

Texte pseudonymisé

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

Arrêt N° 074/24 – VII – CIV

Audience publique du cinq juin deux mille vingt-quatre

Numéro CAL-2022-01032 du rôle.

Composition:

Michèle RAUS, président de chambre ;
Nadine WALCH, premier conseiller ;
Françoise SCHANEN, conseiller ;
André WEBER, greffier.

E n t r e :

PERSONNE1.), demeurant à L-ADRESSE1.),

partie appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Martine LISÉ de Luxembourg du 12 octobre 2022,

comparant par Maître Gennaro PIETROPAOLO, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

la société de droit allemand SOCIETE1.) AG (précédemment SOCIETE2.) AG), actuellement en faillite suivant décision de l'Amtsgericht ADRESSE2.) du DATE1.), établie et ayant son siège social à D-ADRESSE3.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de ADRESSE2.) sous le numéroNUMERO1.), représentée par son curateur Dr. Michael C. Frege, avocat, demeurant professionnellement à D-ADRESSE4.),

partie intimée aux fins du susdit exploit LISÉ du 12 octobre 2022,

comparant par Maître Romain ADAM, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Rétroactes et procédure

Par exploit d'huissier de justice Tom NILLES d'Esch-sur-Alzette du 13 juillet 2015 la société SOCIETE1.) AG a fait comparaître PERSONNE1.) devant le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, pour l'entendre condamner à lui payer la somme de 491.055,06 € avec les intérêts de 5% l'an à compter du 29 novembre 2013, sinon les intérêts de retard en application de la loi du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard à partir du 29 novembre 2013, sinon du 17 juin 2014, sinon du 15 mars 2015, sinon à partir du jour de la demande en justice, jusqu'à solde, ainsi que la somme de 5.000 euros à titre d'indemnité de procédure.

Par exploit d'huissier de justice Martine LISÉ de Luxembourg du 10 décembre 2015, PERSONNE1.) a fait comparaître PERSONNE2.) devant ce même tribunal, siégeant en matière civile, pour voir joindre sa demande à celle de la société SOCIETE1.), pour voir intervenir PERSONNE2.) dans le litige se mouvant entre lui-même et la société SOCIETE1.), pour entendre dire que PERSONNE2.) est tenu de prendre fait et cause pour PERSONNE1.) dans le cadre de la demande principale, pour entendre dire que PERSONNE2.) est tenu de tenir le demandeur en intervention quitte et indemne de toute condamnation pouvant intervenir, sinon et dans l'hypothèse d'une condamnation de PERSONNE1.), pour voir fixer la part et le montant du cofidéjuseur et pour entendre condamner le cofidéjuseur au remboursement de toute somme que PERSONNE1.) devra payer au-delà de la part et portion à laquelle il est tenu.

Par jugement du 30 juin 2017, le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement à l'égard de PERSONNE1.) et avec effet contradictoire à l'égard de PERSONNE2.),

- a reçu les demandes principale et en intervention en la forme ;
- s'est déclaré territorialement incompétent pour en connaître ;
- a dit non fondées les demandes des parties respectives en allocation d'indemnités de procédure ;
- a condamné la société de droit allemand SOCIETE1.) AG aux frais et dépens de l'instance principale et en a ordonné la distraction au profit de Maître Marc LENTZ qui l'a demandée, affirmant en avoir fait l'avance ;
- a condamné PERSONNE1.) aux frais et dépens de l'instance en intervention.

Par arrêt du 19 décembre 2018, la Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière civile, statuant par défaut à l'égard de PERSONNE2.) et contradictoirement à l'égard des autres parties,

- a dit l'appel recevable

réformant,

- a dit que les tribunaux luxembourgeois sont compétents pour connaître de la demande introduite par la société SOCIETE1.) AG contre PERSONNE1.),
- a renvoyé l'affaire en prosécution de cause devant le Tribunal d'arrondissement autrement composé,
- a débouté les parties de leurs demandes formulées sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,
- a condamné PERSONNE1.) aux frais et dépens de l'instance d'appel et en a ordonné la distraction au profit de Maître Romain ADAM qui la demande, sur ses affirmations de droit.

