Arrêt commercial

Audience publique du treize juin deux mille douze.

Numéro 37117 du rôle.

Composition :

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

E n t r e :

***A,** sans état connu, demeurant à l-….. U,*

***appelant** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLE de Luxembourg du 10 janvier 2011,*

comparant par Maître Fabio TREVISAN, avocat à Luxembourg ;

e t :

***la société anonyme B S.A.,** établie et ayant son siège social à L-…. V, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

***intimée** aux fins du susdit exploit GALLE,*

comparant par Maître Denis VANDENBULKE, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

En date du 6 février 2008 la société B a octroyé en faveur d'A une garantie dénommée *« letter of garantee »* dans les termes suivants : "*We hereby irrevocably undertake to pay on your first demand, without arguing, all sums up to a maximum amount of EUR 80.000.- which shall at any time be owed to you by our customer, upon receipt of your request for payment and a certificate addressed to us by registered letter certifying that our customer has not fulfilled its obligation towards you."*

Il a été précisé en outre dans la lettre d'engagement que la sûreté accordée était destinée à garantir le paiement du prix des marques cédées par A à la société D SRL et dans les limites des 16 % que la société C détenait dans la société D SRL. Le client visé (customer) est C.

Par exploit d'huissier du 18 mai 2010, A a fait donner assignation à la société B à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour l'y entendre condamner à lui payer la somme de 80.000 € outre les intérêts légaux à partir de la demande, sinon de la mise en demeure, sinon, plus subsidiairement, à partir de l'assignation et la somme de 3.000 € à titre d'indemnité de procédure.

Il a qualifié la *letter of garantee* de garantie à première demande par laquelle la société B s'est portée garante envers lui ; ayant demandé par lettre du 17 septembre 2009 à B de s'exécuter, il estime que B aurait dû s'exécuter sans être en droit de revendiquer la preuve de sa créance et sans pouvoir invoquer des causes d'exonération qui pourraient justifier l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat garanti.

La société B, ayant qualifié la garantie de cautionnement, a fait valoir qu'A n'aurait pas respecté les délais et formalités nécessaires à la mise en œuvre de la garantie, de sorte qu'elle ne serait pas tenue au paiement.

Dans son jugement rendu le 15 décembre 2010, le tribunal a déclaré la demande recevable et l'a dit non fondée. Pour statuer ainsi le tribunal a en substance dit que la *letter of garantee* était à qualifier de cautionnement et que l'une des conséquences de l'engagement accessoire de la caution est que l'exigibilité du cautionnement dépend directement de celle de l'obligation principale et ne peut jamais précéder celle de cette obligation ; ayant constaté qu'en l'espèce l'obligation du débiteur principal est en discussion au vu d'une demande en rescision du contrat d'acquisition des marques cédées pendante devant les juridictions italiennes, le tribunal a rejeté la demande d'A.

De ce jugement A a régulièrement relevé appel par acte d'huissier du 10 janvier 2011.

Il fait valoir que les juges de première instance auraient faussement qualifié la garantie accordée de cautionnement dans la mesure où l'engagement, bien que se référant à un contrat principal qui devrait nécessairement être identifié, comporte la mention qu'il s'git d'une garantie irrévocable sur première demande

et qui vise une somme d'argent déterminé de 80.000 €, et non pas la dette même du débiteur principal ; par ailleurs rien n'interdirait d'entourer l'appel de la garantie de formes et de précautions supplémentaires, de sorte que la subordination à la production d'un certificat attestant la non-exécution de l'obligation du débiteur garanti n'est pas un élément en faveur de la qualification de cautionnement. Il estime partant que rien n'autorisait B à demander par courrier du 17 septembre 2009 à l'appelant la preuve de la dette du débiteur.

En ordre subsidiaire, en cas de qualification de cautionnement, il se réfère à une ordonnance rendue en date du 23 décembre 2010 par le tribunal de V à l'encontre du prétendu débiteur principal l'ayant condamné au paiement de la somme de 2.235.000 € correspondant au prix de cession de la marque E. Dans ses conclusions subséquentes il invoque encore une condamnation provisionnelle sur le montant de 175.000 € intervenue aux termes d'une ordonnance rendue par le tribunal de V le 19 octobre 2009.

En tout état de cause, il conclut à la réformation du jugement entrepris et à la condamnation de la société B au paiement du montant de 80.000 € outre les intérêts légaux à compter du jour de l'appel en garantie du 17 septembre 2009, sinon de la mise en demeure du 7 octobre 2009, sinon de l'assignation du 18 mai 2010 et du montant de 3.000 € à titre d'indemnité de procédure.

La société intimée conclut à la confirmation du jugement ; elle demande à voir qualifier la sûreté de cautionnement, voir constater qu'au 19 janvier 2010, date d'échéance du cautionnement, les formalités d'appel de la garantie n'avaient pas été respectées par l'appelant et partant déclarer que la garantie n'a pas été valablement appelée avant son échéance. Elle considère la décision invoquée du 19 octobre 2009 comme étant une ordonnance provisionnelle qui ne règle pas le fond du litige et qui vise la société de droit italien D SRL et non le débiteur principal.

L'engagement de la caution est essentiellement accessoire, en ce sens que la caution s'oblige à payer la dette même du débiteur principal et qu'elle peut, de ce fait, opposer au créancier les exceptions que le débiteur lui-même peut ou aurait pu opposer. La garantie autonome est au contraire un engagement indépendant du contrat de base. Dans le premier cas, il y a une seule dette, mais deux débiteurs, tenus, l'un à titre principal, l'autre à titre de garant. Dans le second, les deux débiteurs ont contracté des dettes distinctes et autonomes, ce qui n'empêche pas l'engagement du garant de remplir la fonction de sûreté. La clé de la distinction est constituée par le caractère accessoire ou non de l'engagement du garant, caractère qui est le critère même du cautionnement (SIMLER ; cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires, no 843, page 853).

La Cour de cassation française dans un arrêt de principe du 13 décembre 1994 (Cass com., 13 déc. 1994, Bull. civ. IV, no 375, D. 1995, p. 209) a formulé l'exigence d'un véritable objet autonome c'est-à-dire, concrètement, d'un engagement de payer une somme déterminée et définitive pour l'engagement autonome de garantie ; ainsi il a été décidé que ne peut être un engagement indépendant l'engagement qui *a « pour objet la propre dette du débiteur. »*.

L'objet de la garantie ne peut être défini par référence à la dette garantie en cas de garantie autonome. La référence à cette obligation comme élément de détermination de l'objet de la garantie prive celle-ci de son autonomie (SIMLER, cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires, no 912, pages 921 à 922).

En l'espèce, si la lettre de garantie litigieuse emploie les termes de paiement à la première demande et sans discussion et fixe un montant maximal à payer de 80.000 €, éléments qui militent plutôt en faveur de qualification de garantie autonome, la lettre de garantie se réfère toutefois au montant de 80.000 € qui serait dû à A par C (*which shall at any time be owed by our customer »)* et exige la production d'un certificat que le client C n'a pas rempli ses obligations à l'égard de A. La lettre d'engagement renvoie partant à la dette même du débiteur C

C'est dès lors à bon droit et par de justes motifs auxquels la Cour se rallie que les juges de première instance ont pu qualifier la lettre d'engagement de cautionnement avec les conséquences juridiques en découlant.

La société intimée se réfère à la stipulation contractuelle suivant laquelle l'engagement donné par elle expire en date du 19 janvier 2010 *« maturity : our guarantee is valid until 19 th January 2010, date after which it will be considered as null and void »,* pour faire valoir qu'A n'a pas pu établir l'existence d'une créance certaine et exigible à l'encontre de C au 19 janvier 2010, encore qu'elle a fait appel à la garantie avant le 19 janvier 2010. En outre le demandeur n'aurait pas respecté dans le délai imposé les formalités nécessaires à la mise en œuvre de la garantie et le certificat attestant le non - respect des obligations de C à envoyer par lettre recommandée n'aurait pas été établi au 19 janvier 2010, date d'expiration de la garantie. Elle soutient encore que la procédure au fond concernant la validité du contrat de cession des marques serait toujours pendante devant les juridictions italiennes.

S'il est exact que M. A a fait appel à la garantie par trois courriers antérieurs à la date d'échéance, à savoir en date des 17 septembre 2009, 7 octobre 2009 et 22 octobre 2009, ces courriers à eux seuls sont irrelevants dans la mesure où il appartient en outre à A d'établir qu'avant la date d'échéance de la sûreté, 19 janvier 2010, la dette principale de C était devenue exigible, comme relevé à juste titre par les juges de première instance par application du caractère accessoire du cautionnement, et qu'il avait certifié la non - exécution de ses obligations par C conformément aux stipulations contractuelles, formalité expressément prévue dans la lettre d'engagement.

L'ordonnance provisionnelle du tribunal de V du 19 octobre 2009 annexée au courrier de M. A adressé à B en date du 22 octobre 2009 ne vise pas le débiteur principal C mais a été rendue entre A et la société D SRL qui a été condamnée au paiement de la somme de 175.000 € avec les intérêts légaux à partir du 21 décembre 2008 jusqu'à solde.

L'ordonnance rendue par le juge d'instruction du tribunal de V en date du 23 décembre 2010 n'est pas non plus à prendre en considération dans la mesure

où elle condamne encore la société D SRL à payer à A la somme de 2.235.000 € les intérêts en sus et qu'elle est postérieure à la date d'expiration de la garantie du 19 janvier 2010.

C'est dès lors à tort qu'A soutient que les décisions judiciaires italiennes établiraient une dette exigible dans le chef de C. Par ailleurs A reste en défaut d'établir l'accomplissement de la formalité stipulée relative à la production d'une attestation transmise par lettre recommandée selon laquelle C n'aurait pas exécuté ses obligations.

Le jugement entrepris est partant à confirmer en ce qu'il a déclaré non fondée la demande d'A.

La demande d'A en paiement d'une indemnité de procédure de 3.000 € est à rejeter, étant donné que la partie qui succombe et qui est condamnée aux frais de l'instance ne saurait prétendre à l'allocation d'une indemnité de procédure.

La société intimée demande une indemnité de procédure de 2.500 € pour chaque instance. Il est inéquitable de laisser à charge de la société intimée une partie des frais non compris dans les dépens pour ce qui est de l'instance d'appel et l'indemnité de ce chef est fixée à 2.500 € ; il n'y a pas lieu de lui allouer une indemnité de procédure pour la première instance, une telle demande n'ayant d'ailleurs pas été présentée en première instance et la partie intimée ayant conclu à la confirmation du jugement.

PAR CES MOTIFS :

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

déclare l'appel recevable ;

le dit non fondé ;

confirme le jugement entrepris ;

rejette la demande d'A en paiement d'une indemnité de procédure ;

condamne l'appelant à payer à la société intimée une indemnité de procédure de 2.500 € pour l'instance d'appel ;

le condamne aux frais et dépens de l'instance d'appel.