

# BGer 5A 2/2023 vom 30. März 2023

Bundesgericht, 2023-03-30, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_2\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_2_2023)

FR: TF 5A 2/2023 du 30 mars 2023

IT: TF 5A 2/2023 del 30 marzo 2023

## Regeste

opposition au séquestre | Droit des poursuites et faillites

## Erwägungen

### E. 1

Le recours a été interjeté en temps utile (art. 100 al. 1 cum 46 al. 2 let. a LTF) à l'encontre d'une décision finale ( art. 90 LTF ) rendue en matière de poursuite pour dettes ( art. 72 al. 2 let. a LTF ) par une autorité cantonale supérieure statuant sur recours ( art. 75 LTF ). La valeur litigieuse atteint au moins 30'000 fr. ( art. 74 al. 1 let. b LTF ). La recourante, qui a été déboutée de ses conclusions par l'autorité précédente, a qualité pour recourir ( art. 76 al. 1 LTF ).

### E. 2.1

La décision sur opposition au séquestre rendue par l'autorité judiciaire supérieure ( art. 278 al. 3 LP ) porte sur des mesures provisionnelles au sens de l' art. 98 LTF ( ATF 135 III 232 consid. 1.2; arrêt 5A\_480/2021 du 28 octobre 2021 consid. 2.1 et les références); la partie recourante ne peut donc se plaindre que d'une violation de ses droits constitutionnels ( ATF 144 III 145 consid. 2). Le Tribunal fédéral n'examine un tel grief que si, conformément au principe d'allégation, il a été invoqué et motivé ( art. 106 al. 2 LTF ), à savoir expressément soulevé et exposé de manière claire et détaillée ( ATF 146 IV 114 consid. 2.1; 144 II 313 consid. 5.1).

### E. 2.2

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Lorsque, comme en l'espèce, l'autorité précédente était saisie d'un recours stricto sensu , de sorte que son pouvoir d'examen était limité à l'arbitraire s'agissant des faits retenus par le premier juge ( art. 320 let. b CPC ), le Tribunal fédéral contrôle librement la manière dont elle a fait usage de sa cognition limitée, en recherchant, dans le cadre des griefs qui lui sont présentés, si elle a nié - ou admis - à tort l'arbitraire de l'appréciation en fait opérée par le premier juge (interdiction de l'"arbitraire au carré"; ATF 116 III 70 consid. 2b; 112 I 350 consid. 1; arrêts 5A\_972/2021 du 2 février 2023 consid. 1.3 et les autres références). Pour satisfaire cependant aux exigences de motivation de l' art. 106 al. 2 LTF , le recourant doit se plaindre non seulement de ce que les juges cantonaux ont admis ou refusé, à tort, de qualifier d'arbitraire l'appréciation des preuves de l'autorité inférieure, mais également s'en prendre aux considérations de celle-ci (arrêt 5A\_388/2011 du 19 août 2011 consid. 2 et les références). Comme la décision entreprise est celle qui a été rendue par l'autorité cantonale de dernière instance, et non pas le jugement à elle déféré, ce libre examen ne saurait être opéré de manière plus approfondie que celui auquel l'autorité cantonale de dernière instance s'est elle-même livrée (arrêt 5A\_455/2022 du 9 novembre

2022 consid. 3.2 et les références). En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, il n'y a arbitraire que lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables ( ATF 147 V 35 consid. 4.2; 143 IV 500 consid. 1.1 et la référence). Pour le démontrer, le recourant ne peut se limiter à contredire les constatations litigieuses par ses propres allégations ou par l'exposé de sa propre appréciation des preuves; il doit indiquer de façon précise en quoi ces constatations sont arbitraires au sens de l' art. 9 Cst. ( ATF 133 II 249 consid. 1.4.3). Une critique des faits qui ne satisfait pas à cette exigence est irrecevable ( art. 106 al. 2 LTF ; ATF 141 IV 249 consid. 1.3.1; 140 III 264 consid. 2.3 et les références).

