

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 27 juillet 2012

Présidence de M. SAUTEREL, vice-président
Juges : M. BosshardVallat et M. Vallat, juge suppléant
Greffier : Mme Joye

Art. 82 LP ; 684, 687 et 967 CO

La Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal, statuant à huis clos en sa qualité d'autorité de recours en matière sommaire de poursuites, s'occupe du recours exercé par **X.**_____ **EN LIQUIDA-TION**, à Chailly-sur-Montreux, représentée par l'Office des faillites de l'arrondissement de l'Est vaudois, contre le prononcé rendu le 14 octobre 2011, à la suite de l'audience du 7 octobre 2011, par le Juge de paix du district de Riviera - Pays-d'Enhaut, dans la cause opposant la recourante à **D.**_____, à Blonay.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. X._____ était une société anonyme inscrite au Registre du commerce le 24 avril 1987. Son capital-actions, d'un montant nominal de 100'000 fr., libéré à concurrence de 50'000 fr., était divisé en cent actions nominatives de 1'000 francs, avec restrictions quant à la transmissibilité. D._____ était inscrit en qualité d'administrateur, avec signature individuelle.

La faillite de la société a été prononcée avec effet au 20 janvier 2011 par le Président du Tribunal de l'arrondissement de L'Est vaudois.

2. a) Le 13 juillet 2011, l'Office des poursuites du district de la Riviera - Pays-d'Enhaut a notifié à D._____, à la réquisition de X._____ en liquidation, représentée par l'Office des faillites de l'arrondissement de l'Est vaudois, un commandement de payer n° 5'812'803 portant sur la somme de 50'000 fr. sans intérêt. La cause de l'obligation invoquée était la suivante : "Capital-action non libéré". Le poursuivi a formé opposition totale.

b) Le 5 août 2011, la poursuivante a requis la mainlevée de l'opposition. A l'appui de sa requête, elle a produit, outre le commandement de payer précité, notamment les pièces suivantes :

- une convention de cession d'actions passée le 19 août 2009 entre N._____, vendeur, et D._____, acheteur, concernant la société X._____, libellée notamment ainsi :

«Article 1 : Vente, achat des actions

Le vendeur s'engage à céder par la présente à l'acheteur ou à la personne morale ou physique que l'acheteur désignera les 100 actions au porteur de CHF 1'000.— chacune de la société.

L'acheteur, de son côté, s'engage à acheter les 100 actions mentionnées ci-dessus.

Article 2 : Reprise de dette

L'acheteur s'engage à reprendre du vendeur la dette actionnaire (Débiteur actionnaire selon article 4 ci-dessous) qu'il devra à la société à la date du transfert de la propriété des actions.

Cependant, un inventaire définissant les dettes de la société dont le règlement sera garanti par le vendeur a été dressé (annexe A).

Article 3 : Reprise de biens

La présente cession d'actions comprend l'agencement, le mobilier, et le bail, ainsi que la clientèle du commerce. Un inventaire détaillé (annexe B) fait partie intégrante de cette convention de cession de manteau d'actions.

Article 4 : Date du transfert

La cession des actions ainsi que la reprise de créance seront effectuées sur la base des comptes annuels intermédiaires au 30 juin 2009.

Article 5 : Prix

Le prix de vente des actions, y compris la reprise de la dette chirographaire qui apparaîtra au bilan de la société à la date du transfert est arrêté d'un commun accord globalement à la somme de 1 CHF symbolique.

(...).»

- un rapport de la fiduciaire [...], organe de révision de la société X._____, contenant les bilans au 31 décembre 2007 et au 31 décembre 2008 de cette société, ses comptes de profit et perte pour les période du 1^{er} janvier au

31 décembre 2007 et 2008, l'annexe aux comptes, la proposition d'attribution du bénéfice 2008 et son rapport de réviseur.

Une audience de mainlevée a été fixée au 7 octobre 2011. La citation à comparaître adressée au poursuivi le 5 septembre 2011 est revenue au greffe de la Justice de paix avec la mention "non réclamée" le 29 septembre 2011. Il ne résulte pas du dossier que le poursuivi ait été cité à nouveau.

