

**Arrêt N° 10/23 IV-COM**

Audience publique du dix janvier deux mille vDt-trois

Numéro CAL-2022-00069 du rôle

Composition:

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

**E n t r e**

**A**, sans état connu, demeurant à,

**appelant** aux termes d'un acte de l'huissier de justice Frank Schaal de Luxembourg du 22 décembre 2021,

comparant par Maître Pierre Feltgen, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**e t**

**B**, employée, demeurant à,

**intimée** aux fins du prédit acte Schaal,

comparant par la Maître Yamina Noura, avocat à la Cour, demeurant à Esch-sur-Alzette.

## LA COUR D'APPEL

Par exploit d'huissier de justice du 30 septembre 2020, A a fait donner assignation à B à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour s'entendre condamner à lui payer la somme de 175.000 euros avec les intérêts au taux légal à partir de la demande en justice jusqu'à solde.

Le demandeur conclut de même à l'octroi d'une indemnité de procédure de 1.500 euros.

A l'appui de sa demande, A rappelait que la C (ci-après la « C » ou la « Société ») a été constituée le 10 août 2009 par B et que par assemblée générale extraordinaire du même jour, elle en a été nommée administrateur unique. Au courant de l'année 2012, A est devenu actionnaire de la Société à concurrence de 55 actions nominatives sur un total de 100 actions et par assemblée générale extraordinaire du 2 mai 2012, il a été nommé administrateur de la Société.

Afin de financer les travaux de transformation de ses nouveaux locaux, la C a souscrit, le 19 avril 2012, auprès de la banque D (ci-après « D ») une ouverture de crédit réalisable en compte courant d'un principal de 350.000 euros. Cet emprunt, dont le remboursement devait se faire par des mensualités de 3.110 euros, a été garanti par deux actes de cautionnement solidaires et indivisibles de A et de B, chaque fois à hauteur de 175.000 euros ainsi que par une hypothèque d'un montant de 350.000 euros sur la maison d'habitation de A.

La C a été déclarée en état de faillite par jugement du 27 mars 2013.

Suite à l'appel à caution, A a remboursé, au courant de l'année 2014, à D la somme de 356.983,21 euros.

Il faisait valoir que malgré toutes ses tentatives, B refuserait toujours de lui rembourser, en tant que caution solidaire, la somme de 175.000 euros.

Par jugement du 2 juillet 2021, le tribunal a déclaré non fondée la demande principale de A motif pris que B n'était pas tenue solidairement avec lui pour l'exécution des obligations de la C.

Pour statuer ainsi, les juges de première instance ont retenu que les parties A et B ne sont pas cofidésseurs au sens de l'article 2033 du Code civil alors qu'elles ne se sont pas portées cautions d'une même dette ; chacune d'elles n'ayant cautionné que la moitié de la dette de la C à l'égard de D.

Le tribunal a dès lors rejeté la demande.

Par exploit d'huissier de justice du 22 décembre 2021, A a relevé appel limité de ce jugement qui lui avait été signifié le 30 novembre 2021.

Il conclut à la confirmation du jugement en ce que le tribunal s'est déclaré compétent *ratione loci* et *ratione materiae* pour connaître du litige et en ce qu'il a qualifié les engagements de la partie intimée comme étant de nature commerciale.

L'appelant demande cependant à la Cour, par réformation du jugement, de condamner B au paiement de la somme de 175.000 euros, avec les intérêts au taux légal à partir du 6 février 2014, jour du décaissement, sinon à partir de la demande en justice jusqu'à solde.

Il requiert de même une indemnité de procédure de 1.500 euros pour chaque instance et la condamnation de l'intimée aux frais et dépens.

A l'appui de son appel, il fait valoir que les juges de première instance se sont, à tort appuyés sur le fait que lui et B s'étaient engagés par deux actes de cautionnements distincts pour déclarer sa demande en paiement non fondée.

Il expose que cette analyse est incorrecte alors que l'ouverture de crédit accordée à la C était garantie tant par son cautionnement et celui de B, tous deux du 19 avril 2012, que par le cautionnement hypothécaire qu'il avait, en tant que tiers-affectant, consenti sur sa maison d'habitation.

Il aurait payé la dette de la C en qualité de caution réelle et serait dès lors subrogé dans les droits de D.

En tant que caution réelle, il pourrait exercer contre le débiteur tous les recours ouverts à la caution, après paiement comme avant tout paiement. Il pourrait de même se retourner contre d'autres cautions afin de faire partager le poids de la dette.

Le tribunal aurait dès lors dû constater qu'étant subrogé dans les droits de D, il pourrait en sa qualité de caution réelle agir contre toute autre caution peu importe qu'il s'agisse d'une caution solidaire ou d'une caution simple.

L'appelant conclut ainsi que par l'effet de la subrogation, il peut réclamer à B le paiement de la somme de 175.000 euros.

Il base sa demande sur les articles 2029 et 2033 du Code civil.

