

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/14514/2011

ACJC/680/2013

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 24 MAI 2013

Entre

A_____SA, ayant son siège _____ à Genève, appelante et intimée d'un jugement rendu par la 14ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 30 août 2012, comparant par Me Paolo Castiglioni, avocat, rue de Rive 4, case postale 3400, 1211 Genève 3, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

Monsieur B_____, domicilié _____ à Genève, intimé et appelant sur appel joint, comparant par Me Jean de Saugy, avocat, boulevard des Philosophes 9, 1205 Genève, en l'étude duquel il fait élection de domicile,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 29.05.2013.

EN FAIT

A. a. Par jugement JTPI/11577/2012 du 30 août 2012, communiqué aux parties pour notification le même jour, la 14^{ème} Chambre du Tribunal de première instance a rejeté l'action en libération de dette intentée par A_____SA contre B_____ (ch. 1 du dispositif), et prescrit que la poursuite n° 10 _____ F notifiée à A_____SA irait sa voie à concurrence de 1'500'000 fr. (ch. 2). Il a arrêté les frais judiciaires à 10'000 fr. et mis ceux-ci à la charge de A_____SA; il a compensé ces frais avec l'avance fournie par cette dernière, et ordonné que le surplus d'avance de frais lui soit restitué (ch. 3). Il a enfin condamné A_____SA à payer 5'000 fr. à B_____ à titre de dépens (ch. 4) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 5).

b. En substance, le premier juge a retenu que B_____ et A_____SA avaient signé, le 12 janvier 2009, une convention dénommée "*convention de nantissement*" en lien avec un acte de nantissement que B_____ a ensuite signé, le 21 janvier 2009, avec la banque C_____ pour garantir, à hauteur de 1'500'000 fr., le prêt accordé par ladite banque à A_____SA. Le premier juge a tout d'abord estimé que, quand bien-même aucune pièce n'avait été produite à cet égard par les parties, l'existence de l'appel à la garantie par C_____ à l'encontre de B_____ pouvait être tenue pour établie. Il a ensuite considéré que l'art. 6.2 de la "*convention de nantissement*" du 12 janvier 2009 signée par les parties permettait de retenir qu'en cas de défaut de remboursement de l'emprunt par A_____SA, cette dernière était tenue de rembourser au garant, soit B_____, la somme garantie. Le Tribunal a dès lors rejeté l'action en libération de dette intentée par A_____SA à la suite du jugement ayant accordé la mainlevée provisoire à l'opposition qu'elle avait formée au commandement de payer la somme de 1'517'954 fr. 15 que B_____ lui avait fait notifier en remboursement des sommes nanties, tout en précisant qu'à teneur des pièces produites le maximum du nantissement s'élevait à 1'500'000 fr. de sorte que la poursuite n'irait sa voie qu'à hauteur de ce montant.

c. Par acte déposé au greffe de la Cour de justice le lundi 1^{er} octobre 2012, A_____SA forme appel du jugement précité, dont elle demande l'annulation. Elle conclut, avec suite de frais et dépens, à ce qu'il soit constaté que le montant de 1'517'954 fr. 15 plus intérêts à 5% dès le 17 décembre 2010 visé dans la poursuite n° 10 _____ F introduite par B_____ à son encontre n'est pas dû et à ce qu'il soit dit que cette poursuite n'ira pas sa voie.

d. B_____ a répondu à l'appel et formé, à son tour, appel joint par acte du 18 décembre 2012. Il conclut, avec suite de frais et dépens, sur appel principal, au rejet de ce dernier et à la confirmation du jugement entrepris, et, sur appel joint, à la condamnation de A_____SA à lui payer des intérêts au taux de 5% à compter du 17 décembre 2010 sur la somme de 1'500'000 fr.

A l'appui de son appel joint, il produit une pièce nouvelle, soit une attestation de paiement de C_____ du 29 novembre 2012 (pièce n° 11).

e. Dans son mémoire en réponse à l'appel joint, déposé le 7 mars 2013, A_____SA conclut, à la forme, à l'irrecevabilité de la pièce 11 produite par B_____ et des allégués n° 8 et 9 du mémoire en réponse et appel joint en lien avec celle-ci. Au fond, elle conclut au déboutement de B_____ de toutes ses conclusions et reprend ses propres conclusions sur appel principal.

f. Les parties ont été informées le 8 mars 2013 de la mise en délibération de la cause.

B. Les faits pertinents pour l'issue du présent litige sont les suivants :

a. B_____, actuellement à la retraite, était auparavant actif dans le prêt-à-porter féminin. A_____SA (ci-après également, la société) lui avait été présentée par des amis qui y avaient investi. Après quelques mois, il avait été contacté par celle-ci pour l'obtention d'une garantie en vue d'un prêt bancaire.

b. Le 12 janvier 2009, A_____SA - soit pour elle D_____ et E_____ - et B_____ ont signé une "*convention de nantissement*" (ci-après, la convention) dont le préambule avait la teneur suivante :

"Attendu que B_____ est actionnaire de A_____SA;

Attendu que A_____SA a besoin de fonds afin de garantir ses opérations en cours ainsi que la livraison de ses projets; [...]

Attendu que A_____SA est actuellement en train de discuter une ligne de crédit avec C_____ jusqu'à concurrence de 2'000'000. fr. pour laquelle la Banque exige un/des nantissement(s);

Attendu que l'on s'attend à ce que A_____SA disposera de suffisamment de fonds pour rembourser la ligne de crédit et/ou qu'elle libérera le nantissement à la fin du mois de juin, respectivement du mois de décembre 2009 [...];

Attendu que A_____SA propose à B_____, en sa qualité d'actionnaire de A_____SA, de soutenir A_____SA pendant cette période en fournissant une garantie bancaire conformément aux dispositions de l'Annexe I jointe au présent contrat, ladite garantie couvrant le nantissement requis par la Banque pour fournir un prêt à A_____SA". [...]

