

# **BGer 4A\_82/2017 vom 5. Oktober 2017**

Bundesgericht, 2017-10-05, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_82\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_82_2017)

FR: TF 4A\_82/2017 du 5 octobre 2017

IT: TF 4A\_82/2017 del 5 ottobre 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Interjeté par le défendeur qui a succombé dans ses conclusions libératoires et qui a ainsi la qualité pour recourir ( art. 76 al. 1 LTF ), dirigé contre un arrêt final ( art. 90 LTF ) rendu en matière civile ( art. 72 al. 1 LTF ) par un tribunal supérieur statuant sur recours ( art. 75 LTF ) dans une affaire pécuniaire dont la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 fr. ( art. 74 al. 1 let. b LTF ), le recours en matière civile est par principe recevable, puisqu'il a été déposé dans le délai ( art. 100 al. 1 LTF ) et la forme ( art. 42 LTF ) prévus par la loi.

### **E. 1.2**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Relèvent de ces faits tant les constatations relatives aux circonstances touchant l'objet du litige que celles concernant le déroulement de la procédure conduite devant l'instance précédente et en première instance, c'est-à-dire les constatations ayant trait aux faits procéduraux ( ATF 140 III 16 consid. 1.3.1 et les références). Le Tribunal fédéral ne peut rectifier les constatations de l'autorité précédente que si elles sont manifestement inexactes, c'est-à-dire arbitraires ( ATF 140 III 115 consid. 2 p. 117; 135 III 397 consid. 1.5). Encore faut-il que la correction du vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause ( art. 97 al. 1 LTF ).

La critique de l'état de fait retenu est soumise au principe strict de l'allégation énoncé par l'art. 106 al. 2 LTF ( ATF 140 III 264 consid. 2.3 p. 266 et les références). La partie qui entend attaquer les faits constatés par l'autorité précédente doit expliquer clairement et de manière circonstanciée en quoi ces conditions seraient réalisées ( ATF 140 III 16 consid. 1.3.1 p. 18 et les références). Si elle souhaite obtenir un complètement de l'état de fait, elle doit aussi démontrer, par des renvois précis aux pièces du dossier, qu'elle a présenté aux autorités précédentes, en conformité avec les règles de la procédure, les faits juridiquement pertinents à cet égard et les moyens de preuve adéquats ( ATF 140 III 86 consid. 2 p. 90). Si la critique ne satisfait pas à ces exigences, les allégations relatives à un état de fait qui s'écarterait de celui de la décision attaquée ne pourront pas être prises en considération ( ATF 140 III 16 consid. 1.3.1 p. 18).

Dans de nombreux passages de son mémoire, le recourant se limite à reprendre, dans sa propre perspective, le déroulement de la procédure, sans toutefois contester l'état de fait dressé par la cour cantonale en respectant les exigences strictes de l'art. 106 al. 2 LTF . Il n'y a donc pas lieu de s'écarter des constatations cantonales.

### **E. 2**

La présente cause a un caractère international en raison du domicile du défendeur en Espagne. Ni le recourant ni l'intimé ne contestent l'application du droit suisse aux contrats litigieux, conformément à l'élection de droit conclue par les parties.

### **E. 3**

Le litige porte sur la qualification des contrats conclus entre le défendeur et A.\_\_\_\_\_. La cour cantonale et le demandeur sont d'avis qu'il s'agit de contrats de prêt qui obligent l'emprunteur à restituer au terme convenu le montant qui lui a été remis. Le défendeur conteste cette qualification et soutient que les accords litigieux déploient les mêmes effets qu'un portage ou une relation de fiducie et que, dans ces deux cas, le remboursement du capital au demandeur est exclu.

S'agissant de l'opération de portage, on peut rappeler qu'elle intervient lorsque le débiteur d'une banque, qui a remis à celle-ci son immeuble en gage, est défaillant. La banque octroie alors un prêt à une société (dite de portage) constituée de professionnels de l'immobilier, pour lui permettre d'acquérir l'immeuble, dans l'attente d'une augmentation future de la valeur du bien. Le montant du prêt octroyé à la société de portage correspond souvent au montant dû par le débiteur défaillant et les intérêts sont limités au rendement de l'immeuble, un éventuel bénéfice en cas de revente devant être partagé entre le porteur et la banque, alors qu'une perte éventuelle est supportée par la seule banque; autrement dit, en cas de perte, la banque abandonne (au moins partiellement) sa créance à l'encontre de la société de portage (cf. arrêt 5A\_792/2011 du 14 janvier 2013 let. A.e).

