

Arrêt civil.

Audience publique du neuf juin deux mille dix.

Numéro 34368 du rôle.

Composition:

*Romain LUDOVICY, président de chambre;
Françoise MANGEOT, premier conseiller;
Gilbert HOFFMANN, conseiller, et
Jean-Paul TACCHINI, greffier.*

E n t r e :

*1) A, sans état connu, demeurant à (...),
2) B, sans état connu, demeurant à (...),
3) C, sans état connu, demeurant à (...),
appelants aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-
Claude Steffen d'Esch-sur-Alzette en date du 12 novembre 2008,
comparant par Maître Marc Kerger, avocat à Luxembourg,
e t :*

***D société anonyme**, établie et ayant son siège social à (...),
intimée aux fins du susdit exploit Jean-Claude Steffen,
comparant par Maître Mathias Poncin, avocat à Luxembourg.*

LA COUR D'APPEL:

Faits et rétroactes procéduraux

Les opérations de crédit suivantes entre l'ancienne d SA et la société E SA et ensemble les cinq actes de cautionnements visés ci-dessous sont à la base du litige, suivant les renseignements puisés dans les pièces versées en cause :

Par acte notarié de Me X du 7 novembre 1991, la d avait accordé à E SA une ouverture de crédit de 9.180.000 frs utilisable en compte courant jusqu'à 7.650.000 frs avec une hypothèque sur des lots dans un immeuble bâti situé à (...). L'inscription hypothécaire y relative, prise le 19 novembre 1991, a été partiellement renouvelée le 2 novembre 2001 sur l'appartement restant (lot 018), sur deux caves (lots 008 et 012) et sur un garage (lot 034).

Cette ouverture de crédit avait été prorogée, suivant lettre de la d du 14 juillet 1992, pour le montant de 7.650.000 frs avec maintien de l'hypothèque de premier rang sur l'immeuble à (...). Elle fera l'objet d'un accord de « réutilisation » suivant lettre de la d du 16 janvier 1995 (v. ci-dessous).

Par lettre antérieure du 28 septembre 1990, la d avait accordé à E SA une ouverture de crédit pour un million de francs. Par lettre du 14 juillet 1992, la d avait accordé une augmentation de cette ouverture de crédit pour la porter à deux millions de francs à garantir par un cautionnement solidaire et indivisible des nommés C, B et A, soit les actionnaires et membres du conseil d'administration de ladite société suivant le jugement déféré.

Par acte de cautionnement du 14 juillet 1992, les trois personnes prévisées avaient déclaré cautionner solidairement et indivisiblement le paiement de toutes sommes généralement quelconques que la société E SA pourrait devoir à ce moment ou à l'avenir à la d, ce pour un montant de un million de francs, outre les intérêts, commissions et frais.

Suivant lettre de la d du 16 janvier 1995, elle avait accordé une ouverture de crédit à ladite société le 18 décembre 1992 par acte notarié de Me X pour 3.375.000 frs avec hypothèque sur un immeuble à (...).

Le 17 décembre 1992, les consorts C, B et A avaient signé un nouvel acte de cautionnement général pour le montant de 3.375.000 frs.

Suivant lettre du notaire Y du 6 novembre 2003, les lots susvisés de l'immeuble à (...) avaient été vendus (par E SA) en date du 29 juin 1993 (lot 012) et du 14 novembre 1996 (les trois autres lots susvisés) moyennant acte notarié de Me X.

Le 10 juin 1993 et le 29 septembre 1993 les consorts C, B et A avaient signé deux actes de cautionnement général envers la d pour les montants de 57.300.000 frs et de 60.100.000 frs.

Dans sa prédite lettre du 16 janvier 1995, la d avait donné son accord pour la « réutilisation » des crédits du 7 novembre 1991 (portant sur 7.650.000 frs) et du 18 décembre 1992 (portant sur 3.375.000 frs) jusqu'à concurrence du montant global de 6,5 millions de francs, ce avec maintien des hypothèques respectivement sur les immeubles à (...), et à (...), et contre nouveau cautionnement des susnommés C, B et A.

Le même jour, ceux-ci avaient signé un acte de cautionnement soumis aux mêmes conditions et clauses que les cautionnements précédents, pour le montant de 6.500.000 frs.