Devant le Tribunal, B_____ a déclaré qu'il n'était pas l'auteur du contrat et ignorait qui l'avait rédigé. Il souhaitait que le contrat soit rédigé en français car il ne comprenait pas l'anglais. Dès lors que le contrat correspondait à ce qui avait été discuté, il l'avait signé. Il ignorait l'état financier de la société.

E_____ a précisé que la société avait proposé à tous ses actionnaires ce type de procédé car elle avait des problèmes de liquidités. Cinq actionnaires en avaient "*profité*". Il a confirmé que le contrat avait été rédigé par la société. A la base, il était en anglais mais B_____ avait demandé à ce qu'il soit traduit en français ce

qui avait été fait par la société. Tous les actionnaires recevaient annuellement l'état financier de la société; ceux qui avaient signé les contrats de "prêt" avaient reçu les états financiers actualisés.

c. A teneur de l'article 2.1 de la convention, B_____ acceptait de "livrer à C_____ une garantie bancaire en tant que nantissement (en conformité avec la convention de garantie bancaire de C_____) couvrant la ligne de crédit fournie par C_____ à A_____SA jusqu'à concurrence d'un montant de CHF 1'500'000.- [...]".

L'échéance de la garantie était fixée au 30 juin 2009, avec une possibilité de prolongation au 31 décembre 2009, conformément aux modalités et conditions de la ligne de crédit fournie par C_____ à A_____SA (art. 3.3).

d. Se déclarant redevable envers B_____ pour sa garantie, A_____SA s'engageait à s'acquitter "des intérêts sur le montant garanti en principal à raison d'un taux d'intérêts de 25% (vingt-cinq pourcent) par année calculé sur une base de 365/360 jours" (art. 2.2 1^{er} paragraphe). Il était prévu que "le paiement pour l'engagement dev[enait] exigible dès la libération de la garantie bancaire par C_____ ou en cas de défaut basé sur la facture de B_____ et sera[it] payable en parts ordinaires de A_____SA à raison d'une valeur de 10 fr. [...] par part" (art. 2.2 2^{ème} paragraphe).

B_____ a expliqué au Tribunal que le taux d'intérêts à 25% avait été proposé par A_____SA. Les représentants de cette dernière avaient proposé de lui payer ces intérêts en actions et de rembourser le prêt dans les six à huit mois. En revanche, il n'avait jamais cherché à convertir le montant du nantissement (garantie) en actions et cela n'avait jamais été son but.

Selon E_____, le taux d'intérêts de 25% fixé dans le contrat de B_____ était le taux requis par ce dernier. Le taux prévu pour tous les autres contrats était de 15%. Par la suite, pour des raisons d'équité, l'augmentation du taux d'intérêts a été proposée à tous les actionnaires garants.

e. A titre de gage pour le nantissement des avoirs de B_____, A_____SA acceptait, en outre, de fournir à ce dernier des parts ordinaires à raison d'une valeur de 10 fr. par part pour un montant couvrant 100% du montant garanti par l'actionnaire garant (art. 2.3; ci-après, "garantie maison").

Cette disposition prévoyait également ceci : "Vingt jours avant l'échéance de la garantie [...], B_____ aura l'option de convertir le montant garanti en principal en parts ordinaires de A_____SA au prix et à la valeur précisés à l'alinéa précédant la présente disposition [...]. Afin d'exercer ladite option, B_____ avisera A_____SA de sa volonté de l'exercer au 10 juin 2009, respectivement le

10 décembre 2009 en cas de prolongation de la garantie [...] et paiera le montant garanti en principal dans le compte de mise en main tierce indiqué par A_____SA suivant immédiatement la libération par C_____ de la garantie bancaire et exécutera également la convention d'achat de parts correspondante."

f. L'article 6.1 de la convention prévoyait divers cas de défaut par A_____SA, notamment le défaut de payer les sommes dues et exigibles à C_____ (let. a), le défaut de bonne exécution de la convention (let. c) et la faillite, l'insolvabilité, la liquidation ou d'autres procédures de redressement judiciaire de A_____SA (let. d).

g. Lors de la réalisation d'un cas de défaut, il était prévu à l'art. 6.2 de la convention que : "*[...] à la seule discrétion de B_____, par notification écrite à A_____SA, B_____ disposera d'une créance immédiate de paiement de la part de A_____SA ou, au gré de B_____, ce dernier disposera du droit d'entreprendre une ou plusieurs actions quelconques de la liste des actions énumérées ci-après [...]*".

La première des possibilités données à B_____ était libellée comme suit :

"(a) B_____ est habilité à déclarer que la totalité du montant principal garanti de tous les intérêts courus gagés sous la garantie bancaire émise sont immédiatement exigibles et payables dans leur intégralité, sur quoi des montants de ce genre deviendront immédiatement exigibles et payables dans leur intégralité, à condition qu'en cas de survenance d'un cas de défaut tel qu'énuméré à l'alinéa (d) de l'art. 6.1, le montant principal garanti ainsi que les intérêts deviendront immédiatement exigibles et payables sans que B_____ ne soit tenu de faire une notification quelconque ou d'entreprendre une action, quelle qu'elle soit."

