

Arrêt N° 175/16 – VII – CIV

Audience publique du 7 décembre deux mille seize

Numéro 42351 du rôle.

Composition:

Astrid MAAS, président de chambre;
Marie-Laure MEYER, premier conseiller;
Monique HENTGEN, premier conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

A), demeurant à F-(...),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Roland FUNK de Luxembourg en date du 23 avril 2015,

comparant par Maître Karim SOREL, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

e t :

1. la société anonyme BANQUE INTERNATIONALE A LUXEMBOURG, établie et ayant son siège social à L-2953 Luxembourg, 69, route d'Esch, représentée par son conseil d'administration,

intimée aux fins du susdit exploit FUNK du 23 avril 2015,

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

2. Maître Julien BOECKLER, avocat à la Cour, demeurant à L-2557 Luxembourg, 18, rue Robert Stümper, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme DUROSOLS, déclarée en état de faillite par jugement du 22 mars 2013, établie et ayant eu son siège social à L-5326 Contern, 1, rue Goell,

intimé aux fins du susdit exploit FUNK du 23 avril 2015,

comparant par lui-même.

LA COUR D'APPEL :

Le litige a trait au remboursement de deux crédits en compte courant de 400.000.- et de 350.000.- euros, accordés en date des 22 juin 2010 et 16 août 2012 par la BANQUE INTERNATIONALE A LUXEMBOURG SA (ci-après la BIL) à la société DUROSOLS SA, déclarée en faillite par jugement du 22 mars 2013 et dont **A)**, administrateur délégué et associé, s'était, par contrats signés aux mêmes dates, porté caution solidaire et indivisible.

Au 22 mars 2013, jour de la déclaration en faillite, les deux comptes courants présentaient des soldes débiteurs de 152.824,70 et de 339.240,84 euros soit un total de 492.065,54 euros.

Par exploit d'huissier de justice du 26 juin 2013, la BIL a fait comparaître Maître Julien BOECKLER en sa qualité de curateur de la société DUROSOLS SA et **A)** devant le tribunal d'arrondissement pour voir fixer sa créance à l'égard de la société DUROSOLS SA à la somme de 492.065,54 euros, valeur au 22 mars 2013 et à se voir autoriser à produire au passif de la société DUROSOLS SA pour cette somme sur base des contrats de crédit, sinon sur base des articles 1382 et 1383 du code civil.

Suite à l'acceptation de sa déclaration de créance à hauteur de 492.065,54 euros, la BIL s'est rapportée à prudence de justice en ce qui concerne sa demande tendant à se voir autoriser à produire au passif de la faillite pour ce montant.

Elle demandait la condamnation d'**A)** à lui payer les montants de 339.240,84 euros et de 152.824,70 euros, valeur au 22 mars 2013, avec les intérêts fixés sur base du taux Euribor 1 mois du 1^{er} jour ouvrable du mois, augmenté d'une marge de 3% par an, sinon au taux légal à partir du 22 mars

2013, sinon à partir de la demande en justice jusqu'à solde dans les limites du cautionnement.

La responsabilité d'A) était recherchée sur base des contrats de cautionnement sinon sur base des articles 1382 et 1383 du code civil.

Finalement, la BIL réclamait la condamnation d'A) à lui payer une indemnité de procédure de 2.000.- euros, ainsi que les frais et dépens de l'instance.

A) avait formulé une demande reconventionnelle en condamnation de la BIL à lui payer la somme de 2.500.000.- euros en principal, outre les intérêts à titre d'indemnisation de la faute commise par la BIL consistant en la résiliation abusive sans préavis des contrats de crédit empêchant ainsi le règlement par la société DUROSOLS de ses dettes courantes et notamment celle de 136.602,53 euros à l'égard du Centre commun de la sécurité sociale ayant entraîné la faillite. A titre subsidiaire, il avait conclu à la condamnation de la BIL à lui payer la somme de 492.065,54 euros.

Le curateur de la société DUROSOLS demandait la condamnation de la BIL à restituer à la masse de la faillite le montant de 249.991,90 euros, que la BIL avait débité du compte de la société en faillite en date du 28 mars 2013. A l'appui de sa demande, il faisait valoir que le paiement serait à déclarer nul et non avenu en vertu de l'article 445 et suivants du code de commerce sinon sur base des contrats de nantissements nuls pour défaut de signature et de la mention manuscrite du « bon pour mise en gage ».