### **E. 3.1**

Pour juger si les conditions d'une créance fondée sur l' art. 678 al. 2 CO étaient rendues vraisemblables, l'autorité cantonale a examiné le reproche fait par la recourante au premier juge d'avoir ignoré l'ensemble des éléments démontrant que sa situation financière ne lui permettait pas de procéder aux versements effectués en mains de l'intimé en 2017, car ceux-ci étaient en disproportion évidente avec sa situation économique. Elle a alors retenu que la période pertinente pour juger de la disproportion des versements était l'année 2017 et que les états financiers de la recourante à cette époque ne faisaient pas état d'un surendettement ou d'une situation économique précaire, ses fonds propres nets s'élevant à 2'617'745 fr. 16. A titre subsidiaire, elle a ajouté que, dans son rapport d'une seule page du 9 juin 2017, le réviseur de la recourante ne faisait que supposer, en employant le conditionnel, qu'une réévaluation des participations de celle-ci dans ses filiales pourrait la mettre en situation de surendettement, sans autre précision. Le seul fait que les fonds propres nets de G. \_\_\_\_\_ LLC et F. \_\_\_\_\_ SA se montaient à 1'153'213 fr. 83 au 31 décembre 2016, ne permettait pas de rendre vraisemblable que la correction du montant de 4'955'000 fr., retenu à titre de participations dans les bilans de la recourante, mettrait celle-ci dans une situation financière précaire. Il n'était pas non plus rendu vraisemblable que F. \_\_\_\_\_ SA aurait enregistré une perte de capital à hauteur de 46'786 fr. 17, montant que la recourante n'expliquait pas. Par ailleurs, la surévaluation des participations de la recourante dans ses filiales n'avait pas été rectifiée lors de la correction de ses comptes 2013 à 2018, fondée sur le rapport du réviseur du 9 juin 2017 et soumise à l'assemblée générale du 17 décembre 2020. Compte tenu notamment de ces éléments, l'autorité cantonale a considéré que la recourante ne rendait pas vraisemblable que les versements litigieux étaient intervenus en disproportion évidente avec sa situation financière. L'autorité cantonale a ensuite examiné le grief de la recourante qui, en se fondant sur les rapports de H. \_\_\_\_\_ SA du 17 juin 2020 et de I. \_\_\_\_\_ SA des 23 septembre 2021 et 25 août 2022, soutenait que les versements litigieux auraient été exécutés alors que la créance découlant du contrat de prêt du 7 novembre 2013 n'était pas exigible. Elle a alors considéré que le premier juge avait assimilé à juste titre ces rapports à des expertises privées, qui ne constituaient donc que de simples allégations de partie, non corroborées par d'autres moyens de preuve. Subsidiairement, elle a relevé que le rapport de H. \_\_\_\_\_ SA n'expliquait d'ailleurs pas les raisons pour lesquelles le remboursement du prêt octroyé par l'intimé ne pourrait intervenir que par une diminution du capital social ou un produit de liquidation de G. \_\_\_\_\_ LLC, en particulier pourquoi ce remboursement devrait être traité différemment de celui dû à C. \_\_\_\_\_. Quant aux rapports de I. \_\_\_\_\_ SA, celle-ci avait admis, lors de l'assemblée générale du 5 novembre 2021, que son appréciation se

fondait sur les explications fournies par l'ancien conseil de la recourante; sa précision subséquente selon laquelle il s'agissait en fait de sa propre position n'était pas convaincante. I.\_\_\_\_\_ SA avait d'ailleurs dit que sa position se fondait sur des documents strictement internes, sans aucune autre précision, et elle ne discutait pas les conditions d'application de l' art. 678 al. 2 CO , en particulier la prétendue situation financière précaire de la recourante lors des versements litigieux. En outre, I.\_\_\_\_\_ SA avait admis que les conclusions de ses rapports, à savoir que lesdits versements constitueraient des prestations indues soumises à restitution, dépendaient de l'issue de la procédure civile encore pendante en annulation des décisions prises lors de l'assemblée générale. L'autorité cantonale a conclu qu'il n'était pas vraisemblable que les conditions de l'art. 5 du contrat de prêt du 7 novembre 2013 n'étaient pas remplies au moment des versements litigieux. Dans une dernière motivation, l'autorité cantonale a jugé qu'il était en outre vraisemblable que les versements litigieux avaient été exécutés sur l'initiative de la recourante. En effet, à teneur des courriels du 12 juillet 2017, il semblait que E.\_\_\_\_\_, administratrice de la recourante, et C.\_\_\_\_\_, seul mis en copie, étaient les initiateurs du remboursement des prêts octroyés par ce dernier et l'intimé. Ce n'était qu'après avoir eu l'aval de la fiduciaire de la recourante que E.\_\_\_\_\_ avait requis l'accord de l'intimé pour procéder aux versements litigieux. Dans ces circonstances, il ne saurait être reproché à ce dernier d'avoir approuvé lesdits versements, préalablement requis par d'autres membres du conseil d'administration et autorisés par la fiduciaire de la recourante. Cette autorisation renforçait d'ailleurs la thèse selon laquelle les versements litigieux n'étaient pas disproportionnés par rapport à la situation économique de la recourante. Au vu de l'ensemble de ce qui précède, l'autorité cantonale a considéré que le premier juge était fondé à retenir que la recourante n'avait pas rendu vraisemblable l'existence d'une créance fondée sur l' art. 678 al. 2 CO .