E_____ a déclaré que les termes et les modalités de résiliation et de conversion avaient été fixés par A_____SA. La garantie devait être convertie en actions, à un taux préférentiel de 10 fr. l'action au lieu des 30 fr. qu'elle valait à l'époque. Tous les autres actionnaires garants avaient converti. En mentionnant une "*créance immédiate de paiement*" et un "*montant principal immédiatement exigible*" en cas de défaut, l'art. 6.2 de la convention faisait référence à la "*garantie maison*" (*supra*, let. e) que la société avait remise à B_____ et qui consistait en un lot d'actions qui pouvait être immédiatement remis à ce dernier. Si la deuxième phrase de l'art. 2.3 indiquait effectivement que le garant avait le choix de convertir ou non, l'art. 6.2 indiquait, quant à lui, qu'il revenait à la société de prendre cette décision. Pour E_____ tel était donc l'esprit du contrat.

h. F_____, employé par la banque C_____, entendu en qualité de témoin, a déclaré être le conseiller en placement de B_____. Ce dernier lui avait parlé, en

2010, d'un investissement qu'il avait effectué dans la société A_____SA. B_____ lui avait toujours indiqué qu'il s'agissait d'un investissement sans risque pour lui, hormis la faillite; bien que les intérêts de son nantissement étaient payés en actions, il avait le choix, s'agissant du capital, entre le remboursement de ce dernier ou une conversion en actions.

i. Le 21 janvier 2009, B_____ a signé un acte de nantissement à l'égard de C_____ en faveur de A_____SA par lequel il a remis ses valeurs en nantissement à hauteur de 1'500'000 fr. à titre de garantie de toutes les créances que C_____ détenait ou pourrait détenir à l'avenir en vertu de ses relations d'affaire envers A_____SA.

j. Par convention de crédit-cadre signée entre A_____SA et C_____, cette dernière a accordé à la première un crédit d'un montant maximum de 1'500'000 fr. aux fins de financement de sa trésorerie courante (art. 4). Les valeurs patrimoniales de B_____ auprès de C_____ étaient nanties, à titre de sûreté, conformément à l'acte de nantissement séparé (art. 8). Ce contrat de crédit-cadre a également été signé par B_____.

D'accord entre toutes les parties, le contrat a été prorogé jusqu'au 31 mai 2010, puis jusqu'au 17 décembre 2010.

k. Par courrier du 2 novembre 2010, B_____ a informé A_____SA qu'il ne comptait pas prolonger à nouveau le terme de son nantissement et souhaitait être libéré de sa garantie.

l. Par courrier du 14 décembre 2010, il a confirmé à A_____SA qu'il n'entendait pas renouveler "*l'avance qui avait été faite en son temps*" et qu'il souhaitait "*que les montants dus soient remboursés [par cette dernière à C_____] à l'échéance de la garantie*".

m. Par lettre du 21 décembre 2010, B_____ a pris note de l'absence de remboursement, par A_____SA des 1'517'794 fr. 15 dus à C_____, de sorte qu'il avait initié une poursuite à son encontre, l'attention de A_____SA étant attirée sur l'art. 6.2 de la convention du 12 janvier 2009 prévoyant expressément qu'il disposait d'une "*créance immédiate de paiement*" de la part de cette dernière. Il exigeait en outre la remise du certificat d'actions représentant les intérêts dus au 17 décembre 2010.

B_____ a déclaré au Tribunal que les prolongations de la garantie avaient été faites à la demande de la société, qui ne souhaitait pas rembourser à la date prévue. Lors de ces prolongations, les parties n'avaient pas discuté de la façon dont le remboursement devait s'effectuer.

Selon E_____, A_____SA avait rencontré plusieurs fois B_____ durant la période des prolongations de l'échéance. A chaque rencontre, ils avaient parlé de la conversion en actions. B_____ avait même requis des modifications ou des conditions complémentaires "*au prêt*" et notamment une conversion en actions préférentielles, ce à quoi la société n'avait pu répondre favorablement.

n. Le 24 janvier 2011, B_____ a fait notifier à A_____SA un commandement de payer, poursuite n° 10 _____ F, la somme de 1'517'794 fr. 15 plus intérêts à 5% dès le 17 décembre 2010.

o. Par jugement JTPI/9194/2011 du 27 mai 2011, communiqué aux parties le 16 juin 2011, le Tribunal de première instance a prononcé la mainlevée de l'opposition formée par A_____SA audit commandement de payer. Il a condamné celle-ci aux frais judiciaires de 1'500 fr. ainsi qu'aux dépens de B_____ fixés à 9'000 fr.

p. Parallèlement, les parties ont conclu une transaction judiciaire (ACT/91/2011), devant le Tribunal de première instance, le 29 juin 2011, par laquelle A_____SA s'est engagée à remettre à B_____ 177'080 actions nominatives d'une valeur nominale de 0.01 fr. en paiement des intérêts dus jusqu'au 17 décembre 2010. Cette transaction mentionne explicitement qu'elle ne règle pas la question du capital et des intérêts courant dès cette date tels que réclamés dans le cadre de la poursuite n° 10 _____ F.

C. a. Par action en libération de dettes du 7 juillet 2011, A_____SA a conclu à ce qu'il soit constaté que le montant réclamé par la poursuite n° 10 _____ F n'était pas dû et à ce qu'il soit dit que la poursuite n'irait pas sa voie.

En substance, elle alléguait que les parties avaient convenu qu'en cas d'appel à la garantie par la banque, l'actionnaire garant se voyait remettre l'équivalent de sa garantie en actions de la société; en aucun cas il n'avait été convenu de rembourser l'actionnaire garant en numéraire. A_____SA se fondait, à cet égard, sur les contrats conclus, en anglais, avec d'autres actionnaires garants - en particulier G_____ - et alléguait que les montants nantis par ceux-ci avaient tous été convertis en actions de la société, comme prévu.

b. B_____ a conclu au rejet de l'action en libération de dette et à ce qu'il soit dit que la poursuite irait sa voie.

