



POUVOIR JUDICIAIRE

C/8591/2017

ACJC/1557/2019

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 11 OCTOBRE 2019

Entre

1) **A** _____ **SA**, sise chemin _____, _____,

2) **Monsieur B** _____, domicilié route _____, _____ [GE],

appelants d'un jugement rendu par la 18^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 5 décembre 2018, comparant tous deux par Me Alexandre Vikhlyaev, avocat, rue François Bellot 2, 1206 Genève, en l'étude duquel ils font élection de domicile,

et

C _____ **AG**, sise _____, _____ Zürich, intimée, comparant par Me Christian Girod, avocat, rue des Alpes 15 bis, case postale 2088, 1211 Genève 1, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 04.11.2019.

EN FAIT

- A.** Par jugement JTPI/19154/2018 rendu le 5 décembre 2018, notifié aux parties le 7 décembre 2018, le Tribunal de première instance a déclaré irrecevable la demande déposée le 18 avril 2017 par A_____ SA et B_____ contre C_____ AG en tant qu'elle tendait à la condamnation de C_____ AG à payer à A_____ SA 12'660'779 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} mai 2013 au titre de réparation du dommage subi (ch. 1 du dispositif), l'a déclarée recevable pour le surplus (ch. 2), a rejeté l'action en libération de dette déposée le 18 avril 2017 par A_____ SA et B_____ contre C_____ AG (ch. 3), a arrêté les frais judiciaires à 3'500 fr., mis à la charge de A_____ SA et B_____ et compensés avec l'avance de frais fournie par celui-ci, a ordonné la restitution, par les Services financiers du Pouvoir judiciaire, à B_____ du solde, soit 236'500 fr. (ch. 4), a condamné A_____ SA et B_____ solidairement entre eux à payer 3'000 fr. à C_____ AG au titre de dépens (ch. 5) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 6).
- B.**
- a.** Par acte expédié le 22 janvier 2019 au greffe de la Cour de justice, A_____ SA et B_____ ont formé appel de ce jugement et conclu à son annulation. Ils ont conclu à ce que la Cour constate la substitution de partie en ce sens que C_____ (SCHWEIZ) (sic) est substitué à C_____ AG dans le cadre de la cause C/8591/2018.
- Ils ont produit une pièce nouvelle, soit un extrait de poursuite de A_____ SA dans lequel C_____ SA figure comme créancière poursuivante pour une somme de 16'868'780 fr. 10 dans le cadre de la poursuite n° 1_____.
- b.** C_____ AG a conclu à ce que les faits nouveaux allégués dans l'appel et la pièce produite à l'appui de celui-ci soient déclarés irrecevables, ainsi qu'au déboutement de A_____ SA et B_____ de toutes leurs conclusions, sous suite de frais et dépens.
- c.** A_____ SA et B_____ ont répliqué et persisté dans leurs conclusions.
- d.** C_____ AG ayant renoncé à dupliquer, la Cour a informé les parties par avis du 26 juin 2019 de ce que la cause était gardée à juger.
- C.** Les faits pertinents suivants résultent du dossier :
- a.** A_____ SA, dont le siège est à D_____ (VD), a pour but social notamment des activités d'achat, vente, courtage et gérance de biens immobiliers.
- B_____, domicilié à Genève, en est l'administrateur président, avec signature individuelle.

b. C_____ AG, dont le siège est sis _____ à Zurich, a pour but l'exploitation d'un établissement bancaire.

c. Par contrat conclu le 24 juin 2008, C_____ AG, soit pour elle sa succursale de Genève, a accordé à A_____ SA et B_____, débiteurs solidaires, un crédit hypothécaire de 7'300'000 fr. garanti par une cédule hypothécaire grevant un bien immobilier appartenant à A_____ SA.

