

Texte pseudonymisé

**Avertissement:** Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Arrêt N°82/20 – II-CIV

Arrêt civil

Audience publique du dix-sept juin deux mille vingt

Numéro CAL-2018-00747 du rôle

Composition:

Christiane RECKINGER, présidente de chambre  
Carine FLAMMANG, premier conseiller,  
Marianne EICHER, premier conseiller, et  
Michèle KRIER, greffier.

E n t r e :

**PERSONNE1.),** demeurant à F-ADRESSE1.),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant  
Christine KOVELTER en remplacement de l'huissier de justice Frank  
SCHAAL de Luxembourg en date du 13 juin 2018,

comparant par Maître Natascha STELLA, avocat à la Cour, demeurant  
à Luxembourg,

e t :

**1.) la société anonyme SOCIETE1.) SA,** établie et ayant son siège  
social à L-ADRESSE2.), représentée par son conseil d'administration  
actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des  
sociétés sous le numéro NUMERO1.),

intimée aux fins du prédit exploit KOVELTER,

comparant par Maître Laurent METZLER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**2.) Maître Anne DEVIN-KESSLER**, avocat à la Cour, demeurant à L-2146 Luxembourg, 90, rue de Merl, prise en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme SOCIETE2.) SA, déclarée en état de faillite par jugement du 3 octobre 2016,

intimée aux fins du prédit exploit KOVELTER,

ne comparant pas.

### **LA COUR D'APPEL:**

Saisi de la demande de la société anonyme SOCIETE1.) SA (ci-après la SOCIETE1.) dirigée contre la société anonyme SOCIETE2.) SA, déclarée en état de faillite par jugement du 3 octobre 2016, et contre PERSONNE1.) tendant au paiement du montant de 46.119,80 euros, outre les intérêts, du chef du solde débiteur d'un crédit en compte courant suivant convention de crédit du 23 octobre 2014 et suivant acte de cautionnement solidaire et indivisible du même jour, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, par jugement du 16 mars 2018, a dit la demande fondée, retenant que la société SOCIETE2.) en faillite et PERSONNE1.) sont tenues solidairement à l'égard de la SOCIETE1.), a fixé la créance de la SOCIETE1.) à l'égard de la société en faillite au montant réclamé de 46.119,80 euros, avec les intérêts au taux annuel de 4% à partir du 31 décembre 2015 jusqu'au jour du prononcé de la faillite, ainsi qu'au montant de 250 euros à titre d'indemnité de procédure, et a condamné PERSONNE1.) à payer à la SOCIETE1.) le montant de 46.119,80, euros, avec les intérêts au taux annuel de 4% à partir du 31 décembre 2015 jusqu'à solde ainsi qu'une indemnité de procédure de 250 euros, la SOCIETE1.) ayant été déboutée de sa demande en obtention du montant de 5.000 euros à titre de frais d'avocat.

PERSONNE1.) a régulièrement relevé appel du prédit jugement qui lui avait été signifié le 16 avril 2018 par exploit d'huissier du 13 juin 2018.

Elle expose que suivant contrat du 23 octobre 2014, la SOCIETE1.) a accordé à la société SOCIETE2.) un crédit de 50.000 euros. Le même jour, elle a signé un cautionnement solidaire et indivisible destiné à garantir les engagements de la société envers la SOCIETE1.).

Le 28 janvier 2015, la SOCIETE1.) aurait consenti un nouveau crédit à la société SOCIETE2.) à hauteur de 75.000 euros, garanti cette fois par un cautionnement solidaire et indivisible du même jour consenti par PERSONNE1.) et son époux PERSONNE2.).

Le 16 mars 2015, la SOCIETE1.) aurait accordé un troisième crédit de 50.000 euros à la société SOCIETE2.), crédit garanti à nouveau par un cautionnement solidaire et indivisible de PERSONNE1.) et de son époux PERSONNE2.).

Le même jour, une nouvelle convention de crédit a été signée par la SOCIETE1.) et la société SOCIETE2.) portant sur un montant de 150.000 euros garantie par une inscription hypothécaire sur une maison d'habitation située à ADRESSE1.) en France.

Enfin, le 28 octobre 2015, la SOCIETE1.) a encore consenti à la société SOCIETE2.) un crédit de 50.000 euros, garanti une nouvelle fois par un cautionnement solidaire et indivisible de PERSONNE1.) et PERSONNE2.).

Le 11 mars 2016, la SOCIETE1.) a dénoncé les conventions de crédit consenties à la société SOCIETE2.).

*Quant à la compétence territoriale des juridictions luxembourgeoises*

PERSONNE1.) conclut à l'incompétence territoriale des juridictions luxembourgeoises pour connaître du litige, dès lors qu'elle est domiciliée en France et que le lieu d'exécution de l'obligation de payer pesant sur elle se trouve en France, conformément aux dispositions de l'article 1247 du code civil. La partie appelante considère que la clause attributive de compétence aux tribunaux luxembourgeois contenue à l'acte de cautionnement est de nature potestative et en tant que telle contraire à l'article 25 du Règlement CE 1215/2012 du 12 décembre 2012 (Bruxelles I), en ce qu'elle autorise seule la banque à porter le litige devant toute autre juridiction de son choix. Elle cite à l'appui de son moyen un arrêt de la Cour de cassation française du 26 septembre 2012 aux termes duquel une clause attributive de juridiction à option unilatérale est nulle et non écrite au motif qu'elle revêt un caractère potestatif, de sorte qu'elle serait contraire à l'objet du Règlement.

Selon la SOCIETE1.), la partie appelante est forclosée à soulever le préjudice moyen d'incompétence territoriale pour la première fois en instance d'appel, ne l'ayant pas soulevé in limine litis, PERSONNE1.) ayant comparu en première instance par Maître François PRUM et le jugement entrepris ayant été rendu contradictoirement à son encontre.

Il est admis que l'exception d'incompétence territoriale peut être soulevée pour la première fois en instance d'appel lorsqu'elle l'est avant tout défense au fond ou fin de non-recevoir.

Maître François PRUM s'était constitué pour PERSONNE1.) en première instance suivant constitution d'avocat notifiée en date du 26

juin 2016. Les effets de la constitution d'avocat dans une instance soumise à la procédure écrite perdurent dans le temps, l'avocat initialement constitué le restant aussi longtemps qu'aucun avocat n'a été constitué à sa place, même si en fait l'avocat en question ne défend plus les intérêts du client, ce qui a été le cas en l'espèce, Maître PRUM ayant déposé son mandat au cours de la procédure de première instance, de sorte que c'est à juste titre que le jugement dont appel a été rendu de manière contradictoire à l'égard de la partie appelante.

Force est toutefois de constater que Maître PRUM n'a pas conclu au fond pour le compte de PERSONNE1.) en première instance, n'ayant versé aucun corps de conclusions postérieurement à sa constitution d'avocat.

Il s'ensuit que la partie appelante est recevable à soulever pour la première fois en instance d'appel le moyen d'incompétence territoriale, ce moyen n'étant pas tardif, dès lors qu'elle n'a pas fait valoir de moyen de défense au fond en première instance.

La SOCIETE1.) conclut encore au rejet du moyen d'incompétence territoriale, les conditions générales de banque et de crédit et l'acte de cautionnement contenant une clause attributive de juridiction aux tribunaux luxembourgeois. Une telle clause serait parfaitement valable et de plus en plus habituelle dans les contrats de financement internationaux et serait destinée à protéger la partie assurant le financement en lui permettant d'agir contre l'emprunteur devant toute autre juridiction compétente en vertu du Règlement et à même d'intervenir rapidement, tout en évitant qu'un emprunteur récalcitrant ne la poursuive devant le tribunal de son domicile. D'ailleurs, la jurisprudence tant luxembourgeoise que française aurait largement validé ces clauses de juridiction asymétriques.

Aux termes de l'article X de l'acte de cautionnement signé par PERSONNE1.) et de l'article 16 des conditions générales de crédit « le présent cautionnement est soumis au droit luxembourgeois et à la compétence des tribunaux luxembourgeois. La Banque pourra cependant porter le litige devant toute autre juridiction qui aurait normalement compétence à l'égard de la Caution et/ou du Cautionné ».

La clause attributive de juridiction précitée dite à option unilatérale permet à l'une des parties contractantes de choisir parmi plusieurs juridictions appelées à connaître de litiges découlant du contrat, l'autre partie contractante ne pouvant en revanche soumettre son action qu'à une seule juridiction.

L'article 23, paragraphe 1<sup>er</sup> du Règlement prévoit que « si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un Etat membre, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un Etat membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet Etat membre sont

compétents. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties ».

La clause en question en l'espèce, aux termes de laquelle la SOCIETE1.) se réserve le droit d'agir au Luxembourg, sinon devant tout autre tribunal normalement compétent, ne lie, en réalité, que la caution qui est seule tenue de saisir les tribunaux luxembourgeois.

Contrairement aux affirmations de l'appelante, la clause, qui accorde à la SOCIETE1.) le choix de saisir toute juridiction normalement compétente à l'égard de la caution, donc, en l'espèce, également les juridictions françaises au vu du domicile de la caution, n'est pas contraire à l'objet et à la finalité de la prorogation de compétence ouverte par l'article 23 du Règlement Bruxelles I compte tenu du fait que le prédit article prévoit expressément que les parties peuvent déroger au choix d'une juridiction exclusive et prévoir des clauses de juridiction non exclusives, autorisant ainsi les clauses de juridiction à option unilatérale.

La jurisprudence a d'ailleurs validé des clauses de juridiction unilatérales hybrides qui limitaient le choix de juridictions accordé à une seule des parties à un ou plusieurs tribunaux nationaux ou arbitraux clairement identifiés (cf. Cass. Civ 15 mai 1974 (n°72-1406) ; Cour d'Appel de Paris, 28 octobre 2010 (n°10/12534) ; Cour d'Appel de Grenoble, 28 octobre 1998, Cour d'Appel de Lyon, 26 janvier 1996).

Il convient encore d'ajouter que depuis un arrêt du 7 octobre 2015, la Cour de cassation française a apporté des précisions importantes quant à sa lecture du régime des clauses attributives de juridiction au sein de l'Union européenne et a ainsi complété sa jurisprudence sur les clauses dites asymétriques, c'est-à-dire celles ne conférant pas de droits identiques à chaque partie au contrat. Dans cet arrêt, la Cour a validé les clauses de juridiction asymétriques pour peu qu'elles permettent d'identifier de manière objective les juridictions éventuellement compétentes au choix de la partie bénéficiant de l'asymétrie. Pour la Cour de cassation, même si les parties au litige ne bénéficiaient pas de la même liberté dans le choix de la juridiction appelée à connaître d'un litige, la clause attributive de juridiction respectait l'impératif de prévisibilité en ce qu'elle permettait d'identifier les juridictions éventuellement compétentes de façon objective et hors du contrôle du bénéficiaire de la clause (cf CA 7.12.2016 no. Rôle 42351).

Au vu des développements ci-dessus, la clause attributive de juridiction contenue à l'article X de l'acte de cautionnement et à l'article 16 des conditions générales de crédit est licite, de sorte que le moyen soulevé laisse d'être fondé.

*Quant à la violation par la SOCIETE1.) de l'article 2016, alinéas 2 et 3 du code civil*

La partie appelante considère qu'il y a eu violation par la banque des alinéas 2 et 3 de l'article 2016 du code civil. En effet, d'une part, son engagement de caution aurait été manifestement disproportionné par rapport à ses biens et revenus et son patrimoine ne lui aurait pas permis de faire face à son obligation de caution et, d'autre part, la banque aurait omis de l'informer annuellement de l'évolution du montant de la créance garantie et de ses accessoires.

La SOCIETE1.) est d'avis que les alinéas 2 et 3 de l'article 2016 du code civil, tels qu'introduits par la loi sur le surendettement du 8 janvier 2013, ne s'appliquent pas au cautionnement souscrit par PERSONNE1.) dès lors qu'il l'a été avant la date d'entrée en vigueur de ladite loi. Les prédites dispositions ne seraient pas davantage applicables en l'espèce, le cautionnement étant de nature commerciale. En outre, les alinéas 2 et 3 de l'article 2016 précité ne s'appliqueraient qu'aux cautionnements indéfinis, ce qui ne serait pas le cas du cautionnement en cause limité au montant de 54.092 euros.

La SOCIETE1.) conteste encore toute disproportion du cautionnement par rapport aux revenus de la caution au sens de l'article 2016, alinéa 3 du code civil.

Elle soutient que la partie appelante était en tant que dirigeante de la société parfaitement au courant du montant de la créance garantie.

La SOCIETE1.) conteste en outre avoir manqué à son obligation d'information à l'égard de la caution qui aurait eu la possibilité et le devoir de s'informer sur la situation financière du débiteur principal, la partie appelante étant à qualifier de caution avertie. De plus, la partie appelante n'établirait pas avoir subi un préjudice autre que celui résultant de son obligation principale au paiement de la dette.

L'article 2016 du code civil est de la teneur suivante :

*« Le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette, même aux frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution.*

*Lorsque le cautionnement est contracté par une personne physique, celle-ci est informée par le créancier de l'évolution du montant de la créance garantie et de ses accessoires au moins annuellement à la date convenue entre les parties ou, à défaut, à la date anniversaire du contrat, sous peine de déchéance de tous les accessoires de la dette, frais et pénalités.*

*Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au*

*moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation. »*

Il y a tout d'abord lieu de constater que le cautionnement souscrit par PERSONNE1.) en date du 23 octobre 2014 est postérieur à l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> février 2014, de la loi du 8 janvier 2013 sur le surendettement ayant introduit les alinéas 2 et 3 du prédit article 2016, ces dispositions s'appliquant dès lors au présent litige.

S'il y a lieu de retenir que le cautionnement souscrit par la partie appelante est de nature commerciale, dès lors que PERSONNE1.), qui était au moment de son engagement, associée, présidente du conseil d'administration et administrateur-délégué de la société SOCIETE2.), avait un intérêt personnel de nature patrimoniale dans l'opération ayant motivé le cautionnement, intérêt qui a emporté que le cautionnement en question, en principe civil, perd cette qualité pour devenir un cautionnement de nature commerciale, et s'il est admis que l'article 2016, alinéas 2 et 3 du code civil est en principe applicable au cautionnement de nature commerciale, dès lors que le législateur luxembourgeois s'est inspiré de l'article L. 341-4 du code de la consommation français, disposition qui a pour but de protéger la personne physique qui s'est portée caution à l'égard d'un créancier professionnel pour garantir la dette du débiteur principal, et que la Cour de cassation française retient que la disposition en question peut être invoquée par toute caution personne physique, y compris les dirigeants de société (JCL, code civil, art. 2288 à 2320, Fasc 70, Cautionnement, Extinction par voie principale, Bénéfice de cession d'actions ou de subrogation, Déchéance pour défaut de proportionnalité, n° 77), force est toutefois de constater que les alinéas 2 et 3 de l'article 2016 du code civil ne sont pas applicables au cautionnement en l'espèce qui ne constitue pas un cautionnement indéfini, mais est expressément limité au montant de 54.092 euros incluant le principal, les intérêts, frais et accessoires.

Il n'y a, partant, pas lieu de s'attarder sur l'argumentation de la partie appelante ayant trait à la disproportion du cautionnement par rapport à ses biens et revenus, ni au défaut d'information annuel sur le montant de la créance garantie et ses accessoires, ces dispositions prévues aux alinéas 2 et 3 de l'article 2016 nouveau n'étant pas applicables au cautionnement limité souscrit par PERSONNE1.).

*Quant à la violation par la SOCIETE1.) de son obligation d'information et de mise en garde*

La partie appelante reproche encore à la banque d'avoir manqué à son obligation d'information et de mise en garde concernant les risques par elle encourus, la banque ayant accordé une multitude de crédits à une jeune société dépourvue de ressources, privant ainsi la caution de la chance d'échapper au risque réalisé.

Si en France, une jurisprudence assez abondante a consacré le principe de la responsabilité du banquier qui a fait souscrire à la

caution un engagement manifestement disproportionné par rapport à son patrimoine, la jurisprudence luxembourgeoise est beaucoup plus réticente dans ce domaine, estimant qu'il appartient surtout à la caution d'apprécier si au vu de ses possibilités financières, elle peut s'engager ou non.

Ainsi, le garant a, comme tout contractant, d'abord le devoir de veiller à ses propres intérêts, donc de s'informer. L'obligation d'information et de conseil du banquier envers la caution est amoindrie par le principe que la caution a le devoir de se renseigner sur la situation financière du débiteur principal avant de s'engager et de veiller à la sauvegarde de ses propres intérêts. La caution doit agir avec diligence et s'informer notamment des sommes dues par le débiteur principal, de la capacité de remboursement et de la solvabilité de ce dernier. (*Alex SCHMITT, Elisabeth OMES, « La responsabilité du banquier en droit bancaire privé luxembourgeois », LARCIER 2006, n° 270*).

Il est admis que le créancier peut engager sa responsabilité pour violation de son obligation de bonne foi s'il fait souscrire à une caution un engagement manifestement disproportionné par rapport à son patrimoine, mais que cette règle ne doit pas trouver à s'appliquer si la caution était le dirigeant de la société à laquelle le crédit a été accordé (Ph. Simmler : *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, 4<sup>ème</sup> éd., n 461 cité dans TAL, 11 mai 2011, n° 129487 du rôle).

PERSONNE1.) ayant été la dirigeante de la société SOCIETE2.), elle doit de ce fait être considérée comme habituée à la pratique des affaires et ne saurait en aucun cas bénéficier du devoir de mise en garde du banquier alors qu'il lui aurait appartenu de veiller à la sauvegarde de ses propres intérêts et de ne pas s'engager au-delà de ses capacités financières, dès lors qu'elle disposait de toutes les informations utiles lui permettant d'apprécier l'étendue de ses engagements.

Il suit de l'ensemble des considérations qui précèdent que l'appel n'est pas fondé et que le jugement entrepris est à confirmer dans toute sa teneur, y compris en ce que PERSONNE1.) a été condamnée à payer à la SOCIETE1.) une indemnité de procédure de 250 euros.

La partie appelante succombant en instance d'appel et étant condamnée aux frais, elle est à débouter de sa demande en octroi d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

En revanche, il serait inéquitable de laisser à charge de la SOCIETE1.) la totalité des frais irrépétibles exposés pour sa défense en appel, de sorte qu'il y a lieu de lui allouer une indemnité de procédure de 1.500 euros pour l'instance d'appel.

L'acte d'appel ayant été remis en personne à Maître Anne DEVIN-KESSLER qui n'a pas comparu, le présent arrêt est en application de



l'article 79 du nouveau code de procédure civile réputé contradictoire à son égard.

## P A R C E S M O T I F S

la Cour d'appel, deuxième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement,

vu l'article 2 du règlement grand-ducal du 17 avril 2020 relatif à la tenue d'audiences publiques pendant l'état de crise devant les juridictions soumises à la procédure écrite,

reçoit l'appel en la forme,

dit l'appel non fondé,

**confirme** le jugement entrepris,

déboute PERSONNE1.) de sa demande en octroi d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne PERSONNE1.) à payer à la société anonyme SOCIETE1.) SA une indemnité de procédure de 1.500 euros pour l'instance d'appel,

condamne PERSONNE1.) à tous les frais et dépens de l'instance d'appel.