Par jugement du 24 mars 2015, le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg :

- déboutant de toutes autres conclusions comme mal fondées,
- s'est déclaré territorialement compétent,
- a reçu les demandes principale et reconventionnelles en la forme,
- dit la demande reconventionnelle du curateur de la société DUROSOLS SA en faillite irrecevable,
- dit la demande de la BIL à voir fixer sa créance à l'égard de la société DUROSOLS SA en faillite à la somme de 492.065,54 euros et à se voir autoriser à produire au passif pour cette somme irrecevable,

- dit la demande de la BIL fondée à l'égard d'A),
- condamné A) à payer à la BIL le montant de 152.824,70 euros valeur au 22 mars 2013, avec les intérêts fixés sur base du taux Euribor 1 mois 1^{er} jour ouvrable du mois, augmenté d'une marge de 3% par an à partir de la demande en justice dans les limites du cautionnement, à savoir 400.000.- euros,
- condamné A) à payer à la BIL le montant de 339.240,84 euros valeur au 22 mars 2013, avec les intérêts fixés sur base du taux Euribor 1 mois 1^{er} jour ouvrable du mois, augmenté d'une marge de 3% par an à partir de la demande en justice dans les limites du cautionnement, à savoir 350.000.- euros,
- dit la demande reconventionnelle d'A) non fondée,
- dit non fondée la demande d'A) sur base de l'article 240 du NCPC,
- dit fondée la demande de la BIL sur base de l'article 240 du NCPC à l'égard d'A),
- condamné A) à payer à la BIL une indemnité de procédure de 800.- euros, et
- condamné A) aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Laurent METZLER.

Pour statuer ainsi, les juges de première instance ont, sur base de l'article 5 du règlement (CE) 44/2001 du 22 décembre 2000 (ci-après le Règlement), retenu qu'ils sont territorialement compétents en tant que juridiction du lieu où l'obligation servant de base à la demande (i.e. le paiement par A) en sa qualité de caution des mensualités exigibles de la société DUROSOLS SA en faillite) doit être exécutée (siège social de la BIL à Luxembourg).

Ils ont précisé qu'ils sont de toute manière compétents concernant la demande dirigée contre DUROSOLS en faillite dont le siège social est situé à Luxembourg et ils ont ajouté qu'ils sont encore territorialement compétents en application de l'article 23 du Règlement et des articles 25 et 16 des conditions générales de banque, acceptées par A) en tant que représentant de DUROSOLS, alors que ces articles prévoient une clause attributive de juridiction en faveur des tribunaux luxembourgeois.

Finalement, ils ont retenu que les actes de cautionnement comportent également une clause attributive de juridiction, conforme au Règlement.

Pour des raisons de logique juridique, les juges de première instance ont d'abord analysé la demande reconventionnelle formulée par le curateur tendant à la condamnation de la BIL à restituer à la masse de la faillite la somme de 249.991,90 euros.

Au vu de l'admission, sans contestations, ni réserves, de la déclaration de créance de la BIL au passif de la faillite pour le montant de 492.065,54 euros, les premiers juges ont déclaré irrecevable la demande du curateur et ils ont constaté que la BIL n'a plus d'intérêt à voir fixer sa créance et à se voir autoriser à produire au passif de DUROSOLS.

Quant à la demande de la BIL dirigée contre A), les premiers juges ont retenu que les montants redus par DUROSOLS sont devenus exigibles suite au prononcé de la faillite et non pas suite à la résiliation des conventions de crédit par la BIL. L'appel à caution trouve donc son origine dans la faillite de sorte que les reproches d'A) que la BIL aurait abusivement résilié les conventions de crédit et que son recours subrogatoire aurait été rendu impossible par la faute de la banque ont été rejetés, les premiers juges rappelant que dans les actes de cautionnement, A) avait expressément renoncé à invoquer l'article 2037 du code civil.

Au vu des créances de la BIL envers DUROSOLS, les demandes de la BIL sur base des deux actes de cautionnement ont été déclarées fondées pour les montants en principal de 152.824,70 et 339.240,84 euros (valeur 22 mars 2013).

La demande reconventionnelle d'A) a été rejetée par le tribunal alors qu'aucune faute dans le chef de la BIL n'a pu être retenue.