3. Par prononcé du 14 octobre 2011, rendu à la suite d'une audience tenue par défaut des parties le 7 octobre 2011, le Juge de paix du district de la Riviera - Pays-d'Enhaut a rejeté la requête de mainlevée (I), arrêté à 360 fr. les frais judiciaires, compensés avec l'avance de frais de la partie poursuivante (II), mis les frais à la charge de cette dernière (III) et n'a pas alloué de dépens (IV).

La poursuivante a reçu le dispositif du prononcé le 17 octobre 2011 et le poursuivi le 20 octobre 2011.

Le prononcé motivé a été adressé pour notification aux parties le 19 janvier 2012. La poursuivante l'a reçu le lendemain. Le poursuivi n'a pas retiré le pli contenant cette décision.

Le premier juge a considéré en substance qu'il ne ressortait pas de la convention de cession d'actions du 19 août 2009 que le poursuivi aurait pris l'engagement envers la société de libérer entièrement le capital-actions de la société, la convention ne liant pas du reste la société mais uniquement le vendeur et l'acheteur des actions.

La poursuivante a recouru par acte du 27 janvier 2012 concluant, avec suite de frais et dépens de première et seconde instance, à la réforme du prononcé entrepris en ce sens que l'opposition formée au

commandement de payer est levée à concurrence de 50'000 francs. Elle a produit avec son acte de recours un onglet de quatre pièces.

L'intimé, qui n'a pas réclamé le courrier qui lui avait été adressé par le greffe, n'a pas répondu au recours.

En droit :

I. Le recours a été formé en temps utile, dans le délai de dix jours de l'art. 321 al. 2 CPC. Il est écrit et motivé et contient des conclusions tendant au prononcé de la mainlevée de l'opposition, à concurrence de 50'000 fr. (sur l'exigence de conclusions : cf. Jeandin, CPC commenté, n. 5 ad art. 321 CPC; Freiburghaus/ Afheldt, ZPO Kommentar, n. 14 ad art. 321 CPC; ATF 137 III 617 c. 4). Le recours est ainsi recevable.

En revanche, les pièces nouvelles produites par la recourante en deuxième instance seulement ne sont pas recevables (art. 326 al. 1 CPC). En effet, en procédure de recours, le tribunal de deuxième instance doit statuer sur un état de fait identique à celui examiné par le premier juge. Cette règle, stricte, s'explique par le fait que l'instance de recours a pour mission de contrôler la conformité au droit de la décision entreprise, mais pas de poursuivre la procédure de première instance; à l'instar du Tribunal fédéral, l'instance de recours doit contrôler la juste application du droit à un état de fait arrêté définitivement (Chaix, Introduction au recours de la nouvelle procédure civile fédérale, in SJ 2009 II 257 ss, n. 17, p. 267). Le deuxième alinéa de cette disposition réserve certes les dispositions spéciales de la loi, mais la procédure de mainlevée n'est pas visée par cette règle (Staehelin, Basler Kommentar, 2^{ème} éd., n. 90 ad art. 84 LP).

II. La convocation du poursuivi à l'audience de mainlevée du 7 octobre 2011 est revenue au greffe avec la mention "non réclamé"; elle n'a pas été notifiée à nouveau par huissier. Cette convocation - premier

acte de la procédure de mainlevée – ne peut avoir été réputée notifiée au terme du délai de garde selon l'art. 138 al. 3 let. a CPC (Bohnet, CPC commenté, n. 27 ad art. 138 CPC; ATF 138 III 225 c. 3.1; ATF 130 III 396, JT 2005 II 87). Il en résulte que le poursuivi n'a pas été régulièrement cité à comparaître à ladite audience.

En deuxième instance également, le pli recommandé qui était destiné au poursuivi pour qu'il dépose une réponse au recours est revenu au greffe avec la mention "non réclamé", sans que le recours lui soit à nouveau notifié. Certes, on ne peut considérer le prononcé de mainlevée comme radicalement nul (CPF, 29 avril 2010/190 et les réf. cit.) car le poursuivi a reçu le dispositif du prononcé. Toutefois, la violation du droit d'être entendu en première instance ne pouvait être réparée en deuxième instance, car l'intimé n'aurait pas pu prendre de nouvelles conclusions, alléguer de nouveaux faits ou produire de nouvelles preuves (art. 326 al. 1 CPC).