Dans une relation de fiducie, le fiduciaire transfère au fiduciaire les droits sur les biens ou les créances qui lui appartiennent; le fiduciaire devient propriétaire de l'objet qui lui est remis ou titulaire de la créance qui lui est transférée. Toutefois, le transfert des droits s'accompagne d'un accord entre les parties qui détermine l'usage que le fiduciaire doit faire de ces droits. La convention de fiducie oblige le fiduciaire à conformer son activité, dans l'exercice de ces droits, au but fixé par le fiduciaire; elle détermine dans quelle mesure le fiduciaire est lié à des instructions ou agit de manière indépendante (sur la fiducie-gestion, cf. arrêt 4A\_474/2014 du 9 juillet 2015 consid. 5.1 et les arrêts cités).

### **E. 4**

Le premier grief du recourant a trait aux divers procès-verbaux établis par la banque qu'il n'a pas pu obtenir dans la procédure cantonale.

#### **E. 4.1**

Sur ce point, l'autorité précédente a rappelé qu'en vertu de l'art. 186 al. 2 aLPC/GE, le juge peut ordonner à la partie qui détient une pièce utile à la solution du litige de la produire, même si le fardeau de la preuve ne lui incombe pas. En cas de refus sans motif légitime, le fait allégué par la partie adverse peut être tenu pour avéré. En l'espèce, la cour cantonale a toutefois exclu l'application de cette disposition sur la base d'une double motivation: d'une part, le refus de la banque - qu'il soit fondé ou non - n'est pas imputable au demandeur, celui-ci ayant invoqué, à l'appui du défaut de production, un motif légitime (le refus d'un tiers); d'autre part, la cour cantonale retient que les procès-verbaux concernés ne sont pas susceptibles d'établir une relation de portage (ou un rapport de fiducie) entre la banque et le défendeur et, partant, qu'ils ne sont pas utiles à la résolution du litige.

#### **E. 4.2**

Le recourant invoque une application arbitraire de l'art. 186 al. 2 aLPC/GE. Il se plaint de n'avoir pas pu obtenir, comme il l'a sans cesse réclamé, la production de l'intégralité des procès-verbaux des séances des comités décisionnels de A.\_\_\_\_\_, ainsi que de tous les autres organes ayant participé aux décisions à l'origine des contrats litigieux.

Selon la jurisprudence, une décision est arbitraire au sens de l' art. 9 Cst. lorsqu'elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité ( ATF 132 III 209 consid. 2.1; 131 I 57 consid. 2). En ce qui concerne la façon dont le droit cantonal a été appliqué, il ne faut pas confondre arbitraire et violation de la loi; une violation doit être manifeste et reconnue d'emblée pour être considérée comme arbitraire. Le Tribunal fédéral n'a pas à examiner quelle est l'interprétation correcte que l'autorité cantonale aurait dû donner des dispositions applicables; il doit uniquement dire si l'interprétation qui a été faite est défendable ( ATF 132 I 13 consid. 5.1; 131 I 217 consid. 2.1). Il appartient au recourant d'établir la réalisation de ces conditions, par une argumentation précise, s'il y a lieu en se référant à des pièces, répondant aux exigences de l' art. 106 al. 2 LTF (principe d'allégation). Le Tribunal fédéral n'entre pas en matière sur les critiques de nature appellatoire (cf. ATF 136 I 65 consid. 1.3.1 p. 68; 130 I 258 consid. 1.3).

#### **E. 4.3**

En l'occurrence, le recourant ne s'attaque pas, conformément aux exigences strictes de l' art. 106 al. 2 LTF , à chacune des motivations alternatives fournies par la cour cantonale (sur l'exigence, cf. ATF 138 I 97 consid. 4.1.4 et les arrêts cités).

S'agissant de l'utilité des pièces litigieuses (condition d'application de l'art. 186 al. 2 aLPC/GE), il ne fait qu'affirmer, de manière purement appellatoire, que " ces pièces (...) sont indispensables à la révélation des véritables desseins poursuivis par la banque à l'époque des faits, lesquels ne se résument pas à la lecture des seuls prêts isolés, sortis de leur contexte " .

Le moyen est irrecevable.

#### **E. 4.4**

Quant au grief de violation de l' art. 8 CC , soulevé par le recourant dans le même contexte, il n'est pas motivé conformément aux exigences de l' art. 42 LTF .