Il alléguait que la lettre de la convention qu'il avait conclue avec A_____SA exprimait clairement que le choix de la conversion du montant nanti en actions ordinaires de la société était offert à lui seul, à l'exclusion de la société.

c. Les parties ont été entendues à l'audience du Tribunal du 30 mai 2012, de même que le témoin F_____. Leurs déclarations ont été reprises ci-devant.

d. Les parties ont persisté dans leurs conclusions lors de l'audience de plaidoiries du 14 juin 2012, à la suite de laquelle le Tribunal a gardé la cause à juger.

D. Dans un souci de simplification, A_____SA sera dénommée ci-après "l'appelante" et B_____ "l'intimé".

EN DROIT

1. 1.1 L'appel, écrit et motivé, est introduit auprès de l'instance d'appel dans les 30 jours à compter de la notification de la décision finale motivée (art. 308 al. 1 let. a et 311 al. 1 CPC) lorsque la valeur litigieuse au dernier état des conclusions atteint 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). L'appel joint est formé dans la réponse à l'appel principal (art. 313 al. 1 CPC).

En l'occurrence, la valeur litigieuse s'élevant à plus de 10'000 fr., la voie de l'appel est ouverte.

Déposés dans les délais et forme prescrits par la loi (art. 142 al. 1 et 3, 311 al. 1 et 312 al. 2 CPC), l'appel et l'appel joint sont recevables.

1.2 La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC) et applique la maxime des débats ainsi que le principe de disposition (art. 55 al. 1 et 58 al. 1 CPC).

1.3 L'appel peut être formé pour violation du droit et constatation inexacte des faits (art. 310 CPC).

2. 2.1 Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuves nouveaux ne sont pris en considération en appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient pas être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de diligence (let. b).

Le législateur a opté pour une prise en compte restrictive des faits et moyens de preuve nouveaux tout comme de conclusions nouvelles en appel. Il s'agit de ne pas minimiser l'importance de la procédure en première instance, que les parties auraient tendance à "prendre à la légère" si elles pouvaient compléter en appel, sans restriction, des allégués ou offres de preuves insuffisants. La partie qui aura été négligente devant le premier juge en subira les conséquences puisque l'allégué, l'offre de preuve ou la conclusion nouvelle tardivement présentés seront déclarés irrecevables (JEANDIN, Code de procédure civile commenté, 2011, BONHET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY [éd.], n° 6-8 ad art. 317 CPC; TAPPY, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, *in* JdT 2010 III p. 115 ss, p. 136-13; cf. également ATF 138 III 625 consid. 2.2).

2.2 En l'occurrence, l'intimé produit en appel une lettre de C_____ du 29 novembre 2012 attestant que la somme de 1'500'000 fr. a été payée le 23 décembre 2010 en faveur de l'appelante. Cette pièce, bien qu'établie après la notification du jugement entrepris, concerne un fait qui était survenu avant ledit jugement et qui avait trait aux circonstances de faits discutées devant le premier juge. Or, il n'apparaît pas que cette pièce n'aurait pas pu être produite devant le premier juge déjà, comme le commandent la maxime des débats et le principe de disposition. L'intimé n'indique d'ailleurs pas pour quel motif il aurait été empêché de solliciter ce document de la banque plus tôt.

Partant, la pièce n° 11 produite par l'intimé est irrecevable et sera écartée des débats, de même que l'allégué n° 12 de son mémoire en réponse et appel joint, qui s'y rapporte.

- 3.** L'appelante fait grief au premier juge d'avoir tenu pour établi que C_____ avait fait appel aux fonds nantis par l'intimé à hauteur de 1'500'000 fr., alors qu'aucun titre n'avait été produit à cet égard. Elle allègue que, bien qu'elle était demanderesse dans l'action en libération de dette, il appartenait au poursuivant - l'intimé - de prouver les faits dont il déduisait l'existence et l'exigibilité de sa créance et/ou le droit d'exercer des poursuites.

L'intimé considère pour sa part ne pas avoir manqué à son devoir de preuve puisque, en l'occurrence, l'appelante n'avait à aucun moment contesté l'existence de l'appel par C_____ des fonds qu'il avait nantis auprès de cette dernière, de sorte qu'il n'avait ni à répondre à cette absence d'allégué ni, *a fortiori*, à en apporter la preuve.

3.1 Chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit (art. 8 CC).

En l'absence d'une disposition spéciale instituant une présomption, l'art. 8 CC répartit le fardeau de la preuve pour toutes les prétentions fondées sur le droit fédéral et détermine sur cette base, laquelle des parties doit assumer les conséquences de l'échec de la preuve (ATF 129 III 18 consid. 2.6 p. 24; 127 III 519 consid. 2a p. 522).

L'action en libération de dette se caractérise par la transposition du rôle des parties. Autrement dit, le créancier est défendeur au lieu d'être demandeur. La répartition du fardeau de la preuve est en revanche inchangée. Il incombe donc au défendeur (i.e. le poursuivant) d'établir que la créance litigieuse a pris naissance, par exemple en produisant une reconnaissance de dette. Quant au demandeur (i.e. le poursuivi), il devra établir la non-existence ou le défaut d'exigibilité de la dette constatée par le titre (ATF 131 III p. 268 consid. 3.1).

3.2 A teneur de l'art. 222 al. 1 2^{ème} phrase CPC, le défendeur expose, dans sa réponse, quels faits allégués dans la demande sont reconnus ou contestés.

Un fait peut être admis expressément, mais il peut l'être implicitement aussi. La règle selon laquelle tout ce qui n'est pas expressément admis doit être considéré comme contesté n'est pas utile, les contestations devant être alléguées et expliquées. Le Tribunal peut tenir pour admis un fait dont la dénégation n'est pas expliquée (Message relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006, p. 6921).

