

DROIT DES OBLIGATIONS PARTIE GÉNÉRALE

Troisième semestre

Quelques stipulations contractuelles



Quand la vieille dame parla du contrat, il fit un geste,
comme pour dire que peu lui importait.

Zola, La curée

Sylvain Marchand

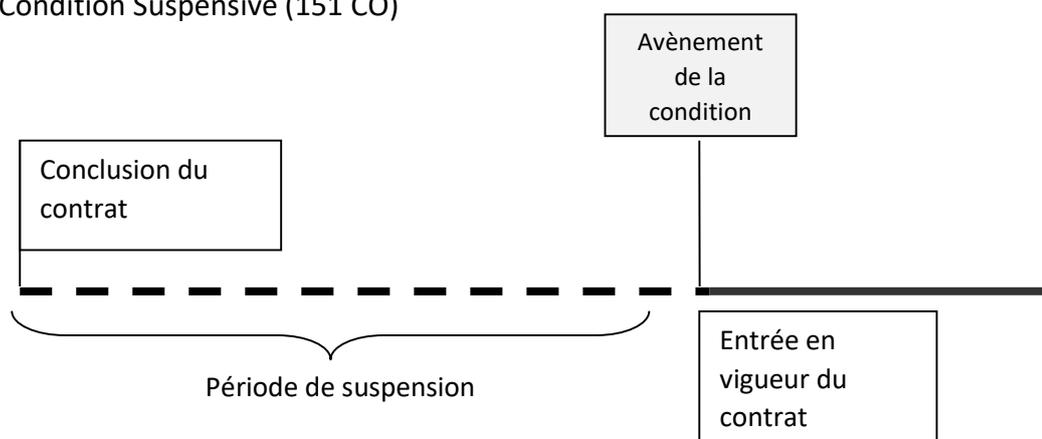
Eh bien ! je consens à en être. Seulement, c'est à une condition... Comment êtes-vous avec votre frère le ministre ?

Zola, L'argent

I. TYPOLOGIE

1. Le droit des contrats est centré sur la volonté commune et concordante des parties. Chaque partie exprime sa volonté par un acte juridique, c'est-à-dire une manifestation de volonté sujette à réception.
2. Cette volonté n'est pas un concept éthéré coupé des réalités. Elle s'exprime dans un contexte factuel connu des parties. Une erreur d'une partie sur un des éléments de ce contexte, tel qu'il existe à la date de conclusion du contrat, peut constituer un vice de consentement (art. 23 ss CO). La volonté des parties peut également dépendre de l'évolution de ce contexte après la conclusion du contrat. Dans ce cas, les parties peuvent lier leur volonté à des événements futurs incertain. Pour ce faire, elles intègrent dans leurs déclarations de volonté unilatérales ou réciproques des conditions (art. 151 ss CO).
3. Une condition peut concerner une obligation spécifique, ou un contrat dans son ensemble. Deux types de conditions doivent être distingués :
 - La *condition suspensive* fait dépendre l'entrée en vigueur du contrat, ou l'exigibilité de l'obligation, d'un événement futur incertain. Le contrat est déjà conclu mais pas encore en vigueur. L'obligation est née mais pas exigible tant que la condition n'est pas survenue.

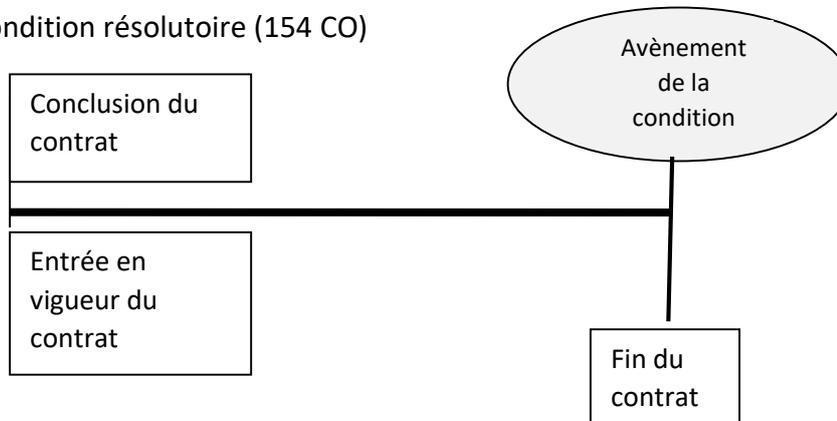
Condition Suspensive (151 CO)



- La *condition résolutoire* fait dépendre la résolution du contrat, ou l'extinction d'une obligation, d'un événement futur incertain. Le contrat est conclu, entré en vigueur, le cas échéant déjà exécuté en tout ou en partie, mais la survenance d'un événement

extérieur conduit à sa résolution. S'agissant d'une obligation spécifique, le débiteur est libéré de son obligation dès la survenance de la condition résolutoire.

Condition résolutoire (154 CO)



II. NAISSANCE DES CONDITIONS

a. Source contractuelle

4. La plupart des conditions résultent du contrat conclu entre les parties. Cet accord peut être exprès ou implicite.

➤ Exemple de condition suspensive expresse

Le présent contrat entrera en vigueur dès l'obtention de l'autorisation administrative de démolir requise par le Projet, pourvu que cette autorisation soit délivrée au plus tard six mois après la signature du présent contrat.

5. Les parties doivent prévoir la date butoir de la survenance de la condition pour éviter que le contrat ne reste en suspens durant une période infinie. A défaut d'une date butoir expresse, il appartient au juge de compléter le contrat sur ce point (art. 2 al. 2 CO) et de déterminer au terme de quelle période les parties sont libérées de leurs obligations conditionnelles.

➤ Exemple de condition résolutoire expresse

Le présent contrat cessera de produire ses effets dès le jour où X cessera d'être l'actionnaire majoritaire du Fournisseur.

6. Les parties doivent prévoir les conséquences de la résolution du contrat, et les modalités de sa liquidation. L'existence d'une condition résolutoire ne doit pas se substituer aux modalités de résiliation ordinaire (résiliation par déclaration respectant le délai et le terme de congé légal ou contractuel) ou extraordinaire (résiliation pour juste motif) du contrat.

7. Une condition est implicite s'il peut être établi que la volonté réelle des parties était de prévoir une telle condition, ou si le créancier de l'obligation conditionnelle devait comprendre de bonne foi et en tenant compte de toutes les circonstances que l'engagement de la partie débitrice était soumis à cette condition (art. 18 CO). Reconnaître une condition implicite implique cependant de se départir du texte du contrat, ce qui ne peut être fait par le juge que si des circonstances particulières permettent de considérer que le texte du contrat ne correspond pas à la volonté réelle des parties.

Aucun autre élément factuel n'indique que, contrairement à la teneur littérale de leur accord, les parties souhaitent inclure une telle condition implicite supplémentaire dans l'obligation de l'appelant de payer à l'intimé la somme d'argent déterminée.

(Genève, Cour de justice, ACJC/278/2017 du 10.03.2017 cons. 4.2)

8. La question de savoir si les parties ont entendu convenir d'une condition suspensive ou résolutoire est une question d'interprétation de leur volonté, selon l'article 18 CO. En cas de doute, les tribunaux admettent une présomption selon laquelle les parties ont voulu convenir d'une condition suspensive (TF, 20.02.2006, 4C.424/2005, cons. 2.4.1).
9. Si une condition a été convenue dans l'intérêt exclusif d'une partie, celle-ci peut y renoncer unilatéralement (Guhl/Koller, Das schweizerisches obligationenrecht, 9 auf. 2000 n 17 par. 19 contra Pichonnaz Commentaire romand du CO, COI, art. 151 N 47). La question nous semble un peu théorique en ce sens que si une partie s'oppose à ce que l'autre renonce à la condition, c'est bien que cette condition existait dans l'intérêt des deux parties.

b. Source légale

10. La loi soumet les obligations à certaines conditions légales, en particulier :
- *Condition de l'exécution de la contreprestation.* Dans un contrat synallagmatique, chaque obligation est soumise de par la loi à la condition suspensive de l'exécution ou de l'offre réelle d'exécution de la contreprestation (art. 82 CO). Les parties dérogent souvent à cette condition suspensive légale en prévoyant des dates d'exécution différées.
 - *Condition de la solvabilité du cocontractant.* L'insolvabilité du cocontractant est une condition résolutoire d'un contrat, en ce sens que le cocontractant de l'insolvable peut se départir du contrat si des garanties d'exécution ne lui sont données par l'insolvable (art. 83 CO). Dans les contrats de durée, la faillite d'une partie est également une condition résolutoire légale (art. 211 bis LP). L'administration de la faillite a cependant le droit de demander la continuation du contrat, en fournissant des garanties d'exécution des prestations du failli (art. 211 al. 1 LP). Les parties peuvent régler contractuellement ces situations, mais pas prévoir un mécanisme qui augmente le montant des prétentions d'une partie en cas de faillite de l'autre, ni prévoir le droit d'une partie d'aller rechercher dans la masse en faillite des actifs dont le débiteur est devenu propriétaire (droit de distraction). Une

condition résolutoire en cas de faillite est opposable à la masse en faillite, qui ne peut exiger la reprise du contrat même en proposant des suretés au sens de l'article 211 al. 2 LP. En effet, la masse reprend le contrat dans son intégralité, y compris avec la condition résolutoire.

➤ Exemple d'une condition résolutoire liée à l'insolvabilité.

Ce contrat prendra fin avec effet immédiat en cas de faillite, ouverture d'une procédure concordataire, ajournement de faillite ou toute autre mesure d'insolvabilité prononcée à l'encontre d'une partie au contrat.

- *Condition de la possibilité objective de prester.* Toute obligation est soumise à la condition résolutoire légale que son exécution soit objectivement possible au moment de son exécution (art. 119 al. 1 CO). Les parties peuvent compléter ce régime légal en prévoyant une clause de force majeure dans le contrat, ce qui leur permet de prévoir plus en détail les cas de force majeure, de gérer les cas d'impossibilité provisoire, et de prévoir la liquidation des relations contractuelles en cas de force majeure durable. Les parties peuvent également déroger à cette condition résolutoire légale en prévoyant que le débiteur devra payer le montant convenu d'une clause pénale même en cas de force majeure (art. 163 al. 2 CO).

III. EFFETS D'UNE CONDITION SUSPENSIVE

a. Droits à l'exécution

11. Le contrat ou l'obligation soumis à condition suspensive ne peut faire l'objet d'une mise en demeure, d'une action en exécution, ou d'une action en dommages et intérêts pour cause d'inexécution, tant que la condition n'est pas survenue.
12. En cas de faillite du débiteur, le créancier d'une obligation soumise à une condition suspensive peut produire la créance dans la faillite. Son droit au versement d'un dividende dépend cependant de la survenance de la condition (art. 210 LP). En cas de concordat, il appartient au juge du concordat de décider si le créancier d'une obligation conditionnelle a le droit de voter l'adhésion au concordat (art. 305 al. 3 LP), qui s'impose en toute hypothèse à ce créancier (art. 310 LP).

b. Exécution anticipée

13. Les parties peuvent convenir que l'obligation ou le contrat soumis à condition suspensive sera exécuté avant la survenance de la condition (art. 151 al. 2 CO *a contrario*). Il peut également arriver que le débiteur décide d'exécuter la prestation avant la survenance de la condition suspensive, ce qu'il peut faire dans la mesure où l'obligation, à défaut d'être exigible, est exécutable (art. 81 CO).
14. En cas d'exécution totale ou partielle avant survenance de la condition suspensive, la prestation n'est pas une prestation sans cause puisqu'elle repose sur un contrat conclu

ou une obligation existante. L'exécution anticipée donne au créancier le droit de jouir des profits liés à cette exécution (art.153 al. 1 CO).

15. Si cependant la condition suspensive ne survient pas avant la date butoir fixée par les parties, ou dans un délai raisonnable fixé par le juge, les prestations effectuées sur la base du contrat sont soumises à répétition (art. 62 ss CO, art. 641 al. 2 CC). Il s'agit d'une cause qui ne s'est pas réalisée, au sens de l'article 62 al. 2 CO. La prestation volontaire a été faite par erreur au sens de l'article 63 CO, car la partie qui a presté pensait que la condition suspensive allait survenir dans la période convenue. La partie bénéficiaire de la prestation doit également restituer les profits réalisés en lien avec la prestation effectuée (art. 153 al. 2 CO). En cas de perte ou d'endommagement de la chose sujette à répétition, l'article 64 CO, respectivement 940 CC, s'applique, étant entendu que le créancier devait être conscient qu'il pouvait être amené à répéter la prestation en cas de défaillance de la condition et qu'il répond donc du risque de perte ou endommagement.

c. Régime juridique de la période de suspension

16. Entre la conclusion du contrat et la date butoir fixée par les parties ou l'expiration d'un délai raisonnable pour la survenance de la condition (période de suspension), le débiteur doit s'abstenir de tout acte susceptible d'empêcher l'exécution de la prestation (art. 152 al. 1 CO).
17. Cette obligation négative (obligation de ne pas faire) a les conséquences suivantes :
 - *Impossibilité subséquente.* Si l'acte du débiteur rend la prestation impossible après la survenance de la condition suspensive, le débiteur est déchu du droit de se prévaloir de l'article 119 al. 1 CO, car l'impossibilité lui est imputable. Le débiteur répond donc de l'inexécution de l'obligation devenue exigible par la survenance de la condition (art. 97 CO).
 - *Actes de disposition.* Les actes de disposition (vente, mise en gage, location etc.) de nature à compromettre l'exécution de la créance sont nuls selon l'article 152 al. 2 CO. La mise en œuvre de cette règle est cependant souvent contrecarrée par les règles de protection des tiers de bonne foi qui ont acquis des droits sur la chose (art. 933 ss CC). Si l'acte de disposition du débiteur ne peut plus être remis en cause en raison de ces règles, cet acte expose le débiteur au risque d'une responsabilité pour inexécution fautive (art. 97 CO) si la condition suspensive survient.
 - *Mesures provisionnelles.* Le créancier peut requérir des mesures provisionnelles pour prévenir l'acte du débiteur contraire à ses obligations de ne pas faire. Il jouit à cet égard des mêmes droits que si la créance n'était pas conditionnelle (art. 152 al. 2 CO) et peut donc se prévaloir des articles 261ss CPC. En revanche, le créancier ne peut requérir un séquestre civil en garantie de sa créance, puisque celle-ci n'est pas exigible avant la survenance de la condition suspensive (art. 271 LP).

- *Dommages et intérêts et enlèvement.* L'article 152 al. 1 CO comporte une obligation de ne pas faire dont la violation donne en principe droit à des dommages et intérêts, selon l'art. 98 al. 2 CO. Cependant, le créancier ne subit aucun dommage si la condition suspensive ne survient pas. En cas de survenance, la responsabilité du débiteur découle de la violation de l'obligation devenue exigible. Selon l'article 98 al. 3 CO, le créancier a droit à l'enlèvement de ce qui a été fait en contravention de l'obligation de ne pas faire. A notre avis, ce droit d'enlèvement ne peut être exercé qu'après la survenance de la condition suspensive. Si par exemple un propriétaire construit un mur susceptible de compromettre l'exécution d'une servitude de passage que ce propriétaire a pris l'engagement sous condition suspensive de concéder à son voisin, le voisin peut prendre des mesures provisionnelles pour empêcher la construction du mur, mais ne pourra en demander la destruction que si la condition suspensive survient, dans le cadre de l'exécution de son droit à la servitude.
- *Risques.* Durant toute la période de suspension, le débiteur supporte les risques liés à la chose devant être livrée, soit en particulier le risque d'un endommagement ou d'une perte de la chose (art. 185 al. 3 CO). Une convention contraire est possible. En cas d'exécution anticipée de la prestation, les risques passent dès l'exécution, puisque le créancier a la garde de la chose.

IV. EFFETS D'UNE CONDITION RÉSOLUTOIRE

a. Résiliation ou résolution

18. Le terme résolution induit par l'expression « *condition résolutoire* » est ambigu. Une condition résolutoire peut avoir pour conséquence soit la résiliation soit la résolution du contrat.
- La *résolution* du contrat a un effet rétroactif (*ex tunc*), et implique que les prestations effectuées sur la base du contrat soient restituées. Cet effet est prévu à l'article 109 al. 1 CO (résolution en cas de demeure), et à l'article 208 al. 1 CO (résolution en cas de défaut). La résolution du contrat donne lieu à des prétentions contractuelles réciproques à la restitution des prestations. Le terme « *résiliation* » utilisé par le législateur aux articles 107ss et 205ss CO est inapproprié car ce terme est également utilisé par le législateur pour désigner la fin d'un contrat de durée (par exemple la fin d'un bail, art. 366 CO). Pour distinguer les deux institutions, il est utile d'utiliser les termes de « *résolution* » pour désigner la fin du contrat avec effet rétroactif et « *résiliation* » sans pour désigner la fin d'un contrat sans effet rétroactif.
 - La *résiliation* d'un contrat met fin à un contrat de durée sans effet rétroactif (*ex nunc*). Les prestations exécutées sur la base du contrat avant la résiliation ne sont pas soumises à répétition. La résiliation de certains contrats fait l'objet de disposition impératives ou semi-impératives (par exemple en matière de contrat de bail ou de travail). Une condition résolutoire dont le but ou l'effet serait de contourner ces

règles impératives serait illicite, et ne conduirait pas à la fin impromptue de la relation contractuelle.

19. Il appartient aux parties d'exprimer la volonté sur l'effet rétroactif ou non de la condition résolutoire. A défaut, le juge doit rechercher la commune intention des parties, ou le sens qu'elles devaient attribuer à la condition, de bonne foi en tenant compte de toutes les circonstances (art. 18 CO).
20. En cas d'incertitude sur la volonté des parties, la loi pose une présomption en faveur d'une résiliation sans effet rétroactif (art. 154 al. 2 CO). La partie qui prétend à l'effet rétroactif a donc la charge de prouver que telle était la volonté des parties (art. 8 CC).
21. Cette présomption doit être relativisée en ce sens qu'elle prend tout son sens lorsque la condition résolutoire affecte un contrat de durée. La présomption se confirme également lorsque certaines prestations effectuées sur la base du contrat ne peuvent être restituées (prestation consommable ou prestation de service). En revanche, lorsque le contrat prévoit une prestation unique des parties (comme dans un contrat de vente) ou lorsque la condition résolutoire affecte une obligation spécifique déjà effectuée, l'effet rétroactif s'impose pour donner une effectivité à la condition.

b. Liquidation des rapports contractuels

22. Lorsque la condition résolutoire a un effet rétroactif (*ex tunc*), les parties doivent se restituer les prestations effectuées sur la base du contrat depuis sa conclusion. Les prétentions en restitution réciproques sont des prétentions de nature contractuelle, dans un rapport synallagmatique. Une partie qui requiert la restitution d'une prestation doit d'abord offrir (offre réelle) la restitution de la contreprestation (art. 82 CO). Ces prétentions se prescrivent selon les règles générales de la prescription contractuelle (art. 127 ss CO).
23. Lorsque la condition résolutoire n'a pas d'effet rétroactif (*ex nunc*), les prestations exécutées jusqu'à la survenance de la condition restent acquises à leur bénéficiaire. En revanche, le contrat cesse de déployer ses effets et n'est plus une cause valable pour de nouvelles prestations. Le cas échéant, les modalités de la fin du rapport contractuel (gestion des commandes en cours, gestion des stocks, restitution du matériel promotionnel, etc.) doivent être prévues par le contrat, car elles ne font pas l'objet de règles dispositives dans le Code des obligations.

V. MANIPULATION D'UNE CONDITION

a. Fiction de l'article 156 CO

24. Les conditions ont un effet direct sur la relation contractuelle des parties, puisqu'une condition suspensive est nécessaire à l'entrée en vigueur du contrat, alors qu'une condition résolutoire met fin au contrat. Il peut donc être tentant pour une partie d'empêcher l'avènement d'une condition suspensive pour éviter l'entrée en vigueur du

contrat, ou au contraire de provoquer une condition résolutoire pour mettre fin à la relation contractuelle.

25. Si une partie procède de la sorte contrairement aux règles de la bonne foi, la loi instaure une fiction destinée à annuler les effets de ce comportement déloyal. Le juge est en effet autorisé à faire comme si la condition suspensive induit empêchée était survenue, ou comme si la condition résolutoire induit provoquée n'était pas survenue (art. 156 CO).

26. Les conditions et conséquences de la fiction sont les suivantes.

- *Un comportement contraire aux règles de la bonne foi.* C'est surtout dans le but poursuivi que réside la contrariété aux règles de la bonne foi. Le comportement d'une partie doit être qualifié de comportement contraire aux règles de la bonne foi lorsque le but poursuivi par cette partie est d'éviter que le contrat ne rentre en vigueur, ou que le contrat soit résilié ou résolu. La jurisprudence a cependant exclu que la preuve de l'intention soit mise à la charge de celui qui se prévaut de l'article 156 CO (ATF 109 II 20 cons. 2b). Il en résulte qu'un comportement objectivement inapproprié (« déloyal » selon l'ATF 117 II 273, cons. 5 c), empêchant la survenance d'une condition suspensive ou provoquant celle d'une condition résolutoire, suffit à la mise en œuvre de la fiction. Il peut s'agir d'un comportement par action ou par omission. Si par exemple la condition est l'obtention d'un accord de l'autorité, le débiteur doit sérieusement rechercher cet accord. L'omission est contraire aux règles de la bonne foi.

Les défendeurs ont entrepris ces pourparlers et engagé à cette fin des frais d'architecte ; rien ne dénote qu'ils ne se soient pas sérieusement efforcés d'obtenir un accord. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de tenir la condition pour accomplie.

(TF 4A_490/2018 du 20.02.2019 cons. 7)

- *L'empêchement d'une condition suspensive, ou la provocation d'une condition résolutoire.* L'article 156 CO ne prévoit *stricto sensu* que l'hypothèse de l'empêchement d'une condition suspensive. La jurisprudence a comblé cette lacune en étendant l'application de l'article 156 CO aux cas de provocation d'une condition résolutoire. Dans ces deux cas en effet, une partie manipule une condition pour échapper à ses obligations contractuelles (qui ne deviennent pas exigibles si la condition suspensive est empêchée, ou qui prennent fin si la condition résolutoire survient).
- *La causalité.* La fiction de l'article 156 CO suppose non seulement un comportement déloyal mais également un lien de causalité entre ce comportement déloyal et l'empêchement d'une condition suspensive ou la survenance d'une condition résolutoire. Le tribunal fédéral, suivant les juridictions cantonales, a ainsi refusé d'appliquer l'article 156 CO dans un cas où une partie, de façon clairement contraire aux règles de la bonne foi, avait modifié le texte du contrat après sa signature, mais sans que la preuve du lien entre ces modifications et la survenance de la condition

résolutoire (refus de financement par un gouvernement étranger) ne soit apportée (Arrêt (Tribunal fédéral) 4A_233/2019 du 19.08.2019).

b. Fiction de la fiction

27. L'article 156 CO crée la fiction que le comportement déloyal n'a pas eu d'effet. En cas d'empêchement d'une condition suspensive, le juge peut considérer que le contrat est entré en vigueur. En cas de provocation d'une condition résolutoire, le juge peut considérer que le contrat continue à déployer ses effets.
28. Cette fiction est souvent fictionnelle elle-même, en ce sens que le comportement déloyal d'une partie empêche *de facto* l'exécution ou la continuation du contrat. Il arrive souvent que la non-survenance de la condition résolutoire rende l'exécution du contrat impossible (par exemple lorsque la condition suspensive est une autorisation administrative). Il arrive également que la survenance d'une condition résolutoire rende la continuation du contrat impossible (par exemple si la condition résolutoire est le retrait d'une autorisation d'exportation).
29. La fiction de l'article 156 CO doit donc être comprise en ce sens que le comportement déloyal d'une partie permet à l'autre de demander des dommages et intérêts pour cause d'inexécution du contrat (réparation de la lésion apportée à l'intérêt positif à la bonne exécution du contrat), dès lors que son exécution ou sa continuation est devenue impossible du fait de ce comportement déloyal.

VI. CONDITIONS POTESTATIVES

a. Conditions liées à la volonté d'une partie

30. Une condition est potestative lorsque l'entrée en vigueur ou la résolution du contrat (ou d'une obligation spécifique) dépend non d'un événement extérieur mais de la volonté d'une partie. Il peut s'agir d'une simple manifestation de volonté de la part d'une partie, ou d'un acte devant être accompli volontairement par une partie.

➤ Exemple de condition potestative consistant en un acte volontaire :

Ce contrat n'entrera en vigueur que si le Bénéficiaire se domicilie en Suisse avant le [date].

➤ Exemple de condition potestative consistant en une simple déclaration de volonté écrite d'une partie :

This Amendment shall become effective as of [date] (the "Effective Date") upon the Agent's receipt of a copy of this Amendment duly executed by the Borrower.

31. Toute obligation, fût-elle conditionnelle, est transmise comme créance ou comme dette par succession universelle aux héritiers ou successeurs des parties au contrat. La question de savoir si les héritiers de la partie dont la volonté est déterminante peuvent la remplacer pour l'exercice de cette volonté dépend du caractère *intuitu personae* de la relation entre les parties (art. 155 CO). Si le créancier a inséré la condition dans le

contrat pour obtenir un acte volontaire du cocontractant en particulier, et de nul autre, les héritiers du cocontractant ne peuvent substituer leur volonté à celle du *de cujus*.

b. Pouvoir discrétionnaire et bonne foi

32. Le degré de liberté de la partie dont la volonté est constitutive de la condition, et la question de savoir si une condition potestative donne lieu à l'application de l'article 156 CO, est délicate : dans un sens, il n'est pas contraire à la bonne foi de prendre une décision discrétionnairement, dès lors que le contrat réserve ce pouvoir discrétionnaire. D'un autre côté, le principe de la bonne foi est un principe général, et il peut être choquant qu'une partie abuse des prérogatives qui lui sont réservées par le contrat. Le tribunal fédéral a résolu le problème par une distinction entre les conditions potestatives pures non soumises à l'article 156 CO, et les conditions potestatives relatives qui y sont soumises. Cette approche qualificative ne résout pas complètement le problème, en ce sens qu'une certaine incertitude subsiste quant à la qualification de la clause comme condition potestative pure ou relative.

- *Condition potestative pure.* La condition est purement potestative lorsque la partie dont la volonté détermine le sort du contrat peut agir de façon discrétionnaire, sans avoir à motiver sa décision. Cette partie n'est donc pas engagée par le contrat, puisqu'elle peut, unilatéralement et sans avoir à se justifier, empêcher l'entrée en vigueur du contrat (condition purement potestative suspensive) ou résoudre le contrat (condition purement potestative résolutoire). Les conditions potestatives pures ne doivent être admises qu'avec réserve, lorsqu'il ressort clairement des circonstances et du texte du contrat que la volonté d'une partie était de se soumettre à la volonté discrétionnaire de l'autre. De telles conditions correspondent au droit d'une partie de retenir son acceptation (condition potestative pure suspensive) ou de résilier le contrat en tout temps et sans motif (condition potestative pure résolutoire). Contenue dans des conditions générales imposées à un consommateur, une condition potestative pure en faveur du commerçant est clairement abusive (art. 8 LCD). Contenue dans un contrat commercial, une condition potestative pure est admissible si elle ressort clairement du texte du contrat et lorsque rien n'indique que le texte du contrat ne correspond pas à la volonté des parties. Dans un tel cas, l'article 156 CO n'est pas applicable, dès lors qu'il ne peut être contraire à la bonne foi d'exercer discrétionnairement une faculté dont les deux parties ont voulu qu'elle soit discrétionnaire.

5. 5.1 La condition purement potestative (ungebundene Willensbedingung) permet à la partie qui peut se déterminer à l'égard de la condition d'exercer sa volonté avec une totale liberté, sans avoir besoin d'indiquer ses motifs (arrêt du Tribunal fédéral 4A_342/2016 du 7 décembre 2016 consid. 2.1 avec référence).

(Genève, Cour de justice, ACJC/278/2017 du 10.03.2017 cons. 5 s.)

- *Condition potestative relative.* Plus fréquemment, les parties admettront de soumettre l'entrée en vigueur du contrat ou sa résolution du contrat à la volonté d'une partie, mais en prévoyant expressément ou implicitement que cette volonté

devra être exercée selon certains critères (la bonne foi, l'intérêt commun des parties, l'évolution des circonstances, une analyse objective de la situation à la date de la conclusion du contrat, etc...) qui lient cette partie. Dans ce cas, la condition doit être qualifiée de condition relativement potestative.

La condition potestative limitée (ou relativement potestative ; gebundene Wollensbedingung) soumet l'exercice de la volonté de la partie concernée à certaines conditions ou à certains critères prédéfinis. Plus précisément, cette partie a le pouvoir d'empêcher la réalisation de la condition, mais elle n'a en principe pas l'entière liberté de refuser son accomplissement et de se dégager de ses obligations contractuelles ; elle doit, au contraire, agir de manière loyale et conforme aux règles de la bonne foi.

(Genève, Cour de justice, ACJC/278/2017 du 10.03.2017 cons. 5)

La condition potestative relative est soumise à la fiction de l'article 156 CO si la partie dont la volonté est déterminante n'exerce pas cette volonté conformément aux critères prévus par le contrat, ou en conformément aux règles de la bonne foi. Un équilibre doit être recherché entre la part de liberté réservée à cette partie par le contrat, et ses devoirs découlant des règles de la bonne foi.

Si une condition est convenue et que son accomplissement dépend, dans une certaine mesure, de la volonté de l'une des parties auxquelles le contrat impose des obligations, cette partie n'a en principe pas une liberté entière de refuser cet accomplissement et de se dégager, ainsi, de ses obligations contractuelles. Elle doit, au contraire, agir de manière loyale et conforme aux règles de la bonne foi ; en cas de violation de ces exigences, la condition est censée accomplie selon l'art. 156 CO. Le degré de liberté subsistant pour la partie concernée, d'une part, et les devoirs à elle imposés par les règles de la bonne foi, d'autre part, doivent être déterminés dans chaque cas d'espèce en tenant compte de l'ensemble des circonstances et, en particulier, de l'objet et du but du contrat (ATF 135 III 295 consid. 5.2 p. 302 ; 117 II 273 consid. 4c p. 280/281).

