

Le recours de l'associé dans la société simple

Quelques considérations critiques sur la solidarité parfaite et la subrogation à partir de l'ATF 103 II 137

Franz Werro, avec la collaboration de Vincent Perritaz***

Table des matières

Introduction

- I. Un état des lieux à partir de l'ATF 103 II 137
 - A. L'ATF 103 II 137
 - 1. Les faits
 - 2. L'arrêt
 - a) Les rapports externes
 - b) Les rapports internes
 - B. Les règles relatives au recours de l'associé
 - 1. Quelques généralités
 - 2. Les spécificités du recours en cas de solidarité parfaite
 - a) Les règles applicables à l'action récursoire
 - b) Les conséquences sur la prescription de l'action récursoire
- II. Une critique des conceptions admises
 - A. Le droit de recours de celui qui a payé et la subrogation
 - 1. Le cumul des prétentions selon la conception dominante
 - 2. Le rejet du cumul des prétentions dans notre conception
 - B. La solidarité entre les débiteurs récursoires
 - 1. L'absence de solidarité selon le Tribunal fédéral et la doctrine dominante
 - 2. La solidarité entre les débiteurs récursoires en cas de solidarité parfaite

Conclusion

Bibliographie

Introduction

Les contraintes qu'impose une contribution dans des Mélanges sont parfois difficiles à maîtriser. Ainsi, cette contribution doit s'inscrire dans la ligne choisie par les éditeurs du volume et, sans sortir du champ d'action habituel de son auteur, elle doit

* Professeur à l'Université de Fribourg et au Georgetown University Law Center, Washington, DC.

** Avocat, assistant à la Faculté de droit de Fribourg.

aussi, dans l'idéal, faire plaisir au jubilaire. Dans notre cas, ces contraintes ont en réalité simplifié les choses et elles nous ont permis de retenir sans hésiter le recours de l'associé d'une société simple qui a payé au-delà de sa part. La question nous tient à cœur, mais elle satisfera aussi, nous le croyons, la curiosité intellectuelle du professeur Stoffel qui connaît bien les problèmes relatifs à la pluralité des responsables¹. En tout état de cause, nous espérons que notre contribution exprimera de manière adéquate l'hommage que nous entendons rendre à un collègue qui nous est cher.

Dans la société simple, le recours d'un associé contre les autres pose le problème du contenu des rapports entre eux et, plus généralement, celui de l'existence et des effets de la subrogation dans une relation de solidarité parfaite. Si le droit de recours a récemment fait l'objet d'un arrêt du Tribunal fédéral très utile en matière de solidarité imparfaite², tel n'est pas le cas en matière de solidarité parfaite. Ici, la jurisprudence date. A notre connaissance, les seuls arrêts publiés remontent aux années 1970, dont l'un de 1977, précisément en droit de la société simple³. Nous avons dès lors choisi de partir de cet arrêt de 1977 pour faire d'abord un état des lieux (I.) et esquisser ensuite une critique de la conception dominante (II.).

I. Un état des lieux à partir de l'ATF 103 II 137

Pour présenter les règles qui régissent le recours de l'associé dans la société simple (B.), notre analyse portera d'abord sur celle qu'on peut tirer de la jurisprudence du Tribunal fédéral dans l'ATF 103 II 137 (A.).

A. L'ATF 103 II 137

Dans l'affaire soumise au Tribunal fédéral, la question à résoudre était essentiellement celle de savoir s'il existe un rapport de solidarité dans les rapports internes entre associés à l'égard de celui qui a payé au-delà de sa part. Le Tribunal fédéral a jugé que tel n'était pas le cas. Une brève esquisse de l'état de fait à la base de l'arrêt (1.) permettra de mettre en lumière la solution retenue (2.).

¹ Cf. STOFFEL, La solidarité différenciée en matière de responsabilité des organes en droit des SA, in WERRO (éd.), La pluralité des responsables, Colloque du droit de la responsabilité civile Fribourg 2007, Berne 2009, 105 ss.

² Cf. ATF 133 III 6.

³ Cf. ATF 103 II 137; un arrêt récent non publié au recueil officiel nous a paru ne rien ajouter à la matière; cf. TF 4A_220/2007.

1. Les faits

Les faits à la base de l'arrêt ont le mérite de la simplicité. Trois personnes se sont associées en vue de construire un immeuble. Elles ont confié les travaux d'architecture à l'une d'elles, architecte de profession. Les honoraires de cet architecte se sont élevés à 115'813 fr. 80. N'ayant pas obtenu de paiement, l'architecte a ouvert action contre ses deux associés pour leur réclamer le paiement de 77'209 fr. 20, soit une somme représentant les deux tiers de ses honoraires.

Par la suite, l'architecte a retiré son action contre l'un des deux associés pour cause d'incompétence du juge à raison du lieu, et il a maintenu celle contre l'autre en faisant valoir que celui-ci était solidairement responsable de l'entier de la somme dépassant sa part. Les instances cantonales ont donné raison au demandeur et jugé que l'associé recherché était débiteur envers l'architecte d'un montant de 77'209 fr. 20, soit des deux tiers de ses honoraires.

