

# **GE\_GERICHTE ACJC/1284/2012 vom 14. September 2012**

GE Cour de justice, 2012-09-14, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ACJC\\_1284\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACJC_1284_2012)

FR: GE\_GERICHTE ACJC/1284/2012 du 14 septembre 2012

IT: GE\_GERICHTE ACJC/1284/2012 del 14 settembre 2012

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Contre une décision sur opposition à séquestre, seul le recours motivé, formé par écrit dans un délai de dix jours à compter de la notification de la décision, est recevable. La procédure sommaire est applicable (art. 251 let. a, 309 let. b ch. 6, 319 let. a et 321 al. 1 et al. 2 CPC).

Déposés selon la forme et dans le délai légal, les recours sont recevables.

Il y a lieu de joindre les recours contre les ordonnances querellées, puisqu'elles ont toutes été rendues dans la présente cause à la suite des oppositions formées contre le même séquestre.

### **E. 2.1**

L'instance de recours peut connaître de la violation du droit et de la constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC). L'autorité de recours revoit le droit avec un plein pouvoir d'examen (JEANDIN, Code de procédure civile commenté, 2011, n. 3 ad art. 310, n. 2 ad art. 320). Elle n'est pas liée par les motifs juridiques invoqués par les parties. En revanche, elle n'entre pas en matière sur le grief de la constatation manifestement inexacte des faits lorsque le recourant n'expose pas avec précision en quoi un point de fait a été établi de manière manifestement inexacte. Le recourant ne peut se borner à opposer sa propre version des faits à celle du premier juge (CHAIX, Introduction au recours de la nouvelle procédure civile fédérale, SJ 2009 II p. 257 ss, n. 16 et 20). En d'autres termes, l'autorité de recours n'examine que les constatations de fait critiquées par le recourant et dont celui-ci démontre qu'elles sont manifestement inexactes, c'est-à-dire arbitraires (HOHL, Procédure civile, tome II, 2010, n. 2307, 2510 et 2515). Il s'ensuit que l'instance de recours est en principe liée par les faits constatés par la première instance (BLICKENSTORFER, DIKE-Komm-ZPO, 2011, n. 8 zu Art. 320) et, à défaut de griefs dûment exposés, l'autorité de recours n'examine la violation du droit qu'à partir de ces faits (TAPPY, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JdT 2010 III p. 115 ss, p. 158).

Il n'y a correction des faits taxés d'arbitraire que si cette correction est susceptible d'influer sur le sort de la cause; en d'autres termes, ces faits doivent être pertinents pour l'issue du litige et conduire de la sorte à un résultat insoutenable (JEANDIN, op. cit., n. 5 ad art. 320; CHAIX, op. cit., n. 15).

### **E. 2.2**

Les conclusions nouvelles sont irrecevables (art. 326 al. 1 CPC); en revanche, en matière de séquestre, les parties peuvent alléguer des novas (art. 278 al. 3 LP) qui comprennent tant les vrais que les faux novas pour autant, dans ce dernier cas, que la partie qui s'en prévaut les ait ignorés sans faute, ne soit pas censée les

C/24255/2011 connaître ou n'ait eu aucune raison de les invoquer plus tôt (ACJC/1016/2010 consid. 4.1; ACJC/224/2010 consid. 3).

### **E. 2.3**

En l'espèce, les pièces nouvelles B, C, D, E et F et les faits qui s'y rapportent ont trait à des circonstances survenues avant la clôture des débats devant le premier juge. Que la recourante considère que l'allégation de ces novas ait été rendue nécessaire par une constatation des faits erronés par le premier juge ne justifie pas que cette allégation intervienne seulement devant la Cour, dès lors que l'art. 320 let. b CPC prévoit un moyen de droit spécifique pour la partie qui invoque ce grief. La faculté d'invoquer des faux novas dans les limites prescrites ci-dessus n'a pas pour but de permettre à une partie négligente de compléter ses écritures par des faits et des moyens de preuve qu'il lui était loisible d'invoquer devant le premier juge. Les pièces précitées ainsi que les allégués nos 41 à 49 du recours dirigé contre l'ordonnance OSQ/19/2011 seront écartés des débats. Les autres pièces produites devant la Cour ne sont pas nouvelles ou ont trait à des faits notoires.

### **E. 3**

La procédure d'opposition et la procédure d'autorisation du séquestre ont le même objet. Toutes les conditions matérielles du séquestre ainsi que tous les vices de procédure peuvent être examinés dans la procédure d'opposition. Comme dans la procédure d'autorisation, le degré de preuve est limité à la vraisemblance (art. 272 LP; STOFFEL/CHABLOZ, Commentaire romand, 2005, n. 7 et 11 ad art. 278 LP). Il suffit ainsi que l'autorité, se fondant sur des éléments objectifs, acquière l'impression que les faits pertinents se sont produits, mais sans qu'elle doive exclure pour autant la possibilité qu'ils se soient déroulés autrement (ATF 130 III 321 consid. 3.3; arrêts du Tribunal fédéral 4A\_312/2009 consid. 3.6.1, 5A\_34/2007 consid. 2.1 et 5P.374/2006 consid. 4.1; STOFFEL/CHABLOZ, op. cit., n. 3 ad art. 272 LP). Une simple allégation ou contestation ne suffisent pas, mais doivent reposer sur des indices concrets ou être matérialisées par des documents (WILLI, Glaubhaftmachung und Glaubhaftmachungslast, in sic ! 2011, p. 215 ss, p. 216). La preuve est rapportée par titres (art. 254 al. 1 CPC). La procédure de séquestre est soumise dans toutes ses phases à la maxime de disposition et à la maxime des débats (art. 58 al. 2 et 255 CPC a contrario).

### **E. 4**

La recourante fonde son séquestre sur l'art. 271 al. 1 ch. 4 LP.

Il n'est pas contesté que l'intimé n'habite pas en Suisse. Par ailleurs, l'acte de cautionnement du 24 octobre 2008 prévoit un for exclusif en faveur des tribunaux genevois en cas de litige, valablement élu au regard de l'art. 5 al. 1 LDIP. Le lien suffisant avec la Suisse doit être ainsi reconnu (ATF 124 III 219 consid. 3b/bb; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_873/2010 consid. 4.1.2).

Il s'ensuit qu'il y a lieu d'examiner si la recourante a rendu vraisemblable la créance qu'elle invoque à l'appui de son séquestre.

- 11/22 -

C/24255/2011

### **E. 5**

La recourante se prévaut notamment de l'acte de cautionnement du 24 octobre 2008 signé par l'intimé.

### **E. 5.1**

En raison du domicile à l'étranger de l'intimé, la cause revêt un caractère international (ATF 136 III 142 consid. 3.2; 132 III 609 consid. 4; 131 III 511 consid. 2; 130 III 417 consid. 2). L'art. 124 LDIP régit la forme des actes juridiques, vu le défaut de convention internationale en la matière. Selon cette disposition, le contrat est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions fixées par le droit applicable au contrat ou par le droit du lieu de conclusion (al. 1). A défaut d'une élection de droit, le cautionnement est soumis au droit du domicile de la caution (ATF 117 II 490 consid. 2 = JdT 1993 I p. 312). Le droit choisi et celui du lieu de conclusion sont applicables alternativement (KELLER/ GIRSBERGER, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2004, n. 47 ad art. 124). Sont des dispositions de forme celles qui, tout en étant indépendantes du contenu de l'acte, concernent les modalités de la déclaration de volonté des parties et qui touchent au moins partiellement à leur protection, lors de la conclusion de l'acte, étant admis que ces dispositions concernent sa validité et non seulement sa preuve (DUTOIT, Droit international privé suisse, 2005, n. 6 ad art. 124 LDIP; KELLER/GIRSBERGER, op. cit., n. 33 ad art. 124). Il a été ainsi jugé que l'indication dans l'acte de cautionnement du montant total à concurrence duquel la caution est tenue était une prescription de forme (ATF 117 II 490 consid. 3).

### **E. 5.2**

En l'espèce, les parties ont soumis l'acte de cautionnement au droit suisse, étant rappelé que l'élection de droit demeure valable même si le contrat qui la contient est frappé de nullité (KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2004, n. 36 ad art. 116).

A cet égard, l'art. 493 al. 2 CO prescrit, à peine de nullité (ATF 125 III 305 consid. 2a), que lorsque la caution est une personne physique, la déclaration de cautionnement doit revêtir la forme authentique. Le sens et le but de cette disposition sont de montrer à la caution la portée de son engagement et de l'empêcher de promettre de façon inconsidérée son cautionnement. Cette disposition vise donc à protéger la caution (ATF 129 III 702 consid. 2.2 = JdT 2004 I p. 535; ATF 119 Ia 441 consid. 2c = JdT 1994 I p. 614). Ne revêtant pas la forme prescrite, l'acte de cautionnement litigieux est nul au regard du droit suisse. Par ailleurs, ledit acte a été conclu en France, si bien que le droit français s'applique alternativement. S'agissant du cautionnement, l'art. L. 341-2 du Code français de la consommation prescrit que toute personne physique qui s'engage

- 12/22 -

C/24255/2011 par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel doit, à peine de nullité, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante, et uniquement celle-ci : "En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même." L'art. L. 341-3 du même code prescrit en outre que lorsque le créancier professionnel demande un cautionnement solidaire, la personne physique doit, à peine de nullité, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante : "En renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2298 du Code Civil et en m'obligeant solidairement avec X ..., je m'engage

à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X ... ". Ces dispositions s'appliquent que la caution soit avertie ou non et que le cautionnement comporte un caractère commercial ou non. Revêt la qualité de créancier professionnel, celui qui acquiert la créance dans l'exercice de sa profession, cette qualité n'étant pas limitée aux établissements de crédit (arrêt no 10-26630 du 10 janvier 2012 de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, publié au bulletin, consultable sur le site [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)). Figurant dans le Code de la consommation et imposant des mentions manuscrites, les dispositions précitées sont clairement destinées à attirer l'attention de la personne qui s'oblige comme caution sur l'étendue de son obligation et de la protéger contre un engagement non voulu ou excessif. Ces dispositions poursuivent ainsi un but identique à celle de la forme authentique requise par l'art. 493 al. 2 CO. Il s'agit donc de prescription de forme au sens de l'art. 124 LDIP. En l'espèce, il est constant que la recourante est un créancier professionnel au sens des dispositions précitées et qu'à teneur des faits retenus par le Tribunal, non contestés sur ce point par la recourante, l'acte de cautionnement litigieux ne comporte pas les mentions manuscrites susvisées. Que l'acte ait été conclu dans le cadre d'une transaction commerciale est sans portée. Il s'ensuit que ledit acte est également nul au regard du droit français. Par conséquent, l'acte de cautionnement du 24 octobre 2008 ne rend pas vraisemblable une créance de la recourante contre l'intimé.

## **E. 6**

La recourante soutient que l'invocation par l'intimé du vice de forme de l'acte de cautionnement du 24 octobre 2008 est constitutif d'abus de droit manifeste.

### **E. 6.1**

A teneur de l'art. 2 al. 2 CC - qui fait partie de l'ordre public positif directement applicable dans les rapports internationaux (ATF 128 III 201

- 13/22 -

C/24255/2011 consid. 1c) -, l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. Le juge possède ainsi le pouvoir de corriger l'application de la loi lorsque celle-ci se heurte aux impératifs des intérêts à protéger selon la justice (ATF 134 III 52 consid. 2.1).

Le comportement de celui qui accepte d'abord de conclure une convention et qui, par la suite, en considération de règles impératives, excipe de l'invalidité de cette même convention, n'est cependant constitutif d'abus de droit que si des conditions particulières sont réalisées. Il faut par exemple que ce cocontractant ait proposé lui-même la convention contraire aux règles impératives, dans son propre intérêt et en connaissance de l'invalidité, de sorte qu'il a acquis un droit de façon déloyale. La partie qui reproche à l'autre un abus de droit doit prouver les circonstances particulières qui, dans le cas concret, autorisent à retenir que l'invalidité de la convention est invoquée de façon abusive (ATF 133 III 61 consid. 4.1).

Toutefois, une partie ne peut pas invoquer l'abus de droit à l'appui d'une action en exécution du contrat, sauf si celui-ci a déjà été exécuté pour l'essentiel, volontairement et en connaissance du vice de forme (ATF 116 II 700 consid. 3b = JdT 1991 I p. 643; ATF 115 II 331 consid. 5a = JdT 1991 I p. 150; ATF 112 II 11 consid. 3 = JdT 1986 I 589; arrêts du Tribunal fédéral 4C\_21/2007 consid. 5.3 et 4C\_362/2001 consid. 4.;

HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Berner Kommentar, 2012, n. 394 ad art. 2 ZGB;  
STEINAUER, Le Titre préliminaire du Code civil, in *Traité de droit privé suisse*, vol. II, tome 1, 2009, n. 598).

## **E. 6.2**

En espèce, on ne saurait retenir que l'acte de cautionnement a été proposé par l'intimé dans un intérêt propre, puisque ce contrat avait pour but de garantir la banque et qu'il n'est pas établi qu'il ait été rédigé par l'intimé ou ses mandataires. Par ailleurs, il ne ressort pas des faits retenus par le Tribunal que l'intimé ait induit en erreur la banque sur les vices de forme grevant l'acte incriminé. Au contraire, il en découle que la banque était assistée d'un conseil légal français au moment de l'établissement en France de l'acte de cautionnement, qui a estimé qu'il n'existait pas de problème de forme au regard du droit français. C'est en vain que la recourante se fonde sur la note produite par l'intimé, puisqu'il s'agit d'un avis de droit établi près de trois ans après l'acte de cautionnement. Quant au vice de forme selon le droit suisse, il n'est pas rendu vraisemblable que l'intimé ait trompé la banque sur ce point, ce qui n'est au demeurant guère crédible.

Au vu de ce qui précède, l'intimé n'invoque pas de façon déloyale les vices de forme de l'acte de cautionnement. Il s'ensuit que l'abus de droit ne peut être retenu. En tout état de cause, l'abus de droit ne peut conférer un droit à l'exécution de l'acte, si, comme l'espèce, il n'a pas reçu un commencement d'exécution.

- 14/22 -

C/24255/2011

## **E. 7**

La recourante fait grief au premier juge de n'avoir pas retenu que le cautionnement nul pouvait être converti en une promesse de porte-fort valable.

### **E. 7.1**

Le droit suisse ne contient pas de réglementation expresse de la conversion d'un acte juridique nul, mais cette institution est admise en règle générale par la doctrine et la jurisprudence. La conversion doit permettre, dans le cas particulier, d'interpréter l'acte juridique nul comme un acte valable et, par conséquent, en maintenir les effets. Ce procédé ne peut cependant être utilisé qu'à la condition que l'acte juridique nul remplit les exigences de l'acte de remplacement. La conversion est en outre limitée par le but de la norme qui est à l'origine de la nullité. La conversion est par conséquent impossible lorsqu'elle reviendrait à contourner cette norme ou, à tout le moins, à aller à l'encontre de son but (ATF 135 III 441 consid. 3.3; ATF 126 III 182 consid. 3d = JdT 2000 I p. 315; ATF 124 III 112 consid. 2b/bb; SCHWENZER, Basler Kommentar, 2011, n. 25 ad art. 11 OR). Lorsque l'engagement se caractérise dans son ensemble comme un cautionnement, la conversion de l'acte en porte-fort est impossible (ATF 125 III 305 consid. 2d).

### **E. 7.2**

Pour déterminer l'objet et le contenu d'un contrat, le juge doit tout d'abord s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO) (ATF 131 III 606 consid. 4.1). La recherche de la commune et réelle intention des parties s'effectue notamment sur la base d'indices (ATF du 22 septembre 1999 consid. 1c in SJ 2000 I p. 305). Constituent de telles indices, les circonstances survenues postérieurement à la conclusion du contrat, notamment le comportement des parties (ATF du 8 novembre 1995 consid. 3a in SJ 1996 p. 549; ATF 118 II 365 consid. 1). A défaut d'avoir pu établir la volonté réelle des parties, le juge doit

interpréter les déclarations et les comportements selon la théorie de la confiance, en recherchant comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances. En règle générale, les expressions et termes choisis par les cocontractants devront être compris dans leur sens objectif. Un texte clair prévaudra en principe, dans le processus d'interprétation, contre les autres moyens d'interprétation (ATF 131 III 606 consid. 4.1). Il n'y a pas lieu de s'écarter du sens littéral du texte adopté par les intéressés lorsqu'il n'y a aucune raison sérieuse de penser qu'il ne correspond pas à leur volonté. Il doit être rappelé que le principe de la confiance permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration (ATF 130 III 417 consid. 3.2).

### **E. 7.3**

Celui qui se porte fort promet au stipulant le fait d'un tiers et s'engage à lui payer des dommages-intérêts si ce tiers ne s'exécute pas. Le porte-fort assume une obligation indépendante; celle-ci peut exister même si le tiers n'est pas débiteur du bénéficiaire ou si son obligation est nulle ou invalidée. En cas de cautionnement,

- 15/22 -

C/24255/2011 la caution s'engage envers le créancier à garantir le paiement de la dette contractée par le débiteur (art. 492 al. 1 CO). Le cautionnement revêt un caractère accessoire en ce sens qu'il ne peut exister que sur une obligation valable (art. 492 al. 2 CO). Le critère de distinction essentiel entre ces deux espèces de garantie réside ainsi dans l'accessoriété, c'est-à-dire le lien de dépendance de l'engagement de la caution à l'égard de l'obligation du débiteur principal. Il y a un indice en faveur du porte-fort lorsque l'obligation du garant est définie de manière indépendante et que la garantie est donnée à un moment où l'on sait que le débiteur principal ne pourra probablement pas s'exécuter. Il existe plutôt un indice en faveur du cautionnement lorsque l'obligation du garant correspond exactement à celle du débiteur principal et qu'elle est définie entièrement par référence à celle-ci. L'existence d'un intérêt personnel du garant, distinct de celui du débiteur principal, est plutôt un indice en faveur du porte-fort, mais il ne revêt pas de caractère déterminant (ATF 125 III 305 consid. 2b).

### **E. 7.4**

En l'espèce, il ne ressort pas des faits retenus par le Tribunal que les parties, par leur comportement postérieur à la conclusion de l'acte de cautionnement litigieux, aient manifesté la volonté que l'intimé s'obligeât de manière indépendante envers la recourante, c'est-à-dire même pour le cas où l'obligation de U\_\_\_\_\_ LTD serait nulle ou invalidée. Les faits des ordonnances querellées, non contestés par la recourante sur ce point, ne permettent donc pas d'établir la réelle et commune volonté des parties.

Selon les faits retenus par le Tribunal, non contestés par les parties sur ce point, il est vrai qu'en raison de la baisse du cours des titres remis en nantissement par U\_\_\_\_\_ LTD, S\_\_\_\_\_ (SUISSE) SA a souhaité la restructuration du crédit accordé à cette dernière et avait eu à ce moment vraisemblablement des doutes sur sa capacité à honorer l'obligation de rembourser le crédit en cours. Toutefois, à la suite du contrat conclu le 22 octobre 2008 entre S\_\_\_\_\_ (SUISSE) SA et U\_\_\_\_\_ LTD, la facilité de crédit accordée à cette dernière a été ramenée de 143'000'000 EUR à 87'000'000 EUR. Ledit contrat prévoyait en outre les versements en faveur de U\_\_\_\_\_ LTD des sommes de 40'000'000 EUR et 35'000'000 EUR, dont il n'est pas allégué qu'ils ne soient pas intervenus. Ainsi, il ne peut être retenu, même au degré de la vraisemblance, que U\_\_\_\_\_ LTD n'était plus capable de respecter les

obligations découlant du nouveau contrat de crédit au moment de la signature de l'acte de cautionnement.

Par ailleurs, à teneur des faits retenus par le premier juge, l'engagement pris par l'intimé dans l'acte de cautionnement litigieux est entièrement défini en fonction de l'obligation de remboursement du crédit accordé par la banque à U\_\_\_\_\_ LTD. A cela s'ajoute que cet acte a été également signé par ladite société, ce qui marque encore davantage le caractère accessoire et dépendant de la garantie souscrite par l'intimé. Ainsi, l'on ne peut pas comprendre de bonne foi

- 16/22 -

C/24255/2011 que ce dernier ait voulu s'engager même si l'obligation de U\_\_\_\_\_ LTD était nulle ou invalidée.

De plus, exploitant une banque, S\_\_\_\_\_ (SUISSE) SA était familière des sûretés requises dans le cadre d'opérations de crédit. Elle ne pouvait donc de bonne foi ignorer que la caution s'engageait de manière dépendante.

Ainsi, il résulte que la volonté objective des parties était que l'intimé s'engage en qualité de caution. Il est sans portée qu'il s'agisse d'une garantie personnelle de l'intimé puisque cette caractéristique est commune aux deux types de sûretés.

Il s'ensuit que le premier juge a retenu, à juste titre, que les conditions de la conversion ne sont pas réalisées.

## **E. 8**

La recourante fait grief au Tribunal de n'avoir pas fait abstraction de l'indépendance juridique entre U\_\_\_\_\_ LTD et l'intimé.

### **E. 8.1**

Le principe de la transparence ("Durchgriff") implique qu'il est fait abstraction de l'indépendance de la personne morale comme personne juridique (ATF 132 III 489 consid. 3.1 = JdT 2007 II p. 81). L'application de ce principe exige que malgré la dualité des personnes à la forme, il n'existe pas d'entité indépendante, la société étant le simple instrument dans la main de son auteur, qui, économiquement, ne fait qu'un avec elle. C'est le cas, lorsque tout l'actif ou la quasi-totalité de l'actif d'une société anonyme appartient soit directement, soit par personnes interposées, à une même personne, physique ou morale. Il faut en outre que l'invocation de l'indépendance juridique constitue un abus de droit, une utilisation abusive de la personne morale par la personne qui la domine (ATF 132 III 489 consid. 3.1 = JdT 2007 II p. 81; ATF 121 III 319 consid. 5a/aa). C'est le cas lorsque la dualité des sujets n'est invoquée qu'aux fins de se soustraire abusivement à l'exécution forcée (ATF 105 III 107 consid. 3a; arrêts du Tribunal fédéral 5A\_873/2010 consid. 4.2.2 et 5A\_144/2008 consid. 3.3).

### **E. 8.2**

En l'espèce, selon les faits retenus par le Tribunal, l'intimé et son frère étaient les ayants droit économiques de U\_\_\_\_\_ LTD. Tant l'intimé que son frère figurent au bilan de la société en qualité de créanciers, ce qui confirme la qualité d'ayants droits économique de la fratrie. Par ailleurs, au contraire de son frère, l'intimé disposait du pouvoir de représenter individuellement la société envers S\_\_\_\_\_ (SUISSE) SA. Dans le cadre des opérations de crédit précédant le contrat litigieux, l'intimé s'était engagé à deux reprises à maintenir sa

participation dans le capital-actions de la société et une fois à répondre à un appel de marge, alors que son frère avait fourni à la banque une sûreté réelle en nantissant le 30 mai 2008 des actions W\_\_\_\_\_ CORP. Enfin, l'intimé a demandé à la banque la restructuration du crédit accordé à U\_\_\_\_\_ LTD. La Cour tient ainsi pour vraisemblable que l'intimé dominait cette société, sans pouvoir exclure que ce contrôle s'exerçait de concert avec son frère.

- 17/22 -

C/24255/2011

Il reste encore à apprécier si l'intimé se prévaut abusivement de la dualité juridique. La recourante voit un abus dans le fait que l'intimé se prévaut concurremment de l'indépendance juridique et de l'impossibilité d'agir en garantie à son encontre. Se prévaloir de la dualité juridique entre une entité juridique et la personne qui la domine n'est en soi pas constitutif d'un abus de droit. Lorsque une personne fait intervenir sa société comme contractante, l'autre partie sait, en principe, qu'elle court le risque de l'insolvabilité de la personne morale, à défaut de garanties valables fournies par la personne physique. L'invocation par l'intimé de la nullité de l'acte de cautionnement n'étant pas abusive, on ne discerne pas en quoi l'invocation concurrente des deux moyens non abusifs le serait. De même, le fait que l'intimé conteste être lié par la lettre d'intention préparée par S\_\_\_\_\_ (SUISSE) SA le 22 octobre 2008 pour lui n'est pas constitutif d'abus de droit. En effet, si la recourante est au bénéfice, comme elle le soutient, d'une prétention contre l'intimé fondée sur cette lettre d'intention, elle peut la faire valoir contre ce dernier et on ne perçoit pas en quoi l'invocation de l'indépendance juridique est abusive. Si, au contraire, la prétention n'est pas fondée, la contestation de l'intimé est légitime et là encore, on ne saisit pas où résiderait l'abus de droit. Pour le surplus, il ne résulte pas des faits retenus par le Tribunal que U\_\_\_\_\_ LTD aurait été spécifiquement fondée ou utilisée pour contracter un crédit auprès de S\_\_\_\_\_ (SUISSE) SA. A cet égard, la recourante a allégué que la société était utilisée par l'intimé pour certaines opérations financières au sein de son groupe. Il n'apparaît pas non plus que U\_\_\_\_\_ LTD se soit dessaisie d'actifs au profit de l'intimé, ni au moment de l'ouverture de la relation de crédit, ni par la suite. Les conditions du "Durchgriff" ne sont ainsi pas rendues vraisemblables.

## **E. 9**

A titre subsidiaire, la recourante fonde sa créance sur la lettre d'intention préparée par S\_\_\_\_\_ (SUISSE) SA le 22 octobre 2008 pour l'intimé. Pour les motifs suivants, la question de savoir si l'intimé a accepté cette lettre par actes concludants peut rester indécise et point n'est donc besoin d'examiner si le premier juge a constaté les faits sur ce point de manière manifestement inexacte.

### **E. 9.1**

Pour établir le droit applicable, la qualification du rapport juridique litigieux doit être effectuée selon le droit interne du for (ATF 136 III 142 consid. 3.2; 132 III 609 consid. 4; 129 III 738 consid. 3.4).

Le contenu de la lettre d'intention précitée est prima facie typique d'une déclaration de patronage.

- 18/22 -

C/24255/2011 Les déclarations de patronage sont des sûretés particulières pour garantir les obligations de tiers en matière de crédit (arrêt du Tribunal fédéral 4C\_4/2003 consid. 3.1; PESTALOZZI, Basler Kommentar, 2011, n. 35 ad art. 111 OR). Elles peuvent notamment porter la dénomination de "letter of intent" (lettre d'intention). Les déclarations de patronage sont habituellement utilisées dans les groupes de sociétés et peuvent contenir l'engagement d'un certain comportement qui consiste à fournir à la société une certaine forme de soutien (LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, 2008, Chap. VII, n. 199 et 203) qui peut notamment consister en la mise à disposition de la société débitrice de fonds afin qu'elle puisse honorer ses obligations envers le créancier (arrêt du Tribunal fédéral 4C\_342/1995 consid. 4a/cc = SJ 1996 p. 634; TEVINI DU PASQUIER, Commentaire romand, 2003, n. 32 ad art. 111 CO). Les déclarations de patronage sont qualifiées de garantie, si bien que c'est l'art. 117 al. 3 let. e LDIP qui détermine le droit applicable, soit celui de l'Etat de la résidence habituelle du garant (ATF 128 III 295 consid. 2b; BONOMI, Commentaire romand, 2011, n. 37 ad art. 117 LDIP).

### **E. 9.2**

En l'espèce, dans l'hypothèse où l'intimé aurait accepté les termes de la lettre d'intention litigieuse, il aurait la qualité de garant. Il s'ensuit que le droit applicable est celui de l'Etat de résidence habituelle de l'intimé au moment de la conclusion du contrat (ATF 133 III 90 consid. 2.2). A cet égard, la recourante soutient que l'intimé s'est engagé selon les termes de la lettre litigieuse au moment de la conclusion du contrat de crédit du 22 octobre 2008. Les faits retenus par le Tribunal ne permettent cependant pas de déterminer le lieu de résidence de l'intimé à cette époque. Le fait que l'acte de cautionnement ait été signé en France ne signifie pas encore que l'intimé avait sa résidence habituelle dans ce pays. A défaut de pouvoir déterminer le droit étranger éventuellement applicable, il y a lieu d'appliquer le droit suisse (art. 16 al. 2 LDIP).

### **E. 9.3**

La portée d'une déclaration de patronage peut varier fortement selon le sens que les parties ont voulu lui donner ou celui que chacune d'elles était en droit d'y voir selon le principe de la confiance (arrêts du Tribunal fédéral 4C\_4/2003 consid. 3.1 et 4C\_342/1995 consid. 4a/bb = SJ 1996 p. 634).

Il y a ainsi lieu d'interpréter la lettre d'intention litigieuse selon le principe de la confiance, puisque le comportement des parties postérieur à l'établissement de cette lettre ne ressort pas des faits retenus par le Tribunal, si bien que la réelle et commune intention des parties ne peut être déterminée.