(TF, 4A_490/2018 du 20.02.2019 cons. 7)

c. Condition potestative mixte ou indirecte

33. La liberté contractuelle permet toutes les constructions juridiques, et d'autres spécifications contractuelles peuvent être identifiées, qui n'entrent pas dans les catégories qui précèdent, tout en étant liées à la volonté d'une personne.

- *Condition potestative mixte.* La condition potestative doit être qualifiée de mixte lorsque la volonté d'une partie n'est qu'un élément de la condition, en lien avec des événements extérieurs ou la volonté d'un tiers (par exemple lorsque l'entrée en vigueur d'un contrat dépend de la conclusion d'un autre contrat par une partie avec un tiers). La volonté d'une des parties est dans ce cas une condition nécessaire mais pas suffisante de la réalisation de la condition (car l'accord du tiers est aussi nécessaire). Là encore, les parties peuvent prévoir que l'exercice de la volonté de cette partie sera discrétionnaire, ou limité par les règles de la bonne foi. Une condition potestative mixte peut donc être pure ou relative.

- Un père de famille vend sa maison à son fils à condition qu'il se marie. Il ressort des circonstances, et des droits de la personnalité, que le fils garde le droit discrétionnaire de ne pas se marier (condition potestative mixte pure).
- Un contrat d'entreprise est conclu à la condition que le maître de l'ouvrage obtienne le financement nécessaire. Le maître de l'ouvrage doit rechercher ce financement conformément aux règles de la bonne foi (condition potestative mixte relative).
- *Condition potestative indirecte.* Il peut arriver que l'entrée en vigueur d'un contrat, ou sa résolution, soit soumises à la volonté d'un tiers, souvent proche d'une partie (par exemple l'actionnaire ou le conjoint d'une partie). La loi prévoit d'ailleurs que certains contrats sont soumis à la condition suspensive de l'accord du conjoint (art. 169 CC, art. 494 CO). Ce tiers n'est pas lié par le contrat (principe de la relativité du contrat), et peut donc exercer sa volonté discrétionnairement. Les parties peuvent cependant lier le sort du contrat aux motifs du tiers. La condition potestative indirecte peut donc être relative, en ce sens que la condition suspensive est réputée survenue, ou la condition résolutoire ne pas avoir eu lieu, si la volonté du tiers dépend de motifs qui ne correspondent pas aux prévisions contractuelles. Il ne s'agit cependant pas d'une application de l'article 156 CO (puisque les parties au contrat ne sont pas en cause) mais d'une mise en œuvre du contenu contractuel de la condition.

➤ Exemple de condition potestative indirecte relative :

L'entrée en vigueur du présent contrat est soumise à son approbation par l'actionnaire du vendeur, qui ne pourra la refuser que pour un motif raisonnable.

34. En conclusion, la jurisprudence distingue différents types de conditions potestatives et applique l'article 156 CO en fonction de ces distinctions. Pour éviter les incertitudes liées à cette qualification, il appartient aux parties d'indiquer clairement dans le contrat si le pouvoir potestatif réservé à une partie ou à un tiers est discrétionnaire ou si au contraire ce pouvoir doit être exercé de bonne foi ou en tenant compte de critères définis.

VII. UTILISATION CONTRACTUELLE ET LIMITES LÉGALES

a. Utilisation des conditions comme lien entre des contrats distincts

35. Un complexe contractuel est un ensemble de contrats conclus entre des parties différentes, mais qui tendent à la réalisation d'une opération unique. En matière de construction par exemple, le contrat entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur général se complète d'une multitude de sous-contrats entre l'entrepreneur général et des sous-traitants, et entre des sous-traitants et des fournisseurs. Tous ces contrats tendent au même but unique, à savoir la réalisation de l'ouvrage. Pourtant, du point de vue juridique, ces contrats sont indépendants les uns des autres, chacun de ces contrats ne déployant d'effet qu'à l'égard des parties à ce contrat (principe de la relativité des

contrats). Les conditions permettent de relativiser le principe de la relativité des contrats, par exemple en prévoyant qu'un contrat de sous-traitance n'entre en vigueur qu'à la condition suspensive que le contrat principal soit signé, ou qu'un contrat de fourniture cessera de déployer ses effets à la condition résolutoire de la résiliation du contrat principal.

36. Il peut également arriver que deux contrats distincts entre les mêmes parties soient liés par des conditions. Ainsi un fournisseur peut-il prendre un engagement de maintenance d'une chose (contrat de maintenance), à la condition que le client l'achète (contrat de vente).
37. Le lien conditionnel créé entre deux contrats distincts peut parfois être illicite. Tel est cas des transactions couplées, qui lient la conclusion d'un contrat de bail à la conclusion d'un autre contrat sans rapport avec le bail. Selon l'article 254 CO, cet autre contrat est nul de plein droit. La règle tend à éviter que les bailleurs ne profitent des tensions inhérentes au marché du logement pour conditionner l'octroi d'un logement à la conclusion d'un autre contrat en leur faveur.

b. Utilisation des conditions comme procédure de conclusion du contrat

38. Les parties peuvent prévoir une procédure de conclusion des contrats en plusieurs étapes (ce qui déroge à l'article 1 CO, qui n'est pas impératif). La réalisation de chaque étape peut alors apparaître comme la condition de l'entrée en vigueur du contrat.
39. Ainsi les anglo-saxons distinguent-ils parfois entre le *signing* et le *closing*. Le *signing* est le moment de la signature du contrat, qui ne rentre en vigueur qu'au moment du *closing*. Entre le *signing* et le *closing*, les parties doivent se fournir de multiples documents, procéder à des démarches administratives, commander des études etc. qui sont autant de conditions suspensives (potestatives relatives) à l'entrée en vigueur du contrat. Le *closing* est le moment où les parties constatent que les conditions suspensives sont survenues, et que le contrat peut donc entrer en vigueur.

➤ Exemple de distinction entre signing et closing

The closing of the purchase and sale of the Acquired Assets and the other transactions contemplated hereby (the "Closing") shall take place within six months as per signing, subject to the satisfactory fulfillment of the Closing conditions set forth in art. V hereof.

c. Utilisation des conditions pour obtenir ou empêcher un comportement illicite ou immoral

40. Les conditions ne peuvent être utilisées pour obtenir d'un cocontractant ou d'un tiers un comportement illicite ou immoral. Dans un tel cas, l'article 157 CO prévoit que l'obligation conditionnelle (et pas seulement la condition) est nulle et non avenue. Si des prestations ont déjà été exécutées sur la base de ce contrat, elles doivent être restituées, sous réserve de l'article 66 CO.

- Exemple de condition visant à obtenir un comportement immoral :

Cette promesse de donation est soumise à la condition suspensive que M. X obtienne une mention *suma cum laude* à la thèse de doctorat qu'il présentera prochainement à la faculté de droit de l'université de Genève.

41. La règle vise les cas où la condition vise à provoquer un comportement illicite ou immoral, pas à l'empêcher. Elle s'applique donc plutôt aux conditions suspensives. En revanche, lorsqu'un acte immoral ou illicite est une condition résolutoire du contrat, cette condition tend au contraire à empêcher un comportement illicite ou immoral. Il arrive fréquemment que des conditions résolutoires soient utilisées dans ce but.

- Exemple de condition visant à empêcher un comportement illicite :

Le présent contrat cessera de déployer ses effets si le sous-traitant ne respecte pas la législation sociale, sanitaire, ou environnementale en vigueur dans le territoire concédé.

42. Cette condition résolutoire est parfaitement valable et ne frappe pas de nullité le contrat sous-jacent. Elle est une expression contractuelle du principe général de la résiliation des contrats pour juste motifs. La clause qui précède pourrait cependant être améliorée par quelques précisions sur le degré de preuve requis pour admettre l'avènement de la condition résolutoire (simples soupçons, preuves matérielles, ouverture d'une enquête administrative ou pénale, condamnation ou sanctions exécutoires).

d. Utilisation de conditions modificatrices ou algorithmiques

43. La liberté contractuelle est la règle essentielle du droit des contrats (art. 19 CO) et les parties peuvent sortir du cadre rigide des articles 151 et 154 CO en prévoyant des conditions dont la survenance conduit à une modification du contrat. Des clauses d'indexation, ou de *hardship*, relèvent de ce type de conditions modificatrices. Le régime général des conditions, et en particulier la fiction de l'article 156 CO doit s'appliquer à ces conditions modificatrices.
44. L'arrivée de l'intelligence artificielle et des *smart contracts* permet également d'envisager des conditions modificatrices, suspensives ou résolutoires dont la mise en œuvre est préprogrammée par des algorithmes capables d'appréhender les facteurs extérieurs constitutifs de la condition. Cette pré-programmation ne change pas le régime juridique de ces conditions, dès lors qu'elle a été dument consentie par les deux parties au contrat.

Elle acceptait ce désastre en punition de ses fautes.

Zola, La curée

I. TYPOLOGIE

a. Utilité

46. Une clause pénale est un accord des parties selon lequel un certain montant sera dû au créancier en cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite du contrat, indépendamment des conditions de la responsabilité contractuelle. Un tel accord présente plusieurs avantages

- *Simplification.* La clause pénale évite au créancier les preuves, parfois difficiles, de l'existence du dommage, du montant du dommage, et du lien de causalité entre la violation du contrat et le dommage. L'inexécution du contrat suffit à déclencher le droit au paiement convenu.
- *Pression.* La clause pénale est une pression sur le débiteur, qui connaît à l'avance les conséquences de l'inexécution, et la difficulté d'échapper à l'obligation de payer une clause pénale. Le tribunal fédéral parle élégamment d' « *incitation supplémentaire pour le débiteur à se conformer au contrat* ».

La peine conventionnelle ou clause pénale au sens de l'art. 160 CO est la prestation que le débiteur promet au créancier en cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite d'une obligation déterminée (obligation principale). Une telle promesse vise à protéger l'intérêt du créancier à l'exécution du contrat, en constituant une incitation supplémentaire pour le débiteur à se conformer au contrat. Elle améliore également la position juridique du créancier, qui est dispensé de prouver son dommage (cf. art. 161 al. 1 CO ; ATF 135 III 433 consid. 3.1 ; 122 III 420 consid. 2a ; arrêt 4A_653/2016 du 20 octobre 2017 consid. 3.1).

(TF 5A_249/2018 du 13.12.2018 cons. 6.3)

- *Prévisibilité.* Les conséquences de l'inexécution sont connues à l'avance par les deux parties, ce qui permet un calcul de risque beaucoup plus précis que dans le système de responsabilité habituel.

b. Qualification

47. La loi prévoit trois types de clauses pénales, selon le lien créé par les parties entre le droit au montant de la pénalité et le droit à l'exécution du contrat. Ces trois types de clauses pénales correspondent à des fonctions différentes de cette clause.

- *La clause pénale alternative* : le créancier a le choix entre demander l'exécution du contrat ou demander le paiement de la clause pénale. La clause pénale remplit la fonction d'un *moyen de droit supplémentaire* conféré au créancier en cas d'inexécution du contrat.

➤ Exemple de clause pénale alternative

En cas de violation du contrat, Y pourra demander à X un montant de [___] au titre de clause pénale, tout autre moyen de droit étant réservé.

- *La clause pénale exclusive.* En cas d'inexécution, le créancier ne peut demander que le paiement de la clause pénale. Cela signifie que le débiteur a le choix entre le paiement de la clause pénale ou l'exécution du contrat. La clause pénale remplit la fonction d'un *droit de sortie* (payant) en faveur du débiteur.

➤ Exemple de clause pénale exclusive

En cas d'inexécution du contrat, X paiera à Y un montant de [___], à l'exclusion de tout autre moyen de droit.

Les clauses pénales exclusives permettent par exemple d'aménager un droit de résiliation anticipé d'un contrat de durée. Une partie est autorisée à mettre fin au contrat avant son terme, moyennant le paiement d'un montant convenu. Sont ainsi qualifiées de clauses pénales exclusives les primes à la charge de l'emprunteur en cas de remboursement anticipé d'un contrat de prêt.

Pour les prêts hypothécaires à terme fixe, la pratique bancaire prévoit également souvent la possibilité pour l'emprunteur de résilier le contrat de manière anticipée contre le versement d'une prime (Maurenbrecher, op. cit., p. 163). Une telle disposition contractuelle s'analyse comme une clause pénale exclusive ou dédit consensuel (Wandelpön) au sens de l'art. 160 al. 3 CO

(TF in SJ 2008 I p. 167 cons. 4.1)

- *La clause pénale cumulative.* Le créancier peut demander le paiement de la clause pénale sans renoncer à son droit à l'exécution. La clause pénale apparaît comme une pénalité de retard, et est souvent exprimée en jours de retard. La clause pénale remplit dans ce cas la fonction d'une *sanction du retard* du débiteur. En pratique, les clauses pénales cumulatives sont souvent qualifiées de « *pénalités de retard* ».

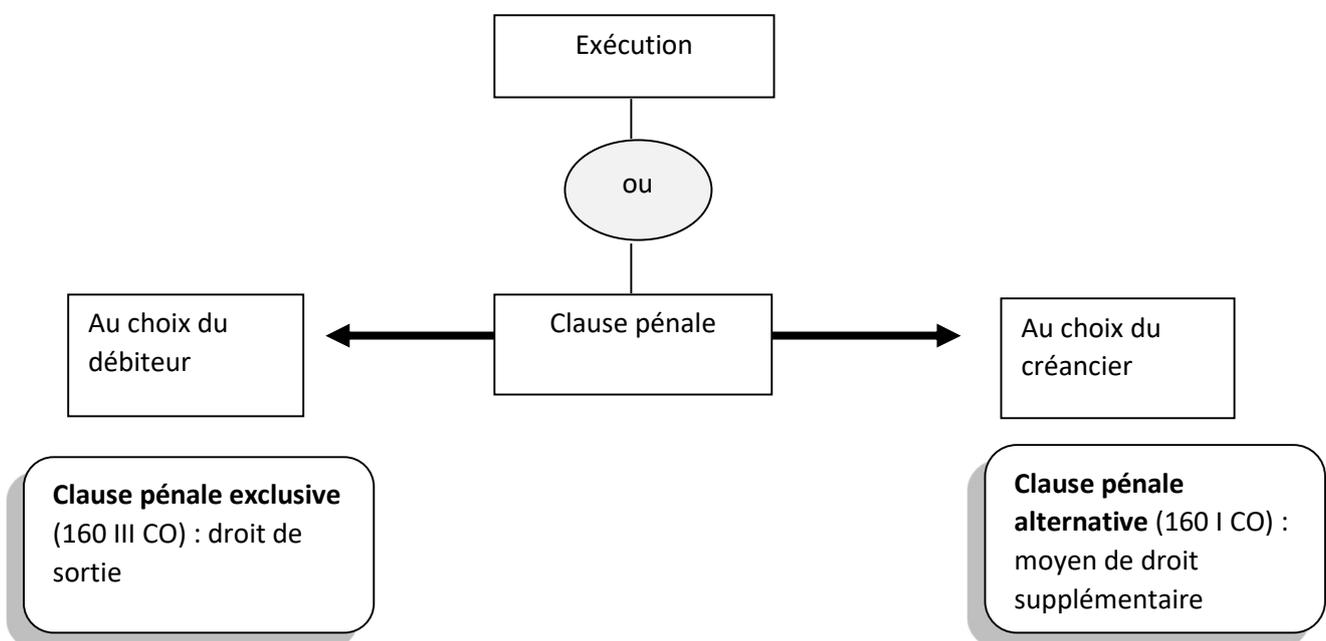
➤ Exemple de clause pénale cumulative

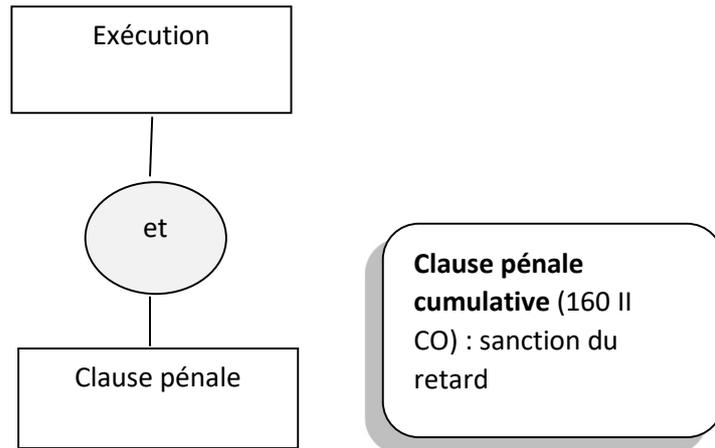
En cas de retard, X devra payer à Y un montant de [___] par jour de retard.

48. Lorsque la clause pénale est un montant qui évolue avec le temps, ce qui est souvent le cas des clauses pénales cumulatives (pénalités de retard), les parties doivent convenir d'une durée maximale de calcul de la clause pénale, pour éviter un effet exponentiel. Cela peut s'exprimer en plafond de pénalité, ou impliquer un moyen de droit spécifique après une certaine durée, par exemple la résiliation du contrat.
49. La loi pose des présomptions en lien avec la qualification des clauses pénales. Ainsi, lorsque l'intention des parties était de garantir l'exécution en temps et au lieu convenu, la clause pénale doit être qualifiée de clause pénale cumulative (art. 160 al. 2 CO). En revanche, lorsque la clause vise l'inexécution ou la mauvaise exécution, la clause serait alternative (art. 160 al. 1 CO). Enfin, les clauses pénales exclusives sont subsidiaires, et

il appartient au débiteur d'établir que telle était l'intention des parties (art. 160 al. 3 CO).

50. En réalité, ces présomptions jouent peu de rôle en pratique, le juge devant déterminer la volonté réelle des parties, ou, à défaut, déterminer la façon dont les parties devaient de bonne foi et en tenant compte de toutes les circonstances comprendre la clause pénale. Tout au plus peut-on déduire du texte de l'article 160 CO qu'en cas de doute, le juge doit écarter la qualification de clause exclusive.
51. La casuistique légale des clauses pénales repose donc sur le lien entre le droit au paiement de la clause et le droit à l'exécution. Cette casuistique peut être représentée graphiquement de la façon suivante :





c. Facteur déclencheur

52. Le facteur déclencheur du paiement de la pénalité peut être l'inexécution, le retard, ou la mauvaise exécution du contrat, selon l'accord passé entre les parties.
53. Il incombe au créancier de préserver son droit à la clause pénale en émettant des réserves au moment de l'acceptation d'une prestation tardive ou insatisfaisante. Son absence de réserve peut être interprétée comme une renonciation implicite au paiement de la clause pénale (art. 160 al. 2 CO).

A cet égard, il sied de relever que par lettre du 4 août 2014, l'appelante a choisi de demander l'exécution de l'obligation de fournir la garantie bancaire, en impartissant à l'intimée un délai de dix jours pour ce faire. Il n'est pas contesté que l'intimée a fourni la garantie dans le délai imparti. Ainsi, l'appelante n'est plus légitimée à exiger la peine convenue (cf. art. 160 al. 1 CO). En tout état de cause, si l'on retient que la peine a été stipulée en vue de l'inexécution de l'obligation au temps convenu, il faut considérer que l'appelante a accepté l'exécution sans réserves (cf. art. 160 al. 2 CO), ce qui exclut l'exigibilité de la peine pour la violation alléguée.

(Genève, Cour de justice, ACJC/600/2017 du 22.05.2017 cons. 2.2.1)

54. Dans la partie spéciale du Code des obligations, le droit de l'acheteur de se prévaloir d'un défaut de la chose vendue est soumis à des conditions spécifiques. Il en est de même dans le contrat d'entreprise, en lien avec les défauts d'un ouvrage. Lorsque le facteur déclencheur d'une clause pénale est l'existence d'un défaut, ces conditions s'appliquent. En particulier l'avis des défauts (art. 201 CO) et le délai de garantie (art. 210 CO) sont des conditions de l'exigibilité de la clause pénale : si l'acheteur ou le maître de l'ouvrage perd son droit de se prévaloir du défaut, il ne peut exiger le paiement d'une clause pénale dont le défaut est l'élément déclencheur.

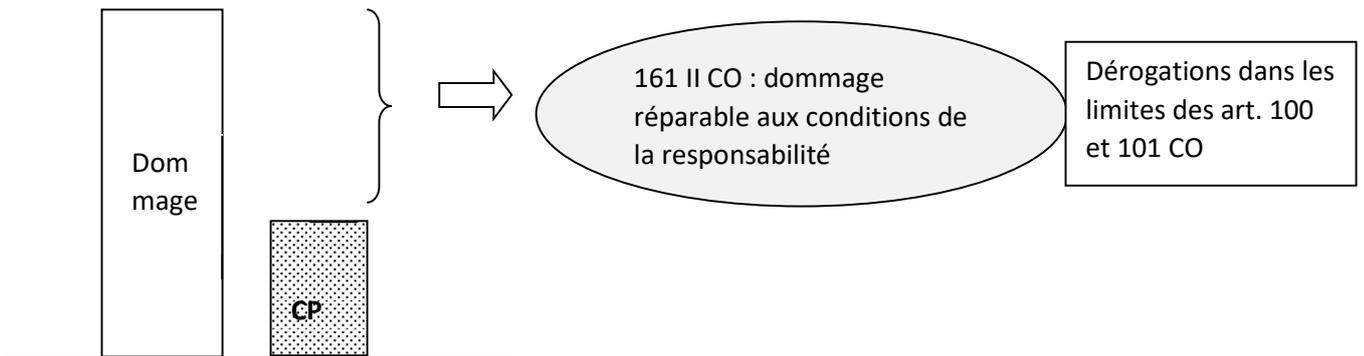
II. RAPPORTS ENTRE DOMMAGE ET CLAUSE PÉNALE

a. Dommage supérieur au montant de la clause pénale

55. Le montant de la clause pénale est indépendant du montant, ou de l'existence, du dommage effectivement causé par l'inexécution ou l'exécution imparfaite du contrat.
56. Si le montant de la clause pénale s'avère moins élevé que le dommage effectif, le créancier peut, à titre de dommages et intérêts et aux conditions de la responsabilité du débiteur (art. 97 CO) demander la réparation du dommage correspondant à la différence entre le montant de la clause pénale et le montant du dommage effectif (art. 161 al. 2 CO).
57. L'article 161 al. 2 CO ne mentionne que la condition de la faute, et le texte de cette disposition pourrait à tort laisser penser que le créancier a la charge de la preuve de la faute. En réalité, il faut comprendre l'article 161 al. 2 CO comme un simple rappel des règles générales de la responsabilité. Le créancier doit donc prouver l'existence et le montant du dommage, et le lien de causalité entre le dommage et la violation du contrat. La faute du débiteur est présumée, mais le débiteur peut s'exonérer de sa responsabilité en prouvant son absence de faute, par exemple dans les cas de force majeure (art. 119 CO). Le montant que le créancier reçoit à titre de clause pénale doit être imputé sur le montant du dommage.
58. Les parties peuvent déroger à ce principe, en prévoyant que le créancier ne pourra pas demander à titre de dommages et intérêts un montant supérieur au montant de la clause pénale. La clause pénale est alors également un plafond de responsabilité, valable aux conditions des articles 100 et 101 CO : le créancier peut demander la réparation de son dommage supérieur aux conditions de l'article 161 al. 2 CO, malgré le plafond de responsabilité, en cas de faute grave du débiteur.

➤ Exemple de clause pénale valant plafond de responsabilité.

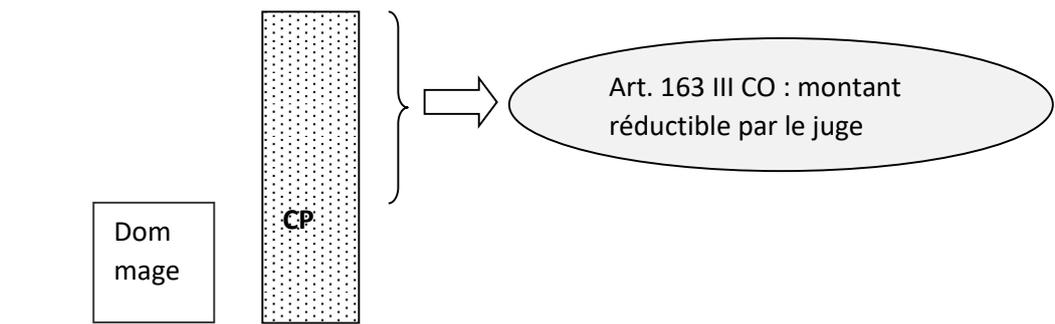
En cas de violation du contrat, X paiera à Y un montant de [___], à titre de clause pénale à l'exclusion de toute prétention en dommages et intérêts excédant ce montant.



59. En cas de clause pénale exclusive, une exception à l'article 161 al. 2 CO est à notre avis justifiée : lorsqu'un droit de sortie a été aménagé, moyennant paiement d'une clause pénale exclusive, l'exercice de ce droit de sortie n'est pas une violation du contrat qui justifie une prétention en dommages et intérêt pour un montant excédant celui de la clause pénale. Le consentement de la partie adverse (art. 44 CO) et l'exclusion de prétentions supplémentaires inhérente à la clause pénale exclusive rendent inapplicable l'article 161 al. 2 CO pour ce type de clauses pénales. Ainsi, le paiement d'une prime de remboursement anticipé dans un contrat de prêt exclut toute prétention supplémentaire du prêteur pour un dommage causé par ce remboursement anticipé.

b. Dommage inférieur au montant de la clause pénale

60. Lorsqu'au contraire, le montant du dommage effectivement causé par la violation du contrat est inférieur au montant de la clause pénale convenue, le montant de la clause pénale est dû. Cela se vérifie même en l'absence totale de dommage : la clause pénale n'a pas pour but la réparation d'un dommage, et l'absence de dommage n'affecte pas l'exigibilité de la clause pénale (art. 161 al. 1 CO).
61. Une différence importante entre le montant de la clause pénale et un dommage effectif inférieur peut cependant conduire le juge à considérer que la clause pénale est excessive. Dans ce cas, le juge peut réduire la clause pénale selon l'article 163 al. 3 CO. Il s'agit d'une disposition impérative du droit suisse, et les parties ne peuvent donc en aucun cas exclure ou restreindre cette prérogative du juge de réduire une clause pénale excessive. Le but de l'article 163 al. 3 CO n'est pas de réduire le montant de la clause pénale au montant du dommage effectif, puisque la volonté des parties était justement de déconnecter la clause pénale et dommage. Le juge doit donc réduire la clause de façon à réduire le caractère excessif de cette dernière, quitte à allouer au créancier un montant qui reste supérieur au montant de son dommage effectif.



c. Clause de non-imputation

62. La question de savoir si les parties peuvent prévoir que la clause pénale sera due en sus d'une prétention en dommage et intérêts du créancier, sans imputer le montant de la clause pénale sur le montant du dommage (*clause de non-imputation*), est discutable.

➤ Exemple de clause de non-imputation

Le paiement de la clause pénale prévue à l'article [] du présent contrat ne sera pas imputé sur le montant du dommage causé par la violation du contrat, dont Y pourra demander la réparation aux conditions générales de la responsabilité du débiteur.

63. D'un côté, la liberté contractuelle permet aux parties de régir les conséquences de l'inexécution ou de l'exécution librement. La clause de non-imputation implique que le montant de la clause pénale sera dû malgré la réparation du dommage par le débiteur, c'est-à-dire alors même qu'il n'y aura plus de dommage. Cela n'est pas problématique puisque cela correspond à la logique de l'article 161 al. 1 CO. D'un autre côté, la clause pénale est due alors même que le dommage du débiteur a été réparé, ce qui peut conduire au total à des droits du créancier disproportionnés par rapport à son dommage. Cette disproportion implique une réduction de la clause pénale, selon la règle impérative de l'article 163 al. 3 CO.

d. Réduction de la clause pénale

64. Selon l'article 163 al. 3 CO, une clause pénale excessive doit être réduite par le juge. Il s'agit d'une disposition impérative du droit suisse.

65. La clause pénale est excessive lorsqu'il existe une disproportion importante entre le dommage effectif et le montant de la clause pénale. Pour examiner l'opportunité de cette réduction, Le juge doit donc déterminer le dommage effectif du créancier et le comparer avec le montant convenu de la clause pénale :

« Une réduction de la peine se justifie en particulier lorsqu'il existe une disproportion crasse entre le montant convenu et l'intérêt du créancier à maintenir la totalité de sa prétention, mesuré concrètement au moment où la violation contractuelle est survenue (ATF 133 III 201 consid. 5.2 p. 209). Même si l'existence d'un dommage n'est

pas nécessaire et qu'une peine n'est pas excessive simplement parce qu'elle dépasse d'éventuels dommages-intérêts pour cause d'inexécution (art. 161 al. 1 CO), il n'en demeure pas moins que le dommage auquel le créancier est exposé dans le cas concret est révélateur de l'intérêt dudit créancier à l'exécution et constitue à ce titre l'une des circonstances à prendre en compte (cf. ATF 114 II 264 consid. 1b p. 265 ; 133 III 43 consid. 4.3 p. 55). D'autres critères d'appréciation peuvent entrer en considération, comme la nature et la durée du contrat, la gravité de la faute et de la violation contractuelle, la situation économique des parties, singulièrement du débiteur. Il convient également de ne pas perdre de vue les éventuels liens de dépendance résultant du contrat et l'expérience en affaires des parties (ATF 133 III 201 consid. 5.2 p. 209 s.). »

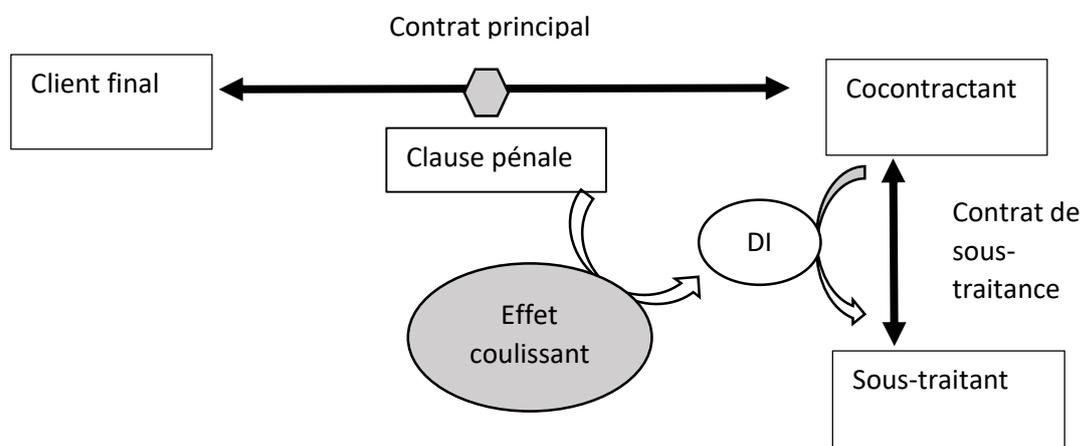
(TF, 4A_653/2016, du 20.10.2017, cons. 5.1)

66. Il ressort de cet arrêt et de la jurisprudence citée que les critères suivants permettent de déterminer s'il existe une disproportion importante entre le dommage effectif et la somme due au créancier, justifiant une réduction de cette dernière :
- L'intérêt réel du créancier à l'exécution de l'obligation promise.
 - Le risque assumé par le créancier en cas d'inexécution.
 - La gravité de la faute du débiteur.
 - La situation financière et l'expérience des deux parties, ainsi que les relations entre les parties (au cas où la supériorité économique du créancier peut expliquer que le débiteur ait accepté la clause pénale, ou lorsque la situation sociale du débiteur par rapport à celle du créancier rend choquant l'effet de la clause pénale).
 - La nature et la durée du contrat, dans le sens où une clause pénale plus élevée peut être justifiée par un accord à long terme, en raison de la relation de confiance entre les parties.
67. La réduction de la clause pénale ne consiste pas à ramener le montant de la clause au montant effectif du dommage. Il s'agit seulement d'une diminution de la disproportion entre la clause pénale et le dommage réel. Même en d'absence de dommage, la clause pénale n'est pas ramenée à zéro (art. 161 al. 1 CO) mais fortement réduite.
68. Lorsqu'il existe des facteurs de réduction de l'indemnité par rapport au dommage (art. 42 à 44 CO), c'est par rapport à l'indemnité due et non au dommage effectif que la réduction de la clause pénale doit être estimée. Certains des critères retenus par les tribunaux comme critères de réduction (situation sociale des parties, gravité de la faute) correspondent à ces facteurs de réduction de l'indemnité.
69. En cas de faute concomitante du créancier (art. 44 CO), lorsque le dommage est causé en tout ou en partie par des actes imputables au créancier, le juge peut soit réduire l'indemnité, soit exclure le paiement de la clause pénale, conformément au principe de cette disposition. Cela découle du principe général *nemo auditur propriam suam turpitudinem allegans*, qui lui-même relève de l'article 2 CC (TF, 2C_17/2008 du 16.05.2008 cons. 6.2).