Le 23 avril 2015, A) a régulièrement interjeté appel contre ce jugement qui n'a été signifié à son domicile qu'en date du 6 mai 2015.

L'appelant conclut, par réformation du jugement entrepris, principalement à l'incompétence territoriale de la Cour. Subsidiairement, il demande à voir débouter la BIL de sa demande tant sur base contractuelle que sur base délictuelle.

L'appelant requiert qu'il soit fait droit à sa demande reconventionnelle et que la BIL soit condamnée à lui payer la somme en principal de 2.500.000.- euros, sinon toute somme supérieure à déterminer par voie de

consultation, sinon expertise. A titre subsidiaire, il conclut à la condamnation de la BIL a lui payer la somme de 492.065,54 euros avec les intérêts fixés sur base du taux Euribor 1 mois 1^{er} jour ouvrable du mois, augmenté d'une marge de 3% par an à partir de la demande en justice, jusqu'à solde.

A titre infiniment subsidiaire, il conclut à la compensation entre les créances réciproques.

Finalement, il sollicite une indemnité de procédure de 2.500.- euros pour la première instance et de 5.000.- euros pour l'instance d'appel.

1. Les moyens de l'appelant

A) soulève en premier lieu d'incompétence territoriale des juridictions luxembourgeoises et fait valoir que l'obligation servant de base à la demande de la BIL découle de l'engagement de caution et que cette obligation doit être exécutée - à défaut de désignation du lieu d'exécution dans la convention - à son domicile à (...).

Il soutient que la clause attributive de juridiction à option unilatérale serait contraire au Règlement pour revêtir un caractère purement potestatif. A l'appui de son moyen, l'appelant cite un arrêt de la Cour de cassation française du 26 septembre 2012.

Au fond, l'appelant réitère ses moyens de première instance et conclut à l'existence d'une faute de la BIL laquelle aurait rompu abusivement les crédits le 18 mars 2013, sans mise en demeure, sans respecter le délai de préavis et sans discussion préalable après avoir antérieurement assuré DUROSOLS de la poursuite de son concours jusqu'au mois de juin 2013 et nonobstant le fait que la situation financière de DUROSOLS n'était ni préoccupante, ni compromise mais particulièrement prospère.

L'appelant invoque l'article 2037 du code civil pour se voir décharger en qualité de caution vis-à-vis de la BIL qui serait à l'origine de la faillite et qui par sa seule faute aurait rendu impossible le recours subrogatoire de la caution.

En ce qui concerne sa demande reconventionnelle, A) expose que la BIL a abusivement rompu les crédits accordés à DUROSOLS « *pour se faire rembourser ses crédits au désavantage de la partie appelante en sa qualité de caution* ».

Il lui reproche encore d'avoir compensé le montant de 249.991,90 euros un jour avant le prononcé de la faillite.

Il base sa demande reconventionnelle sur la responsabilité délictuelle et réclame à titre principal la somme de 2.500.000.- euros sinon à titre subsidiaire, sur base de la perte d'une chance de ne pas être inquiété, un montant identique à celui réclamé par l'actuelle intimée.

L'appelant affirme qu'il existe un lien de causalité direct entre la faute de la BIL (rupture abusive des crédits le 18 mars 2013) et la faillite prononcée sur assignation du CCSS.

2. Les observations des parties intimées

a) la BIL

La BIL invoque l'article 25 des conditions générales de banque annexées à la demande d'entrée en relation de compte, acceptées et signées par l'actuel appelant en tant que représentant de DUROSOLS, qui prévoit que sauf stipulation contraire, le siège de la banque est le lieu d'exécution des obligations des parties.

L'intimée conclut sur base de cette disposition à la confirmation du jugement entrepris.

A titre subsidiaire, la BIL rappelle que les parties ont prévu une clause attributive de juridiction en faveur des tribunaux luxembourgeois et que de telles clauses sont licites en droit luxembourgeois. Elle conteste le caractère potestatif de la clause en faisant valoir qu'outre les juridictions luxembourgeoises, elle n'aurait pu choisir qu'un autre tribunal normalement compétent en vertu du règlement Bruxelles I. Il n'y aurait donc rien de potestatif, ni d'imprévisible dans la clause litigieuse.

