REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/24492/2005 **ACJC/569/2006**

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

1ère Section

AUDIENCE DU JEUDI 18 MAI 2006

Entre

S_____, sise rue _____ (ZH), appelante d'un jugement rendu par le Tribunal de première instance de ce canton le 23 janvier 2006, comparant par Me François Rayroux, avocat, route de Chêne 30, case postale, 1211 Genève 17, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

X_____ SA, sise rue_____ (GE), intimée, non comparant,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 22.05.2006.

EN FAIT

A. S_____ ou bourse suisse des valeurs mobilières est une association de droit privé qui a son siège à Zurich et qui a pour but l'exploitation d'une bourse électronique.

Elle est au bénéfice d'une autorisation délivrée à cet effet par la Commission fédérale des banques fonctionnant comme autorité de surveillance en matière boursière (art. 3 de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières, ci-après "LBVM").

X_____ SA est une société anonyme inscrite au Registre du commerce de Genève. Elle a pour but notamment les conseils en matière économique, fiscale et financière, l'expertise comptable et la révision.

X_____ SA a été enregistrée le 21 décembre 2000 auprès de S_____ en qualité de réviseur reconnu au sens des art. 17 ss LBVM.

B. Dans le cadre de son devoir de surveillance, S_____ a ouvert en janvier 2003 une enquête à l'encontre de X_____ SA au sujet de certains manquements constatés dans un rapport de révision relatif à une société cotée en bourse.

Après avoir recueilli les explications de X_____ SA, S_____ a considéré que cette société avait enfreint la réglementation applicable, en l'occurrence les art. 67 à 71 du règlement de cotation édictés le 24 janvier 1996 par l'instance d'admission de S_____.

C. Par décision du 4 avril 2003, le comité de l'instance d'admission de S_____ a dès lors sanctionné X_____ SA en lui infligeant un avertissement, en prononçant le retrait de son enregistrement et en ordonnant la publication de la décision, sanctions toutes prévues par l'art 82a du règlement de cotation. Enfin, les frais de procédure relatifs à l'enquête et à la décision de 1ère instance, arrêtés à 5'000 fr., furent mis à sa charge conformément à l'art. 68 du tarif relatif au règlement de cotation.

Cette décision fut notifiée à X_____ SA par pli recommandé du 2 juin 2003.

Le destinataire fut également informé qu'il pouvait recourir contre cette décision dans un délai de 30 jours à compter de sa notification auprès de la commission disciplinaire de S_____ dont l'adresse était indiquée.

X_____ SA n'a déposé aucun recours auprès de cette instance, ce que celle-ci a attesté le 12 août 2005. La sanction étant devenue exécutoire, la décision fut publiée et le retrait de l'enregistrement devint effectif.

En outre, S_____ envoya le 11 août 2003 à X_____ SA une facture no _____ de 5'000 fr. correspondant aux frais de procédure que X_____ SA devait payer selon décision du 4 août 2003. Un délai de 30 jours lui était ménagé à cet effet.

D. Aucun paiement n'étant intervenu, S_____ adressa à X_____ SA un premier rappel le 19 décembre 2003, puis un second rappel le 7 juillet 2004. Enfin, elle lui fit notifier le 5 avril 2005 un commandement de payer, poursuite no 05 _____ F, pour le montant de 5'000 fr. avec intérêts à 5% dès le 1er septembre 2003 dû selon décision du comité de l'instance d'admission. X_____ SA forma opposition à cette poursuite.

Avant de solliciter la mainlevée de cette opposition, S_____ accorda à X_____ SA un ultime délai au 16 septembre 2005 pour s'acquitter de la somme réclamée et des frais de poursuite.

Par courrier du 23 septembre 2005, X_____ SA répondit qu'en raison de sa situation financière précaire, elle souhaitait trouver une issue amiable et offrait de verser 1'000 fr. pour solde de tout compte, proposition qui fut rejetée par S_____.

E. Par requête déposée le 1er novembre 2005 auprès du Tribunal de première instance, S_____, agissant par voie de procédure sommaire, a sollicité à titre principal que soit prononcée la mainlevée définitive de l'opposition faite par X_____ SA à la poursuite no 05 _____ F à concurrence du montant de 5'000 fr. plus intérêts à 5% dès le 11 septembre 2003. Elle a également conclu à ce que la débitrice soit condamnée aux dépens de l'instance lesquels devaient comprendre une indemnité équitable valant participation aux honoraires d'avocat.

A titre subsidiaire, elle a invité le Tribunal à prononcer la mainlevée provisoire de l'opposition à la susdite poursuite avec suite de dépens.