70. La *ratio legis* de l'article 163 al. 3 CO et de son caractère impératif procède de la tension entre deux principes du droit suisse : la liberté contractuelle d'une part, le but compensatoire de la responsabilité civile d'autre part. Certes, les parties sont libres de convenir des conséquences d'une inexécution, mais le système général tend à remettre le créancier dans la situation hypothétique qui aurait été la sienne si le contrat avait bien été exécuté. La fonction des dommages et intérêts en droit suisse est donc compensatrice et non punitive. Les dommages punitifs prévus en droit anglo-saxon sont incompatibles avec le régime juridique suisse (voir ATF 131 III 360 c. 6.1 : [c]ette définition [de la théorie de la différence] exclut de verser au lésé un montant supérieur au préjudice subi»).
71. Entre ces deux principes, le législateur admet l'institution de la clause pénale (liberté contractuelle), à condition que la disproportion entre le dommage effectif et le montant de la clause ne soit pas excessive (but compensatoire et non punitif du régime de responsabilité).

e. Clause pénale coulissante

72. L'existence d'une clause pénale dans un contrat peut avoir un effet sur le dommage causé par la violation d'un autre contrat. Ainsi lorsque le contrat principal contient une clause pénale, le dommage d'une partie résultant du contrat de sous-traitement intègre l'obligation du lésé de payer la clause pénale à son client (ATF 116 II 443).
73. Du point de vue de la stricte application du principe de la différence comme mode de calcul du dommage (différence entre la situation patrimoniale effective du lésé, et la situation patrimoniale qui serait la sienne si l'acte dommageable n'était pas survenu), il est indéniable que la violation du contrat de sous-traitance par le sous-traitant peut exposer son cocontractant à l'obligation de payer une clause pénale au client final, ce qu'il n'aurait pas eu à faire si le sous-traitant avait respecté ses obligations contractuelles.
74. D'une certaine façon, la clause pénale coulisse donc du contrat principal au contrat de sous-traitance, en ce sens qu'il revient en fin de compte au sous-traitant de la payer, sous forme de dommages et intérêts dus à son cocontractant.



75. Cet effet est inapproprié, à notre avis, dès lors que le sous-traitant n'a pas consenti à cette clause pénale, ni n'est en mesure d'en demander la réduction au sens de l'article 163 al. 3 CO. Cette question doit à notre avis être réglée à la lumière du principe de la causalité naturelle, en ce sens qu'il n'est pas dans le cours ordinaire des choses que la violation du contrat de sous-traitance entraîne l'obligation du cocontractant de payer le montant d'une clause pénale à son propre client. Doit bien sûr être réservé le cas où le cocontractant du sous-traitant a pleinement informé ce dernier de l'existence de la clause au moment de la conclusion du contrat de sous-traitance, ou le cas où les usages de la branche rendaient l'existence de la clause pénale certaine et son montant prévisible pour le sous-traitant.

f. Evaluation

76. Ces principes de mise en perspective de la clause pénale et du dommage effectif relativisent l'effet simplificateur de la clause pénale.
77. Certes, le créancier n'a pas à prouver le montant ou l'existence d'un dommage pour demander le paiement du montant de la clause pénale. La mise en œuvre des articles 161 al. 2 CO ou 163 al. 3 CO conduisent cependant souvent les litiges en matière de clause pénale à se terminer par une évaluation du dommage effectif subi par le créancier. Soit le débiteur demande des expertises à cet égard pour établir le caractère excessif de la clause, soit le créancier cherche à prouver l'existence d'un dommage supérieur au montant de la clause pénale, pour en obtenir la réparation au sens de l'article 161 al. 2 CO. Avec l'effet coulissant de la clause pénale, c'est la clause pénale elle-même qui devient un poste du dommage.

III. INEXIGIBILITÉ DE LA CLAUSE PÉNALE

a. Illicéités et immoralité

78. Une clause pénale sanctionnant l'inexécution d'une obligation immorale ou illicite n'est en aucun cas exigible (art. 163 al. 2 CO).
79. De même, une clause pénale sanctionnant l'exercice d'un droit impératif n'est pas exigible. Tel serait le cas par exemple d'une clause pénale sanctionnant la résiliation d'un contrat de mandat, alors qu'une telle résiliation est possible en tout temps selon une règle impérative du droit du mandat (art. 404 al. 1 CO). En revanche, une clause pénale peut sanctionner l'exercice du droit de résiliation du mandat en temps inopportun (art. 404 al. 2 CO). Le caractère excessif de la clause, et donc son éventuelle réduction par le juge, doit être évalué en fonction du dommage réparable dans un tel cas (soit l'intérêt négatif à la non conclusion du contrat).

Selon la jurisprudence, l'art. 404 CO est applicable à la résiliation du contrat d'architecte global (ATF 109 II 462 consid. 3d in fine p. 466 ; voir aussi ATF 127 III 543 consid. 2a p. 545 ; 110 II 380 consid. 2 in fine p. 382) et cette disposition est impérative en ce sens que le droit du mandant de révoquer le contrat en tout temps, consacré par l'art. 404 al. 1 CO, ne peut être ni supprimé ni limité

conventionnellement ; en particulier, l'exercice de ce droit ne peut pas être entravé par une clause pénale (ATF 109 II 467 consid. 3e et 4 p. 467 ; arrêt 4C.318/1988 du 23 mai 1989, consid. 1a, SJ 1989 p. 521).

(...) Les cocontractants peuvent valablement prévoir que la révocation en temps inopportun autorisera le mandataire à réclamer une peine conventionnelle (...) en relation avec le préjudice particulier qui peut être raisonnablement supputé d'après la nature et l'importance du contrat. En revanche, une peine conventionnelle ou une indemnité forfaitaire plus importante, destinée à remplacer le gain manqué par le mandataire, est incompatible avec l'art. 404 al. 1 CO (ATF 110 II 380 consid. 4 p. 385, commenté par Raymond Jeanprêtre in JdT 1985 I 279/280 ; arrêt 4C.318/1988, ibidem).

(TF 4A_294/2012 du 08.10.2012 cons. 7.1 et 7.2)

80. Selon la même logique, une clause pénale ne peut sanctionner une résiliation pour juste motif, alors que la jurisprudence confère ce moyen droit à toute partie à un contrat de durée (ATF 122 II 262).

b. Impossibilité

81. L'art 163 al. 2 CO complète le principe de l'article 119 CO : l'impossibilité subséquente non fautive d'exécution libère le débiteur non seulement de son obligation, mais également de la clause pénale. Les controverses sur le champ d'application de l'article 119 CO (impossibilité objective ou subjective) n'ont pas lieu d'être dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 163 al. 2 CO, qui couvre tous les cas d'inexécution non fautive.
82. Les conventions contraires sont réservées. Cela signifie que les parties peuvent convenir que le montant de la clause pénale sera dû même en cas d'impossibilité non fautive d'exécution.

- Exemple de clause pénale avec exclusion de l'article 163 al. 2 CO (force majeure)

En cas d'inexécution du contrat, quel qu'en soit le motif, X paiera à Y un montant de []

83. Une telle convention contraire confère alors à la clause pénale une fonction de garantie, à l'instar d'un porte fort abstrait (art. 111 CO), en ce sens le créancier reçoit la garantie de percevoir un certain montant en cas d'inexécution, en toute hypothèse, y compris en l'absence de faute du débiteur.

Vu son caractère accessoire, la peine conventionnelle s'éteint notamment si l'obligation principale devient impossible sans la faute du débiteur (art. 119 al. 1 et art. 163 al. 2 CO) ; il appartient à ce dernier de prouver l'impossibilité (subséquente) et l'absence de faute (arrêt 4C.36/2005 du 24 juin 2005 consid. 3.2). L'art. 163 al. 2 CO réserve une convention contraire ; les parties peuvent ainsi conclure une clause pénale indépendante de toute faute, qui aura alors une fonction de garantie (EHRAT/WIDMER, in Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6 e éd. 2015, n° 9 ad art. 163 CO ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, tome II, 10 e éd. 2014, n° 3792b p. 341, n° 3822 p. 346, n° 3930 p. 368 ; GASPARD COUCHEPIN, La clause pénale, 2008, p. 141 et p. 201 s.).

(TF, 4A_653/2016 du 20.10.2017 cons. 3.1)

84. En cas d'impossibilité initiale, c'est-à-dire lorsque la clause pénale sanctionne l'inexécution d'une obligation déjà impossible au moment de la conclusion du contrat, la clause pénale n'est pas due car elle sanctionne l'inexécution d'une obligation nulle de plein droit (art. 20 CO). Il nous semble qu'une convention contraire ne serait pas admissible, car nul ne peut garantir ce qui est déjà impossible au moment de l'émission de la garantie (ou alors sa volonté est viciée au sens des art. 23 ss CO). Le fait que l'impossibilité initiale ne soit pas mentionnée à l'article 163 al. 2 CO est donc une lacune proprement dite.

IV. DISTINCTIONS

a. Distinction avec la forfaitisation du dommage

85. Le droit suisse établit une distinction entre l'accord des parties sur le paiement d'une somme d'argent au titre de sanction de l'inexécution (clause pénale) et l'accord préalable sur un montant forfaitaire du dommage causé par une violation du contrat (forfaitisation du dommage). Les accords forfaitaires sur le montant du dommage n'ont pas de fonction punitive, mais visent plutôt à anticiper la réparation des dommages.

- Comparaison d'une clause pénale...

En cas de violation du contrat, X paiera à Y un montant de []

- ...et d'une forfaitisation du dommage

Il est convenu que la violation du contrat causera à Y un dommage de []

86. En cas de doute sur l'intention des parties, les tribunaux suisses fondent la distinction sur l'intention des parties (prévoir le dommage à l'avance ou introduire dans le contrat un moyen de pression sur le débiteur), la déconnection de la clause et d'une violation spécifique du contrat (qui rend la prévision du dommage impossible), la nécessité pour les parties de sanctionner une violation du contrat qui crée des dommages trop difficilement quantifiables, ou non-économique, ou enfin la nécessité de sanctionner une obligation de ne pas faire (typiquement une obligation de confidentialité) sont autant de critères qui conduisent à une qualification de la clause comme clause pénale :

« Eine Konventionalstrafe ist anzunehmen, wenn es den Parteien in erster Linie darum geht, dem Berechtigten ein Druckmittel in die Hand zu geben. Als Indiz für eine Konventionalstrafe gilt auch der Umstand, dass die konkrete Abrede verschiedene Vertragsverletzungen erfasst, welche sie allesamt in gleicher Weise sanktioniert. Die Vertragsstrafe ist ferner angebracht, wenn der Schaden schwer bestimmbar wäre oder wenn eine negative Leistung (= Unterlassung) oder wenn ideelle Interessen durchgesetzt werden sollen. »

[Traduction libre : La clause doit être considérée comme une clause pénale lorsque les parties avaient l'intention de fournir au créancier un moyen de pression sur le débiteur. Le fait que le montant convenu soit dû en relation avec diverses violations du contrat qui entraîneraient la même sanction indique également que les parties sont convenues d'une clause pénale. La clause pénale est également une clause

appropriée lorsque le dommage est difficilement calculable, ou lorsque la clause vise à sanctionner une obligation de ne pas faire, ou lorsque l'objectif des parties est de protéger des intérêts non économiques.]

(Lucerne, Obergericht, 1B 11 54, 24.01.2012, cons. 4.2)

87. La forfaitisation du dommage n'est pas une stipulation contractuelle prévue par la loi. Pour l'essentiel, les dispositions du Code des obligations applicables aux clauses pénales leur sont appliquées par analogie avec cependant quelques différences.

- *Existence d'un dommage.* Le dommage forfaitaire est dû aux conditions de l'article 97 CO, c'est-à-dire en présence d'un dommage causé par la violation du contrat. Le créancier n'a pas à prouver le montant du dommage (forfaitisé) mais doit prouver son existence (Toulou Alborz, La forfaitisation du dommage, Genève - Zurich - Bâle 2017, N 110 ss). Si les circonstances impliquent que la violation du contrat ne cause aucun dommage au créancier, le montant forfaitaire n'est pas exigible, contrairement à ce qui est prévu pour une clause pénale (art. 161 al. 1 CO). C'est là la différence essentielle entre la forfaitisation du dommage et la clause pénale.
- *Faute.* La faute (présumée) est une condition du droit au dommage forfaitaire (art. 97 CO). Cela ne constitue cependant pas une différence substantielle avec la clause pénale, puisque celle-ci n'est pas due si la violation du contrat résulte de circonstances indépendantes de la volonté du débiteur (art. 163 al. 2 CO), sauf convention contraire.
- *Dommage excédent le forfait.* En cas de forfaitisation du dommage, les parties ne peuvent revenir sur leur accord relatif au montant du dommage, même si le dommage effectif du créancier s'avère plus élevé, sous réserve de la théorie générale de l'imprévision en droit suisse (*clausula rebus sic stantibus*). Avec une clause pénale au contraire, le créancier peut demander un montant supérieur au montant de la clause pénale s'il prouve que les conditions de la responsabilité sont remplies, et s'il démontre qu'il a subi un dommage supérieur plus élevé que le montant de la clause pénale (art. 161 al. 2 CO).
- *Réduction.* Une partie de la doctrine considère que l'article 163 al. 3 CO n'est pas applicable en cas de forfaitisation du dommage. C'est à notre avis une erreur car une forfaitisation peut s'avérer grossièrement disproportionnée par rapport au dommage effectif, et les motifs qui justifient l'article 163 al. 3 CO justifient également une réduction du dommage convenu. Les difficultés de distinction entre la clause pénale et la forfaitisation du dommage font que l'enjeu de cette distinction ne devrait pas être artificiellement augmentés. Pour l'instant le Tribunal fédéral ne suit pas ce courant doctrinal, et applique à raison l'article 163 al. 3 CO à la forfaitisation du dommage.

« L'art. 163 al. 3 CO prévoit la réduction judiciaire des peines conventionnelles excessives. Il est admis qu'une réduction du dommage fixé forfaitairement dans une clause contractuelle est également possible, par application analogique de l'art. 163 al. 3 CO, quand le montant du dommage effectif est sensiblement inférieur au montant forfaitaire (MOOSER, in Commentaire romand, Code des obligations, vol. I,

2e éd. 2012, n° 4 ad art. 160 CO et la note de bas de page 18 ; EHRAT/WIDMER, in Basler Kommentar, op. cit., n° 12 ad art. 160 CO). »

(TF 4A_601/2015 du 19.04.2016 cons. 2.3.3)

88. Il en résulte à notre avis que la différence entre la clause pénale et la forfaitisation du dommage est surévaluée. Dès lors que l'article 161 CO n'est de droit impératif, on peut tout à fait considérer que la forfaitisation du dommage n'est qu'un type de clause pénale, pour laquelle les parties ont convenu que le montant de la pénalité ne sera pas dû dans le cas où la violation du contrat ne cause aucun dommage au créancier (dérogation à l'article 161 al. 1 CO) et que le montant du forfait est également un plafond du dommage (dérogation à l'article 161 al. 2 CO).

b. Distinction avec les arrhes et le dédit

89. Le dédit au sens de l'article 158 al. 3 CO est une forme ancienne de clause pénale exclusive, qui implique le paiement d'un certain montant par une partie à l'autre au moment de la conclusion du contrat. Les deux parties peuvent se départir du contrat, au prix de ce montant initialement payé. Cela implique que celui qui a payé y renonce s'il se départit du contrat, alors que celui qui a reçu le paiement doit le rembourser au double s'il se départit du contrat. Si le contrat n'est pas dénoncé, le montant payé à titre dédit s'impute sur ce qui est dû par celui qui l'a payé.

90. Le dédit est essentiellement utilisé en matière de promesse de vente immobilière. Le futur acheteur garde la liberté de renoncer à l'achat, mais paie par le dédit le blocage de la vente pendant une certaine période. Si la vente a lieu, le dédit vient en imputation du prix. Si la vente n'a pas lieu, le dédit indemnise le vendeur qui a bloqué la vente.

91. Les arrhes correspondent au paiement d'un montant symbolique, non remboursable ni imputable sur les montants dus, en signe de la conclusion d'un contrat (art. 158 al. 1 et 2 CO). Cette pratique est tombée en désuétude.

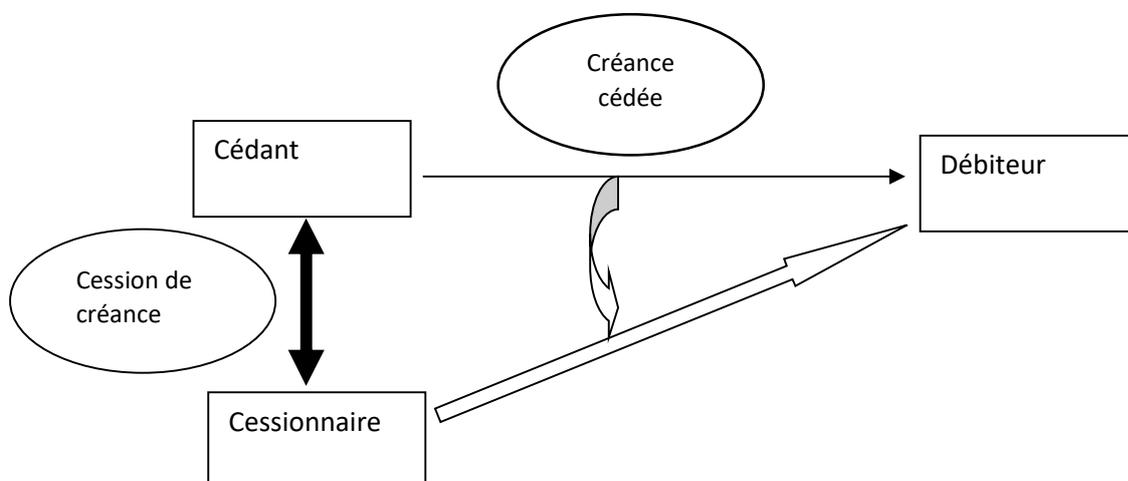
Mais, outre l'usure et tout un commerce caché sur les bijoux et les pierres précieuses, il s'occupait particulièrement de l'achat des créances. C'était là ce qui emplissait son cabinet à en faire craquer les murs, ce qui le lançait dans Paris, aux quatre coins, flairant, guettant, avec des intelligences dans tous les mondes. Dès qu'il apprenait une faillite, il accourait, rôdait autour du syndic, finissait par acheter tout ce dont on ne pouvait rien tirer de bon immédiatement. Il surveillait les études de notaire, attendait les ouvertures de successions difficiles, assistait aux adjudications des créances désespérées. Lui-même publiait des annonces, attirait les créanciers impatients qui aimaient mieux toucher quelques sous tout de suite que de courir le risque de poursuivre leurs débiteurs.

Zola, L'argent

I. CONDITIONS D'UNE CESSION

a. Contrat de cession

92. La cession de créance (art. 164 CO) est un contrat entre le titulaire d'une créance (cédant) et un acquéreur de cette créance (cessionnaire), par lequel le cessionnaire devient titulaire de la créance et peut s'en prévaloir à l'égard du débiteur. Le débiteur n'est pas partie à ce contrat, qui lui est opposable dès qu'il en a été informé (art. 167 CO).



93. Formellement, la cession de créance suppose un acte générateur d'obligation et un acte de disposition. Il convient en effet de distinguer :
- *L'engagement du cédant de céder une créance (pactum de cedendo)*. Cet engagement a un effet purement obligationnel et n'est soumis à aucune forme (art 165 al. 2 CO), sauf s'il s'agit d'une promesse de céder à titre gratuit, soumise à la forme écrite de l'art 243 al. 1 CO. Un tel acte générateur d'obligation n'a pas d'effet sur la titularité de la créance et ne suffit pas au transfert de cette créance. En cas d'inexécution, le bénéficiaire de l'engagement peut agir en dommages et intérêts (art. 97 CO) ou en exécution de la promesse (art. 107 al. 1 CO), la décision judiciaire se substituant alors à l'acte de disposition du cédant (art. 166 CO).
 - *La cession de créance proprement dite*. L'acte de disposition, c'est à dire le transfert de la créance, est soumis à la forme écrite (art. 165 al. 1 CO). Le but de cette règle de forme est de protéger les tiers, en particulier le débiteur et les créanciers du cédant : le caractère intangible de la créance cédée ne permet pas à la cession de créance de revêtir la publicité qu'implique un transfert de possession. La forme écrite remédie au caractère imperceptible d'une cession de créance.
94. Pratiquement, les deux actes peuvent être (et sont souvent) simultanés, un seul document écrit exprimant à la fois la volonté de s'engager du cédant, et sa volonté de transférer la créance.

A noter qu'il est possible que le contrat de disposition soit concomitant à l'acte générateur d'obligations (GIRSBERGER/HERMANN, in Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6e éd. 2015, no 16 ad art. 164 CO). La volonté de s'engager au transfert (acte générateur d'obligations) et celle de transférer une prétention (contrat de disposition) doivent alors ressortir de l'unique document signé par les parties. La simple déclaration écrite de la volonté de s'engager à céder ultérieurement une créance n'équivaut pas à une cession, mais constitue un acte générateur d'obligations (ATF 90 II 164 consid. 7 p. 179 s. ; 88 II 18 consid. 1 p. 21).

(TF, 4A_314/2016 du 17.11.2016, cons. 4.2.1)

b. Forme de l'acte de disposition

95. La forme écrite requise pour la cession de créance proprement dite (art. 165 al. 1 CO) implique une déclaration signée du cédant (art. 14 et 15 CO), exprimant au moins implicitement sa volonté de céder la créance et comprenant les éléments essentiels de la cession (identification de la créance cédée, volonté de céder, contreprestation éventuelle). La déclaration doit contenir une détermination suffisante de la créance cédée pour que celle-ci soit reconnaissable par les tiers, en particulier le débiteur. Il n'est cependant pas nécessaire que la créance soit déterminée : il suffit qu'elle soit déterminable. S'il s'agit d'une créance future, l'acte doit contenir les éléments suffisants pour que la créance puisse être déterminée au moment où elle naîtra.

L'acte de cession doit contenir tous les éléments qui permettent de déterminer la créance lorsqu'elle naîtra ; une fois cette condition remplie, un acte de disposition ou une spécification ultérieure n'est toutefois pas nécessaire (113 II 163 consid. 2). De

manière générale, la cession de créance est valable, quant à la forme, même si l'un de ses éléments essentiels n'est pas déterminé dans l'acte de cession, pourvu qu'il soit suffisamment déterminable, le cas échéant, par l'effet de déclarations subséquentes pouvant même émaner de tiers (ATF 82 II 52) et sans qu'il ne faille un nouvel acte écrit déterminant avec précision la créance, lorsqu'elle naît.

(Genève, Cour de justice, ACJC/752/2017 du 23.06.2017, cons. 2.1)

96. Cette déclaration est un acte juridique sujet à réception, qui doit être adressé au cessionnaire. La signature du cessionnaire n'est pas une condition de validité de l'acte : le cessionnaire peut accepter la cession oralement ou par acte concluant.

Il est communément admis, en s'inspirant de l'art. 13 al. 1 CO, que seul le cédant doit signer sa manifestation de volonté adressée au cessionnaire, lequel peut accepter sans aucune exigence de forme (Spirig, op. cit., n. 41 ad art. 165 CO ; Girsberger, Commentaire bâlois, n. 2 ad art. 165 CO ; Engel, Traité des obligations en droit suisse, 2e éd., p. 882).

(TF, 4C.39/2002 du 30.05.2002)

97. En revanche, les actes concluants du cédant ne suffisent pas à guérir un vice de forme.

L'exigence de forme de l'art 165 al. 1 CO vise à promouvoir la sécurité juridique, dans l'intérêt des tiers, notamment du débiteur cédé et des créanciers du cédant ou du débiteur cédé (ATF 122 III 361 consid. 4c p. 367 ; 105 II 83 consid. 2 p. 84 ; Probst, op. cit., no 2 ad art. 165 CO) ; pour pouvoir déterminer à qui appartient la créance, le tiers doit comprendre que le cédant a eu clairement la volonté de transférer une créance au cessionnaire (cf. Probst, op. cit., no 1 s. ad art. 165 CO). Ainsi, peu importe le comportement consécutif du cédant, dont le tiers n'a pas connaissance. Ce comportement ne saurait en tout cas, sous réserve de l'abus de droit (cf. infra consid. 4.3.2), palier l'absence de signature.

(TF, 4A_186/2009 du 03.03.2010 cons. 4.3.1)

98. D'après la jurisprudence, une cession de créance nulle en raison d'un vice de forme ne peut être convertie en promesse de céder car la volonté exprimée par le cédant dans ces deux actes n'a pas le même objet : une promesse de céder implique l'expression d'une volonté de s'engager, alors qu'une cession de créance implique l'expression d'une volonté de céder.

Certes, la promesse de céder une créance n'est pas soumise à la forme écrite (art. 165 al. 2 CO). La recourante semble par contre ignorer que la promesse de céder une créance, acte générateur d'obligation, implique la volonté de s'engager (Probst, op. cit., no 12 ad art. 165 CO ; cf. Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2e éd. 1988, p. 552 s.). Tel n'est pas le cas de la cession (acte de disposition). Ainsi, une cession nulle ne peut être, en soi, convertie en un pactum de cedendo (cf. von Tuhr/Escher, op. cit., note de pied 57 p. 336 ; Oser/Schönenberger, Zürcher Kommentar, 2e éd., Zurich 1929, no 7 ad art. 165 CO).

(TF, 4A_186/2009 du 03.03.2010 cons. 4.3.3)

99. Malgré ses illustres soutiens, cette approche nous semble trop formaliste : s'il est prouvé que le cédant a eu la volonté de transférer la cession sans avoir exprimé cette volonté par écrit, il nous semble qu'il est également établi que le cédant avait la volonté

de s'engager à ce transfert. Le *pactum de cedendo* n'étant pas soumis à la forme écrite, une conversion d'une cession non valable quant à la forme en promesse de céder est conforme à la volonté du cédant. La solution contraire revient à distinguer de façon schizophrénique la volonté de s'engager et la volonté d'exécuter cet engagement, la première découlant pourtant logiquement de la seconde.

c. Distinctions

100. La cession de créance au sens des articles 163 ss CO doit être distinguée des institutions juridiques suivantes :

- *Reprise de dette.* Une dette (c'est-à-dire une obligation devant être assumée par une partie) ne peut être transférée à un reprenant, en vertu d'un contrat entre le débiteur initial et le reprenant (art. 175 CO), qu'avec l'accord du créancier (at. 176 CO). Le législateur part du postulat que l'identité du créancier importe peu au débiteur (ce qui explique une cession de créance sans accord du débiteur) alors que l'identité du débiteur, en particulier sa solvabilité et son domicile (for de poursuite, art. 46 LP), est importante pour le créancier (ce qui explique qu'une reprise de dette ne puisse se faire sans son accord).
- *Transfert de contrat.* Un transfert de contrat, par lequel un tiers se substitue à une partie au contrat et reprend toutes ses créances et dettes découlant du contrat, n'est pas régie par la loi et implique l'accord de toutes les parties concernées, c'est-à-dire les parties au contrat initial et le reprenant.
- *Cession de droits incorporés dans un papier valeur.* La cession des droits incorporés dans un papier valeur, y compris une simple créance, est régie par les règles sur le transfert de papiers-valeurs : contrat écrit pour un titre nominatif, endossement pour un titre à ordre, transfert de possession pour un titre au porteur (art. 967 CO).
- *Cession de droits incorporés dans un titre intermédié.* Les actes de disposition sur les titres intermédiés, c'est à dire les créances inscrites au crédit d'un compte de titres au sens de l'article 3 LTI, sont régis par l'article 24 LTI (transfert par bonification).
- *Mandat procédural de recouvrement en cas saisie ou de faillite* (art. 131 al.2 LP et 260 LP). Les créances saisies (créances du débiteur contre un tiers débiteur) peuvent être réalisées par une remise à l'encaissement (art. 131 al. 2 LP). Dans ce cas, le créancier saisissant reçoit de l'office des poursuites un mandat procédural de recouvrement. Il ne s'agit cependant pas d'une cession de créance au sens des art. 164 ss CO. De même en cas de faillite, l'administration de la faillite peut-elle donner à un ou plusieurs créanciers le mandat de procéder au recouvrement de créances du failli contre un tiers-débiteur. Là encore, il s'agit d'une institution de droit des poursuites qui n'est pas soumise aux art. 164 ss CO.