Au fond, la BIL expose que suite à l'admission de sa créance au passif de la faillite pour la somme de 492.065,54 euros elle disposait d'un titre opposable à la caution NOTO.

Subsidiairement, elle fait valoir qu'elle n'a pas résilié les contrats de prêts - venus à échéance par l'effet de la faillite - et elle rappelle que la caution ne saurait invoquer les articles 2037 et 2038 du code civil pour y avoir formellement renoncé. Elle conteste être à l'origine de la faillite de la société DUROSOLS qui a été prononcée suite à une assignation émanant du CCSS.

Quant à la demande dirigée à son encontre par le curateur, la BIL donne à considérer qu'elle a réalisé le 21 mars 2013 deux gages lui consentis par DUROSOLS en date des 16 novembre (à hauteur de 100.000.- euros) et 22 juin 2010 (à hauteur de 150.000.- euros) et qu'elle a ainsi diminué la dette de DUROSOLS de 249.991,90 euros (du compte LU27 0025 1947 8123 3200) pour la ramener à 152.824,70 euros.

La BIL souligne qu'elle a ainsi donc également diminué les engagements de la caution à son égard et rappelle qu'en application de l'article 21 de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, les gages sont opposables aux curateurs.

La partie intimée conteste formellement la demande reconventionnelle d'A).

En ce qui concerne l'appel incident formé par le curateur au nom de la société DUROSOLS, la BIL donne à considérer que le curateur a admis des déclarations de créance à hauteur de 2.170.709,28 euros et qu'il a reconnu qu'au jour de la faillite, DUROSOLS ne disposait d'avoirs en banque qu'à hauteur de la somme de 21.000.- euros. La banque rappelle par ailleurs qu'au moment de l'assignation en faillite les arriérés de cotisations auprès du CCSS se chiffraient déjà à 136.602,53 euros et que le curateur a reconnu que les salaires étaient impayés depuis de nombreux mois.

La BIL conteste la pertinence des soumissions versées en cause alors qu'il n'est pas établi que ces soumissions se seraient transformées en contrats qui auraient pu être continués malgré la survenance de la faillite.

b) la société DUROSOLS en faillite

Le curateur fait valoir que la BIL a, en procédant à une dénonciation brutale des crédits accordés à DUROSOLS, commis une faute contractuelle lourde qui est à l'origine de la procédure de faillite de la société DUROSOLS. Ce changement brusque d'attitude dans le chef de la banque constituerait une faute engageant sa responsabilité.

Il forme appel incident et demande, par réformation du jugement entrepris, la condamnation de la BIL au paiement de la somme de 2.082.296,68 euros, sous réserve d'augmentation liée à l'inscription de nouvelles déclarations de créance.

3. Appréciation

a) quant à la compétence territoriale des juridictions luxembourgeoises

L'appelant soulève l'incompétence territoriale des juridictions luxembourgeoises en raison du caractère purement potestatif et imprévisible de la clause attributive de juridiction à option unilatérale figurant dans les conditions générales de banque et de crédit.

Il cite à l'appui de son moyen un arrêt de la Cour de cassation française du 26 septembre 2012 dans lequel la Cour de Cassation a jugé qu'une clause attributive de juridiction à option unilatérale était nulle et non écrite au motif qu'elle revêtait un caractère potestatif, de sorte qu'elle était contraire à l'objet du Règlement 44/2001.

Selon A), à défaut de clause attributive de juridiction valable, il aurait dû être assigné au lieu de son domicile (lieu de l'exécution de son obligation) partant à (...).

La Cour constate que contrairement aux affirmations de l'appelant, tant les conditions générales de banque dûment acceptées, que les conditions générales de crédit et les cautionnements souscrits par A) prévoient expressément une clause attributive de juridiction en faveur des juridictions luxembourgeoises.

L'article X des actes de cautionnement solidaire et indivisible stipule que :

« Le présent cautionnement est soumis au droit luxembourgeois et à la compétence des tribunaux luxembourgeois, la Banque pourra cependant porter le litige devant toute autre juridiction qui aurait normalement compétence à l'égard de la Caution et/ou du Cautionné ».

Il convient partant d'examiner la validité de cette clause qui est contestée.

