

Arrêt civil

Audience publique du 25 avril deux mille douze

Numéros 35434, 35881 et 36100 du rôle.

Composition:

Marie-Anne STEFFEN, président de chambre;

Odette PAULY, conseiller;

Brigitte KONZ, conseiller;

Daniel SCHROEDER, greffier.

D) E n t r e :

G),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Gilles HOFFMANN, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg en date du 7 septembre 2009,

comparant par Maître Laurence LELEU, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1. la société anonyme BRASSERIE X),

intimée aux fins du susdit exploit HOFFMANN du 7 septembre 2009,

comparant par Maître Laurent MOSAR, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

2. B),

intimé aux fins du susdit exploit HOFFMANN du 7 septembre 2009,
défaillant ;

3. Claude D),

intimé aux fins du susdit exploit HOFFMANN du 7 septembre 2009,

comparant par Maître Eyal GRUMBERG, avocat à la Cour, demeurant
à Luxembourg ;

II) E n t r e :

1. Claude D),

2. Jean-Claude D),

appelants aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Alex
MERTZIG de Diekirch en date du 22 février 2010,

comparant par Maître Eyal GRUMBERG, avocat à la Cour, demeurant
à Luxembourg,

e t :

la société anonyme BRASSERIE X),

intimée aux fins du susdit exploit MERTZIG du 22 février 2010,

comparant par Maître Laurent MOSAR, avocat à la Cour, demeurant à
Luxembourg ;

III) E n t r e :

la société anonyme BRASSERIE X),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg en date du 3 mai 2010,

comparant par Maître Laurent MOSAR, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et :

1. Claude D),

2. Jean-Claude D),

intimés aux fins du susdit exploit KURDYBAN du 3 mai 2010,

comparant par Maître Eyal GRUMBERG, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

3. G),

intimé aux fins du susdit exploit KURDYBAN du 3 mai 2010,

comparant par Maître Laurence LELEU, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR DAPPEL :

Par exploit de l'huissier de justice du 8 juillet 2008, la société BRASSERIE X) S.A. a donné assignation à la société I) S.A., à B), à Claude D), à Jean-Claude D), à G) et à R) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, pour avoir remboursement des fonds prêtés à la société I) S.A. en date du 12 avril 2000 et pour avoir paiement de l'indemnité forfaitaire conventionnelle et du prix non acquitté des marchandises livrées. Elle demande la condamnation solidaire, sinon in solidum de la société I) S.A., de B), de Claude D), de Jean-Claude D), de G) et de R), sinon de chacun pour sa part, à lui payer la somme de 83.022,26 € à titre d'arriérés de prêt, la somme de 74.368,06 € à titre d'indemnité forfaitaire et la somme de 970,71 € pour marchandises vendues et livrées, sinon tous autres montants à évaluer par le tribunal, ces

sommes avec les intérêts au taux légal à partir de la demande en justice, jusqu'à solde.

Par jugement du 1^{er} juillet 2009, la demande principale de la société anonyme BRASSERIE X) S.A. dirigée contre la société anonyme I) S.A., en faillite, a été déclarée fondée pour le montant de 158.361,03 €, la demande dirigée contre G) a été déclarée fondée en principe pour le montant de 118.992,97 €, la demande dirigée contre R) a été déclarée fondée en principe pour le montant de 118.992,97 €, la demande dirigée contre B) a été déclarée fondée en principe pour le montant de 158.361,03 €, ces sommes avec les intérêts au taux légal à partir de la demande en justice jusqu'à solde.

En ce qui concerne les demandes dirigées contre Jean-Claude D) et Claude D), le tribunal a sursis à statuer et a enjoint aux parties D) de verser au greffe toute pièce portant leur signature, telle que carte d'identité, passeport ou toute autre écrit pouvant servir d'élément de comparaison de leur signature.

La demande incidente de G) contre B) et Claude D) a été déclarée fondée à concurrence de la somme de 118.992,97 € avec les intérêts au taux légal à partir du 8 juillet 2008, jusqu'à solde.