Selon la jurisprudence, la cession selon l'art. 260 LP n'est pas une cession au sens des art. 164 ss CO. Il s'agit d'une institution du droit de la faillite et du droit de procédure sui generis qui peut être considérée comme une sorte de "Prozessstandschaft", permettant au cessionnaire d'entamer un procès en son propre nom et pour son

propre compte ou de reprendre celui-ci dans les mêmes conditions, sans qu'il devienne pour autant, par la cession, le titulaire de la prétention litigieuse ; ne lui est cédé que le droit d'agir à la place de la masse (ATF 140 IV 155 consid. 3.4.4 et les arrêts cités ; 139 III 391 consid. 5.1).

(ATF 144 III 552 cons. 4.1.1)

101. Constitue également un cas particulier le cas des *cessions légales ou par jugement*. Les articles 164 ss CO traitent des cessions de créance ordonnées par un juge ou prévue par la loi. Le régime juridique de ces cessions est cependant spécifique, en ce que la cession ne repose pas sur un acte de disposition du cédant, et en ce qu'elle devient opposable immédiatement au débiteur et aux tiers (art. 166 CO). La dation en paiement de l'article 131 al. 1 LP et la cession aux fiduciaires des créances acquises pour son compte par le fiduciaire (art. 401 al. 1 CO) sont deux exemples de cessions légales, ne reposant pas sur un acte de disposition du créancier initial, mais soumises au régime juridique des cessions de créance (notamment l'art. 173 al. 2 CO). La loi prévoit également un certain nombre de cas de subrogation, par lesquels un tiers qui paie le créancier à la place du débiteur est subrogé au droit du créancier contre le débiteur, ce qui correspond à une cession légale de la créance (par exemple art. art. 239 al. 2 CC). Enfin, les cessions ordonnées par le juge sont également soumises au régime juridique des cessions de créances, avec les effets prévus par le jugement.

d. Objet de la cession

102. Toute créance, impliquant le droit subjectif du créancier à obtenir une prestation positive ou négative du débiteur, peut faire l'objet d'une cession au sens des articles 164 ss CO.

103. Il s'agit en général de créances pécuniaires, mais la loi ne limite pas la cession de créance à cette hypothèse. Lorsque la créance porte sur une prestation matérielle, la cession de créance ne peut impliquer une modification des modalités d'exécution. Lorsque par exemple les parties ont convenu que la dette était portable (livraison au domicile du créancier), le changement de créanciers ne peut impliquer un changement de lieu de livraison. Un tel changement suppose un accord du débiteur. Lorsque la créance implique une prestation de service, le caractère *intuitu personae* du service (acceptation du débiteur en fonction de l'identité du créancier) ou son caractère personnalisé (les modalités du service dépendent de l'identité du mandant) peuvent également exclure une cession de créance (par exemple un peintre qui aurait accepté de faire le portrait d'un modèle ne pourrait se voir imposer une substitution de modèle par cession de créance, même s'il a été payé pour ce service). Dans ces cas, la créance est incessible en raison de la nature de l'affaire (art. 164 al. 1 CO).

104. Une créance non-encore exigible, conditionnelle ou future peut faire l'objet d'une cession de créance. Lorsque la créance n'est pas encore née au moment de la cession de créance (cession de créance future), l'acte de cession doit contenir tous les éléments permettant d'identifier la créance au moment où elle naît.

105. En cas de faillite du cédant, la cession d'une créance future (par exemple les loyers inhérents à un immeuble, pour une période non encore échue) n'est pas opposable à la masse en faillite (ATF 111 III 73 ; ATF 115 III 65 c. 3b). Ainsi, dès la faillite du cédant, la masse en faillite peut encaisser les créances du failli contre des tiers débiteurs sans tenir compte de la cession. Lorsque la créance est liée à un actif du cédant, cet actif peut être réalisé et la cession de créances futures n'est pas opposable à l'acquéreur de l'actif. Le cessionnaire a pour sa part une créance en dommages et intérêts contre le cédant pour inexécution du contrat de cession de créance (dont le montant correspond à la somme des créances qu'il aurait pu encaisser si le cédant n'avait pas fait faillite). Il peut produire cette créance dans la faillite du cédant. Elle est immédiatement exigible (art. 208 LP).
106. La cession de créance peut porter sur un ensemble de créances présentes ou futures. Une cession générale de toutes créances futures du cédant serait une atteinte trop grande à sa liberté économique, et contreviendrait aux limites de l'article 27 al. 2 CC (ATF 112 II 434 s. cons. 2 ; ATF 112 II 243, ATF 84 II 366 cons. 3, ATF 69 II 290). Est en revanche admissible au regard de l'article 27 CC la cession globale de toutes les créances présentes ou futures découlant d'une activité spécifique (ATF 113 II 163), dans la mesure en tout cas où le cédant dispose d'autres moyens de subsister.

La doctrine admet généralement que la cession de toutes les créances découlant des affaires (Geschäftsbetrieb) ou d'une activité commerciale du cédant est admissible et ne tombe pas a priori sous le coup de l'art. 27 al. 2 CC (Oftinger, in Bundesgerichtspraxis zum Allg. Teil des OR, p. 202 ; Von Tuhr/Escher, OR, p. 350 ; Walder, Lohnabtretung und Zwangsvollstreckung, p. 19, n. 19 ; Von Büren, Allg. Teil, p. 324 ; Amonn, Die generelle Debitorenzession im Konkurs, in BLSchK 1979, p. 132 s. ; Oftinger/Bär, Komm., n. 72 ad art. 899 CC). La jurisprudence se prononce dans le même sens (cf. ATF 112 II 437, consid. 3 in fine; arrêt non publié X. AG du 8 août 1977, cité in Nobel, Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrecht der Schweiz, Berne 1979, p. 358 s., consid. 2).

(Genève, Cour de justice, ACJC/752/2017 du 23.06.2017, cons. 2.1)

107. Certaines créances sont incessibles :

- *De par la loi.* Sont notamment incessibles : les rentes et autres prétentions à des prestations d'assurances sociales (art. 22 LPGA) ; le droit de l'héritier à une succession non ouverte sauf consentement du *de cuius* (art. 636 CC) ; le droit de l'emprunteur de faire usage de la chose qui lui a été prêtée par le prêteur (art. 306 al. 2 CO) ; le salaire futur du travailleur (art. 325 CO), sous réserve d'une cession en vue de garantir une obligation d'entretien découlant du droit de la famille dans la mesure où le salaire est saisissable ; la créance en prestations de prévoyance futures (art. 331b CO) ; le droit de l'employeur aux prestations du travailleur (art. 333 al. 4 CO) ; les droits du créancier d'entretien en cas de contrat d'entretien viager (art. 529 al. 1 CO).
- *Par convention.* Le débiteur et le créancier peuvent convenir qu'une créance spécifique, ou que toutes les créances découlant de leur relation juridique, sont incessibles. Ces conventions sont opposables au cessionnaire même si celui-ci est de bonne foi, sauf dans le cas où un document valant reconnaissance de dette ne

mentionne pas cette inaccessibilité (art. 164 al. 2 CO). Le cessionnaire doit donc toujours vérifier le contrat dont découle la créance, pour s'assurer que ce contrat ne contient aucune clause d'inaccessibilité.

➤ Exemple de clause d'inaccessibilité

Les créances découlant du présent contrat sont inaccessibles.

➤ Ibid dans un contrat entre un sponsor et un bénéficiaire

It is agreed that the Beneficiary shall have no right to commute, sell, assign, transfer or otherwise convey the right to receive any payments hereunder without having the written consent of the Sponsor to do so. Such payments and the right thereto are expressly declared to be non-assignable and non-transferable.

- *En raison de la nature de l'affaire.* Le caractère subjectivement *intuitu personae* de la créance (créance liée dans l'esprit des parties à l'identité du créancier), le caractère éminemment personnel de la créance (par exemple une créance découlant des relations familiales entre les parties) ou le caractère confidentiel de la relation juridique, prévu par la loi (art. 47 LB) les règles de l'art (secret médical) ou le contrat (clause de confidentialité) sont des critères qui peuvent être retenus pour considérer qu'une créance est inaccessibile en raison de la nature de l'affaire. Les créances découlant du droit public d'un administré contre l'Etat sont cessibles lorsqu'elles ont été individualisées par l'Etat.

Les droits et obligations qui sont conférés par la loi directement aux administrés échappent à tout acte de disposition, car la norme détermine qui en est titulaire. La question d'un transfert des droits et obligations de nature publique ne se pose que pour les rapports juridiques que l'autorité a individualisés sur la tête d'un sujet de droit. (...) Les créances pécuniaires des administrés envers l'État sont en principe cessibles. Les droits de nature pécuniaire constituent des prestations administratives qui, une fois exécutées, entrent par définition dans le patrimoine de l'ayant droit et sont de ce fait librement disponibles.

(Genève, Cour de justice, ATAS/1166/2018 du 13.12.2018, cons. 2b)

108. L'inaccessibilité de la créance rend le contrat de cession de créance nul de plein droit (objet initialement impossible : art. 20 CO) et l'acte de disposition ne déploie pas ses effets. Le débiteur peut opposer au cessionnaire l'exception de l'inaccessibilité de la créance et faire opposition à la poursuite intentée par ce dernier pour ce motif (infra III b).

II. ÉTENDUE DE LA CESSION

a. Droit au recouvrement

109. Le cessionnaire acquiert tous les droits liés à la créance, en particulier le droit de procéder à son recouvrement par une procédure d'exécution forcée. Il doit légitimer sa qualité de créancier poursuivant par la production de la cession de créance. Dans la rubrique « cause » de la réquisition de poursuite (art. 67 LP), le cessionnaire doit

indiquer le nom du cédant et l'existence de la cession, pour que le débiteur puisse reconnaître la créance dont le paiement lui est demandé.

110. Le cessionnaire peut continuer une poursuite intentée par le cédant, au stade où celui-ci l'a laissée. Cette situation fait cependant renaître un droit à l'opposition du débiteur (art. 77 LP).
111. Si le cédant disposait d'un titre de mainlevée définitive (décision exécutoire condamnant le débiteur à payer un certain montant au cédant), le cessionnaire peut s'en prévaloir à condition de joindre à ce titre de mainlevée la cession de créance écrite (ATF 140 III 372). Cette jurisprudence nous semble discutable car il faut laisser au débiteur la possibilité de contester la cession, et les possibilités des articles 85 et 85a LP sont trop restrictives. Une meilleure solution serait de prononcer la mainlevée provisoire, laissant ainsi la possibilité au débiteur d'introduire une action en libération de dette (art. 83 al. 2 LP) pour contester la validité de la cession.
112. De même le cédant bénéficie-t-il du titre de mainlevée provisoire signé par le débiteur en faveur du cédant, à condition de produire parallèlement la cession de créance.
113. Si les créanciers du cédant font saisir ou séquestrer la créance du cédant contre le débiteur, le cessionnaire peut en revendiquer la titularité selon la procédure des article 106 ss LP. En cas de faillite du cédant, le cessionnaire peut de même revendiquer la créance (art. 242 LP), dans la mesure où la cause de la créance cédée était antérieure à la déclaration de faillite. Pour les créances nées après la faillite, la cession de créance n'est pas opposable à la masse.
114. Si le créancier avait commencé un procès contre le débiteur, la cession de créance conduit à une substitution de parties au sens de l'art. 83 CPC (CR-CPC-Jeandin, art. 83 N 8 et 9). Le tribunal fédéral a cependant posé une réserve à ce principe, lors que le débiteur oppose la compensation ou fait valoir une demande reconventionnelle contre le cédant dans le cadre de la procédure judiciaire. Cette réserve est justifiée s'agissant d'une demande reconventionnelle. En revanche, elle est plus discutable en ce qui concerne la compensation, puisque le débiteur est protégé par le principe de l'article 199 al. 2 CO.

Lorsque le défendeur oppose une contre-créance en compensation ou forme une reconvention, l'objet litigieux du procès pendant au sens de l'art. 83 al. 1 CPC s'étend désormais également à cette prétention du défendeur. Pour qu'il y ait substitution de partie, il est nécessaire que le cessionnaire prenne entièrement la place du cédant au procès.

(TF, 4A_637/2017 du 08.08.2018 cons. 4.1.3.2)

b. Cession des accessoires

115. Selon l'article 170 al. 1 CO, le cessionnaire bénéficie des accessoires de la créance. Cela implique :

- *Que le cessionnaire bénéficie des garanties réelles* (hypothèque, cédule hypothécaire, nantissement) dont bénéficiait le cédant. Le cessionnaire peut donc intenter une poursuite en réalisation du gage contre le débiteur. S'il s'agit d'une hypothèque, la cession de créance, y compris de son accessoire qu'est le gage immobilier, est valable indépendamment de toute inscription au registre foncier (art. 835 CC). S'il s'agit d'une cédule de registre, le cessionnaire doit être inscrit au registre foncier sur demande écrite du cédant (art. 838 CC). S'il s'agit d'une cédule papier, la cession de créance passe nécessairement par la cession du titre (art. 863 CC). S'il s'agit d'un nantissement, l'objet du gage doit être remis au cessionnaire, ou gardé par le cédant pour le compte du cessionnaire, et en aucun cas remis au débiteur (art. 888 CC). Le cessionnaire assume les obligations de l'article 889 CC (CR-CC- Foëx, art. 889, N 6) mais le cédant reste responsable à l'égard du débiteur en cas de perte du gage (art. 890 CC) sauf si le débiteur a consenti au transfert du gage au cessionnaire. En effet, la responsabilité du cédant est à potentiellement une dette qui ne peut être reprise par le cessionnaire qu'avec l'accord du créancier (art. 176 CO).
- *Qu'il bénéficie des garanties personnelles dépendantes* dont bénéficiait le cédant. Le cessionnaire bénéficie ainsi d'un cautionnement émis par un garant en faveur du cédant, et peut faire appel à la garantie (c'est-à-dire demander le paiement au garant) aux conditions du cautionnement (art. 495 ou 496 CO). Il n'est pas nécessaire que l'acte de cession de créance mentionne la cession de la créance du cédant contre le garant, car cet effet découle de la loi. Le garant peut faire valoir toutes les exceptions et objections du débiteur principal (art. 507 CO) et bénéficie donc indirectement de l'effet de l'article 169 CO. En revanche, les garanties autonomes de la créance (porte-fort, garantie bancaire à première demande) ne bénéficient pas au cessionnaire, car ces garanties ne sont pas des accessoires de la créance.
- *Qu'il peut se prévaloir d'une clause pénale* qui sanctionne l'inexécution de la créance dans le contrat entre le cédant et le débiteur, ou d'une *clause d'indexation* qui conduit à l'augmentation de la créance.
- *Qu'il peut se prévaloir d'une clause compromissoire ou d'une clause d'élection de for* qui se trouve dans le contrat dans découle la créance. Il est également tenu par ces clauses et ne peut introduire contre le débiteur une procédure à un autre for. Le tribunal arbitral ou le tribunal désigné par l'élection de for doit examiner sa compétence, et, dans ce cadre, examiner à titre préjudiciel la validité de la cession de créance. Cette question est débattue, autour de la théorie des faits de double pertinence (ATF 122 III 249 consid. 3b/bb) qui invite le tribunal arbitral à procéder sur le fond. En accord avec la jurisprudence, il nous semble juste que l'exception de l'invalidité de la cession soit examinée comme question préalable par le tribunal arbitral, dans le cadre de l'examen de sa compétence.

La cession d'une créance (ou d'une relation contractuelle) assortie d'une clause compromissoire revêt donc une double nature : elle entraîne non seulement le transfert matériel du droit cédé, question qui relève du fond, mais également la transmission de la convention d'arbitrage, question qui ressortit à la procédure. En

d'autres termes, la même circonstance - à savoir la cession valable de la créance litigieuse - sortit deux effets distincts, puisqu'elle détermine à la fois la légitimation active ou passive du cessionnaire ainsi que sa capacité d'être partie à une procédure arbitrale mise en œuvre en exécution de la clause compromissoire. (...)

Par conséquent, le Tribunal arbitral devait régler en premier lieu le problème de sa propre compétence et, dans cette perspective, examiner à titre préjudiciel la question de la validité de la cession de créance.

(TF, 4P.176/2001 du 16.10.2001)

- Qu'il bénéficie des privilèges attachés à la créance en droit des poursuites, comme les droits de participation privilégiée dans la saisie (art. 111, 281 LP) ou les privilèges dans la faillite de débiteur (art. 219 LP). Ainsi une collectivité publique qui a pris en charge le paiement des contributions d'entretien dues par le débiteur, et qui est subrogée au droit du créancier (art. 239 al. 2 CC), est investie de tous les privilèges de recouvrement liés à cette prétention.

Den Unterhaltsbeiträgen kommt in der Zwangsvollstreckung in verschiedener Hinsicht eine Sonderstellung zu. So hat der Gesetzgeber dem Unterhaltsgläubiger eine Reihe von Privilegien zur Durchsetzung seiner Forderung eingeräumt. Er kann die Anweisung an den Schuldner verlangen (Art. 132, 177 und 291 ZGB). Es steht ihm die privilegierte Anschlusspfändung zu (Art. 111 SchKG). Seine Forderungen kommen in den Genuss des Konkursprivilegs der Ersten Klasse (Art. 219 Abs. 4 SchKG). Diese Privilegien kommen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes auch dem Gemeinwesen zu, das infolge Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen kraft Legalzession an die Stelle des ursprünglichen Gläubigers tritt, da es sich nicht um Vorzugsrechte handelt, die untrennbar mit dessen Person verbunden sind (Art. 170 Abs. 1 OR ; BGE 138 III 145 E. 3.4.2, 3.4.3).

(ATF 145 III 317 cons. 3.1 p. 319)

La question de savoir si ces privilèges ne sont pas « *inséparables de la personne du cédant* » au sens de l'article 170 al. 1 CO se pose pourtant, puisque c'est en raison de la qualité particulière du créancier (créancier d'entretien, lien familial avec le débiteur, salarié, etc) que ces privilèges sont en général constitués (voir à ce sujet l'analyse faite in : TF, 51A_404/2011, JT2912 II 505). L'argument retenu par les tribunaux, avec bon sens mais aussi avec un peu de légèreté par rapport au texte légal, est que ces règles tendent à protéger certains créanciers, et que la possibilité de céder la créance avec le privilège participe à cette protection.

- Qu'il bénéficie d'un séquestre obtenu par le cédant, qui n'est pas caduc du fait de la cession de créance et continue de déployer ses effets dans la mesure où le cessionnaire procède aux actes nécessaires à la validation du séquestre, ou les continue (art. 279 LP).
116. A l'inverse, une déclaration irrévocable de postposition du cédant (déclaration selon laquelle la créance sera payée subsidiairement aux autres créances dans la faillite) est opposable au cessionnaire, qui ne saurait obtenir une position plus favorable que celle du cédant dans la faillite ou le concordat du débiteur.

c. Intérêts et titre

117. Dès la date de la cession de créance, le cessionnaire acquiert la créance avec les intérêts qu'elle génère. Si des intérêts relatifs à la période antérieure à la cession sont encore impayés, la loi instaure une présomption selon laquelle ces intérêts sont dus au cessionnaire (art. 170 al. 3 CO). La présomption a pour but d'éviter de scinder les procédures de recouvrement pour les arriérés d'intérêts d'une part, et pour le capital et les intérêts depuis la cession d'autre part.
118. La présomption peut être renversée par un accord contraire des parties, qui doit être dûment notifié au débiteur (art. 167 CO). A défaut, le débiteur est habilité à se libérer de la dette, y compris pour les arriérés d'intérêts, en mains du cessionnaire en se fiant à la présomption id l'art. 170 al. 3 CO.
119. Cela vaut pour tout type d'intérêts, y compris les intérêts moratoires. Si le cédant a mis en demeure le débiteur, faisant ainsi courir des intérêts moratoires dès la mise en demeure (art. 104 CO) et si le cessionnaire procède aux opérations de recouvrement, le cessionnaire est habilité à poursuivre le débiteur pour le capital et les intérêts moratoire depuis la mise en demeure, et non seulement depuis la cession (*contra* BSK-Girsberger, N 15 ; Bucher, AT, p. 571). À notre avis, il n'y a en effet pas de raison de libérer le débiteur des intérêts moratoires échus avant la cession, et il est absurde de scinder la poursuite de la créance et celle des intérêts moratoires échus avant la cession.
120. Le cédant a par ailleurs l'obligation accessoire de remettre au cessionnaire le titre de créance et les documents ou renseignements utiles au recouvrement (art. 170 al. 2 CO). La violation fautive de cette obligation accessoire peut impliquer une responsabilité du cédant à l'égard du cessionnaire dans les cas (rares) où cette violation est dans un rapport de causalité adéquate avec l'échec de la procédure de recouvrement. Il est cependant préférable de prévoir que la remise de ces documents aura lieu au moment de la signature de la cession de créance, ou avant que l'éventuel prix de cession ne soit payé par le cessionnaire de façon à ce que celui-ci puisse retenir le paiement (art. 82 CO) tant que les documents utiles ne lui sont pas remis.

III. CAUSES ET CAUSALITÉ DE LA CESSION

a. Contre-prestation du cessionnaire

121. Une cession de créance s'inscrit en général dans le cadre d'un rapport juridique entre le cédant et le cessionnaire, qui permet de distinguer plusieurs types de cessions de créance en fonction de leur cause :
- Les *cessions onéreuses* sont les cessions de créances pour lesquels le cessionnaire paie au cédant un prix de cession. Bien sûr le prix de cession est inférieur au montant de la créance, le cessionnaire prévoyant un bénéfice en cas de recouvrement de la créance. C'est l'activité de Busch, dans L'argent de Zola : « *Il attirait les créanciers impatients*

qui aimaient mieux toucher quelques sous tout de suite que de courir le risque de poursuivre leurs débiteurs. »

- Les *cessions gratuites* sont les cessions qui ont lieu sans contreprestation de la part du cessionnaire. Il peut s'agir d'une donation, ou d'une cession nécessaire pour que le cessionnaire puisse exécuter un mandat de recouvrement qui lui est conféré par le cédant.
- Les *subrogations* sont prévues par la loi et visent des cas où un tiers qui a payé le créancier prend sa place dans ses rapports avec le débiteur. Outre les cas prévus par la loi (par exemple art. 72 LCA), la subrogation suppose l'accord du débiteur et une information donnée par le débiteur au créancier initial (art. 110 ch. 2 CO).
- Les *cessions à titre de dation en paiement* sont les cessions qui pour effet d'éteindre une dette du cédant à l'égard du cessionnaire, d'accord entre les deux parties. La cession remplace le paiement.
- Les *cessions en vue du paiement* sont les cessions qui ont pour but d'éteindre une dette du cédant à l'égard du cessionnaire, cette extinction n'intervenant que dans la mesure de ce que le cessionnaire peut obtenir du débiteur. Un cas particulier de cession en vue du paiement est la cession à titre fiduciaire et aux fins de garantie, qui tend à garantir une créance du cessionnaire contre le cédant : si le cédant paie la créance garantie, le cessionnaire s'engage à rétrocéder la créance au cédant. En cas de défaut du cédant, le cessionnaire peut exercer la créance contre le débiteur et doit imputer sur sa créance contre le cédant ce qu'il a pu obtenir du débiteur.

Die Forderung wurde, wie ausgeführt, zu Sicherungszwecken abgetreten, wobei aufgrund der LVB (insb. Ziff. 13.5 und 13.6 LVB) offensichtlich ist, dass die Abtretung zahlungshalber und nicht zahlungstatt erfolgte. Diesfalls muss sich der Gläubiger gemäss Art. 172 OR den Betrag anrechnen lassen, den er vom Schuldner erhalten hat oder bei gehöriger Sorgfalt hätte erhalten können.

(TF, 4A_312/2016 du 25.08.2016 cons. 3.2.5)

122. A cet égard, le texte de l'article 172 CO est confus. La note marginale indique « *cession à titre de dation en paiement* » alors que selon cette disposition, le cessionnaire doit imputer sur sa créance contre le cédant ce qu'il reçoit ou pouvait recevoir du débiteur, ce qui est caractéristique d'une cession en vue du paiement. Le contenu de l'article 172 s'applique donc aux cessions en vue du paiement.

b. Abstraction ou causalité

123. La question de la causalité ou de l'abstraction de la cession de créance comme acte de disposition est une question qui a fait couler beaucoup d'encre car elle est au croisement de traditions juridiques différentes. La théorie de la causalité qui prévaut en droit suisse implique qu'un acte de disposition ne déploie pas d'effets s'il repose sur une cause nulle. Dans une telle perspective, le cessionnaire ne peut acquérir la créance si la cession de créance est nulle ou si elle est invalidée pour vice de consentement. La théorie de

l'abstraction, d'origine germanique, implique que l'acte de disposition déploie ses effets indépendamment de la cause. L'avantage de cette approche en matière de cession de créance est qu'elle protège mieux le débiteur, qui doit pouvoir se fier au fait que le cessionnaire est devenu son créancier. Le Tribunal fédéral a laissé ouverte cette question (ATF 84 II 355, 363, c. 1, JdT 1959 I 198 ; ATF 95 II 109, 112, c. 2/b, JdT 1970 I 92).

124. En réalité, malgré son intérêt théorique, cette controverse a peu d'impacts pratiques. Lorsqu'un litige survient entre le cédant et le cessionnaire, l'article 168 CO permet au débiteur de se libérer par consignation de la créance. Ainsi, peu importe de savoir si la créance a été transférée ou non au cessionnaire : le débiteur se libère par consignation et le juge attribue le montant consigné au cédant ou au cessionnaire selon l'issue du litige.

125. Restent deux questions à trancher :

- *Paiement en mains du cessionnaire.* Le paiement par le débiteur en mains du cessionnaire après la communication de l'article 167 CO libère le débiteur, quels que soient les vices affectant le rapport entre le cédant et le cessionnaire, dès lors que le débiteur ignorait ces vices. S'il les connaît, l'article 168 al. 2 CO s'applique. Ce résultat peut être une conséquence de la théorie de l'abstraction, ou une application par analogie de l'article 167 CO ou enfin une simple mise en œuvre des règles de la bonne foi, il reste en toute hypothèse un résultat souhaitable.
- *Exception d'incessibilité.* Lorsque le vice de la cession concerne la cessibilité de la créance, le débiteur peut refuser de payer le cessionnaire tant que l'objection d'incessibilité qu'il soulève n'a pas été écartée par les tribunaux. Le débiteur peut également se libérer par consignation (art. 168 al. 1 CO) si c'est le cédant qui se prévaut de l'incessibilité.

IV. EFFETS DE LA CESSION POUR LE DÉBITEUR

a. Opposabilité de la cession au débiteur

126. La cession de créance étant un acte formateur, la créance passe au cessionnaire dès ce moment. En principe, le débiteur ne peut plus se libérer de la dette qu'en payant en mains du cessionnaire.

127. Le débiteur n'est cependant pas partie au contrat de cession, et il n'en est pas toujours informé immédiatement. Sa bonne foi est protégée par l'article 167 CO, selon lequel le débiteur de bonne foi est libéré s'il paie en mains du cédant avant d'avoir été informé de la cession, qu'il en ait été informé par le cédant, par le cessionnaire, ou par un tiers. L'article 167 CO ne mentionne qu'une information par le cédant ou par le cessionnaire, mais la note marginale se réfère à la bonne foi du débiteur. L'information par un tiers l'empêche également de payer de bonne foi en mains du cédant. L'article 167 CO doit être appliqué par analogie et *mutatis mutandis* en ce sens que le débiteur qui paie de bonne foi en mains du cessionnaire après que l'information de la cession lui ait été

donné est libéré. Sa bonne foi dans ce cas suppose cependant que l'information ait été fiable.

128. L'information donnée par le cessionnaire ou par un tiers sont à en effet sujettes à vérification, puisque l'information ne provient pas du créancier originaire. Le débiteur ne peut pas à la légère payer un inconnu sur la simple affirmation de l'existence d'une cession de créance. Le débiteur doit donc demander soit une copie de l'acte de cession signé par le cédant, soit une confirmation de la cession par le cédant. Si le cédant conteste la cession, la situation est celle d'un litige entre le cédant et le cessionnaire (art. 168 CO).

129. Dès lors, la casuistique suivante peut être établie :

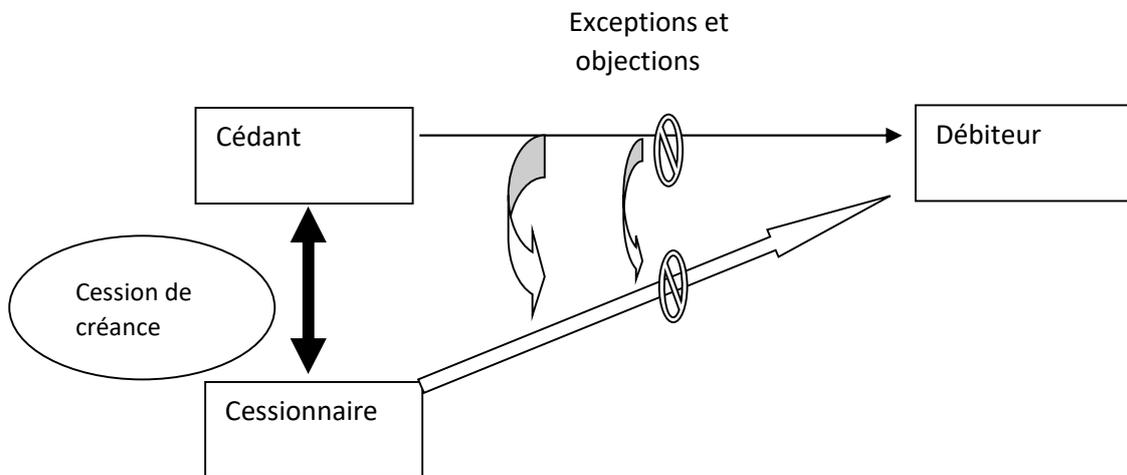
- Si le débiteur paie *en mains du cédant avant d'avoir été informé de la cession*, il est libéré de la dette. Entre le cédant et le cessionnaire, cette situation doit être réglée selon les règles sur la garantie du cédant relatives à l'existence de la créance : de fait, la créance n'existe plus quand le cessionnaire en demande l'exécution. Si une telle garantie existe, le cessionnaire peut s'en prévaloir pour demander le remboursement du prix de cession au cédant.
- Si le débiteur paie *en mains du cédant après avoir été informé de la cession*, il n'est pas libéré par son paiement, quel que soit le moyen par lequel il en a été informé.
- Si le débiteur paie *en main du cessionnaire sans avoir vérifié l'information qui lui a été faite par le cessionnaire ou par un tiers*, il prend le risque que ce paiement ne le libère pas si le cédant conteste l'existence de la cession. Dans ce cas, il reste obligé par la dette à l'égard du cédant et peut agir en enrichissement illégitime contre le cessionnaire.
- Si le débiteur paie *en mains du cessionnaire après avoir reçu une information fiable de la cession* (information par le cédant, ou information vérifiée) il est libéré de la dette, quels que soient les vices qui pourraient affecter la cession de créance (art. 168 al. 2 CO *a contrario*).

b. Maintien des exceptions et objections

130. La contrepartie indispensable d'un système dans lequel l'accord du débiteur n'est pas une condition de la cession de créance est que cette cession n'ait aucun effet négatif pour le débiteur.