Les clauses attributives de juridiction à option unilatérale sont des clauses de juridiction permettant à l'une des parties contractantes de choisir parmi plusieurs juridictions pour soumettre les litiges découlant du contrat, l'autre partie contractante ne pouvant en revanche soumettre son action qu'à une seule juridiction.

Ce type de clause est de plus en plus habituel dans les contrats de financement internationaux. Elles stipulent en général que les tribunaux d'une juridiction (souvent la même juridiction que celle de la loi régissant le contrat) auront compétence exclusive pour résoudre tout litige, tout en

précisant qu'une telle exclusivité n'est stipulée qu'au profit des parties assurant le financement, qui peuvent, si elles le souhaitent, intenter une action contre l'emprunteur devant toute autre juridiction compétente. L'objectif de cette clause est de protéger les parties assurant le financement en évitant qu'elles soient poursuivies par un emprunteur récalcitrant devant la juridiction de son domicile, tout en leur offrant la flexibilité de pouvoir former une action contre l'emprunteur devant la juridiction la plus à même d'agir rapidement.

L'article 23 paragraphe 1 du Règlement prévoit que :

« Si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un Etat membre, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un Etat membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet Etat membre sont compétents. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties ».

La clause litigieuse, aux termes de laquelle la banque se réserve le droit d'agir au Luxembourg sinon devant tout autre tribunal normalement compétent, ne lie, en réalité, que la caution qui était seule tenue de saisir les tribunaux luxembourgeois.

Contrairement aux affirmations de l'appelant, la clause (qui accorde à la BIL le choix de saisir toute juridiction normalement compétente à l'égard de la Caution et/ou du Cautionné donc en l'espèce également les juridictions françaises au vu du domicile de la caution) n'est pas contraire à l'objet et à la finalité de la prorogation de compétence ouverte par l'article 23 du Règlement compte tenu du fait que l'article 23 du Règlement prévoit expressément que le choix d'une juridiction *« est exclusif, sauf convention contraire des parties »*. Il reconnaît le droit pour les parties de prévoir des clauses de juridiction non exclusives autorisant ainsi les clauses de juridiction à option unilatérale.

La jurisprudence a d'ailleurs validé des clauses de juridiction unilatérales hybrides qui limitaient le choix de juridictions accordé à une seule des parties à un ou plusieurs tribunaux nationaux ou arbitraux clairement identifiés (cf. Cass. Civ 15 mai 1974 (n°72-1406) ; Cour d'Appel de Paris, 28 octobre 2010 (n°10/12534) ; Cour d'Appel de Grenoble, 28 octobre 1998, Cour d'Appel de Lyon, 26 janvier 1996).

Il convient également de rappeler que depuis un arrêt du 7 octobre 2015, la Cour de cassation française a apporté des précisions importantes quant à sa lecture du régime des clauses attributives de juridiction au sein de l'Union européenne et a ainsi complété sa jurisprudence sur les clauses dites

asymétriques, c'est-à-dire celles ne conférant pas de droits identiques à chaque partie au contrat. Dans cet arrêt la Cour a validé les clauses de juridiction asymétriques pour peu qu'elles permettent d'identifier de manière objective les juridictions éventuellement compétentes au choix de la partie bénéficiant de l'asymétrie.

Pour la Cour de cassation, même si les parties au litige ne bénéficiaient pas de la même liberté dans le choix de la juridiction appelée à connaître d'un litige, la clause attributive respectait l'impératif de prévisibilité en ce qu'elle permettait d'identifier les juridictions éventuellement compétentes de façon objective, et hors de contrôle du bénéficiaire de la clause.

Au vu des développements ci-dessus, la clause attributive de juridiction contenue à l'article X des actes de cautionnements est licite.

Le moyen soulevé laisse d'être fondé. Le jugement entrepris est à confirmer en ce que le tribunal s'est déclaré territorialement compétent pour connaître de l'affaire.

A titre superfétatoire, et indépendamment de la licéité de la clause attributive de juridiction, il faut noter que la demande à l'encontre du débiteur principal relève de la compétence des tribunaux luxembourgeois ayant son siège au Luxembourg et où son obligation doit être exécutée.

Il tombe sous le sens qu'il est dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice que le même tribunal connaît tant de la demande visant le débiteur principal que de celle visant la caution.