Par jugement du 13 janvier 2010, la créance de la société anonyme BRASSERIE X) S.A. contre la société anonyme I) S.A., en faillite, a été fixée à 158.361,03 €, cette somme avec les intérêts au taux légal à partir de la demande en justice jusqu'à solde. Les juges de première instance ont dit que pour l'admission de sa créance au passif la société anonyme I) S.A., en faillite, la société anonyme BRASSERIE X) S.A. aura à se pourvoir devant qui de droit. R) a été condamné à payer à la société anonyme BRASSERIE X) S.A. la somme de 118.992,97 € avec les intérêts au taux légal à partir de la demande en justice jusqu'à solde, B) a été condamné à payer à la société anonyme BRASSERIE X) S.A. la somme de 158.361,03 euros avec les intérêts au taux légal à partir de la demande en justice jusqu'à solde, les demandes de la société anonyme BRASSERIE X) S.A. contre Claude D) et contre Jean-Claude D) ont été déclarées partiellement fondées, Claude D) et Jean-Claude D) ont été condamnés chacun à payer à la société anonyme BRASSERIE X) S.A. la somme de 118.992,97 € avec les intérêts au taux légal à partir de la demande en justice jusqu'à solde. Il a été dit que la société anonyme I) S.A., en faillite, R), B), Claude D) et Jean-Claude D) sont tenus solidairement à l'égard de la société anonyme BRASSERIE X) S.A..

Les parties défenderesses ont été condamnées chacune à une indemnité de procédure de 200.- € chacune au profit de la partie demanderesse, les

demandes afférentes des parties défenderesses R), Jean-Claude D) et Claude D) ont été déclarées non fondées. R), B), Jean-Claude D) et Claude D) ont été condamnés aux frais et dépens des demandes dirigées contre eux.

Pour le surplus, le tribunal a sursis à statuer sur la demande en condamnation dirigée par la BRASSERIE contre G) et sur la demande incidente de G) contre B) et Claude D) dans l'attente de la présente décision.

Par exploit de l'huissier de justice du 7 septembre 2009, signifié à la société anonyme BRASSERIE X), à B) et à Claude D), G) interjette appel du jugement prononcé le 1^{er} juillet 2009 en concluant à le voir décharger de toute condamnation et concernant sa demande incidente à l'encontre de B) et Claude D), pour autant que le jugement entrepris ne soit pas réformé sur les autres points, il demande à le réformer en ce qu'il a considéré qu'il n'y avait pas transmission de ses engagements à ces derniers et demande sa mise hors cause. G) demande que les parties intimées soient condamnées à lui verser la somme de 2.000.- € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Par exploit de l'huissier du 22 février 2010 signifié à la société anonyme BRASSERIE X), Claude D) et Jean-Claude D) interjettent appel du jugement prononcé le 13 janvier 2010, principalement pour conclure à l'annulation du jugement en ce qu'il les a condamnés au paiement de la somme de 118.992,97 €, en ordre subsidiaire, ils demandent la réformation dudit jugement et partant, à voir dire que la société anonyme BRASSERIE X) ne peut se prévaloir d'une quelconque solidarité des parties appelantes au titre de l'avenant du 26 septembre 2005, et à voir dire que la demande tendant à obtenir condamnation des parties appelantes au paiement de la somme de 118.992,97 € n'est pas fondée, à défaut d'acte d'engagement de caution solidaire. Les appelants demandent la condamnation de l'intimée à leur payer la somme de 2.500.- € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Par exploit de l'huissier de justice du 3 mai 2010, signifié à Claude D), Jean-Claude D) et G), la société anonyme BRASSERIE X) interjette appel limité contre le jugement rendu le 1^{er} juillet 2009 et contre le jugement rendu le 13 janvier 2010 en ce que les jugements entrepris ont réduit le montant de la clause pénale à hauteur de 35.000.- € et elle demande la condamnation des parties intimées au paiement de la somme de 158.361,03 € avec les intérêts au taux légal, à partir de la demande en justice jusqu'à solde.

La société anonyme BRASSERIE X) (ci-après la BRASSERIE) conclut à condamner les parties intimées, solidairement sinon in solidum, sinon

chacun pour le tout à lui verser la somme de 2.000.- € sur le fondement de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

A l'appui de son acte d'appel, G) soutient que suite à la cession de ses parts de la société I) S.A., sa démission de son poste d'administrateur-délégué le 28 juillet 2005, la nomination de nouveaux administrateurs et la reprise solidaire par ces derniers des engagements de la société en tant que caution, l'appelant n'avait plus aucune qualité pour représenter et/ou engager la société I) S.A. ou encore pour rester engagé comme caution, la cession et la démission ayant mis un terme à ses engagements.