Par recours, l'associé condamné à verser la somme intégrale a contesté le jugement et conclu devant le Tribunal fédéral à ne devoir que sa seule part, soit un montant de 38'604 fr. 60, représentant le tiers des honoraires. Le Tribunal fédéral lui a donné raison.

2. L'arrêt

Dans son arrêt, le Tribunal fédéral examine d'abord les rapports externes entre la société et l'architecte (a) pour traiter ensuite des rapports internes entre les associés (b).

a) Les rapports externes

Dans son analyse des rapports entre la société et l'architecte, le Tribunal fédéral commence par qualifier les différentes relations juridiques entre les parties. Il retient à cet égard que les trois associés forment entre eux une société simple (art. 530 ss CO). Il retient également que celle-ci a confié un mandat (art. 394 ss CO) à l'un de ses membres pour la réalisation de travaux d'architecture⁴. Le Tribunal fédéral souligne que, dans cette affaire, l'architecte a donc une double qualité puisqu'il est à la fois le tiers créancier de la société simple et un associé débiteur solidaire de cette dernière⁵.

⁴ ATF 103 II 137, consid. 4a.

⁵ ATF 103 II 137, consid. 4c.

Le Tribunal fédéral poursuit avec l'examen des rapports entre la société simple et son mandataire. Il constate à cet égard que la responsabilité solidaire des associés pour la créance d'honoraires issue du mandat découle de l'art. 544 al. 3 CO, mais également de la règle générale de l'art. 144 CO, selon laquelle le créancier peut exiger de tous les débiteurs solidaires ou de l'un d'eux le paiement intégral de sa créance d'honoraires, les débiteurs restant tous obligés jusqu'à l'extinction totale de leur dette⁶.

Le Tribunal fédéral en déduit que, dans le cas qui lui est soumis, « [l']a double qualité de [l']architecte [en tant que] tiers créancier et comme associé débiteur solidaire conduit en premier lieu à l'extinction totale de la dette par confusion, conformément à l'art. 118 al. 1 CO »⁷.

b) Les rapports internes

Dans la suite, le Tribunal fédéral traite la question des rapports internes entre les associés. Pour ce faire, il aborde d'une part celle de l'existence d'un recours de celui qui a payé contre les autres responsables et, d'autre part, celle des rapports entre ces derniers.

Le Tribunal fédéral relève que selon l'art. 148 CO, chaque débiteur doit prendre à sa charge une part égale du paiement fait au créancier (al. 1) ; celui qui paie au-delà de sa part a, pour l'excédent, un recours contre les autres (al. 2) ; ce qui ne peut être récupéré de l'un d'eux se répartit également entre les autres (al. 3)⁸.

En application de cette disposition, le Tribunal fédéral retient que, dans le rapport entre les trois associés codébiteurs, chacun d'entre eux doit supporter un tiers des honoraires, les parties n'ayant allégué aucune convention contraire⁹. Les juges fédéraux constatent que dans les faits de la cause, c'est l'architecte qui, dans les rapports externes, a éteint l'entier de la dette de la société simple par confusion. Par conséquent, ils estiment qu'« [a]yant ainsi payé pour la société simple au-delà de sa part d'un tiers, [l']architecte [en tant que] tiers créancier dispose d'un droit de recours contre ses deux associés pour les deux tiers payés en plus de cette part, soit 77'209 fr. 20 »¹⁰.

Fort de ce constat, le Tribunal fédéral aborde finalement la question de savoir si l'architecte est en droit de réclamer, à chacun de ses associés, l'entier de la part qu'il a payée en trop, à savoir les deux tiers de ses honoraires. La question relève des rapports

internes entre associés et le Tribunal fédéral va logiquement chercher la réponse dans les dispositions générales sur la solidarité, notamment à l'art. 148 al. 2 et 3 CO.

Notre Haute cour retient que « [l']action récursoire qui appartient selon l'art. 148 al. 2 CO au débiteur solidaire – en l'espèce à l'associé – qui a payé plus que sa part, et cela pour l'excédent, n'implique aucune solidarité entre les associés recherchés ; ceux-ci ne sont tenus, chacun, que pour leur propre quote-part, avec les accessoires justifiés. Quant à l'art. 149 al. 1 CO, en dépit de sa rédaction, il ne subroge le débiteur solidaire aux droits du créancier qu'à concurrence du droit de recours dont il jouit selon l'art. 148 »¹¹. En l'espèce, le Tribunal fédéral en déduit que chaque associé n'est le débiteur que de sa part des honoraires. Par conséquent, la demande de l'architecte, dirigée contre l'un de ses deux associés, n'est fondée qu'à concurrence d'un tiers de la créance d'honoraires¹².