D'ailleurs, l'article 6 § 1 du Règlement dispose qu'une personne domiciliée sur le territoire d'un Etat membre peut aussi être atraite, s'il y a plusieurs défendeurs, devant le tribunal du domicile de l'un d'eux, à condition que les demandes soient liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables.

Tel est le cas en l'espèce.

Le présent litige concernant tant des demandes en responsabilité de la banque que les demandes de la banque contre la caution, il y a intérêt, afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables, à les instruire et à les juger en même temps. Cette solution s'impose tant au regard du droit commun qu'en application de l'article 6 § 1 du Règlement Bruxelles I.

b) quant à l'appel incident du curateur

Il ressort du jugement entrepris que le curateur avait en première instance uniquement sollicité la condamnation de la BIL à restituer à la masse - sur base de l'article 445 du code de commerce - la somme de 249.991,90 euros prélevée la veille du jugement déclaratif de la faillite.

En instance d'appel, le curateur a formé appel incident et demande, par réformation du jugement entrepris, la condamnation de la BIL au paiement de la somme de 2.082.296,68 euros, sous réserve d'augmentation liée à l'inscription de nouvelles déclarations de créance. Il demande donc que la BIL soit condamnée à supporter l'intégralité du passif de la faillite.

La BIL n'a pas contesté la recevabilité de cette demande (en comblement de passif) pour être nouvelle en appel.

Elle n'a pas non plus contesté - sur base du principe qui interdit les appels incidents d'intimé à intimé - la recevabilité de l'appel incident dirigé à son encontre par le curateur, partie intimée.

L'appel incident est donc recevable en la forme.

Il convient cependant de distinguer ces deux demandes, l'une étant basée sur un paiement intervenu endéans la période suspecte qui est susceptible d'être nul en vertu de l'article 445 du code de commerce, tandis que la demande nouvelle en instance d'appel tendant au comblement de passif est basée sur la faute de la BIL consistant dans la résiliation abusive des contrats de crédit.

La BIL soulève l'irrecevabilité de la demande du curateur en raison du contrat judiciaire résultant de l'admission de la créance de la BIL au passif de la faillite et elle conclut à la confirmation du jugement du 24 mars 2015.

Le curateur conteste ce moyen en faisant valoir que lors de l'admission de la créance de la BIL au passif de la faillite, la créance de la faillie à l'encontre de la BIL n'était pas encore constatée.

Les premiers juges ont constaté que la déclaration de créance de la BIL a été admise à titre chirographaire pour le montant de 492.065,54 euros en date du 26 avril 2013 et ils ont rappelé que l'admission d'une créance au passif d'une faillite lie le créancier produisant et le curateur par un contrat judiciaire. Au vu de ces éléments ils ont déclaré irrecevable la demande de Maître Julien BOECKLER en sa qualité de curateur, tendant à la condamnation de la BIL à restituer le montant de 249.991,90 euros à la masse de la faillite.

La doctrine et la jurisprudence sont unanimes à décider que l'admission d'une créance, sans restriction ni réserve, lie le produisant et les autres créanciers ainsi que le curateur et le failli. En principe, l'admission est irrévocable et s'oppose à toute modification : les créances sont à l'abri de toutes contestations ultérieures sauf cas de remise en question exceptionnels tels que le dol ou la fraude voire encore la force majeure (cf. I. VEROUGSTRAETE Manuel du curateur de faillite, 1987, n° 435).

Au vu de ce qui précède, la demande du curateur en remboursement de la somme de 249.991,90 euros est irrecevable et il y a lieu de confirmer la décision des premiers juges y relative.

Il en va de même et pour les mêmes motifs de la demande du curateur en condamnation de la BIL à payer la somme de 2.082.296,68 euros, sous réserve d'augmentation liée à l'inscription de nouvelles déclarations de créance.

Cette demande est également irrecevable.

c) quant à la demande reconventionnelle d'A)

A) demande à titre principal la condamnation de la BIL à lui payer la somme de 2.500.000.- euros sinon à titre subsidiaire, « un montant identique à celui réclamé par l'actuelle intimée ».

La BIL soulève l'irrecevabilité de cette demande au motif qu'il existe un contrat judiciaire entre parties par l'effet de l'admission sans réserves ni restriction de la créance de la BIL au passif de la faillite.

Il convient donc d'examiner si l'admission par le curateur d'une créance produit des effets à l'égard de la caution.