3.3 A teneur de l'art. 150 al. 1 CPC, la preuve a pour objet les faits pertinents et contestés.

C'est avant tout dans le cadre de la maxime des débats qu'on retient le précepte selon lequel "les partis allèguent les faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions et produisent les preuves qui s'y rapportent" (art. 55 al. 1 CPC). Dans cette optique, le juge n'a pas le choix : il ne prend en compte des faits que dans la mesure où ils sont allégués, est lié dès lors qu'une partie allègue un fait et que l'autre le reconnaît, et ne peut en conséquence faire porter l'administration des preuves que sur des faits à la fois pertinents et contestés. C'est ce principe que rappelle l'art. 150 al. 1 CPC (JEANDIN, L'administration des preuves, *in* Le Code de procédure civile, Aspects choisis, 2011, FOËX /JEANDIN [éd.], pp. 91-92).

3.4 En l'espèce, l'appelante a déposé une action en libération de dette suite au jugement JTPI/9194/2011 du 27 mai 2011 ayant prononcé la mainlevée provisoire de l'opposition qu'elle avait formée à la poursuite n° 10 _____ F que lui avait fait notifier l'intimé.

Elle invoquait uniquement le fait que la convention conclue entre les parties le 12 janvier 2009 devait être interprétée selon le principe de la confiance et considérée comme un "*accord d'investissement*" de telle sorte que les montants nantis par l'intimé devaient être convertis en action de la société, et non remboursées en espèces. A aucun moment elle n'a allégué que les fonds nantis par l'intimé n'auraient pas été effectivement réalisés par la banque. Elle n'a donc nullement mis en doute le bien-fondé de la créance de l'intimé à son encontre, se bornant à contester le mode de paiement qu'avait fait valoir l'intimé.

Lors de la comparution personnelle des parties, le représentant de l'appelante n'a pas non plus mis en doute l'existence de l'appel à la garantie des fonds nantis par l'intimé. Il s'est contenté de donner au Tribunal sa compréhension du mode de dédommagement de l'actionnaire garant selon la convention signée par les parties le 12 janvier 2009.

A l'appui de son action en libération de dette, l'appelante a néanmoins produit, sans le contester, le jugement de mainlevée du 27 mai 2011 (pièce 19 appelante),

lequel retient que le 14 décembre 2010, C_____ avait, d'une part, invité l'appelante à verser 1'517'954 fr. 15 dans le délai venant à échéance le 17 décembre 2010, faute de quoi elle ferait appel à la garantie et, d'autre part, informé l'intimé qu'en cas de non remboursement du crédit par l'appelante dans ce délai, la banque réaliserait les valeurs patrimoniales qu'il avait mises en garantie (ad 6 page 3).

Partant, à l'aune des dispositions légales et principes de doctrines sus-rappelés, le premier juge n'a pas violé le droit en retenant que, "*malgré les manquements relevés à l'établissement de l'état de fait et à l'offre de preuve*", l'appel à la garantie pouvait être tenu pour établi dans la mesure où l'appelante non seulement ne le contestait pas mais ne le mentionnait elle-même pas non plus (jugement entrepris, p. 5). L'appelante n'ayant pas allégué l'inexistence de la créance (soit la l'équivalent de la garantie de 1'500'000 fr.) invoquée à son encontre par l'intimé, le premier juge ne pouvait reprocher à celui-ci de ne pas avoir établi ce fait qui, à défaut d'avoir été invoqué par l'appelante, pouvait être considéré comme admis.

4. L'appelante fait ensuite grief au premier juge d'avoir procédé à une mauvaise interprétation de la convention du 12 janvier 2009. Elle estime que l'art. 6.2 de cette convention devait être compris comme donnant à l'intimé la possibilité d'exiger le remboursement en numéraire du capital et des intérêts exclusivement dans les cas de défaut prévus à l'art. 6.1 (let. d) de la convention, c'est-à-dire uniquement dans les cas de faillite, insolvabilité, réorganisation, liquidations et procédures de redressement judiciaire. Dans les autres cas de défaut de l'appelante, l'intimé ne disposait que de l'action prévue par l'art. 6.2 de la convention, à savoir la réalisation du "gage maison" accordé par l'appelante conformément à l'art. 2.3 de la convention, soit en d'autres termes la remise d'actions de la société.

4.1 Ni les parties ni le premier juge n'ont qualifié juridiquement la convention conclue le 12 janvier 2009.

Dans la mesure où les parties ne contestent pas la validité de la convention, mais s'affrontent uniquement sur la question de savoir quelle forme les parties avaient convenu de donner au dédommagement dû par l'appelante à l'intimé pour la réalisation de sa garantie, la qualification juridique de la convention pourra demeurer indécise.

4.2 Savoir ce que les parties à un contrat ont convenu est affaire d'interprétation. Si les parties se sont correctement comprises, leurs déclarations seront interprétées selon la volonté réelle de chacune d'elles, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexacts dont elles ont pu se servir; il faut donc analyser les déclarations, écrites ou orales, transmises par n'importe quel procédé, mais aussi les comportements (art. 18 CO; interprétation subjective). Dans les autres cas, les

déclarations des parties seront interprétées selon leur volonté présumée, soit en application du principe de la confiance (interprétation objective). Il incombe donc au juge de rechercher, en premier lieu, la volonté réelle des parties, le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices; il s'agit là d'une question de fait. S'il ne parvient pas à déterminer cette volonté réelle, ou s'il constate qu'une partie n'a pas compris la volonté réelle manifestée par l'autre, le juge recherchera quel sens les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques (application du principe de la confiance).