#### **E. 5**

Le recourant revient ensuite sur la recevabilité des deux pièces complémentaires qu'il a produites et celle des six allégués présentés dans la procédure cantonale.

##### **E. 5.1**

S'agissant des deux pièces litigieuses (n os 15 et 16), il apparaît d'emblée que celles-ci ont été déclarées recevables par la cour cantonale et il n'y a donc pas lieu de revenir sur ce point.

Le recourant reproche toutefois à la cour cantonale d'avoir sombré dans l'arbitraire en ne les prenant pas en considération. Force est de constater que l'autorité précédente a effectué une appréciation anticipée des preuves, qu'elle s'est forgée une conviction quant au fait (volonté réelle) que les parties avaient conclu des contrats de prêts et non convenu des opérations de portage ou un rapport de fiducie et, partant, que les pièces litigieuses n'étaient pas utiles pour résoudre le litige (cf. art. 186 aLPC/GE).

A cet égard, le recourant ne fournit pas une motivation précise, conforme aux exigences strictes de l' art. 106 al. 2 LTF , qui permettrait de comprendre en quoi ces deux pièces seraient utiles à la résolution du litige (et donc de démontrer l'application arbitraire de l'art. 186 aLPC/GE par la cour cantonale) et il n'y a donc pas lieu d'entrer en matière sur cette

critique.

Quant au grief de violation de l' art. 8 CC , il n'est pas motivé conformément aux exigences de l' art. 42 LTF .

### **E. 5.2**

En ce qui concerne les six allégués (n os 53, 59, 64, 65, 76 et 80) déclarés irrecevables par la cour cantonale, le recourant soutient qu'ils n'étaient pas nouveaux et qu'ils auraient permis d'établir la situation " sinistrée de la banque, son historique conduisant à l'impérieux besoin de créer la Fondation, la nécessité pour elle de procéder à des maquillages comptables, notamment par des provisions pour éviter l'enregistrement des pertes encourues "

On ne voit toutefois pas en quoi ces divers points de fait permettraient de démontrer que c'est en appréciant les preuves de manière arbitraire que la cour cantonale a retenu que, lors de la conclusion des contrats, la réelle et commune intention des parties était d'éviter de subir une perte immédiate dans l'expectative d'une réalisation future bénéficiaire lors de la reprise du marché immobilier et que, pour ce motif, elles sont convenues de contrats de prêts et non d'opérations de portage ou d'un rapport de fiducie (cf. aussi infra consid. 8). En particulier, le défendeur ne prétend pas qu'il serait insoutenable de retenir que la propriété des immeubles n'a pas été transférée à la banque ou que celle-ci n'a pas abandonné ses créances envers le défendeur.

Le moyen est irrecevable.

Quant aux griefs de violation de l' art. 8 CC et du droit d'être entendu ( art. 29 al. 2 Cst. ), ils ne sont pas motivés conformément aux exigences de l' art. 42 LTF (pour le premier) et de l' art. 106 al. 2 LTF (pour le second).

### **E. 6**

Sur le fond, le recourant tente de convaincre qu'il était, avec la banque, alors " seule aux commandes ", dans une relation de fiducie, ou qu'il a agi dans le cadre d'une opération de portage.

Il fournit une argumentation basée sur de nombreux points de fait étrangers aux constatations contenues dans l'arrêt entrepris, ce qui n'est pas conforme aux exigences strictes posées par l' art. 106 al. 2 LTF ; il n'y a donc pas lieu de s'écarter de l'état de fait dressé par l'autorité précédente.

Quant à l'argumentation du recourant, elle manque de structure et de clarté, notamment quant aux notions juridiques qu'elle présuppose. On peut toutefois comprendre qu'elle s'appuie sur deux axes principaux (cf. infra consid. 7 et 8).

### **E. 7**

Le recourant part de la prémisse selon laquelle il aurait été contraint, de diverses manières, de contracter malgré lui de nouveaux emprunts.

#### **E. 7.1**

Il prétend que les contrats qu'il a conclus étaient conçus et imposés par la banque, qu'il était " pieds et poings liés " et se bornait à signer " là où la banque le lui ordonnait ". Ces accords feraient parties de " montages et [de] manoeuvres orchestrés par la banque " servant exclusivement les intérêts de celle-ci. La cour cantonale l'aurait d'ailleurs reconnu en

soulignant que, dans une opération de portage, en l'absence d'un abandon total de créances (élément nécessaire à l'accord), le porteur (soit le défendeur) " n'a aucun intérêt à s'y engager " .