La dette hypothécaire a ensuite été portée à 14'300'000 fr. par contrat du 19 août 2010. Ce contrat annulait et remplaçait celui du 24 juin 2008.

d. Le 8 décembre 2014, C_____ AG a dénoncé le contrat de prêt pour le 30 juin 2015 en raison du retard dans le paiement des intérêts hypothécaires.

e. A la demande de C_____ AG, l'Office des poursuites du district de E_____ (VD) a notifié les 24 et 25 novembre 2015 :

- un commandement de payer n° 1_____ à A_____ SA, pour un montant de 14'300'000 fr. (7'000'000 fr. et 7'300'000 fr.) plus intérêts, auquel la société a formé opposition;
- deux commandements de payer n° 1_____ à B_____ (débitéur) et à A_____ SA (tiers propriétaire), pour un montant de 14'300'000 fr. (7'000'000 fr. et 7'300'000 fr.) plus intérêts, auxquels les deux précités ont formé opposition.

f. Par jugements du 24 juin 2016, la Justice de Paix du district de E_____ a prononcé la mainlevée provisoire de l'opposition formée aux trois commandements de payer précités. L'effet suspensif a été accordé à ces trois jugements, lesquels ont été confirmés par arrêts du 29 décembre 2016 rendus par le Tribunal cantonal vaudois, qui mentionnent comme partie poursuivante "C_____ AG".

g. Le 17 novembre 2016, C_____ AG et C_____ (SCHWEIZ) AG, dont le siège est également situé à _____ à Zurich, ont conclu un contrat de transfert de patrimoine.

A teneur de ce contrat, C_____ AG a transféré à C_____ (SCHWEIZ) AG les actifs et passifs de son activité de banque universelle pour les clients suisses et faisant partie de la division de banque universelle suisse.

Ce contrat prévoit que le transfert de patrimoine au sens des art. 69 et suivants de la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (LFus) porte sur tous les actifs, passifs, relations juridiques et autres droits et relations liés à l'activité de banque universelle pour les clients suisses.

h. Le ____ 2016, l'avis suivant a été publié dans la FO SC :

"C____ AG, in Zürich, 2____, ____ (SHAB Nr. ____ vom 24.10.2016, Publ. 3____). Vermögensübertragung : Die Gesellschaft überträgt gemäss Vertrag vom 17.11.2016 Aktiven von CHF ____ und Passiven (Fremdkapital) von CHF ____ auf die C____ (SCHWEIZ) AG, in Zürich (4____). Gegenleistung : CHF ____.

i. Par acte déposé le 18 avril 2017, A____ SA et B____ ont agi en libération de dette contre C____ AG, concluant, sous suite de frais, à ce que le Tribunal dise que A____ SA ne doit pas les sommes de 7'300'00 fr. et 7'000'000 fr. avec intérêts à 5% dès le 1^{er} juillet 2015 réclamées dans la poursuite n° 1____ du 20 novembre 2015 et à ce que ladite poursuite n'aille pas sa voie, dise que B____ ne doit pas les sommes de 7'300'00 fr. et 7'000'000 fr. avec intérêts à 5% dès le 1^{er} juillet 2015 réclamées dans la poursuite n° 1____ du 20 novembre 2015 et à ce que ladite poursuite n'aille pas sa voie et condamne C____ AG à verser à A____ SA 12'660'779 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} mai 2013 au titre de réparation du dommage.

j. C____ AG a requis une simplification du procès, en relevant que la demande de dommages-intérêts n'avait pas été soumise à la conciliation et qu'elle était donc irrecevable, ainsi qu'en soulevant qu'elle ne disposait pas de la légitimation passive pour l'action en libération de dettes, puisqu'elle n'était plus créancière, et que cette action devait être rejetée.

k. La procédure a été limitée aux questions relatives à la légitimation passive de C____ AG et à la recevabilité de la demande, en tant qu'elle portait sur la condamnation de la banque à payer 12'660'779 fr. plus intérêts à A____ SA à titre de dommages et intérêts.

l. Dans leurs observations, A____ SA et B____ ont conclu en substance à la "rectification" de la qualité de partie défenderesse de C____ AG en C____ (SCHWEIZ) AG.

m. La cause a été gardée à juger au terme de l'audience de plaidoiries du 15 mars 2018, lors de laquelle les parties ont persisté dans les termes de leurs conclusions.