Dans ce cas, même si la teneur d'une clause contractuelle paraît claire à première vue, il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que son texte ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu; il n'y a cependant pas lieu de s'écarter du sens littéral du texte adopté par les intéressés lorsqu'il n'y a pas de raisons sérieuses de penser qu'il ne correspond pas à leur volonté (ATF 131 III 606 consid. 4.2; 131 III 280 consid. 3.1; 130 III 417 consid. 3.2; 129 III 118 consid. 2.5; arrêt du Tribunal fédéral 4C.55/1995 du 27 décembre 1995 consid. 2a citant l'ATF 118 II 365, rés. *in* JdT 1993 I 362; CORBOZ, La réception du contrat par le juge, *in* : Le contrat dans tous ses états, Genève 2004, p. 269).

4.3 En l'espèce, il n'est pas contesté que les parties avaient convenu que l'intimé devait garantir, à hauteur de l'500'000 fr., le prêt que l'appelante allait, quelques jours plus tard, obtenir de C_____. Elles s'accordent ainsi à dire que si l'appelante n'était pas en mesure de rembourser le prêt à la banque dans le délai convenu, la garantie serait réalisée de sorte que l'intimé devrait verser l'500'000 fr. à la banque en lieu et place de l'appelante.

Les parties ne sont toutefois pas d'accord sur le mode de dédommagement convenu en faveur de l'intimé par suite du défaut de l'appelante.

4.3.1 L'art. 2.3, premier paragraphe, de la convention litigieuse prévoyait qu'à titre de "gage" pour la garantie émise par l'intimé, l'appelante acceptait de lui fournir des parts ordinaires de la société d'une valeur de 10 fr. par part pour un montant couvrant 100% du montant garanti par l'intimé. Le second paragraphe de cette disposition prévoyait que l'intimé, et non l'appelante, avait l'option de convertir le montant garanti en principal en parts ordinaires de la société.

L'art. 6.2 de la convention prévoyait en outre que lors de la survenance d'un des défauts prévus à l'art. 6.1 (soit notamment l'absence de remboursement par l'appelante du prêt à la banque), l'intimé disposait, à sa seule discrétion et par notification écrite à la société, d'une créance immédiate de paiement de la part de celle-ci; il disposait également, à choix, du droit d'entreprendre une ou plusieurs actions énumérées par cette disposition.

Il était ainsi prévu (art. 6.2 let. a) que l'intimé pouvait déclarer que la totalité du montant principal garanti était immédiatement exigible et payable, sur quoi le montant devenait effectivement immédiatement exigible et payable dans son intégralité, à la condition qu'en cas de survenance d'un des cas de défaut énumérés à l'art. 6.1 let. d), le montant principal garanti ainsi que les intérêts deviendraient immédiatement exigibles et payables sans que l'intimé ne soit tenu de faire une notification quelconque ou d'entreprendre une action.

On peut dégager du sens littéral de ces dispositions, dont la rédaction n'est certes pas heureuse, que si l'appelante ne remboursait pas l'emprunt bancaire, l'intimé pouvait lui notifier par écrit que la totalité du montant garanti était exigible et payable dans son intégralité. La seconde partie de la phrase de l'art. 6.2 indique clairement que si le défaut est dû à l'une des éventualités de l'art. 6.1 alinéa d (soit la faillite, la liquidation, etc.) le montant principal garanti et les intérêts devenaient immédiatement exigibles et payables sans que l'intimé n'ait à le demander.

4.3.2 Cela étant, l'appelante allègue que la lettre des dispositions précitées ne correspond pas à sa volonté réelle au moment de conclure la convention. Elle indique avoir traduit ce texte de l'anglais et que sa volonté était clairement, dans l'hypothèse où elle n'était pas en mesure de rembourser l'emprunt à la banque, que les actionnaires garants soient dédommagés en actions de la société et non en numéraire, volonté qu'elle aurait fait connaître à l'intimé. Elle en veut pour preuve, d'une part, les contrats conclus en anglais avec les autres actionnaires garants et, d'autre part, le fait que ces derniers ont tous été dédommagés au moyen de parts de la société.

Si les contrats rédigés en anglais peuvent, cas échéant, renseigner sur la volonté de l'appelante au moment de leur conclusion, ils ne sont d'aucune utilité dans le cas présent puisqu'il n'est ni allégué ni établi que l'intimé aurait eu connaissance de leur contenu. Il n'a pas été établi que les autres actionnaires garants aient tous été dédommagés par conversion de leur garantie en actions de la société et, cas échéant, dans quelles circonstances. Enfin et surtout, il n'est pas établi que l'appelante ait communiqué oralement sa volonté à l'intimé lors de leurs discussions.

Force est de constater qu'il n'est pas possible, sur la base des faits de la présente cause, de dégager une réelle et commune intention des parties (volonté subjective des parties). Même si l'on admettait que la volonté de l'appelante divergeait du sens littéral qui a pu être dégagé, ci-dessus, des art. 2.3, 6.1 et 6.2 de la convention, l'intimé n'a, manifestement, pas compris cette volonté de l'appelante puisque, selon lui - ce qui a été établi par le témoignage de son conseiller en placements - il avait compris la convention en ce sens que les intérêts de son nantissement étaient payés en actions par la société mais qu'il avait le choix,

s'agissant du capital, entre le remboursement de ce dernier en espèces ou une conversion en actions.

La Cour doit donc rechercher quel sens les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques (application du principe de la confiance).

4.3.3 En l'occurrence, la convention a été rédigée par l'appelante et soumise à l'intimé, dont il n'est pas établi qu'il était familier des placements financiers auprès de l'appelante puisqu'il venait d'en acquérir des actions et n'avait jamais, auparavant, eu à conclure de contrat avec cette dernière. Il n'est pas contesté non plus que l'intimé n'avait pas eu connaissance des contrats de l'appelante rédigés en anglais, soumis aux autres actionnaires garants. Il est en outre établi que les parties ont négocié la convention, puisque l'intimé a bénéficié d'un taux d'intérêts à 25% alors que ce taux était, au départ, prévu à 15%. On ignore toutefois, faute de témoins présents lors des négociations, ce que les parties se sont dit au sujet des conséquences, pour l'intimé, du défaut de remboursement du prêt bancaire par l'appelante.

