Urteilskopf

107 III 53

14. Arrêt de la IIe Cour civile du 16 septembre 1981 dans la cause Crédit Suisse S.A. contre Finax S.A. (recours de droit public)
Regeste (de):
Art. 50, 52, 190 SchKG.

Über eine Gesellschaft kann der Konkurs ohne vorgängige Betreibung nur am ordentlichen Betreibungsort eröffnet werden, über eine Aktiengesellschaft mithin an dem Ort, wo diese ihren Sitz hat und wo sie im Handelsregister eingetragen sein muss (E. 4-5).

Regeste (fr):
Art. 50, 52, 190 LP.

La faillite sans poursuite préalable d'une société ne peut être prononcée qu'au for ordinaire de la poursuite, soit, pour une société anonyme, au lieu où elle a son siège et où elle doit être obligatoirement inscrite au registre du commerce (c. 4-5).

Regesto (it):
Art. 50, 52, 190 LEF.

Il fallimento senza preventiva esecuzione può essere dichiarato soltanto al foro ordinario dell'esecuzione, ossia, per una società anonima, soltanto nel luogo in cui essa ha la propria sede e in cui deve essere obbligatoriamente iscritta nel registro di commercio (consid. 4-5).

Sachverhalt ab Seite 54

BGE 107 III 53 S. 54

A.- La société Finax Panama S.A. est enregistrée au Panama avec un capital-actions de 10'000 US $. Le 23 janvier 1975, deux de ses administrateurs, agissant en son nom, ont désigné comme mandataire de la société Eli Pinkas, auquel ils ont donné pouvoir de faire sous sa signature individuelle toutes opérations bancaires au nom de la société. Le 12 mars 1979, par l'intermédiaire de Pinkas, Finax S.A. s'est fait ouvrir un compte courant en francs suisses au Crédit Suisse S.A., succursale de Lausanne. Pinkas a donné à la banque divers cautionnements personnels pour les engagements de Finax S.A., soit un total de 5 millions de francs. Par l'intermédiaire de Pinkas, Finax S.A. a déclaré accepter les conditions générales de la banque et en particulier la clause relative au for conventionnel, qui dispose, sous art. 14: "Art. 14 - droit applicable et for
Toutes les relations du client avec la banque sont soumises au droit suisse. Le lieu d'exécution, le for de poursuite pour les clients domiciliés à l'étranger, et le for exclusif de toute procédure sont au siège ou à la succursale traitant avec le client. La banque est toutefois en droit d'ouvrir action au domicile du client ou devant tout autre tribunal compétent." Le 10 juin 1980, Pinkas s'est suicidé. Sa succession a été considérée comme répudiée parce qu'insolvable et sa faillite a été prononcée le 15 juillet 1980. La société Socsil S.A., dont Pinkas était le principal actionnaire et l'unique administrateur, a également été déclarée en faillite. En juillet 1980, Finax S.A. était débitrice de Crédit Suisse S.A., du fait des engagements souscrits et cautionnés par Pinkas, d'une somme

de 5'879'319 fr. 80 en capital. Elle n'a pas donné suite à la demande de remboursement que lui a notifiée Crédit Suisse S.A., qui a obtenu deux séquestres et fait notifier une poursuite en validation de séquestre - No 159278 de l'Office de Lausanne-Est, du 18 juillet 1980 - en paiement de 5'879'319 fr. 80 en capital. Les séquestres portent sur des avoirs d'environ 500'000 fr. en main de la Compagnie de banque et de crédit S.A. à Lausanne, revendiqués par cette banque, et sur des comptes pour un montant inférieur à 7'500 fr. auprès d'une autre banque.

BGE 107 III 53 S. 55

B.- Le 28 juillet 1980, Crédit Suisse S.A. a requis du président du Tribunal du district de Lausanne la faillite sans poursuite préalable de Finax S.A. Cette requête a été rejetée le 21 août 1980. Ayant recouru auprès de la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal vaudois, Crédit Suisse S.A. s'est vue déboutée quant au fond par arrêt du 6 novembre 1980. Cette décision est motivée en substance comme il suit: La faillite sans poursuite préalable d'une société ne peut être prononcée qu'au for ordinaire de la poursuite, qui, pour une société anonyme, est le lieu où elle a son siège et où elle doit être obligatoirement inscrite au registre du commerce. Il n'y a notamment pas de for de la faillite au siège des succursales, en vertu du principe de l'unité de la faillite, qui est d'ordre public et a pour conséquence qu'il n'y a pas place pour des fors spéciaux en matière de faillite. Ainsi, le for désigné par l'art. 50 al. 2 LP est inapplicable à la faillite, de même que, selon le texte exprès de la loi, le for du séquestre (art. 52 LP). Dans ces conditions, n'étant pas inscrite au registre du commerce de Lausanne, Finax S.A. n'a pas de for de faillite à cet endroit. L'art. 50 al. 1 LP ne trouve pas non plus application, Finax S.A. n'ayant pas à Lausanne un établissement au sens de l'art. 935 CO. Dans la mesure où le siège de Finax S.A. à Panama serait fictif et où le siège véritable de la société se trouverait à Lausanne, on n'en saurait tenir compte tant que ces faits n'auront pas été constatés au cours d'une procédure administrative tendant à l'inscription de la société au registre du commerce de Lausanne et y ayant abouti.

