

Arrêt N° 115/21 IV-COM

Audience publique du dix-neuf octobre deux mille vingt-et-un

Numéro CAL-2018-00755 du rôle

Composition:

Marie-Laure MEYER, président de chambre;
Michèle HORNICK, conseiller;
Carole BESCH, conseiller;
Eric VILVENS, greffier.

E n t r e

1) Maître A, avocat à la Cour, demeurant à, prise en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme B, établie et ayant son siège social à, représentée par son conseil d'administration, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro, déclarée en état de faillite par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 5 avril 2019,

appelante aux termes d'un acte de l'huissier de justice Frank Schaal de Luxembourg du 27 juillet 2018,

comparant par elle-même,

2) C, administrateur de sociétés, demeurant à,

appelant aux termes d'un acte de l'huissier de justice Frank Schaal de Luxembourg du 27 juillet 2018,

comparant par Maître Jean-Philippe Lahorgue, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

1) la société anonyme D, établie et ayant son siège social à, représentée par son conseil d'administration, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro,

intimée aux fins du prédit acte Schaal,

comparant par la société anonyme Schiltz & Schiltz, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-1610 Luxembourg, 24-26, avenue de la Gare, représentée par Maître Franz Schiltz, avocat à la Cour,

2) E, sans état connu, demeurant à,
intimé aux fins du prédit acte Schaal,
ne comparant pas.

LA COUR D'APPEL

Faits

Par écrit daté du 22 février 2013 et intitulé « demande d'une garantie bancaire », la société anonyme B (ci-après B) a demandé à la société anonyme D (ci-après « D » ou « la D ») d'assumer pour son compte une garantie bancaire de 122.000 euros en faveur de la société de droit français F (ci-après « F »). Cette demande avait pour objet de garantir « la bonne exécution d'un contrat de sous-traitance / Cloche gazomètre / affaire Grenoble Digestion / Affaire NR 16220220 Contrat 12000078 / Commande du 25.10.12 ». Sous la rubrique « durée / échéance », il est stipulé « jusqu'à la livraison de la matière première sur le site de Veolia en France ». Le cautionnement solidaire et indivisible de C, administrateur-délégué de B, et de E pour la somme prévue par la lettre de garantie (122.000 euros) ainsi que le nantissement des avoirs en compte de B à concurrence de 75.000 euros ont été convenus comme sûretés. Il était également convenu de comptabiliser toutes les opérations en rapport avec cette garantie par le compte n° LU04 0021 4100 4026 1900, ouvert suivant convention d'ouverture de compte du 14 mars 2013.

En date du 19 mars 2013, D a émis la lettre de garantie en faveur d'F.

Les deux actes de cautionnement solidaire et indivisible ont été signés le 14 mars 2013.

Par contrat du 3 juillet 2014, D a consenti un crédit d'un montant de 100.000 euros à B ayant pour objet le financement partiel du fonds de roulement de la société. Ce crédit était utilisé en compte courant n° LU04 0021 4100 4026 1900 et avait son échéance finale au 30 juin 2015. Il était garanti par les cautionnements solidaires et indivisibles de C et de E.

Ces deux actes de cautionnement solidaire et indivisible ont été signés les 3 et 4 juillet 2014. E s'est porté caution envers D pour un montant maximal de 100.000 euros incluant le principal, les intérêts frais et accessoires. C s'est porté caution pour un montant maximal de 100.000 euros auquel s'ajoutent les commissions de D, intérêts et frais ainsi que le cas échéant les frais judiciaires ou extrajudiciaires de recouvrement.

Par courrier du 10 juin 2014, B a envoyé à D les « justificatifs de livraison sur le site Fontanil-Cornillon ».

Le 4 août 2014, F a fait appel à la garantie émise par D qui l'a exécutée le 13 août 2014 à concurrence de 122.005 euros. A cette même date, l'extrait de compte n°28 documentant l'exécution de la garantie bancaire a été émis.

Par lettre recommandée du 6 octobre 2015, D a dénoncé la convention de crédit avec effet immédiat et a sommé B d'apurer le découvert en compte n° LU04 0021 4100 4026 1900 se chiffrant au 1er octobre 2015 au montant de 159.106,89 euros.

Une copie de cette lettre a été envoyée aux cautions le même jour.

Procédure de première instance

Par exploit d'huissier du 30 juin 2016, D a assigné B, C et E devant le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile.

D a demandé la condamnation de B au paiement de la somme de 160.453,22 euros avec les intérêts légaux de retard sur le montant de 159.106,89 euros à compter de la dénonciation du 6 octobre 2015, sinon sur le montant de 160.453,22 euros à compter de la demande en justice, sinon à compter de la date du jugement de même que des montants de 40 euros à titre d'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement et de 8.000 euros à titre d'indemnité pour ces mêmes frais sur base de l'article 5 paragraphes 1 et 3 de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard (ci-après la « Loi de 2004 »).

Elle a demandé que C soit condamné à lui payer le montant de 160.453,22 euros à majorer des frais extra-judiciaires et judiciaires de recouvrement, ainsi que des intérêts au taux légal à compter de la dénonciation du 6 octobre 2015, sinon à compter de la demande en justice, sinon à compter du jugement à intervenir et que E soit condamné à lui payer le montant de 150.899,12 euros avec les intérêts légaux à compter de la mise en demeure du 16 octobre 2015 (à lire : 6 octobre 2015), sinon à compter de la demande en justice, sinon à compter du jugement.

La capitalisation des intérêts de retard pour autant qu'il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière, ainsi que la condamnation solidaire, sinon in solidum des défendeurs à lui payer une indemnité de 10.000 euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ont également été sollicitées par la D.

Elle a finalement demandé l'exécution provisoire du jugement sans caution ainsi que la condamnation solidaire, sinon in solidum des défendeurs aux frais et dépens de l'instance et avec distraction au profit de son mandataire.

B et C ont formulé chacun une demande reconventionnelle tendant à l'indemnisation de leur préjudice subi eu égard à la défaillance de la D dans l'exécution de la garantie, évalué par B à 50.000 euros et par C à 10.000 euros. Ils ont également réclamé le paiement d'une indemnité de procédure de 10.000 euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

E n'a pas comparu.

Par jugement contradictoire du 22 juin 2018, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a

- reçu les demandes principale et reconventionnelles en la forme;
- dit la demande principale fondée ;
- condamné B à payer à la D le montant de 160.453,22 euros avec les intérêts conventionnels sur le montant de 109.554,10 euros et les intérêts tels que prévus au chapitre I de la Loi de 2004 relative sur le montant de 50.899,12 euros à compter du 30 juin 2016 jusqu'à solde;
- condamnée B à payer à la D une indemnité de 1.040 euros pour frais de recouvrement ;
- condamné C à payer à la D le montant de 160.453,22 euros avec les intérêts conventionnels sur le montant de 109.554,10 euros et les intérêts au taux légal sur le montant de 50.899,12 euros à compter du 30 juin 2016 jusqu'à solde ;
- condamné E à payer à la D le montant de 150.899,12 euros avec les intérêts au taux légal à compter du 30 juin 2016 jusqu'à solde ;
- dit qu'il n'y avait pas lieu à capitalisation des intérêts ;
- condamné B, C et E solidairement à payer à la D une indemnité de 1.500 euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile;
- dit la demande reconventionnelle de B irrecevable; dit la demande reconventionnelle de C irrecevable sur la base contractuelle et non fondée sur la base délictuelle ;
- débouté B et C de leur demande sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ;
- dit qu'il n'y a pas lieu à exécution provisoire du présent jugement sans caution ;
- condamné B, C et E solidairement aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit du mandataire de la D.

Pour statuer ainsi, le tribunal a, en ce qui concerne la demande principale dirigée contre B, retenu que les conditions générales sont opposables à B ; qu'en application de l'article 12 de ces conditions générales B est présumée avoir réceptionné l'extrait de compte du 13 août 2014 ; qu'en l'absence de protestation de sa part endéans les 30 jours de son envoi, les indications reprises sur l'extraits sont réputées exactes et que B est censée les avoir approuvés.

Le tribunal en a déduit que B était actuellement forclosé à invoquer une requalification de la garantie en cautionnement ainsi qu'à faire valoir des contestations relatives à l'exécution de la garantie bancaire.

En l'absence de contestations émises par B suite à la lettre de dénonciation du contrat de prêt, qui avait fait référence à l'exécution de la garantie, le tribunal a fait droit à la demande de la D et a condamné B au paiement du montant de 160.453,22 euros avec les intérêts et frais de recouvrement. La demande tendant à la capitalisation des intérêts a été déclarée non fondée.

En ce qui concerne la demande dirigée contre C, le tribunal a retenu que si ce dernier pouvait opposer à la D toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette, il ne pouvait cependant plus remettre en cause l'exécution de la garantie bancaire, cette exécution ayant été approuvée par B. Le tribunal a également retenu que le reproche à la D d'avoir fautivement exécuté la garantie bancaire, avancé par la caution à titre personnel, n'était pas fondé motif pris qu'au vu de l'approbation par B, l'exécution de la garantie bancaire ne saurait plus constituer un manquement contractuel susceptible de décharger la caution. En l'absence de contestations par rapport au montant réclamé par la D, la demande a été déclarée fondée pour la somme de 160.453,22 euros outre les intérêts au taux légal et non fondée en ce qui concerne les frais extra-judiciaires et judiciaires de recouvrement.

Le tribunal a encore fait droit à la demande dirigée contre E dans les limites de son cautionnement, en le condamnant au paiement de la somme de 150.899,12 euros avec les intérêts au taux légal à compter du 30 juin 2016.

Le tribunal a ensuite déclaré la demande reconventionnelle de B basée sur la responsabilité contractuelle irrecevable motif pris qu'elle était forclosée à mettre en cause l'exécution de la garantie bancaire à l'expiration d'un délai de 30 jours après l'envoi de l'extrait bancaire. Sa demande reconventionnelle basée sur la responsabilité délictuelle a été déclarée irrecevable en vertu du principe du non-cumul des responsabilités contractuelles et délictuelles.

Retenant que le reproche adressé par C a trait à une exécution fautive du contrat liant la D à B et non pas du contrat de cautionnement et qu'il n'y a pas eu de manquement contractuel de la part de la D lors de l'exécution de la garantie bancaire, le tribunal a dit la demande reconventionnelle de C irrecevable sur la base contractuelle et non fondée sur la base délictuelle.

L'appel

De ce jugement, qui n'a pas été signifié, B et C ont relevé appel par exploit d'huissier du 27 juillet 2018.

Par réformation, ils demandent de leur donner acte qu'ils contestent tant le principe que le quantum de la demande en paiement, de voir constater l'inopposabilité des conditions générales de la D à B, de dire qu'il n'y a pas eu acceptation tacite, sinon ratification de l'opération litigieuse, de constater la faute de la D dans l'exécution du

cautionnement et de les décharger de toutes les condamnations intervenues à leur encontre.

B demande à se voir restituer le montant de 122.005 euros indûment prélevé sur son compte au profit d’F, à voir condamner la D au paiement du montant de 50.000 euros à titre d’indemnisation du préjudice subi sur base des dispositions des articles 1147 et suivants du Code civil et ordonner pour autant que de besoin la compensation entre les montants à retenir.

C demande la condamnation de la D au paiement du montant de 10.000 euros à titre d’indemnisation du préjudice subi par lui sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Les parties appelantes demandent en outre la condamnation de la D à leur payer une indemnité de procédure de 2.500 euros pour chaque instance.

Les moyens de B

A la base de son appel, B réitère ses moyens invoqués en première instance. Elle conteste avoir eu connaissance des conditions générales et de les avoir acceptées. Elle estime en outre que la D n’a pas établi la réception par elle de l’extrait de compte n°28 et que cette réception ne saurait être présumée. Elle conclut par ailleurs que la présomption d’approbation prévue à l’article 16 des conditions générales, à les supposer acceptées, n’est pas une présomption irréfragable et que l’opération litigieuse n’est pas couverte par une prétendue acceptation tacite. Elle estime dès lors qu’elle peut encore invoquer les manquements de la D lors de l’exécution de la garantie bancaire.

B fait grief au tribunal de ne pas avoir requalifié la garantie en un cautionnement. Elle soutient qu’il ressort de la lettre de garantie que la garantie était fonction de l’exécution d’une obligation de livraison et que dans la mesure où les marchandises avaient toutes été livrées, l’obligation garantie s’était éteinte. Elle estime dès lors que la D a commis une erreur en exécutant un engagement dépourvu d’objet. Elle ajoute qu’elle avait informé la D dès le 10 juin 2014 que la livraison avait été exécutée en son intégralité et que la D n’aurait pas dû s’exécuter suite à l’appel de garantie d’F.

Dans ses conclusions notifiées le 8 février 2019, B fait valoir qu’elle s’est opposée au paiement de la garantie par la D les 4, 5 et 14 août 2014 et qu’elle a contesté le paiement par courrier du 9 septembre 2014 de sorte qu’il ne saurait y avoir acceptation respectivement agrégation de l’opération litigieuse de sa part.

B en déduit que la D a commis une faute en exécutant la garantie après son échéance et en dépit de l’information reçue de la livraison des matières premières et que la D a engagé sa responsabilité contractuelle. Elle demande dès lors l’allocation de dommages et

intérêts pour le préjudice subi, à savoir 122.005 euros à titre de dommage matériel ainsi que 50.000 euros pour son dommage moral.

B a été déclaré en état de faillite par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 5 avril 2019. Dans ses conclusions, le curateur se rapporte à l'acte d'appel et aux conclusions antérieurement prises par l'avocat de la société faillie et par l'avocat de la partie appelante C.

Les moyens de C

C se prévaut des moyens invoqués par B pour résister à la demande en paiement de la D. Il conclut ainsi à l'inopposabilité des conditions générales de la D à B, au motif que celle-ci n'a pas été rendue attentive à ces conditions générales par la D qui, étant un établissement bancaire dont la position est dominante, avait une obligation d'information renforcée.

A titre subsidiaire, il estime que la preuve de la réception de l'extrait de compte n'est pas établie, une présomption de réception tirée de la simple émission ne saurait suffire. Il ajoute que le délai prévu par l'article 16 des conditions générales n'est pas un délai de forclusion et que la présomption d'approbation n'est pas une présomption irréfragable et que ses contestations relatives à l'opération litigieuse doivent être prises en compte.

Il conteste la qualification de la garantie en une garantie à première demande et conclut à l'existence d'un cautionnement. Il conclut que comme la garantie était fonction de l'exécution d'une obligation de livraison, elle se trouvait partant éteinte avec l'exécution de l'obligation garantie. Dans ses conclusions récapitulatives, C ajoute qu'il y a lieu d'appliquer les Règles Uniformes de la Chambre de Commerce internationale relatives aux Garanties sur Demande (RUGD) et de retenir que c'est encore à tort et au mépris de ces règles internationales que la D a payé au bénéficiaire de la garantie la somme de 122.005 euros.

Il conclut dès lors à être déchargé de toute condamnation et il demande, au vu du manquement de la D lors de l'exécution de la garantie, la condamnation de celle-ci à lui payer des dommages et intérêts de 10.000 euros.

Les moyens de la D

La D sollicite la confirmation du jugement entrepris. Elle estime qu'au vu des mentions contenues dans le document relatif à l'ouverture du compte et dans la demande de garantie signés par le représentant de B, celle-ci a reconnu avoir eu connaissance des conditions générales et qu'elle s'y est engagée à les accepter et respecter. Face aux contestations des appelants, elle explique que les conditions générales versées aux débats et contenant la référence « NC13/2013/03 » sont celles qui étaient applicables au moment du

paiement de la garantie. Elle ajoute que B n'a pas contesté l'application de ces conditions générales dans une procédure précédente qui s'était tenue devant le Juge des Référé.

Elle conteste les allégations des appelants quant à la non-réception de l'extrait bancaire du 13 août 2014 et fait valoir que le 15 mars 2013, C avait signé pour le compte de B un document intitulé « Modalités régissant les droits de disposition à Dnet » lui donnant accès aux services de Dnet de sorte que B avait été en mesure de prendre connaissance de la situation financière de ses comptes et avait dès lors également accès à l'extrait bancaire du 13 août 2014 dès son émission. Conformément à l'article 16c) des conditions générales, il aurait appartenu aux parties appelantes d'aviser la D en cas de non-réception des documents, extraits de compte se rapportant à une opération déterminée, ce qu'elles n'ont pas fait. En l'absence d'une réclamation écrite endéans les 30 jours qui ont suivi l'expédition de l'extrait de compte reprenant l'opération litigieuse, cette opération serait réputée avoir été approuvée par B et ne saurait plus être remise en cause par elle, tel que l'a retenu le tribunal.

A titre subsidiaire, pour le cas où la Cour ne devait pas déclarer les parties appelantes forcloses à remettre en cause l'exécution de la garantie, elle conclut à l'absence de tout manquement de sa part. Elle soutient qu'elle avait émis sur demande de B le 19 mars 2013 une garantie à première demande en faveur de la société F pour un montant de 122.000 euros et que l'exécution de cette garantie était soumise à la seule et unique formalité de l'envoi d'un courrier recommandé par le bénéficiaire.

Au de l'appel en garantie en bonne et due forme par F, elle estime qu'elle était tenue de s'exécuter et qu'elle n'a pas pu s'opposer au paiement, son contrôle étant cantonné à la régularité apparente de l'appel en garantie en la forme, sauf fraude manifeste qui ne serait cependant pas établie en l'espèce.

Elle conteste par ailleurs l'application des Règles Uniformes de la Chambre de commerce internationale relatives aux Garanties sur Demande (RUGD 758), invoquées par C mais non versées, à défaut de toute clause y relative dans la lettre de garantie.

A titre plus subsidiaire, pour le cas où les parties appelantes ne seraient pas forcloses à remettre en cause l'exécution de la garantie à première demande du 13 août 2014, D conclut qu'il y a lieu de reconnaître les contestations des appelants uniquement partiellement fondées et de les condamner à payer la créance fondée et non contestée à hauteur de 113.536,36 euros, respectivement 103.982,26 euros en ce qui concerne E avec les intérêts conventionnels de 5,3% l'an à compter du 30 juin 2016, sinon les intérêts légaux.

En tout état de cause, elle conclut au non-fondé de la demande en indemnisation formulée par les appelants en l'absence de preuve

d'une faute, d'un dommage, respectivement d'un lien causal direct entre une faute et le dommage.

Finalement en ce qui concerne l'indemnité de procédure sollicitée par les appelants, la D estime que cette demande est nulle au regard de l'article 154 du Nouveau Code de procédure civile au motif que cette demande a été faite par les deux parties sans précision quant à la répartition de la condamnation sollicitée par chacune d'entre elle.

Appréciation

L'appel dirigé contre E

L'intimé E n'a pas constitué avocat à la Cour suite à l'appel interjeté par B et C.

Malgré plusieurs demandes et injonction de la part du conseiller de la mise en état, les appelants n'ont pas versé l'acte de signification de l'acte d'appel à E, de sorte qu'il n'est pas établi si, respectivement de quelle manière (à personne ou à domicile), il a été touché.

C explique cette omission par le fait que toutes les pièces de sa procédure feraient toujours l'objet d'une rétention douanière, de sorte qu'il serait dans l'impossibilité de verser cette pièce.

Dans la mesure où dans l'acte d'appel les parties appelantes ne formulent aucune demande à l'égard de E et que la procédure d'appel peut se poursuivre à l'égard de l'intimée la D, il y a lieu d'ordonner la disjonction de la procédure à l'égard de la partie non comparante E.

Recevabilité

La D soulève la nullité de la demande en allocation d'une indemnité de procédure contenue dans l'acte d'appel au motif que cette demande n'a pas été ventilée.

En application de l'article 154, point 1, du Nouveau Code de procédure civile, auquel renvoie l'article 585 du même code, l'acte d'appel doit à peine de nullité contenir l'objet de la demande et un exposé sommaire des moyens, étant précisé que la nullité pour défaut de motivation de l'acte d'appel est régie par l'article 264 du Nouveau Code de procédure civile.

Les dispositions légales précitées ont pour but de faire connaître, dès l'ingrès, à la partie intimée les critiques émises par l'appelant à l'encontre de la décision de première instance, ceci avec suffisamment de précision pour lui permettre de préparer utilement sa défense. L'inobservation de cette règle, lorsqu'elle cause grief à la partie intimée, rend l'appel nul pour libellé obscur.

Il ressort de l'acte d'appel que les parties appelantes ont, entre autres, sollicité la condamnation de la D à leur payer une indemnité de

procédure pour chaque instance sans ventiler la part de ce montant devant revenir à chacune d'elles.

Si cette demande est affectée d'un manque de clarté en ce qui concerne les revendications respectives des parties appelantes, il n'est cependant pas établi si et dans quelle mesure la D a subi un grief dû au fait de ne pas savoir quel part du montant de l'indemnité de procédure réclamée doit revenir à chacune d'entre elles.

Le moyen n'est dès lors pas fondé.

L'appel introduit dans les forme et délai de la loi est recevable.

Fond

L'appel de B

La demande de la D contre B

- L'opposabilité des conditions générales

B fait grief au tribunal d'avoir retenu que les conditions générales de la D lui étaient opposables. Elle soutient qu'elle n'a jamais eu connaissance de ces conditions générales et qu'elle ne les a partant pas acceptées. Elle ajoute qu'il aurait appartenu à la D de la rendre attentive quant aux conclusions générales et qu'un simple renvoi en bas d'un contrat ne suffit pas à établir que celles-ci ont été dûment acceptées.

L'article 1135-1 du Code civil, qui régit les conditions générales d'un contrat préétablies par l'une des parties et qui doit trouver application en l'occurrence, prévoit que :

« Les conditions générales d'un contrat préétablies par l'une des parties ne s'imposent à l'autre partie que si elle a été en mesure de les connaître lors de la signature du contrat et si elle doit, selon les circonstances, être considérée comme les ayant acceptées ».

Comme l'a retenu à bon droit le tribunal, l'article 1135-1 du Code civil n'exige pas que la partie contractante ait signé les conditions générales. Il est seulement exigé que cette partie accepte les conditions générales en connaissance de cause, ce qui est le cas en l'espèce.

En l'espèce, tant la convention d'ouverture de compte du 14 mars 2013 que la demande de garantie du 22 février 2013 et la convention de crédit du 3 juillet 2014 ne se limitent pas simplement à renvoyer aux conditions générales mais comprennent une mention spéciale précédant la signature de B suivant laquelle B reconnaît avoir pris connaissance des conditions générales et qu'elle les approuve. Au vu de cette mention signée par B, une mise en garde de la D spéciale quant aux conditions générales n'était pas nécessaire. C'est à juste titre que le tribunal a retenu que B a reconnu avoir accepté les conditions générales et qu'il lui aurait fallu, si elle n'avait pas été

matériellement et utilement en mesure de prendre connaissances de ces conditions générales, de les comprendre et de les accepter, de le soulever et de refuser de signer le contrat de crédit dans ces circonstances, ce qu'elle n'a cependant pas fait.

B conteste encore que la version des conditions générales versée aux débats (pièce n°1 farde Kleyer/Grasso) était celle qui avait été en vigueur lors de la conclusion du contrat.

Les conditions générales actuellement versées par D contiennent en bas de chaque page la mention « NC13/2013/03 » permettant de les dater à mars 2013, de sorte qu'elles étaient en vigueur moment où les relations entre parties ont débuté.

Le jugement est dès lors à confirmer en ce qu'il a retenu que les conditions générales sont applicables en l'espèce.

B fait ensuite grief au tribunal d'avoir retenu qu'elle était forclosée à contester l'opération litigieuse motif pris qu'elle n'avait pas protesté dans le délai prévu par les conditions générales contre les indications reprises sur l'extrait de compte n°28. Elle fait valoir que la preuve de la réception par elle de cet extrait fait défaut en l'espèce et ne saurait être rapportée par présomption.

Cette allégation est cependant contredite par les propres pièces de l'appelante. En effet, il résulte de la pièce n°11 versée par TMLaw que B s'est référée dans son courriel du 14 août 2014 de manière expresse à l'extrait de compte n°28. Au vu de cette pièce, il faut admettre qu'elle en avait bien connaissance et les conclusions des parties relatives à la présomption de réception de l'extrait de compte ne sont pas pertinentes.

En application de l'article 16 des conditions générales intitulé « redressements d'erreurs », B était « tenu de signaler à la D les erreurs qui peuvent être contenues dans les documents et extraits de compte qui lui sont délivrés par la D, et ce même via le service Dnet. A défaut de réclamation par écrit dans les 30 jours à dater de l'expédition ou de la mise à disposition via le service Dnet des documents et extraits de compte, les indications qui y sont reprises sont, sauf erreur matérielle manifeste, réputées exactes et le client est censé avoir approuvé ces documents et extraits. »

Les parties ont conclu de manière exhaustive sur l'existence d'une présomption d'acceptation et sur son incidence sur les moyens soulevés dans la présente procédure, sans cependant prendre position de manière précise sur la pièce n°12 versée par TMLaw et mentionnée dans les conclusions de Maître Marques Dos Santos du 8 février 2019.

Il résulte en effet de cette pièce que B a adressé le 9 septembre 2014 une lettre recommandée à la D dans laquelle elle dénonce sur deux pages et demie l'exécution de la garantie par la D envers F.

Ce courrier intervenu endéans les 30 jours suivant la réception de l'extrait de compte n°28 est suffisamment précis pour valoir réclamation au sens de l'article 16 précité et empêcher la ratification tacite de l'opération.

Par réformation du jugement, il y a dès lors lieu de retenir qu'au vu de ce courrier, B n'est pas censée avoir approuvé l'opération litigieuse et qu'elle n'est pas forclosée à contester l'exécution de la garantie.

- L'exécution de la garantie

B conteste en premier lieu la qualification de la garantie émise par la D en faveur d'F en une garantie à première demande. Elle conclut que la garantie avait été formellement circonscrite et avait pour échéance la livraison par elle du matériel à F. Etant fonction de l'exécution du contrat de base, cette garantie ne saurait être qualifiée de garantie à première demande mais aurait dû être requalifiée en un cautionnement.

Contrairement au cautionnement, qui est par nature accessoire à une obligation principale, la garantie autonome est un engagement, certes pris en considération d'un contrat de base et en garantie de son exécution, mais par nature indépendante du contrat garanti et caractérisé par l'inopposabilité des exceptions tirées de ce contrat (cf. Ph. Simler, Cautionnement et Garanties autonomes, Litec).

La garantie autonome est une garantie contractuelle de nature personnelle dont la singularité réside dans son autonomie par rapport au contrat de base ce qui se traduit par l'inopposabilité au créancier de toute exception relative au contrat.

Le caractère autonome de la garantie, loin d'être une simple convention de langage permettant d'identifier le procédé, exprime véritablement sa spécificité et constitue le cœur de la notion. Il est l'opposé du caractère accessoire du cautionnement et joue le même rôle fondamental dans la détermination de la qualification et des effets de l'engagement. L'obligation du souscripteur d'une garantie autonome est non seulement nouvelle, mais indépendante de celle du débiteur principal. Ce caractère constitue la pierre angulaire du concept. L'existence d'un contrat de base est la raison d'être de la constitution de la garantie. Elle en est, plus précisément, la cause. Il ne peut y avoir de garantie sans obligation à garantir. Autonomie ne signifie donc pas absence de référence à contrat principal. La référence à un contrat principal est de l'essence de la garantie qu'elle soit autonome ou non. Le garant appelé à exécuter son engagement ne peut opposer au bénéficiaire de la garantie d'autres exceptions que celle tirées du contrat de garantie lui-même. Il doit payer, même si, à sa connaissance le contrat principal est nul, résolu ou résilié, inexécuté, éteint ou modifié (Cour 19 décembre 2012, n°36931 du rôle).

En l'espèce, la demande en garantie du 22 février 2013 signée par B indique que « la lettre de garantie à émettre par la D constitue en faveur du BENEFCIAIRE un engagement abstrait qui oblige la D d'exécuter la garantie à la première demande du BENEFCIAIRE et aux conditions demandées sub 4. sans qu'elle puisse opposer les exceptions que le DONNEUR D'ORDRE pourra éventuellement faire valoir. » La lettre de garantie émise par la D suite à cette demande le 19 mars 2013 mentionne que la D s'engage « à payer irrévocablement et indépendamment de la validité et des effets juridiques de l'obligation de base, à première réquisition de votre part et sans faire valoir d'exceptions que notre donneur d'ordre pourra exposer. »

Au vu des termes clairs de la lettre de garantie qui reprend les termes de la demande de garantie signée par B, il ne saurait faire de doute que l'engagement de la D est détaché du contrat garanti et qu'il est régi par les seules dispositions de la lettre de garantie, de sorte que la D l'a à juste titre qualifié de garantie à première demande.

Il en découle que le garant appelé à exécuter son engagement ne peut opposer au bénéficiaire de la garantie d'autres exceptions que celle tirées du contrat de garantie lui-même. Il doit payer, même si, à sa connaissance le contrat principal est nul, résolu ou résilié, inexécuté, éteint ou modifié. Après avoir satisfait aux vérifications formelles requises, il ne peut se soustraire à son obligation que si un appel manifestement frauduleux ou abusif lui a été soumis.

Par-delà, l'incertaine distinction entre fraude et abus, l'exigence essentielle réside dans leur caractère manifeste. Il ne suffit pas que le bénéficiaire soit sans droit pour appeler la garantie pour qu'il y ait fraude ou abus. Encore faut-il que cette absence de droit « crève les yeux ». Sans cette exigence, l'autonomie de la garantie serait battue en brèche. Les contestations, même légères, entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire, se réintroduiraient dans le champ de l'exécution.

B fait plaider qu'elle avait informé la D que la garantie était devenue sans objet suite à la livraison du matériel, objet de la garantie. Elle en déduit que la D a commis une faute en s'exécutant au mépris de cette information.

Conformément à la doctrine citée ci-avant, la D en présence d'un appel en garantie lui présenté dans les formes conventionnelles (en l'espèce par l'envoi d'une lettre recommandée) a dû s'exécuter sauf fraude ou abus manifestes.

S'il se dégage des pièces que la D avait bien été informée par B que du matériel avait été livré à F, il n'en demeure pas moins que cette information n'a pas eu pour effet de rendre l'appel en garantie frauduleux, ce d'autant moins que la société F a pris le soin de préciser dans son appel de garantie que « l'ensemble du matériel n'étant pas livré sur le chantier ».

Au vu des positions divergentes du bénéficiaire et du garanti sur l'accomplissement de l'obligation de livraison, le caractère frauduleux de l'appel en garantie était loin d'être manifeste de sorte que la D n'a pas commis de faute en s'exécutant.

Les moyens de B pour s'opposer à l'exécution de la garantie ne sont dès lors pas fondés.

B conteste ensuite dans son acte d'appel la demande en paiement de la D tant en son principe qu'en son quantum sans formuler des contestations précises. Au vu des pièces versées, c'est à bon droit que le tribunal a fait droit à la demande de la D en paiement de la somme de 160.453,22 euros avec les intérêts tels que retenus. A défaut de contestations circonstanciées quant aux frais de recouvrement, c'est encore à bon droit que le tribunal les a fixés à 1.040 euros sur base de l'article 5(1) et 5(3) de la Loi de 2004.

Au regard de la faillite prononcée en cours d'instance d'appel, il n'y a cependant pas lieu de prononcer de condamnation à l'égard de B, de sorte que la Cour doit se limiter à fixer la créance de la D à l'égard de B au montant retenu par le jugement.

Etant donné que les intérêts ne courent pas vis-à-vis de la masse de la faillite, les intérêts tels que retenus par le tribunal ne courent que jusqu'au jour du prononcé de la faillite le 5 avril 2019.

La demande reconventionnelle de B

B fait grief au tribunal d'avoir déclaré sa demande basée sur la responsabilité contractuelle irrecevable. Par réformation du jugement, il demande à se voir allouer des dommages et intérêts pour les manquements commis par la D dans l'exécution de la garantie.

Le tribunal avait dit la demande reconventionnelle irrecevable motif pris que B était forclosé à contester l'exécution de la garantie.

Conformément à ce qui a été retenu ci-avant, il y a lieu de dire par réformation du jugement que B n'est pas forclosé à invoquer des moyens contre l'exécution de la garantie, de sorte que sa demande reconventionnelle est recevable. Elle est cependant non fondée, aucun manquement de la D dans l'exécution de la garantie n'ayant été établi.

L'appel de C

La demande de la D contre C

Comme en première instance, C s'est rallié aux moyens juridiques développés par B.

C'est à juste titre que le tribunal a retenu sur base de l'article 2037 du Code civil que ces moyens peuvent être opposés par la caution au créancier.

Pour les mêmes motifs que ceux retenus dans le cadre de la demande de la D contre B, c'est à tort que le tribunal a dit que C ne saurait plus remettre en cause l'exécution de la garantie bancaire par D le 13 août 2014. Dans la mesure où B a bien contesté dans le délai conventionnel l'opération litigieuse, les moyens développés par la caution relative à l'exécution de la garantie peuvent être pris en considération.

C conteste tout comme B la qualification de la garantie en une garantie autonome. Conformément à ce qui a été retenu ci-avant, l'engagement pris par la D envers F est à qualifier de garantie à première demande au vu des stipulations claires de la lettre de garantie.

C *invite* ensuite la Cour à faire application des Règles Uniformes de la Chambre de Commerce internationale relatives aux Garanties sur Demande (RUGD) et à *juger* que c'est à tort et au mépris des règles internationales que la D a payé au bénéficiaire une somme de 122.005 euros avec les conséquences de droit.

La D s'y oppose au motif que ces règles, qui n'ont pas été communiquées à titre de pièce, prévoient dans leur article 1 qu'elles s'appliquent « to any demand guarantee or counter-guarantee that expressly indicates it is subject to them ». Un tel renvoi n'aurait cependant été prévu dans aucun contrat ou acte signés par les parties.

Au vu des contestations de la D, C ne justifie pas que les règles invoquées par lui sont applicables aux relations entre parties de sorte qu'il n'y a pas lieu d'en tenir compte.

C restant par ailleurs en défaut d'établir une faute dans le chef de la D dans l'exécution de la garantie, le jugement est à confirmer en ce qu'il a été retenu que C ne justifie d'aucun manquement contractuel susceptible de le décharger de son obligation à titre de caution.

Quant aux montants retenus par le tribunal, C n'avance aucune contestation précise de nature à justifier en quoi le tribunal se serait trompé dans le montant de la condamnation. Au vu des termes des actes de cautionnement du 14 mars 2013 et du 4 juillet 2014, c'est à juste titre que le tribunal l'a condamné au paiement du montant de 160.453,22 euros avec les intérêts au taux légal sur le montant de 50.899,12 euros à compter du 30 juin 2016.

La demande reconventionnelle de C

C ne critique pas le jugement en ce que sa demande reconventionnelle basée sur la responsabilité contractuelle a été déclarée irrecevable. En instance d'appel, il demande, par réformation, de condamner la D à lui payer le montant de 10.000 euros au titre de son préjudice subi suite à l'exécution fautive de la garantie sur base des dispositions des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Au vu de ce qui précède, la preuve d'un manquement de la D dans l'exécution de la garantie n'a pas été rapportée, de sorte que le jugement est à confirmer en ce que la demande reconventionnelle a été déclarée non fondée.

Les demandes d'indemnité de procédure

Dans la mesure où les parties appelantes ont succombé tant en première instance qu'en instance d'appel, il y a lieu de confirmer le tribunal en ce qu'il les a déboutées de leur demande en allocation d'une indemnité de procédure et en ce qu'il les a condamnées à payer à la D une indemnité de procédure de 1.500 euros (sauf à fixer la créance de la D à l'égard de la faillite B). Elles sont également à débouter de cette demande en instance d'appel.

La demande en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel de la D est à déclarer fondée, étant donné qu'il serait inéquitable de laisser à sa charge les frais non compris dans les dépens. La Cour lui alloue la somme de 1.500 euros de ce chef à payer par chacune des parties appelantes.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, en application de l'article 2 de la loi modifiée du 19 décembre 2020 portant adaptation temporaire de certaines modalités procédurales en matière civile et commerciale,

ordonne la disjonction de la procédure à l'égard de E,

tiens l'appel à son égard en suspens,

reçoit l'appel pour le surplus,

le dit partiellement fondé,

confirme le jugement du 22 juin 2018 en ce qui concerne la société anonyme D, sous la restriction qu'il n'y a pas lieu de prononcer de condamnation à l'égard de la société anonyme B en faillite ;

fixe la créance de la société anonyme D aux montants de :

- 160.453,22 euros avec les intérêts conventionnels sur le montant de 109.554,10 euros et les intérêts tels que prévus au chapitre I de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard sur le montant de 50.899,12 euros à compter du 30 juin 2016 jusqu'au 5 avril 2019 ;
- 1.040 euros pour frais de recouvrement et ;

- 1.500 euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ;
ainsi qu'aux frais et dépens de la première instance avec distraction au profit du mandataire de la société anonyme D affirmant en avoir fait l'avance,

par **réformation**,

dit la demande reconventionnelle de la société B SA recevable mais non fondée,

confirme le jugement pour le surplus,

dit non fondées les demandes des parties appelantes introduites sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

fixe la créance de la société anonyme D à l'égard de la société anonyme B en faillite à 1.500 euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

condamne C à payer à la société anonyme D une indemnité de procédure de 1.500 euros,

fait masse des frais et dépens de l'instance d'appel introduit à l'égard de la société anonyme D et les mets pour moitié à charge de la masse de la faillite et pour moitié à charge de C et en ordonne la distraction au profit de Schiltz & Schiltz SA qui la demande affirmant en avoir fait l'avance,

réserve les frais de l'appel introduit à l'égard de E.