Le grief de violation du droit d'être entendu n'a certes pas été soulevé, mais, précisément, l'intimé n'a pas été valablement interpellé et n'a pas pu faire valoir ce moyen en réponse au recours. Au demeurant, d'après la doctrine, il suffit que la violation du droit d'être entendu soit constatée pour conduire à l'annulation de la décision viciée (Sutter-Somm/Chevalier, ZPO Kommentar, n. 26 ad art. 53 CPC; Halcy, CPC commenté, n. 19 ad art. 53 CPC). En l'espèce toutefois, il peut y être renoncé, dès lors que le recours doit être rejeté pour les motifs qui suivent.

III. a) Le poursuivant dont la poursuite est frappée d'opposition peut, s'il se trouve au bénéfice d'une reconnaissance de dette, requérir la mainlevée provisoire de l'opposition, que le juge prononce si le débiteur ne rend pas immédiatement vraisemblable sa libération (art. 82 LP).

Constitue une reconnaissance de dette l'acte authentique ou sous seing privé d'où résulte la volonté du poursuivi de payer au

poursuivant, sans réserve ni condition, une somme déterminée, ou aisément déterminable, et échue (Panchaud/Caprez, La mainlevée d'opposition, § 1; Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 29 ad art. 82 LP; ATF 136 III 627 c. 2 ; ATF 136 III 624 c. 4.2.2; ATF 132 III 480 c. 4.1, JT 2007 II 75; ATF 130 III 87 c. 3.1, JT 2004 II 118; ATF 122 III 125 c. 2, JT 1998 II 82). Pour qu'un écrit public, authentique ou privé ou qu'un ensemble d'écrits vaille reconnaissance de dette, il doit en ressortir, sur la base d'un examen sommaire, que le poursuivi a assumé une obligation de payer ou de fournir des sûretés, donc une créance exigible, chiffrée et inconditionnelle, car si la reconnaissance de dette n'est pas pure et simple, le poursuivant, pour obtenir la mainlevée provisoire doit rapporter la preuve littérale que les conditions ou réserves sont devenues sans objet (Gilliéron, op. cit., n. 40 ad art. 82 LP). Enfin, le titre produit pour valoir reconnaissance de dette et titre à la mainlevée provisoire ne justifie la mainlevée provisoire de l'opposition que si le montant de la prétention déduite en poursuite est chiffré de façon précise dans le titre lui-même ou dans un écrit annexé auquel la reconnaissance se rapporte; cette indication chiffrée doit permettre au juge de la mainlevée de statuer sans se livrer à des calculs compliqués et peu sûrs (Gilliéron, op. cit., n. 42 ad art. 82 LP).

Un contrat écrit justifie, en principe, la mainlevée provisoire de l'opposition pour la somme d'argent dont la prestation incombe au poursuivi, lorsque les conditions d'exigibilité de la dette sont établies par titre et, en particulier dans les contrats bilatéraux, le poursuivant prouve par titre avoir exécuté les prestations dont dépend l'exigibilité de la créance. Un contrat bilatéral ne vaut donc reconnaissance de dette que si le poursuivi a rempli ou garanti ses obligations légales ou contractuelles exigibles avant le paiement, dont il requiert le recouvrement, ou au moment de ce paiement (Gilliéron, op. cit., nn. 44-45 ad art. 82 LP).

b) Le titre de mainlevée invoqué est la convention de cession d'actions du 19 août 2009, signée par N._____, en qualité de vendeur, et par D._____, en qualité d'acheteur. Cette convention prévoit la transmission à l'intimé D._____ de cent actions "au porteur" de 1'000

fr. chacune de la société X._____. Cependant, l'extrait du Registre du commerce de la société – qui est un fait notoire qu'il n'est pas nécessaire de prouver ni même d'alléguer (TF 5A_62/2009 du 2 juillet 2009 c. 2; cf. aussi TF 4A_645/2011 du 27 janvier 2012 c. 3.4.2; TF 4A_473/2011 du 22 décembre 2011 c. 2.2) – révèle qu'en réalité le capital-actions de la société est constitué de cent actions "nominatives" de 1'000 fr., que le nominal de ce capital est de 100'000 fr. mais que seuls 50'000 fr. ont été libérés. Du reste, s'il s'était agi d'actions au porteur, il n'y aurait pas eu de solde à libérer, car l'art. 683 al. 1 CO prévoit que les actions au porteur ne peuvent être émises que si elles ont été libérées à concurrence de leur valeur nominale.

