*Arrêt commercial*

*Audience publique du dix-huit mai deux mille onze.*

*Numéro 35516 du rôle.*

*Composition :*

*Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;*
*Annette GANTREL, première conseillère;*
*Eliane ZIMMER, première conseillère;*
*Marcel SCHWARTZ, greffier.*

***E n t r e :***

***1) AAA,*** *fonctionnaire européen, et son épouse*

***2) BBB,*** *sans état,*

*les deux demeurant ensemble à L-2440 Luxembourg, 38, rue de Rollingergrund,*

***appelants*** *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg du 4 décembre 2008,*

*sub 1) et 2) comparant par Maître Arsène THILL, avocat à Luxembourg ;*

***e t :***

***1) CCC,*** *conseiller financier, né le ....., ayant repris l'instance de feu EEE, décédée le ……..,*

***2) DDD,*** *épouse FFF, sans état, née le 29.03.1945, ayant repris l'instance de feu GGG, veuve HHH, décédée le 23.12.2000,*

***intimés*** *aux fins du prédit exploit HOFFMANN,*

*sub 1) et 2) comparant par Maître Roland MICHEL, avocat à Luxembourg.*

---

## LA COUR D'APPEL :

CCC, ayant repris l'instance de feu EEE, et DDD, ayant repris l'instance de feu GGG, ont fait exposer que par écrit du 1er mai 1992 figurant sur le contrat de bail conclu entre EEE, CCC, III et DDD en leur qualité de parties bailleresses et la société à responsabilité limitée JJJ en sa qualité de locataire, AAA et BBB se sont portés cautions solidaires pour garantir entre autres le paiement des loyers redus par la société JJJ.

La société JJJ ayant été déclarée en état de faillite, EEE et GGG ont assigné les parties défenderesses en leur qualité de codébitrices solidaires, sinon de cautions solidaires devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour les entendre condamner solidairement à leur payer le montant redû de 1.760.000 LUF, soit 43,629,26 €, du chef d'arriérés de loyers pour les mois de mai, septembre, octobre et novembre 1994 et les mois de janvier, février, mars et avril 1995.

Le tribunal saisi a, par jugement du 9 juillet 2008, reçu la demande contre les deux défendeurs et les a condamnés solidairement aux sommes réclamées. Il les a encore condamnés solidairement au paiement d'une indemnité de procédure de 1.250 €.

Pour décider ainsi le tribunal a
dit non fondé le moyen d'irrecevabilité de la demande tiré du fait que seulement deux des copropriétaires en indivision ont assigné,
dit non fondé le moyen d'incompétence tiré du fait que les demandeurs ont assigné devant le tribunal d'arrondissement, siégeant en matière civile au lieu de saisir le tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale en raison de la nature commerciale du litige ; le tribunal a qualifié le litige comme étant de nature commerciale tout en disant que le demandeur a dans ce cas le choix entre la procédure commerciale ou civile,
dit qu'GGG s'identifie à III et a rejeté le moyen d'irrecevabilité soulevé à cet égard,
rejeté le moyen de nullité du contrat de bail tiré de son absence de signature par le locataire et dit que la preuve du bail est établie par son exécution,
rejeté le moyen de nullité du contrat de cautionnement tiré de l'absence des mentions stipulées à l'article 1326 du Code civil,
partant dit que AAA et BBB se sont portés cautions solidaires et indivisibles pour garantir le paiement des dettes que la société JJJ pourrait avoir à l'encontre des bailleurs,
dit que les loyers, à défaut de résiliation du bail par le curateur de la faillite, ont continué à courir après la faillite jusqu'à la fin du bail en date du 30 avril 1995,
fixé la créance des bailleurs à la somme de 43.629,26 €.

Le jugement précité a été signifié aux appelants le 29 octobre 2008.

Les parties condamnées ont régulièrement relevé appel de ce jugement, par exploit d'huissier du 4 décembre 2008.

Force est de constater que le moyen d'incompétence du tribunal et le moyen d'irrecevabilité de la demande tiré du fait que tous les bailleurs n'ont pas agi en justice n'ont pas été réitérés en appel, de sorte que le jugement est à confirmer sur ces points.

Les parties appelantes, concluant à la réformation du jugement, critiquent les premiers juges pour avoir dit qu'GGG, partie demanderesse initiale, s'identifiait à la personne de III, veuve HHH, figurant comme partie bailleresse au contrat de bail.

Les parties intimées concluent à cet égard à la confirmation du jugement Elles qualifient par ailleurs ce moyen d'irrecevabilité de moyen au fond.

C'est à juste titre que les premiers juges ont dit qu'GGG s'identifie à III et qu'elle pouvait en tant que bailleresse assigner les cautions en justice. Le moyen est partant à rejeter par adoption des motifs des premiers juges, sauf à retenir que le moyen constitue un moyen touchant le fond du droit.

En ordre subsidiaire les appelants font valoir que « *rien ne prouve qu'en occupant les lieux loués et en payant un loyer, la sàrl JJJ ait effectivement voulu exécuter le contrat de bail écrit litigieux, au lieu d'exécuter simplement un contrat de bail verbal passé entre parties ».*

Il est constant en cause que l'écrit non daté dénommé contrat de bail commercial a été signé par les parties bailleresses et par AAA et BBB en leur qualité de cautions solidaires et indivisibles et non par le locataire la société JJJ. Cette dernière a occupé les lieux donnés en location, à savoir un local de commerce sis à Luxembourg, avenue Monterey et a commencé à payer les loyers convenus dès le mois de mai 1992, date du commencement du bail. Il n'est pas établi qu'il ait existé entre le locataire et les bailleurs un deuxième contrat verbal dont les stipulations seraient contraires à celles contenues dans l'écrit précité.

Le bail des immeubles peut être écrit ou verbal ; il n'encourt dès lors pas la nullité du fait qu'il n'a pas été signé par l'une des parties.

La Cour constate avec les premiers juges que l'exécution du bail par l'occupation des lieux et par le paiement des loyers par JJJ établit en l'espèce à l'égard des cautions la preuve du bail dans les termes stipulés dans l'écrit dénommé contrat de bail commercial.

L'argumentaire des parties appelantes, selon lequel ils n'ont pas pu souscrire d'engagement valable sur base d'un contrat de bail verbal, est dès lors à écarter.

Les appelants font valoir à titre plus subsidiaire que le cautionnement serait nul en raison du non respect des formalités prévues à l'article 1326 du Code civil.

Le défaut d'accomplissement des formalités prévues à l'article 1326 du Code civil n'a pas pour sanction la nullité de l'acte juridique même qui fait l'objet de l'acte, mais lui enlève la force probatoire (Cour d'appel 12 mars 1990, Pas. 28, p. 14).

Le cautionnement est considéré comme étant en principe un acte civil. Il perd toutefois son caractère civil dès lors que, commerçant ou non commerçant, celui qui l'a consenti trouve dans l'opération un intérêt personnel de nature patrimoniale sans qu'il soit nécessaire qu'il participe directement ou indirectement aux résultats du commerce du débiteur (Cour d'appel, 12 juin 2002, Weber c/ Lease Plan, no 25810 du rôle).

Il résulte des renseignements fournis que les appelants étaient les seuls associés de la société à responsabilité limitée JJJ.

C'est à bon droit que le tribunal a conclu que les signataires du cautionnement avaient dès lors un intérêt patrimonial personnel dans l'opération et que leur cautionnement est un cautionnement commercial.

Le cautionnement, s'il est de nature commerciale, est dispensé des formalités prévues à l'article 1326 du Code civil et peut être prouvé conformément à l'article 109 du Code de commerce (Cour d'appel 2 mai 2001, Thill et Kasel c/ Le Foyer, no 24621 du rôle).

La preuve du cautionnement résulte, comme le tribunal l'a correctement retenu, des termes même de l'acte dénommé contrat de bail commercial dûment signé par les appelants en tant que cautions solidaires et indivisibles.

Concernant l'étendue de leur engagement en tant que caution et plus précisément le montant des loyers réclamés, les parties appelantes continuent à soutenir, comme elles l'ont fait en première instance, que « *l'engagement des cautions doit rester sans effet pour la période dépassant le jugement déclaratif de faillite »* et qu'elles n'ont pas cautionné les dettes contractées par le curateur.

Il est précisé que la faillite de la société JJJ a été prononcée le 15 février 1995 et a été clôturée par liquidation. Le curateur au moment de la déclaration de faillite n'a pas résilié le bail et il n'a pas été soutenu et il ne résulte d'aucune des pièces versées au dossier que les loyers échus après le prononcé de la faillite, en tant qu'éventuelles créances de la masse, avaient été réglés par le curateur aux bailleurs.

Il est de principe que la faillite n'entraîne pas la résolution de plein droit des contrats en cours, sauf pour les contrats intuitu personae ; or le contrat de bail n'étant pas un contrat intuitu personae, la faillite du preneur n'y met pas fin (Les

Novelles, tome IV. Droit commercial, concordats et faillites, no 1464 et 1487 ; De Page, IV, 753).

Le cautionnement constitue un engagement personnel pris par les appelants pour garantir les engagements de la société JJJ, en l'occurrence le paiement des loyers redus en exécution du contrat de location pendant toute sa durée. Cet engagement subsiste après l'état de faillite de la société JJJ et est indépendant du fait que la société a été représentée après la faillite par le curateur, le curateur étant entre autres l'organe légal du failli.

La dette de la société JJJ s'élève dès lors au montant des loyers échus jusqu'à la fin du bail, 1er mai 1995, cette date ayant été correctement retenue par les premiers juges.

Les appelants, en contestant les montants des loyers, soutiennent que certains des loyers réclamés auraient été payés, mais ils ne sont pas en mesure de produire des pièces. Ils demandent à la Cour d'« *enjoindre aux parties intimées de verser les extraits de compte de feu de la dame GGG, des mois de mai, septembre, octobre et novembre 1994, ainsi que pour les mois de janvier et février 1995 »,* en disant que par ces extraits ils seraient en mesure d'établir le paiement des loyers par la caution BBB.

La demande est à rejeter dans la mesure où la charge de la preuve du paiement des loyers appartient aux débiteurs et qu'il leur incombe de verser les pièces justificatives du paiement. Aucune mesure ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve.

Finalement les parties appelantes concluent à la réduction du montant de la créance en demandant de « *déduire des sommes réclamées, la garantie locative de 3 mois de loyers réglée par la sàrl JJJ* » ; elles ne versent aucune pièce concernant le règlement de ladite garantie, restent en défaut de préciser le montant exact des loyers versés et de chiffrer leur demande en « *déduction* ».

Les parties intimées déclarent contester cette demande ; elles estiment que s'il y avait lieu à restitution d'une garantie locative celle-ci serait à restituer au locataire et elles invoquent en outre la défaillance du locataire qui exclurait toute restitution.

Il se dégage des termes du contrat de location que les parties ont convenu la fourniture aux bailleurs d'une caution bancaire irrévocable par une banque agréée de la place portant sur trois mois de loyers et non pas une garantie locative à verser directement aux bailleurs ; par ailleurs il n'est pas prouvé que le locataire, nonobstant les termes du contrat de bail prévoyant une garantie bancaire, ait versé une garantie locative de trois mois de loyers aux bailleurs.

Il s'en suit qu'en l'absence de pièces justificatives et à défaut d'être chiffrée, la demande en réduction, qui pourrait s'analyser en une demande en compensation, est à rejeter.

C’est à bon droit que les premiers juges ont fixé la créance de loyers des bailleurs à la somme de 43.629,26 €.

Le jugement entrepris est à confirmer en toute sa teneur, y compris en ce que les premiers juges ont condamné les actuels appelants au paiement d’une indemnité de procédure et ont rejeté leur demande en paiement d’une indemnité de procédure.

La demande des parties appelantes en paiement d’une indemnité de procédure pour l’instance d’appel est à rejeter, étant donné que la partie qui succombe dans son appel ne peut prétendre à une indemnité de procédure.

La demande des parties intimées est par contre fondée, étant inéquitable de laisser à leur charge l’intégralité des frais non compris dans les dépens qu’elles ont a dû exposer en instance d’appel et il y a lieu de leur allouer la somme de 1.500 € au titre d’une participation aux honoraires d’avocat.

**PAR CES MOTIFS :**

la Cour d’appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, sur rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit l’appel en la forme ;

**le dit non fondé et confirme le jugement entrepris;**

condamne AAA et BBB à payer à CCC et à DDD une indemnité de procédure de 1.500 € pour l’instance d’appel ;

déboute les appelants de leur demande basée sur l’article 240 du Nouveau code de procédure civile et les condamne aux frais et dépens de l’instance d’appel.