131. Dans cette optique, le législateur a prévu que le débiteur peut opposer au cessionnaire l'intégralité des exceptions ou objections qu'il pouvait opposer au cédant, de façon à ce que la situation juridique du débiteur ne soit en rien modifiée par la cession. Cela vaut aussi pour des exception ou objections liées à des actes du cédant, par exemple sa faute concomitante (art. 44 CO) ou le dol du cédant ayant conduit à l'invalidation du contrat dont découle la créance cédée (art. 28 CO). Les exceptions ou objections que le débiteur

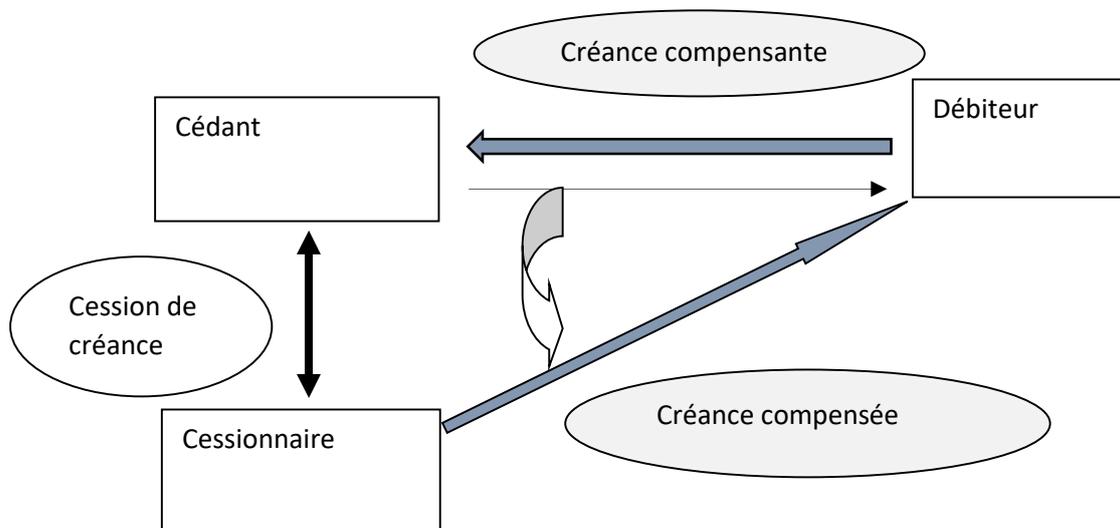
pouvait opposer au cédant sont transférées sans aucun changement dans la relation entre le cessionnaire et le débiteur.



132. Ce transfert des exceptions et objections est cependant problématique en ce qui concerne l'exception de compensation de la créance cédée avec une créance compensante du débiteur contre le cédant. Le législateur était en effet confronté à deux impératifs contradictoires :

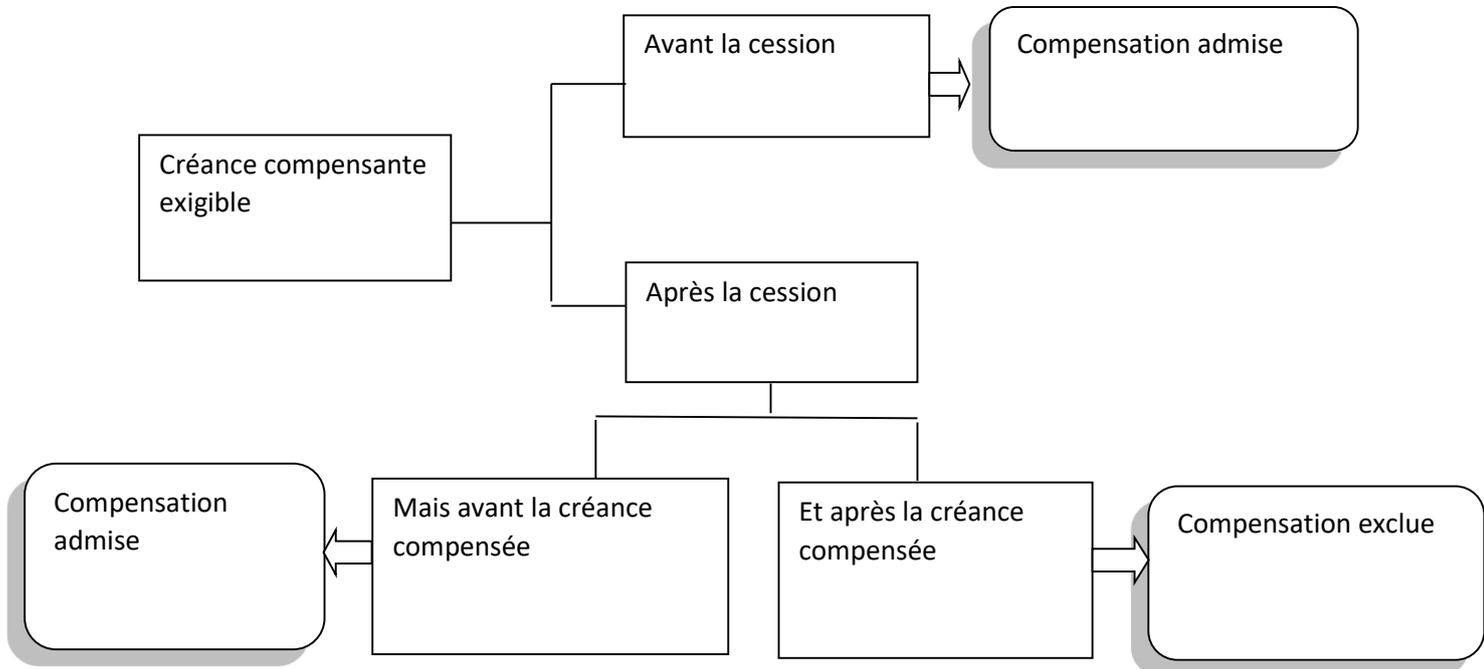
- L'opposabilité au cessionnaire des exceptions et objections que le débiteur avait contre le cédant, essentielle à l'institution de la cession de créance.
- La condition de réciprocité, non moins essentielle à l'institution de la compensation (ATF 134 III 643).

133. La compensation malgré la cession implique en effet la compensation d'une créance du cessionnaire contre le débiteur (créance compensée), avec une créance non réciproque du débiteur contre le cédant (créance compensante).



134. Face à ces deux impératifs, le législateur a tranché avec une règle alambiquée dans son expression (art. 169 al. 2 CO), dont il ressort que le débiteur conserve son exception de compensation sauf dans le cas où la chronologie des créances compensante et compensée l'exposait après la cession à une période durant laquelle il n'aurait pas pu se prévaloir de la compensation même s'il n'y avait pas eu de cession. Trois critères temporels sont retenus : la date d'exigibilité de la créance compensante, la date de la cession, et la date d'exigibilité de la créance compensée. Dès lors, la casuistique suivante se présente :

- La créance compensante était exigible avant la cession. La compensation est possible car au moment de la cession, le débiteur était en mesure de compenser.
- La créance compensante est devenue exigible après la cession,
 - Mais avant la créance compensée. La compensation est possible car si la cession n'avait pas eu lieu, le débiteur aurait en tout temps pu opposer la compensation au cédant.
 - Mais après la créance compensée. La compensation est exclue car s'il n'y avait pas eu la cession, pendant une certaine période de temps, le cédant aurait pu demander le paiement sans que le débiteur ne puisse lui opposer la compensation.



c. Litige entre cédant et cessionnaire

135. L'article 168 CO est basé sur deux principes :

- Le débiteur n'a pas à souffrir d'un litige entre le cédant et le cessionnaire.
- Le débiteur n'a pas à arbitrer un litige entre le cédant et le cessionnaire.

136. En cas de litige entre le cédant et le cessionnaire, le débiteur peut donc se libérer par la consignation du montant dû. Il s'agit d'un cas particulier de l'art. 96 CO. Le débiteur doit saisir le juge de la consignation qui décide du lieu de la consignation (art. 92 al. 2 CO). L'effet libératoire de cette consignation doit, en cas de contestation, être décidé par le juge du fond (TF du 07.02.2017 in JdT 2017 II p. 321 ss, 322 ss).

137. Il suffit qu'après la communication de la cession au débiteur, le cédant ait manifesté sa volonté de se faire payer par le débiteur pour que la propriété de la créance soit contestée au sens de l'article 168 CO.

138. La procédure de consignation est une procédure sommaire (art. 250 let. a ch. 6 CPC). Une fois le montant consigné il appartient au cédant ou au cessionnaire d'agir l'un contre l'autre et de conclure à la libération des fonds en leur faveur. Contrairement à la pratique de certains cantons antérieure à l'entrée en vigueur du CPC, il n'est plus possible au juge de la consignation de fixer un délai à l'une des deux parties pour agir, faute de quoi le montant est libéré en faveur de l'autre. Le montant donc reste consigné tant qu'une des deux parties (cédant ou cessionnaire) n'agit pas contre l'autre (TF du 07.02.2017 in JdT 2017 II p. 321 ss, 323 ss).

139. En revanche, lorsque le débiteur paie le cédant ou le cessionnaire alors qu'il a eu connaissance du litige, il le fait à ses risques et périls, en ce sens qu'il n'est pas valablement libéré s'il a payé en mains de l'un alors que le juge reconnaît à l'autre la titularité de la créance (art. 168 al. 2 CO). Le débiteur prend donc le risque de devoir payer une deuxième fois, quitte à agir en enrichissement illégitime contre le premier récipiendaire du paiement.

140. Enfin, tant le cessionnaire que le cédant peuvent contraindre le débiteur à la consignation, si la créance est exigible (art. 168 al. 3 CO) et si un procès entre le cédant et le cessionnaire est pendant. Tant le cédant que le cessionnaire peuvent dans un premier temps, et avant même qu'un procès entre eux ne soit pendant, mettre en demeure d'exécution le débiteur, qui ne peut se libérer sans risque que par la consignation volontaire. Si le débiteur ne consigne pas volontairement, des intérêts moratoires s'ajoutent à la somme due. Une fois que le procès entre le cédant et le cessionnaire est pendant, tant le cédant que le cessionnaire peuvent agir judiciairement contre le débiteur pour obtenir la consignation forcée de la somme due. Dès que le procès entre le cédant et le cessionnaire a donné lieu à une décision définitive, le débiteur connaît l'identité de son créancier et la situation est régie par les règles habituelles en matière de demeure.

V. GARANTIE DU CÉDANT

a. Garantie de l'existence de la créance

141. À l'instar d'un vendeur qui garantit la qualité du produit vendu, le cédant doit donner au cessionnaire une garantie quant aux qualités de la créance cédée.
142. La « *garantie de l'existence de la créance* » correspond à la garantie donnée par le cédant au cessionnaire que le débiteur ne pourra opposer aucune exception ou objection au cessionnaire et que la créance correspond, dans son montant, ses intérêts, et ses accessoires, aux indications données par le cédant au cessionnaire.
143. Cette garantie pose le problème de l'évolution des exceptions ou objections dans le temps : la créance doit correspondre aux indications données par le débiteur au moment de la cession. Si cependant de nouvelles exceptions apparaissent après la cession, la garantie dépend de la diligence du cessionnaire dans ses opérations de recouvrement, au regard des indications données par le débiteur. Si par exemple le cessionnaire a acquis une créance qui se prescrit quelques jours après la cession, la question sera de savoir si le cessionnaire en a été informé par le cédant. Si tel est le cas, il appartenait au cessionnaire d'interrompre la prescription. En revanche, si le cédant n'a pas donné cette information au cessionnaire et si la créance se prescrit, le cessionnaire bénéficie de la garantie.
144. Un simple refus de payer du débiteur ne suffit pas à déclencher la garantie (CR CO I-Probst, art. 171 N 2). Le cessionnaire doit donc agir contre le débiteur avec diligence, et la validité de l'exception ou de l'objection du débiteur doit être établie judiciairement avant que le cessionnaire ne puisse se prévaloir la garantie. L'article 194 CO (critère de bonne foi du cessionnaire et avis au cédant) doit à notre avis être appliqué par analogie à la question de savoir si une transaction entre le cessionnaire et le débiteur, voire un abandon de l'action contre le débiteur, permet au cessionnaire de déclencher la garantie pour la partie non payée de la créance.

b. Garantie de solvabilité

145. La garantie de solvabilité doit être distinguée de la garantie de l'existence de la créance : Elle couvre le risque que malgré l'existence (au sens large) de la créance, une poursuite contre le débiteur ne puisse aboutir en raison de l'insolvabilité de ce dernier.
146. Les auteurs, sur la base d'un arrêt ancien, considèrent que la notion d'insolvabilité n'implique pas une faillite ou un acte de défaut de biens, mais vise tous les cas où le débiteur est dans l'incapacité de payer (ATF 68 II 177, JdT 1942 I 565 ; Bucher, AT, 574 ; BK-Becker, N 14 ; Engel, Traité, 892 ; BSK-Girsberger, N 11 ; ZK-Spirig, N 25 ; von Büren, AT, 336 ; CR CO I-Probst, art. 171 N 11). Il nous semble cependant qu'un simple refus de payer du débiteur n'est pas encore un cas d'insolvabilité, et que seule l'exécution forcée permet d'établir définitivement l'incapacité de payer du débiteur. Une situation de cessation de paiement, qui est un critère factuel d'insolvabilité, permet au cessionnaire

de demander la faillite sans poursuite préalable du débiteur (art. 192 LP). Une admission du débiteur quant à sa propre insolvabilité ne saurait être suffisante car cela permettrait au débiteur d'échapper à sa dette en invitant le cessionnaire se retourner contre le cédant. Il nous semble donc que, sous réserve d'un accord plus spécifique des parties sur la notion d'insolvabilité comme élément déclencheur de la garantie, l'insolvabilité doit s'établir selon les critères de l'article 495 CO, c'est-à-dire dans les cas suivants :

- Le débiteur a été déclaré en faillite.
- Le débiteur a obtenu un sursis concordataire.
- Le débiteur a été l'objet de poursuites par le cessionnaire ayant abouti à la délivrance d'un acte de défaut de biens.
- Le débiteur a changé d'Etat de domicile et l'exercice du droit de recours s'en trouve sensiblement entravé. Ce dernier cas (qui au regard de l'art. 495 CO concerne tout départ de la Suisse) doit être adapté à un monde moderne et globalisé, et réservé à des situations où la juridiction dans laquelle le débiteur s'est domicilié ne permet pas d'envisager une procédure de recouvrement dans des délais raisonnables.

147. La solvabilité de débiteur est évolutive, et le critère d'insolvabilité doit donc être établi au moment du recouvrement par le cessionnaire, sauf si le cessionnaire a tardé fautivement à procéder à ces mesures de recouvrement contre le débiteur.

c. Prescription

148. Ces garanties fondent une action du cessionnaire contre le cédant (action en garantie) Selon un arrêt ancien approuvé par la doctrine, cette action se prescrit par dix ans dès la cession, quelle que soit la prescription de la créance garantie (ATF 53 II 111, 117, c. 3, JdT 1927 I 111 ; BSK-Girsberger, Rem. prélim. CO 171 à 173 N 3). Cette solution nous semble discutable :

- Cette durée est la plus longue durée de garantie du droit suisse. En matière de vente, la garantie est de deux (vente mobilière) ou cinq ans (vente immobilière), à l'instar de la garantie dans le contrat d'entreprise. La garantie des héritiers à l'égard de l'un d'entre eux qui s'est fait céder une créance dans le cadre du partage de la succession est, curieusement d'un an (art. 637 al. 1 CC).
- Le fait de soumettre ce délai de garantie à l'article 127 CO présente le grand inconvénient d'exclure un accord du cédant et du cessionnaire sur un délai de garantie raisonnable, car l'article 129 CO interdit toute modification des délais relevant du titre troisième du CO. Au contraire les délais de garantie en matière de vente ou de contrat d'entreprise sont de droit dispositif. On ne voit pas quel impératif de droit public interdirait aux parties de convenir que le cédant sera libéré de sa garantie après une certaine période (durée de la garantie) plus ou moins longue que les dix ans retenus par la jurisprudence.
- D'un autre côté, il faut laisser au cessionnaire le temps d'agir contre le débiteur, et une durée de deux ans dès la cession (art. 210 CO par analogie) serait insuffisante par

rapport à la durée requise pour la constatation judiciaire de la validité d'une objection ou d'une exception du débiteur, ou pour une poursuite aboutissant à une faillite du débiteur, ou à un acte de défaut de biens le concernant.

149. Il est donc dommage que le législateur ne se soit pas saisi de cette question au moment de la réforme du droit de la prescription. A l'instar des autres garanties prévues par la loi, il nous semble que la garantie du cédant devrait pouvoir faire l'objet d'une durée convenue, et donc que le délai de prescription légal, quel qu'il fut, ne soit pas de droit impératif.

d. Garantie légale en cas de cession onéreuse

150. Lorsque la cession est onéreuse, le cessionnaire bénéficie de par la loi, indépendamment d'une garantie expresse dans le contrat de cession de créance, d'une garantie pour l'existence de la créance (art. 171 al. 1 CO).

151. Le montant de la garantie (montant dont le cessionnaire peut réclamer le paiement au cédant dans le cadre de l'action en garantie) est plafonné par le montant du prix payé par le cessionnaire pour la cession augmenté des frais de cession et des frais de poursuite du cessionnaire contre le cédant (art. 173 al. 1 CO). Le but de la garantie n'est en effet pas de faire payer au cédant le montant de la créance cédée, mais de lui faire rembourser le montant du prix perçu pour cette créance, et indemniser le cessionnaire pour les frais inutiles.

152. Si le cessionnaire a pu percevoir une partie du montant de la créance de la part du débiteur, il dispose d'une action en garantie contre le cédant pour la partie non payée de la créance, dans les limites du plafond de l'article 173 al. 1 CO. Certains auteurs préconisent un recours proportionnel, à savoir que le plafond devrait être une portion du prix correspondant proportionnellement à la créance non payée (art. ZK-Oser/Schönenberger, N 4 et BSK-Girsberger, N 1). Ainsi si le cessionnaire a payé 80 pour une créance de 100, et n'a pu recouvrer que 50 (50 % de la créance) du débiteur en raison d'une exception partielle, le plafond serait de 40 (50 % du prix). Cette approche permet d'éviter que le cessionnaire ne fasse en fin de comptes payer au cédant la partie de la créance due par le débiteur, ce qui n'est pas le but de la garantie.

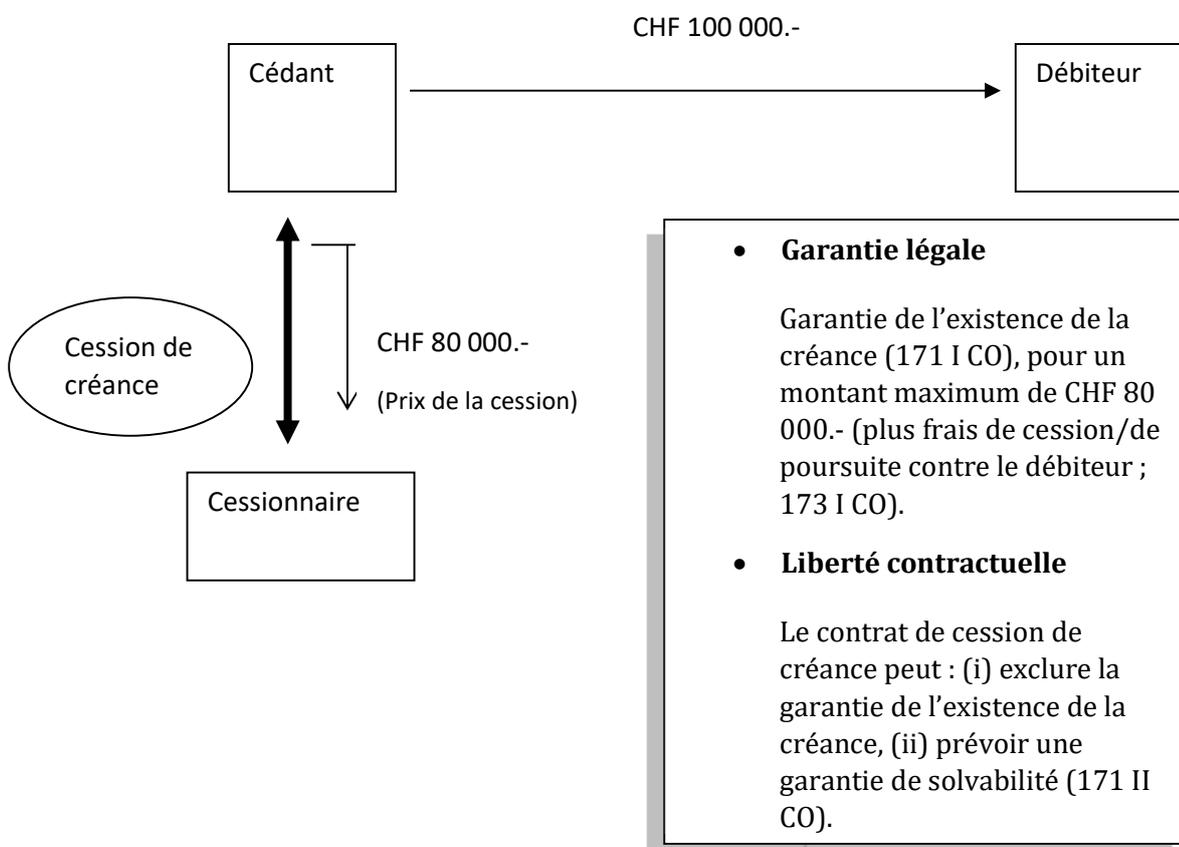
153. Ces règles sont dispositives et les parties peuvent y déroger en :

- *Excluant la garantie légale pour l'existence de la créance.* Dans ce cas, l'art. 199 CO s'applique par analogie, et rend inapplicable une exclusion de garantie lorsque le cédant a frauduleusement dissimulé au cessionnaire des informations pertinentes concernant l'existence de la créance.
- *Modifiant la garantie légale pour l'existence de la créance,* par exemple en augmentant le plafond de la garantie ou en la soumettant à des conditions (comme par exemple une exclusion de la garantie en cas de transaction entre le cessionnaire et le débiteur, sauf accord préalable du cédant). Là encore, une modification de la garantie en défaveur du cessionnaire est inapplicable si le cédant a frauduleusement dissimulé les

informations importantes concernant l'existence de la créance (art. 199 CO par analogie)

- Augmentant la garantie du cédant pour l'existence de la créance en y ajoutant une *garantie pour la solvabilité* du débiteur (art. 171 al. 2 CO). Le montant de la garantie est plafonné selon l'article 173 al. 1 CO, qui s'applique, sauf accord contraire des parties. A l'instar de l'acheteur qui doit restituer la chose défectueuse au vendeur pour se faire rembourser (art. 208 al. 1 CO), le cessionnaire doit rétrocéder la créance au cédant. Après avoir remboursé le cessionnaire, le cédant peut espérer recevoir un dividende dans la faillite du débiteur, ou bénéficier des effets de l'acte de défaut de biens.
- *Prévoyant d'autres garanties* (par exemple une garantie quant à la durée maximale de recouvrement de la créance, ou le fait que le débiteur ne fera pas opposition à une poursuite). Il s'agit de garanties pour des résultats futurs qui s'interprètent comme des déclarations de porte fort (art. 111 CO) : le cédant se porte fort d'évènements futurs ou du fait du débiteur.

154. Ainsi, en cas de cession d'une créance de CHF 100 000.- pour un prix de CHF 80 000.-, la situation se présente de la façon suivante :



e. Cession gratuite ou légale

155. En cas de cession gratuite ou légale, la loi ne prévoit aucune garantie légale (art. 171 al. 3 CO et 173 II CO).
156. Dans le cas d'une cession gratuite, les parties sont libres d'y déroger en prévoyant une garantie conventionnelle du cédant.

f. Cessions destinées au paiement d'une créance du cessionnaire contre le cédant

157. Lorsque la cession de créance s'inscrit dans un contexte où le cédant a une dette à l'égard du cessionnaire, il convient d'interpréter le contrat de cession de créance pour le qualifier de cession à titre de dation en paiement ou de cession en vue du paiement. Cette interprétation repose sur la présomption qu'en cas de doute, la cession doit être qualifiée de cession en vue du paiement. Le cédant a la charge de prouver le cas échéant que la cession avait pour but d'éteindre sa dette à l'égard du cessionnaire (cession à titre de dation en paiement).

Haben die Parteien demnach nicht vereinbart oder ist streitig, ob eine Abtretung an Zahlungen statt oder zahlungshalber zu erfolgen hat, ist gemäss Art. 172 OR eine Abtretung zahlungshalber zu vermuten. Dies entspricht der allgemeinen Regel, wonach bei strittigem Inhalt einer vertraglichen Absprache diejenige Partei die Beweislast trägt, die den weitergehenden Inhalt, das heisst die Abtretung an Zahlungen statt, behauptet (BGE 119 II 227 E. 2a S. 230 ; 118 II 142 E. 1b S. 145).

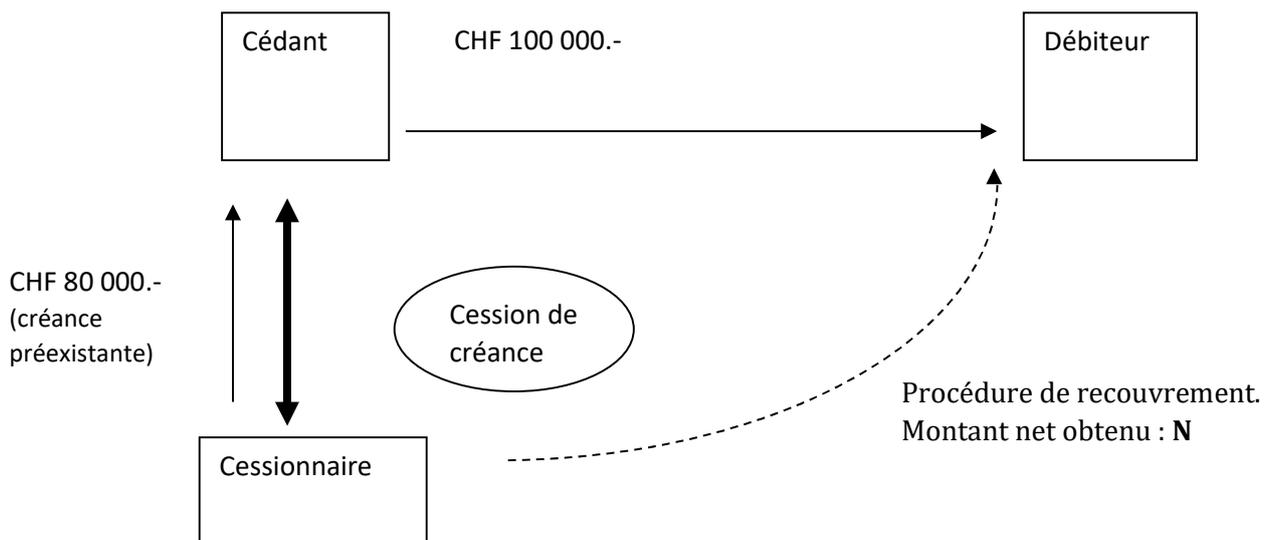
[TF, 5A_527/2012 du 21.02.2013 cons. 2.3.3]

158. Si le but des parties est d'utiliser la cession de créance comme une tentative de paiement de la dette du cédant à l'égard du cessionnaire (dation en vue du paiement), la garantie du cédant découle de l'article 172 CO : le cessionnaire doit imputer sur sa créance contre le cédant ce qu'il obtient du débiteur (montant net, après déduction des frais de poursuites non pris en charge par le débiteur).
159. Si le cessionnaire n'obtient rien ou qu'une partie du montant de la créance cédée, il conserve donc sa créance contre le cédant en tout ou en partie, quel que soit le motif du défaut du débiteur (exception ou objection opposable, ou insolvabilité). Il y a donc en ce sens une garantie à la fois pour l'existence de la créance et pour la solvabilité du débiteur. Si le cessionnaire obtient du débiteur un paiement supérieur à ce qui est nécessaire pour éteindre la créance du cessionnaire contre le cédant, le cessionnaire doit rendre le solde au cédant. Le cessionnaire est soumis à une incombance de diligence dans ses démarches de recouvrement de la créance cédée, avec cette sanction que s'il ne poursuit pas ces démarches avec diligences, il doit imputer sur sa créance contre le cédant ce qu'il aurait été possible d'obtenir du débiteur en faisant preuve de diligence.
160. Si le but des parties est que la créance du cessionnaire contre le cédant soit éteinte en contrepartie de la cession (dation à titre de paiement), la cession suffit à cette extinction et le cessionnaire n'a aucune garantie prévue par la loi. En revanche, si le cessionnaire obtient un paiement du débiteur, il peut conserver ce montant qu'il soit supérieur ou inférieur au montant de la créance du cessionnaire contre le cédant.