Par jugement du 4 décembre 2020, le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, onzième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement et en prosécution de cause,

- a rejeté la demande de PERSONNE1.) en communication de pièces,
- a dit fondée la demande de la société de droit allemand SOCIETE1.) GmbH,
- partant a condamné PERSONNE1.) à lui payer les montants de 190.000,- € et de 301.055,06 €, augmentés des intérêts au taux de base de 5 % à partir du 29 novembre 2013, date d'une mise en demeure, jusqu'à solde,
- a dit non fondée la demande de PERSONNE1.) formulée à l'encontre de PERSONNE2.),
- a dit fondée à concurrence d'un montant de 1.000,- € la demande de la société de droit allemand SOCIETE1.) GmbH en allocation d'une indemnité de procédure,
- partant a condamné PERSONNE1.) à payer à la société de droit allemand SOCIETE1.) GmbH le montant de 1.000,- € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,
- a dit non fondée la demande de PERSONNE1.) en allocation d'une indemnité de procédure formulée à l'encontre de la société de droit allemand SOCIETE1.) GmbH,
- partant en a débouté,
- a dit non fondée la demande de PERSONNE1.) en allocation d'une indemnité de procédure formulée à l'encontre de PERSONNE2.),
- partant en a débouté,
- a dit qu'il n'y pas lieu à exécution provisoire du jugement intervenu,
- a condamné PERSONNE1.) aux frais et dépens de l'instance principale et en a ordonné la distraction au profit de Maître Romain ADAM qui l'a demandée, affirmant en avoir fait l'avance,
- a laissé les frais et dépens de l'assignation en intervention à charge de PERSONNE1.).

Pour statuer comme ils l'ont fait, les magistrats de première instance ont tenu pour constant en cause que :

- Par contrat de cautionnement n° 0800796691 du 22 novembre 2012, PERSONNE1.) s'est porté caution jusqu'au montant de 190.000,- € en faveur de la banque des engagements de la société SOCIETE3.), débitrice principale, en relation avec un compte n° NUMERO2.) ouvert par cette dernière auprès de la

société de droit allemand SOCIETE2.) AG, actuellement la société SOCIETE1.) AG.

- Par contrat de cautionnement n° 1610198840 du 4 juillet 2012, PERSONNE1.) s'est porté caution jusqu'au montant de 487.444,80 € en faveur de la banque des engagements de la société SOCIETE3.), débitrice principale, en relation avec un contrat de crédit n°1610198840 souscrit par cette dernière auprès de la société SOCIETE2.) AG, actuellement la société SOCIETE1.) AG.

- Les deux contrats litigieux stipulent notamment ce qui suit :

« 2.2 Die Bürgschaft ist zeitlich nicht begrenzt.

2.3 Die Bürgschaft wird fällig, wenn die Forderungen der Bank gegen den Hauptschuldner fällig werden. Sollte über das Vermögen des Hauptschuldners ein Insolvenzverfahren eröffnet werden, so wird auch die Bürgschaft bereits zu diesem Zeitpunkt fällig.

[...]

3.4 Mehrere Bürgen, die diese Urkunde unterzeichnen, haften als Gesamtschuldner (Mitbürgerschaft).

3.5 Bestehen für die Ansprüche der Bank gegen den Hauptschuldner außerhalb dieser Urkunde gegenwärtig oder zukünftig noch andere Bürgschaften, so haftet jeder Bürge unabhängig von den anderen Bürgschaften – insoweit abweichend von § 769 BGB - aus dieser Urkunde für den vollen Betrag seiner Bürgschaft (Nebenbürgschaft). Die Bürgschaft aus diesen Urkunden tritt neben etwa von dem Bürgen abgegebene sonstige Bürgschaftserklärung.

3.6 Der Bürge verzichtet auf die Einreden der Anfechtbarkeit (§ 770 BGB) und der Vorausklage (§ 771 BGB) sowie der Aufrechenbarkeit wegen bestrittener oder nicht rechtskräftig festgestellter Forderungen (§ 770 BGB). [...]