En ordre subsidiaire, sur base de l'article 2037 du Code civil, G) reproche à la BRASSERIE de ne pas avoir agi avec vigilance à l'égard du débiteur principal, de ne pas avoir contacté l'appelant pendant la période de juillet 2005 à mars 2007 et d'avoir laissé inconsidérément pendant plusieurs années accumuler des dettes et d'avoir attendu la faillite de la société I) S.A..

En ordre plus subsidiaire, l'appelant soulève la caducité, voire la nullité du cautionnement pour disparition de sa cause suite à la cession des actions et à la démission de l'appelant comme administrateur.

L'appelant invoque encore la nullité du cautionnement libellé dans l'accord d'achat exclusif pour défaut de mention manuscrite rédigée de la main de la caution.

L'appelant critique le montant de la condamnation de 118.992,97 €, l'intimée ne justifiant pas des montants réclamés.

L'appelant reproche au jugement entrepris de ne pas l'avoir mis hors cause eu égard à la transmission de ses engagements en tant que caution à B) et à Claude D).

A l'appui de leur acte d'appel, les consorts D) font valoir que c'est à tort que les juges de première instance ont considéré que par l'avenant du 26 septembre 2005 les appelants s'étaient engagés aux côtés de la société I) S.A., tirant de cet acte non signé par l'une des parties au contrat l'engagement solidaire des parties appelantes, alors que seul un acte d'engagement respectant les formalités de l'article 1326 du Code civil aurait, au vu des pièces versées, pu consacrer leur engagement.

La BRASSERIE soutient que conformément à l'article 1152-6° du Code civil un des objectifs de la clause pénale conventionnelle est d'éviter les difficultés d'évaluation judiciaire des dommages-intérêts en établissant un forfait qui supprime toute discussion sur la réalité et l'importance du

préjudice et que si le juge réduit ou augmente la peine convenue, il doit le faire sur des critères autres que la réalité ou l'importance du préjudice, qu'en se basant sur ce seul et unique critère, les juges de première instance ont opéré une modération injustifiée.

Faits

Le 12 avril 2000, la BRASSERIE a conclu un contrat d'approvisionnement exclusif avec la société anonyme I) S.A.. Ce contrat prévoyait entre autres que la BRASSERIE accordait un prêt à la société I) S.A. pour une somme de 4.000.000.- francs portant intérêts à 5% l'an et amortissable en 10 annuités constantes de 518.018.- francs, ainsi qu'un prêt de 4.000.000.- francs portant intérêts à 5% l'an remboursable en au moins 60 mensualités de 75.821.- francs.

L'article 5 paragraphe 5 du contrat principal dispose qu' « *en cas de rupture définitive, le Client payera en dehors des amendes conventionnelles une indemnité fixée forfaitairement à vingt-cinq pour cent du montant initial de l'intervention multipliée par le nombre d'années restant à courir depuis l'infraction jusqu'à l'expiration des obligations d'achat exclusif assumée en vertu du présent contrat, sans que cette indemnité ne puisse être supérieure au montant initial, augmenté des intérêts à dix pour cent l'an, du jour de l'intervention jusqu'au jour du paiement de l'indemnité contractuelle* ».

Ce contrat comporte les paraphe des administrateurs de la société I) S.A., R), G) et Pierre G), qui fait précéder sa signature de la mention « bon pour caution solidaire ».

La convention signée le 12 avril 2000 prévoit un « *cautionnement solidaire et indéfini de tous les actionnaires* » (article 10), partant d'G) et de R).

Par un contrat de cession d'actions du 15 juillet 2005, G) cède ses actions nominatives de la société anonyme I) S.A. à B) et à Claude D). Il résulte de l'article 6 de la convention de cession que les cessionnaires « *s'engagent à tenir le cédant, son épouse ou son fils quittes et indemnes de toutes condamnation ou autres charges généralement quelconques pesant à leur encontre en leur capacité de garants ou cautions des engagements de la société I) S.A.* ».

