Crédit Suisse à la BCN du 5 mai 2003, un relevé du chiffre d'affaires facturé (753'514 fr. 75) et de l'état des commandes (706'730 fr. 76) au 5 mai 2003, ainsi qu'un courrier de Corner SA du 20 mai 2003. Or, non seulement toutes ces pièces portent une date postérieure à l'ouverture de la faillite (i.e. 1er avril 2003), mais en outre leur lecture ne démontre pas, à tout le moins de manière concluante, qu'elles se rapportent bien à des «faits antérieurs» au jugement déclaratif; deux d'entre elles se réfèrent même expressément à la déclaration de la faillite en première instance (e-mail de Z._____ SA et lettre de la BCN). A cet égard, la recourante se contente d'ailleurs de renvoyer aux documents qu'elle a vainement produits devant la juridiction cantonale de recours, mais sans expliciter plus avant leur contenu. Autant qu'il
respecte les exigences légales de motivation (art. 90 al. 1 let. b OJ), le grief se révèle clairement mal fondé.
3.4 La recourante prétend encore que les juges cantonaux ont admis ou écarté arbitrairement des éléments postérieurs à l'ouverture de la faillite dans le seul but de confirmer le jugement de première instance; ils ont ainsi tenu compte de faits postérieurs au 1er avril 2003, comme la guerre en Irak, le SRAS et le chiffre d'affaires des quatre premiers mois de l'année 2003.

Ce grief est infondé. L'autorité cantonale a tenu compte de la situation économique notoirement stagnante, et des répercussions négatives sur les marchés internationaux qu'avaient entraînées des éléments survenus en début d'année, comme le SRAS et la guerre en Irak; elle a pris en considération ces faits dans la mesure où ils étaient, à son avis, antérieurs au 1er avril 2003. Quant au chiffre d'affaires réalisé durant les quatre premiers mois de l'année 2003 (753'514 fr. 75 au lieu de 1'150'000 fr.), il comprend certes le mois d'avril, qui est postérieur au jugement de première instance; toutefois, comme la recourante n'a pas produit son chiffre d'affaires pour les trois premiers mois, l'on ne saurait taxer d'arbitraire la prise en compte des recettes couvrant les quatre premiers mois, donnée qui permet d'évaluer le chiffre d'affaires au 31 mars 2003.
3.5 Enfin, la recourante soutient que l'autorité précédente a appliqué d'une manière arbitraire l'art. 725a CO en exigeant d'elle «la preuve de l'assainissement effectif de la société», alors que cette disposition lui commandait de ne considérer que les «perspectives d'assainissement selon le plan proposé».
Insuffisamment motivé, ce grief est irrecevable (art. 90 al. 1 let. b OJ; cf. consid. 3.1). En effet, la cour cantonale a retenu que la société n'a pas démontré son aptitude à éliminer le surendettement et à restaurer sa capacité de gain en se fondant sur les éléments suivants:
- même si l'augmentation du capital-actions a pour effet d'augmenter les fonds propres et de réduire l'endettement au 31 décembre 2002 de 2'303'909 fr., un surendettement subsiste à hauteur de 300'000 fr., et il n'existe aucun engagement formel des créanciers d'abandonner leurs créances à concurrence de ce montant;
- l'apport de 400'000 fr. par l'un des administrateurs ne réduit pas le surendettement puisqu'il engendre une dette du même montant;
- le chiffre d'affaires de 5'500'000 fr. fixé pour 2003 (16'215'712 fr. en 1999-2000, 10'916'000 fr. en 2001, 3'605'000 fr. en 2002) apparaît trop optimiste au vu de la situation économique, et il ne s'est d'ailleurs élevé, pour les quatre premiers mois de l'année, qu'à 753'514 fr. 75 au lieu des 1'150'000 fr. projetés;
- la recourante fait l'objet de deux poursuites, portant respectivement sur 60'389 fr. 40 et 23'874 fr. 55, à raison de loyers impayés;
- des cotisations sociales restent en souffrance pour les montants de 166'472 fr. 15 de juin à décembre 2002 et de 33'719 fr. pour le premier trimestre 2003.
Or, la recourante ne démontre pas en quoi il serait arbitraire d'avoir considéré qu'un assainissement ne paraît pas possible; elle se borne à procéder par affirmations (i.e. si elle avait interrogé les administrateurs et pris en compte les pièces écartées, l'autorité cantonale aurait pu se convaincre que les principaux créanciers accepteraient un abandon de créances aux conditions qu'elle avait proposées, accord qui devait être concrétisé par elle et le curateur après l'«ajournement officiel»; aucun élément concret ne permettait d'admettre que les créanciers principaux auraient refusé le plan d'assainissement; la créance née de l'apport de 400'000 fr. par un administrateur aurait été, «selon le cours ordinaire des choses et l'expérience prévalant dans le monde des affaires», postposée ou transformée en augmentation de capital), mais n'établit pas que les abandons de créances auraient éliminé le surendettement de 300'000 fr., ni que le chiffre d'affaires de 5'5000'000 fr. pour 2003, qualifié d'«optimiste» par la cour cantonale, aurait été atteint en dépit d'un chiffre d'affaires effectif (753'514 fr. 75) notablement inférieur aux attentes pour les quatre premiers mois (1'150'000 fr.).
4.

En conclusion, le présent recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité, aux frais de son auteur (art. 156 al. 1 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.
2.
Un émolument judiciaire de 5'000 fr. est mis à la charge de la recourante.
3.
Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire de la recourante et à la Ie Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel.
Lausanne, le 25 août 2003
Au nom de la IIe Cour civile
du Tribunal fédéral suisse
Le Président: Le Greffier: