

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 31 mai 2012

Présidence de M. S A U T E R E L, vice-président
Juges : M. Bosshard et Mme Rouleau
Greffier : M. Berthoud, greffier ad hoc

* * * * *

Art. 85 LP

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 **V.**_____, à Thônex, contre le prononcé rendu le 13 juillet 2011, à la suite de l'audience du 30 juin 2011, par le Juge de paix du district de Nyon, dans la cause opposant le recourant à **F.**_____, à Founex.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. a) Par jugement du Tribunal de première instance du canton de Genève du 2 septembre 1997, la société en commandite M. _____ a été dissoute par suite de faillite. V. _____ était associé indéfiniment responsable de cette société. La faillite a été publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce le 30 janvier 1998. D'après un document daté du 18 septembre 2007, F. _____ s'est vu céder une prétention de 423'139 fr. 55 admise à l'état de collocation de la faillite de M. _____. Le 26 mars 2011, l'administration de la faillite a délivré à F. _____ un acte de défaut de biens après faillite pour le montant de 423'129 fr. 55, précisant que la faillie avait admis la créance.

b) Par jugement du 12 août 2008, la Cour civile du Tribunal cantonal a rejeté une action en libération de dette ouverte par F. _____ contre V. _____, l'opposition qu'il avait formée contre le commandement de payer qui lui avait été notifié dans la poursuite ordinaire n° 4'045'702 de l'Office des poursuites de Nyon-Rolle étant définitivement levée à concurrence de 486'000 fr. avec intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} janvier 2000, sous déduction de 77'000 fr., valeur au 1^{er} décembre 2004, de 7'000 fr., valeur au 16 septembre 2005, et de 7'000 fr., valeur au 1^{er} octobre 2005. Il résulte des considérants de ce jugement que le montant de 486'000 fr. correspond à la somme de 360'000 USD que F. _____ et une société tierce ont reconnu devoir à V. _____ par convention signée le 5 juillet 2004. Cette convention avait été conclue pour éviter une procédure judiciaire dans le litige en remboursement d'un prêt consenti par V. _____ au mois d'août 1999 et qui aurait dû être remboursé quatre mois plus tard.

Par prononcé du 24 novembre 2009, le Juge de paix du district de Nyon a définitivement levé, à concurrence de 13'000 fr. plus intérêt à 5 % l'an dès le 9 septembre 2009, l'opposition formée par F. _____ au

commandement de payer que lui avait fait notifier V._____ dans la poursuite n° 5'112'836 de l'Office des poursuites de Nyon-Rolle. Le 23 avril 2010, le Juge de paix du district de Nyon a également définitivement levé, à concurrence de 760 fr. plus intérêt à 5 % l'an dès le 28 janvier 2010, l'opposition formée au commandement de payer n° 5'275'970 de l'Office des poursuites du district de Nyon.

Le 24 mars 2011, F._____ a écrit à V._____ pour exciper de la compensation à hauteur du solde de sa créance fixée au 9 décembre 2010 à 423'139 fr. 55 par l'administration de la masse en faillite de M._____. Il précisait que l'intimé lui était redevable du même montant que lui devait la société, en sa qualité d'associé indéfiniment responsable, et fixait un délai au 5 avril 2011 pour lui verser le solde de la somme due.

c) Le 19 janvier 2011, un commandement de payer a été notifié à V._____ sur réquisition de l'administration de la masse en faillite de M._____ pour le montant de 12'226'943 francs. Le conseil de ce dernier a écrit le 1^{er} avril 2011 à l'administrateur de la masse en faillite pour relever que depuis des années il avait fait notifier à son client des commandements de payer sans avoir requis la mainlevée des oppositions; il l'a mis en demeure soit de requérir la mainlevée soit de donner contrordre aux poursuites encore en force.

d) Par acte de son conseil du 16 mai 2011, F._____ a requis du Juge de paix du district de Nyon qu'il constate que ses dettes découlant des jugements du 12 août 2008, du 24 novembre 2009 et du 23 avril 2010 étaient éteintes en capital, intérêts, frais de justice, frais d'avocat et frais de poursuite, et que les poursuites n^{os} 1'204'045'702 [précédemment 4'045'702 de l'Office des poursuites de Nyon-Rolle], 5'112'836 et 5'275'970 de l'Office des poursuites du district de Nyon soient annulées.