Exprimées en termes juridiques, ces explications suggèrent, à des degrés divers, l'existence d'une lésion ( art. 21 CO ), voire d'un engagement excessif ( art. 27 al. 2 CC ), d'un vice du consentement (art. 23 s. CO), d'un dol ( art. 28 CO ) et/ou d'une crainte fondée (art. 29 s. CO).

### **E. 7.2**

On peut toutefois couper court à toute discussion sur ces différentes règles, le défendeur n'ayant pas prétendu que la volonté des parties serait viciée.

Il n'a notamment pas déclaré vouloir résilier ces contrats pour lésion, dans le délai d'un an dès leur conclusion ( art. 21 al. 2 CO ). Le défendeur ayant été qualifié de " professionnel expérimenté " du marché immobilier, on ne voit d'ailleurs pas comment les conditions de la lésion, et en particulier celle de l'inexpérience, pourraient être réalisées.

Le recourant n'a pas non plus déclaré vouloir résilier ces accords pour erreur essentielle, dol ou crainte fondée, dans le délai d'un an dès la découverte de l'erreur, du dol ou dès la dissipation de la crainte ( art. 31 al. 2 CO ).

Enfin, l' art. 27 al. 2 CC (protection de la personnalité contre des engagements excessifs) n'interdit pas à une personne de prendre des engagements qui vont au-delà de ses capacités financières, la protection du débiteur qui aurait conclu un contrat léonin étant assurée, le cas échéant, par l' art. 21 CO ( ATF 95 II 55 p. 57 ss). Il n'y a donc pas lieu d'examiner le cas d'espèce en recherchant un éventuel engagement excessif (le défendeur ne le sollicitant d'ailleurs pas), étant ici précisé que le défendeur avait en l'occurrence un intérêt à s'engager avec la banque, pour éviter une perte importante, la banque disposant d'un tissu de relations sur le marché immobilier et étant susceptible de réaliser la vente de manière avantageuse.

Il n'y a donc pas lieu d'examiner ces questions et les circonstances factuelles (mentionnées par le recourant) qui les justifient seront écartées ci-après pour laisser la place aux circonstances déterminantes permettant la résolution de la question (encore litigieuse) de la qualification des accords conclus entre les parties.

### **E. 8**

L'argument central du recourant consiste à dire que, même si les contrats ne répondent pas stricto sensu à la définition des contrats de portage ou de fiducie, il serait erroné de s'arrêter à ce constat, mais qu'il faut plutôt mettre l'accent sur les effets voulus et effectivement poursuivis par les cocontractants.

#### **E. 8.1**

D'un point de vue juridique, on comprend que, selon le recourant, les parties auraient eu l'intention (réelle) de produire les effets découlant des contrats de fiducie et/ou de portage (actes dissimulés) et non ceux résultant des contrats de prêts (actes simulés au sens de l' art. 18 CO ) et que la cour cantonale a sombré dans l'arbitraire ( art. 9 Cst. ) en retenant une volonté interne différente. On peine par contre à déterminer à quel acte dissimulé le défendeur assimile les accords litigieux. S'il intitule son grief " relation de fiducie " et qu'il fait explicitement état d'un " contrat de fiducie poursuivant les mêmes buts (...) qu'un portage ", il renvoie également, en parlant de ces accords, à la seule relation de portage. Les

explications du défendeur sur la relation de fiducie restent en outre ambiguës, à tel point que, dans ses propos, on peine à comprendre qui, de la banque ou du défendeur, serait le fiduciaire et qui aurait la qualité de fiduciaire.

Il est toutefois inutile de désigner la relation juridique qui serait en soi la plus adéquate dans les circonstances de l'espèce. Il est dès lors inutile de revenir sur la motivation du recourant et d'examiner les passages consacrés par les juges précédents à ce sujet.

Il s'agit plutôt de rechercher, comme l'a fait la cour cantonale, la volonté des parties aux accords litigieux.

## **E. 8.2**

Pour qualifier la relation contractuelle nouée entre les parties, l'autorité précédente a établi leur volonté réelle (interne) : à l'époque où les contrats ont été conclus, le défendeur entendait éviter la réalisation forcée de ses immeubles à un moment où le marché n'était pas favorable et les financements supplémentaires accordés par A. \_\_\_\_\_ lui permettaient de mener à terme ses opérations immobilières et de vendre les immeubles ultérieurement, pendant une meilleure période; la banque, elle, voulait éviter de comptabiliser des pertes à la suite de la réalisation forcée des immeubles et obtenir à terme le remboursement de son financement. La cour cantonale a ainsi retenu que la volonté réelle des parties était de conclure des contrats de prêts et non des contrats de fiducie ou des opérations de portage.