F. Statuant par défaut à l'encontre de X_____ SA, le Tribunal de première instance, par jugement JTPI/1040/2006-JS du 23 janvier 2006, a prononcé la mainlevée provisoire de l'opposition faite à la poursuite no 05 _____ F et a condamné la partie citée à payer à S_____ une indemnité à titre de dépens de 500 fr.

Cette décision a été notifiée aux parties par plis recommandés du 3 février 2006.

Par acte déposé le 16 février 2006 au greffe de la Cour de justice, S_____ a fait appel de ce jugement qu'elle a reçu le 6 février 2006. Elle a conclu sur le fond à l'annulation du jugement du Tribunal de première instance précité en ce qu'il prononçait la mainlevée provisoire de l'opposition formée au commandement de payer, poursuite no 05 _____ F et a sollicité de la Cour qu'elle prononce en lieu et

place la mainlevée définitive de ladite opposition. Elle a enfin réclamé la condamnation de X_____ SA aux dépens d'appel comprenant une indemnité équitable valant participation aux honoraires d'avocat.

L'intimée n'a pas produit de réponse.

EN DROIT

1. A teneur de l'art. 354 LPC, le délai d'appel contre un jugement rendu en procédure sommaire est de dix jours dès la notification du jugement.

Le jugement du 23 janvier a été communiqué par pli recommandé du vendredi 3 février 2006. Reçu par l'appelante le lundi 6 février - fait non contesté par sa partie adverse - l'appel déposé le 16 février suivant respecte le délai légal.

L'appel est par ailleurs recevable à la forme (art. 347 et 356 LPC).

2. L'appel n'émanant pas de la partie défaillante, l'art. 294 LPC ne fait pas obstacle à sa recevabilité.

Par ailleurs, le fait que le jugement querellé ait entériné les conclusions subsidiaires de l'appelante n'empêchait pas celle-ci de faire appel pour obtenir ses conclusions principales tendant au prononcé de la mainlevée définitive, conclusions implicitement écartées par le premier juge (BERTOSSA/-GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise no 13 ad art. 291 LPC).

3. En vertu de l'art. 23 LALP, le jugement émanant du Tribunal de première instance sur une demande de mainlevée (art. 80 à 82 LP) est toujours rendu en dernier ressort, selon la voie de la procédure sommaire (art. 20 al. 1 lit. b LALP). Seul est en conséquence ouvert l'appel extraordinaire en violation de la loi (art. 292 LPC) dans le cadre duquel la Cour est liée, sauf appréciation arbitraire, par les faits constatés par le Tribunal.

Néanmoins, le juge de la mainlevée doit vérifier d'office si la requête est fondée sur un titre de mainlevée valable même si le débiteur ne le relève pas (SJ 1995 329).

4. En l'espèce, l'appelante se plaint de ce que le Tribunal a prononcé la mainlevée provisoire de l'opposition au lieu de la mainlevée définitive requise sur la base de la décision du 4 avril 2003 du comité de l'instance d'admission de la bourse suisse, décision qui, selon l'appelante, devrait être assimilée à un jugement exécutoire selon l'art. 80 al. 2 LP.

5. Selon l'art. 80 al.1 LP, le juge prononce la mainlevée définitive lorsque le créancier est au bénéfice d'un jugement exécutoire. L'art. 80 al. 2 LP assimile à de

tels jugements en particulier les décisions des autorités administratives de la Confédération ordonnant le paiement d'une somme d'argent.

L'appelante prétend pouvoir être considérée comme une telle autorité au motif qu'elle accomplit une tâche de droit public sur délégation de la Confédération.

5.1. L'art. 1 al. 2 LPA (RS 172.021) auquel il convient de se référer définit quelles sont les autorités administratives de la Confédération (Message du Conseil fédéral, FF 1991 III 66; ATF 130 III c.1.2.2 527, 528). Au nombre de celles-ci figurent "d'autres sociétés ou organisations indépendantes de l'administration fédérale, en tant qu'elles statuent dans l'accomplissement de tâches de droit public à elles confiées par la Confédération" (art. 1 al. 2 lit. e LPA). Il s'agit-là de "personnes de droit privé qui ont reçu délégation de tâches publiques" (P. MOOR "Droit administratif" Vol. II Berne 2002, p. 213).