Par ordonnance de mesures superprovisionnelles du 20 mai 2011, le Juge de paix du district de Nyon a ordonné la suspension provisoire des poursuites n^{os} 1'204'045'702, 5'112'836 et 5'275'970 de l'Office des poursuites de Nyon (I), dit que les frais suivraient le sort des

mesures provisionnelles (II), déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire et dit qu'elle resterait en vigueur jusqu'à droit connu sur le sort des mesures provisionnelles (III) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (IV).

2. Par prononcé du 13 juillet 2011, rendu à la suite d'une audience tenue le 30 juin 2011, le Juge de paix du district de Nyon a levé les mesures superprovisionnelles ordonnées le 20 mai 2011 (I) annulé les poursuites n^{os} 1'204'045'702, 5'112'836 et 5'275'970 de l'Office des poursuites du district de Nyon introduites à l'encontre du requérant (II), arrêté à 800 fr. les frais judiciaires, compensés avec l'avance de frais du requérant (III), mis ces frais à la charge de V._____ (IV), dit que ce dernier rembourserait au requérant ces frais et lui verserait la somme de 1'000 fr. à titre de dépens (V) et rayé la cause du rôle (VI).

V._____ a requis la motivation de ce prononcé par lettre de son conseil du 19 juillet 2011. En conséquence, les motifs de cette décision ont été adressés pour notification aux parties le 24 novembre 2011. En bref, le premier juge a considéré que la créance admise à l'état de collocation déposé le 21 juin 1999 était devenue opposable à V._____ et pouvait être exigée sur ses biens personnels en vertu de l'art. 617 CO et que cette créance n'était pas prescrite, si bien qu'elle avait éteint par compensation sa dette à l'égard de l'intimé.

V._____ a recouru par acte motivé de son conseil du 5 décembre 2011 concluant, avec suite de frais et dépens, principalement au rejet de la requête en annulation des poursuites, subsidiairement à l'annulation du prononcé entrepris.

Par mémoire du 30 janvier 2012, l'intimé a conclu, avec suite de frais, au rejet du 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 (Code de procédure civile du 19 décembre 2008, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011; RS 272). Il est écrit et motivé, et contient des conclusions au fond tendant à ce que le prononcé soit réformé et la requête en annulation de poursuites rejetée, de sorte qu'il est recevable à la forme (art. 321 al. 1 CPC; sur l'exigence des conclusions au fond : cf. Jeandin, CPC commenté, n. 5 ad art. 321 CPC).

II. a) Conformément à l'art. 85 LP (loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1), le poursuivi peut en tout temps requérir du tribunal du for de la poursuite l'annulation de la poursuite, s'il prouve par titre que la dette est éteinte en capital, intérêts et frais. Le demandeur doit apporter la preuve stricte de l'extinction de la dette; la seule vraisemblance ne suffit pas (Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 25 ad art. 85 LP; Bodmer/Bangert, Basler Kommentar, n. 33a ad art. 85 LP; Brönnimann, Kurzkomentar, n. 14 ad art. 85 LP; Ruedin, L'annulation ou la suspension judiciaire de la poursuite (art. 85 LP), FJS n. 980, p. 4; TF 5D_55/2011 du 23 septembre 2011, c. 2.2.1).

Le poursuivi doit ainsi prouver par titre, c'est-à-dire par preuve littérale concernant le fond du droit, la réalisation des conditions matérielles. La situation juridique matérielle doit être manifeste sur la base des titres produits. D'après la jurisprudence, ne peut être considéré comme tel l'acte de défaut de biens après saisie relatif à une créance contre le poursuivant invoquée en compensation (ATF 102 la 363 c. 2b, JT 1978 II 108 et les références citées), ni l'acte de défaut de biens après faillite si le failli a contesté la créance. Cette jurisprudence est contestée en doctrine qui est en revanche unanime à considérer que l'acte de défaut de biens après faillite délivré après que le failli a reconnu la créance constitue un titre suffisant (Bodmer/Bangert, op. cit., n. 33a ad art. 85 LP

et les références citées; Ruedin, op. cit., p. 4; Gilliéron, note ad JT 1992 II 146).

L'acte de défaut de biens délivré à l'intimé au recours le 26 mars 2011 est donc bien un titre établissant une créance qu'il peut opposer en compensation à des dettes dans la procédure en annulation de poursuite.

b) D'après l'art. 617 CO (Code des obligations du 30 mars 1911, RS 220), lorsque l'actif social d'une société en commandite est insuffisant pour désintéresser les créanciers de la société, ces derniers ont le droit de poursuivre le paiement de ce qui leur reste dû sur les biens personnels de chacun des associés indéfiniment responsables, en concurrence avec les créanciers personnels de ceux-ci. Cette disposition n'ajoute rien au régime de la responsabilité personnelle des commandités, semblable en tous points à celle des associés en nom collectif (Recordon, Commentaire romand, n. 1 ad art. 617 CO). D'après l'art. 568 al. 3 CO, relatif à la société en nom collectif, un associé ne peut être recherché personnellement pour une dette sociale, même après sa sortie de la société, que s'il est en faillite ou si la société est dissoute ou a été l'objet de poursuites restées infructueuses. En mettant à la charge des associés une responsabilité personnelle indéfinie et solidaire, mais subsidiaire, le législateur suisse a reconnu la quasi-personnalité externe de la société en nom collectif et fait des associés les garants des dettes dont la société est elle-même la débitrice principale. Une application complète du principe de subsidiarité eût conduit à n'ouvrir de droit direct contre les associés qu'une fois épuisés les droits des créanciers contre la société elle-même. Mais le législateur n'a pas voulu contraindre les créanciers à attendre la clôture de la faillite sociale pour faire valoir leurs droits contre un associé; il suffit que soit réalisée l'une des trois hypothèses visées à cet article - faillite de l'associé, dissolution de la société ou poursuites infructueuses contre elle - pour que puisse être mise en cause la responsabilité solidaire de l'associé pour les dettes sociales (Recordon, op. cit., n. 12 ad art. 568 CO). On peut dire que du fait du caractère subsidiaire de sa responsabilité, l'associé assume à l'égard du créancier social une obligation dont

l'existence remonte à la naissance de la dette ou à l'entrée de l'associé dans la société. Quant à l'exigibilité de cette dette envers l'associé, elle est soumise à la condition suspensive de la survenance d'une des circonstances de l'art. 568 al. 3 CO (Recordon, op. cit., n. 13 ad art. 568 CO). La faillite de la société en nom collectif est une hypothèse particulière de dissolution de la société (art. 574 al. 1 CO). Sous l'angle de l'art. 568 CO, sa particularité est de rendre toutes les dettes sociales exigibles et de les convertir en dettes d'argent, conformément aux art. 208 al. 1 et 211 al. 1 LP. Par conséquent, dès l'ouverture de la faillite, les créanciers sociaux peuvent poursuivre directement les associés, dont la responsabilité solidaire peut être mise en oeuvre (Recordon, op. cit., n. 20 ad art. 568 CO).

c) Aux termes de l'art. 591 al.1 CO, applicable à la société en commandite par le renvoi de l'art. 619 al. 1 CO, les actions qu'un créancier de la société peut faire valoir contre un associé en raison des dettes sociales se prescrivent par cinq ans dès la publication de sa sortie ou de la dissolution de la société dans la Feuille officielle suisse du commerce, à moins que la créance ne soit, de par sa nature, soumise à une prescription plus courte. Cette disposition doit être lue dans le prolongement de l'art. 568 CO, en gardant à l'esprit la position particulière qu'ont les associés par rapport aux engagements sociaux : en effet, les dettes de la société ne sont pas des « dettes étrangères » pour les associés. Ce sont leurs propres dettes (communes), dont l'exécution doit tout d'abord intervenir sur les biens qui leur appartiennent en commun et qui ne peuvent être exécutées sur leurs biens personnels qu'aux conditions de l'art. 568 al. 3 CO. Ce délai de prescription quinquennale ne s'applique donc qu'aux actions que les créanciers de la société exercent selon l'art. 568 CO contre les associés en vue d'obtenir d'eux, le cas échéant sur tous leurs biens personnels, le paiement des dettes sociales (Vulliétty, Commentaire romand, nn. 1 et 2 ad art. 591 CO).

Le délai de prescription spécial de cinq ans de l'art. 591 al. 1 CO commence à courir au moment où la dissolution de la société ou la sortie de l'associé recherché est publiée dans la Feuille officielle suisse du

commerce. Par là, l'art. 591 al. 1 CO entend la publication officielle, faite conformément à l'art. 931 CO, de ce qui a, par ailleurs, été inscrit au registre du commerce. Corrélativement, l'inscription n'est opposable aux tiers qu'à compter de sa publication dans la Feuille officielle suisse du commerce (art. 932 al. 2 CO) et non dès qu'elle figure au registre du commerce. Pour être opposable aux tiers (art. 932 al. 2 CO) et faire courir le délai de prescription de l'art. 591 al. 1 CO, la publication doit se rapporter à une inscription valable. La publication ne remplace en effet ni ne valide l'absence ou la nullité (ou l'invalidité) d'une inscription. Enfin, ce n'est pas la connaissance effective que des tiers peuvent avoir de la dissolution de la société ou de la sortie d'un associé qui fait courir la prescription de cinq ans de l'art. 591 al. 1 CO. Ce délai commence à courir lorsque, cumulativement, cette dissolution ou cette sortie sont valablement inscrites et officiellement publiées (Vulliétty, op. cit., nn. 10 et 11 ad art. 591 CO).

En l'occurrence, la dissolution de la société en commandite M. _____ a été prononcée ensuite de sa faillite le 2 septembre 1997, publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce le 30 janvier 1998. Le délai de prescription quinquennale de l'action des créanciers sociaux contre l'associé commandité a donc couru dès cette date et est venu à échéance le 30 janvier 2003. Conformément à l'art. 208 al. 1 LP, la faillite de la société a rendu immédiatement exigible cette prétention. La considération du premier juge d'après laquelle ce délai n'aurait commencé à courir qu'à partir de « l'état de collocation du 21 juin 1999 » n'est à cet égard pas exacte. Au demeurant, si l'administration de la faillite a bien fait notifier des commandements de payer à l'associé indéfiniment responsable, ces commandements de payer n'ont pu interrompre la prescription de la créance du créancier social à l'égard de cet associé, puisque ce n'est pas cette créance qui faisait l'objet de ces poursuites. Ainsi, cette dernière est prescrite depuis le 30 janvier 2003.

d) Conformément à l'art. 120 CO, lorsque deux personnes sont débitrices l'une envers l'autre de sommes d'argent ou d'autres prestations de même espèce, chacune des parties peut compenser sa dette avec sa

créance, si les deux dettes sont exigibles (al. 1). Le débiteur peut opposer la compensation même si sa créance est contestée (al. 2) et la compensation d'une créance prescrite peut être invoquée, si la créance n'était pas éteinte par la prescription au moment où elle pouvait être compensée (al. 3).

L'art. 120 al. 3 CO consacre ainsi une exception au principe selon lequel la créance invoquée par celui qui compense doit pouvoir être déduite en justice, puisqu'il envisage la compensation au moyen d'une créance compensante prescrite. La doctrine y voit une concession à l'idée de la compensation légale du droit français selon laquelle la compensation survient ex lege dès lors que les conditions en sont réunies, ou encore une conséquence logique de l'effet rétroactif propre à la compensation. Selon un auteur, on peut aussi concevoir, sur le plan de l'équité, que le créancier en mesure de compenser fasse preuve d'une diligence amoindrie s'agissant de faire valoir son droit à l'encontre du débiteur, et qu'il ne perde pas la faculté de compenser du seul fait de la survenance de la prescription (Jeandin, Commentaire romand, n. 20 ad art. 120 CO).

La loi exige cependant que toutes les conditions nécessaires à la compensation aient été réunies au moment de la survenance de la prescription, comme cela ressort clairement de la deuxième partie de l'art. 120 al. 3 CO. En d'autres termes, « la créance de A peut être compensante même une fois prescrite, pourvu qu'elle ne le fût pas au moment où elle pouvait se compenser avec la créance de B » (Jeandin, op. cit., n. 21 ad art. 120 CC et la référence citée à la note infrapaginale n. 48).

Parmi les conditions préalables à la compensation figure l'exigence d'un rapport de réciprocité entre les deux personnes qui sont débitrices l'une envers l'autre. Cette réciprocité doit exister au moment où la compensation est invoquée, mais pas nécessairement dès la naissance des prétentions en cause. En dehors de ce rapport de réciprocité, la compensation est exclue : le débiteur ne peut compenser en invoquant la prétention d'un tiers contre son créancier (compensation ex jure tertii), ni même sa propre créance contre un tiers. Seul le critère juridique est

relevant pour juger de l'existence ou non du rapport de réciprocité, à l'exclusion d'autres critères comme celui de l'unité économique (Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 120 CO). Comme on l'a vu, cette exigence de réciprocité doit, si celui qui exerce la compensation se prévaut d'une créance prescrite, exister non seulement au moment où la compensation est invoquée, mais aussi à celui où elle n'était - juste - pas encore prescrite. Or, en l'espèce, le 29 janvier 2003, à savoir la veille de la prescription, la créance invoquée contre les prétentions du recourant n'appartenait pas encore à l'intimé, puisqu'il se l'est fait céder le 18 septembre 2007. Par conséquent, la compensation invoquée par l'intimé au recours le 24 mars 2011 n'était pas opérante.

III. Le recours doit en conséquence être admis et le prononcé entrepris réformé en ce sens que les poursuites n^{os} 1'204'045'702, 5'112'836 et 5'275'970 de l'Office des poursuites du district de Nyon, introduites contre l'intimé, ne sont pas annulées.

Les frais judiciaires de première instance, par 800 fr., sont mis à la charge du requérant. Ce dernier doit payer à V. _____ la somme de 6'000 fr. à titre de dépens de première instance.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'050 fr., sont mis à la charge de l'intimé au recours. Ce dernier doit verser au recourant la somme de 4'050 fr. à titre de restitution de frais et de dépens de deuxième instance.

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 admis.

- II. Le prononcé entrepris est réformé en ce sens que les poursuites n^{os} 1'204'045'702, 5'112'836 et 5'275'970 de l'Office des poursuites du district de Nyon, introduites contre F._____, ne sont pas annulées.

Les frais judiciaires de première instance, arrêtés à 800 fr. (huit cents francs), sont mis à la charge du requérant.

Le requérant F._____ doit verser à l'intimé V._____ la somme de 6'000 fr. (six mille francs) à titre de dépens de première instance.

- III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'050 fr. (mille cinquante francs), sont mis à la charge de l'intimé au recours.

- IV. L'intimé au recours F._____ doit verser au recourant V._____ la somme de 4'050 fr. (quatre mille cinquante francs) à titre de restitution de frais et de dépens de deuxième instance.

- V. L'arrêt est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du 31 mai 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 :

- Me Michel Valticos, avocat (pour V. _____),
- Me Laurent Savoy, avocat (pour F. _____).

La Cour des poursuites et faillites considère que la valeur litigieuse est de 274'730 fr. 25.

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 :

- Mme le Juge de paix du district de Nyon.

Le greffier :