3.11 Ergänzend gelten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bank (AGB). Die AGB können in den Geschäftsräumen der Bank eingesehen werden; auf Verlangen werden sie ausgehändigt. »

- Les contrats de cautionnement sont soumis à l'application du droit allemand.
- La société SOCIETE3.) a été déclarée en faillite en date du 16 novembre 2013.
- Par courrier du 29 novembre 2013, PERSONNE1.) a été mis en demeure de régler :
 - le montant de 190.000,- € « zuzüglich 5% Zinsen über dem jeweiligen Basiszinsatz seit dem 16.11.2013 »,
 - le montant de 301.055,06 € « zuzüglich 5% Zinsen über dem jeweiligen Basiszinsatz seit dem 16.11.2013 ».
- En date du 9 décembre 2013, la société SOCIETE1.) AG a déposé une déclaration de créance auprès du Insolvenzverwalter de la société SOCIETE3.) à hauteur de :

- 359.680,89 € sur base du contrat n° NUMERO2.),
- 301.055,06 € sur base du contrat n° 1610198840,

soit un montant total de 660.735,95 €

- Cette déclaration de créance a été inscrite au tableau des créanciers du Amstgericht Bonn.
- Par courrier du mandataire allemand de la société SOCIETE1.) AG du 17 juin 2014, PERSONNE1.) a été mis en demeure de régler le montant total de 491.055,06 € augmenté des intérêts.
- Par courrier du mandataire luxembourgeois de la société SOCIETE1.) AG du 24 mars 2015, PERSONNE1.) a une nouvelle fois été mis en demeure de régler le montant de 491.055,06 €

Après avoir rappelé que la société SOCIETE1.) AG sollicite la condamnation de PERSONNE1.) à lui payer les sommes de 190.000,- € et de 301.055,06 € augmentées des intérêts aux taux de base à partir du 5% à partir du 29 novembre 2023, date d'une mise en demeure sur base de deux contrats de cautionnement soumis au droit allemand, les juges de première instance ont écarté le moyen de PERSONNE1.) tiré de l'absence de « *Widerrufsbelehrung für Haustürgeschäfte* » dans le contrat de cautionnement du 4 juillet 2012 au motif que même à supposer que PERSONNE1.) bénéficierait actuellement encore d'un droit de rétractation en application du droit allemand, il n'en ferait nullement usage dans le cadre de ce litige en l'absence de conclusions en ce sens.

Les magistrats de première instance ont encore rejeté la demande en communication des originaux, sinon de copies conformes des deux contrats de cautionnement, sur base de l'article 766 du *Bürgerliches Gesetzbuch*, ci-après le BGB, pour manque de pertinence étant donné qu'il résulte des pièces versées aux débats que PERSONNE1.) a daté et signé de sa propre main les deux contrats de cautionnement litigieux.

Concernant la communication de la déclaration de créance de la société SOCIETE1.) AG dûment inscrite au passif de la faillite de la société SOCIETE3.), ainsi que la copie de la décision de clôture des opérations de la faillite, respectivement le procès-verbal de reddition des comptes, le tribunal a écarté cette demande au regard des pièces d'ores et déjà communiquées en cause.

Quant à la demande reconventionnelle de PERSONNE1.) tendant à se voir décharger de toute condamnation, respectivement tendant à instaurer un partage de responsabilité avec la société SOCIETE1.) AG au motif que la banque aurait manqué à son obligation de mise en garde et à son obligation de se renseigner sur la solvabilité de la caution, le tribunal l'a déclarée non fondée, étant donné que PERSONNE1.) n'a pas rapporté la preuve que la banque était tenue à son égard de telles obligations en vertu de la loi et/ou de la jurisprudence allemande.

En l'absence de preuve en droit allemand de l'existence d'un recours entre cofidésjuseurs, la demande en garantie formulée par PERSONNE1.) à l'encontre de PERSONNE2.) a été déclarée non fondée.

Concernant les demandes accessoires, la juridiction de première instance a débouté PERSONNE1.) de ses prétentions sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile eu égard à l'issue du litige et a déclaré fondée la demande de ce chef de la société SOCIETE1.) AG pour le montant de 1.000,- euros au motif de l'iniquité.