Selon l'art. 687 al. 1 CO, l'acquéreur d'une action nominative qui n'est pas intégralement libérée répond des versements à l'égard de la société dès qu'il est inscrit sur le registre des actionnaires (Trigo Trindade, Commentaire romand, nn. 8-10 ad art. 687 CO; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3e éd. 2004, § 1 nn. 174 ss; TF 4C.316/2003 du 3 mars 2003; ATF 102 II 353 c. 4a in fine, rés. in JT 1977 I 284; ATF 65 II 230, JT 1949 I 333). Malgré le texte légal toutefois, la doctrine considère que c'est l'acquisition de la qualité d'actionnaire, plutôt que l'inscription au registre, qui est déterminante pour la naissance de l'obligation de libérer le solde des actions (Trigo Trindade, op. cit, n. 10 ad art. 687 CO; Fortmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 14 nn. 32-42).

Il en découle que le poursuivi n'aurait l'obligation de libérer le solde des actions de la société X._____ que s'il est établi qu'il a la qualité d'actionnaire.

Les actions – qu'elles soient nominatives ou au porteur –, tant qu'elles ne sont pas émises, sont transmises selon les principes de la cession de créances (Lombardini, Commentaire romand, n. 18 ad art. 622 CO). Pour ce qui est de l'action nominative, lorsqu'elle n'est pas incorporée dans un papier-valeur, soit en présence de droits-valeur ou en l'absence

de tout titre ou droit-valeur, son transfert suppose un titre d'acquisition (p. ex. un contrat de vente) et une déclaration de cession en la forme écrite conformément à l'art. 165 al. 1 CO (Trigo Trindade, op. cit., n. 19 ad art. 684 CO). Si l'action est incorporée dans un papier-valeur, son mode de transfert dépend du type de papier-valeur, mais nécessite dans tous les cas la remise du titre (ibid., nn. 18 et 20-21 ad art. 684 CO). Pour transférer la propriété d'un papier-valeur, il faut en tous les cas le transfert de possession du titre (art. 967 al. 1 CO). La possession se transfère par la remise à l'acquéreur de la chose même ou des moyens qui la font passer en sa puissance (art. 922 al. 1 CC). La possession peut s'acquérir sans tradition, lorsqu'un tiers ou l'aliénateur lui-même demeure en possession de la chose à un titre spécial (art. 924 al. 1 CC), à la condition toutefois que l'aliénateur et l'acquéreur en soient convenus (ATF 112 II 444 c. 4, JT 1987 I 254).

En l'espèce, on ignore en main de qui se trouvaient les actions nomina-tives avant la vente (le vendeur, l'acheteur déjà ou un tiers et, cas échéant, à quel titre) et comment elles auraient été transmises à l'acquéreur. Aucune clause dans la convention n'exprime l'intention d'un transfert de possession des actions sans transfert physique. De surcroît, il ressort de l'extrait du registre du commerce que la transmis-sibilité des actions était limitée. Ainsi, aucun élément du dossier n'établit le transfert de possession des actions au poursuivi D._____, si bien que sa qualité d'actionnaire - dont découle l'obligation légale de libérer le solde des actions - n'est pas démontrée. Dans ces conditions, la convention produite ne saurait constituer un titre de mainlevée.

IV. Le recours doit ainsi être rejeté et le prononcé entrepris confirmé.

Les frais judiciaire de deuxième instance, arrêtés à 630 fr., sont mis à la charge de la recourante. Il n'est pas alloué de dépens de deuxième instance, l'intimé n'étant pas assisté.

Par ces motifs,
la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos en sa qualité d'autorité
de recours en matière sommaire de poursuites,
p r o n o n c e :

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** Le prononcé est confirmé.
- III.** Les frais judiciaire de deuxième instance, arrêtés à 630 fr. (six cent trente francs), sont mis à la charge de la recourante.
- IV.** Il n'est pas alloué de dépens de deuxième instance.
- V.** L'arrêt est exécutoire.

Le vice-président :

La greffière :

Du 27 juillet 2012

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, prend date de ce jour.

Il est notifié, par l'envoi de photocopies, à :

- M. François Chabloz, agent d'affaires breveté (pour X. _____ en liquidation),
- M. D. _____.

La Cour des poursuites et faillites considère que la valeur litigieuse est de 50'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, au moins à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Juge de paix du district de la Riviera - Pays-d'Enhaut.

La greffière :