Suivant sa prédite lettre du 16 janvier 1995, la d avait encore accordé le 22 novembre 1993 une ouverture de crédit avec hypothèque sur l'immeuble à (...) et sur l'immeuble à (...).

Par lettre du 22 janvier 1997, la d avait prorogé pour deux millions le crédit du 22 novembre 1993 déjà prorogé le 16 janvier 1995 pour le montant de deux millions avec maintien des hypothèques sur les immeubles à (...) et à (...). Par lettre du 19 avril 2000, la d avait prorogé une nouvelle fois le prêt crédit.

Pour être complet, la Cour relève encore que la d avait accordé à la société E SA par acte notarié de Me X du 22 avril 1988 une ouverture de crédit pour un montant de 4,2 millions de francs avec une hypothèque sur une maison d'habitation située à (...). L'inscription hypothécaire y relative prise le 25 mai 1988, avait été renouvelée le 15 mai 1998. Le registre des inscriptions hypothécaires mentionne encore d'autres inscriptions au profit de la d.

Par acte notarié du 7 juillet 2000, la société E SA avait vendu des garages situés à (...) à F SA pour le prix de deux millions de francs, payable jusqu'au 1^{er} septembre 2000 avec mention, dans l'acte notarié, que la partie venderesse « a déclaré vendre ... pour libres de toutes charges hypothécaires et privilégiées, en ce sens que s'il en existait, le produit des présentes servira à les éteindre à concurrence des sommes dues et du montant actuellement réalisé ».

Suivant les renseignements donnés en cause, ces garages avaient été hypothéqués à la d le 12 mars 1984 avec renouvellement de l'inscription hypothécaire le 8 mars 1994. D'après le registre, ladite inscription hypothécaire garantissait un crédit de la d de 3.960.000 frs et l'inscription renouvelée avait été radiée le 8 septembre 2000.

Par jugement du 27 avril 2001, la société E SA a été déclarée en faillite.

Par lettre du 13 juillet 2001, le curateur informait l'acheteur F SA par le biais de son avocat (qui est aussi l'avocat des trois cautions susnommés) que le prix de vente de deux millions, outre les intérêts, serait à régler entre ses mains.

La d avait introduit une déclaration de créance à titre privilégié (v. lettre du curateur du 8 décembre 2003).

Suivant la lettre du curateur du 13 juillet 2001, cette déclaration de créance portait sur le montant de 2.827.339 frs (70.087,90 €) du chef de l'ouverture de crédit du 7 novembre 1991, garantie par une inscription hypothécaire sur l'immeuble à (...), et par le cautionnement des consorts C, B et A. La d aurait informé oralement le curateur qu'il n'y aurait pas d'autres inscriptions hypothécaires.

Le 1^{er} octobre 2003, la d avait donné au notaire Y la mission de procéder à la vente forcée des lots prévus de l'immeuble à (...) pour obtenir paiement de sa créance dont le montant était à cette époque de 87.565,09 €. Ledit notaire, par sa susdite lettre du 6 novembre 2003, avait informé la d que tous les lots étaient déjà vendus.

Suivant la lettre du curateur du 8 décembre 2003, il avait demandé à la d de modifier sa déclaration de créance en une production à titre chirographaire.

Suivant reddition de compte du curateur du 5 novembre 2004, l'actif réalisé était réparti entre cinq sociétés créancières chirographaires dont la d qui avait droit à un dividende de 3.928,53 €.

Par acte d'huissier du 5 décembre 2007, la société anonyme dd, venue aux droits de d SA, a assigné les consorts C, B et A devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour se voir condamner solidairement à lui payer, en exécution des cinq actes de cautionnement susvisés, le montant de 84.134,42 € avec les intérêts conventionnels de retard à partir du 1^{er} janvier 2007, outre une indemnité de procédure de 500 €.

Les défendeurs avaient conclu à la nullité des cautionnements pour erreur en arguant qu'ils avaient cautionné la société E en considération des immeubles hypothéqués à la d, mais que cette dernière aurait accepté la vente des prédits immeubles sans faire valoir ses droits.

Les défendeurs avaient encore opposé l'article 2037 C. civ. disposant que « la caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait du créancier, s'opérer en faveur de la caution », et l'article 2038 C. civ.

disposant que « l'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un immeuble ou d'un effet quelconque en paiement de la dette principale, décharge la caution, encore que le créancier vienne à être évincé ».

En ordre subsidiaire, les défendeurs avaient formé une demande reconventionnelle pour obtenir condamnation de la partie demanderesse à concurrence du montant auquel ils pourraient être condamnés, ce sur base de la responsabilité contractuelle, sinon délictuelle, en imputant à faute à la d de ne pas avoir réalisé les hypothèques, et concluent à la compensation judiciaire.

Par jugement du 28 octobre 2008, le tribunal d'arrondissement a fait droit à la demande en paiement de la banque dd, non contestée en son montant, et avec condamnation des défendeurs à une indemnité de procédure de 500 €.

Par acte d'huissier du 12 novembre 2008, les consorts C, B et A ont régulièrement relevé appel de ce jugement en reprenant leurs moyens de défense de première instance. En ordre subsidiaire, ils réitèrent leur demande reconventionnelle et, en plus, concluent à voir « condamner la partie intimée à produire un récapitulatif transparent et compréhensible quant au principal de sa créance et quant aux intérêts courus ». Ils demandent chacun une indemnité de procédure de 2.500 €.

D'emblée, il y a lieu de dire non fondé le moyen tiré de l'article 2038 C. civ., la d n'ayant manifestement pas reçu « un immeuble ou un effet quelconque en paiement de la dette principale ».

Appréciation

Quant à la nullité des cautionnements

Dès l'abord, il y a lieu de relever que les appelants n'ont pas critiqué la décision des premiers juges dans la partie motivation disant les défendeurs recevables à opposer la nullité de leurs engagements seulement sous forme d'exception comme moyen de défense à la demande en paiement, eu égard à la prescription de l'action en nullité en vertu de l'article 1304 C. civ.

Les conclusions en sens contraire de la partie intimée ne sont pas fondées, les premiers juges ayant correctement fait application de l'adage « *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* ».

Les appelants exposent qu'ils s'étaient engagés comme cautions en considération des immeubles hypothéqués à la d en sûreté des crédits accordés à la société E et sur la foi que ladite banque, au cas de défaut-

lance de la société débitrice, allait réaliser les hypothèques. Ils concluent en ces termes qu'il y aurait eu erreur dans leur chef du fait de leur « conviction légitime ... que la d fasse valoir ses hypothèques dûment inscrites ».

C'est à juste titre que les premiers juges ont dit non fondé le moyen de nullité pour erreur sur les autres sûretés.

Concernant leur existence supposée, les parties appelantes n'ont pas fait d'observations particulières (v. aussi *infra sub* « renonciation au bénéfice de subrogation », *in fine*)

Quant aux démarches que la d était supposée entreprendre pour obtenir paiement, les appelants ne peuvent pas prétendre avoir commis une erreur sur la portée de leurs engagements, étant donné qu'ils se sont portés cautions solidaires avec renonciation expresse au bénéfice de discussion et que les actes de cautionnement énoncent clairement que les cautionnements sont distincts des autres sûretés auxquels ils s'ajoutent.

Quant à la perte du « bénéfice de subrogation » (article 2037 C. civ.)

En vertu de l'article 2029 C. civ., faisant application en la matière du cautionnement de la disposition générale de l'article 1251, 3° du même code, « la caution qui a payé la dette, est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur ». Le recours né de la subrogation lui permet donc de bénéficier des autres garanties attachées à la créance cautionnée.

L'article 2037 précité, tel qu'interprété en jurisprudence, donne décharge à la caution lorsque par une faute exclusive du créancier, elle se trouve privée des avantages de la subrogation dans un droit préférentiel existant au moment du cautionnement, ce dans la mesure où la perte du droit préférentiel lui a causé un préjudice.

A ce propos, les parties appelantes font valoir dans l'acte d'appel, d'une part, quant à l'hypothèque inscrite sur la maison à (...) que « pour des raisons qui (leur) échappent, cette propriété a été vendue par acte du notaire X les 29 juin 1993 et 14 novembre 1996 à des tierces personnes, sans que la d ne fasse valoir ses droits en tant que créancier hypothécaire, ni au moment des ventes, ni par la suite ».

D'autre part, quant à l'hypothèque grevant les garages situés à (...) qui avaient été vendus à la société F le 7 juillet 2000, les parties appelantes font valoir à leur décharge que « le produit de vente de quelque 2 millions de francs a été transféré – et ce contrairement à ce qui a été stipulé dans l'acte notarié – au curateur, et non pas au créancier

hypothécaire, par ailleurs de l'accord de ce dernier » et que « la d a transformé sa déclaration de créance à titre privilégié en déclaration de créance simplement chirographaire ».

Dans une interprétation large de l'article 2037, il se pose la question de savoir si la caution peut être reçue à invoquer la perte du bénéfice de subrogation non seulement au cas d'atteinte portée à une sûreté proprement dite attachée à la dette, mais aussi lorsque le créancier n'a pas exercé ses droits contre le débiteur avec toute la diligence requise, notamment au cas d'omission de revendiquer un droit de préférence au moment de la vente du bien (V. Fr. T'Kint : Sûretés, 4^e éd. 2004, numéros 786 et s.)

Il peut donc y avoir matière à discussion par rapport à l'hypothèque sur l'immeuble à (...), puisque, d'après les renseignements exposés ci-dessus, la demande en paiement concernerait le solde débiteur de l'ouverture de crédit du 7 novembre 1991 ayant fait l'objet d'une prorogation et d'un accord de réutilisation.

Par contre, tel n'est pas le cas de l'hypothèque portant sur les garages qui, suivant indications du registre des inscriptions hypothécaires versé en cause, a trait à un crédit de 3.960.000 frs remontant à 1984 et qui avait été rayée le 8 septembre 2000. La Cour ignore ce qu'il est advenu dudit crédit dont il n'a pas été autrement question dans le présent litige. Pour répondre aux conclusions de la partie appelante, il suffit de dire qu'en raison du principe de la spécialité de l'hypothèque et pour la raison que la demande en paiement ne se rapporte apparemment pas audit crédit, les cautions n'ont pas eu à pâtir du paiement du prix de vente des garages entre les mains du curateur. Par conséquent, l'omission reprochée à la d dans le cadre de la vente des garages de faire valoir le caractère privilégié de sa créance lors de sa déclaration à la procédure collective du débiteur n'est pas pertinente, ce d'autant moins qu'en fait l'hypothèque avait été rayée avant la faillite et que cette radiation n'a pas été critiquée.

Toujours à propos de la vente des garages hypothéqués, la Cour se doit de faire remarquer que le raisonnement des premiers juges, repris par la partie d en instance d'appel, suivant lesquels le privilège du vendeur aurait de toute façon primé le droit préférentiel de la d, en sorte que les cautions n'ont pas pu subir de préjudice du fait de l'encaissement du prix de vente par le curateur, procède d'une mauvaise application de l'article 2095 C. civ. disposant que « le privilège est un droit que la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires ».

En effet, s'il est vrai qu'en vertu de l'article précité le privilège du vendeur l'emporte sur l'hypothèque à condition qu'il ait été inscrit dans le délai légal, faute de quoi il dégénère en hypothèque et ne prend rang qu'à la date de son inscription, et que le privilège inscrit dans le délai légal prend rang à la date de la vente et que, dans ce cas, il l'emporte donc sur les créanciers hypothécaires inscrits postérieurement à la vente (art. 2106, 2108 et 2113 C.civ. ; art. 2 de la loi modifiée du 18.4.1910 sur le régime hypothécaire), il reste que, même inscrit dans le délai légal, le privilège du vendeur ne saurait prendre rang avant la vente dont il procède et que, par conséquent, le privilège immobilier est évidemment primé par les hypothèques nées du chef du créancier privilégié lui-même et inscrites avant la vente. Ainsi, il ne se conçoit pas que le vendeur puisse l'emporter sur le créancier auquel il a lui-même accordé une hypothèque inscrite avant de consentir à la vente qui engendre le privilège. La question de la priorité du privilège du vendeur par rapport à l'hypothèque ne se pose donc qu'au cas de conflit entre le privilège et une hypothèque inscrite après la vente.

Quant à la renonciation à l'exception de subrogation

L'article 2037 C. civ. n'est pas une disposition impérative ; la caution y peut renoncer.

Les cinq actes de cautionnement stipulent, dans le corps même de l'acte, au point 3, que « la caution déclare renoncer ... au bénéfice de l'article 2037 C. civ. suivant lequel la caution est déchargée lorsque, par le fait du créancier, la subrogation ne peut plus s'opérer en faveur de celle-ci ... ».

Le tribunal d'arrondissement a estimé cette clause inopposable aux cautions, faute d'avoir été spécialement acceptée par écrit en tant que clause limitative de responsabilité conformément à l'alinéa 2 actuellement abrogé de l'article 1135-1 C. civ., alinéa qui vise certaines clauses, notamment la clause de limitation de responsabilité, incluses dans des conditions générales préétablies.

La partie d a opposé en instance d'appel que ladite disposition était inapplicable aux cautionnements en cause pour avoir une nature commerciale. Elle a formé appel incident quant à l'opposabilité de la clause de renonciation.

D'ores et déjà, il y a lieu de dire cet appel, comme tel, irrecevable comme portant sur la recevabilité d'un moyen de défense opposé à la demande en paiement, l'appel pouvant porter seulement, en règle générale, sur les décisions tranchant les prétentions des parties et non pas

sur les simples motifs qui ne causent pas grief eu égard à la décision prononcée au dispositif.

Cela dit, l'appel incident est à requalifier en reprise, en instance d'appel, du moyen par lequel la d s'est opposée au moyen de défense des défendeurs tiré de l'article 2037 C. civ., ce que la partie intimée est évidemment recevable à faire à nouveau pour la raison que le litige est dévolu en son entier à la juridiction d'appel.

Il est vrai que les actes de cautionnement souscrits par les consorts C, B et A auxquels, suivant les conclusions de la partie d non contestées sur ce point, « appartenaient exclusivement l'administration et le capital de la société » et qui en étaient les administrateurs (conclusions du 16.9.2009, p. 2, 4), ont certainement une nature commerciale en raison de leur intérêt personnel de nature patrimoniale dans les opérations de crédit en cause.

Cependant, contrairement à ce qui semblerait normal, l'intention du législateur, telle qu'elle ressort du projet de loi n° 2217 relatif à la protection juridique du consommateur (v. exposé des motifs du 12 oct. 1978, p. 6 ; avis du ministre de la Justice du 21 mars 1986, p. 6 ; avis du Conseil d'Etat du 30 juin 1981, p. 9) était que l'article 1135-1 s'applique également dans les relations entre commerçants.

Cela étant, il reste à savoir si la stipulation de la susdite clause de renonciation tombe dans la catégorie des « conditions générales » et si même elle constitue une clause limitative de responsabilité.

S'agissant d'un contrat avec des clauses préétablies, la Cour considère que les dispositions générales régissant le cautionnement, même intégrées dans le corps du contrat, sont à qualifier de conditions générales au sens dudit article.

La réponse à la question de savoir si ladite clause est à qualifier de limitation de responsabilité est directement tributaire du fondement de la règle de l'article 2037, qui est lui-même controversé (v. Marty et Raynaud : Les sûretés et la publicité foncière, éd. 1971 et 1976, n° 562 ; Ph. Simler : La renonciation par la caution au bénéfice de l'article 2037, JCP, I, 2711 ; J. cl. civ. art. 2288 à 2320, fasc. 70, éd. 2007, numéros 4 et s. ; Dalloz Répertoire de dr. civ., v° cautionnement, éd. mai 2009, numéros 227 et s.).

La qualification de clause de non-responsabilité ne s'impose pas ; la clause est tout au plus analogue à une clause de non-responsabilité (v. Ph. Simler, chronique précitée, numéros 36 et 37).

Comme l'al. 2 de l'article 1135-1 est dérogatoire au droit commun, il était d'interprétation restrictive. Pour cette raison, la Cour estime qu'une acceptation spéciale par écrit n'était pas exigée pour l'opposabilité de la clause de renonciation en cause.

La Cour fait encore remarquer que par la clause *sub* 4, aux termes de laquelle « la banque conserve le droit de consentir toutes modifications à ces garanties (*c.-à-d.* « toutes autres garanties réelles ou personnelles qui ont été ou seront fournies à la banque ») et que « cette dernière pourra, en conséquence, accepter leur majoration, réduction ou suppression, sans que les obligations de la caution en soient affectées », la banque s'est réservé toute liberté de manœuvre dans ses relations avec le débiteur principal quant à la suppression ou l'affectation des sûretés et que cette clause se recoupe donc, en dehors des imprudences ou oublis éventuels que le créancier pourrait commettre, avec la clause de renonciation stipulée *sub* 3.

Les clauses 3 et 4 sont claires et précises et, contrairement aux conclusions de la partie consorts C, B et A, elles ont été acceptées par la signature en bonne et due forme des contrats de cautionnement.

Les cautions ayant valablement renoncé à l'exception de subrogation, elles ne peuvent pas prétendre avoir commis une erreur déterminante dans leur engagement sous le rapport de l'existence d'autres sûretés, sachant que, par la renonciation au bénéfice de l'article 2037, elles ont accepté le risque de ne pas pouvoir tirer avantage de la subrogation dans d'autres sûretés (v. Ph. Simler, chronique précitée, numéros 44 et s). Par l'effet de cette clause, elles ne peuvent pas exciper de l'article 2037 pour ce qui concerne l'exercice de l'hypothèque sur la maison à (...), ni pour ce qui concerne la subrogation dans d'autres hypothèques, notamment l'hypothèque sur les garages à (...).

Quant à la demande reconventionnelle des défendeurs

La caution a le droit de former une demande en dommages-intérêts contre le créancier sur base de la responsabilité de droit commun pour faute commise à son encontre, même sur le plan des faits visés à l'article 2037 C. civ. La doctrine préconise de décharger directement la caution totalement ou partiellement de son obligation, donc sans faire intervenir la compensation, sa libération tenant lieu de réparation de la faute par octroi de dommages-intérêts (J. cl. civ. précité, fasc. 40, éd. 2007, numéros 51, 58).

Il est admis que la demande fondée sur la responsabilité de droit commun procède d'une cause juridique différente de l'article 2037 C. civ. et il paraît que la responsabilité est de nature contractuelle en dépit

du caractère unilatéral du contrat de cautionnement (J. cl. civ. précité, fasc. 70, n° 4 ; fasc. 40, éd. 2007, n° 58).

La jurisprudence a écarté la renonciation au bénéfice de l'article 2037 au cas de fraude (c.-à-d. de collusion frauduleuse avec le débiteur), de dol (c.-à-d. d'intention de nuire) et même de faute lourde (J. cl. civ. précité, fasc. 70, n° 16).

Les cautions susnommées qui avaient eux-mêmes en leur qualité d'administrateurs de la société, vendu au nom de la société les lots hypothéqués de la maison située à (...), sans payer la banque créancière hypothécaire moyennant les prix de vente, ne peuvent pas faire grief à la d de ne pas avoir « pour des raisons qui leur échappent » fait valoir ses droits de créancière hypothécaire, alors qu'il leur incombait justement à eux-mêmes, en tant qu'administrateurs de la société débitrice, de procéder au paiement de la banque et qu'il n'est même pas établi que la d était au courant desdites ventes, à supposer que les actes de constitution d'hypothèque eussent seulement permis l'aliénation des lots hypothéqués. Les appelants n'ont pas indiqué en quoi la d aurait commis une faute en n'exerçant pas son droit de suite et en préférant mettre à profit les cautionnements. Elle n'a pas non plus commis de faute dans le cadre de la vente des garages, ce pour les motifs exposés ci-dessus au point « perte du bénéfice de subrogation ».

Une faute de la d n'ayant pas été établie, ni a fortiori une des fautes spécialement caractérisées ci-dessus, la demande reconventionnelle dirigée contre elle est à déclarer non fondée.

Quant à la demande de communication de pièces

La première fois en instance d'appel, les consorts C, B et A demandent à avoir « une documentation complète et compréhensible quant au calcul des intérêts qui ont été mis en compte afin de gonfler la prétendue créance de 84.134,42 € « et à connaître « le solde en 1993, 1996, 2000 et 2001 » et ils concluent à la condamnation de la banque à verser le récapitulatif susmentionné.

La partie d s'est référée à ses lettres susvisées sur les accords de crédit et encore aux extraits de banque versés en cause sur la dette en compte courant de la société E dans la période de mars 2001 au 31 décembre 2006.

Il ressort de ces extraits qu'à la date du 31 mars 2001, le solde dû était de 2.725.929 frs, soit 67.574,01 €. Les intérêts et les frais mis en compte trimestriellement jusqu'au 30 septembre 2003 avaient porté le débit à 87.519,39 €. Par la suite, seuls des frais (frais de compte, location

de coffre) y avaient été ajoutés. A la date du 8 novembre 2004, le dividende de 3.928,53 € perçu dans l'actif de la faillite avait été déduit. L'extrait trimestriel du 31 mars 2006 indique un solde de 84.134,42 €, soit le montant principal réclamé en justice. Ce chiffre n'a plus varié dans les extraits suivants allant jusqu'au 31 décembre 2006.

A noter que la partie d n'a pas invoqué l'autorité de la chose jugée sur l'existence et le montant de la créance cautionnée résultant de la décision d'acceptation de la créance au passif de la faillite, qui est opposable aux consorts C, B et A en vertu de la représentation mutuelle entre le débiteur principal et les cautions solidaires.

Tout d'abord, l'origine du solde débiteur n'a même pas été discutée par la partie appelante ; leur préoccupation porte sur les intérêts mis en compte. Ensuite, les consorts C, B et A devaient nécessairement, en leur qualité d'administrateurs de la société, avoir eu connaissance, par les informations périodiques bancaires, de l'évolution de la dette de la société envers la banque.

Dans ces conditions, la Cour admet que les appelants sont renseignés sur l'origine de la dette litigieuse et qu'ils ont déjà reçu de la part de la d les renseignements sur le solde les années susvisées. La Cour admet aussi que, dans cet état des choses, la d a suffisamment justifié envers eux de sa créance sur la société E par l'ensemble des pièces du dossier.

Cela étant, la demande de la partie appelante en communication de pièces sur le calcul des intérêts et leur demande en condamnation à produire un « récapitulatif » quant au « principal » et aux intérêts apparaissent comme frustratoires et, pour ce motif, elles sont à déclarer irrecevables.

Il appartient aux appelants, en tant que cautions solidaires, en raison du caractère accessoire du cautionnement, d'opposer en défense à la demande en paiement, aux termes de l'article 2036, al. 1^{er} C.civ., « toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette », y compris les paiements intervenus.

En l'espèce, les appelants n'ont pas soulevé des critiques sur la teneur des extraits bancaires versés en cause et sur le solde final (le principal) dont le paiement est demandé. La demande en paiement est donc à déclarer fondée pour le montant de 84.134,42 € avec les intérêts conventionnels de retard à partir du 1^{er} janvier 2007.

Quant au surplus

Ayant succombé en leurs moyens d'appel, les appelants n'ont pas droit à une indemnité de procédure.

La dd SA ayant été reprise entre-temps par la D SA, le présent arrêt sera rendu envers cette dernière.

Enfin, conformément aux conclusions d'appel de la partie d, les appelants seront condamnés solidairement aux frais et dépens des deux instances.

Par ces motifs,

la Cour d'appel, deuxième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement envers D SA, anciennement d SA, puis dd SA et de nouveau d SA, le conseiller de la mise en état entendu en son rapport,

reçoit l'appel de C, B et A,

dit irrecevable l'appel incident de la d SA et le requalifie en moyen,

dit l'appel principal non fondé,

confirme le jugement déferé, bien que pour d'autres motifs,

dit irrecevables la demande des appelants en communication des pièces susvisées et celle visant à la condamnation de la d SA à verser un « récapitulatif »,

dit non fondées les demandes des appelants au principal en paiement d'une indemnité de procédure,

condamne solidairement C, B et A aux frais et dépens de la première instance et de l'instance d'appel, avec distraction à Maître Mathias Poncin sur son affirmation de droit.