### **E. 3.2**

La recourante se plaint d'arbitraire ( art. 9 Cst. ) dans l'application de l' art. 168 al. 1 CPC et dans l'établissement des faits.

#### **E. 3.2.1**

En se fondant sur l'arrêt 6B\_711/2012 du 17 mai 2013 de la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral ainsi que sur un auteur (VOUILLOZ, Les pièces et documents déposés en procédure civile, in TREX 2019 p. 366), elle soutient que le rapport de révision est un avis objectif et neutre qui doit être considéré comme un titre, de sorte que c'est de manière arbitraire que l'autorité cantonale a qualifié de simple allégation de partie le rapport de son réviseur du 9 juin 2017, ainsi que ceux de H.\_\_\_\_\_ SA et de I.\_\_\_\_\_ SA. Elle ajoute que ces rapports étaient corroborés par d'autres indices, de sorte qu'ils avaient valeur probante. La recourante soutient ensuite qu'il est arbitraire de retenir que les rapports de I.\_\_\_\_\_ SA ne prouvaient pas que l'intimé avait bénéficié de prestations indues car cette société est un organe de révision indépendant qui a exprimé sa propre position, a été réélu à l'unanimité, et a validé les comptes de la recourante qui faisait état d'une créance en restitution. La réserve contenue dans les rapports indiquait simplement que les comptes validés étaient susceptibles d'être modifiés dans l'hypothèse d'une décision de justice défavorable. La recourante affirme aussi que le rapport de H.\_\_\_\_\_ SA établit que le remboursement du prêt litigieux ne pouvait intervenir que dans le cadre d'une diminution du capital social de G.\_\_\_\_\_ LLC ou du versement d'un produit de liquidation de celle-ci, contrairement aux avances consenties par C.\_\_\_\_\_, dont la nature était différente. Enfin, la recourante soutient qu'il est arbitraire de considérer que le rapport de son réviseur n'est pas probant au

vu de son statut d'organe indépendant et que son contenu prouve que ses états financiers pour l'année 2016 devaient être ajustés, ce qui l'aurait mis dans une situation financière précaire. La recourante critique aussi l'appréciation qu'a faite l'autorité cantonale de l'échange de courriels du 12 juillet 2017. Elle affirme que ceux-ci ne font que prouver qu'elle a attendu l'approbation de l'intimé pour rembourser les prêts, alors que ce dernier aurait dû savoir que ces versements violaient l' art. 678 CO .

#### **E. 3.2.2.1**

La qualification par le juge lors de l'établissement des faits d'un moyen (" Vorbringen ") comme un allégué d'une partie, et non comme un moyen de preuve, relève de l'appréciation des preuves (arrêts 5A\_17/2022 du 4 août 2022 consid. 5.3.2; 4A\_617/2014 du 3 février 2015 consid. 4.2).

#### **E. 3.2.2.2**

En procédure civile, une expertise privée n'est pas un moyen de preuve, mais constitue un simple allégué de partie. Toutefois, les allégations des parties reposant sur une expertise privée qui sont particulièrement motivées peuvent apporter une preuve, si elles sont combinées avec des indices, établis pour leur part par des moyens de preuve ( ATF 148 III 409 consid. 4.5.1; 141 III 433 consid. 2.6). Il doit a fortiori en aller de même lorsqu'il ne s'agit pas d'apporter la preuve stricte, mais simplement de rendre un fait vraisemblable (arrêt 4A\_299/2017 du 2 octobre 2017 consid. 4.1 et les références, publié in sic! 2018 (2) p. 59).