Le tribunal a finalement écarté la demande en exécution provisoire, les conditions de l'exécution provisoire obligatoire n'étant pas remplies d'une part et les circonstances de la cause ne justifiant pas l'exécution provisoire facultative d'autre part.

Par exploit d'huissier du 12 octobre 2022, PERSONNE1.) a relevé appel du jugement du 4 décembre 2020, lequel lui a été signifié en date du 2 septembre 2022.

Aux termes de son acte d'appel, l'appelant demande à la Cour de dire que les contrats de cautionnement n°0800796691 du 22 novembre 2012 et n°1610198840 du 4 juillet 2012 sont soumis à la loi luxembourgeoise.

Il demande à la Cour de constater que la preuve de l'existence des contrats de cautionnement n'est pas rapportée.

Dès lors, il demande à débouter les demandes en garantie de la partie intimée à hauteur de 301.055,06 € et de 190.000,- € pour défaut de caution dans son chef.

A titre subsidiaire, et à admettre qu'il y a caution dans son chef, il demande à la Cour de dire qu'à défaut d'expiration du délai pour faire usage de son droit de rétractation, aucune obligation de garantie n'est née dans son chef.

Il demande de voir constater que le délai pour faire usage de son droit de rétractation n'est pas expiré.

Par conséquent, il demande de lui donner acte de faire valoir son droit de rétractation dans le cadre des contrats de cautionnement n°0800796691 du 22 novembre 2012 et n°1610198840 du 4 juillet 2012.

Il demande dès lors de constater la révocation des contrats de cautionnement et de débouter la partie intimée de l'ensemble de ses demandes.

A titre subsidiaire, PERSONNE1.) demande de constater que la partie intimée lui aurait causé grief pour manquement au devoir d'information, de sorte qu'il y aurait lieu de la débouter de ses demandes en garantie à titre de caution.

PERSONNE1.) demande encore la condamnation de la partie intimée au paiement d'une indemnité de procédure de 1.000,- € et sa condamnation aux frais et dépens des deux instances avec distraction au profit de son avocat à la Cour concluant sur ses affirmations de droit.

La société SOCIETE1.) AG conclut à la confirmation du jugement entrepris.

Elle sollicite l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.500,- € pour l'instance d'appel.

Par ordonnance du 12 février 2024, l'instruction de l'affaire a été clôturée et les mandataires des parties ont été informés que l'affaire est renvoyée devant à la Cour à l'audience publique du 8 mai 2024.

Positions des parties

PERSONNE1.)

L'appelant soutient que dans la mesure où les deux contrats de cautionnement ne contiendraient pas de choix de droit applicable conforme aux exigences de l'article 3 du Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), ci-après le Règlement Rome I, ce serait en principe le droit de l'Etat de la résidence habituelle de la caution qui s'applique conformément à l'article 4.2. dudit Règlement.

Le fait que les deux contrats de cautionnement se référeraient de manière isolée à des dispositions du droit allemand ne suffirait pas à établir un choix tacite du droit applicable, d'autant qu'il s'agirait de contrats formulaires, respectivement préétablis et utilisés par la partie intimée et qui devraient être interprétés en défaveur de cette dernière.

PERSONNE1.) demande dès lors, par réformation de la décision entreprise, de dire que la loi luxembourgeoise est applicable au cas d'espèce et non pas la loi allemande.

Outre le fait que les engagements à titre de caution de sa part seraient contestés, les contrats de cautionnement litigieux ne satisferaient pas non plus aux exigences de forme du droit luxembourgeois et plus particulièrement à celles prévues à l'article 1326 du Code civil, en vertu duquel la mention de la somme en toutes lettres ferait défaut en l'occurrence.

Par conséquent, vu que les contrats de cautionnement seraient contestés, ils ne seraient pas non plus prouvés, de sorte que la partie intimée serait à débouter de ses prétentions au titre de l'appel en garantie de l'appelant.

PERSONNE1.) soutient ensuite que dans le prétendu contrat de cautionnement n°0800796691 du 22 novembre 2012 relatif à la garantie du solde débiteur du compte courant ouvert par la société SOCIETE3.), des mentions manuscrites auraient été ajoutées par de la partie intimée.