Dans l'assemblée générale de la société I) S.A. du 28 juillet 2005, G) démissionne de sa qualité d'administrateur et d'administrateur-délégué, B), Claude D) et Jean-Claude D) sont nommés en remplacement pour une durée de six ans.

L'avenant du 26 septembre 2005 prévoit que : « *les consorts B) et D) déclarent avoir pris connaissance de l'accord d'achat exclusif du 12 avril 2000 et de la lettre d'adaptation de la brasserie du 17 décembre 2001, dont copies sont annexées au présent avenant, et s'engagent personnellement, solidairement et indivisiblement avec la société à respecter toutes les clauses et obligations qui en découlent* ».

Par jugement du 12 mars 2007, la société I) S.A. est déclarée en état de faillite.

Par courrier recommandé du 16 mars 2007 adressé à la société I) S.A., la BRASSERIE dénonce le contrat de prêt conclu le 12 avril 2000 entre parties et met en demeure la société débitrice de lui rembourser les fonds qu'elle lui a prêtés, qu'elle chiffre à 83.022,12 €, une indemnité conventionnelle forfaitaire de 74.368,06 € et la somme de 1.172,31 € à titre de marchandises livrées restées impayées.

Les juges de première instance ont retenu que le cautionnement souscrit par G) revêt un caractère commercial de sorte que les dispositions de l'article 1326 du Code civil ne sont pas applicables et ils ont déclaré fondée la demande de la BRASSERIE dirigée contre l'appelant G) tendant à l'exécution des obligations nées du contrat de prêt et d'approvisionnement exclusif.

La demande incidente de G) contre B) et Claude D) a été déclarée fondée en principe.

Le jugement entrepris a retenu que les appelants D) se sont engagés en qualité de codébiteurs solidaires et indivisibles avec la société I) S.A. à l'exécution de ses obligations résultant de l'« *accord d'achat exclusif* » du 12 avril 2000.

G) maintient ses conclusions disant que son engagement en sa qualité de caution était limité dans le temps et lié à sa position d'actionnaire et d'administrateur dans la société I) S.A. de sorte que la cessation de ces fonctions emportait de droit cessation de la garantie concernée, que le terme de cet engagement ne doit pas être expressément stipulé et peut être implicite dès lors qu'il est totalement vraisemblable, que la BRASSERIE avait parfaitement connaissance de cette cession et démission et a accepté les successeurs, que son cautionnement est à déclarer caduc, voire nul, que la créance de 118.992,97 € n'est pas certaine, qu'il y a transmission des engagements de l'appelant en tant que caution à B) et Claude D) de sorte que l'appelant est à mettre hors cause.

G) dit verser une attestation testimoniale de laquelle il ressort que la BRASSERIE s'était engagée formellement à le libérer de sa qualité caution de la société I) S.A..

A titre subsidiaire, G) soutient que la responsabilité contractuelle de la BRASSERIE est engagée à son encontre étant donné qu'elle a tardé à agir à l'encontre du débiteur principal. G) demande la condamnation de la BRASSERIE au montant de 180.000.- € du chef du préjudice subi suite au comportement fautif de la BRASSERIE et il demande la compensation judiciaire entre ce montant et celui pour lequel il serait éventuellement condamné.

Plus subsidiairement, G) remarque que la créance de la BRASSERIE concernerait également un premier prêt qui a été payé par la société I) S.A..

G) indique qu'il forme une demande incidente sur base de l'article 6 du contrat de cession d'actions du 15 juillet 2005 à l'encontre de B) et Claude D). Pour autant que le jugement entrepris ne soit pas réformé, l'appelant demande la réformation du jugement « en ce qu'il a considéré qu'il n'y avait pas transmission des engagements de G) à B) et Claude D) et donc une mise hors cause d'G) en cas de condamnation ».

G) réitère sa demande en condamnation des parties intimées, solidairement, sinon in solidum, sinon chacune pour le tout, à lui verser la somme de 2.000.- € sur le fondement de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Les consorts D) contestent s'être engagés personnellement aux côtés de la société I) S.A.. Ils déclarent qu'en devenant administrateurs de cette société ils s'engageaient à faire respecter par cette dernière l'exécution des obligations issues du contrat d'achat exclusif du 12 avril 2000, que l'acte de cession d'actions du 15 juillet 2005 n'a jamais été accompagné d'actes unilatéraux stipulant un quelconque engagement personnel des administrateurs cédants et cessionnaires, de sorte que la demande tendant à condamner les parties appelantes D) au paiement de la somme 83.022,26 € à titre principal et de 74.368,06 € à titre de clause pénale est à rejeter.