Si la cession était considérée comme un transfert à titre de dation en paiement (cf. art. 171 CO), la demande serait vouée à l'échec (...) La créance de base du cessionnaire est éteinte, peu importe que la valeur de l'objet cédé corresponde ou non au montant de la créance. Si la valeur de l'objet a diminué depuis le jour de la cession, le cessionnaire ne peut exiger du débiteur cédant un paiement complémentaire ; si l'objet a au contraire pris de la valeur, il n'est pas tenu de rétrocéder la plus-value dont il bénéficie (Thur/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3e éd. 1974, p. 11 s. ; cf. Bruno von Büren, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zurich 1964, p. 338).

[TF, 4A_571/2009 du 04.02.2010 cons. 3.3]

161. Dans les deux cas, les parties peuvent convenir d'un régime dérogatoire, en prévoyant par exemple une garantie de l'existence de la créance en cas de cession à titre de dation en paiement.
162. A titre d'illustration, dans le cas où le cédant a une dette de CHF 80 000.- à l'égard du cessionnaire, et lui cède une créance de CHF 100 000.- contre le débiteur, la situation peut s'analyser de la façon suivante, en fonction de l'interprétation de la volonté des parties à la cession de créance :



Dation en vue du paiement

- **N < 80 000.-**

Le cessionnaire conserve une créance de [80 000 – N] contre le cédant (172 CO).

- **N > 80 000.-**

Le cessionnaire doit restituer le solde supérieur à 80 000.- au cédant.

Dation à titre de paiement

- **N < 80 000.-**

Le cessionnaire n'a plus aucun droit contre le cédant. Il perd donc la différence entre sa créance et N.

- **N > 80 000.-**

Le cessionnaire conserve N.

N'ayez aucune peur, je payerai, sauvez, sauvez votre honneur !

Balzac, Scènes de la vie parisienne, César Birotteau

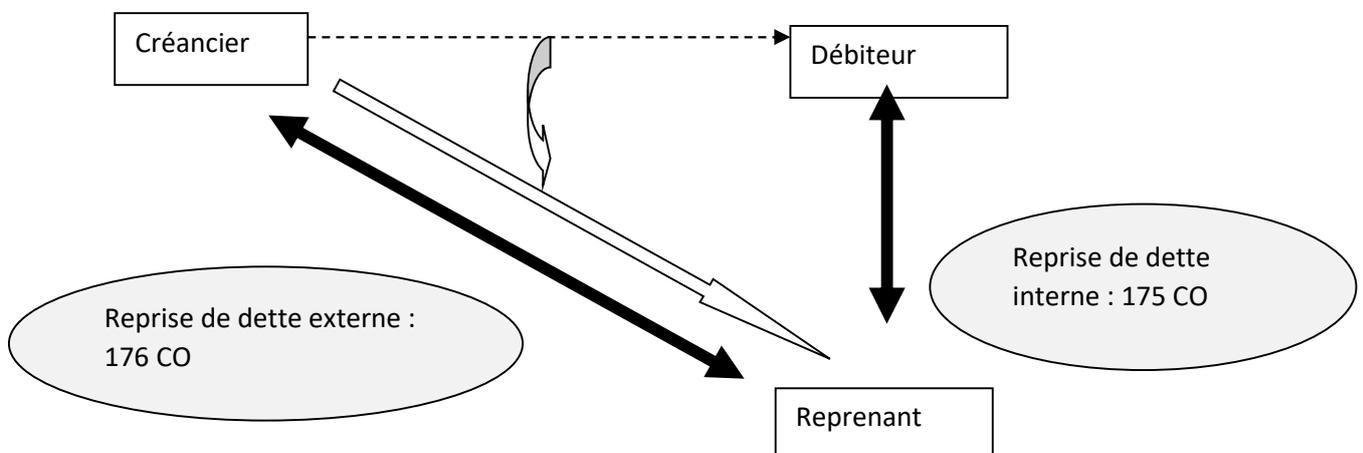
I. DEUX CONTRATS POUR UNE REPRISE

a. Substitution de débiteurs

163. La reprise de dette est l'interface de la cession créance : là où la cession de créance implique une substitution de créanciers, la reprise de dette vise une substitution de débiteurs. L'effet de miroir s'arrête là : la problématique est différente, car autant l'identité du créancier est indifférente au débiteur (qu'importe de payer sur un compte bancaire ou un autre), autant l'identité du débiteur, sa fiabilité (un mauvais payeur reste un mauvais payeur), sa solvabilité (encore faut-il qu'il ait de quoi payer), son domicile (for ordinaire de poursuite), sont essentiels pour le créancier.

164. La reprise de dette se fait donc en deux étapes :

- *Un accord entre le reprenant et le débiteur* (reprise de dette interne). Il s'agit de l'engagement d'un tiers (reprenant) vis-à-vis du débiteur de libérer ce dernier de sa dette. Cet engagement doit être accepté par le débiteur et peut être soumis à diverses conditions.
- *Un accord entre le créancier et le reprenant* (reprise de dette externe). Ce n'est que par cet accord que le débiteur initial est libéré de sa dette et que le reprenant devient le débiteur exclusif du créancier.



165. La reprise de dette implique ce double contrat.

- *Une reprise de dette interne sans reprise de dette externe* ne libère par le débiteur initial à l'égard du créancier (art. 176 al. 1 *a contrario*) et n'oblige le reprenant qu'à l'égard du débiteur initial. Le créancier n'acquiert aucun droit contre le reprenant, sauf s'il peut déduire ces droits d'une stipulation pour autrui parfaite (art. 112 al. 2 CO) en sa faveur dans le contrat entre le reprenant et le débiteur.
- *Une reprise de dette externe sans reprise de dette interne* ne permet pas au reprenant de se prétendre débiteur. Ainsi un tiers qui a obtenu l'accord du créancier pour reprendre la dette du débiteur (reprise de dette externe), et qui déclare en sa qualité de débiteur reprenant compenser sa dette, doit-il établir l'accord du débiteur initial (reprise de dette interne), pour que la déclaration de compensation soit valable.

Si elle a admis l'existence d'un contrat de reprise de dette externe entre N. SA et la défenderesse portant sur la reprise par celle-ci de la dette de M. Sàrl envers N. SA à hauteur de 33'000 fr. (cf. consid. A.c. supra), la cour cantonale n'a en revanche pas retenu la conclusion d'un contrat de reprise de dette interne entre les parties, pourtant nécessaire pour que la demanderesse puisse invoquer la dette en compensation avec la créance litigieuse. Elle a considéré que la demanderesse n'avait pas établi que la défenderesse avait reçu le courrier du 1er septembre 2014 et que les termes employés dans l'échange de courriels intervenu au mois d'octobre 2014 entre A. et B. n'étaient pas suffisamment explicites pour retenir que la défenderesse avait accepté que la demanderesse la libère de sa dette à l'égard de N. SA.

(TF 4A_445/2018 du 20.02.2019 cons. 4.2)

166. C'est à tort à notre avis que dans un arrêt plus ancien, le tribunal fédéral a indiqué que la reprise de dette interne n'est pas une condition de la reprise de dette externe (4C_134/2005 du 13 septembre 2005 consid. 3.1). Le débiteur peut avoir intérêt pour des raisons fiscales, ou réputationnelle (si le débiteur s'est engagé pour des motifs philanthropiques par exemple) à rester débiteur, et ne peut se voir déposséder de cette qualité sans son accord. Il est ainsi admis qu'une remise de dette (art. 115 CO) implique l'accord du débiteur (Cf. notamment Gauch/Schluép/Emmenegger, 192 N 3118 ; von Tuhr/Escher, § 75, 173-174 ; Hj. Peter, 169-170 ; von Büren, AT, 357-358 ; ATF 69 II 373, c. 1a). De même, une donation implique-t-elle l'accord du donataire (TF, 4A_394/2009, c. 3.3). Pour le même motif, le créancier et un tiers ne peuvent pas substituer un débiteur à un autre, sans l'accord du débiteur initial. Cet accord, fût-il implicite, s'exprime par la reconnaissance de dette interne.

167. En revanche, une fois que la reprise de dette externe est conclue, l'engagement du reprenant à l'égard du créancier est un engagement autonome, qui ne peut plus être remis en cause en raison de vices affectant la reprise de dette interne (art. 178 al. 3 CO).

b. Engagement du reprenant envers le débiteur

168. La reprise de dette interne est un contrat par lequel le reprenant s'engage à l'égard du débiteur initial à le libérer. Les termes « *reprise de dette interne* » ainsi que la note

marginale de l'article 175 CO sont trompeurs, car ce contrat entre le débiteur et le reprenant n'a aucun effet sur la dette, ni à l'égard du créancier.

Art. 175 OR stellt entgegen dem Wortlaut des Marginale nicht einen Fall der Schuldübernahme dar, sondern ist die vertragliche Vereinbarung zwischen einem Dritten (dem «Übernehmer») und dem Schuldner, diesen von seiner Verpflichtung zu befreien (sog. Befreiungsversprechen). Das Befreiungsversprechen wirkt nur unter den Parteien, lässt das Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger unberührt und verschafft diesem grundsätzlich kein Forderungsrecht gegenüber dem Übernehmer (vgl. Rudolf Tschäni, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, Art. 175 N. 6).

(TAF A-5203/2018 du 19.11.2019 cons. 9.5.2)

169. Le reprenant assume une obligation alternative (art. 72 CO), et a donc le choix de se libérer :

- *Par le paiement en mains du créancier.* Dans ce cas il n'y a pas de reprise de dette, mais extinction de la dette par son exécution. Le paiement ne peut intervenir que si la dette est exécutable (art. 81 CO). Si le débiteur a prévenu le créancier que le paiement sera effectué par le reprenant, celui-ci est subrogé aux droits du créancier contre le débiteur (art. 110 ch. 2 CO).
- *Par la conclusion d'une reprise de dette externe* avec le créancier (art. 176 CO).
- *Par l'extinction de la dette* par un autre moyen, comme la compensation ou une remise de dette négociée avec le créancier. La compensation, présentée dans l'arrêt qui suit comme une alternative à la reprise de dette externe, ne peut être envisagée que comme une conséquence de la reprise de dette externe, car le reprenant ne peut éteindre la dette par ce moyen que s'il est devenu débiteur.

L'on est en présence d'un contrat de reprise de dette interne au sens de l'art. 175 al. 1 CO lorsque le reprenant promet de libérer le débiteur de sa dette envers le créancier ; il s'agit donc d'une reprise de l'exécution d'une obligation (ATF 121 III 256 consid. 3b ; 110 II 340 consid. 1a). Le contrat de reprise de dette interne obéit en principe aux règles ordinaires sur la formation du contrat (art. 1 ss CO ; Gauch/Schluép/Schmid/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 10e éd. 2014, n. 3568 ; Ingeborg Schwenger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7e éd. 2016, n. 91.04). La libération du débiteur peut s'effectuer par l'exécution de la prestation due en faveur du créancier, par une reprise de dette externe (cf. art. 175 al. 1 1ère et 2ème hyp. CO) ou par d'autres moyens constituant une cause d'extinction de la dette reprise (p. ex. la remise de dette, la novation ou la compensation entre le reprenant et le créancier ; cf. not. arrêt 5A_60/2012 du 13 juillet 2012 consid. 4.2 ; Thomas Probst, in Commentaire romand, 2e éd. 2012, n. 4 ad art. 175 CO ; Schwenger, op. cit., n. 91.07).

(TF 4A_445/2018 du 20.02.2019 cons. 4.1)

170. La dette reprise est en général une dette pécuniaire mais elle peut être d'une autre nature. Dans ce cas, l'exécution par le créancier en mains du créancier n'est possible que s'il ne s'agissait pas d'une dette *intuitu personae* ou d'une dette pour laquelle les parties ont exclu contractuellement la sous-traitance. Lorsque l'exécution par le

reprenant en mains du créancier est impossible, ne reste que la conclusion d'une reprise de dette externe, qui dépend du bon-vouloir du créancier. L'obligation du reprenant est donc une obligation soumise à une condition suspensive potestative relative mixte (voir supra le chapitre Conditions). Le reprenant n'est donc responsable de l'inexécution de son engagement que s'il n'a pas de bonne foi négocié une reprise de dette externe (art. 156 CO).

171. Dans les autres cas, le reprenant qui n'obtient pas l'accord du créancier pour une reprise de dette externe reste obligé d'exécuter cette dette à la place du débiteur. Celui-ci peut obtenir des sûretés pour garantir ce paiement (art. 175 al. 3 CO). Ces sûretés peuvent être obtenues par une saisie des biens du reprenant (art. 38 LP). Le débiteur qui se résout à payer le créancier en raison du défaut du reprenant peut demander à ce dernier le remboursement du montant payé, plus tout autre dommage causé par ce défaut (par exemple les frais d'une poursuite du créancier contre le débiteur), sous forme de dommage et intérêts pour la violation de la reprise de dette interne (art. 97 CO ; TF, 4C.329/2002, c. 2.1).
172. La reprise de dette interne est souvent un aspect d'un contrat plus complet entre le débiteur et le reprenant. Le débiteur doit avoir exécuté toutes ses obligations à l'égard du reprenant découlant de ce contrat, avant de pouvoir demander l'exécution de l'obligation du reprenant (art. 175 al. 2 CO). Cette règle chronologique va plus loin que l'exception d'inexécution de l'article 82 CO, qui n'exige qu'une offre (réelle) d'exécution (contra CR-CO Probst, art. 175, N 9 qui y voit une simple confirmation). Les parties sont cependant libres de déroger à cet ordre d'exécution des prestations réciproques.
173. La reprise de dette n'est soumise à aucune forme particulière, sauf si elle correspond à une promesse de donner, ou si elle se trouve dans un contrat qui est soumis à une forme particulière (art. 243 CO). C'est le cas de la reprise d'une dette hypothécaire en cas d'acquisition d'un immeuble grevé (art. 832 al. 2 CO) ou d'une reprise de dette conclue dans un accord réglant les effets d'un divorce, soumis à la ratification du juge (art. 279 CPC, TF, 4D_2/2018 du 25.07.2018 cons. 3).

c. Accord du reprenant et du créancier

174. Le débiteur initial n'est pas libéré par la reprise de dette interne. Il ne l'est qu'au moment où le créancier accepte l'offre du reprenant de reprendre la dette (reprise de dette externe, art. 176 al. 1 CO).
175. Ce contrat entre le reprenant et le créancier n'est soumis à aucune forme légale. Il suppose une offre et une acceptation (art. 1 CO) mais tant l'offre que l'acceptation peuvent se faire par actes conclusifs (TF, 4C_134/2005 du 13 septembre 2005 cons. 3.1)
 - *L'offre* peut résulter de la communication de la reprise de dette interne au créancier. Cette communication peut être le fait du reprenant ou du débiteur, si ce dernier est autorisé par le reprenant (art. 176 al. 2 CO). Cette offre peut aussi résulter d'un acte d'exécution par le reprenant.

- *L'acceptation* peut résulter du fait que le créancier accepte sans réserve un acte d'exécution de la part du reprenant, cet acte fût-il partiel ou préparatoire (art. 176 al. 3 CO) ou du fait que le créancier demande l'exécution de la dette au reprenant par interpellation, action judiciaire ou poursuite (Genève, Cour de justice, ACJC/1335/2018 du 02.10.2018 cons. 3.1.2).

176. Pour être implicite ou résulter d'actes concluants, l'intention des parties doit néanmoins être claire, en particulier quant à la libération du débiteur initial. La reprise de dette peut être cumulative, ce qui ne libère pas le débiteur initial. Le créancier peut comprendre l'offre du reprenant comme une offre de cautionnement ou de garantie autonome de la créance. La libération du débiteur initial ne peut résulter que de l'intention clairement exprimée du créancier de renoncer à ses droits contre lui.

En revanche, comme la reprise de dette externe peut avoir soit un effet privatif, soit un effet cumulatif, il doit ressortir de manière suffisamment claire des déclarations que le reprenant veut reprendre la place du débiteur (Probst, op. cit., n. 4 ad art. 176 CO).

Genève, Cour de justice, ACJC/1335/2018 du 02.10.2018 cons. 3.1.2

177. Une reprise cumulative de dette est une opération de garantie, qui ne conduit pas à une reprise de dette au sens propre (impliquant une libération du débiteur) mais à une situation de solidarité entre le débiteur initial et le reprenant. La manifestation de volonté du reprenant n'est donc pas une offre de reprise de dette externe, mais une déclaration de solidarité au sens de l'article 143 al. 1 CO. De même une déclaration de garantie implique-t-elle une obligation de payer du garant, mais cette obligation se caractérise par son caractère subsidiaire par rapport à l'obligation du débiteur (art. 111 CO ou 492 CO). Entre substitution, solidarité et subsidiarité, l'accord du créancier et du reprenant n'est pas toujours facile à interpréter et une reprise de dette avec effet libératoire du débiteur n'est envisageable que si elle ressort clairement des déclarations ou actes concluants des parties.

178. Comme tout contrat, la reprise de dette externe est soumise aux art. 1 ss CO, en particulier les art. 3 ss CO sur les délais d'acceptation. L'art. 177 CO complète ce système sans y apporter grand-chose : le reprenant peut fixer un délai d'acceptation au terme duquel il est libéré s'il n'y a pas eu acceptation, ce qui correspond à l'article 3 CO. En l'absence de délai, l'offre peut être acceptée en tout temps, ce qui est dérogatoire à l'article 5 CO. Il faut cependant relativiser cette différence, car en pratique soit le créancier accepte la prestation du reprenant, ce qui constitue une acceptation implicite, soit il la refuse et poursuit le débiteur, ce qui est clairement un refus de l'offre de reprise. En cas (rare) de compétition entre reprenants, une offre de reprise de dette par un nouveau reprenant libère l'ancien de son offre (art. 177 al. 2 CO). Le créancier ne peut donc pas choisir entre les postulants à la reprise, et reste contraint par cette règle chronologique.

II. EFFETS DE LA REPRISE DE DETTE

a. Libération du débiteur initial

179. Dès la reprise de dette externe, le débiteur initial est libéré de sa dette (at. 176 al. 1 CO).
180. Cet effet libératoire ne se produit que si la reprise de dette externe est valable. En cas de vice de volonté ou de représentation affectant la reprise de dette externe, le débiteur initial reste obligé par la dette (art. 180 al. 1 CO qui mentionne de façon inexacte la « *renaissance de l'ancienne dette* », alors que le caractère rétroactif (*ex tunc*) d'une invalidation ou d'une résolution implique que le débiteur n'a juridiquement jamais été libéré de la dette).
181. Si par exemple le créancier invalide le contrat de reprise de dette externe en raison d'une erreur ou d'un dol concernant la solvabilité du reprenant, cette invalidation fait « *renaître* » avec effet rétroactif l'obligation du débiteur initial. L'invalidation n'est cependant possible que si le vice de volonté porte sur la situation de solvabilité du reprenant au moment de la reprise de dette externe, et non sur l'évolution de cette situation après la reprise de dette externe. Le débiteur ne garantit en effet pas la solvabilité future du reprenant, sauf convention contraire.
182. En revanche, si le créancier n'a pas encore exécuté la contreprestation en rapport de causalité avec la dette reprise, la constatation de l'insolvabilité ultérieure du reprenant lui permet à notre avis d'opposer au débiteur l'exception d'insolvabilité de l'art. 83 CO.
183. Si la reprise de dette externe est conditionnelle, la libération du débiteur est soumise à la même condition.
184. Le reprenant répond du dommage causé au créancier par l'annulation de la reprise de dette, si celle-ci lui est imputable (art. 180 al. 2 CO). Il s'agit de l'intérêt négatif du créancier à la non-conclusion de la reprise de dette externe (CR CO I-Probst, art. 180 N 7). La perte d'une garantie fait partie du dommage éventuel du créancier. Les garanties personnelles ou les gages appartenant à un tiers dont le créancier avait perdu le bénéfice par application de l'article 178 al. 2 CO redeviennent valables et doivent être, le cas échéant, réinscrit (hypothèque) ou reconstitués (remise de l'objet du gage au créancier en cas de nantissement). Les droits acquis entretemps par des tiers de bonne foi sont protégés en priorité.
185. En revanche, un vice affectant la reprise de dette interne n'affecte pas la libération du débiteur à l'égard du créancier. Le reprenant ne peut opposer les faits à l'origine de ce vice au créancier, et reste donc seul débiteur de la dette (art. 179 al. 3 CO). Le reprenant peut en revanche agir en enrichissement illégitime contre le débiteur initial, qui a été enrichi par sa libération, dans un rapport de connexité avec l'appauvrissement du reprenant découlant de la reprise de la dette externe (art. 62 ss CO).

b. Transfert partiel des exceptions et objections

186. Le reprenant reprend la dette telle qu'elle existe au moment de la reprise, c'est-à-dire dans la mesure où elle engageait le débiteur initial (principe de *l'identité de la dette*). Dès lors, le reprenant peut opposer au créancier :

- *Les exceptions et objections inhérentes à la dette* (par exemple la prescription (art. 127 ss CO), ou l'impossibilité objective subséquente d'exécution (art. 119 CO). La prescription de la créance est cependant interrompue par une reconnaissance de dette de la part du débiteur (art. 135 ch. 1 CO). La reprise de dette externe constitue une telle reconnaissance, car en prétendant reprendre une dette, le reprenant reconnaît qu'elle existe. La reprise de dette interrompt donc la prescription, si celle-ci n'était pas déjà acquise à ce moment.

L'exception d'inexécution (art. 82 CO) ou d'insolvabilité (art. 83 CO) sont des exceptions inhérentes à la dette, en ce sens qu'elles affectent son exigibilité. Le reprenant peut donc les opposer au créancier.

- *Les exceptions découlant du contrat dont découle la dette* (par exemple sa nullité ou son invalidation). La question de savoir si le reprenant peut lui-même invalider le contrat dont découle la dette pour un vice de consentement du débiteur initial (art. 23 ss CO), ou résoudre ce contrat en raison d'un défaut de la chose livrée au débiteur initial (art. 205 CO) est discutable. Il s'agit de droits formateurs qui sont en principe incessibles et le reprenant n'est pas devenu partie au contrat dont découle la dette reprise. D'un autre côté, il n'y a pas de raison que le créancier bénéficie d'une reprise de dette qui le protégerait des conséquences d'un dol ou de la livraison d'une chose défectueuse. La question est controversée en doctrine (Sur l'invalidation, partisans de la reprise du droit d'invalider : Bucher, AT, 585 n. 35 ; Engel, Traité, 899 ; von Tuhr/Escher, 390 ; opposant : BK-Becker, N 9 ; von Büren, AT, 344 ; Gauch/Schluemp/Emmenegger, N 3610 ; ZK-Spirig, N 39 ; Keller/Schöbi, Rechtsinstitute, 83. Cf. ég., BSK-Tschäni, N 5 ; Schwenger, N 91.21). Le Tribunal fédéral n'y a pas apporté une réponse claire. A notre avis, le reprenant ne doit pas assumer une obligation différente de celle du débiteur initial. Si ce dernier, qui n'assume plus la dette, se désintéresse des droits formateurs qui lui permettraient de s'en libérer, il est légitime que le reprenant puisse les exercer à sa place, ou en tous cas en son nom.

187. Par ailleurs, le reprenant peut bien sûr opposer au créancier ses exceptions ou objections personnelles (par exemple la compensation avec une créance du reprenant contre le créancier, ou un sursis négocié avec le créancier au moment de la reprise de dette externe).

188. En revanche, le reprenant ne peut pas opposer au créancier :

- *Les exceptions ou objections personnelles du débiteur initial* (par exemple la compensation avec une créance du débiteur initial contre le créancier) (art. 179 al. 2 CO). La loi réserve une convention contraire dans la reprise de dette externe, mais il suffit en réalité que le débiteur initial cède la créance compensante au reprenant

(art. 164 ss CO) pour contourner le principe de l'article 179 al. 2 CO et permettre au reprenant de déclarer la compensation.

- *Les exceptions relatives à la reprise de dette interne.* Le reprenant assume un engagement autonome à l'égard du créancier, et ne peut se prévaloir dans ses rapports avec le créancier d'un vice affectant son engagement à l'égard du débiteur initial (nullité, invalidation, etc.) (art. 179 al. 3 CO). Si le reprenant paie la dette comme il en a l'obligation à l'égard du créancier, il dispose contre le débiteur initial d'une action en enrichissement illégitime (art. 62 ss CO), car l'enrichissement du débiteur (sa libération) est sans cause (la reprise de dette interne viciée) et en lien de connexité avec l'appauvrissement du reprenant (le paiement de la dette).

189. Dès lors que la reprise de dette découle du consentement des trois parties concernées, des dispositions contraires sont possibles. La reprise de dette externe peut être soumise à la condition résolutoire de la validité et de l'exécution de la reprise de dette interne. Le reprenant peut renoncer à se prévaloir d'exceptions ou d'objections affectant la dette dans le contrat de reprise de dette externe, apportant ainsi à la reprise de dette un élément d'abstraction par rapport au contrat de base.

➤ Exemple de reprise de dette externe abstraite.

Le Reprenant s'engage à payer le montant du Prix de vente découlant du Contrat de vente du [] en lieu et place de l'Acheteur et renonce à toute exception ou objection dont pouvait bénéficier l'Acheteur.

190. Une telle stipulation rapproche la reprise de dette d'une assignation (466ss CO – il s'agit d'une instruction donnée par le débiteur à un tiers, par exemple sa banque, de payer le créancier), avec cette différence que l'assignant (débiteur) n'est pas libéré par l'assignation mais par son exécution.

c. **Maintien partiel des accessoires**

191. Le créancier peut agir contre le reprenant comme s'il était le débiteur initial.

192. Si le créancier avait déjà commencé une poursuite contre le débiteur initial, il ne peut pas la poursuivre contre le reprenant. Le cas échéant, il doit commencer de nouvelles poursuites, au for du domicile du reprenant (art. 64 ss LP). Il est prudent que la reprise de dette externe contienne un engagement du créancier de retirer la poursuite en cours contre le débiteur initial. Si ce n'est pas le cas ou si le créancier ne respecte pas son engagement, le débiteur initial peut faire constater la nullité de la poursuite par une action ou une requête en annulation (art. 85 et 85a LP).

193. Un séquestre éventuellement obtenu sur les biens du débiteur initial cesse de déployer ses effets dès libération de ce dernier. Si le créancier ne le retire pas, le débiteur peut s'y opposer s'il est encore dans le délai (art. 278 LP) en faisant valoir que le séquestre n'est plus justifié par une créance du créancier à son égard. Si le créancier a déjà commencé la validation du séquestre par une poursuite contre le débiteur, celui-ci peut requérir son annulation (art. 85 LP) sur présentation de l'acte de reprise de dette

externe. Le créancier est responsable de tout dommage causé par le séquestre au débiteur initial depuis la reprise de dette jusqu'à la levée du séquestre (art. 273 LP), même si le séquestre était initialement justifié.

194. En revanche, en cas de procédure judiciaire pendante concernant la dette, la reprise de dette donne lieu à une substitution de parties au sens de l'article 83 CPC (CR CPC-Jeandin, art. 83 N 8), dans la mesure où la question n'est pas réglée autrement dans le contrat de reprise de dette externe.
195. Le créancier conserve le bénéfice des accessoires de la dette (art. 178 al. 1 CO), à savoir les intérêts, y compris les intérêts échus non payés par le débiteur initial, les garanties réelles ou personnelles garantissant la dette (sous réserve de l'article 178 al. 2 CO), et les clauses de règlement des litiges se trouvant dans le contrat dont découle la dette.
196. Le reprenant est ainsi lié par la clause compromissoire qui se trouve dans le contrat dont découle la dette.

La reprise de dette externe entraîne le transfert des droits accessoires, au sens de l'art. 178 al. 1 CO, du débiteur au reprenant. La convention d'arbitrage constitue un tel accessoire (Eugen Spirig, Commentaire zurichois, 3e éd., n. 50 ad art. 178 CO ; Thomas Probst, Commentaire romand, n. 3 ad art. 178 CO ; Rudolf Tschäni, Commentaire bâlois, Obligationenrecht I, 4e éd., n. 1 ad art. 178 CO ; Werner Wenger/Christoph Müller, Commentaire bâlois, Internationales Privatrecht, 2e éd., n. 77 ad art. 178 LDIP ; Pierre Engel, Traité des obligations en droit suisse, 2e éd., p. 900). Il s'ensuit qu'elle lie le reprenant, sauf exceptions.

(TF 4A_128/2008 du 19.08.2008 cons. 3.2)

197. La question s'est aussi posée pour les reprises cumulatives de dette, qui sont plus des déclarations postérieures de solidarité (art. 143 CO) que des reprises de dette à proprement parler puisque le débiteur initial n'est pas libéré. Les tribunaux ont cependant considéré, à juste titre, que l'article 178 CO est applicable, car il n'y aurait pas de sens qu'une seule créance soit soumise à deux juridictions différentes, suivant le débiteur assigné. Les parties à la reprise de dette externe peuvent cependant prévoir le contraire (TF, 4P.126/2001 du 18 décembre 2001, cons. 2e/bb ; TF 4A_128/2008 du 19.08.2008 cons. 3.2).
198. En revanche, le créancier ne conserve pas les privilèges de droit des poursuites attachés à la créance, à savoir la participation privilégiée (art. 111 et 281 LP) et les privilèges dans la faillite (art. 219 LP). Il s'agit de privilèges liés à la relation spécifique entre le créancier et le débiteur initial. Dès lors que le créancier consent à la reprise de dette externe, il ne peut pas prétendre conserver ces privilèges (Bucher, AT, 586 n. 43 ; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 3602 ; Schwenger, N 91.19 ; von Büren, AT, 345 ; Engel, Traité, 900 ; BK-Becker, N 4 ; von Tuhr/Escher, 394).
199. L'article 178 al. 2 CO apporte une nuance importante au principe du maintien des accessoires lorsque l'accessoire affecte les obligations ou les intérêts d'un tiers :
 - *Garanties personnelles.* Une garantie personnelle est une garantie donnée par un tiers que le débiteur paiera. En droit suisse, seul le cautionnement (art. 492 ss CO) est une

garantie personnelle considérée comme un accessoire de la créance. Pour le garant (également appelé caution), l'identité du débiteur garanti n'est pas indifférente, car son risque dépend de la solvabilité ou de la fiabilité de ce débiteur. Ses chances de succès dans une éventuelle action récursoire également (art. 507 CO). La caution ne peut donc se voir imposer un changement de débiteur sans être consulté.