Par la délégation "l'Etat renonce au monopole de l'organisation d'une tâche publique en en conférant l'exercice à des acteurs du secteur privé qui, sous sa surveillance, mettront leurs ressources et leur savoir-faire au service d'un intérêt général. Une délégation proprement dite consistera en l'octroi de compétences de décisions unilatérales ou en l'attribution d'un pouvoir réglementaire ou quasi-réglementaire" (P. MOOR "Droit administratif" Vol. III Berne, 1992, p. 92).

Dans un tel cas, une base légale formelle est nécessaire pour réaliser pareille délégation. En outre, les décisions prises en vertu d'un pouvoir délégué seront susceptibles de recours auprès d'une instance étatique (P. MOOR, op. cit. Vol. III p. 105) et la loi restreindra l'autonomie organique du délégataire notamment en soumettant ses statuts et d'autres actes à l'approbation de l'autorité délégante (P. MOOR, op. cit. Vol. III p. 110).

Le système de l'autorégulation doit être distingué de celui de la délégation.

"L'autorégulation est une situation dans laquelle une association adopte une réglementation propre applicable envers ses membres, comme un club. Elle relève du droit privé des associations et est en soi sans pertinence pour les autorités publiques. Des sanctions civiles peuvent être prévues envers ceux qui ne respectent pas cette réglementation, telles que des peines conventionnelles, des dommages-intérêts, voire la suspension ou l'exclusion." (B. KNAPP, "L'exécution des tâches publiques fédérales par des tiers" in "KOLLER/MULLER/RHINOW/-ZIMMERLI "Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht" Bâle 1996, p. 36).

L'autorégulation se rapproche d'un système de réglementation publique lorsque l'autorité laisse "expressément le pouvoir d'autorégulation à une association privée; dans ce cas, la réglementation reste privée mais l'autorité aura un droit de regard sur la manière dont elle est mise en place et appliquée." (B. KNAPP, op. cit., p. 36).

5.2. En matière boursière, la LBVM "se limite à poser un cadre pour l'activité des bourses, dans les limites duquel l'autorégulation doit prendre place. Cela ne signifie toutefois pas que l'on doive renoncer à une surveillance de l'Etat, mais plutôt que l'on répartit de manière appropriée les tâches entre la haute surveillance exercée par l'Etat et l'autorégulation privée se basant sur des obligations fixées par la loi" (Message du conseil fédéral, FF 1993 1290; D. ZOBL, "Le droit suisse sur les bourses" Zurich 1998 p. 149 ch. 3).

La LBVM a pour but, qui est d'intérêt public, d'assurer le bon fonctionnement du marché des valeurs mobilières et de garantir aux investisseurs transparence et égalité de traitement (art. 1 LBVM). L'exploitation d'une bourse est ainsi soumise à autorisation, laquelle est donnée par l'autorité de surveillance, à savoir la Commission fédérale des banques (art. 3 al. 1 et 34 LBVM).

En revanche, conformément au principe d'autorégulation, il appartient ensuite à la bourse, une fois autorisée, de "garantir l'organisation adéquate de son exploitation et de son administration ainsi que la surveillance de son activité" et d'édicter puis de soumettre "ses règlements et leurs modifications à l'approbation de l'autorité de surveillance" (art. 4 LBVM). A cette fin, la bourse doit mettre sur pied un organe interne de surveillance ainsi qu'une instance de recours indépendante laquelle aura notamment pour mission de statuer sur l'exclusion "d'un négociant" sur la base du règlement que la bourse aura élaboré pour fixer les conditions d'admission, les obligations et l'exclusion des négociants (art. 6 à 9 LBVM; art. 8 OBVM; D. ZOBL, op. cit., p. 150, 156, 157).

L'organisation de l'instance de recours et la procédure applicable devant cette instance sont réglées par la bourse qui doit cependant soumettre sa réglementation en la matière à l'approbation de l'autorité de surveillance (art. 9 al. 2 LBVM). L'art. 9 al. 3 LBVM précise encore que lorsque "la procédure de recours a été menée à terme", une action devant le juge civil est réservée.

5.3. Conformément aux principes qui viennent d'être rappelés, l'appelante a établi différents règlements, à commencer par :

a) des conditions générales qui régissent les conditions d'admission des participants et des négociateurs ainsi que les droits et les obligations des participants à la SWX (art. 1 CG dans THEVENOZ/ZULAUF, "BF 2005" Zürich 2005 ad art. 47.16).