A titre subsidiaire, les appelants D) soutiennent que l'avenant du 26 septembre 2009 est à annuler pour absence de cause à leur égard, étant donné que les appelants n'ont reçu aucun des fonds qui ont profité exclusivement à la société I) S.A., seule débitrice du prêt, et n'ont eu en définitive aucun intérêt personnel dans l'acte du 18 avril 2000.

A titre plus subsidiaire, les appelants D) prétendent que la cause de l'avenant du 26 septembre 2005 n'est que partielle étant donné qu'ils n'ont

bénéficié d'une contrepartie qu'à compter du 26 septembre 2005 et que dès lors ils n'ont pas à rembourser les échéances de prêt échues avant qu'ils n'aient signé l'avenant et qu'il convient de déduire la somme de 38.523,99 € du montant de la dette due à titre principal.

Les appelants demandent à voir déclarer la clause figurant dans l'article 5 de l'accord d'achat exclusif du 12 avril 2000 comme étant manifestement excessive eu égard au montant de l'indemnité réclamée, que la somme retenue en première instance de 35.000.- € est également excessive.

Les appelants D) contestent avoir passé commande pour la somme de 970,71 €, respectivement avoir signé une commande correspondante à cette somme.

La BRASSERIE répond que l'objet de l'avenant du 26 septembre 2005 était de faire prendre connaissance aux nouveaux administrateurs B) et D) de l'existence de l'accord du 12 avril 2000 et de s'assurer de ce que ces derniers veillent à l'exécution des obligations de I) S.A. envers la BRASSERIE et également de s'assurer de l'exécution de leurs engagements personnels, solidaires et indivisibles avec la société. La BRASSERIE relève que l'avenant ne comporte aucune clause qui déchargerait G) de ses obligations en qualité de caution.

La BRASSERIE conteste être tenue d'une obligation de faire recouvrer en temps utile sa créance, elle dit avoir procédé de façon régulière à des rappels. La BRASSERIE nie être tenue à une obligation d'information des cautions de la situation de la société I) S.A..

Quant à la recevabilité de l'appel de la BRASSERIE intimant G)

G) demande que l'acte d'appel du 3 mai 2010 soit déclaré irrecevable à son encontre pour défaut d'intérêt de la demande dans son chef, au motif qu'ayant lui-même interjeté appel à l'encontre du jugement du 1^{er} juillet 2009, « l'appel interjeté par la BRASSERIE dans la cadre de la présente procédure n'a pas intérêt dans le chef du sieur G) ».

La BRASSERIE répond qu'elle a intérêt à faire appel du jugement entrepris étant donné que le tribunal a réduit de plus de 50% le montant forfaitaire à lui verser par G) en vertu de la clause 5 alinéa 5 de l'accord d'achat exclusif du 12 avril 2000.

Pour qu'une personne puisse être intimée, il faut non seulement qu'elle ait été partie en première instance mais encore qu'elle ait un intérêt dans la cause c'est-à-dire qu'elle doive profiter des condamnations prononcées

contre l'appelant ou du rejet total ou partiel des conclusions que celui-ci avait prises contre elle en première instance.

En l'occurrence, les juges de première instance n'ont déclaré la demande dirigée par la BRASSERIE contre G) fondée que pour le montant de 118.992,97.- € et ont ainsi rejeté le surplus de la demande initiale se chiffrant à 158.361,03.- €. Partant il y a eu rejet partiel des conclusions de la BRASSERIE et l'appel interjeté par la BRASSERIE intimant G) est à déclarer recevable.

Quant à la demande de jonction des trois rôles

En ordre subsidiaire, G) demande la jonction des procédures en cours.

Me Mosar, mandataire de la BRASSERIE, ne s'y oppose pas.

Les appelants D) ne se prononcent pas sur cette demande.

Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et pour cause de connexité, il y a lieu de joindre les trois rôles et de se prononcer par une seule décision.

Quant à la nullité du jugement

Les appelants D) demandent l'annulation du jugement au dispositif de leur acte d'appel, sans réitérer cette demande dans leurs conclusions subséquentes et sans motiver cette demande dans les différents actes de procédure.

A défaut de motivation, cette demande est à rejeter.

Quant au cautionnement de G)

C'est à bon droit, que les juges de première instance ont retenu que ni la cession des actions qu'il détenait dans la société I) S.A. ni la cessation de ses fonctions d'administrateur au sein de cette société n'ont, à défaut de convention expresse en ce sens, pu avoir pour conséquence de délier G) de son engagement de caution à l'égard de la BRASSERIE.

Il résulte du jugement entrepris que si la qualité d'associé et d'administrateur de la société I) S.A. était pour G) le motif impulsif et déterminant, la cause subjective de son engagement, la disparition de cette

cause subjective ne peut en aucun cas affecter l'efficacité de cet engagement. En effet, la disparition de la cause subjective d'un engagement ne peut jamais justifier l'anéantissement du contrat. La cause subjective constitue un instrument de contrôle de la licéité et de la moralité des conventions. Mais son rôle ne peut en aucune façon persister au-delà de la phase de formation du contrat. Le jugement de première instance du premier juillet 2009 est donc à confirmer sur ce volet.

Partant, en retenant qu'aucune des conventions entre parties ne déliait G) de ses engagements au profit de la BRASSERIE, les juges de première instance sont à confirmer pour ne pas avoir fait droit à la demande de mise hors cause de l'appelant G).

Le jugement entrepris est encore à confirmer pour avoir conclu à la non-application de l'article 1326 du Code civil à l'engagement de G). En effet, le cautionnement, considéré comme étant en principe un acte civil, revêt cependant un caractère commercial lorsque la caution trouve dans l'opération un intérêt personnel de nature patrimoniale, sans qu'il soit nécessaire qu'elle participe directement ou indirectement aux résultats du commerce du débiteur.

En l'occurrence, le cautionnement consenti par G) est de nature commerciale, étant précisé qu'en tant qu'administrateur-délégué et actionnaire principal de l'emprunteur, il avait un intérêt patrimonial dans l'opération garantie.

Quant au cautionnement des consorts D)

C'est à bon droit, que les juges de première instance ont retenu que le raisonnement des consorts D) quant à leur engagement personnel est contredit par les termes de l'avenant du 26 septembre 2005 et que la cause de l'obligation contractée par les consorts D) résidait dans l'avantage consenti par la BRASSERIE à la société I) S.A., respectivement dans le maintien de cet avantage.

En effet, l'engagement des consorts D) a été pris en considération non d'une prestation prévue dans l'avenant mais d'un élément extérieur à celui-ci, en l'occurrence le prêt concédé et maintenu au profit de la société I) S.A. et le contrat d'approvisionnement conclu avec cette dernière. Par ailleurs, si le juge vérifie l'existence du fondement juridique de l'obligation, il n'a pas à vérifier s'il y a économiquement un équilibre entre les obligations réciproques car chaque partie est juge de ses intérêts.

L'engagement des consorts D) porte sur toutes les obligations de la société I) S.A. à l'égard de la BRASSERIE et à défaut de clause afférente ils ne sauraient limiter leur engagement aux échéances postérieures au 26 septembre 2005.

Il résulte des documents produits par la BRASSERIE que l'acte du 26 septembre 2005 porte les doubles mentions « Lu et approuvée » et les signatures des parties B) et consorts D), de sorte que l'argument relatif à la non-signature de cet acte est à rejeter.

Le jugement entrepris est encore à confirmer pour avoir conclu à la non-application à l'avenant du 26 septembre 2005 de l'article 1326 du Code civil, dont les dispositions légales ne s'appliquent pas aux contrats synallagmatiques qui créent des obligations réciproques. Les premiers juges ont à juste titre retenu que les consorts D) ont trouvé un intérêt dans l'« accord d'achat exclusif » en leur qualité de dirigeant et associé de la société I) S.A. qui s'est vu remettre et prolonger le prêt consenti et qui s'est régulièrement fait approvisionner en produits commercialisés par la BRASSERIE.