La lettre d'intention a été établie en vue de l'octroi d'un crédit lombard. Dans ce type de crédit, si les objets mis en gage perdent de leur valeur et que celle-ci tombe au-dessous de la marge, la banque demandera au client de couvrir le crédit au moyen d'un versement supplémentaire ou de fournir de nouveaux gages. Selon

- 19/22 -

C/24255/2011 le texte de la lettre litigieuse retenu par le premier juge, l'intimé s'engageait à répondre aux appels de marge pour permettre de reconstituer la marge du portefeuille nanti si sa valeur descendait en dessous de 62'000'000 EUR. Dans le contexte d'un crédit lombard, l'intimé s'engageait ainsi envers la banque à augmenter la valeur du gage constitué par U\_\_\_\_\_ LTD à concurrence du montant susvisé soit par des apports en titres ou en

espèces. Dès lors qu'il s'engageait à reconstituer le portefeuille de U\_\_\_\_\_ LTD, l'intimé promettait à la banque une prestation en faveur U\_\_\_\_\_ LTD, qui apparaît comme un tiers. Un tel engagement doit être qualifié de stipulation pour autrui (ACJC/801/1995 consid. 4b; PESTALOZZI, op. cit., n. 35 ad art. 111 OR; TEVINI DU PASQUIER, op. cit., n. 32 ad art. 111 CO; WEBER, Berner Kommentar, 2000, n. 120 ad art. 111 OR). Dans cette situation, la banque ne dispose d'aucun droit contre le promettant de demander l'exécution de la prestation en sa faveur, mais uniquement du droit de demander l'exécution de la prestation en faveur du tiers et d'agir en dommages-intérêts pour le cas où la prestation ne serait pas exécutée (arrêt du Tribunal 4C\_342/1995 consid. 4a/dd = SJ 1996 p. 634; ACJC/801/1995 consid. 4b; MÜLLHAUPT, Rechtsnatur und Verbindlichkeit der Patronatserklärung, SAS 1978 p. 109 ss, p. 111). Il s'ensuit que, dans l'hypothèse où l'intimé aurait accepté la lettre d'intention, la recourante ne disposerait pas directement à l'encontre de ce dernier d'une prétention en paiement du montant nécessaire à la reconstitution de la marge. Pour le surplus, la recourante n'allègue pas avoir subi un dommage causé par l'inexécution de l'intimé envers U\_\_\_\_\_ LTD. Ainsi, la recourante ne peut pas fonder sa créance sur la lettre d'intention litigieuse.

#### **E. 10**

Pour les motifs qui précèdent, la recourante n'a pas rendu vraisemblable sa créance envers l'intimé. Le premier juge a ainsi, à juste titre, révoqué l'ordonnance de séquestre des biens de l'intimé.

Les sûretés seront maintenues, dès lors que l'opposition et le recours n'empêchent pas le séquestre de produire ses effets (art. 278 al. 4 LP).

Les recours seront par conséquent rejetés.

#### **E. 11**

SQP. Ordonne la jonction des recours. Au fond : Les rejette. Met les frais des recours à la charge de A\_\_\_\_\_ SA. Arrête les frais judiciaires des recours à 3'000 fr. et les compense à concurrence du même montant avec les avances fournies, qui restent définitivement acquises à l'Etat de Genève. Ordonne au Service financier du Pouvoir judiciaire de restituer à A\_\_\_\_\_ SA le solde en 6'000 fr. des avances fournies. Condamne A\_\_\_\_\_ SA à payer à B\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_ SA, D\_\_\_\_\_ LTD, N\_\_\_\_\_ LTD, E\_\_\_\_\_ LTD, F\_\_\_\_\_ CORP, G\_\_\_\_\_ LTD, I\_\_\_\_\_ INC, H\_\_\_\_\_ LTD, J\_\_\_\_\_ LTD, K\_\_\_\_\_ LTD, M\_\_\_\_\_ CORP, P\_\_\_\_\_ LTD, L\_\_\_\_\_ LTD, la Q\_\_\_\_\_, O\_\_\_\_\_ LTD et R\_\_\_\_\_ CORP, pris solidairement, la somme de 40'000 fr. à titre de dépens. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Siégeant : Monsieur Jean RUFFIEUX, président; Madame Florence KRAUSKOPF et Monsieur Blaise PAGAN, juges; Madame Céline FERREIRA, greffière.

Le président : Jean RUFFIEUX

La greffière : Céline FERREIRA

- 22/22 -

C/24255/2011 Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.

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