Dans une affaire concernant un débiteur principal en faillite et sa caution solidaire, la Cour a par arrêt du 26 janvier 1999 décidé que : « *S'il est vrai que l'admission d'une créance au passif d'une faillite n'a qu'un effet relatif, limité aux parties, et est inopposable aux tiers, il y a cependant lieu de constater que la jurisprudence varie quant à la question de savoir qui doit être considéré comme tiers et notamment si l'admission est opposable à la caution. Ainsi, une partie de la doctrine essentiellement belge estime que l'admission d'une créance au passif d'une faillite n'a d'effet que vis-à-vis de ceux qui ont été parties ou tout au moins appelés, à savoir la masse et le créancier et que dès lors, la caution doit pouvoir contester la validité de la créance cautionnée en dépit de son admission au passif (Frédéricq : VII, 239) au motif notamment que la représentation des*

cautions par le failli serait discutable (Van Ryn et Heenen. IV, n° 2831). Se basant au contraire sur l'idée de représentation mutuelle du débiteur principal et de la caution, un autre courant de jurisprudence décide que ce qui a été jugé entre le créancier et le débiteur principal est opposable à la caution solidaire. La Cour se rallie à l'opinion qui dans le cas de l'admission d'une créance au passif chirographaire d'une société faillie se prononce pour l'inopposabilité de cette admission à la caution solidaire du débiteur principal c'est-à-dire de la société faillie et qui pour en arriver à cette solution n'admet pas en la matière dont s'agit l'idée de représentation mutuelle du débiteur principal et de la caution solidaire sur laquelle se fondent ceux qui en la matière dont s'agit n'admettent pas la qualité de tiers de la caution solidaire. La Cour admet en effet avec l'opinion à laquelle elle se rallie qu'il n'y a pas lieu de faire application en la matière dont s'agit de la théorie de représentation mutuelle du débiteur principal et de la caution solidaire et cela notamment pour la raison que la solution fondée sur cette théorie, de l'opposabilité de l'admission de la créance à la caution solidaire n'est consacrée par aucun texte légal et encore pour celle que la théorie dont s'agit est une fiction qui le plus souvent sinon toujours est contraire à la réalité ainsi que encore notamment pour la raison que la théorie en question et la solution susmentionnée qui est fondée méconnaissent sur le plan procédural le principe fondamental du contradictoire qui régit la procédure civile ».

La Cour de céans ne saurait que suivre ce raisonnement.

Selon Frédéricq, l'admission de la créance ne serait pas opposable à la caution qui ne devient un créancier effectif du failli qu'à partir du moment où elle est amenée à payer à la place du débiteur. Si elle est invitée à payer, elle serait en droit de contester la validité de la créance en dépit de l'admission de cette créance au passif de la faillite.

Selon Van Ryn et Heenen l'admission même par jugement ne lie pas les codébiteurs ou cautions solidaires car, estiment ces auteurs, leur représentation par le failli est discutable.

De toute façon, la caution ne pourrait être tenue pour plus que la créance telle qu'elle a été admise et l'admission d'une créance au passif ne peut être opposée aux codébiteurs solidaires ou aux cautions qui n'ont pas été appelés à la cause.

L'admission par le curateur de la créance de la BIL au passif ne saurait partant être opposée à **A)** pour fonder l'irrecevabilité de sa demande reconventionnelle sur base de la responsabilité délictuelle.

L'appelant reproche à la BIL d'avoir commis une faute en résiliant abusivement les deux ouvertures de crédit en compte courant en date du 18 mars 2013 et d'avoir compensé le montant de 249.991,90 euros un jour avant le prononcé de la faillite.

Il ressort du jugement entrepris (page 10) que la BIL et **A)** « *s'accordent pour dire que les montants redus par la société DUROSOLS SA sont devenus exigibles suite au prononcé de la faillite du 22 mars 2013* ».

A) conteste cet accord et affirme que la BIL a résilié abusivement les ouvertures de crédit.

Il reste toutefois en défaut d'établir que la BIL a dénoncé les ouvertures de crédit en compte courant.

D'ailleurs la BIL n'est pas à l'origine de la faillite de la société DUROSOLS, prononcée sur assignation de la part du CCSS du 19 février 2013 et après qu'une contrainte, rendue exécutoire le 5 décembre 2012, selon laquelle DUROSOLS redevait alors au CCSS la somme de 82.102,07 euros du chef d'arriérés de cotisations sociales, n'avait pas pu être exécutée.