La Cour retiendra, à teneur des éléments au dossier, des déclarations des parties et du texte du contrat, que l'intimé ne pouvait, selon le principe de la bonne foi, comprendre autrement les art. 2.3 et 6.2 de la convention que ce que le texte indique, à savoir que si l'appelante ne remboursait pas le prêt accordé par la banque, il était tenu envers la banque de garantir celui-ci à hauteur de 1'500'000 fr. En cas de réalisation de la garantie, il était alors habilité à exiger auprès de l'appelante, par écrit, le paiement immédiat de la somme correspondante, sur quoi ledit montant deviendrait effectivement immédiatement exigible et payable dans son intégralité (art. 6.2). Il pouvait, si ce mode avait sa préférence, convertir, à teneur de l'art. 2.3 de la convention, le montant exigible en actions de la société au taux prévu (10 fr. par part) jusqu'à concurrence de 100% du montant garanti, plutôt que d'exiger le paiement de sa créance en espèces.

L'appelante n'est pas parvenue à établir qu'elle aurait, lors de la traduction de la convention, simplement inversé les termes de l'art. 2.3 accordant par erreur à l'intimé l'option de convertir le montant garanti en parts de la société (cf. action en libération de dette, p. 7 ad 17), mais que cette inversion n'avait pas d'incidence car l'intimé connaissait sa volonté réelle. Selon ce qui a été retenu au considérant précédent, l'appelante n'a pas établi avoir communiqué clairement à l'intimé, oralement ou par écrit, sa réelle volonté.

Elle n'est pas non plus parvenue à convaincre la Cour que le paiement de la créance en espèces n'était prévu que dans les cas mentionnés à l'art. 6.1 let. d) (faillite, liquidation, etc.). D'une part, l'articulation des art. 6.2 et 6.1 let. d) indique clairement, comme retenu ci-dessus, que la convention prévoyait, dans les

situations visées par l'art. 6.1 let. d), que la créance deviendrait immédiatement exigible sans intervention de l'actionnaire garant. D'autre part, il n'y a pas lieu de s'écarter de ce sens littéral, puisqu'il est conforme à la pratique qu'un contrat stipule qu'en cas d'endettement d'une société un mécanisme soit prévu aux fins de rendre immédiatement exigible la créance de l'actionnaire garant afin que ce dernier puisse, le cas échéant, produire sa créance. Le sens que l'appelante souhaite donner à l'art. 6.2 de la convention ne ressort d'aucun autre élément à la procédure, de sorte que la Cour retiendra que cette volonté supposée de l'appelante n'était pas reconnaissable par l'intimé.

4.4 Au vu des éléments qui précèdent, l'appelante sera déboutée de son appel.

Il est noté que bien qu'ayant rejeté l'action en libération de dette, le premier juge a réduit le montant dont la poursuite avait été requise - et pour lequel la mainlevée avait été accordée -, admettant dès lors, à tout le moins partiellement, l'action. Aucune des parties n'ayant toutefois soulevé ce grief, le chiffre 1 du dispositif du jugement sera confirmé.

- 5.** Sur appel joint, l'intimé reproche au premier juge de ne pas avoir maintenu l'intérêt à 5%, à compter du 17 décembre 2010, qu'il avait requis dans la poursuite n° 10 _____ F notifiée à l'appelante, et qui avait été confirmé par le jugement de mainlevée. Il allègue qu'un intérêt moratoire sur la somme de 1'500'000 fr. retenue par le premier juge - montant qu'il ne conteste pas - est dû en application de l'art. 104 CO.

L'appelante, qui conteste devoir tout montant à l'intimé, allègue, s'agissant du versement d'un intérêt, que la personne lésée par la suite d'une violation du contrat a le droit à un versement compensatoire mais non moratoire. Ce dernier n'est dû qu'à partir de la date du jugement (ou de l'éventuelle transaction). En l'espèce, comme elle n'avait pas pris de conclusions pour le versement d'un intérêt compensatoire, c'était à juste titre que le premier juge ne l'avait pas accordé. Elle rappelle en outre que les parties avaient convenu que les intérêts contractuels étaient payables sous la forme de remise de parts ordinaires de la société.

5.1 A teneur de l'art. 104 al. 1 CO, le débiteur qui est en demeure pour le paiement d'une somme d'argent doit l'intérêt moratoire à 5% l'an, même si un taux inférieur avait été fixé pour l'intérêt conventionnel.

Selon la jurisprudence, on entend par intérêt la compensation pécuniaire qu'un créancier peut exiger pour la privation d'une somme d'argent qui lui est due, pour autant que cette compensation se détermine d'après le montant de la somme due et la durée de la dette. L'obligation de payer des intérêts moratoires découle, dans certaines conditions, de la loi; il s'agit là d'intérêts légaux. La seule condition de l'obligation précitée est que le débiteur ait été mis en demeure de payer le montant

dû. La demeure du débiteur se produit, entre autres, lorsque le paiement du montant dû est exigible et que le créancier interpelle le débiteur, c'est-à-dire qu'il le somme de façon non équivoque de payer la somme d'argent (ATF 130 III 591 consid. 3, JdT 2006 I 131).