Quant à l'obligation de la BRASSERIE

Les appelants n'apportent pas d'éléments permettant de revenir sur les conclusions du jugement entrepris qui retient qu'aucun manquement caractérisé de la BRASSERIE à la loyauté et à la bonne foi contractuelle n'est prouvé, que le fait que la BRASSERIE n'a pas tenu les cautions régulièrement au courant quant à l'évolution de la situation de la société I) S.A. n'est pas à lui seul de nature à établir un tel manquement, qu'en sa qualité d'associé, respectivement d'administrateur-délégué de la société débitrice, G) était en mesure de s'entourer de tous renseignements utiles sur la situation financière de cette société et qu'il n'est pas établi qu'il aurait été empêché de respecter son devoir de s'informer après qu'il avait perdu sa qualité d'actionnaire et d'administrateur-délégué de la société I) S.A..

La responsabilité du créancier envers la caution peut être retenue lorsqu'il a accordé inconsidérément des crédits et prolongé ainsi de manière artificielle la vie de l'entreprise débitrice. Une faute existe lorsqu'au moment de l'octroi d'un crédit, la situation du débiteur était irrémédiablement compromise.

Pareille preuve n'est pas rapportée en l'espèce, de sorte que ce moyen est à rejeter.

Quant à la demande de mise hors cause d'G)

Les juges de première instance sont encore à confirmer pour avoir retenu que l'avenant au contrat du 12 avril 2000, signé le 26 septembre 2005 entre la BRASSERIE, d'une part, et B) et les consorts D) d'autre part, ne contient aucune décharge de la caution G) en contrepartie de l'engagement des trois nouveaux administrateurs de la société I) S.A., ni de reprise des engagements de G) par ces trois parties, qu'il résulte par contre des termes des différents engagements qu'en 2000 G) s'est engagé en qualité de caution et qu'en 2005 B), Claude D) et Jean-Claude D) se sont engagés en qualité de codébiteurs solidairement et indivisiblement avec la société I) S.A. à respecter toutes les clauses et obligations qui en découlent.

Partant le jugement est à confirmer pour ne pas avoir fait droit à la demande de mise hors cause de G) et la demande en décharge de l'appelant G) est à rejeter.

Conformément au développement qui précède, il n'y a pas eu transmission de l'engagement de G) aux parties B) et D), ces dernières s'étant seulement engagées à tenir G) quitte et indemne des condamnations pouvant intervenir à son encontre.

G) fait encore valoir qu'il résulte de l'attestation testimoniale versée que la société BRASSERIE X) S.A. a accepté son désengagement en tant que caution.

Dans son attestation le père de G) certifie avoir entendu dire le représentant de la BRASSERIE en septembre 2005 que la caution de la BRASSERIE F-I) S.A. sera renvoyée par courrier dès libération.

De cette attestation ne résulte pas l'identité du représentant de la BRASSERIE, permettant de vérifier si cette personne pouvait régulièrement engager la BRASSERIE. Par ailleurs, il y est dit que l'acte de cautionnement sera retourné dès « libération », sans préciser le contenu de cette expression. En effet, le terme libération est également synonyme d'acquiescement, ainsi le désengagement de G) était soumis à la condition du paiement de la dette garantie et le moyen de l'appelant est à rejeter.

Quant à la clause pénale

Les juges de première instance ont retenu que le dommage matériel subi par la BRASSERIE du chef de l'inexécution par la société I) S.A. est quasiment inexistant par l'effet de la dénonciation du prêt et des modalités contractuelles convenues, et que l'indemnité réclamée de 74.368,06 € est

sans commune mesure avec ce préjudice et ils ont réduit l'indemnité au montant de 35.000.- €.

Tant la BRASSERIE, que les parties G) et D) ont interjeté appel contre cette disposition du jugement. La BRASSERIE soutient que la réduction de l'indemnité forfaitaire par le juge ne pourrait s'opérer que sur des critères autres que la réalité ou l'importance du préjudice et qu'en se basant sur ce seul et unique critère, les juges de première instance auraient opéré une modération injustifiée.