Il ressort du jugement déclaratif de faillite que l'assignée DUROSOLS a été le 15 mars 2013 en aveu de sa cessation de paiements et de son ébranlement de crédit, les banques ayant refusé de lui accorder de nouveaux crédits.

Au vu de ces éléments, l'affirmation de l'appelant que la faillite a été prononcée suite à la rupture abusive des crédits par la BIL en date du 18 mars 2013 est contraire aux faits.

La demande reconventionnelle d'**A)** sur base d'une faute commise par la BIL en relation avec le prononcé de la faillite n'est pas fondée ; le jugement entrepris est à confirmer sur ce point.

A) reproche encore à la BIL d'avoir effectué une opération interdite en application de l'article 445 du code de commerce.

C'est à bon droit que la BIL relève que ce paiement sur base de deux nantissements consentis le 16 novembre et le 22 juin 2010 a réduit la dette du débiteur principal et partant également l'étendue de la garantie due par la caution. **A)** n'a aucun intérêt à critiquer cette opération qui pour le surplus est conforme aux dispositions légales issues de la loi modifiée du 5 août 2005.

Son appel n'est partant pas non plus fondé sur ce point.

d) quant à la demande de la BIL

Au vu des développements qui précèdent, il convient de rejeter dès l'ingrès comme non fondé le moyen soulevé par la BIL consistant à dire que l'admission de sa créance au passif de la faillite constitue un titre opposable à la caution.

Il échet donc d'examiner si la demande de la BIL est fondée.

L'appel à la caution trouve son origine dans la faillite de la société DUROSOLS.

La caution expose que par la faute de la banque, qui serait à l'origine de la faillite, elle aurait été privée de son recours subrogatoire. **A)** invoque les dispositions de l'article 2037 du code civil.

Il ressort des actes de cautionnement des 22 juin 2010 et 16 août 2012 (article V) que « *la Caution s'engage dès à présent à ne pas faire valoir les dispositions de l'article 2037 et 2038 du Code Civil* ». C'est donc à bon droit que les premiers juges ont constaté qu'**A)** ne saurait invoquer l'article 2037 du code civil pour se voir décharger de son engagement.

Leur décision est à confirmer.

Au vu des développements ci-dessus sub c) il est établi que la situation financière de la société DUROSOLS était tellement dégradée qu'elle n'arrivait plus à faire face à ses obligations tant à l'égard de ses nombreux salariés qu'à l'égard du CCSS et ce dès la fin de l'année 2012.

Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la BIL n'a commis aucun acte en relation causale avec la faillite de la société DUROSOLS. Il est encore constant que le débiteur principal n'a pas honoré ses engagements et que la BIL a dû faire appel à la caution solidaire et indivisible en la personne d'**A)**.

Les montants réclamés par la banque résultent à suffisance de droit des pièces versées en cause.

L'appel d'**A)** n'est donc pas fondé.

e) les indemnités de procédure

A) réclame une indemnité de procédure de 2.500.- euros pour la première instance et de 5.000.- euros pour l'instance d'appel.

Au vu du sort réservé à son appel ces demandes sont à rejeter.

La BIL réclame la condamnation d'A) au paiement d'une indemnité de procédure de 1.500.- euros pour l'instance d'appel.

Il paraît inéquitable de laisser à charge de la BIL les frais irrépétibles qu'elle a dû exposer pour faire valoir ses moyens devant la Cour de sorte que sa demande est fondée à hauteur de la somme de 1.500.- euros.

PAR CES MOTIFS :

La Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, le magistrat chargé de la mise en état entendu en son rapport oral,

reçoit les appels principal et incident en la forme ;

dit non fondé le moyen d'incompétence territoriale ;

déclare l'appel incident recevable mais non fondé ;

déclare la demande en comblement de passif irrecevable ;

dit non fondé l'appel principal ;

confirme le jugement du 24 mars 2015 ;

rejette la demande de A) sur base de l'article 240 du NCPC ;

condamne A) à payer à la BIL une indemnité de procédure de 1.500.- euros pour l'instance d'appel ;

condamne A) aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Laurent METZLER sur ses affirmations de droit.