- *Garanties réelles.* Une garantie réelle peut être constituée sur un actif appartenant à un tiers. Pour ce tiers, l'identité du débiteur n'est pas indifférente, compte tenu du risque de réalisation du gage si le débiteur ne paie pas, et de la perspective d'une action récursoire (art. 827 CC et 110 al. 1 ch. 1 CO) contre le débiteur. La encore, le tiers propriétaire du gage ne peut se voir imposer un changement de débiteur sans être consulté.

200. Le maintien des accessoires en cas de garantie personnelle ou de gage sur un objet appartenant à un tiers et donc soumis au consentement du tiers garant ou du tiers propriétaire du gage. Ce consentement peut être obtenu avant la reprise de dette externe, ou être posé comme une condition suspensive de la reprise de dette externe. Le consentement de la caution doit être donné par écrit (art. 493 al. 5 CO). Le consentement du tiers propriétaire du gage n'est en revanche soumis à aucune forme légale (Bucher, AT, 586 ; BSK-Tschäni, N 3 ; Gauch/Schluemp/Emmenegger, N 3604 ; BK-Becker, N 12 ; von Tuhr/Escher, 393). En l'absence de consentement, le tiers garant est libéré de son engagement, et le gage appartenant au tiers est dégrevé.

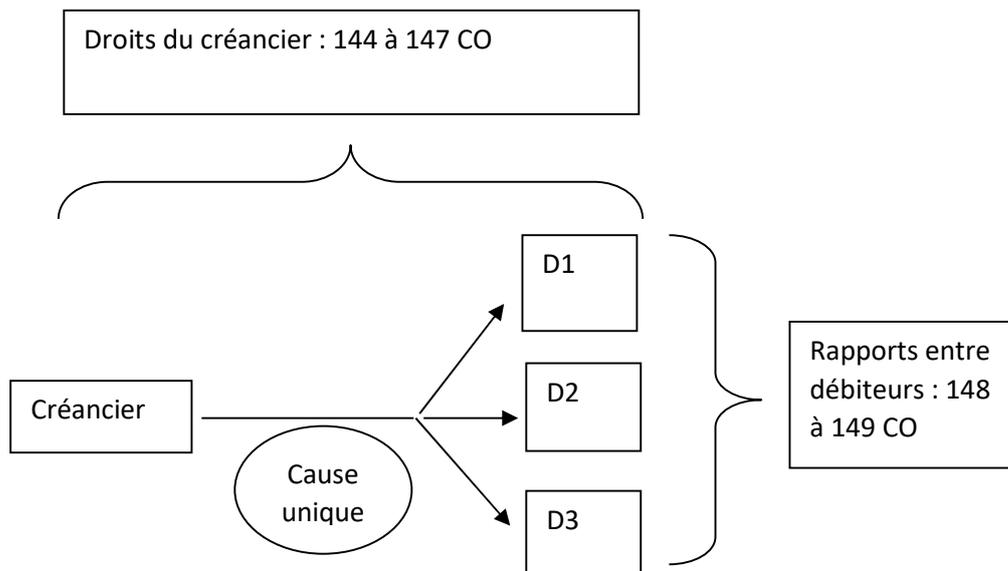
201. Ces processus contractuels parallèles (reprise de dette interne, reprise de dette externe, accord du garant ou tiers propriétaire du gage) sont souvent en pratique réglés en un seul acte, comprenant l'accord du débiteur initial, du reprenant, du créancier, et du tiers garant ou propriétaire du gage. L'avantage de cette solution est une flexibilité qui permet un meilleur usage de la liberté contractuelle, puisque toutes les personnes concernées donnent leur accord dans cet acte unique.

Vous me le paierez tous bien cher, Messieurs.

Victor Hugo, Marie Tudor, Acte III scène 9.

I. CONCEPT DE SOLIDARITÉ PASSIVE

202. La solidarité passive se définit comme une construction juridique dans laquelle un créancier a plusieurs débiteurs pour une créance unique. La cause de l'obligation est unique, mais plusieurs personnes en sont débitrices pour le tout, et sans ordre particulier entre elles. Cette institution est régie en droit suisse par les articles 143ss CO. Les articles 144 à 147 CO traitent des droits du créancier, et les articles 148 et 149 CO des rapports internes entre les débiteurs.



203. L'expression anglaise « *Jointly and severally liable* » (solidairement responsables) exprime cette idée que les débiteurs répondent ensemble de la même dette (*jointly*) mais chacun indépendamment des autres et pour la totalité de la dette (*severally*).
204. L'effet de solidarité s'étend aux éventuels gages qui garantissent la créance : plusieurs immeubles appartenant à des débiteurs solidaires différents peuvent être grevés à concurrence de la totalité de la créance, sans répartition de celle-ci sur les différents immeubles grevés (art. 798 al. 1 CC). Cela s'explique par le fait que chaque débiteur solidaire est débiteur de la totalité de la créance, et peut donc en répondre entièrement sur un immeuble lui appartenant.
205. La solidarité passive doit être distinguée d'autres constructions juridiques :

- *Garantie personnelle.* Lorsque l'exécution d'une même créance peut être demandée à plusieurs débiteurs mais dans un ordre défini (obligations subsidiaires), la construction juridique est celle d'une garantie personnelle. Le créancier doit d'abord demander l'exécution au débiteur principal avant de s'adresser au-x garant-s. Le caractère subsidiaire de l'obligation du ou des garant-s permet de distinguer la solidarité passive et les garanties personnelles. Il peut arriver que le rapport de subsidiarité soit très tenu. Ainsi pour certain cautionnement, le simple refus du débiteur principal autorise le créancier à s'adresser au garant. La proximité entre ce type de garantie et la solidarité s'exprime dans la terminologie légale : les cautionnements de ce type sont qualifiés de « *cautionnement solidaire* » (art. 496 CO). Le rapport de subsidiarité subsiste néanmoins et exclut l'application des règles sur la solidarité.
- *Division.* Lorsqu'il est convenu, d'accord avec le créancier, que la dette est divisée entre les débiteurs, le créancier ne pouvant demander à chacun d'entre eux qu'une fraction de la créance, il ne s'agit plus d'un cas de solidarité, mais d'une division de la créance de base en plusieurs créances distinctes. La loi prévoit la possibilité d'un tel accord en matière successorale avec l'accord du créancier (art. 639 al. 2 CC), comme une alternative à la solidarité entre les héritiers pour les dettes de la succession.
- *Solidarité imparfaite.* Lorsque plusieurs débiteurs répondent du même dommage envers un créancier, mais en vertu de causes différentes, il n'y a pas de solidarité au sens propre puisqu'il n'y a pas une créance unique, mais plusieurs créances distinctes qui visent la réparation du même dommage. Si par exemple un dommage a été causé par l'acte illicite d'un employé, le lésé peut demander la réparation de son dommage à l'auteur de l'acte illicite (art. 41 CO) à son employeur (art. 55 CO) et, si le lésé a une assurance dommage, à cette assurance (art. 48 LCA). Malgré cette pluralité de causes, cette situation se rapproche d'un cas de solidarité, en ce sens que chaque responsable répond de la totalité du dommage, et que le créancier ne peut demander qu'une seule fois la réparation de son dommage. Ces situations sont donc qualifiées comme des cas de *solidarité imparfaite*. Le régime juridique de la solidarité parfaite leur est pour l'essentiel applicable par analogie, avec les différences suivantes :
 - Chaque créance est soumise à des conditions, exceptions et objections qui lui sont propres, par opposition aux cas de solidarité parfaite où il n'y a qu'une seule créance.
 - L'interruption de la prescription par un débiteur n'interrompt pas la prescription contre les autres débiteurs (l'art. 136 CO est inapplicable).
 - Les rapports internes entre les coresponsables ne sont pas régis par les articles 148 et 149 CO, mais par des règles spécifiques (art. 51 al. 2 CO, art. 74 LCA).

II. NAISSANCE DE LA SOLIDARITÉ

a. Déclaration de solidarité

206. La première source de la solidarité est la volonté des parties : la solidarité naît d'une déclaration de solidarité de la part des débiteurs solidaires. Cette déclaration de solidarité est un acte juridique (manifestation de volonté sujette à réception et volonté de se placer sur le plan du droit) qui n'est soumise à aucune condition de forme. Il appartient cependant au créancier qui se prévaut d'un cas de solidarité de prouver l'existence de la déclaration de solidarité (art. 8 CC) et la forme écrite est donc en général une précaution utile.

- Exemple de clause de solidarité dans un contrat avec un architecte d'une part, et les maîtres d'œuvre A, B et C d'autre part :

A, B et C seront solidairement responsable du paiement des honoraires de l'architecte selon les termes et conditions du présent contrat.

207. Parfois le contrat désigne génériquement les débiteurs solidaires, par un terme défini dans le contrat et désignant plusieurs personnes. Dans ce cas, la responsabilité respective de chacune des parties désignées par ce terme doit être prévue par le contrat. Si cette responsabilité est une responsabilité solidaire, le contrat doit le prévoir clairement et être signé par tous les débiteurs concernés.

- Exemple d'une clause de solidarité de débiteurs désignés génériquement dans le contrat :

If and when included within the term "Tenant," as used in this instrument, there is more than one person or entity, each shall be jointly and severally liable for the obligations of Tenant.

208. Les parties au contrat ne peuvent pas prévoir qu'un tiers non partie au contrat sera solidairement responsable, car une déclaration de solidarité de la part du tiers est nécessaire. Pour la même raison, une société représentée par son ou ses administrateurs ne peut pas déclarer qu'une autre société du groupe sera solidairement responsable, pas plus qu'une personne physique ne peut rendre solidairement responsable un proche ou un membre de sa famille. Dans tous ces cas, une déclaration de solidarité émanant du débiteur concerné est nécessaire.

209. La déclaration de solidarité peut être implicite, mais elle doit alors découler de l'attitude passive ou active du débiteur solidaire et non des seules attentes des parties au contrat. Le fait que plusieurs personnes soient ensemble parties à un contrat avec un cocontractant n'implique pas nécessairement qu'elles soient solidairement responsables des obligations découlant de ce contrat à l'égard du cocontractant : une individualisation des obligations respectives des parties, voire la division d'une obligation à l'égard du cocontractant, peut résulter des circonstances.

Durch Vertrag wird eine solidarische Verpflichtung durch ausdrückliche Abrede begründet. Sie kann sich indessen auch stillschweigend aus den Umständen und dem

Inhalt des Vertrags ergeben. Die Tatsache eines gemeinsamen Vertragsschlusses allein genügt nicht für die Annahme einer Solidarschuld (BGE 116 II 707 E. 3 S. 712 ; Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Bern 2012, N 88.15 ; Heierli/Schnyder, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar. Obligationenrecht I, 5. Auflage, Basel 2011, Art. 143 N 6 f.). Der Beweis für das Vorliegen einer Solidarschuld obliegt nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB dem Gläubiger (Heierli/Schnyder, a.a.O., Art. 143 N 7).

(Bâle-Ville, Cour d'appel, BEZ.2014.53 du 08.01.2015 cons. 3.3.3)

210. Le juge doit donc examiner les déclarations ou comportements du prétendu débiteur solidaire tels qu'ils pouvaient être compris par le créancier de bonne foi et en tenant compte de toutes les circonstances (principe de la confiance).

Die solidarische Verpflichtung kann sich indessen auch stillschweigend aus den Umständen und dem sonstigen Inhalt des Vertrages als gewollt ergeben. Soweit sich insoweit kein tatsächlich übereinstimmender Wille ermitteln lässt, sind die Umstände nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (BGE 116 II 707 E. 3 ; s. auch BGE 136 III 186 E. 3.2.1 S. 188 ; 132 III 24 E. 4 S. 27 f. ; Urteile 4C.199/2004 vom 11. Januar 2005 E. 8.2.1 ; 4C.24/2000 vom 28. März 2000 E. 5a/b).

(TF, 4A_566/2012 du 09.04.2013 cons. 9)

211. La solidarité se déduit parfois des circonstances, ce qui correspond à une déclaration implicite de solidarité des débiteurs : lorsque plusieurs débiteurs prennent ensemble l'engagement d'exécuter une obligation indivisible, le législateur prévoit que le créancier peut demander l'exécution dans sa totalité à chaque débiteur (art. 70 al. 2 CO), et organise un système de recours interne (art. 70 al. 3 CO), caractéristiques de la solidarité. Il n'est pas nécessaire que les débiteurs expriment cette solidarité pour qu'elle résulte du caractère indivisible de la prestation. Certains auteurs traitent ce cas comme une situation autonome, « *similaire* » à celle de la solidarité. A notre avis, il s'agit d'un cas de solidarité pour lequel la déclaration de solidarité est implicite.

Même si le terme "solidarité" n'est pas utilisé dans la loi, l'indivisibilité produit des effets identiques à ceux de la solidarité (Gauch/Schluep/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, tome II, 8e éd., n. 3897, p. 319 ; Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3e éd., p. 473 ; Hohl, op. cit., n. 8 ad art. 70 CO ; Thévenaz, op. cit., p. 379).

(TF, 03.07.2007, SJ 2007 I p. 1)

212. La déclaration de solidarité intervient en général au moment de la naissance de l'obligation solidaire, mais il est possible qu'elle intervienne dans un second temps. L'obligation n'a qu'un débiteur au moment de sa naissance, et un tiers déclare ultérieurement reprendre la dette solidairement avec le débiteur initial. Cette construction juridique est celle de la reprise cumulative de dette : le tiers reprend la dette du débiteur initial, sans pour autant que le débiteur initial ne soit libéré. Dès lors que le débiteur initial n'est pas libéré, la reprise cumulative de dette n'est pas soumise à l'accord du créancier contrairement à ce qui est prévu à l'art. 176 CO (reprise de dette externe). En revanche la reprise cumulative de dette implique une déclaration de solidarité de la part du reprenant. La pratique contractuelle confère parfois à ces

reprises cumulatives de dettes une fonction de garantie. Dès lors que le reprenant déclare reprendre la dette au même titre que le débiteur initial, et non subsidiairement à celui-ci, il s'agit d'un cas de solidarité régi par les articles 143ss CO et non d'une garantie personnelle.

A la différence du porte-fort, la reprise cumulative de dette, par laquelle le reprenant déclare au créancier qu'il exécutera la même prestation que le débiteur originaire, dont il devient à son tour le débiteur, constitue un engagement solidaire au sens de l'art. 143 CO (Tevini, op. cit., n. 26 ad art. 111 CO). Le reprenant dispose à cet effet d'un droit de recours contre le second à concurrence de ce qu'il paye (art. 149 al. 1 CO).

(Genève, Cour de justice, ACJC/1494/2018 du 30.10.2018 cons. 5.1.4)

b. Sources légales

213. En l'absence d'une déclaration de solidarité, la solidarité passive ne peut découler que de la loi (art. 143 al. 2 CO). La loi prévoit de nombreux cas de solidarité, soumis au régime des articles 143 ss CO.

En droit des obligations

- Lorsque plusieurs personnes commettent en bande un acte illicite, les auteurs sont solidairement responsables à l'égard du lésé (art. 50 al. 1 CO).
- En cas de reprise de patrimoine, l'ancien débiteur reste solidairement obligé avec le nouveau pendant une période de trois ans (art. 181 al. 2 CO). Ce principe est repris dans plusieurs cas prévu par la loi sur les fusions (art. 75 Lfus. Voir aussi art. 47 al. 1 Lfus pour les sociétés participant à une scission).
- En cas de transfert de bail commercial, le locataire initial est solidairement responsable avec le reprenant pendant une durée de deux ans au plus (art. 263 al. 4 CO).
- Des emprunteurs conjoints répondent solidairement des frais d'entretien d'une chose prêtée (art. 308 CO).
- En cas de transfert d'entreprise, les rapports de travail passent à l'acquéreur. L'ancien employeur répond cependant solidairement avec le nouveau des créances des travailleurs échues avant le transfert ou pendant la période théorique de résiliation des contrats de travail par l'ancien employeur (art. 333 al. 3 CO). Ce principe est repris dans la loi sur les fusions (art. 75 et 76 Lfus).
- Lorsque plusieurs personnes mandatent solidairement un mandataire, elles sont solidairement débitrices des obligations financières du mandant à l'égard du mandataire (honoraires convenus, frais et remboursement des avances, indemnisation pour le dommage causé : art. 402 CO). Lorsqu'à l'inverse plusieurs mandataires acceptent conjointement un mandat, ils sont solidairement responsables à l'égard du mandant (art. 403 al. 1 et 2 CO).

- Des dépositaires conjoint sont solidairement responsables de la garde et de la restitution de la chose confiée (art. 478 CO).

En droit commercial

- Les associés d'une société simple sont solidairement responsables des dettes de la société (art. 544 al. 3 CO).

Selon l'art. 530 CO, la société simple est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes, physiques ou morales, conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun.

(...) Chaque associé est personnellement responsable des engagements de la société. La société simple n'ayant pas la personnalité juridique, elle n'a pas à proprement parler de patrimoine "social". Les créanciers "sociaux", c'est-à-dire ceux dont la créance découle d'une affaire passée au nom de la société, ne peuvent par conséquent pas agir contre elle : ils doivent agir contre les associés, pris individuellement, chacun répondant, à défaut de convention contraire, à l'égard des tiers de la totalité de la dette, conformément aux règles générales sur la solidarité (Tercier/Bieri/Carron, Les contrats spéciaux, 2016, n. 7011, p. 1035 et n. 7039, p. 1038).

(Genève, Cour de justice, ACJC/1078/2017 du 05.09.2017 cons. 3.1)

- Les associés d'une société en nom collectif sont tenus solidairement des dettes de la société, sans distinction entre le patrimoine de la société et leur patrimoine personnel. Les nouveaux associés deviennent solidairement responsables des dettes existantes (art. 568 et 569 CO).
- Les fondateurs d'une société anonyme qui agissent au nom de la société avant son inscription sont personnellement et solidairement responsables des dettes ainsi contractées, à moins que la société n'assume ces obligations dans les trois mois après son inscription (art. 645 CO). La même règle s'applique pour une société à responsabilité limitée (art. 779a CO) et une société coopérative (art. 838 CO).
- Lorsque plusieurs fondateurs, réviseurs, ou administrateurs d'une société anonyme sont responsables d'un dommage à la société ou aux créanciers sociaux, ils en sont solidairement responsables (art. 759 CO). Si plusieurs administrateurs commettent ensemble une faute de gestion, il s'agit d'une solidarité parfaite. Si en revanche le dommage est causé par des fautes distinctes des administrateurs, des réviseurs ou des fondateurs, il s'agit d'un cas de solidarité imparfaite, ce qui explique l'appréciation différenciée des fautes prévues à l'art. 759 al. 2 CO et caractéristique d'une solidarité imparfaite. La même règle s'applique dans une société coopérative (art. 918 CO).
- Dans une société en commandite par actions, tous les associés sont tenus solidairement des dettes sociales (art. 764 CO).
- Les ayants-droit communs d'une part sociale dans une société à responsabilité limitée sont solidairement tenus d'effectuer les versements supplémentaires

(art. 795 CO) et de fournir les prestations accessoires (art. 796 CO) en lien avec cette part (art. 792 CO).

- Lorsque les statuts d'une société coopérative imposent aux associés une responsabilité individuelle et illimitée, les associés sont solidairement obligés pour l'ensemble des engagements de la société en cas de perte des créances dans la faillite de la société (art. 869 al. 2 CO).
- En droit de change, tous les tireurs accepteurs, endosseurs ou avals d'une lettre de change sont solidairement tenus envers le porteur (art. 1044 CO). S'agissant de causes différentes, ce cas relève de la solidarité imparfaite.
- Les auteurs d'un prospectus d'émission d'obligations inexact, ou les émetteurs d'obligations sans prospectus obligatoire, sont solidairement responsable du dommage causé par l'inexactitude du prospectus ou par son absence (art. 1156 al. 3 CO).

En droit civil

- En cas de divorce, l'époux qui n'est plus locataire répond solidairement du loyer jusqu'au prochain terme du bail et pour deux ans au plus (art. 121 al. 2 CC).
- Chaque époux agissant au nom de l'union conjugale engage solidairement son conjoint, tant qu'il n'excède pas ses pouvoirs de manière reconnaissable pour les tiers (art. 166 al. 3 CC).
- Les membres d'une indivision sont solidairement tenus des dettes liées à cette indivision (art. 342 al. 2 CC).
- Les héritiers sont tenus solidairement des dettes du défunt (art. 603 al. 1 CC). Cela vaut même après le partage, sauf si le créancier a consenti à une division de la dette ou à la délégation de cette dette à l'un des héritiers (art. 639 al. 1 CC).

III. DROITS DU CRÉANCIER

a. Liberté de choix du créancier

214. Le créancier est libre de choisir à quel débiteur il va demander l'exécution de l'obligation (art. 144 al. 1 CO). Il est libre de demander à ce débiteur l'exécution de la totalité de l'obligation ou d'une partie de l'obligation. Tant que l'obligation n'est pas entièrement éteinte, le créancier reste libre de demander à un autre débiteur de prendre en charge en tout ou en partie l'obligation existante ou subsistante.

215. Le pouvoir du créancier est discrétionnaire. Il n'implique aucune justification du choix de demander l'exécution à l'un plutôt qu'à l'autre des débiteurs. Certes, tout droit doit être exercé conformément aux règles de la bonne foi (art. 2 CC), mais il n'est en principe pas contraire aux règles de la bonne foi que le créancier demande l'exécution de la totalité de l'obligation à n'importe lequel des débiteurs solidaires de son choix.

216. Du point de vue procédural, le créancier peut agir contre n'importe lequel des débiteurs, sans être contraint d'assigner tous les débiteurs solidaires en justice (pas de consorité passive nécessaire).

Qu'en revanche, lorsque les membres de la communauté revêtent la qualité de débiteurs solidaires, le créancier conserve le choix de les rechercher ensemble ou séparément à raison d'une partie ou du tout (art. 143 al. 2 et 144 al. 1 CO), si bien qu'il n'y a pas de consorité passive nécessaire au sens de l'art. 70 al. 1 CPC, seule la consorité simple entrant en considération (JEANDIN, op.cit., ad art. 70 CPC, no 6)

(Genève, Cour de justice, ACJC/603/2017 du 22.05.2017)

217. Les droits du créancier, et sa liberté de choix, ne survivent pas à l'obligation. L'exécution par un débiteur, même si ce n'est pas le débiteur choisi par le créancier, éteint l'obligation sans que le créancier ne puisse refuser cette exécution, dans la mesure en tout cas où cette obligation est exécutable (art. 75 et 81 CO). Tout autre motif d'extinction de l'obligation, y compris une déclaration de compensation par l'un des débiteurs solidaires, libère l'ensemble des débiteurs (art. 144 al. 2 CO).
218. Les accords internes entre les débiteurs solidaires ne sont en aucun cas opposables au créancier. L'acceptation du créancier sur une répartition de la dette entre les différents débiteurs conduit à l'extinction du cas de solidarité, au profit d'une division de la créance d'accord entre toutes les parties.

b. Exceptions et objections opposables au créancier

219. Le débiteur interpellé par le créancier pour une exécution en tout ou en partie de la dette peut lui opposer (art. 145 al. 1 CO) :

- *Ses exceptions personnelles, c'est-à-dire les exceptions qui découlent de sa relation personnelle avec le créancier, indépendamment de l'obligation elle-même. Il peut s'agir :*
 - D'une exception de compensation (art. 120 CO)
 - D'une clause de libération individuelle. Il s'agit d'un accord entre le créancier et ce débiteur, par lequel le créancier s'est engagé à ne pas demander l'exécution à ce débiteur. La clause de libération individuelle ne bénéficie pas aux autres débiteurs.

➤ Exemple de clause de libération individuelle

C s'engage à ne pas demander à D le paiement de sa créance découlant du contrat du [], dont D est solidairement débiteur. Les droits de C contre les autres débiteurs solidaires sont réservés.

- D'un vice de consentement (art. 23 ss CO) ou de représentation (art. 32 ss CO) affectant la déclaration de solidarité de ce débiteur.

- *Les exceptions ou objections communes à tous les débiteurs.* Il s'agit des exceptions ou objections affectant l'obligation elle-même. Il peut s'agir :
 - D'une nullité du contrat dont découle l'obligation solidaire (art. 20 CO).
 - D'un vice de consentement ou d'un vice de représentation affectant l'obligation en tant que telle, soit en général le contrat dont elle découle. Ces vices doivent être communs aux débiteurs solidaires pour valoir exceptions commune (par exemple lorsque tous les débiteurs solidaires ont été abusés par une tromperie du créancier, ou représentés collectivement par un représentant excédant son pouvoir de représentation).
 - D'une extinction de l'obligation au sens du Titre troisième (extinction de l'obligation principale lorsque la solidarité concerne une obligation accessoire, novation, confusion, impossibilité d'exécution, compensation, prescription). Une déclaration de compensation faite par un débiteur vaut extinction de l'obligation (art. 120 CO), et profite donc à tous les débiteurs solidaires. Cette déclaration de compensation (art. 124 al. 1 CO) doit cependant être faite par le débiteur qui est titulaire de la créance compensante et non pas un autre des débiteurs solidaires. La prescription de l'obligation peut être invoquée par tous les débiteurs, mais l'interruption de la prescription à l'égard d'un débiteur interrompt la prescription pour tous les débiteurs (art. 136 CO).
 - D'une résolution du contrat dont découle la solidarité, en cas de demeure ou de défaut (par exemple lorsque les débiteurs sont solidairement responsables du paiement du prix d'une marchandise selon un contrat qui a été résolu en raison d'une absence de livraison (art. 107 CO) ou d'un défaut de la marchandise livrée (art. 205 CO).
 - D'une clause de libération collective. Il s'agit d'une renonciation à l'obligation par le créancier au bénéfice de tous les débiteurs. Cette clause peut se trouver dans un accord entre le créancier et l'ensemble des débiteurs, ou avec un débiteur en particulier. Dans ce dernier cas, la clause comprend une stipulation pour autrui parfaite (art. 112 CO) en faveur des autres débiteurs solidaires.

➤ Exemple de clause de libération collective

C renonce à la créance découlant du contrat du ____, dont D est solidairement débiteur avec d'autres débiteurs. Cette renonciation vaut libération pour tous les débiteurs solidaires.

220. En revanche, un débiteur solidaire ne peut pas faire valoir les exceptions personnelles d'un autre débiteur. Ainsi un débiteur solidaire ne peut invoquer la compensation en se prévalant d'une créance compensante dont un autre débiteur est titulaire tant que cet autre débiteur n'a pas déclaré la compensation. De même un débiteur ne peut pas se prévaloir d'une clause de libération individuelle au profit d'un autre débiteur, ou d'un vice affectant la déclaration de solidarité d'un autre débiteur.

c. Transaction

221. En cas de litige entre le créancier et l'un des débiteurs, il est possible que les parties règlent ce litige par une transaction, qui peut être extra-judiciaire (contrat privé impliquant un retrait de la demande) ou judiciaire (ratifiée par le juge et valant jugement (art. 208 et 241 CPC).

- Si cette transaction implique un *paiement intégral de la dette* par le débiteur assigné, l'obligation s'éteint et les autres débiteurs sont libérés à l'égard du créancier. La question doit ensuite être réglée dans les rapports internes entre les débiteurs solidaire (infra)
- Si cette transaction implique des *reconnaisances de dette, la constitution de sûretés ou d'autres avantages* conférés par le débiteur assigné au créancier, cette aggravation de la position du débiteur assigné n'est pas opposable aux autres débiteurs (art. 146 CO). La transaction extrajudiciaire signée par l'un des débiteurs ne vaut pas titre de mainlevée provisoire (art. 82 LP) dans le cadre d'une poursuite contre un autre débiteur solidaire, dans la mesure où elle n'est pas signée par cet autre débiteur. La transaction judiciaire vaut titre de mainlevée définitive (art. 80 LP) contre le débiteur partie à cette transaction (TF 5A_533/2017 du 23.10.2017) mais pas contre les autres débiteurs solidaires.
- Si cette transaction implique une *libération totale ou partielle* du débiteur assigné, la question est de savoir s'il s'agit d'une clause de libération individuelle (qui ne bénéficie pas aux autres débiteurs solidaires) ou d'une clause de libération collective (qui constitue une stipulation pour autrui en faveur des autres débiteurs solidaires). L'article 147 al. 2 CO n'apporte qu'une solution limitée, puisque la loi fait dépendre la libération des autres débiteurs des « *circonstances* » ou de la « *nature de l'obligation* ». Il convient en réalité d'interpréter la transaction pour déterminer si les parties avait l'intention de mettre les autres débiteurs à son bénéfice.

Les contreparties exigées par le créancier sont souvent révélatrices de cette intention : si le créancier renonce à l'obligation elle-même (clause de libération collective), il exigera des contreprestations à la hauteur de cette renonciation, correspondant à la valeur économique de l'obligation. En revanche, le créancier qui renonce à poursuivre un débiteur sans renoncer à ses droits contre les autres débiteurs (clause de libération individuelle) ne perd pas la valeur économique de l'obligation, ce qui implique une contre-prestation d'une valeur nettement plus modeste.

Le cas échéant, il appartient aux débiteurs solidaires non parties à la transaction de prouver qu'ils bénéficient de la transaction passée par l'un d'entre eux.

Les recourants ne tentent en effet à aucun moment de soutenir que la transaction conclue en l'espèce par le créancier avec la société (coresponsable) libérerait tous les autres (soit en l'espèce les deux administrateurs) selon l'art. 147 al. 2 CO (cette disposition étant applicable par analogie en cas de solidarité imparfaite : cf. arrêt 4C.27/2003 du 26 mai 2003 consid. 3.4, in SJ 2003 I p. 597). Il incombe aux

administrateurs (débiteurs) d'alléguer et d'établir une volonté des parties allant dans ce sens (cf. arrêt 4C.27/2003 déjà cité consid. 3.5.2) et il n'y a donc pas lieu d'entrer en matière sur cette question (cf. consid. 1.2 et 1.3 non publiés).

(ATF 141 III 112 cons. 4.5)

d. Faits subséquents attribuables à un codébiteur

222. Il peut arriver que par des faits postérieurs à la naissance de la solidarité, un débiteur aggrave sa position, par exemple parce que mis en demeure par le créancier il ne s'exécute pas ce qui l'expose à des frais de retard (art. 106 CO), ou parce qu'il rend l'exécution impossible par sa faute.
223. Ces situations, qui résultent de faits attribuables à un débiteur, ne peuvent conduire à une aggravation de la situation des autres débiteurs solidaires (art. 146 CO). Seul l'auteur de ces faits peut s'en voir attribuer les conséquences. Dans le cas d'une impossibilité subséquente fautive, seul l'auteur de la faute répond de l'inexécution du contrat (art. 97 CO) les autres pouvant se prévaloir de l'exception commune de l'impossibilité subséquente non fautive (art. 119 al. 1 CO).

Ainsi, un débiteur ne peut pas convenir avec le créancier d'étendre les devoirs de ses coobligés ou modifier les conditions de leurs obligations respectives. Si l'un des codébiteurs est en demeure, il en supportera seul les conséquences. De même, si l'obligation devient impossible en raison de la faute d'un codébiteur, ce dernier en répondra seul en vertu de l'art. 97 CO (Isabelle Romy, Commentaire romand, n. 1 à 3 ad art. 146 CO ; Anton K. Schnyder, Basler Kommentar, 3e éd., n. 2 ad art. 146 CO ; Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2e éd., p. 494/495).

(TF, 03.07.2007, SJ 2007 I p. 1)

IV. RAPPORTS ENTRE DÉBITEURS

a. Part interne de la dette

224. Les rapports internes entre débiteurs dépendent de la part interne de la dette supportée par chaque débiteur. La part interne de chaque débiteur solidaire dépend de l'accord passé entre les débiteurs.
225. Ainsi, la part interne d'un associé dans une société simple dépendra du contrat de société. Selon le principe de l'article 533 al. 2 CO, un accord des associés sur la répartition des bénéfices vaut aussi pour les pertes, et permet donc de calculer la part interne de chaque associé pour les dettes sociales.

Conformément à l'art. 544 al. 3 CO, les trois sujets passifs du droit de recours contractuel étaient solidairement responsables à l'égard de la titulaire de ce droit. Cependant, en dérogation à la règle générale posée à l'art. 148 al. 1 CO, ils ne devaient pas assumer de manière égale la dette commune dans leurs rapports internes, mais, vu l'art. 533 al. 2 CO, dans la même proportion que celle arrêtée pour

la répartition des bénéfices, à savoir 50% pour B. et 25% chacun pour Z. et dame Y.

(TF, 4A_220/2007 du 21.09.2007)

226. Cette part interne n'est pas opposable au créancier, en ce sens qu'elle ne remet nullement en cause le droit du créancier de demander la totalité de la prestation à chacun des débiteurs solidaires (art. 144 al. 1 CO).

227. A défaut d'accord entre les débiteurs sur leurs parts internes, la loi pose une présomption et prévoit des exceptions :

- *Présomption légale.* Selon l'article 148 al. 1 CO, chacun des débiteurs doit supporter une part égale de la dette dans ses relation internes avec les autres débiteurs.
- *Pouvoir d'appréciation du juge.* La loi fait parfois dépendre les parts internes des débiteurs solidaires d'une répartition par le juge. C'est une solution qui a le mérite d'une prise en considération *in concreto* des circonstances, mais qui a le désavantage d'impliquer une procédure judiciaire. Cette solution est prévue dans des cas où il n'y a pas nécessairement de contrat préexistant entre les débiteurs solidaires, en particulier dans les cas de commission en commun d'un acte illicite (art. 50 al. 2 CO), et de responsabilités concurrentes d'administrateurs, de réviseurs ou de fondateurs d'une société anonyme (art. 759 al. 3 CO) ou d'une société coopérative (art. 818 al. 2 CO).
- *Nature de l'affaire.* La nature de l'affaire et des relations entre les codébiteurs peut conduire à une répartition inégale des parts internes, même en l'absence d'un accord sur ce point entre les codébiteurs. La loi prévoit ainsi qu'en cas de cession d'entreprise, le cédant reste solidairement responsable des salaires des employés avec le repreneur, pendant une certaine période (art. 333 al. 3 CO). Or il s'agit de salaire qui devraient être payés intégralement par le repreneur, puisque tous les contrats de travail lui ont été transférés (art. 333 al. 1 CO) et puisque *de facto*, les travailleurs travaillent pour le repreneur. Le législateur utilise l'institution de la solidarité comme un moyen de garantir le paiement des salaires, et il se justifie que dans les relations entre le cédant et le repreneur, la part interne de la dette soit intégralement supportée par le repreneur. Il en est de même dans le cas de la solidarité prévue par la loi entre le cédant et le repreneur d'un contrat de bail commercial (art. 263 al. 4 CO). Enfin, lorsque les parties utilisent la reprise cumulative de dette comme un moyen de garantie, il est justifié que dans leurs relations internes, le débiteur initial supporte la totalité de la dette, et en libère le reprenant cumulatif.

228. De façon plus générale, une dérogation à la présomption d'une répartition égale prévue par l'article 148 al. 1 CO peut résulter d'un accord implicite ou des actes concluants des débiteurs.

L'art. 148 CO règle le rapport entre les codébiteurs (rapports internes : Tercier, op. cit., n. 1633 ss). Il pose comme principe que chacun des débiteurs solidaires doit prendre à sa charge une part égale du paiement fait au créancier, à moins que le contraire ne résulte de leurs obligations (al. 1). Les débiteurs peuvent ainsi déroger

conventionnellement à la répartition égale (par tête) prévue par la loi. La clef de répartition conventionnelle peut résulter de la nature des liens qui unissent les codébiteurs et de la cause pour laquelle ils ont souscrit un engagement solidaire : une convention spéciale n'est pas nécessaire (Romy, Commentaire romand, n. 3 ad art. 148 CO).

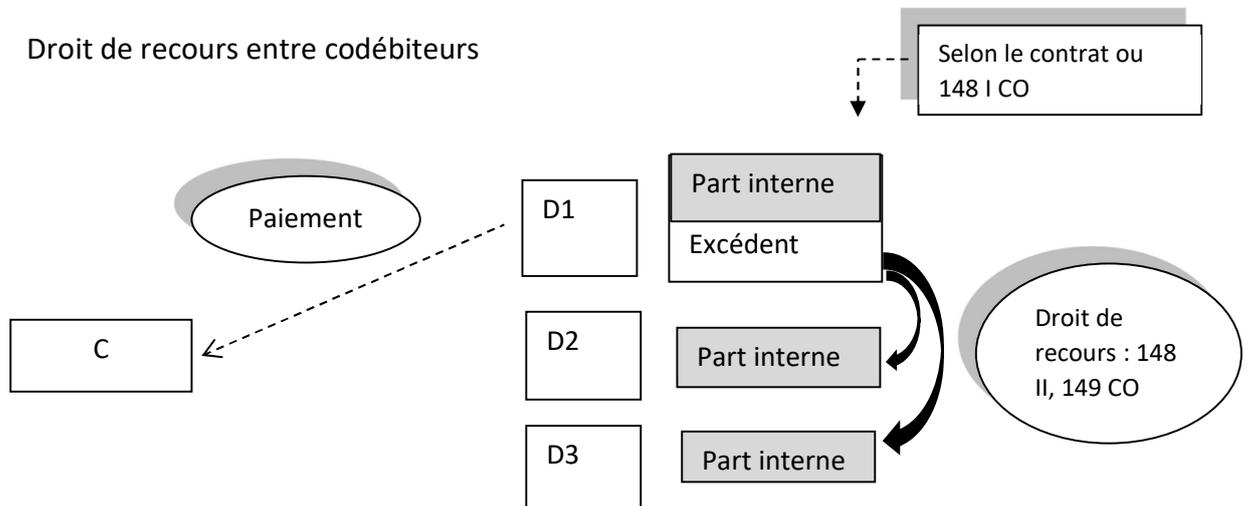
(Genève, Cour de justice, ACJC/1637/2011 du 16.12.2011 cons. 2.2)

b. Droit de recours et subrogation

229. Lorsqu'un débiteur solidaire exécute la prestation, il convient de distinguer la partie de la prestation correspondant à sa part interne et celle qui l'excède (l'excédent).

230. L'excédent doit être réparti entre les autres débiteurs solidaires au prorata de leurs parts internes. Le débiteur qui s'est exécuté dispose donc d'un droit de recours contre chacun des autres débiteurs solidaires pour la part de l'excédent qu'ils doivent prendre en charge (art. 148 al. 1 CO).

- Droit de recours entre codébiteurs



231. Le débiteur qui exerce son droit de recours doit agir contre chacun des autres débiteurs solidaires séparément sans pouvoir demander à chacun des autres débiteurs solidaires plus que le montant de l'excédent que ce débiteur solidaire doit prendre à sa charge (soit au maximum sa part interne). Il n'y a donc pas de solidarité entre débiteurs solidaires pour la créance récursoire d'un débiteur contre les autres.

232. Le débiteur qui exerce son droit de recours (le recourant) est subrogé aux droits du créancier contre les autres débiteurs (art. 149 al. 1 CO). Cela signifie :

- Que le recourant bénéficie pour son droit de recours des garanties réelles ou personnelles dont disposait le créancier en garantie de la créance principale.
- Que le recourant bénéficie des privilèges d'exécution forcée dont bénéficiait le créancier (art. 211, 219 LP).
- Que le recourant peut se prévaloir pour son droit de recours d'une clause compromissoire ou d'une clause de prorogation de for dont bénéficiait le créancier.

233. Ces accessoires dont bénéficie le créancier pour la créance principale bénéficient donc également aux débiteurs solidaires pour leurs droit de recours. Le créancier est donc responsable à leur égard du maintien de ces accessoires (art. 149 al. 2 CO). S'il y renonce et compromet ainsi les chances de recouvrement d'un débiteur solidaire en lien avec son droit de recours, le créancier est responsable à son égard, dans la mesure du dommage causé par cette renonciation.
234. La prescription du droit de recours est de trois ans dès l'exécution de la prestation en mains du créancier (art. 139 CO). Cela implique qu'un débiteur peut recourir contre un autre débiteur alors que la prétention du créancier contre cet autre débiteur serait-elle-même prescrite. De ce point de vue, l'obligation interne d'un débiteur n'est pas prescrite lorsque son obligation l'est du point de vue des rapports externes. Le Tribunal fédéral a relevé ce point et en a déduit un principe basé sur les règles de la bonne foi, selon lequel celui des débiteurs solidaires qui entend recourir contre les autres débiteurs est tenu de leur donner avis dès que possible du fait qu'il s'acquitte en mains du créancier.

Pour parer à ces inconvénients, la jurisprudence, partant de la prémisse selon laquelle le créancier récursoire qui entend s'en prendre à un coresponsable déjà libéré à l'égard du lésé par la prescription doit lui donner un avis dès qu'on peut l'exiger de lui en appliquant les règles de la bonne foi, fait appel au correctif de l'art. 2 al. 2 CC et refuse au titulaire de la créance récursoire non prescrite l'exercice de son droit s'il a omis de procéder en temps utile à un tel avis (ATF 127 III 257 consid. 6c).

(ATF 133 III 6, cons. 5.3.5).

c. Exceptions et objections opposable au recourant

235. Chaque débiteur peut s'opposer au droit de recours du recourant en faisant valoir les exceptions et objections suivantes :
- *Ses exceptions ou objections personnelles*, découlant de leur ses rapports personnels avec le recourant. Il peut s'agir de la compensation si le défendeur dispose d'une créance compensante contre le recourant, ou de tout autre accord passé entre le défendeur et le recourant, y compris une éventuelle remise de dette. Il peut aussi s'agir du fait que le recourant n'a pas respecté son incombance d'avis, qui résulte de la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 133 III 6, cons. 5.3.5 ; supra b.)
 - *Les exceptions ou objections communes* que le débiteur recourant a négligé d'opposer au créancier (art. 145 al. 2 CO). Si un débiteur exécute la prestation en mains du créancier alors qu'une exception ou objection affectant l'obligation lui aurait permis de refuser en tout ou en partie l'exécution, il perd son droit de recours contre les autres débiteurs solidaires. Cela implique que les débiteurs solidaires ne doivent prendre en charge la part de la prestation correspondant à leurs parts internes que dans la mesure où cette prestation était due au créancier.
236. L'article 145 al. 2 CO n'autorise cependant les débiteurs solidaires à opposer les exceptions et objections communes que le recourant a négligé d'opposer au créancier

que si on peut lui en faire le reproche. Tel n'est pas le cas si le recourant ignorait sans faute l'existence de cette exception ou objection commune :

- *Compensation*. Si l'un des débiteurs a déclaré compenser la dette avec une créance dont il disposait contre le créancier (art. 124 al. 1 CO), mais a omis de porter cette déclaration de compensation à la connaissance de tous les autres débiteurs solidaires, il s'expose au recours d'un autre débiteur qui aurait exécuté l'obligation sans se prévaloir de la compensation.
- *Libération collective*. Si un débiteur, dans le cadre de ses négociations avec le créancier, a obtenu de ce dernier une clause de libération collective, mais a omis d'en informer les autres débiteurs, il s'expose également au recours d'un autre débiteur qui se serait exécuté dans l'ignorance de cette libération collective.

237. Les prestations faites au créancier malgré l'existence d'une exception ou objection commune peuvent le cas échéant faire l'objet d'une action en enrichissement illégitime de la part du débiteur qui s'est exécuté, dans les limites de l'article 67 CO.

238. Enfin, un débiteur solidaire ne peut pas opposer au recourant les exceptions ou objections personnelles qu'il aurait pu opposer au créancier :

- *Compensation avec un créance contre le créancier*. Un débiteur ne peut compenser sa dette à l'égard du recourant avec une créance qu'il avait contre le créancier, s'il n'avait pas fait de déclaration de compensation (art. 124 al. 1 CO) avant l'exécution de la prestation par le recourant. Si une telle déclaration de compensation avait eu lieu avant l'exécution de la prestation en mains du créancier et avait été portée à la connaissance du recourant, alors l'extinction partielle ou totale de l'obligation en résultant était une exception commune qui aurait dû être opposée par le recourant au créancier, et dont peuvent se prévaloir les autres débiteurs solidaires dans le cadre de l'exercice du droit de recours (art. 145 al. 2 CO).
- *Clause de libération individuelle*. De même, un débiteur solidaire ne peut se prévaloir dans ses rapports avec le recourant d'une clause de libération individuelle dont il bénéficiait dans ses rapports avec le créancier. L'inopposabilité de ces clauses de libération individuelle dans les relations internes entre les débiteurs rend donc ces clauses très peu protectrices pour leur bénéficiaire (qui reste soumis à l'action récursoire d'un autre débiteur). Un débiteur solidaire n'est en réalité libéré que par une clause de libération collective. Solidaires dans leur obligation, les débiteurs le restent dans leur libération.

d. Répartition du risque de défaut d'un débiteur solidaire

239. Lorsque le débiteur qui s'est exécuté est dans l'impossibilité d'obtenir un paiement de la part de l'un des autres débiteurs (le débiteur défaillant), le risque de cette impossibilité doit être réparti entre tous les autres débiteurs non-défaillant (y compris le débiteur recourant) au prorata de leurs parts internes (art 148 al. 3 CO).

240. Le droit de recours est donc augmenté d'une fraction de la part interne du débiteur défaillant. Cette situation conduit chaque débiteur non défaillant à payer un montant plus important que celui de sa part interne.
241. L'impossibilité d'obtenir un paiement peut être établie selon les modalités de l'article 495 CO (TC NE, 03.07.1978 in RJN 1968 I p. 188 ss, 193), c'est-à-dire dans les cas suivants :
- Le débiteur défaillant a été déclaré en faillite.
 - Le débiteur défaillant a obtenu un sursis concordataire.
 - Le débiteur défaillant a été, de la part du débiteur qui s'est exécuté en mains du créancier, l'objet de poursuites ayant abouti à la délivrance d'un acte de défaut de biens définitif.
 - Le débiteur défaillant a changé d'Etat de domicile et l'exercice du droit de recours s'en trouve sensiblement entravé. Ce dernier cas (qui au regard de l'art. 495 CO concerne tout départ de la Suisse) doit être adapté à un monde moderne et globalisé, et réservé à des situations où la juridiction dans laquelle le débiteur défaillant s'est domicilié ne permet pas d'envisager une procédure de recouvrement dans des délais raisonnables.
242. Chaque débiteur qui a payé au-delà de sa part interne en application de l'article 148 al. 3 CO dispose potentiellement d'un droit de recours contre le débiteur défaillant (148 al. 2 CO) qui peut être exercé lorsque le débiteur défaillant peut à nouveau être actionné ou poursuivi, sous réserve de la prescription. L'acte de défaut de bien obtenu par le débiteur recourant à l'encontre du débiteur défaillant a un effet de prolongation de la prescription (art. 149a LP) qui doit à notre avis profiter à tous les débiteurs solidaires qui ont payé au-delà de leur part.

e. Obligations indivisibles ou non pécuniaires

243. L'idée d'une répartition interne de la dette, telle qu'elle résulte de l'article 148 CO, implique qu'il s'agisse d'une obligation divisible. Le cas le plus fréquent est celui d'une obligation de payer une somme d'argent (obligation pécuniaire) dont chaque débiteur devra supporter une partie du paiement dans le cadre des recours internes.
244. En cas d'obligation indivisible, le créancier peut demander la prestation à chacun des débiteurs solidaires (art. 70 al. 2 CO). Le débiteur qui a exécuté la prestation a un droit de recours contre les autres (art. 70 al. 3 CO). Dans ce cas, le droit de recours consiste à faire prendre à leur charge par les codébiteurs non pas une partie de la dette indivisible, mais une partie de la contrevaletur en argent de la prestation effectuée, calculée à la date de l'exécution (Krauskopf Frédéric, Zürcher Kommentar, Die Solidarität, Art. 143 - 150 OR, 3e éd., Genève - Zurich - Bâle 2016, Art. 148 - Art. 149 / II. Das Regressrecht nach Art. 148 Abs. 2 OR / C. - D. n 67)
245. Il en est de même lorsque l'obligation solidaire était une obligation en nature et non une obligation pécuniaire : le droit de recours du débiteur qui s'est exécuté consiste à demander aux autres débiteurs une compensation financière correspondant à leurs

parts internes de la prestation effectuée. Cette compensation financière doit être calculée selon la valeur de la prestation en nature à la date où elle a été exécutée.

V. SOLIDARITÉ ACTIVE

a. Pluralité de créanciers

246. La solidarité active se définit comme une construction juridique dans laquelle un débiteur a plusieurs créanciers pour une créance unique, lorsqu'il est convenu que le débiteur sera tenu pour le tout envers chacun des créanciers (art. 150 al. 1 CO) et que l'exécution de l'obligation par le débiteur en mains d'un créancier le libèrera envers tous (art. 150 al. 2 CO). Plus rare que la solidarité passive, la solidarité active permet à chaque créancier de demander au débiteur l'intégralité de la prestation, y compris judiciairement, sans devoir agir en consorité nécessaire (art. 70 CPC) avec les autres créanciers.

247. Il faut distinguer le cas de la solidarité active du cas des *créanciers collectifs* : Une communauté successorale détient en indivision les créances du défunt contre les tiers (art. 602 al. 2 CO). Les débiteurs ne peuvent se libérer qu'en effectuant leurs prestations envers tous les créanciers collectivement ou envers un représentant autorisé (Spahr, Commentaire romand du CC, Art. 602 N 12). De même, les associés dans une société simple ne sont pas créanciers solidaires des créances acquises au nom de la société, mais créancier collectifs (ATF 130 III 248, c. 4.1). Dans tous ces cas, et sauf accord contraire des parties, les créanciers doivent agir contre le débiteur ensemble, comme Consorts nécessaires (art. 70 CPC).

248. Le compte-joint est le principal cas d'application de l'article 150 CO, lorsque les parties ont convenu d'une clause de solidarité active conférant à chaque titulaire du compte un pouvoir de disposition sur la totalité du compte.

➤ Exemple de clause de compte-joint

Chaque titulaire du compte-joint a le droit de donner des instructions de manière individuelle et sans limitation, ce qui inclut notamment le droit d'effectuer des retraits sur le compte joint ou de solder ledit compte. Toute procuration accordée par l'un des titulaires du compte-joint engage en outre tous les autres titulaires du compte-joint.

249. La loi ne règle pas les relations entre les créanciers, qui dépendent du contrat passé entre eux ou des règles applicables à la communauté qu'ils forment.

250. La loi ne règle pas non plus la question de la contreprestation éventuelle des créanciers à l'égard du débiteur (paiement d'honoraires, remboursement des frais et dépens, etc.). Des cas de solidarité passive peuvent venir compléter le régime de la solidarité active, par exemple lorsque plusieurs personnes mandatent conjointement un mandataire (art. 403 al. 1 CO), ou lorsqu'il est prévu par le contrat que les créanciers solidaires sont également débiteurs solidaires des *contreprestations*.

➤ Exemple de clause de solidarité passive en relation avec un compte-joint

Les titulaires du compte-joint répondent solidairement et individuellement de toutes les prétentions que la Banque pourrait faire valoir en rapport avec le compte en question.

b. Litige entre créanciers

251. En principe, le débiteur s'exécute en mains du créancier qui en fait la demande. En cas de désaccord entre les créanciers, le débiteur a la liberté de choisir le créancier en mains duquel il entend se libérer (art. 150 al. 3 *ab initio* CO).
252. Cette liberté cesse lorsque l'un des créanciers poursuit le débiteur (art. 150 al. 3 *in fine* CO). Dès ce moment, la poursuite crée un effet de priorisation (« *Priorisierungswirkung* » ; BK-Kratz, Art. 150, N 133) selon lequel le débiteur ne peut plus se libérer qu'en mains du créancier poursuivant.
253. Le terme « *poursuites* » (« *rechtliche Belangung* » dans la version allemande) doit être compris en son sens large, et comprend une poursuite ou une action en justice (BK-Kratz, Art. 150, N 129). En revanche, une sommation écrite ou orale ne suffit pas à conférer à l'un des créanciers une priorité par rapport aux autres.

« Dans ce cas, en effet, Z. aurait pu infirmer les droits de ses cohéritiers, de par l'art. 150 al. 3 CO, en ouvrant une poursuite contre le débiteur. Elle ne l'a pas fait et une simple sommation verbale ou sous seing privé ne suffit pas, du point de vue de cette disposition légale (OSER/SCHÖNENBERGER, *Comm. ad art. 150 CO*, n. 5 ; pour le droit français : HAMEL, *op.cit.*, t. I, p. 515). »

(ATF 94 II 313 cons. 6)

254. La liberté de choix du débiteur peut également être limitée par les règles propres au contrat sous-jacent entre les parties. S'il s'agit par exemple d'un contrat de mandat, le débiteur est tenu par les instructions des créanciers (art. 397 CO) et par son devoir de loyauté à leur égard (art. 398 CO). En cas de litige entre les créanciers, reconnaissable par le débiteur, ce dernier doit refuser d'exécuter des instructions contradictoires, ou de favoriser un créancier au détriment de l'autre, et attendre qu'un des créanciers le poursuive ou agisse en justice (art. 150 al. 3 CO).
255. En cas de poursuites parallèles des créanciers solidaires, ou d'intervention d'un créancier dans la procédure initiée par l'autre (art. 73 CPC), le débiteur doit attendre la décision du juge sur les modalités d'exécution de la dette. Le cas échéant, il peut consigner le montant dû, à l'instar d'un débiteur en cas de litige entre le cédant et le cessionnaire d'une créance cédée (art. 168 CO).

On regarde la mort, on regarde la vie, et l'on consent. Mais c'est un consentement qui saigne.

Victor Hugo, Les travailleurs de la mer

256. Le droit des obligations n'est rien d'autre qu'une réflexion sur le consentement, ses limites, ses sources, ses vices, ses modalités, son expression, ses conséquences directes et indirectes. Le juriste est un orfèvre du consentement. En présentant ces quelques stipulations contractuelles que sont les conditions suspensives ou résolutoires, la solidarité passive ou active, la reprise de dette, la cession de créance et les clauses pénales exclusives, cumulatives ou alternatives, nous avons proposé à nos lecteurs quelques-unes des modalités de ce consentement. Elle se caractérisent par leur ancrage législatif. Parmi les diamants bruts de la liberté contractuelle, ces stipulations codifiées sont des pierres ciselées, taillées avec amour par le législateur, polies par le temps, montée en chaînes ou en bagues par leurs utilisateurs, et présentées dans leurs écrins de papier que sont les contrats. Ces pierres-là peuvent être travaillées sans fin, pour toujours faire jaillir les lumières du droit.
257. Nos vies sont faites de rencontres. La rencontre des âmes est spirituelle ; la rencontre des corps est charnelle ; la rencontre des consentements est juridique. Nos destins sont confinés dans ce triangle de l'âme, du corps et du consentement. C'est la responsabilité des juristes que d'être les gardiens du consentement.
258. Certes, nos jeunes lecteurs trouveront peut-être plus séduisant de se consacrer aux mystères de l'âme ou aux voluptés du corps. Qu'ils songent néanmoins que c'est de la rencontre des consentements que procède le miracle d'une société humaine. L'organisation d'une société n'est pas un assemblage mécanique ni un carcan rigide, mais une subtile toile qui relie les hommes par la concordance de leurs volontés. C'est la différence entre une société et un troupeau. Le droit des obligations est au cœur cette toile fragile et salvatrice. L'homme naît de la rencontre des corps, la société de la rencontre des consentements.
259. Epicure enseignait que « *la justice n'existe pas en soi. Elle n'existe que dans les contrats mutuels, et s'établit partout où il y a engagement réciproque de ne point léser et de ne point être lésé* ». C'est une vision qui vaut bien le dogme d'une justice divine, ou l'abandon d'une justice laissée au sentiment du juge. Le contrat s'étend au droit public, qui n'est jamais que le consentement au pouvoir. La prédominance du consentement dans les sociétés humaines ne vaut pas que pour les sociétés démocratiques. On sait depuis La Boétie que les régimes autoritaires procèdent d'une servitude volontaire, et ces servitudes-là sont aussi une forme de consentement. Un consentement qui saigne, sans doute, mais un consentement quand même.

260. Est juriste celui ou celle qui détient les clefs de la théorie du consentement. Le reste, y compris les constructions juridiques qui font l'objet de ces pages, n'est que l'écume du droit.

Table des matières

CONDITIONS	2
I. Typologie	2
II. Naissance des conditions	3
a. Source contractuelle	3
b. Source légale	4
III. Effets d'une condition suspensive.....	5
a. Droits à l'exécution.....	5
b. Exécution anticipée	5
c. Régime juridique de la période de suspension	6
IV. Effets d'une condition résolutoire.....	7
a. Résiliation ou résolution.....	7
b. Liquidation des rapports contractuels	8
V. Manipulation d'une condition.....	8
a. Fiction de l'article 156 CO	8
b. Fiction de la fiction	10
VI. Conditions potestatives.....	10
a. Conditions liées à la volonté d'une partie.....	10
b. Pouvoir discrétionnaire et bonne foi.....	11
c. Condition potestative mixte ou indirecte	12
VII. utilisation contractuelle et limites légales.....	13
a. Utilisation des conditions comme lien entre des contrats distincts	13
b. Utilisation des conditions comme procédure de conclusion du contrat	14
c. Utilisation des conditions pour obtenir ou empêcher un comportement illicite ou immoral	14
d. Utilisation de conditions modificatrices ou algorithmiques	15
CLAUSE PÉNALE	16
I. Typologie	16
a. Utilité.....	16
b. Qualification	16
c. Facteur déclencheur.....	19
II. Rapports entre dommage et clause pénale	20
a. Dommage supérieur au montant de la clause pénale	20
b. Dommage inférieur au montant de la clause pénale.....	21
c. Clause de non-imputation	22

d.	Réduction de la clause pénale.....	22
e.	Clause pénale coulissante	24
f.	Evaluation.....	25
III.	Inexigibilité de la clause pénale.....	25
a.	Illicéités et immoralité.....	25
b.	Impossibilité	26
IV.	Distinctions.....	27
a.	Distinction avec la forfaitisation du dommage	27
b.	Distinction avec les arrhes et le dédit	29
	CESSION DE CRÉANCE	30
I.	Conditions d'une cession.....	30
a.	Contrat de cession.....	30
b.	Forme de l'acte de disposition	31
c.	Distinctions	33
d.	Objet de la cession	34
II.	Étendue de la cession.....	36
a.	Droit au recouvrement.....	36
b.	Cession des accessoires.....	37
c.	Intérêts et titre	40
III.	Causes et causalité de la cession.....	40
a.	Contre-prestation du cessionnaire.....	40
b.	Abstraction ou causalité.....	41
IV.	Effets de la cession pour le débiteur	42
a.	Opposabilité de la cession au débiteur	42
b.	Maintien des exceptions et objections	43
c.	Litige entre cédant et cessionnaire	46
V.	Garantie du cédant.....	47
a.	Garantie de l'existence de la créance	47
b.	Garantie de solvabilité	47
c.	Prescription	48
d.	Garantie légale en cas de cession onéreuse	49
e.	Cession gratuite ou légale	51
f.	Cessions destinées au paiement d'une créance du cessionnaire contre le cédant.....	51
	REPRISE DE DETTE	53
I.	Deux contrats pour une reprise	53
a.	Substitution de débiteurs.....	53

b.	Engagement du reprenant envers le débiteur	54
c.	Accord du reprenant et du créancier	56
II.	Effets de la reprise de dette	58
a.	Libération du débiteur initial.....	58
b.	Transfert partiel des exceptions et objections.....	59
c.	Maintien partiel des accessoires	60
SOLIDARITÉ.....		63
I.	Concept de solidarité passive.....	63
II.	Naissance de la solidarité	65
a.	Déclaration de solidarité	65
b.	Sources légales	67
III.	Droits du créancier	69
a.	Liberté de choix du créancier	69
b.	Exceptions et objections opposables au créancier	70
c.	Transaction	72
d.	Faits subséquents attribuables à un codébiteur	73
IV.	Rapports entre débiteurs	73
a.	Part interne de la dette	73
b.	Droit de recours et subrogation	75
c.	Exceptions et objections opposable au recourant.....	76
d.	Répartition du risque de défaut d'un débiteur solidaire	77
e.	Obligations indivisibles ou non pécuniaires	78
V.	Solidarité active	79
a.	Pluralité de créanciers.....	79
b.	Litige entre créanciers.....	80
UNE BRÈVE RÉFLEXION FINALE		81