L'intimée, qui conclut à la confirmation pure et simple du jugement par adoption de motifs, donne à considérer que l'article 2032 du Code civil n'est pas applicable en l'espèce (la Cour admet qu'il y a lieu de lire « article 2033 »).

B expose de même qu'elle n'a jamais été mise en demeure par D en vue de procéder à un quelconque paiement et elle souligne que la dette n'a jamais été admise en tant que créance au passif de la faillite. Elle insiste sur l'absence de solidarité ou d'engagement in solidum entre les cautions et affirme que suite au paiement par l'appelant, la dette n'existe plus. En l'absence de solidarité et au vu du fait que chaque cautionnement ne s'élève qu'à la moitié du crédit accordé à la C, les deux cautions ne seraient pas cofidélitateurs alors que chacune ne s'était engagée que pour le paiement d'une dette distincte.

### Appréciation

A est, suite à son paiement en faveur de D, subrogé dans les droits de celle-ci à l'encontre du débiteur principal, la C. Ce point n'est toutefois pas litigieux alors que l'appel de A ne concerne que la question du recours de la caution qui a payé le créancier à l'encontre d'une autre caution.

Il ressort des pièces (cf. pièces n° 4 et 5, Me Feltgen) que B et A se sont chacun, par un acte de cautionnement distinct, engagés en tant que « caution solidaire et indivisible pour EUR 175.000.- en principal, augmentés des intérêts conventionnels échus, des frais et des commissions appliqués au débiteur principal ». Ces deux actes ont été signés le 19 avril 2012.

Par acte notarié du 24 mai 2012, A a de plus accordé au profit de D, une inscription hypothécaire pour la somme de 542.500 euros (i.e. principal de 350.000 outre les intérêts de cette somme pendant trois ans et les frais) sur sa maison d'habitation, à titre de sûreté de l'acte d'ouverture de crédit du 10 mai 2012 en faveur de la C.

A s'est dès lors engagé en tant que caution personnelle et réelle.

La demande de l'appelant est basée sur les articles 2029 et 2033 du Code civil.

L'article 2029 du Code civil dispose que « La caution qui a payé la dette, est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur ».

Cet article n'est pas applicable aux recours entre cautions. Tel qu'indiqué ci-dessus, il n'est pas litigieux que l'appelant est, suite à son paiement, subrogé dans les droits de D à l'encontre de la C.

L'article 2033 du Code civil dispose que « Lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur pour une même dette, la caution qui a acquitté la dette a recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion.

Mais ce recours n'a lieu que lorsque la caution a payé dans l'un des cas énoncés en l'article précédent. »

Comme l'article 2033 du Code civil luxembourgeois a le même libellé que l'article 2310 du Code civil français (dans sa version en vigueur jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2022), la doctrine et la jurisprudence françaises trouvent à s'appliquer en l'espèce.

Le cofidéjusseur est celui qui, pour garantir le paiement de la même dette d'un même débiteur, se porte caution solidairement ou non, avec d'autres personnes, tenus comme lui. Les cofidéjusseurs sont donc des coobligés.

Rien ne fait obstacle à ce qu'un même tiers s'engage en qualité de caution d'un débiteur en souscrivant l'engagement personnel de payer la dette de celui-ci et constitue en outre une sûreté réelle sur l'un de ses biens en garantie de cette même dette. On est alors en présence d'un simple cumul d'une sûreté personnelle et d'une sûreté réelle, cette dernière seule étant constitutive, selon la terminologie traditionnelle, d'un cautionnement réel. Ce tiers est alors tenu à la fois personnellement et réellement, chacune des deux sûretés, indépendantes l'une de l'autre, produisant ses effets propres (cf. JurisClasseur, article 2325 Code civil, fasc. Unique : Sûretés réelles, Sûreté réelle constituée par un tiers, n°5, Philippe Simler et les jurisprudences y citées).

La doctrine française « s'accorde à reconnaître à la caution réelle le recours de l'article 2033. Inversement, la caution réelle est exposée au recours de la caution personnelle. Dans l'un et l'autre cas, l'étendue de son engagement est égale à la valeur du bien hypothéqué ou donné en gage. La caution réelle est assimilée, à concurrence de cette valeur, à une caution personnelle. » (cf. Ph. Malaurie, L. Aynès Droit civil, Les Sûretés, 8<sup>e</sup> éd., éd. Cujas, n° 176).

La jurisprudence luxembourgeoise précise qu'une sûreté réelle constituée par un tiers est un cautionnement réel, le cautionnement étant caractérisé par l'intervention d'une personne pour garantir la dette d'autrui. Dans les rapports entre caution réelle et débiteur ou autres cautions réelles ou personnelles, ce sont les règles du cautionnement qui priment et la dimension réelle de la sûreté fournie passe au second plan. La caution réelle peut ainsi se retourner contre d'autres cautions réelles ou personnelles, afin de leur faire partager le poids de la dette (cf. CA 10 juillet 2002, Pas. 32, p. 284).

