TF, 25.09.2023, 4A_428/2022*

*Pour qu'une objection de compensation soit prise en compte par le Tribunal fédéral, elle doit avoir fait l'objet d'une déclaration devant une instance précédente.*

Faits

Une société active dans la promotion immobilière et son actionnaire unique concluent, en qualité d'apporteurs, un contrat de base (*Grundvertrag*) avec un tiers. Les parties conviennent de réaliser deux quasi-fusions ; les apporteurs devant céder à une société appartenant au tiers deux sociétés immobilières, l'une déjà existante, l'autre devant être créée.

En 2014, dans le prolongement du contrat de base, les apporteurs conviennent avec la société appartenant au tiers deux contrats d'apport en nature aux termes desquels la société du tiers reçoit les parts des deux sociétés immobilières moyennant le paiement d'un prix. Ces deux contrats d'apport prévoient que des droits et obligations qui en découlent ne peuvent être cédés que moyennant l'accord écrit préalable des parties. Malgré cette clause de restriction de cessibilité, en 2016, les apporteurs cèdent à une fondation panaméenne des créances dont ils disposent contre la société appartenant au tiers au titre des deux contrats d'apport.

En 2017, les apporteurs et le tiers conviennent d'un contrat de liquidation (*Erledigunsvertrag*) aux termes duquel ils nomment une experte arbitre pour l'établissement d'un décompte final. Il ressort de ce décompte notamment une créance d'environ CHF 5 millions des apporteurs à l'encontre de la société appartenant au tiers. Ce contrat de liquidation fait état de la cession intervenue en faveur de la fondation. La société appartenant au tiers (la débitrice cédée) n'est certes pas formellement partie au contrat de liquidation, mais elle l'approuve par écrit.

En 2019, la fondation panaméenne dépose une demande en paiement auprès du Tribunal de commerce de Zurich. Elle réclame à la débitrice cédée le paiement du montant de CHF 5 millions précité. Le Tribunal admet la demande ; la débitrice cédée ayant donné son accord

par écrit à la cession en marge du contrat de liquidation. Sur recours de celle-ci, le Tribunal fédéral est amené à déterminer pour l'essentiel si la débitrice cédée est en droit, au stade du recours en matière civile, de soulever pour la première fois dans le cours de la procédure une objection de compensation.

Droit

Après avoir confirmé que la cession intervenue en faveur de la fondation était bien valable, le Tribunal fédéral se penche sur un argument nouvellement amené par la recourante dans son recours en matière civile. Celle-ci explique que le rapport d'expertise arbitrage fait certes état de la créance de CHF 5 millions cédée à la fondation, mais qu'il mentionne également deux créances d'un montant global de CHF 693'000 appartenant à la société recourante mais frappées d'une réserve (unter Vorbehalt) ; ces deux créances faisaient en effet l'objet d'une procédure judiciaire.

La recourante explique ne pas avoir déclaré l'objection de compensation plus tôt précisément en raison de cette réserve. Elle a attendu que le bien-fondé de ces deux créances soit confirmé par jugement avant de s'en prévaloir. La recourante a produit les deux jugements correspondant devant l'instance cantonale, laquelle a refusé de les qualifier de novas et donc d'en tenir compte. Le Tribunal fédéral observe cependant que, en l'absence de déclaration de compensation devant l'instance précédente, la question de savoir si ces jugements constituent des novas est sans pertinence.

La recourante exerçant son droit de compensation pour la première fois devant le Tribunal fédéral, celui-ci rappelle d'abord que, au titre de l'art. 99 LTF, même les vrais novas ne sont en principe pas pris en considération devant le Tribunal fédéral.

Contrairement à l'art. 55 al. 1 let. c OJ, l'art. 99 LTF ne se prononce pas expressément sur la recevabilité de nouvelles exceptions au stade du recours au Tribunal fédéral. Selon le message relatif à la LTF, les exceptions sont des moyens de droit qui ne sont pas pris en compte d'office, mais qui sont plutôt laissés à la seule disposition des parties. Outre la prescription, la compensation est expressément citée comme exemple. Selon le message, il découle du principe de la confiance que l'on ne peut pas attendre le recours au Tribunal

fédéral pour faire valoir ce genre d'exceptions, car, en l'absence d'une disposition légale contraire, aucune partie ne saurait mettre en cause le bien-fondé d'un jugement à raison d'un vice dont elle est seule responsable. En conséquence, l'introduction de la LTF n'a en principe rien changé à l'irrecevabilité de l'invocation de l'exception de compensation pour la première fois devant le Tribunal fédéral.

Le Tribunal fédéral souligne encore que les auteurs de doctrine qui affirment que l'exception de compensation peut être prise en compte si les faits qui la justifient sont admissibles au regard du droit des novas, ou encore si les faits constitutifs de l'existence d'une créance compensante ont été allégués devant les instances précédentes, manquent de précision. Le Tribunal fédéral considère en effet que, dans la mesure où pour déployer ses effets la compensation doit être déclarée au débiteur de la créance compensante (art. 124, al. 1, CO), si une telle déclaration n'intervient que devant le Tribunal fédéral, tous les éléments de fait constitutifs d'une compensation n'auront pas été allégués devant les instances cantonales. Par ailleurs, dans un tel cas de figure, on ne saurait considérer que c'est la décision attaquée qui donne l'occasion de la déclaration de compensation. Partant, un complément devant le Tribunal fédéral ne saurait être accepté au titre des règles affectant les novas.

Partant, le Tribunal fédéral rejette le recours.

Note

Comme le relève la doctrine (Grégory Bovey, Commentaire de la LTF, 3ème éd., n. 62 ad art. 99 LTF), en adoptant l'art. 99 LTF, le législateur a supprimé le terme « exception » de la disposition légale. Ce faisant, il a marqué une volonté d'éviter des controverses de qualification.

L'application de l'art. 99 LTF ne dépend pas de la qualification que l'on donne au moyen de droit soulevé par une partie au stade du recours au Tribunal fédéral (exception, objection ou encore droit formateur), mais plutôt de la question de savoir si l'invocation d'un tel moyen de droit présuppose pour la partie qui s'en prévaut d'avoir formulé préalablement une déclaration correspondante. Une telle déclaration étant un élément de fait, si elle n'est pas

installée à la procédure avant la procédure devant le Tribunal fédéral, elle ne peut plus être prise en compte par ce dernier en application de l'art. 99 LTF. Comme le relève le Tribunal fédéral dans l'arrêt ici commenté, dans le cas d'espèce, l'objection de compensation ne pouvait en tout état de cause pas être considérée au stade du Tribunal fédéral faute pour la recourante d'avoir formulé une déclaration de compensation au stade de la procédure cantonale et donc, d'avoir allégué le fait correspondant.

L'art. 99 LTF empêche ainsi une partie de soulever un nouveau moyen de droit au stade du Tribunal fédéral, si un tel moyen est conditionné à une déclaration préalable et que cette déclaration (élément de fait) n'a pas été installée valablement à la procédure dans le respect des règles du CPC. Tel est le cas de l'objection de compensation (art. 124 CO) ou encore de l'exercice de droits formateurs comme les droits déduits de la garantie en raison des défauts (art. 205 ou 368 CO) ou l'invalidation d'un contrat pour vice de consentement (art. 31 CO). De tels droits ne peuvent être invoqués que si la partie qui s'en prévaut a procédé à une déclaration correspondante. Une telle déclaration doit être alléguée soit durant la phase d'allégation, soit dans le respect du régime des faits et moyens de preuve nouveaux. En effet, si cette déclaration est formulée postérieurement à la phase d'allégation, il convient de la qualifier de vrai nova. Néanmoins en tant qu'il s'agit d'un nova potestatif – en ce sens que ce fait (la déclaration) aurait pu exister plus tôt dans le cours de la procédure au bon vouloir de la partie qui s'en prévaut (sur la notion des novas potestatifs, cf. Laurent Grobety, Les faits et moyens de preuve nouveaux en procédure civile suisse, SJ 2023 431, p. 441 s.) – il peut être traité comme un nova improprement dit et être donc soumis aux restrictions de l'art. 229 al. 1 let. b CPC (ATF 146 III 416 c. 5.3; TF, 4A_76/2019, c. 8.1.2, cités par Grobety, op. cit, nbp 96).

L'art. 99 LTF n'empêche en revanche pas l'invocation, au stade du Tribunal fédéral, de moyens de droit qui ne présupposent pas de déclaration de fait préalable. Tel est le cas de l'invocation de la tardiveté de l'avis des défauts (art. 367 CO) ou encore du défaut de légitimation active (cf. Bovey, op. cit., n. 70 ad art. 99 LTF). De même, l'art. 99 LTF n'empêche pas une partie de soulever l'exception de prescription au stade de la procédure devant le Tribunal fédéral, pour autant que tous les éléments de faits permettant à la débitrice de s'en prévaloir soient déjà installés à la procédure (cf. Bovey, op. cit., n. 64 ss ad

art. 99 LTF, lequel indique que, dans ces conditions, l'invocation de la prescription peut en soi intervenir pour la première fois au stade du Tribunal fédéral dans la mesure où il s'agit d'une pure question de droit et que le Tribunal fédéral applique le droit d'office [art. 106 LTF]). Dans la même mesure, une partie devrait être en droit de soulever l'exception d'inexécution (art. 82 CO) ou d'insolvabilité (art. 83 CO) au stade du Tribunal fédéral.

Si l'art. 99 LTF n'empêche pas l'invocation des moyens de droit précités au stade du Tribunal fédéral, cela ne signifie pas pour autant que le Tribunal fédéral doit attribuer au moyen de droit considéré les effets juridiques correspondants. En effet, dans l'arrêt ici commenté, le Tribunal fédéral souligne que selon le principe de la confiance, une partie ne saurait en principe attendre le recours au Tribunal fédéral pour faire valoir ce genre de moyens de droit. Cela tient au fait qu'aucune partie ne saurait mettre en cause le bien-fondé d'une décision cantonale à raison d'un vice dont, par son silence, la partie est seule responsable. Cette décision est en ligne avec la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'objections déduites de règles procédurales. En effet, le Tribunal fédéral déduit du principe de la bonne foi de l'art. 5 al. 3 Cst. une obligation faite à la partie qui constate un vice procédural de ne pas attendre la fin de la procédure pour s'en prévaloir (ATF 138 I 97, c. 4.1.5).

Le Tribunal fédéral s'autorise donc à ne pas tenir compte d'arguments juridiques potentiellement fondés, au motif qu'ils seraient invoqués trop tard. Cela peut surprendre, notamment au regard de l'art. 106 al. 1 LTF qui dispose que le Tribunal fédéral applique le droit d'office. Cela se justifie cependant car, comme le relève la doctrine, l'art. 106 al. 1 LTF se comprend davantage comme une faculté accordée au Tribunal fédéral que comme une obligation (Bovey, op. cit., n. 31 ad art. 106 LTF). Par ailleurs, l'objet d'un recours au Tribunal fédéral est avant tout de critiquer la décision entreprise. Or, si le moyen de droit litigieux est invoqué pour la première fois au stade du Tribunal fédéral, il n'a par définition pas pu être contrôlé par l'instance précédente. Partant, son analyse par le Tribunal fédéral ne se fait pas dans la perspective d'une critique de la décision entreprise. Le statut de cour suprême du Tribunal fédéral peut ainsi justifier qu'il ne se prononce pas sur un tel grief.

Proposition de citation : Arnaud Nussbaumer-Laghzaoui, La déclaration de compensation devant le Tribunal fédéral,

in: https://lawinside.ch/1382/