Le défendeur revient sur ces constats et soutient que c'est en faisant preuve d'arbitraire ( art. 9 Cst. ) que la cour cantonale a établi la volonté interne des parties et nié l'existence d'un acte simulé.

### **E. 8.2.1**

Il en veut pour preuve qu'il avait rappelé à la Fondation, dans un courrier du 9 novembre 2001, que, pour lui, les transactions liées aux immeubles étaient " 100% du portage pour le compte de A. \_\_\_\_\_ " (acte de recours ch. 153 p. 33) et qu'il " n'est ni allégué, ni établi que la Fondation ait contesté les termes de ce courrier ".

L'argument tombe à faux puisque, le 12 mars 2002, la Fondation, qui répondait à un courrier du défendeur du 5 mars 2002, lui a communiqué sa réponse en indiquant qu'elle n'entendait pas reprendre les immeubles (de Thônex et Nyon) " au montant de leur engagement respectif " (c'est-à-dire en libérant le défendeur de sa dette hypothécaire). Cela étant, on ne peut pas non plus inférer des circonstances que les parties (La Fondation et le défendeur) auraient conclu un nouvel accord (qui libérerait le défendeur) puisqu'en l'occurrence celui-ci devait s'attendre à une acceptation expresse et que, partant, le silence de la Fondation pendant quelques mois ne pouvait valoir acceptation (cf. art. 6 CO ; arrêt 4A\_231/2010 du 10 août 2010 consid. 2.4.1 publié in SJ 2010 I p. 497).

### **E. 8.2.2**

Le défendeur reproche à la cour cantonale d'avoir simplement fait sienne l'interprétation " unilatérale " effectuée par la Fondation, alors même que les contrats avaient été conclus plus de six ans avant leur reprise par cette entité.

La critique tombe à faux puisque la cour cantonale a recherché " la réelle et commune intention des cocontractants " au moment de la conclusion des accords, soit, d'un côté, le défendeur et, de l'autre, la banque. A cet égard, elle distingue clairement les cocontractants (et leur intention lors de la conclusion des contrats) de la Fondation qui n'intervient qu'en

2010, suite à la cession légale des créances de la banque, pour faire signer au défendeur des reconnaissances de dettes.

### **E. 8.2.3**

Enfin, contrairement à ce que pense le défendeur, la cour cantonale n'a pas établi la volonté subjective des parties sur la base des seuls contrats litigieux, mais elle a également tenu compte (notamment) des témoignages recueillis par le premier juge (lors de la reprise de l'instruction consécutive à la décision de renvoi de la Cour de justice).

Le moyen tiré de l'établissement arbitraire des faits est infondé et le défendeur, à qui il incombait d'apporter la preuve de la simulation - preuve par ailleurs soumises à des exigences strictes (cf. arrêt 4A\_429/2012 du 2 novembre 2012 consid. 4.2) -, doit en supporter l'échec.

### **E. 8.3**

Il en résulte que tant la banque que le défendeur avaient l'intention (réelle) de conclure des contrats de prêts qui engageaient celui-ci à rembourser à celle-là le montant de ses emprunts au terme de la relation contractuelle. Certes, le défendeur, par la conclusion des " mandats en matière immobilière ", a restreint de manière conséquente sa propre liberté contractuelle (en faveur de la banque). Il demeure toutefois que cette décision est conforme à son intention (réelle), que sa volonté n'a pas été viciée, qu'il ne s'est pas plaint d'un accord ayant un caractère léonin, qu'il a été constaté qu'il était conscient des risques auxquels il s'exposait en l'absence de reprise du marché immobilier (en sa qualité de professionnel expérimenté), qu'il avait d'ailleurs été dissuadé en vain par son conseil de l'époque d'accroître son endettement et que, de son propre aveu, il connaissait " très bien la stratégie " de la banque.

### **E. 9**

Il résulte des considérations qui précèdent que le recours en matière civile doit être rejeté dans la mesure où il est recevable.

Le recours étant manifestement dépourvu de chances de succès, la requête d'assistance judiciaire doit être rejetée, sans qu'il soit nécessaire d'examiner si le recourant est dans l'indigence.

Les frais judiciaires, arrêtés au montant de 20'000 fr., sont mis à la charge du recourant.

Il n'est en revanche pas alloué de dépens, la partie intimée n'ayant pas été invitée à déposer une réponse.

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