C.- Crédit suisse S.A. a formé un recours de droit public auprès du Tribunal fédéral. Elle concluait à l'annulation de l'arrêt cantonal et au renvoi de la cause à la Cour des poursuites et faillites pour qu'elle rendît un nouveau prononcé sur le fond et statuât sur la requête de faillite sans poursuite préalable. Le recours a été rejeté.

Erwägungen

Considérant en droit:

1. Le prononcé de dernière instance cantonale accordant ou refusant la mise en faillite du débiteur ne peut faire l'objet que d'un recours de droit public au Tribunal fédéral, au sens de l'art. 84 al. 1 OJ (cf. notamment FRITZSCHE, Schuldbetreibung und Konkurs, 2e éd., II, p. 14 et les références).

2. Dans la mesure où la recourante invoque l'art. 4 Cst., le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral est limité à l'arbitraire.

BGE 107 III 53 S. 56

Dans la mesure, en revanche, où il invoque l'art. 84 litt. d OJ et prétend qu'il y a eu violation des art. 46 ss. LP, notamment 50 LP, le Tribunal fédéral a plein pouvoir d'examen (BIRCHMEIER, Organisation der Bun-

desrechtspflege, p. 328 litt. d; ATF 82 I 85 consid. 6).

3. C'est vainement que, pour démontrer l'existence d'un for de faillite sans poursuite préalable en Suisse, la recourante soutient qu'il y a eu application arbitraire de l'art. 190 LP. Cette disposition légale ne donne aucune indication sur le for. La matière est réglée aux art. 46 à 54 LP. Le Tribunal fédéral a, on l'a vu, plein pouvoir d'examen pour contrôler l'application de ces dispositions légales dans le cadre de l'art. 84 litt. d OJ.

4. La recourante prétend, à titre principal, que le for du domicile élu prévu par l'art. 50 al. 2 LP détermine non seulement un for de poursuite, mais aussi un for de faillite sans poursuite préalable. a) Aux termes de l'art. 50 al. 2 LP, le débiteur domicilié à l'étranger qui a élu domicile en Suisse pour l'exécution d'une obligation peut y être poursuivi pour cette dette. Le for de poursuite est expressément donné uniquement pour la dette visée par l'élection de domicile. Il constitue donc un for spécial, pour la poursuite d'un seul créancier et l'exécution forcée d'une seule dette, celle visée par l'élection de domicile. Le for du domicile élu ne permet même pas la participation à la saisie des créanciers prévus par l'art. 111 LP (JAEGER, n. 9 ad art. 50 LP; LENZI, Die Betreibungsstände nach dem schweiz. Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, thèse Zurich 1934, p. 98). Cette poursuite spéciale est donc de par sa nature contraire à la faillite, qui a pour objet l'exécution forcée en un seul lieu (art. 55 LP) de toutes les dettes du débiteur, au bénéfice de tous les créanciers concurrents (cf. notamment FAVRE, Droit des poursuites, 3e éd., p. 263; AMONN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, p. 263; FRITZSCHE, II, p. 1).
L'art. 52 LP envisage une situation semblable lorsqu'il donne un for de poursuite au lieu du séquestre. Ce for n'est pas prévu pour la poursuite des créances du même créancier qui ne sont pas mentionnées dans l'ordonnance de séquestre, ni pour les poursuites d'autres créanciers qui n'ont pas obtenu le séquestre (JAEGER, n. 2 ad art. 52 LP). Dès lors, l'art. 52 LP dit expressément que la faillite ne peut être requise qu'au for ordinaire, à l'exclusion du for du séquestre. En effet, l'ensemble des créanciers du débiteur séquestré ne sauraient concourir au for du séquestre dans la mesure où ce for n'est pas en même temps le for ordinaire. Cela