Le Tribunal fédéral précise encore que l'art. 544 al. 3 CO n'est pas applicable aux rapports internes entre associés. Selon lui, cette disposition régit seulement et de manière incontestable « les rapports des associés avec les tiers et les effets de la représentation dans ces relations »¹³, ce qui « ressort des notes marginales des art. 543 et 544 CO, et surtout du texte même de l'art. 544 al. 3 »¹⁴. Pour le Tribunal fédéral, admettre une solidarité dans les rapports internes reviendrait, en l'espèce, à faire supporter à l'un des associés les conséquences du fait que l'architecte a ouvert action contre le troisième associé devant un tribunal incompétent. Au contraire, le Tribunal fédéral juge qu'il appartient à l'architecte de rechercher son troisième associé au for de son domicile, pour le second tiers payé en trop. Il ajoute que si la part incombant au troisième associé s'avérait irrécupérable au sens de l'art. 148 al. 3 CO, elle devrait alors être répartie par moitié entre l'architecte et le deuxième associé, conformément à cette disposition¹⁵.

B. Les règles relatives au recours de l'associé

La critique de l'arrêt suppose qu'on rappelle préalablement les règles relatives au recours de l'associé qui a payé au-delà de sa part. A cette fin, les développements qui suivent auront successivement pour objet quelques généralités relatives au recours en cas de pluralité des responsables (1.) et la présentation des spécificités du recours en matière de solidarité parfaite, telle que celle-ci existe en matière de société simple (2.).

6 ATF 103 II 137, consid. 4a.

7 ATF 103 II 137, consid. 4c.

8 ATF 103 II 137, consid. 4b.

9 ATF 103 II 137, consid. 4b.

10 ATF 103 II 137, consid. 4c.

11 ATF 103 II 137, consid. 4d.

12 ATF 103 II 137, consid. 4d.

13 ATF 103 II 137, consid. 4c.

14 ATF 103 II 137, consid. 4c.

15 ATF 103 II 137, consid. 4e.

1. Quelques généralités

Quand le créancier recherche l'un des débiteurs d'une même dette, celui-ci en répond dans son entier¹⁶. Cela ne signifie évidemment pas qu'il doit supporter seul le poids du paiement ou de la responsabilité. Il faut au contraire en principe répartir ce poids entre tous les obligés¹⁷. A défaut d'une autre clé de répartition conventionnelle ou légale entre les codébiteurs, la loi prévoit que chacun des débiteurs solidaires doit prendre à sa charge une part égale du paiement fait au créancier (cf. art. 148 al. 1 CO). Ainsi, dans les rapports internes, se pose la question de savoir si et dans quelle mesure celui qui a payé ou indemnisé le créancier peut recourir contre ces derniers et obtenir d'eux le remboursement de ce qu'il a payé au-delà de sa part (cf. art. 148 al. 2 CO)¹⁸.

Cette question se pose aussi bien en cas de solidarité parfaite qu'en cas de solidarité imparfaite. On relèvera ici que, dans notre conception, relèvent de la *solidarité parfaite* les seuls cas dans lesquels une pluralité de débiteurs répond d'une dette en vertu d'une cause commune. Il en est ainsi soit lorsque ceux-ci ont pris un engagement commun (art. 143 al. 1 CO, 530 ss CO), soit lorsqu'ils ont causé ensemble un dommage par leur faute commune (cf. art. 50 CO)¹⁹. D'un point de vue systématique, il se justifie d'assimiler l'engagement commun de la faute délictuelle commune et d'admettre ainsi l'application des art. 143 ss CO aux cas de solidarité découlant de l'art. 50 al. 1 CO²⁰.

Relèvent en revanche de la *solidarité imparfaite* tous les cas dans lesquels plusieurs personnes répondent du même dommage en vertu de causes différentes (art. 51 al. 1 CO), et ceci même lorsque la loi utilise le mot « solidarité », comme elle le fait notamment aux art. 759 CO, 60 LCR et 7 LRFP, dès lors que les responsables ont agi indépendamment l'un de l'autre. A notre avis, et contrairement à ce qu'on admet en général, parler de solidarité *parfaite* là où le préjudice ne résulte pas d'une faute commune ou d'un engagement commun est inadéquat : malheureusement reprise par le Tribunal fédéral, cette manière de libeller les choses fait perdre de vue la raison

d'être de la distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite et des implications qui en résultent²¹.

On notera qu'à l'opposé de notre approche, certains auteurs proposent de renoncer à toute distinction et d'étendre à tous les cas de solidarité l'application des art. 144 à 149 CO²². Si cette approche présente peut-être l'avantage de la simplicité (cf. § 421 ss BGB), elle ne permet pas de distinguer des situations qui, à notre avis, méritent un traitement différencié²³. C'est une chose en effet de prendre un engagement commun ou de s'associer dans une activité délictuelle et de devoir en répondre ; c'en est une autre que d'être responsable d'un dommage que d'autres, de manière indépendante, ont également causé²⁴.