L'admission à la SWX est subordonnée à la présentation d'une demande écrite et à d'autres conditions énoncées par les art. 1.2 à 1.5 CG. L'art. 1.16 CG prévoit qu'en cas d'infraction aux règlements de la SWX, lorsqu'une conditions d'enregistrement fait défaut ou lorsqu'une procédure pénale est ouverte, la SWX peut retirer aux négociateurs son enregistrement. Le participant ou le négociateur peut recourir contre la décision de retrait de l'enregistrement. La procédure est régie par un

règlement distinct. L'art. 1.24 énumère l'ensemble des sanctions disciplinaires qui concernent soit les participants soit les négociateurs enregistrés, sanctions parmi lesquelles l'on retrouve le retrait de l'autorisation. L'art. 1.20 prévoit l'obligation pour le participant de verser à la SWX différentes taxes, par exemple pour les dépenses d'enquête extraordinaire, ainsi que des intérêts moratoires.

L'art. 6.4 prévoit que les participants reconnaissent expressément le caractère obligatoire des conditions générales et des autres règlements de la SWX. Enfin, l'art. 6.3 CG soumet les différends entre les participants et la SWX à la juridiction exclusive et définitive d'un tribunal arbitral siégeant à Zurich, étant précisé que le cas échéant, "les différentes instances de recours interne de la SWX (commission disciplinaire, instance de recours) doivent être préalablement épuisées".

b) le règlement de cotation de la SWX (ci-après : RC) qui a pour but notamment de garantir pour les investisseurs la transparence des émetteurs et des valeurs (art. 1 RC).

"L'instance d'admission" de la SWX est chargée de l'admission de valeurs à la cotation et doit veiller à ce que les émetteurs remplissent leurs obligations pendant toute la durée de la cotation. Dans le cadre fixé par les art. 81, 82 et 82a du réglementation de cotation, elle décide aussi des sanctions à prendre ou émet des propositions dans ce sens auprès de la Commission de discipline de la SWX (art. 2 RC).

Selon l'art. 71 a RC, l'émetteur doit choisir un organe de révision enregistré auprès de l'instance d'admission. Celle-ci gère la liste des organes de révision enregistrés. L'art. 71 a al. 2 RC précise que "l'enregistrement est accordé sur requête et repose sur l'acceptation par l'organe de révision de se soumettre aux dispositions du règlement de cotation relatives aux sanctions".

Les sanctions sont prévues par les art. 81, 82 et 82 a RC. Il ressort de l'art. 81 ch. 1 RC et de l'art. 82 a RC que lorsque l'organe de révision contrevient à son devoir d'information, l'instance d'admission peut lui infliger, cumulativement, différentes sanctions parmi lesquelles l'avertissement, le retrait de l'enregistrement et la publication. Selon l'art. 82 a al. 2 RC, les décisions de sanctions prononcées par l'instance d'admission peuvent faire l'objet d'un recours auprès de la Commission de discipline dans un délai de 30 jours, après la notification de la décision.

c) le règlement de procédure de la Commission de discipline (ou disciplinaire) qui déclare applicables par analogie les règles de procédure de la LPA pour autant que les dispositions du règlement n'y dérogent pas (art. 1).

L'art. 9 prévoit notamment que la Commission se prononce sur l'infraction imputée au participant ou négociateur, sur la sanction disciplinaire décidée et sur

les frais de procédure à charge du participant. Il ajoute que le participant dispose de 30 jours dès la notification de la décision pour recourir au Tribunal arbitral de la SWX conformément aux conditions générales de la SWX.

d) le règlement de l'instance de recours de la SWX, laquelle connaît notamment des recours contre les décisions d'admission, de suspension, et d'exclusion d'un participant ainsi que des recours contre l'enregistrement, la suspension et le retrait de l'enregistrement des négociateurs. Il est à noter que les recours contre la décision de cette instance doivent également être adressés au Tribunal arbitral de la SWX (art. 1 et 6.9).

5.4. La décision sur laquelle se fonde l'appelante pour solliciter la mainlevée définitive de l'opposition est une décision de l'Instance d'admission prise à l'encontre d'un réviseur enregistré en application des art. 71, 71a, 81 et 82a RC ainsi que de l'art. 68 du tarif relatif à ce règlement (non produit par l'appelante), tarif qui laisse à la discrétion de l'instance le montant de l'émolument à percevoir pour la couverture des frais exposés.

6. L'on constate que cette décision s'inscrit strictement dans le cadre des mécanismes d'autorégulation édictés par l'appelante conformément aux incombances que les art. 3 et 4 LBVM lui imposaient pour être autorisée à exploiter une bourse.

S'il est admis que la LBVM relève de la surveillance des activités économiques et constitue une législation de droit public (D. ZOBL, op. cit. p. 149), l'on ne peut pas considérer pour autant que l'appelante ait été investie par la Confédération d'une tâche de droit public selon l'art. 1 al. 2 lit. e LPA.