Le législateur a prévu que le juge peut réviser une clause pénale manifestement excessive ou dérisoire. Dans cet ordre d'idées, l'indemnisation forfaitaire doit tenir compte du dommage prévisible, mais ne doit pas avoir pour effet un enrichissement injuste au profit de qui elle est stipulée. De par sa double fonction, contrainte et indemnisation, la clause pénale ne se réduit pas à une exacte correspondance entre le montant forfaitairement convenu et celui du préjudice. L'excès ou la vileté manifeste résulte de la trop grande disproportion entre la peine et le préjudice (cf. Cour d'Appel arrêt du 5 juillet 1995 n° du rôle 16227).

Partant, c'est à bon droit que les juges de première instance se sont référés à la réalité et l'importance du dommage subi par la BRASSERIE pour réduire le montant résultant de l'application de la clause pénale.

Toutefois, en réduisant la clause pénale, le juge n'est pas obligé de l'aligner sur le préjudice réel. Si la clause ne peut être réduite à un montant inférieur au dommage, elle peut cependant dépasser celui-ci afin de remplir son rôle comminatoire, de sorte que les critiques des parties appelantes G) et D) sont à rejeter.

Quant au montant de la somme à rembourser

Il résulte du document de dénonciation du prêt que la BRASSERIE demande remboursement du prêt de 99.157,41 € avec les intérêts au taux de 5% l'an, remboursable en 10 annuités consécutives d'un montant de 12.841,33 €. Conformément aux dispositions contractuelles, la BRASSERIE a affecté à l'amortissement de ce prêt une somme de 1.000.- francs par hectolitre de ses bières en fûts et en bouteilles vendues dans le commerce de la débitrice et livrées directement par elle. Toute somme non couverte par la participation de la BRASSERIE était à rembourser aux échéances respectives par le client.

Au moment de la dénonciation du prêt, le montant à rembourser se chiffrait à 122.582,73 €- 39.560,61 € = 83.022,12 €.

Quant à la marchandise facturée

Conformément aux pièces produites par la BRASSERIE, un acompte de 223,81 € a été payé le 28 juin 2006 sur la facture n° 90212705 du 16 novembre 2005, de sorte qu'un solde de 970,71 € reste dû.

Constitue une présomption d'acceptation de la facture le paiement, fût-il partiel, fait sans réserves sur cette facture (cf. CLOQUET, La Facture, N° 439).

Face à l'application de la théorie de la facture acceptée, les arguments des appelants relatifs à la commande, respectivement à la signature de celle-ci, ne sont d'aucune pertinence.

Partant le jugement entrepris est à confirmer pour avoir retenu que la société I) S.A. est redevable du solde de la facture en cause. En considération des engagements solidaires des appelants D) au profit de la BRASSERIE, la demande dirigée contre ces derniers a été, à bon droit, déclarée fondée.

Quant à l'engagement solidaire des appelants D)

Les consorts D) contestent être solidairement tenus au titre de l'avenant du 26 septembre 2005.

L'avenant précise que : « *Les consorts B) et D) déclarent avoir pris connaissance de l'accord d'achat exclusif du 12 avril 2000 et de la lettre d'adaptation de la brasserie du 17 décembre 2001, dont copies sont annexées au présent avenant, et s'engagent personnellement, solidairement et indivisiblement avec la société à respecter toutes les clauses et obligations qui en découlent* ».

Conformément à cet engagement les consorts D) sont devenus débiteurs solidaires des engagements de la société I) S.A..

Quant aux indemnités basées sur l'article 240 du Nouveau Code de Procédure civile

Les demandes en allocation d'une indemnité de procédures présentées par les parties en cause sont à rejeter, la condition d'iniquité posée par la loi n'étant pas donnée.

PAR CES MOTIFS :

La Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière civile, statuant par défaut à l'égard de la partie B), contradictoirement à l'égard des autres parties et sur le rapport du magistrat de la mise en état, vu l'article 227 du Nouveau Code de Procédure Civile,

ordonne la jonction des rôles 35434, 35881 et 36100 ;

reçoit les appels en la forme ;

les déclare non fondés ;

confirme les jugements entrepris des 1^{er} juillet 2009 et 13 janvier 2010 ;

rejette les demandes basées sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ;

condamne les parties G), Claude D) et Jean-Claude D) solidairement aux frais et dépens de l'instance d'appel.