2. Les spécificités du recours en cas de solidarité parfaite

Quoi qu'il en soit, le Tribunal fédéral admet, à notre avis à juste titre, que l'action récursoire du débiteur qui a payé le créancier au-delà de sa part obéit à des règles différentes selon que la solidarité est parfaite ou imparfaite. La suite de l'analyse a pour objet la présentation de ces règles (a.) et leurs conséquences sur la prescription de l'action récursoire (b.).

a) Les règles applicables à l'action récursoire

Dans les cas de solidarité parfaite, le Tribunal fédéral retient l'application directe des règles des art. 143 ss CO²⁵. Le débiteur qui dispose d'un recours pour avoir payé au-delà de sa part (art. 148 al. 2 CO) est ainsi subrogé aux droits du créancier principal contre les autres obligés « jusqu'à concurrence de ce qu'il lui a payé » (cf. art. 149 CO). Cette subrogation est constitutive d'une cession légale, et les droits du créancier principal sont ainsi transférés à celui qui exerce le recours par le seul effet de la loi. Elle signifie que, dans les limites de ce qu'il a payé, et sous déduction de sa propre part, le créancier récursoire peut réclamer des autres obligés ce que le créancier principal pouvait exiger d'eux²⁶.

16 Cf. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n. 3707 ss; HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 11 n. 2; MÜLLER, La responsabilité civile extracontractuelle, n. 825; ROBERTO, n. 541, 547 ss; ROMY, ad art. 144, n. 1 ss; TERCIER/PICHONNAZ, n. 1625 ss; WERRO, La responsabilité civile, n. 1597.

17 Cf. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n. 3739 ss; ROBERTO, n. 542, 551 ss; ROMY, ad art. 148, n. 6 ss; TERCIER/PICHONNAZ, n. 1635 ss; WERRO, La responsabilité civile, n. 1647.

18 Cf. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n. 3739 ss; ROMY, ad art. 148, n. 6 ss; MÜLLER, La responsabilité civile extracontractuelle, n. 824; TERCIER/PICHONNAZ, n. 1635 ss; WERRO, La responsabilité civile, n. 1647.

19 Cf. Müller, La responsabilité civile extracontractuelle, n. 835, 839 ss, 843 ss; WERRO, La responsabilité civile, n. 1602.

20 Cf. WERRO, La responsabilité civile, n. 1650.

21 Cf. WERRO, La responsabilité civile, n. 1603 et les réf. citées.

22 Cf. SCHWENZER, n. 88.11 ss; HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 11 n. 13.

23 Du même avis, cf. MÜLLER, La responsabilité civile extracontractuelle, n. 834.

24 Cf. WERRO, La responsabilité civile, n. 1602 et 1612.

25 Cf. WERRO, La responsabilité civile, n. 1650.

26 Cf. BREHM, n. 56; FELLMANN/KOTTMANN, n. 3002 ss; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n. 3745; MÜLLER, La responsabilité civile extracontractuelle, n. 862; ROMY, ad art. 149 CO, n. 1; SCHWENZER, n. 88.40; TERCIER/PICHONNAZ, n. 1648; WERRO, La responsabilité civile, n. 1650.

Dans les cas de solidarité imparfaite, le responsable qui a désintéressé le lésé n'est en revanche pas subrogé aux droits de ce dernier. En effet, selon le Tribunal fédéral, l'art. 51 CO institue un droit de recours indépendant, qui naît au moment où la personne recherchée a payé et que celle-ci a connaissance de celui contre qui elle peut se retourner²⁷. Le Tribunal fédéral n'a pas arrêté le fondement exact de ce droit de recours. On pourrait voir celui-ci dans l'interdiction de l'enrichissement illégitime de celui qui n'a pas payé ou dans la gestion d'affaires sans mandat de celui qui paie à la place de ce dernier. La question est en fait sans importance réelle, et le Tribunal fédéral n'a donc pas tort de simplement retenir que le droit de recours se fonde *ex jure proprio* et qu'il naît dans la personne de celui qui a payé le créancier principal²⁸.

b) Les conséquences sur la prescription de l'action récursoire

La subrogation qui complète le recours dans la solidarité parfaite a des conséquences notamment sur la prescription de l'action récursoire. En matière de solidarité parfaite, la prescription de l'action récursoire est en effet déterminée par celle de l'action du créancier principal. Avec la subrogation en effet, celui qui a payé acquiert contre les autres débiteurs du créancier principal une créance limitée par les droits de ce dernier. Son action récursoire se prescrit ainsi dans le même délai que celui de l'action principale. Il en va de même pour le point de départ du délai de prescription. Au moment où il acquiert le droit de recours, le créancier récursoire n'a donc pour exercer son action que le solde du délai de l'action dont jouissait encore le créancier principal contre les autres débiteurs²⁹.

En matière de solidarité imparfaite, en revanche, il n'y a pas de subrogation, et l'action récursoire fondée sur l'art. 51 CO se prescrit de manière indépendante de la créance principale. Le droit de recours est autonome. Dans sa jurisprudence récente, le Tribunal fédéral a fixé la durée du délai de prescription relatif de l'action récursoire à un an et précisé que le début de ce délai dépendait de l'existence de deux conditions cumulatives, à savoir le paiement de la victime par le débiteur recherché et la connaissance par le débiteur de l'existence d'autres responsables contre lesquels il pourrait se retourner³⁰.

27 Cf. ATF 133 III 6, consid. 5.2.1 et 5.3.3.

28 Cf. ATF 133 III 6, consid. 5.2.1 ; à ce sujet, cf. WERRO, La responsabilité civile, n. 1660.

29 Cf. BREHM, n. 63 ; FELLMANN/KOTTMANN, n. 3010 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n. 3743 ; MÜLLER, La responsabilité civile extracontractuelle, n. 789 ; ROBERTO, n. 575 ; SCHWENZER, n. 88.40 ; WERRO, La responsabilité civile, n. 1654.

30 ATF 133 III 6 ; pour un commentaire de cet arrêt, cf. WERRO, Pluralité des responsables, 29 ss ; PICHONNAZ, La prescription de l'action récursoire, 168 ; pour une critique du délai absolu de l'action récursoire, cf. ég. PICHONNAZ/WERRO, La prescription de l'action récursoire en cas de solidarité imparfaite, p. 49.

Nous verrons que la subrogation en matière de solidarité parfaite a d'autres implications possibles, notamment sur la relation qui existe entre les associés d'une société simple et celui d'entre eux qui a payé au-delà de sa part. A cet égard, nous examinerons de manière critique s'il est convaincant de retenir, comme l'a fait le Tribunal fédéral dans l'arrêt de 1977, qu'il n'y a pas de solidarité entre eux (*infra* II.B.2.).

II. Une critique des conceptions admises

L'arrêt de 1977 du Tribunal fédéral et le rappel des conceptions admises appellent quelques remarques critiques. Au sujet de l'arrêt, on pourrait s'interroger par exemple sur l'extinction par confusion de la créance de l'architecte. Le Tribunal fédéral a admis cette extinction du fait que l'architecte était à la fois créancier et associé et donc débiteur solidaire de cette même dette. Cette affirmation n'est pas tout à fait convaincante. En effet, l'extinction de la créance ne découle pas directement de la double qualité de l'architecte, mais bien plutôt du choix qu'il a fait de se réclamer à lui-même le paiement de l'entier de ses honoraires. S'il avait choisi un autre associé, il en aurait été différemment. Evidemment, un tel choix repose sur la double qualité de tiers créancier et de débiteur solidaire. Pour les associés de l'architecte en revanche, le choix s'est manifesté lorsqu'il leur a réclamé le remboursement de ce qu'il avait payé en trop. Quoi qu'il en soit, le point central de l'arrêt n'est pas là. Il concerne bien plutôt les effets de la subrogation en matière de solidarité parfaite tant pour le recours de celui qui a payé (A.) que pour l'analyse du lien qui existe entre les débiteurs solidaires à l'égard du créancier récursoire (B.).

A. Le droit de recours de celui qui a payé et la subrogation

En cas de solidarité parfaite, on l'a vu, le droit de recours de celui qui a payé au-delà de sa part est régi par les art. 148 et 149 CO (rapports internes). A cet égard, la loi prévoit que celui qui paie plus qu'il ne doit a, pour l'excédent, un recours contre les autres (art. 148 al. 2 CO). La loi ajoute à cette règle celle qui veut que le débiteur solidaire qui jouit d'un recours est subrogé au droit du créancier jusqu'à concurrence de ce qu'il lui a payé (art. 149 al. 1 CO). Une controverse doctrinale entoure l'interprétation de ces règles. La doctrine dominante admet que le créancier dispose en plus du recours découlant de la subrogation d'un droit de recours indépendant (1.). A notre avis, en revanche, il n'en est rien : le créancier récursoire qui a payé dispose d'un droit de recours dans les limites de la subrogation (2.).

1. Le cumul des prétentions selon la conception dominante

En cas de solidarité parfaite, la doctrine dominante admet que l'action récursoire du débiteur qui a payé le créancier au-delà de sa part a deux fondements cumulatifs possibles, à savoir un droit de recours indépendant fondé sur l'art. 148 al. 2 CO et un recours découlant de la subrogation prévue à l'art. 149 CO³¹. Dans cette approche, le créancier récursoire disposerait ainsi de deux prétentions parallèles³².

Ce double fondement de l'action récursoire semble reposer sur l'idée selon laquelle le demandeur, limité par les effets de la subrogation, notamment en relation avec la prescription de l'action principale, doit pouvoir disposer d'une action propre, soumise à un délai de prescription différent et, par définition, plus favorable.

2. Le rejet du cumul des prétentions dans notre conception

A notre avis, et contrairement à ce que nous avons soutenu dans la première édition de notre livre³³, il convient de rejeter la position de la doctrine dominante, qui est sans fondement et qui est même contradictoire. Elle ne trouve par ailleurs aucun appui dans la jurisprudence du Tribunal fédéral³⁴.

Selon nous, il faut bien plutôt comprendre les art. 148 et 149 CO en ce sens que celui qui a un droit de recours (art. 148 al. 2 CO) est subrogé aux droits du créancier jusqu'à concurrence de ce qu'il lui a payé (art. 149 al. 1 CO). Comme la systématique de la loi le suggère, la subrogation vient compléter le droit de recours dans la mesure où il existe. A notre avis, le Tribunal fédéral ne retient pas autre chose quand il écrit, dans l'arrêt qui fait l'objet de la présente étude, que l'art. 149 al. 1 CO, « [...] en dépit de sa rédaction, [...] ne subroge le débiteur solidaire aux droits du créancier qu'à concurrence du droit de recours dont il jouit selon l'art. 148 »³⁵. Ainsi, pour être subrogé aux droits du créancier, le débiteur doit donc disposer d'un droit de recours selon l'art. 148 al. 2 CO. La subrogation se borne à modaliser et donc souvent à limiter ce droit de recours.

31 Cf. BREHM, n. 56; FELLMANN/KOTTMANN, n. 2918; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n. 3746; MÜLLER, La responsabilité civile extracontractuelle, n. 787; ROMEY, ad art. 149, n. 1; SCHWENZER, n. 88.40.

32 Pour tous, cf. BREHM, n. 56.

33 Cf. WERRO, La responsabilité civile, Berne 2005, n. 1576.

34 Contrairement à ce qu'on peut lire chez les auteurs favorables à l'existence d'un droit de recours indépendant à côté de la subrogation, les arrêts qu'ils citent ne donnent aucun appui à leur avis. En réalité, ces arrêts traitent de la distinction entre la solidarité parfaite et la solidarité imparfaite et rappellent que le créancier récursoire n'est pas subrogé aux droits du créancier principal en cas de solidarité imparfaite; cf. ATF 130 III 362, consid. 5.2; cf. ég. ATF 127 III 257, consid. 6c, JdT 2002 I 249; ATF 115 II 42, JdT 1989 I 531; à ce sujet, cf. WERRO, Quelques principes, 24.

35 ATF 103 II 137, consid. 4d.

En réalité, on ne saurait concevoir que la loi impose la subrogation à celui qui jouit d'un droit de recours et que, dans le même temps, elle institue un droit de recours qui échapperait à celle-ci. De deux choses l'une: soit le débiteur qui jouit d'un recours est subrogé, et il doit en subir les conséquences ou bénéficier des avantages qui y sont liés, soit il ne l'est pas, et son recours est propre et donc indépendant. Reconnaître un droit de recours fondé sur la subrogation et, en plus, un droit de recours indépendant est contradictoire; cela revient à traiter le créancier récursoire comme s'il n'y avait pas de subrogation.

Notre conception s'impose plus clairement encore si on reconnaît la raison d'être de la subrogation. Celle-ci trouve en effet sa justification dans la spécificité de la solidarité parfaite. Bien comprise, on l'a vu, celle-ci résulte de la situation dans laquelle plusieurs personnes ont causé ensemble un même dommage ou ont pris un engagement commun (*supra* I.B.1.). A l'évidence, cette situation se caractérise par le fait qu'il existe une relation entre ces personnes qui précède celle qui se crée avec le créancier principal. A notre avis, c'est bien cette relation qui justifie la subrogation et ainsi l'opposition à celui qui a payé le créancier principal du rapport que ce dernier avait avec les autres responsables³⁶. Le responsable qui paie le créancier principal connaît ses coobligés et il doit se laisser opposer le fait qu'il a agi ou qu'il s'est engagé avec eux.

A la lueur de ce qui précède, on comprend que cette subrogation n'existe pas en matière de solidarité imparfaite, ainsi que l'a clairement jugé le Tribunal fédéral dans une jurisprudence constante³⁷. Ici, le lien préalable entre les obligés fait défaut dans la survenance de la créance en réparation³⁸. Par conséquent, lorsque l'un d'eux paie une indemnité pour un dommage que d'autres ont aussi causé, le rapport de la victime indemnisée aux autres responsables ne saurait lui être opposé. Celui que le lésé a recherché doit en principe pouvoir en toute indépendance récupérer la part qu'il a payée en trop³⁹. Le recours indépendant déploie tous ses effets, et on ne saurait envisager que la subrogation intervienne pour modaliser ou limiter les droits du créancier récursoire contre les coobligés⁴⁰.

Retenir comme le fait la doctrine dominante en matière de solidarité parfaite un droit de recours indépendant malgré la subrogation revient à ignorer la spécificité de la situation qu'elle recouvre et à traiter celle-ci comme un cas de solidarité imparfaite. Compte tenu de ce qui distingue les différentes solidarités (*supra* I.B.1.), tel ne peut

36 Cf. WERRO, Quelques principes, 25.

37 ATF 133 III 6, consid. 5.3.4; TF, 4C.27/2003, consid. 3.4, SJ 2003 I 597.

38 Cf. WERRO, La responsabilité civile, 2e éd., Berne 2011, n. 1612.

39 Cf. WERRO, Quelques principes, 25.

40 Cf. ATF 133 III 6, consid. 5.3.4.

pas être le sens de la loi (art. 149 al. 1 CO)⁴¹. Il est vrai qu'on pourrait tenter de défendre le cumul des prétentions afin de mieux protéger le créancier récursoire⁴². Toutefois, outre que cette volonté contrecarrerait le système légal, celle-ci tombe à faux, notamment en relation avec la question de la prescription (*supra* I.B.2.b.). Du fait de l'application de l'art. 136 al. 1 CO, le risque pratique d'un délai résiduel insuffisant pour permettre au créancier récursoire de faire valoir ses droits à l'égard de ses coobligés est en effet réduit : la loi veut que le créancier principal qui aura interrompu la prescription contre celui qu'il recherche l'aura également interrompue contre ceux qui seront défendeurs à l'action récursoire⁴³. On relèvera encore une fois qu'en cas de solidarité fondée sur la faute commune ou un engagement commun, le créancier récursoire, par définition, connaît ses coobligés et sera donc, dans la règle, en mesure de se retourner rapidement contre ces derniers⁴⁴.

B. La solidarité entre les débiteurs récursaires

Il résulte de l'analyse qui précède qu'en matière de solidarité parfaite, le créancier récursoire est dans tous les cas subrogé aux droits du créancier principal et qu'il ne saurait disposer cumulativement d'un droit de recours indépendant. Fort de cette analyse, on doit se poser une seconde question qui est celle de savoir si les différents obligés recherchés ne sont pas en réalité des débiteurs solidaires envers le demandeur. C'est la question à laquelle le Tribunal fédéral avait à répondre dans l'arrêt de 1977 qui a servi de point de départ à notre étude. Dans cet arrêt, il a jugé que l'action récursoire n'implique aucune solidarité entre les débiteurs recherchés. Par conséquent, ceux-ci ne seraient tenus, chacun, que pour leur propre quote-part. Cette opinion correspond à la conception dominante et à celle que nous avons soutenue jusqu'ici (1.). A la réflexion, cette conception n'emporte toutefois pas la conviction (2.).

1. L'absence de solidarité selon le Tribunal fédéral et la doctrine dominante

Sans égard à la forme de solidarité en cause, la doctrine admet de façon univoque que dans l'action récursoire les coobligés ne sont pas des débiteurs solidaires envers le demandeur. Il n'y a pas de solidarité dans les rapports internes⁴⁵.

41 Dans ce sens ég., cf. PICHONNAZ, La prescription de l'action récursoire, 158 et 160.

42 Cf. WERRO, Quelques principes, 26.

43 Cf. WERRO, La responsabilité civile, n. 1655.

44 Cf. WERRO, Quelques principes, 25.

45 Cf. BREHM, n. 60; FELLMANN/KOTTMANN, n. 2925; KELLER II, n. 183; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, n. 3741; MÜLLER, La responsabilité civile extracontractuelle, n. 867; ROMY, ad art. 148, n. 6; SCHWENZER, n. 88.36; TERCIER/PICHONNAZ, n. 1645.

De l'avis de certains auteurs, cette position se fonderait sur la loi qui ne prévoit pas cette solidarité⁴⁶. La solidarité n'existerait qu'envers le créancier principal⁴⁷. Au demeurant, ce que le demandeur ne peut pas récupérer de l'un des obligés se répartirait entre les autres par application analogique de l'art. 148 al. 3 CO⁴⁸.

2. La solidarité entre les débiteurs récursaires en cas de solidarité parfaite

A nouveau, l'avis de la doctrine dominante peine à convaincre dans la mesure où il ignore les spécificités de la solidarité parfaite et les effets de la subrogation qui y sont attachés. En cette matière, le créancier récursoire qui se retourne contre les autres débiteurs solidaires est, selon la règle de l'art. 149 CO, subrogé aux droits du créancier. De par la loi, le créancier récursoire devient donc lui-même titulaire des droits du créancier contre les autres codébiteurs⁴⁹.

Très logiquement, et en application de la loi (art. 149 CO) qui le prévoit (art. 143 al. 2 CO), le créancier récursoire devrait donc bénéficier de la solidarité qui existait dans les rapports (externes) entre le créancier principal et ses débiteurs solidaires⁵⁰. Contrairement à ce que retiennent le Tribunal fédéral et la doctrine majoritaire (y compris nous-mêmes avant la présente contribution⁵¹), le créancier récursoire devrait en conséquence pouvoir réclamer à chacun des débiteurs solidaires le remboursement de l'entier de la part qu'il a payée en trop.

Comme on l'a vu, la subrogation a justement pour but de modaliser l'action récursoire⁵². Affirmer le contraire reviendrait à privilégier, à tort, les autres débiteurs solidaires qui n'ont pas payé au détriment de celui qui a trop payé. Rien ne le justifie. Au contraire, celui qui paie le créancier principal prend sur lui en partie la dette des autres. De ce fait, il mérite en contrepartie de ces derniers qu'ils assument les conséquences de la solidarité en restant chacun débiteurs de l'entier de la part résiduelle.

46 Cf. p. ex. TERCIER/PICHONNAZ, n. 1645.

47 Pour tous, cf. BREHM, ad art. 50 n. 60.

48 Cf. WERRO, La responsabilité civile, n. 1649 in fine et les réf. citées.

49 Cf. BREHM, n. 56; FELLMANN/KOTTMANN, n. 3002 ss; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, n. 3745; ROMY, ad art. 149 CO, n. 1; SCHWENZER, n. 88.40; TERCIER/PICHONNAZ, n. 1648; WERRO, La responsabilité civile, n. 1650.

50 D'un avis contraire, cf. not. MÜLLER, La solidarité parfaite, 42; TERCIER/PICHONNAZ, n. 1645.

51 Cf. WERRO, La responsabilité civile, n. 1649.

52 Cf. PICHONNAZ, La prescription de l'action récursoire, 160.

Conclusion

Il résulte de notre analyse qu'en application de la subrogation qui accompagne dans les cas de solidarité parfaite le droit de recours de celui qui a payé au-delà de sa part, ce dernier ne dispose pas d'un droit de recours indépendant. A notre avis, reconnaître l'existence d'un tel droit, comme le fait encore la doctrine majoritaire, revient à ignorer les effets de la subrogation qui, nous l'avons vu, trouve sa justification dans l'existence d'un engagement commun ou d'une faute commune des débiteurs. Autre est la situation en matière de solidarité imparfaite, où la subrogation n'a pas sa place. Ici seul un recours indépendant se conçoit, comme l'a souvent jugé le Tribunal fédéral à juste titre.

En matière de société simple, l'associé qui a payé le créancier principal peut rechercher ses coobligés pour l'entier de la part qu'il a payée en trop. Selon nous, et contrairement à ce que nous avions écrit précédemment, il faut retenir que ces derniers en sont solidairement responsables, précisément en raison de la subrogation qui accompagne ici le recours en cas de solidarité parfaite. L'associé qui a payé l'entier de la dette prend la place du créancier principal sous déduction de sa part. Affirmer le contraire, comme l'a fait le Tribunal fédéral dans l'arrêt qui a servi de base à notre analyse, revient à privilégier sans raison les autres débiteurs solidaires au détriment de celui qui a payé la dette du créancier principal.

D'apparence simple, la question du recours de l'associé qui a payé au-delà de sa part suscite, on le voit, des hésitations assez fondamentales. Nous espérons que la présente étude contribuera à les surmonter en partie. Nous espérons aussi, et surtout, que le jubilaire y verra l'expression de notre amitié, même s'il est vrai que celle-ci ne s'est nourrie que de loin du plaisir des discussions juridiques.

Bibliographie

- BREHM R., *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, 4^e éd., Berne 2013.
- FELLMANN W./KOTTMANN A., *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Band I, Berne 2012.
- GAUCH P./SCHLUEP W. R./SCHMID J./EMMENEGGER S., *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 9^e éd., Zurich 2008.
- HONSELL H./ISENRING B./KESSLER M. A., *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 5^e éd., Zurich 2013.
- KELLER A., *Haftpflicht im Privatrecht*, T. II, 2^e éd., Berne 1998.

- MÜLLER C., La solidarité parfaite, in WERRO F. (éd.), *La pluralité des responsables*, Colloque du droit de la responsabilité civile Fribourg 2007, Berne 2009 (cité : La solidarité parfaite).
- MÜLLER C., La responsabilité civile extracontractuelle, Bâle 2013 (cité : La responsabilité civile extracontractuelle).
- PICHONNAZ P., La prescription de l'action récursoire, in WERRO F. (éd.), *La pluralité des responsables*, Colloque du droit de la responsabilité civile Fribourg 2007, Berne 2009 (cité : La prescription de l'action récursoire).
- ROBERTO V., *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zurich 2002.
- ROMY I., *Commentaire romand du Code des obligations I*, 2^e éd., Bâle 2012, ad art. 144, 148 et 149.
- SCHWENZER I., *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 6^e éd., Berne 2012.
- STOFFEL W. A., La solidarité différenciée en matière de responsabilité des organes en droit des SA, in WERRO F. (éd.), *La pluralité des responsables*, Colloque du droit de la responsabilité civile Fribourg 2007, Berne 2009.
- TERCIER P./PICHONNAZ P., *Le droit des obligations*, 5^e éd., Genève Zurich Bâle 2012.
- WERRO F., La pluralité des responsables : quelques principes et distinctions, in WERRO F. (éd.), *La pluralité des responsables*, Colloque du droit de la responsabilité civile Fribourg 2007, Berne 2009 (cité : Quelques principes).
- WERRO F., *La responsabilité civile*, 2^e éd., Berne 2011 (cité : La responsabilité civile).
- WERRO F., *La pluralité des responsables dans le projet de construction 2009*, Fribourg 2009, 29 ss (cité : Pluralité des responsables).
- WIDMER P./WESSNER P., *Révision et unification du droit de la responsabilité civile*, Rapport explicatif, Berne 2000.