exclut également la faillite sans poursuite préalable au for du séquestre, qu'elle se fonde sur l'art. 190 LP ou sur la déclaration d'insolvabilité de l'art. 191 LP (JAEGER, n. 6 ad art. 52). b) Comme l'a relevé la cour cantonale, JAEGER enseigne que la participation à la saisie au sens de l'art. 111 LP et la faillite sans poursuite préalable sont exclues au for du domicile élu (n. 9 et 11 ad art. 50, n. 1 ad art. 191 LP). Il se réfère à "la nature des choses", par quoi l'on doit entendre l'incompatibilité de l'exécution spéciale, limitée à une seule dette et à un seul créancier, avec l'exécution générale que représente la faillite. De même, BRAND (FJS No 993 p. 6) admet seulement le for ordinaire de poursuite pour la faillite sans poursuite préalable. c) Les auteurs que cite la recourante ne démontrent rien de contraire. BRUSTLEIN-RAMBERT (Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, p. 249) déclarent que la faillite sans poursuite préalable peut être requise contre tout débiteur, même contre celui qui n'est pas sujet à la poursuite par voie de faillite. Ils précisent: "Toutefois, il faut qu'à teneur des art. 46 à 54 le débiteur puisse être légalement recherché en Suisse." Cela ne signifie pas que tous les fors de poursuite définis par les art. 46 à 54 LP soient nécessairement valables pour un prononcé de faillite. L'incompétence du juge du for défini par l'art. 52 LP ressort du texte même de la loi. Les auteurs n'examinent pas à cet endroit quel est le juge compétent ratione loci, mais quelle est la qualité du débiteur sujet à la faillite sans poursuite préalable. La portée générale que la recourante veut attribuer au passage auquel elle se réfère est notamment controuvée par les explications des mêmes auteurs à propos de l'art. 50 LP (p. 56) où ils relèvent que si la Convention franco-suisse du 15 juin 1869 sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile autorise la création d'un for de poursuite au domicile élu du débiteur, il n'en demeure pas moins qu'en vertu de l'art. 6 de ladite convention la faillite devra être prononcée et organisée par l'autorité du domicile du débiteur, sauf exception pour les biens immobiliers dont la réalisation s'opère suivant la loi de situation. BLUMENSTEIN (Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrech-

tes, p. 597) remarque aussi que le débiteur sujet à la faillite sans poursuite préalable n'est pas nécessairement inscrit au registre du commerce. En revanche, ajoute-t-il, il doit avoir en Suisse un for de poursuite où la faillite puisse être ouverte (dans le même sens p. 602). Certes, cet auteur

déclare (p. 597) que, vu la rédaction générale de l'art. 190 LP, on doit admettre que tous les fors décrits par les art. 46 à 54 LP entrent en considération, à l'exception de celui du séquestre (art. 52 LP). Il reprend sur ce point ce qu'il a écrit (p. 188) à propos du for du séquestre, savoir que la commination et l'ouverture de la faillite ne peuvent avoir lieu qu'au for où la poursuite a lieu ordinairement, soit au domicile ou au lieu de séjour, respectivement, s'agissant d'un débiteur domicilié à l'étranger, au lieu de son établissement d'affaires ou du domicile élu (art. 46, 47, 48, 50 LP). Il relève toutefois qu'au for du séquestre une ouverture de faillite n'est en aucun cas admissible, même pas lorsque le débiteur provoque l'ouverture de la faillite par sa déclaration d'insolvabilité selon l'art. 191 LP. Il explique que cela est conforme à la nature des choses, puisque le séquestre comme tel a uniquement le caractère d'une mesure de l'exécution spéciale. Mais cette explication est aussi valable pour l'art. 50 al. 2 LP, qui prévoit seulement une exécution spéciale, limitée à la dette assortie d'une élection de domicile et au créancier bénéficiant de cette élection. En raison de cette spécificité statuée par l'art. 50 al. 2 in fine LP, la poursuite de l'étranger au for élu est tout aussi incompatible que la poursuite au for du séquestre avec l'exécution générale que constitue la faillite. L'opinion de BLUMENSTEIN n'est donc pas convaincante, parce que contradictoire, dans la mesure où il affirme autre chose. On remarque du reste qu'il n'examine pas les conséquences de la spécificité du for de l'art. 50 al. 2 LP lorsqu'il commente cette disposition (p. 183).
d) La recourante reproche en outre à la Cour cantonale d'avoir fait une interprétation abusive de l'ATF 71 III 187 ss. lorsqu'elle en a déduit que, pour pouvoir prononcer la faillite sans poursuite préalable, le juge doit être compétent ratione loci pour prononcer la faillite. Il s'agissait en cette affaire de l'application de la législation exceptionnelle selon laquelle le créancier non domicilié en Suisse ne pouvait, pendant la guerre, requérir un séquestre fondé sur l'art. 271 ch. 1 et 4 LP (ACF du 24 octobre 1939, RO 55/1939 p. 1340, abrogé par l'ACF du 3 septembre 1948, RO 1948 p. 950). La question posée au Tribunal fédéral - et résolue négativement - était de savoir si un Etat étranger avait un domicile en Suisse au sens de l'arrêté du 24 octobre 1939 et s'il pouvait par conséquent requérir un séquestre contre un de ses débiteurs n'habitant pas la Suisse au sens de l'art. 271 ch. 4 LP. L'Etat étranger soutenait qu'il pouvait invoquer, outre cette dernière disposition, celle de l'art. 271 ch. 2 LP, savoir faire valoir que son débiteur, dans l'intention de se soustraire