5.2 En l'espèce, l'intimé a, par lettre du 21 décembre 2010, informé l'appelante qu'il avait initié une poursuite à son encontre, celle-ci n'ayant pas remboursé à la banque le montant de 1'517'794 fr. 15 à l'échéance du prêt. Il a par ailleurs attiré son attention sur l'art. 6.2 de la convention du 12 janvier 2009 lequel prévoyait expressément qu'il disposait d'une "*créance immédiate de paiement*" à son encontre. L'intimé a en outre informé l'appelante de ce qu'elle était en demeure de lui remettre les actions représentant les intérêts dus jusqu'à la date d'un complet règlement, soit jusqu'au 17 décembre 2010, et l'a invitée à procéder à cette remise.

La Cour considère que le courrier du 21 décembre 2010 doit être considéré comme une mise en demeure de l'appelante de payer le capital dû selon la convention signée par les parties, la mention selon laquelle il avait initié une poursuite à l'encontre de celle-ci valant sommation non équivoque de payer la somme d'argent due, dont le montant était dûment mentionné. La somme nantie était au demeurant exigible puisque, d'une part, l'intimé avait informé l'appelante, par courrier du 14 décembre 2010, qu'il n'entendait pas prolonger sa garantie et, d'autre part, l'art. 6.2 let. a) de la convention prévoyait qu'en cas de défaut de paiement de l'appelante, l'intimé était habilité à demander le paiement du capital, ce qui rendait la somme immédiatement exigible, déclaration mentionnée dans ce courrier du 21 décembre 2010.

Par conséquent, un intérêt moratoire de 5% est dû sur la somme de 1'500'000 fr.

S'agissant du point de départ de cet intérêt, les parties n'allèguent ni n'établissent à quelle date le courrier du 21 décembre 2010 a été reçu par sa destinataire. Ledit courrier n'indique pas non plus par quelle voie - recommandée, courrier A ou B - il a été envoyé. Sans aucune information à cet égard, la Cour retiendra que le pli du 21 décembre 2010 a été envoyé par la voie ordinaire (courrier B). Selon les directives de La Poste Suisse (www.poste.ch) la distribution a lieu, pour ce type de courrier, dans un délai de trois jours ouvrables à compter du dépôt. En l'occurrence, si l'on considère que le courrier du 21 décembre 2010 a été envoyé ce même jour, il a été distribué trois jours plus tard, soit le vendredi 24 décembre 2010. L'intérêt moratoire a dès lors commencé à courir le lendemain de la réception du courrier, soit le 25 décembre 2010.

Il sera relevé que, les parties ayant convenu par transaction judiciaire le paiement d'un intérêt, jusqu'au 17 décembre 2010, par remise d'actions de la société, l'intérêt moratoire retenu ci-dessus ne viole pas l'interdiction du cumul des intérêts (ATF 131 III 12 consid. 9.3, JdT 2005 I 488).

5.3 L'appel joint sera dès lors admis et le chiffre 2 du jugement entrepris sera complété en ce sens que la poursuite n° 10 _____ F ira sa voie à concurrence de 1'500'000 fr. avec intérêts à 5% dès le 25 décembre 2010.

- 6.** Les frais (frais judiciaires et dépens) sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 95 et 106 al. 1 1^{ère} phrase CPC).

Lorsque l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de première instance. En l'espèce, la seule modification porte sur l'introduction des intérêts moratoires. Il n'y a dès lors pas lieu de modifier la répartition des frais ordonnée par le premier juge.

Les frais pour la procédure d'appel (appel principal et appel joint) sont arrêtés à 30'000 fr. et mis à la charge de l'appelante, qui succombe intégralement (art. 95, 96, 104 al. 1, 105 et 106 al. 1 CPC; art. 17 du Règlement fixant le tarif des frais en matière civile, ci-après RTFMC). Ces frais sont largement compensés avec les avances de 40'000 fr. et 10'000 fr. fournies, respectivement, par l'appelante et l'intimé, avances qui restent, à due concurrence, acquises à l'Etat (art. 111 al. 1 CPC).

Les Services financiers du Pouvoir judiciaire seront invités à restituer 10'000 fr. à l'appelante et 10'000 fr. à l'intimé.

L'appelante sera en outre condamnée aux dépens de l'intimé, fixés à 24'000 fr., débours et TVA compris (art. 95 et 96 CPC; 84, 85 et 90 RTFMC; art. 20 al. 1, 25 et 26 al. 1 LaCC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevables l'appel interjeté par A_____SA et l'appel joint interjeté par B_____ contre le jugement JTPI/11577/2012 rendu le 30 août 2012 par le Tribunal de première instance dans la cause C/14514/2011-14.

Au fond :

Complète le chiffre 2 du dispositif du jugement entrepris comme suit :

Prescrit que la poursuite notifiée à A_____SA n° 10 _____ F ira sa voie à concurrence de l'500'000 fr. avec intérêts à 5% dès le 25 décembre 2010.

Confirme le jugement pour le surplus.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais de la procédure d'appel à 30'000 fr.

Les met à la charge de A_____SA et dit qu'ils sont compensés avec l'avance de frais fournie par celle-ci, laquelle reste acquise, à due concurrence, à l'Etat.

Ordonne aux Services financiers du Pouvoir judiciaire de restituer 10'000 fr. à A_____SA.

Ordonne aux Services financiers du Pouvoir judiciaire de restituer 10'000 fr. à B_____.

Condamne A_____SA à verser 24'000 fr. à B_____, à titre de dépens.

Siégeant :

Monsieur Jean-Marc STRUBIN, président; Monsieur Grégory BOVEY et Madame Daniela CHIABUDINI, juges; Madame Barbara SPECKER, greffière.

Le président :

Jean-Marc STRUBIN

La greffière :

Barbara SPECKER

Indication des voies de recours :

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

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

La valeur litigieuse, au sens de l'art. 51 LTF, est supérieure à 30'000 fr.