

VS_GERICHTE C1 07 76 vom 4. November 2008

VS Kantonsgericht, 2008-11-04, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_C1_07_76

FR: VS_GERICHTE C1 07 76 du 4 novembre 2008

IT: VS_GERICHTE C1 07 76 del 4 novembre 2008

Regeste

ATC (Cour civile II) du 4 novembre 2008, Y c. X. Solidarité passive: rapport entre les codébiteurs – Application du droit italien à la société simple litigieuse; en l'espèce, répartition paritaire des apports et des pertes (art. 117 al. 2 et 3 let. c, 150 al. 2 LDIP; art. 1350 CCI, 2247 CCI, 2249 al. 2 CCI, 2251 CCI, 2263 al. 1 CCI; consid. 9). – Soumission au droit suisse de l'engagement (interne) paritaire des parties dans les actes de nantissement et dans le «loan agreement» (art. 116 LDIP; consid. 10). – Notion de porte-fort (art. 111 CO; consid. 10a). – Notion de solidarité passive (art. 143 al. 1 CO; consid. 11a). – Interdiction du formalisme excessif - constitutif d'un déni de justice formel - en procédure civile (art. 29 al. 1 Cst.; consid. 11c/aa). – Partage de la solidarité et action récursoire entre codébiteurs solidaires (art. 148 CO, 149 CO; consid. 12a et 12b). Solidarschuldnerschaft: Beziehung unter den Mitschuldnern – Anwendung des italienischen Rechts auf die streitige einfache Gesellschaft; im konkreten Fall paritätische Verteilung der Geschäftseinlagen und der Verluste (Art. 117 Abs. 2 und 3 lit. c IPRG, 150 Abs. 2 IPRG; Art. 1350 CCI, Art. 2247

Erwägungen

E. 9

Dans son mémoire-conclusions, le demandeur invoque les règles suisses sur la société simple (cf. art. 530 ss CO) pour justifier une répartition paritaire des obligations des parties au procès (cf. art. 533 al. 1 CO). a) Comme la cause litigieuse oppose deux ressortissants italiens, tous deux domiciliés en Italie, l'éventuel contrat de société simple unissant les parties doit être régi par le droit de l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique - à savoir l'associé auquel la gestion de la société est confiée en première ligne - a sa résidence habituelle ou son établissement (art. 117 al. 2 et 3 let. c LDIP par le renvoi de l'art. 150 al. 2 LDIP; ATF 100 II 450, 452; SJ 1980 p. 192; SJ 1980 p. 49, 56; Vischer, Zürcher Kommentar zum IPRG, n. 23 ss ad art. 150 IPRG; Dutoit, Droit international privé suisse, n. 6 ad art. 150 LDIP; Patocchi/Geisinger, Code DIP annoté, n. 26 ad. 117 LDIP). Le droit italien est dès lors applicable à l'éventuelle relation de société simple liant les parties. b) Selon l'art. 2247 CCI, «con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili». Pour l'exercice d'activités diverses, le droit italien connaît la société simple (art. 2249 al. 2 CCI), laquelle n'est pas soumise à une forme spéciale (art. 2251 CCI). Un contrat de société simple peut ainsi être conclu oralement (arrêt de la Cour de cassation italienne du 26 juin 1990, n. 3275; arrêt du 2 avril 1999, n. 3166; Pescatore/Ruperto, Codice civile, Milan 2000, n. 2 ad art. 2251 CCI). Il peut aussi être conclu par actes concludants (arrêt 284 RVJ/ZWR 2009

RVJ/ZWR 2009 285 du 10 mai 1984; Scalsese, Codice delle società, Milan 2003, n. 2 ad art. 2252 CCI). Cependant, si les apports sont constitués de biens ou de droits immobiliers, la

forme écrite, voire authentique, est requise (cf. art. 1350 CCI). Les bénéfices et les pertes sont répartis en fonction des apports des associés. Si la valeur des apports ne peut être déterminée par le contrat, ils sont présumés égaux (art. 2263 al. 1 CCI; cf. arrêt du 2 août 1995, Scalese, op. cit., ad art. 2263 CCI). c) En l'espèce, E. intervenait comme société de financement au profit des sociétés du demandeur et du défendeur, dans lesquelles ils étaient associés à raison de 50% chacun, soit directement, soit par l'intermédiaire de leurs proches. Les montants versés étaient enregistrés à part égale entre eux. Ils bénéficiaient ainsi par moitié chacun des fonds provenant de la société panaméenne précitée, comme l'ont confirmé les témoins de manière concordante. De surcroît, dans le cadre des crédits alloués à leurs sociétés, les garanties souscrites en faveur des banques italiennes étaient également réparties à raison de 50% entre les parties, solidairement. Leur engagement au sein d'une société simple tacite, destinée à assurer le financement de leurs sociétés italiennes, a ainsi été conclu par actes concluants. En l'absence d'une autre répartition prévue, les apports étaient présumés égaux (art. 2263 al. 1, 2e phr. CCI). Sur cette base, la Cour estime dès lors que les parties s'étaient tacitement engagées - aucun bien ou droit immobilier n'entrant en ligne de compte dans leurs relations avec E. - au sein d'une société simple, utilisant E. dans le but d'opérer le financement paritaire de leurs diverses sociétés italiennes. Leurs apports étant présumés égaux, les pertes litigieuses devaient pareillement être réparties en fonction de ceux-ci (art. 2263 al. 1, 1re phr. CCI). Enfin, cette répartition par moitié a également été comprise par les divers participants à la séance du 9 août 2002, tenue dans les locaux de la banque F.

E. 10

De surcroît, la nature de leurs engagements litigieux (externes) vis-à-vis de E., ainsi que de la banque F., permet également de conclure à un tel engagement (interne) paritaire, comme le démontrent les développements qui suivent. S'agissant du droit applicable, les parties s'étaient soumises sur ce point au droit suisse en cas de litige, conformément à l'art. 116 LDIP, en particulier en signant les actes de nantissement (dont celui du 21 février 2002) et le «loan agreement» du 3 juin 2002.

a) Le porte-fort est le contrat par lequel une personne (le garant) promet à une autre (le bénéficiaire) le fait d'un tiers et s'engage à l'indemniser pour le cas où ce tiers n'exécuterait pas la prestation visée (art. 111 CO). Cette promesse peut être autonome (contrat de porte-fort ou de garantie), mais peut aussi faire partie intégrante d'un autre contrat (clause de garantie) (Tercier, *Les contrats spéciaux*, 3e éd., n. 6287). Le porte-fort assume une obligation indépendante, laquelle peut exister même si le tiers n'est pas débiteur du bénéficiaire ou si son obligation est nulle ou invalidée (ATF 125 III 305 consid. 2 p. 306 et les références; Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Berne 2006, 4e éd., n. 86.29). Le tiers n'est pas partie au contrat de porte-fort (Gauch/Schluep/Schmid/Rey, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Zurich 2003, 8e éd., n. 4166). Sauf convention contraire, la garantie est exigible dès que la prestation du tiers n'est pas effectuée au moment convenu. Le bénéficiaire de la promesse n'est pas tenu de mettre le tiers en demeure, ni de le rechercher (ATF 131 III 606 consid. 4.2.2 et les auteurs cités). Le dommage à réparer consiste dans la différence entre la situation patrimoniale du bénéficiaire telle qu'elle est et telle qu'elle serait si le tiers avait eu le comportement promis; sauf convention contraire, l'indemnisation doit être fixée conformément aux règles usuelles régissant l'inexécution des obligations (Tevini Du Pasquier, *Commentaire romand*, n. 12 ad art. 111 CO; Pestalozzi, *Commentaire bâlois, Obligationenrecht I*, 4e éd., n. 14 ad

art. 111 CO; Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, 2e éd., p. 435). Dans la promesse de porte-fort analogue au cautionnement («die bürgschaftsähnliche Garantie»), le fait promis consiste en l'exécution d'une obligation du tiers envers le stipulant (ATF 113 II 434 consid. 2a). Lorsque le cas de garantie se réalise, le bénéficiaire obtient alors deux créances: l'une contre le tiers pour inexécution et l'autre contre le promettant au titre du porte-fort. Le stipulant peut agir à son gré contre le tiers ou contre le promettant. Il ne saurait toutefois cumuler les indemnités au-delà de son dommage (Scyboz, *Le contrat de garantie et de cautionnement*, Fribourg 1979, p. 21 in fine; Tevini Du Pasquier, op. cit., n. 14 ad art. 111 CO; Pestalozzi, op. cit., n. 11 ad art. 111 CO). S'il s'est adressé utilement au tiers, il perd, dans la mesure de la réparation qu'il en obtient, le droit de rechercher encore le porte-fort (arrêt 4A_290/2007, du 10 décembre 2007). b) En apposant leur signature respective sur les contrats de crédit («loan agreement») litigieux, à titre de tiers-garant, respectivement de «pledgor» (garant), ainsi que sur les actes de nantissement général éta- 286 RVJ/ZWR 2009 RVJ/ZWR 2009 287 blis par la banque F. pour garantir «toutes les créances de la banque envers E.», le demandeur et le défendeur se sont déclarés garants de E. à l'égard de la banque. Ce faisant, ces deux hommes d'affaires avisés sont devenus porte-fort en promettant à la banque (le bénéficiaire), le fait d'un tiers, à savoir le remboursement par E. des sommes que la banque lui avait prêtées. Les parties se sont ainsi engagées à indemniser la banque si la société ne s'exécutait pas, conformément à l'art. 111 CO. De surcroît, en procédant aux remboursements requis par la banque - partiellement s'agissant du défendeur (612'080,28 €), totalement s'agissant du demandeur (1'832'800 €) - les deux parties ont exécuté l'obligation requise à l'égard de la banque, manifestant à nouveau leur accord avec les conventions qu'elles avaient signées (cf. art. 1 al. 2 CO). Contrairement à l'opinion du défendeur, à la différence du cautionnement (cf. art. 493 al. 2 CO), la forme authentique n'est pas requise en matière de porte-fort (art. 111 CO), lequel est un contrat générateur d'obligations, non formel (Tevini Du Pasquier, op. cit., n. 8 ad art. 111 CO).

E. 11

Le contrat de porte-fort étant retenu, la nature de l'engagement (interne) des parties entre elles entraîne leur solidarité. a) Selon l'art. 143 al. 1 CO, il y a solidarité entre plusieurs débiteurs lorsqu'ils déclarent s'obliger de manière qu'à l'égard du créancier chacun d'eux soit tenu pour le tout. A défaut d'une semblable déclaration, la solidarité n'existe que dans les cas prévus par la loi (al. 2). La solidarité passive de l'art. 143 al. 1 CO est ainsi une modalité d'une obligation qui lie plusieurs débiteurs et qui oblige l'un d'entre eux à payer la totalité de la dette avec effet libératoire à l'égard des autres (Romy, *Commentaire romand*, n. 1 ad art. 143 CO). La solidarité n'est jamais présumée (ATF 116 II 707 consid. 3). La solidarité passive peut naître de la déclaration expresse des parties, lesquels ont utilisé le terme «solidarité» ou une forme équivalente, telle que «débitéur pour le tout» (RVJ 1992 p. 346 consid. 3; Schnyder, *Commentaire bâlois*, n. 7 ad art. 143 CO; «als Gesamtschuldner», Schwenger, op. cit., n. 88.15). Un engagement solidaire peut aussi se former par actes concluants ou tacitement (art. 1 al. 2 CO). Cet engagement tacite peut prendre p. ex. la forme d'une reprise cumulative de dette. Il ne sera retenu qu'en présence d'un comportement univoque, qui ne suscite raisonnablement aucun doute, tel qu'il résulte des circonstances ou du contexte du contrat interprété conformément au principe de la confiance (ATF 106 II 250 consid. 3; ATF 123 III 53 consid. 5a; Romy, op. cit., n. 7 ad art. 143 CO; Schnyder, op. cit., n. 6 ad art. 143 CO).

b) En l'espèce, tant le demandeur, le 17 février 1997, que le défendeur, le 21 février 2002, ont signé un acte de nantissement général établi par la banque F. pour garantir «toutes les créances de la banque envers E.». Se déclarant ainsi tous deux débiteurs pour toutes les dettes de la société panaméenne précitée, les parties ont expressément admis leur solidarité passive. De surcroît, le demandeur et le défendeur ont également manifesté cette solidarité, lors du renouvellement du crédit le 3 juin 2002, en signant tous deux ce document pour le compte de E. («the borrower»). Ils reconnaissaient ainsi la clause de solidarité («Joint and several liability. If there is more than one Borrower, these Borrowers shall have joint and several liability»). Dès lors, à tout le moins tacitement par ces nouvelles signatures, ils reconnaissaient être solidairement débiteurs de la créance, voire de la garantie litigieuse. c) A cet égard, contestant la recevabilité du «loan agreement» du 3 juin 2002 comme moyen de preuve, le défendeur relève avoir requis, dans son mémoire-réplique, sa traduction, conformément à l'art. 166 al. 3 CPC, et qu'aucune suite n'a été donnée, ni par le juge, ni par le demandeur. aa) Il y a formalisme excessif, constitutif d'un déni de justice formel prohibé par l'art. 29 al. 1 Cst., lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi et complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux. L'excès de formalisme peut résider soit dans la règle de comportement imposée au justiciable par le droit cantonal, soit dans la sanction qui lui est attachée. En tant qu'il sanctionne un comportement répréhensible de l'autorité dans ses relations avec le justiciable, l'interdiction du formalisme excessif poursuit le même but que le principe de la bonne foi déduit de l'art. 29 al. 1 Cst. A cet égard, il commande à l'autorité d'éviter de sanctionner par l'irrecevabilité les vices de procédure aisément reconnaissables qui auraient pu être redressés à temps, lorsqu'elle pouvait s'en rendre compte assez tôt et les signaler utilement au plaideur (ATF 125 I 166 p. 170 et les références; RVJ 2001 p. 170, 173). bb) En l'espèce, la traduction du «loan agreement» litigieux, requise dans le mémoire-réplique du 10 juin 2005, n'a pas été ordonnée 288 RVJ/ZWR 2009

RVJ/ZWR 2009 289 par l'autorité d'instruction. Cette requête n'a pas été réitérée au débat préliminaire, ni par la suite; aucun incident n'a été soulevé sur ce point; aucune plainte civile n'a été déposée. Eu égard à l'interdiction du formalisme excessif, il apparaît abusif, plus de trois ans après la requête litigieuse, de déclarer irrecevable le dépôt en cause du «loan agreement», au motif qu'il n'a pas été traduit dans une langue officielle. Sur ce point d'ailleurs, seule la traduction du passage indispensable pour la décision à rendre aurait pu être requise (cf. ATF 128 I 273), à l'exclusion des passages inutiles à la connaissance de la cause. De plus, l'autorité doit éviter de sanctionner par l'irrecevabilité les vices de procédure aisément reconnaissables qui auraient pu être redressés à temps, notamment par une intervention active des plaideurs (cf. Bohnet, CPCN, Bâle 2003, n. 3 ad art. 81 CPCN). Dans ces conditions, le document litigieux doit pleinement être reconnu comme moyen de preuve valable en la présente espèce. De surcroît, contrairement à l'opinion du défendeur, une traduction du «loan agreement» litigieux n'avait pas à être requise devant une autorité judiciaire suisse, disposant des connaissances linguistiques suffisantes, comme en l'espèce (cf. notamment les arrêts du 7 mars 2006, dans les causes 4C.257/2005 et 4P.191/2005, en matière de «loan agreement»). d) La solidarité entre les parties découle encore implicitement de leur partenariat, par moitié chacune, dans leurs quatre sociétés italiennes, ainsi que dans la société simple qu'ils avaient tacitement constituée (cf. consid. 9). Elle résulte en particulier également du mode de constitution des garanties, souscrites en faveur

des banques italiennes, à raison de 50% entre les parties et solidairement.

E. 12

a) Selon l'art. 148 al. 1 CO, si le contraire ne résulte de leurs obligations, chacun des débiteurs solidaires doit prendre à sa charge une part égale du paiement fait au créancier. Cette disposition ne s'applique qu'à défaut d'une autre clef de répartition, conventionnelle ou légale, entre les codébiteurs (ATF 133 III 116 consid. 4 et les références; Schnyder, op. cit., n. 1 ad art. 148 CO). Le débiteur qui fait valoir une répartition interne différente de celle de l'art. 148 al. 1 CO et qui invoque p. ex. que celui qui a payé doit supporter l'intégralité de la dette et ne jouit donc d'aucun droit de recours interne doit en apporter la preuve (Romy, op. cit., n. 2 ad art. 148 CO). Les parties peuvent conventionnellement choisir une autre clef de répartition. Cette clef peut découler p. ex. de la nature des liens qui unissent les codébiteurs et de la cause pour laquelle ils ont souscrit un engagement solidaire.

Ainsi, les règles relatives au partage des pertes entre associés dans une société simple seront déterminantes selon les cas (Romy, op. cit., n. 3 ad art. 148 CO). Celui qui paie au-delà de sa part a, pour l'excédent, un recours contre les autres (art. 148 al. 2 CO). L'action récursoire naît avec le paiement effectué (Schwenzer, op. cit., n. 88.39). Selon l'art. 149 al. 1 CO, le débiteur solidaire qui jouit d'un recours est subrogé aux droits du créancier jusqu'à concurrence de ce qu'il lui a payé (Schnyder, op. cit., n. 1 ad art. 148 CO). b) En s'adressant à l'associé qui lui paraissait le plus solvable, la banque F. a obtenu du demandeur le versement total de 1'832'800€, alors que le défendeur ne lui avait remboursé que 612'080,28€. Codébiteurs solidaires dans leur relation interne, chacun des deux associés doit dès lors prendre à sa charge une part égale du paiement fait à la banque créancière, conformément à l'art. 148 al. 1 CO. Contrairement à l'opinion du défendeur - qui invoque notamment les lettres de la banque des 11 septembre et 16 octobre 2003, selon lesquelles celle-ci ne tenait pas les deux associés comme codébiteurs solidaires -, l'absence de solidarité à l'égard de la débitrice principale du prêt (E.) n'entraîne pas une absence de solidarité similaire des tiers garants dans leur relation interne. Cette différence est attestée notamment par le décompte de la banque du 22 août (recte: septembre) 2003, lequel répartit le solde à payer à la banque par moitié entre les deux tiers garants. Cette répartition par moitié a également été comprise par les divers participants à la séance du 9 août 2002, tenue dans les locaux de la banque. Aucune autre clef de répartition n'a été démontrée. Dans ces conditions, la répartition par moitié entre codébiteurs solidaires doit également être retenue au sens de l'art. 148 al. 1 CO. Comme la totalité du solde a été payée par le demandeur, celui-ci dispose d'une action récursoire à l'encontre du défendeur. Il est ainsi subrogé aux droits de la banque créancière jusqu'à concurrence de ce qu'il lui a payé, conformément à l'art. 149 al. 1 CO. Le demandeur est ainsi en droit de réclamer au défendeur la différence de 610'360€ qu'il a versée en trop. c) S'agissant d'une dette d'argent, son paiement se fait en moyens de paiement ayant cours légal dans la monnaie due (art. 84 al. 1 CO). S'il agit devant un juge suisse pour une créance exprimée en monnaie étrangère, le créancier doit conclure au paiement dans la monnaie convenue, soit dans la monnaie étrangère en cause. Un jugement qui ne serait libellé qu'en monnaie suisse n'est pas admissible; seul le débi- 290 RVJ/ZWR 2009