à ses engagements, celait ses biens, s'enfuyait ou préparait sa fuite; il affirmait que dans ce cas de séquestre l'arrêté ne lui était pas opposable. Le Tribunal fédéral a considéré que l'art. 271 ch. 2 LP n'était de toute façon pas applicable à un débiteur résidant à l'étranger et sans for ordinaire de poursuite en Suisse: il s'agit, dit-il, comme pour la cause de faillite de l'art. 190 ch. 1 LP, qui repose sur le même comportement du débiteur, d'un moyen de droit qui suppose l'existence d'un for de poursuite ordinaire en Suisse et qui tend à protéger le créancier de manoeuvres du débiteur cherchant à supprimer l'efficacité d'une poursuite à ce for (ATF 71 III 188 consid. 1). Ce considérant est clair. Il exige un for ordinaire de poursuite aussi bien pour permettre un séquestre fondé sur l'art. 271 ch. 2 LP que pour permettre la faillite sans poursuite préalable au sens de l'art. 190 ch. 1 LP. La référence à cette dernière disposition n'est pas un obiter dictum sans portée, mais la recherche d'une ratio legis commune aux deux dispositions légales invoquées. On ne saurait affirmer sans témérité qu'en

se référant à cet arrêt, FRITZSCHE admet (II, p. 29) que la faillite sans poursuite préalable est possible à un for où la faillite ne peut pas être prononcée. Peu importe que cet auteur ne fasse pas de distinctions entre les divers fors prévus par les art. 46 à 54 LP, dès l'instant que, pour désigner le juge compétent ratione loci, il se réfère expressément à l'arrêt cité ci-dessus. Au reste, dans le passage cité, FRITZSCHE n'examine pas la question du for, mais celle de la qualité du débiteur qui peut être mis en faillite sans poursuite préalable.
e) En réalité, la question de savoir si un for spécial de poursuite permet un prononcé de faillite est tranchée depuis longtemps par le Tribunal fédéral. Dans l'ATF 32 I 32 /33 consid. 2, il a dit qu'un for spécial de poursuite ne peut constituer à lui seul, d'après le système de la LP, le for de la liquidation générale du patrimoine que comporte la faillite, comme cela ressort sans équivoque de la disposition expresse de l'art. 52 LP, selon lequel, même au cours de la poursuite spéciale au for du séquestre, l'ouverture de la faillite doit avoir lieu au for général ordinaire. Cette jurisprudence doit être maintenue en dépit de l'opinion contraire de BLUMENSTEIN (p. 597 n. 6), qui n'indique pas de motifs à l'appui. Elle s'impose par la notion même de la faillite en tant qu'exécution générale faisant appel au concours de tous les créanciers et elle rend compte du texte de l'art. 52 LP dont BLUMENSTEIN ne recherche pas la raison. Le principe de l'exécution générale de la faillite n'est limité

par le principe concurrent de sa territorialité qu'en matière de faillite de l'établissement commercial en Suisse d'un débiteur établi à l'étranger (art. 50 al. 1 LP). Mais, là encore, tous les créanciers de l'établissement commercial concourent à son for en Suisse. Il ne s'agit donc pas, comme à l'art. 50 al. 2 LP, de la poursuite d'un seul créancier cherchant à obtenir le recouvrement d'une seule dette. Contrairement à ce qu'affirme la recourante, il n'est pas question de protéger le débiteur domicilié à l'étranger: la poursuite contre un débiteur domicilié à l'étranger est impossible d'une façon générale, ce qui découle de la territorialité de la poursuite (cf. notamment JAEGER, n. 1 ad art. 46 LP; AMONN, p. 78; FAVRE, p. 99 et 103). Si, par exception, l'art. 50 al. 2 LP reconnaît un for conventionnel de poursuite, il ne le fait que pour une dette individualisée au profit d'un seul créancier et exclut par là même le concours des autres créanciers et des autres dettes, concours qui caractérise la faillite. Toute autre solution comporterait une contradiction dans les termes.

5. La recourante soutient enfin que Finax S.A. aurait un établissement à Lausanne dès lors que Pinkas y a fait une partie, voire la totalité des opérations de la société débitrice. On ne peut sur ce point que le renvoyer aux considérants de la Cour cantonale: un établissement d'une société anonyme ne peut exister sans inscription au registre du commerce. Faute d'une telle inscription faite spontanément par la débitrice ou provoquée par la créancière, il ne saurait y avoir de for de poursuite au sens de l'art. 50 al. 1 LP à Lausanne.
Le recours est donc mal fondé et le prononcé entrepris doit être maintenu.