Le caractère réel de l'une des cautions ne fait pas obstacle à son recours contre les autres cautions, fussent-elles seulement personnelles, l'article 2033 ne distinguant pas selon le caractère réel des coobligés.

Au vu des développements qui précèdent, A peut agir en tant que caution réelle, à l'encontre de la caution personnelle B, sur base de l'article 2033 du Code civil.

La caution qui a payé dispose d'un double recours personnel et subrogatoire, contre ses cofidélusseurs. Entre cofidélusseurs la dette se divise. Il est à ce sujet indifférent que les cautions se soient engagées dans un seul acte ou dans deux actes distincts alors qu'on admet que même si les cautions ont ignoré leurs engagements respectifs, dès lors qu'elles auront garanti la même dette ou le même ensemble de dettes, celle qui aura payé disposera des mêmes recours entre cofidélusseurs (cf. JurisClasseur Art. 2288 à 2320-fasc. 55 Cautionnement n°1).

Le recours entre cofidélusseurs ne se divise toutefois pas en parts viriles, mais par parts contributives, et cela même lorsque la caution fonde son recours contre les cofidélusseurs sur la subrogation. L'établissement de la part contributive de chacun des cofidélusseurs s'obtient par l'addition de tous les cautionnements, les engagements sans limitation de montant étant à prendre en compte pour la somme effective de la dette ; établissement d'un dénominateur commun au montant de la dette principale en capital et aux autres cautionnements ; application de cette fraction au chiffre de la dette (cf. CA 10 juillet 2002, supra).

Il convient encore de noter que le moyen soulevé par B tenant à l'absence d'une mise en demeure dans son chef par D n'est pas concluant alors que le recours de A n'est, conformément aux dispositions des articles 2033 et 2032 du Code civil, pas subordonné à une mise en demeure, ceci d'autant plus que le débiteur principal est en faillite.

Le moyen soulevé par B tenant à l'absence de déclaration de créance par D au passif de la faillite n'est pas fondé non plus, alors que le défaut de production d'une créance au passif d'un débiteur soumis à une procédure collective ne fait pas obstacle au recours de la caution qui a payé contre les cautions, chacune pour sa part et portion (cf. Cass. comm. 5 févr. 2002, JCP 2002, I, 162).

Au vu des pièces, les parties ont cautionné chacune la même dette. Conformément aux développements qui précèdent, la part contributive de chacune des parties s'établit comme suit :

A : (175.000 + 350.000=) 525.000

B : 175.000

Total : 700.000 euros

de sorte que la part contributive de l'appelant se chiffre  $\frac{3}{4}$  de la dette tandis que celle de B se chiffre au  $\frac{1}{4}$  de la dette.

Comme l'appelant a réglé à D la somme de 356.983,21 euros et que sa part contributive n'était que de ( $\frac{3}{4}$  de 356.983,21=) 267.737,40 euros, il dispose d'un recours à l'encontre de B à hauteur de ( $\frac{1}{4}$  de 356.983,21=) 89.245,80 euros.

Son appel est donc fondé et il y a lieu, par réformation du jugement entrepris, de condamner B à payer à A la somme de 89.245,80 euros, avec les intérêts au taux légal, à partir de la demande en justice jusqu'à solde.

#### quant aux demandes sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile

A réclame une indemnité de procédure de 1.500 euros pour chaque instance.

Son appel sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure n'est pas fondé alors qu'il n'a pas établi que les conditions pour l'obtention d'une indemnité de procédure en première instance étaient remplies.

Comme A reste de même en défaut en instance d'appel de rapporter la preuve de l'iniquité requise par l'article 240 précité, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance est à rejeter.

B conclut à l'allocation d'une indemnité de procédure de 3.000 euros pour chaque instance.

Il ressort du jugement que B n'avait pas formulée de telle demande en première instance.

La demande en allocation d'une indemnité de procédure pour la première instance n'est pas contestée pour être nouvelle en instance d'appel. Elle est dès lors recevable.

Au vu du sort réservé à l'appel, ses demandes sont à rejeter. Il est en effet établi qu'une partie qui doit supporter l'entière des frais et dépens, n'a pas droit à une indemnité de procédure (cf. Cass. Lux. 1<sup>er</sup> déc. 2011, n° 66/11 ; CA Lux, 1<sup>ère</sup> chambre, 24 oct. 2007 rôle 31065).

#### quant aux frais

Au vu du sort réservé à l'appel et de la réformation du jugement entrepris qui en découle, il y a lieu de condamner B aux frais et dépens tant de la première instance que de l'instance d'appel.

## PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel en la forme,

le dit partiellement fondé,

par **réformation**,

dit la demande de A fondée sur base de l'article 2033 du Code civil pour le montant principal de 89.245,80 euros,

partant, condamne B à payer à A la somme de 89.245,80 euros avec les intérêts au taux légal à partir de la demande en justice jusqu'à solde,

condamne B aux frais et dépens de la première instance,

confirme pour le surplus le jugement entrepris,

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

condamne B aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Me Pierre Feltgen, sur ses affirmations de droit.