#### **E. 3.2.2.3**

A la différence d'une expertise privée, les pièces comptables sont des titres et, ainsi, un moyen de preuve ( art. 177 CPC ), dont l'appréciation peut nécessiter un autre moyen de preuve (expertise) dans le cas où le tribunal manque de connaissances en matière de comptabilité (arrêt 5A\_723/2017 du 17 décembre 2018 consid. 6.5.5, résumé in PJA 2020 p. 133 et SZIER 2019 p. 501). La comptabilité constitue la base de l'établissement des comptes. Elle enregistre les transactions et les autres faits nécessaires à la présentation du patrimoine, de la situation financière et des résultats de l'entreprise (situation économique). On entend par pièce comptable tout document écrit, établi sur support papier, sur support électronique ou sous toute forme équivalente, qui permet la vérification de la transaction ou du fait qui est l'objet de l'enregistrement ( art. 957a al. 1 et 3 CO ).

#### **E. 3.2.2.4**

Les comptes de certaines SA font l'objet d'une révision. Exprimé de manière très synthétique, le but de la révision externe est principalement d'éviter que des informations comptables erronées soient diffusées hors de la société révisée. La position externe de l'organe de révision par rapport à la société, et surtout par rapport aux organes qui la représentent, vise à assurer sa neutralité et son indépendance, cette caractéristique étant une condition centrale jouant un rôle déterminant lors d'une révision (BENJAMIN PAPAUX, L'indépendance de l'organe de révision en droit des sociétés, étude de droit suisse, 2022, n° 13 p. 8 s. et n° 17 p. 10). Le résultat de la révision sert en effet de base à la prise de décision des différentes parties prenantes dans la société révisée. Partant, il est indispensable que le réviseur finalise un compte-rendu objectif de ses constatations. Cela nécessite du réviseur qu'il maintienne une indépendance vis-à-vis du conseil d'administration et des actionnaires disposant de la majorité des droits de vote (BENJAMIN PAPAUX, Organe de révision: raison d'être et indépendance. Quelques éléments théoriques et pratiques choisis, in Quid?

Fribourg Law Review 2/2020 p. 30 ss [30]). La loi prévoit deux types de contrôles réglementés, l'un ordinaire ( art. 728a CO ) et l'autre restreint ( art. 729a CO ). L'exigence d'indépendance est indistinctement applicable aux deux (cf. art. 728 et 729 CO ) car la finalité du principe, soit garantir la fiabilité - réelle et apparente - de l'organe de révision demeure (cf. arrêt 2C\_121/2016 du 14 novembre 2016 consid. 2.3.3). Son contrôle intervient à plusieurs niveaux (conseil d'administration, assemblée générale, préposé au registre du commerce, organe de révision lui-même). Le degré d'indépendance requis diffère en fonction du but du contrôle et des variables qui le caractérisent (PAPAUX, op. cit., n° 47 ss p. 27 ss, n° 245 ss p. 97 ss; PETER/GENEQUAND/CAVADINI, in Commentaire romand, CO II, 2ème éd., 2017, n° 1 ss ad art. 728 CO et n° 1 ss ad art. 729 CO ). Le type de contrôle requis dépend, d'une part, de l'importance économique de la société et, d'autre part et à certaines conditions, d'une décision de l'assemblée générale. Ces deux types de contrôles réglementés sont complétés par la possibilité donnée à une certaine catégorie de sociétés de renoncer à tout contrôle ou de prévoir une révision de leurs comptes en application de paramètres moins sévères encore que ceux prévus pour le contrôle restreint (cf. art. 727 et 727a CO ). Depuis l'instauration d'un système de surveillance et d'agrément des réviseurs, on distingue plusieurs catégories de réviseurs qui doivent satisfaire à certaines exigences, selon le contrôle auquel ils peuvent procéder, dont des réviseurs non agréés qui ne sont soumis à aucune surveillance ni procédure d'agrément et ne peuvent procéder qu'au contrôle facultatif (cf. art. 727b et 727c CO ; PAPAUX, op. cit. , n° 83 ss p. 42 ss; PETER/GENEQUAND/CAVADINI, op. cit. , n° 5 s. et 12 ad art. 727 CO ). Par ailleurs, l' art. 731a al. 3 CO autorise l'assemblée générale à nommer des experts pour contrôler la gestion de la société. Les experts commis sur cette base ne sont pas des organes de la société et ne sont donc pas inscrits au registre du commerce. Ils sont liés à la société par un contrat de mandat (PETER/GENEQUAND/CAVADINI, op. cit. , n° 12 s. ad art. 731a CO ).