D. Dans le jugement querellé, le Tribunal a déclaré irrecevable la demande en paiement fondée sur une action en dommages-intérêts faute de conciliation préalable, cette question n'étant plus litigieuse en appel. S'agissant de la créance réclamée en poursuite et objet de l'action en libération de dette, le Tribunal a constaté qu'en cours de poursuite, l'identité du créancier avait changé en raison du transfert de patrimoine publié dans la FO SC et donc opposable aux tiers. Au vu du risque de confusion entre les deux entités parties à cette cession qui étaient, en

outre, deux personnes morales distinctes, il ne pouvait être procédé à une rectification de la qualité de partie.

EN DROIT

1. 1.1

1.1.1 L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC), dans les causes non patrimoniales et dans les causes patrimoniales dont la valeur litigieuse est, comme en l'espèce, supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC).

1.1.2 L'art. 317 al. 2 CPC autorise une modification des conclusions en appel à la double condition que les conclusions modifiées soient en lien de connexité avec la prétention initiale ou que la partie adverse ait consenti à la modification, d'une part (art. 317 al. 2 let. a *cum* art. 227 al. 1 CPC), et qu'elles reposent sur des faits ou moyens de preuve nouveaux, d'autre part (art. 317 al. 2 let. b CPC; arrêt du Tribunal fédéral 5A_456/2016 du 28 octobre 2016 consid. 4.2.1).

1.1.3 En l'espèce, l'intimée soutient que la conclusion des appelants en substitution de parties est nouvelle, alors que ceux-ci l'ont pourtant prise, en substance, en première instance en demandant la "*rectification*" de la qualité de partie, suite à la demande de l'intimée de limiter la procédure à la question de la légitimation passive. Au vu de l'issue du litige, cette question est de toute manière dénuée de portée.

Il s'ensuit, qu'interjeté dans le délai et la forme prescrits auprès de l'autorité compétente (art. 130, 131 et 311 al. 1 CPC, art. 124 let. a LOJ), l'appel est recevable.

1.2 La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC). En particulier, elle contrôle librement l'appréciation des preuves effectuée par le juge de première instance (art. 157 CPC en relation avec l'art. 310 let. b CPC). Elle applique en outre la maxime des débats et le principe de disposition (art. 55 al. 1 et 58 al. 1 CPC).

2. Les appelants ont produit une pièce nouvelle.

2.1 Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuve 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). S'agissant des vrais nova (*echte Noven*), soit les faits qui se sont produits après le jugement de première instance - ou plus précisément après les débats principaux de première instance (art. 229 al. 1 CPC) -, la condition de nouveauté posée par la lettre b est sans autre réalisée et seule celle d'allégation immédiate doit être

examinée. En ce qui concerne les pseudo nova (*unechte Noven*), soit ceux qui existaient déjà en première instance, il appartient au plaideur qui entend les invoquer devant l'instance d'appel de démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise, ce qui implique notamment d'exposer précisément les raisons pour lesquelles le moyen de preuve n'a pas pu être produit en première instance (arrêt du Tribunal fédéral 5A_24/2017 du 15 mai 2017 consid. 4.3 et les références; cf. ég. ATF 143 III 42 consid. 4.1).

2.2 En l'espèce, la pièce nouvelle produite par les appelants consiste en un extrait du registre des poursuites de l'un d'eux daté du 30 octobre 2018. Certes, ce document a été émis postérieurement à la date à laquelle la cause a été gardée à juger par le Tribunal; il porte néanmoins - comme l'invoque l'intimée - sur un fait qui a pu éventuellement être inscrit au registre des poursuites antérieurement, soit la substitution de C_____ (SCHWEIZ) AG à l'intimée dans ledit extrait de poursuites. Les appelants n'ont fourni aucune explication à ce sujet.

Faute pour les appelants d'avoir exposé les raisons pour lesquelles la pièce, ainsi que les faits qui s'y rapportent, n'auraient pas pu être évoqués et produits en première instance, ils seront déclarés irrecevables.

- 3.** Les appelants reprochent au Tribunal d'avoir mal appliqué les dispositions sur la succession universelle et la substitution de parties consécutive à un transfert de patrimoine.

3.1 L'action en libération de dette au sens de l'art. 83 al. 2 LP est une action négatoire de droit matériel qui tend à la constatation de l'inexistence ou de l'inexigibilité de la créance invoquée dans la poursuite. Le rôle procédural des parties y est inversé par rapport à l'action en reconnaissance de dette : le débiteur/poursuivi est demandeur et le créancier/poursuivant est défendeur. En revanche, la répartition du fardeau de la preuve ne s'en trouve pas modifiée. Il appartient toujours au créancier d'établir que la créance litigieuse a pris naissance; pour ce faire, il suffira au défendeur, par exemple, de produire la reconnaissance de dette écrite et signée valant titre de mainlevée provisoire au sens de l'art. 82 al. 1 LP. Quant au demandeur, il devra établir l'inexistence ou le défaut d'exigibilité de la dette constatée par titre (arrêt du Tribunal fédéral 4A_201/2018 du 12 février 2019, consid. 3.1).

3.2 En vertu de l'art. 69 al. 1 LFus, les sociétés commerciales peuvent transférer tout ou partie de leur patrimoine avec actifs et passifs à un autre sujet de droit privé. Ce transfert nécessite un contrat de transfert (art. 70 et suivants LFus) et une inscription de ce transfert de patrimoine au registre du commerce (art. 73 al. 1 LFus).

Les effets du transfert de patrimoine se produisent dès l'inscription de celui-ci au registre du commerce (art. 73 al. 2 LFus) - l'inscription n'étant opposable aux tiers

que dès le jour ouvrable qui suit celui dont la date figure sur le numéro de la Feuille officielle suisse du commerce où est publiée l'inscription (art. 932 al. 2 CO) -, consistent en une succession universelle partielle et portent sur tous les actifs et passifs désignés dans l'inventaire accompagnant le contrat de transfert (art. 71 al. 1 let. b LFus; arrêt du Tribunal fédéral 4A_130/2015 du 2 septembre 2015 consid. 3.1).

3.3 En l'absence d'aliénation de l'objet du litige, la substitution de partie est subordonnée au consentement de la partie adverse; les dispositions spéciales prévoyant la succession d'un tiers aux droits ou obligations des parties sont réservées (art. 83 al. 4 CPC).

Conformément à l'art. 73 LFus, en cas de transfert de patrimoine, le cessionnaire peut reprendre la position du cédant dans les procès civils en cours, même contre la volonté de la partie adverse (MALACRIDA, Fusionsgesetz - Basler Kommentar, 2^{ème} éd. 2015, n. 21a ad art. 73 LFus; pour la fusion, arrêt du Tribunal fédéral 5A_256/2016 du 9 juin 2017 consid. 3.2 non publié in ATF 143 III 297).

Si la créance a été cédée avant la litispendance, le jugement n'acquiert en principe aucune autorité de chose jugée à l'égard du cessionnaire. Dans un tel cas, en effet, il faut présumer que le procès a été conduit par une personne qui ne disposait pas (plus) de la légitimation pour faire valoir certains droits, ce qui ne peut ni ne doit avoir d'influence sur la position du véritable titulaire de ces droits (ATF 125 III 8 consid. 3acc = SJ 1999 I p. 274).

3.4 A teneur de l'art. 221 let. a CPC, la demande contient la désignation des parties et, le cas échéant, celle de leur représentant. Les parties à la procédure doivent être désignées de telle sorte qu'il n'existe aucun doute sur leur identité (voir ATF 131 I 57 consid. 2.2). Une rectification de la désignation d'une partie est admissible quand il n'existe aucun risque de la confondre avec une autre personne (ATF 136 III 545 consid. 3.4.1; 131 I 57 consid. 2.2; 120 III 11 consid. 1b). Si l'action a été ouverte contre une personne qui n'a pas la qualité pour défendre, il en résulte le rejet de l'action (ATF 126 III 59 consid. 1a), et non l'irrecevabilité de celle-ci (ATF 107 II 82 consid. 2a). Une rectification formelle au sens de l'art. 132 al. 1 CPC suppose que le vice résulte d'une inadvertance (ATF 121 II 252 consid. 4b; arrêt du Tribunal fédéral 8C_259/2015 du 24 février 2016 consid. 4.5).

3.5 En l'espèce, il ressort du dossier que le transfert de patrimoine a été publié dans la FOSC le _____ 2016 et a donc déployé ses effets à partir du lendemain ce qui n'est pas contesté. La titularité de la créance objet de la présente procédure est donc passée de l'intimée à C_____ (SCHWEIZ) AG avant l'introduction de l'action en libération de dette à l'encontre de l'intimée. En outre, l'arrêt du Tribunal cantonal vaudois confirmant la décision de mainlevée a été rendu postérieurement,

mais désigne pourtant encore, comme partie recourante et poursuivante, l'intimée et non C_____ (SCHWEIZ) AG.

Au stade de l'appel, les appelants se limitent à invoquer l'institution de la substitution de parties qui devrait, selon eux, trouver application en l'espèce et leur permettre de modifier, nonobstant le refus de l'intimée, la qualité de la partie défenderesse à l'action en libération de dette.

Ils invoquent à ce titre le fait que le Tribunal cantonal vaudois avait indiqué un poursuivant erroné dans son arrêt de mainlevée, reprochant à l'autorité cantonale de ne pas avoir tenu compte du transfert de patrimoine et à l'intimée de ne pas l'avoir allégué dans la procédure de mainlevée. Ce dernier point est dénué de pertinence dans la mesure où, les inscriptions au Registre du commerce étant des faits notoires et n'ayant ni à être allégués ni prouvés (ATF 135 III 88 consid. 4.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_57/2017 du 9 juin 2017 consid. 4.3.2), le tribunal vaudois pouvait de lui-même en tenir compte, sans allégué correspondant de l'intimée. Par ailleurs, les autorités genevoises saisies d'une action en libération de dette - qui n'est pas un simple incident de la poursuite - ne sont pas liées par cette décision de poursuite. En tous les cas, et au vu de ce qui suit, il n'incombe pas à la Cour de trancher ici la question de savoir si la communication de cet arrêt, erroné quant à l'identité du poursuivant, a commencé à faire courir le délai pour l'action en libération de dette contre le véritable poursuivant, soit C_____ (SCHWEIZ) AG.

Les appelants soutiennent en outre que la qualité de créancier de C_____ (SCHWEIZ) AG n'avait pas été actée par les autorités de poursuite. Cette question est dénuée de pertinence dans la présente procédure, puisqu'il est, au contraire, déterminant de connaître le moment du transfert de patrimoine, seul critère conditionnant la qualité de partie pour défendre dans l'action en libération de dettes. Le fait que les autorités de poursuite aient ou non pris acte de ce changement de créancier ne joue aucun rôle.

Les appelants errent encore en affirmant qu'une substitution de partie devrait intervenir *ex lege* dans la présente procédure en raison du transfert de patrimoine. En effet, la situation n'est pas la même lorsque la succession universelle ou l'aliénation de l'objet du litige intervient avant ou lorsqu'elle intervient pendant la litispendance. Dans la seconde hypothèse, soit lorsque les art. 83 CPC et l'art. 73 LFus sont applicables - ce qui n'est pas le cas ici -, la substitution de partie intervient d'office et même contre la volonté de la partie à substituer. Dans la première hypothèse, qui est celle qui nous concerne, il incombe à la partie initiant la procédure de désigner correctement et d'emblée la partie qu'elle entend assigner en justice, en usant des informations qu'elle possède et qui lui sont opposables, dont la publication du transfert de patrimoine à la FOSC ou son inscription au Registre du commerce compétent. Une substitution *a posteriori* est donc exclue.

La bonne foi invoquée par les appelants ne trouve précisément pas application en l'espèce, dès lors que seule la bonne foi des personnes se fiant aux inscriptions du Registre du commerce est protégée, mais non celle des personnes auxquelles l'inscription est opposable (art. 933 al. 1 CO). Ainsi, l'absence de communication individuelle à tous les débiteurs de l'intimée transférés à C_____ (SCHWEIZ) AG n'est pas prévue par la LFus et ne saurait être imposée sans base légale aux parties à un contrat de transfert de patrimoine.

L'on relèvera que, sous couvert d'un grief de formalisme excessif, les appelants demandent une forme de rectification de partie, sans pourtant soutenir que les conditions en seraient réalisées. Quoi qu'il en soit, il existe un risque de confusion important entre les deux entités successivement créancières et il n'est pas infondé de refuser de rectifier l'une par l'autre. Cela est d'autant plus vrai que, à la lecture de leur appel, l'on comprend que les appelants souhaitent assigner l'intimée, mais n'ont réalisé qu'*a posteriori* leur méprise, ce qui ne correspond pas à la simple rectification d'une désignation inexacte résultant d'une erreur de plume, ni d'ailleurs à une situation où l'interdiction du formalisme excessif devrait servir à protéger la partie déficiente, en dépit des normes applicables.

Par conséquent, la décision de rejeter l'action en libération de dette des appelants en raison de l'absence de légitimation passive de l'intimée, qui n'est plus titulaire de la créance litigieuse, sera confirmée.

3.6 S'agissant des conséquences de cette décision, il n'appartient pas à la Cour d'examiner dans la présente procédure si les appelants disposent encore d'un droit d'agir en libération de dette contre le créancier cessionnaire, puisque cet examen est du ressort du juge éventuellement saisi (ATF 73 III 17 = JdT 1947 II p. 67; KRAUSKOPF, Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015), 9^{ème} éd. 2016, n. 10 ad Rem. prélim. art. 164–174 CO).

- 4. 4.1** Les frais judiciaires d'appel seront arrêtés à 5'000 fr. (art. 95 al. 1 let. a et al. 2 et 105 al. 1 CPC; art. 17 et 35 RTFMC), mis à la charge des appelants pris solidairement, qui succombent intégralement (art. 106 al. 1 CPC) et compensés avec l'avance de frais de même montant qu'ils ont versée, laquelle demeure acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC).

4.2 Les appelants, pris solidairement, seront condamnés à verser des dépens en 5'000 fr., ceux-ci n'étant pas calculés en fonction de la valeur litigieuse en raison de la disproportion manifeste entre celle-ci et la question circonscrite soumise à la Cour (art. 85 al. 1 et 90 RTFMC; art. 23 al. 1 LaCC).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre civile :**

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ SA et B_____ le 22 janvier 2019 contre le jugement JTPI/19154/2018 rendu le 5 décembre 2018 par le Tribunal de première instance dans la cause C/8591/2017-18.

Au fond :

Confirme le jugement entrepris.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 5'000 fr., les met à la charge de A_____ SA et B_____, pris solidairement entre eux, et les compense avec l'avance de frais versée qui demeure acquise à l'Etat de Genève.

Condamne A_____ SA et B_____, pris solidairement entre eux, à verser 5'000 fr. à C_____ SA à titre de dépens d'appel.

Siégeant :

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, président; Madame Pauline ERARD et Madame Paola CAMPOMAGNANI, juges; Madame Christel HENZELIN, greffière.

Le président :

Cédric-Laurent MICHEL

La greffière :

Christel HENZELIN

Indication des voies de recours :

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

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

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