En tant qu'institution de droit privé, elle s'est soumise aux exigences du droit public pour pouvoir bénéficier du droit d'exploiter une bourse. Les conditions qui lui sont imposées par la loi forment un code de déontologie qu'elle doit observer et faire observer contractuellement à ses différents membres. Elle n'est pas délégataire d'une parcelle de puissance publique.

La bourse est conçue comme un club qui n'est ouvert qu'aux membres qui souscriront à la réglementation promulguée par la bourse. Cette réglementation ne s'applique qu'aux sociétés cotées (émetteurs), aux négociants et pour l'activité qui les concerne, aux organes de révision, qui tous auront préalablement présenté une demande d'admission et se seront engagés à suivre les règles de la bourse, à en accepter les sanctions et les juridictions privées qui les appliquent.

Les sanctions sont ainsi conçues comme des peines conventionnelles qui ne procèdent pas de la loi mais du contrat. Les "taxes" et "émoluments" mis à la charge des "participants" qui donnent lieu à des enquêtes ou à des décisions qui leur sont favorables ne sont pas d'une nature différente. Ils reposent ainsi sur une base contractuelle.

La décision de l'autorité administrative qui justifie le prononcé de la mainlevée définitive selon l'art. 80 al. 2 ch. 2 LP, qu'elle corresponde ou non à la définition de l'art. 5 LPA, doit être au moins une décision de souveraineté, de puissance publique (STAHELIN/BAUER, "Kommentar zum Schuldbetreibung", Bâle 1998 ad art. 80, p. 676). Une telle décision peut en outre être contestée devant un juge étatique (P. MOOR, op. cit., Vol. III p. 105). Or, dans le cas d'espèce, la décision contestée ne peut être portée que devant un Tribunal arbitral. Il doit en outre être observé qu'au terme de cette procédure, ce n'est pas un recours administratif qui est ouvert mais la voie de l'action devant le juge civil (art. 9 al. 3 LBVM).

Par ailleurs, une décision administrative, de droit fédéral ou cantonal, est dans la règle expressément assimilée par la loi en vertu de laquelle elle est prononcée à un jugement selon l'art. 80 LP. Or, un tel renvoi fait précisément défaut ici.

Ces différents éléments conduisent la Cour à considérer que la décision produite par la créancière ne constitue pas un titre de mainlevée définitive.

7. Le juge de la mainlevée doit examiner d'office si le titre produit constitue un jugement exécutoire ou une reconnaissance de dette (SJ 1995 329; SJ 1984 389).

Le jugement querellé retient, par une motivation toute générale, que l'ensemble des documents produits par la créancière à l'appui de sa requête de mainlevée pouvait constituer une reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 LP et justifie ainsi le prononcé de la mainlevée provisoire d'opposition.

Constitue une reconnaissance de dette, au sens de l'art. 82 LP, l'acte authentique ou son seing privé signé par le poursuivi ou son représentant d'où ressort sa volonté de payer au poursuivant, sans réserve ni condition, une somme d'argent déterminée ou aisément déterminable et échue. Elle peut découler du rapprochement de plusieurs pièces, pour autant que les éléments nécessaires en résultent (ATF 122 III 125 c. 2).

7.1. En l'espèce, les conditions requises par la loi ne sont pas réalisées.

En effet, l'appelante n'a communiqué aucun document écrit et signé de l'intimée par laquelle celle-ci aurait reconnu devoir à la créancière la somme qu'elle réclame ou une somme déterminable. La pièce 13 n'est à cet égard pas suffisante.

Pour envisager l'octroi d'une mainlevée fondée sur l'art. 82 LP, il aurait au moins fallu que la requérante fournisse l'accord écrit de l'intimée de se soumettre aux conditions générales de la SWX et au règlement de cotation ainsi qu'au tarif qui s'y rapporte. Or, ces pièces font défaut.

8. L'appelante, qui succombe, sera condamnée aux frais de première instance et d'appel.

9. Des dépens n'ayant pas été sollicités par la partie intimée, il n'en sera pas alloué.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

LA COUR :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par S_____ contre le jugement JTPI/1040/2006 rendu le 23 janvier 2006 par le Tribunal de première instance dans la cause C/24492/2005-JS SS.

Au fond :

Annule ledit jugement.

Et, statuant à nouveau :

Déboute S_____ de sa requête en mainlevée de l'opposition formée au commandement de payer, poursuite no 05 _____ F.

La condamne aux frais de première instance et d'appel.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :