

Texte pseudonymisé

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

**Arrêt N° 49/22 IV-COM**

Audience publique du quinze mars deux mille vingt-deux

Numéro CAL-2021-00389 du rôle

Composition:

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

**E n t r e**

**PERSONNE1.)**, sans état connu, demeurant à L-(...),

**appelant** aux termes d'un acte de l'huissier de justice HUISSIER DE JUSTICE1.) de (...) du 31 mars 2021,

comparant par la société à responsabilité limitée ORGANISATION1.), inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-(...), représenté par Maître AVOCAT1.), avocat à la Cour,

**e t**

**la société anonyme SOCIETE1.)**, établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),

**intimée** aux fins du prédit acte HUISSIER DE JUSTICE1.),  
comparant par Maître AVOCAT2.), avocat à la Cour, demeurant à (...).

## **LA COUR D'APPEL**

### **Faits**

Suivant contrat de bail signé en date du 28 novembre 2014, la société anonyme SOCIETE1.) (ci-après SOCIETE1.) a donné en location à la société anonyme SOCIETE2.), représentée par PERSONNE1.), une maison de maître sise à L-(...).

Dans ce contrat, PERSONNE1.) s'est en outre engagé en tant que caution solidaire et indivisible pour toutes les obligations résultant du bail.

N'ayant pas respecté ses obligations contractuelles, la société SOCIETE2.) a été condamnée suivant jugement du 8 mai 2019, rendu par le Tribunal de paix de Luxembourg, siégeant en matière de bail à loyer, à payer à SOCIETE1.)

\* le montant de 52.106,73 euros du chef de loyers et avances sur charges avec les intérêts conventionnels de 12 % sur le montant de 37.871,46 euros à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde, et avec les intérêts conventionnels de 12 % sur le montant de 14.235,27 euros à partir du 27 mars 2019 jusqu'à solde,

\* le montant de 62.649,18 euros à titre d'indemnité de relocation, d'indemnité de résiliation ainsi que de clause pénale avec les intérêts conventionnels de 12 % à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde.

### **Procédure de première instance**

Par exploit d'huissier de justice du 23 janvier 2019, SOCIETE1.) a fait donner assignation à PERSONNE1.) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, aux fins de l'entendre condamner au paiement du montant de 100.520,64 euros avec les intérêts à compter de la demande en justice, d'une indemnité de procédure de 2.000 euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ainsi qu'aux frais et dépens de l'instance.

A l'audience des plaidoiries SOCIETE1.) a augmenté sa demande au montant de (52.106,73 + 62.649,18 =) 114.755,91 euros,

correspondant à la somme des condamnations prononcées par le Tribunal de paix de Luxembourg.

Par jugement contradictoire rendu le 22 janvier 2021, rectifié par le jugement du 12 février 2021 suite à une erreur matérielle contenue dans le dispositif, le tribunal a :

- déclaré la demande recevable et l'a dit fondée,
- condamné PERSONNE1.) à payer à SOCIETE1.) le montant de 114.755,91 euros avec les intérêts légaux à compter de la demande en justice, jusqu'à solde,
- dit non fondées les demandes respectives en allocation d'une indemnité de procédure,
- dit qu'il n'y a pas lieu à distraction des frais et dépens,
- condamné PERSONNE1.) aux frais et dépens de l'instance.

Pour statuer ainsi, le tribunal a déclaré la demande introduite selon la procédure commerciale recevable au vu du caractère commercial du cautionnement. Il a ensuite constaté la défaillance du débiteur principal sur base des jugements rendus en matière de bail à loyer. Il a retenu que la signature de PERSONNE1.) avait été apposée sur le contrat du 28 novembre 2014 en qualité de représentant de la société SOCIETE2.) et de caution solidaire.

Le tribunal a écarté le moyen soulevé par le défendeur tenant à la disproportion entre le montant de l'engagement de la caution par rapport à ses ressources financières au motif qu'en application de l'article 2016 alinéa 3 du Code civil, dans sa formulation applicable à partir du 1<sup>er</sup> février 2014, c'est au moment de la conclusion du contrat qu'il faut vérifier la situation financière de la caution et qu'en l'espèce, la caution n'avait pas versé de preuve permettant de retracer sa situation financière globale, englobant notamment la propriété éventuelle d'immeubles ou encore la perception d'autres revenus si bien que le caractère disproportionné de ses capacités financières par rapport au cautionnement souscrit n'était pas rapporté.

En ce qui concerne le manquement aux obligations de renseignement et de conseil reproché par la caution à SOCIETE1.), le tribunal a retenu qu'en tant que dirigeant d'e la société SOCIETE2.) ayant participé à la vie de l'entreprise, la caution disposait des informations nécessaires à l'appréciation de la portée de ses engagements et de la situation financière du débiteur principal, de sorte qu'il était à considérer comme caution avertie.

Le tribunal a dès lors au vu des différents éléments du dossier fait droit à la demande à hauteur du montant réclamé.

Les deux jugements ont été signifiés à PERSONNE1.) le 3 mars 2021.

## **L'appel**

Par exploit d'huissier de justice du 31 mars 2021 PERSONNE1.) a relevé appel contre ces deux jugements.

Il demande à la Cour, par réformation du jugement du 22 janvier 2021, tel que rectifié par jugement du 12 février 2021, de

- constater in limine litis, l'incompétence de la chambre commerciale et en conséquence, déclarer l'assignation devant le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale irrecevable,
- sinon, lui donner acte de l'inexistence de tout contrat et/ou engagement le liant à titre personnel à SOCIETE1.),
- à titre subsidiaire, constater la nullité de l'acte d'engagement de la caution,
- à titre plus subsidiaire, constater que la bailleresse n'apporte pas la preuve suffisante quant à la détermination des montants réclamés,
- dire et juger que les montants mis en compte par SOCIETE1.) sont infondés,
- en conséquence débouter SOCIETE1.) de toutes ses fins et conclusions,
- à défaut, réduire les condamnations à de plus justes proportions,
- en tout état de cause : condamner SOCIETE1.) au paiement d'une indemnité de procédure de 3.000 euros au titre de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, et d'une indemnité de 3.000 euros au titre de l'article 6-1 du Code civil et aux frais et dépens des deux instances.

L'intimée se rapporte à prudence de justice en ce qui concerne la recevabilité de la demande en la forme. Elle soulève l'irrecevabilité de la demande introduite sur base de l'article 6-1 du Code civil pour être nouvelle et conclut pour le surplus à la confirmation du jugement. Elle demande le paiement d'une indemnité de procédure de 500 euros.

### **Appréciation**

1.L'intimée se rapporte à la prudence de justice quant à la recevabilité de l'acte d'appel en la pure forme.

S'il est exact que le fait, pour une partie de se rapporter à prudence de justice équivaut à une contestation, il n'en reste pas moins qu'une contestation non autrement étayée est à écarter, étant donné qu'il n'appartient pas au juge de suppléer la carence des parties au litige et de rechercher lui-même les moyens juridiques qui auraient pu se trouver à la base de leurs conclusions.

Il en découle qu'à défaut de contestations précises, le moyen tendant à voir dire que l'acte d'appel est irrecevable en la forme est à rejeter comme non fondé.

2.L'intimée soulève toutefois l'irrecevabilité de la demande basée sur l'article 6-1 du Code civil pour être nouvelle et partant irrecevable en appel.

L'article 592 du Nouveau Code de procédure civile dispose ce qui suit:

« Il ne sera formé, en cause d'appel, aucune nouvelle demande, à moins qu'il ne s'agisse de compensation, ou que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action principale.

Pourront aussi les parties demander des intérêts, arrérages, loyers et autres accessoires échus depuis le jugement de première instance, et les dommages et intérêts pour le préjudice souffert depuis ledit jugement. »

PERSONNE1.) motive sa demande en paiement du montant de 3.000 euros basée de l'article 6-1 du Code civil sur le fait que la bailleresse a introduit 14 procédures sans avoir pris auparavant contact avec lui pour faire état du prétendu cautionnement, ni avoir envoyé de lettre de mise en demeure, ni l'avoir informé des procédures intentées devant la justice de paix.

Or, cette demande constitue une demande en réparation qui se réfère à un comportement fautif de l'intimée ayant conduit au litige, laquelle aurait partant pu être formée en première instance.

Il s'agit dès lors d'une demande nouvelle qui doit être déclarée irrecevable pour être contraire aux prescriptions de l'article 592 du Nouveau Code de procédure civile.

L'appel, introduit dans les forme et délai de la loi, est recevable pour le surplus.

3.L'appelant conteste la compétence du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, qui a statué en matière commerciale au motif que le cautionnement qu'il avait donné en garantie du contrat de bail serait de nature civile de sorte que la juridiction aurait dû se déclarer incompétente pour connaître de l'affaire et déclarer la demande de SOCIETE1.) irrecevable. Il estime que ce moyen ne constitue pas une demande nouvelle et peut être soulevé en degré d'appel pour la première fois.

Il expose qu'au moment de la signature, il ne revêtait aucune fonction dirigeante au sein de la société SOCIETE2.). Il conteste avoir eu un intérêt personnel à la dette contractée.

L'intimée réplique que le moyen, faute d'avoir été soulevé in limine litis en première instance, n'est plus recevable en appel.

A titre subsidiaire, elle relève que le contrat de bail contenant l'acte de cautionnement mentionne que PERSONNE1.) intervient en sa qualité de « directeur » de la société SOCIETE2.) et qu'il s'est toujours présenté comme étant le dirigeant de la société, de sorte qu'il a agi en tant que gérant de fait. A titre subsidiaire, il y aurait eu pour le moins mandat apparent. Elle ajoute que PERSONNE1.) a été nommé administrateur de la société SOCIETE2.) à compter du 10 juillet 2017 jusqu'au jour de la faillite (14 octobre 2019).

Elle estime en outre que le contrat conclu entre parties constitue un acte de commerce conclu pour les besoins de la société qui comprend un volet caution et que partant il s'agit d'un acte de commerce par nature sinon par la forme.

L'article 20 du Nouveau Code de procédure civile prévoit qu'en matière civile et commerciale, le tribunal d'arrondissement est juge de droit commun et connaît de toutes les affaires pour lesquelles compétence n'est pas attribuée expressément à une autre juridiction en raison de la nature ou du montant de la demande. La connaissance d'une affaire commerciale n'est pas dévolue à une juridiction d'exception, dès lors qu'il n'existe au Grand-Duché aucun tribunal de commerce proprement dit. Si la distinction entre matières commerciales et civiles peut avoir certaines incidences d'ordre procédural ou influencer sur les règles de preuve, elle ne saurait entraîner de conséquences sur le plan de la compétence des différentes chambres du tribunal d'arrondissement.

Comme l'organisation judiciaire au Luxembourg ne connaît pas de tribunaux de commerce détachés du tribunal d'arrondissement, juridiction de droit commun, le moyen de PERSONNE1.) doit être analysé en moyen tiré de l'irrecevabilité de la demande pour inobservation des règles de procédure.

Le tribunal saisi était, par conséquent, compétent pour connaître de la demande de SOCIETE1.).

Par contre, la recevabilité de la demande portée devant le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale dépend de la nature civile ou commerciale du cautionnement

Les formes de procédure prescrites en matière civile et commerciale, comme le mode de saisine des juridictions ou d'exercice des voies de recours, relèvent de l'organisation judiciaire et sont de ce fait d'ordre public. Leur violation constitue une nullité de fond, qui échappe aux dispositions de l'article 264 du Nouveau Code de procédure civile. S'agissant de la sauvegarde de l'ordre public, les tribunaux peuvent et doivent même soulever d'office l'exception de nullité tirée de l'inobservation de pareille formalité (cf. Cour 28 novembre 2001, n°25.013 du rôle).

Il en est ainsi en particulier, comme en l'espèce, du mode de comparution en justice, à savoir, soit par constitution d'avocat, soit à date fixe, qui constitue une formalité capitale d'une importance telle que l'irrégularité l'affectant entraîne l'annulation de l'acte, que cette sanction résulte d'un texte ou non (cf. Cass. 19 mai 1994, n°27/94; Cass. 22 mai 1997, n°41/97; Cass. 18 décembre 1997, n°64/97; cités dans Thierry HOSCHEIT, Les nullités de procédure en droit judiciaire privé luxembourgeois, Bulletin du cercle François Laurent, n°1999-II).

Il s'ensuit que ce moyen peut être soulevé pour la première fois en instance d'appel.

Il appartient à la partie demanderesse, lorsqu'elle assigne à date fixe, selon les articles 547 et suivants du Nouveau Code de procédure civile, de justifier de la compétence du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale.

Les articles 631 à 641 du Code de commerce traitent de la compétence des tribunaux d'arrondissement siégeant en matière commerciale.

Ainsi, suivant l'article 631 point 3 de ce code, les tribunaux d'arrondissement siégeant en matière commerciale connaîtront notamment des contestations relatives aux actes de commerce entre toutes personnes.

Or, le cautionnement, traditionnellement conçu comme un service d'amis ou de parents, gratuit et désintéressé, est considéré en principe comme un acte civil et ce indépendamment du caractère civil ou commercial du contrat qu'il garantit.

Le caractère commercial du cautionnement est néanmoins donné du moment qu'il apparaît que la caution, commerçant ou non commerçant, a trouvé un intérêt personnel de nature patrimoniale dans l'affaire ou les opérations commerciales qui motivent le cautionnement.

Lorsque la commercialité du cautionnement n'est pas, comme en l'espèce, objectivement déterminée, elle peut résulter de l'application d'un critère subjectif et faire admettre qu'un cautionnement donné par un non-commerçant puisse constituer un engagement commercial. Il peut en être ainsi des engagements souscrits pour les sociétés par leurs dirigeants ou associés. La signification profonde de la garantie du passif de la société souscrite par les dirigeants, à laquelle ils ne peuvent généralement se soustraire, n'est autre que la restitution dans leur responsabilité des véritables maîtres de l'affaire. Dans cette approche, le cautionnement neutralise, en quelque sorte, la personnalité morale et fait assumer au dirigeant ce qui est concrètement, du moins dans les nombreuses petites sociétés, sa propre dette. Partant de là, est considéré comme commercial tout

cautionnement souscrit par un dirigeant de droit de la société, investi individuellement ou collégalement du pouvoir vis-à-vis des tiers. La jurisprudence a étendu la même solution aux dirigeants de fait en raison de l'intérêt personnel de ceux-ci à garantir les engagements de la société (en ce sens, Cautionnement et garanties autonomes, Ph. Simler, Litec, 5e édition, nos. 98,99 et 100).

Or, en l'espèce, il résulte des extraits du RCS que PERSONNE1.) ne revêtait aucune fonction dirigeante dans la société SOCIETE2.) à l'époque de la conclusion du cautionnement.

A défaut d'autres éléments probants, la seule mention dans le contrat de bail que PERSONNE1.) représente la société SOCIETE2.) ne saurait valoir preuve de sa qualité de dirigeant de fait et n'établit pas non plus l'existence d'un intérêt personnel de l'appelant à garantir les engagements de la société SOCIETE2.).

De même, la circonstance que PERSONNE1.) a été nommé le 10 juillet 2017 administrateur délégué de la société SOCIETE2.) ne constitue pas non plus la preuve d'un tel mandat de fait, respectivement de l'existence d'un intérêt personnel dans la conclusion du bail deux ans et demi plus tôt.

Quant au mandat apparent invoqué par l'intimée, il résulte des extraits du RCS qu'à l'époque de la signature du contrat de bail et de cautionnement, la société SOCIETE2.) était représentée par son gérant PERSONNE2.) qui était également associé unique.

La clause indiquant les personnes pouvant valablement représenter une société est opposable aux tiers. Ces derniers ne peuvent se prévaloir du mandat apparent car il leur appartient de se renseigner sur les pouvoirs de la personne avec laquelle ils traitent (cf. Cour 17 janvier 2008, Pas. 34, p. 147).

Cette solution s'impose au regard de l'évolution des dispositions de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (ci-après la Loi de 1915) (cf. Cour, arrêt n° 24/18 IV du 21 février 2018, rôle 43184).

Depuis la réforme intervenue par la loi du 23 novembre 1972 et l'introduction des dispositions de l'article 53 alinéa 4 [devenu l'actuel article 441-5 alinéa 4] dans la Loi de 1915, les tiers peuvent se fier à la publication de la nomination de l'organe de la société avec lequel ils ont traité, sans se soucier de la régularité de sa nomination. La théorie du mandat apparent en matière de représentation de la société ne trouve en principe plus à s'appliquer motif pris que si la société a rempli toutes ses obligations légales en matière de publicité, le tiers doit vérifier si la personne qui agit est l'organe légal et est légalement habilitée à représenter la société (cf. J.P Winandy : Manuel du droit des sociétés, éd. 2019, p.75).

Il s'ensuit que SOCIETE1.) ne saurait se prévaloir de la théorie du mandat apparent pour conclure à l'existence d'une fonction dirigeante dans le chef de PERSONNE1.).

Il résulte des fiches de salaires versées qu'il était salarié de la société SOCIETE2.) au moment de la signature du cautionnement. Cependant, en l'absence de circonstances particulières, qui ne sont pas établies en l'espèce, le cautionnement de son employeur par un salarié, fût-il cadre, doit plutôt être considéré comme un acte civil (cf. op.cit. Ph. Simler, no 102).

Au vu de ce qui précède et à défaut d'éléments permettant de conclure à un intérêt personnel dans l'opération ayant motivé l'engagement de PERSONNE1.), le cautionnement n'a pas perdu son caractère civil.

En donnant assignation à une personne non commerçante à comparaître à date déterminée devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, SOCIETE1.) n'a par conséquent pas respecté les formes de procédure relatives au mode de comparution en justice.

Il s'ensuit que par réformation, l'exploit d'assignation du 23 janvier 2019 est nul et la demande est irrecevable.

#### Les demandes en paiement d'une indemnité de procédure

PERSONNE1.) demande la condamnation de SOCIETE1.) à lui payer une indemnité de procédure de 3.000 euros.

Dans la mesure où il ne justifie toutefois pas l'iniquité requise aux termes de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, cette demande n'est pas fondée.

SOCIETE1.) qui est à condamner aux frais et dépens des deux instances, est à débouter de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure.

### **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,

dit irrecevable la demande introduite sur base de l'article 6-1 du Code civil,

reçoit l'appel pour le surplus,

le dit fondé,

par **réformation**,

déclare l'exploit d'assignation du 23 janvier 2019 nul,

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

condamne la société anonyme SOCIETE1.) aux frais et dépens des deux instances.