RVJ/ZWR 2009 291 teur bénéficie de la faculté alternative offerte par l'art. 84 al. 2 CO, lui permettant de se libérer en monnaie du pays au cours du jour de l'échéance (SJ 1998 p. 205 consid. 9a; ATF 72 III 100 consid. 3; Schraner, Commentaire zurichois, n. 220 ad art. 84 CO; Loertscher, Commentaire romand, n. 17 ad art. 84 CO).

E. 13

a) En définitive, pour les motifs énoncés plus haut, le défendeur doit être reconnu débiteur du demandeur à concurrence de 610'360€. Le débiteur solidaire qui a payé au-delà de sa part et qui exerce un recours contre son codébiteur, a droit aux intérêts moratoires (ATF 57 II 324). Comme aucun autre taux n'a été convenu par les parties, l'intérêt moratoire au taux légal de 5% (art. 104 al. 1 CO), comme réclamé, court dès le 11 novembre 2004, lendemain de la réception du commandement de payer n° 97369, première interpellation, au sens de l'art. 102 al. 1 CO (Thévenoz, Commentaire romand, n. 17 ss ad art. 102 CO; Spahr, RVJ 1990 p. 357). b) L'action introduite par le demandeur doit être admise. Partant, l'opposition formée à la poursuite no de l'OP de G. est définitivement levée à concurrence du capital et des intérêts précités. Il n'y a pas lieu d'accorder au demandeur la mainlevée de l'opposition à concurrence des frais inhérents aux commandements de payer, car ces frais font partie des frais dits de poursuite, dont ils suivent le sort (ATF 77 III 5; RVJ 1991 p. 411 et 1988 p. 343). Comme la réquisition de poursuite doit énoncer en monnaie suisse le montant de la créance exigée au sens de l'art. 67 LP, la conversion des créances libellées en monnaie étrangère est nécessaire (ATF 115 III 36 consid. 3a; Loertscher, op. cit., n. 18 ad art. 84 CO). Cette conversion n'a que des effets de droit des poursuites (Ruedin, Commentaire romand, n. 28 ad art. 67 LP). La conversion se fait au cours du jour de la réquisition de poursuite (Ruedin, op. cit., n. 29 ad art. 67 LP). Le taux de 1,58 fr. par Euro de septembre 2004 doit dès lors être retenu. Partant, l'opposition formée à la poursuite no ... de l'OP de G. est définitivement levée à concurrence de 964'368 fr. avec intérêt à 5% dès le 11 novembre 2004.

E. 14

Le séquestre est nécessairement provisoire et doit, comme en l'espèce, être confirmé par une procédure de validation (Stoffel/Chabloz, Commentaire romand, n. 1 ad art. 279 LP). Les effets du séquestre cessent lorsque le créancier voit son action définitivement rejetée (art. 280 ch. 3 LP). Si un séquestre est devenu caduc, les autorités de poursuite doivent dégrever d'office les objets séquestrés (Gilliéron,

Commentaire, n. 10 ad art. 280 LP). Si elles ne l'ont pas fait, le débiteur peut exiger le dégrèvement en tout temps (ATF 106 III 92; Reiser, Commentaire bâlois, n. 1 ad art. 280 LP). En l'espèce, le demandeur a obtenu la condamnation au paiement du montant réclamé. Dans ces conditions, le séquestre est validé à concurrence de 964'368 fr., avec intérêts à 5% dès le 11 novembre 2004. Le 27 février 2009, le Tribunal fédéral a rejeté, dans la mesure de sa recevabilité le recours en matière civile formé par X. contre ce jugement (arrêt 4A_582/2008). 292 RVJ/ZWR 2009

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