### **E. 3.2.3**

En l'espèce, l'argumentation de la recourante revient de manière générale à affirmer que tout avis écrit émanant d'une société active dans le domaine de la révision vaudrait preuve par titre en procédure civile. En outre, les sources qu'elle cite concernent, pour l'arrêt du Tribunal fédéral rendu en droit pénal, le rapport de révision établi dans le cadre d'un contrôle restreint qu'il qualifie de titre au sens du CP, et, pour l'article de doctrine, le rapport de révision rendu dans le cadre d'un contrôle ordinaire. Or, il ressort de l'extrait du registre du commerce de la recourante que H.\_\_\_\_\_ SA n'est pas son organe de révision et qu'elle a même renoncé au contrôle restreint entre le 16 novembre 2018 et le 24 décembre 2020. En conséquence, par son argumentation, elle ne démontre en rien l'arbitraire de l'appréciation du premier juge qui a considéré le rapport du 17 juin 2020 comme un simple allégué de partie, en ce sens que H.\_\_\_\_\_ SA aurait agi sur simple mandat, et non en qualité d'organe de révision, et que le rapport en cause n'était pas un rapport de révision, ordinaire ou restreint. S'agissant des rapports émis par le réviseur, le 9 juin 2017, et par I.\_\_\_\_\_ SA, les 23 septembre 2023 et 25 août 2022, il est vrai que la motivation du premier juge pour les qualifier de simples allégués de partie est succincte. Dans la mesure où le rapport de révision tend à se prononcer de manière indépendante sur les comptes et que les pièces comptables sont des titres, la qualification de moyen de preuve de ce type de document mériterait sans doute un examen plus approfondi, selon la catégorie de réviseur et le type de contrôle, qu'un simple renvoi à la jurisprudence développée principalement en lien avec les certificats médicaux émis par les médecins de famille des parties. Néanmoins,

la critique de la recourante, qui n'expose pas le cadre et le but de ces rapports, n'est guère plus appuyée et motivée que la décision dont elle devrait démontrer l'arbitraire. Cela étant, la question de savoir si la qualification d'allégué de partie, et non de titre valant moyen de preuve, est arbitraire peut dans tous les cas rester ouverte. En effet, l'autorité cantonale a exposé, dans une motivation subsidiaire, les motifs pour lesquels elle considérait que ces documents n'étaient, quoi qu'il en fût, pas probants. C'est ainsi que l'autorité cantonale a considéré que seuls les états financiers de 2017 étaient pertinents, de sorte que le rapport du premier réviseur n'était pas probant, que I. \_\_\_\_\_ SA ne discutait pas les conditions d'application de l' art. 678 al. 2 CO , qu'elle avait dans un premier temps admis que son appréciation ne faisait que reprendre celle du précédent conseil, et que ses conclusions dépendaient encore de l'issue de la procédure civile pendante. Or, soit la recourante ne s'en prend pas à cette motivation, soit elle se borne à y opposer sa propre appréciation sur la base des mêmes éléments que ceux retenus par l'autorité cantonale, de sorte que cette critique est irrecevable en raison de son caractère appellatoire. Enfin, indépendamment de la qualification de titres des documents précités et de leur appréciation, la recourante s'en prend aussi de manière purement appellatoire à la dernière partie de la motivation de l'arrêt attaqué concernant les courriels du 12 juillet 2017. Or, cette motivation a permis à l'autorité cantonale d'écarter l'arbitraire de la décision du premier juge, les versements litigieux n'apparaissant selon toute vraisemblance pas disproportionnés par rapport la situation économique de la recourante. La recourante se borne en effet à affirmer que c'est suite à l'approbation de l'intimé que le remboursement des prêts a été effectué. Elle ne s'en prend pas aux éléments essentiels sur lesquels l'autorité cantonale s'est fondée, soit que des membres du conseil d'administration étaient les initiateurs du remboursement, que l'administratrice avait agi après avoir obtenu l'aval de la fiduciaire, et que ce n'est que dans ces circonstances que l'intimé a ensuite donné sa propre approbation. Il suit de là que le grief d'arbitraire dans l'application de l' art. 168 al. 1 CPC est sans objet, la qualification du document relevant de l'appréciation des preuves, et que celui d'arbitraire dans l'établissement des faits, autant que recevable, est entièrement rejeté.

#### **E. 4**

En définitive, le recours est rejeté dans la mesure de sa recevabilité. Les frais judiciaires, arrêtés à 18'000 fr., sont mis à la charge de la recourante, qui succombe ( art. 66 al. 1 LTF ). Aucuns dépens ne sont dus à l'intimé qui n'a pas été invité à répondre au fond et s'est opposé sans succès à l'octroi de l'effet suspensif au recours ( art. 68 al. 1 LTF ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.