Ainsi, le montant initial de 130.000,- € aurait été biffé et remplacé par le montant de 190.000,- € en précisant « *geändert, und vorherige Absprache mit Kunde* ».

De même, le montant figurant dans la « *Widerrufsbelehrung* » y annexée aurait également été modifié au montant de 190.000,- €

Afin de pouvoir prendre plus amplement position par rapport à ces écrits modifiés, il y aurait lieu, par réformation de la décision entreprise, d'enjoindre avant tout autre progrès en cause à la partie intimée de communiquer à la partie appelante les originaux des deux cautionnements litigieux.

A admettre que la Cour rejette la demande en communication forcée de pièces et retient qu'il y a engagement de la partie appelante à titre de caution, PERSONNE1.) conteste tout accord à ces modifications unilatérales.

Toujours à admettre que la Cour considère qu'il y a un engagement valable à titre de caution dans le cadre du cautionnement n°1610198840 du 4 juillet 2012 relatif au crédit souscrit pour un montant initial de 487.444,80 €, force est de relever que la « Widerrufsbelehrung » fait défaut.

L'appelant en déduit qu'aussi longtemps que la partie intimée ne lui aurait pas notifié un formulaire ou un document pour faire valoir son droit de rétractation, il n'aurait pas été en mesure, voire été dans l'impossibilité, de faire usage de ce droit.

Contrairement à ce que la jurisprudence de première instance a retenu, tant que le délai pour faire usage de son droit de rétractation n'est pas expiré, la créance réclamée ne serait pas certaine, liquide et exigible.

Quant au contrat n°0800796691 du 22 novembre 2012 relatif au solde débiteur du compte courant, la partie intimée aurait modifié les montants garantis initialement sans lui notifier une nouvelle « Widerrufsbelehrung », de sorte qu'il n'aurait pas pu faire usage de son droit de rétractation, respectivement que le délai pour faire valoir ce droit n'aurait jamais commencé à courir et ne serait dès lors pas encore expiré.

PERSONNE1.) demande dès lors, par réformation de la décision entreprise, de débouter la société SOCIETE1.) AG de sa demande en appel en garantie par rapport au cautionnement n°1610198840 du 4 juillet 2012 et de ne pas le condamner à supporter les dettes du débiteur principal SOCIETE3.).

En tout état de cause et à admettre que la Cour retient qu'il est lié par les contrats de cautionnement, l'appelant demande acte de faire usage dans l'acte d'appel de son droit de rétractation relatif à ses engagements litigieux à titre de caution.

Dès lors, les contrats de cautionnement seraient révoqués et il n'existerait aucune obligation à garantie dans son chef pour les dettes contractées par la société SOCIETE3.).

A titre tout à fait subsidiaire, et à admettre que la Cour retient qu'il est lié par les contrats de cautionnement litigieux, l'appelant reproche à la société SOCIETE1.) AG d'avoir manqué à son devoir d'information à son égard, manquement qui lui aurait causé préjudice.

La société SOCIETE1.) AG aurait dû apprécier s'il était susceptible d'honorer les engagements souscrits à titre de caution et l'avertir des risques encourus.

Aucune pièce établissant que la partie intimée se serait renseignée de la solvabilité de la caution ou encore qu'elle l'aurait mis en garde des risques encourus, ne serait versée en cause.

PERSONNE1.) estime qu'il y aurait perte d'une chance dans son chef de ne pas s'engager en tant que caution des engagements du débiteur principal et, partant, il demande, par réformation de la décision entreprise, de le décharger des cautionnements litigieux.

Il demande encore à être déchargé de la condamnation intervenue à son encontre sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Il sollicite l'allocation d'une indemnité de procédure de 1.000,- € pour l'instance d'appel et demande la condamnation de la partie intimée aux frais et dépens des deux instances avec distraction au profit de son avocat à la Cour concluant sur ses affirmations de droit.

La société SOCIETE1.) AG

La société SOCIETE1.) AG, après avoir fait un rappel des faits et antécédents procéduraux, demande à déclarer la demande de PERSONNE1.) tendant à voir appliquer la loi luxembourgeoise aux contrats de cautionnement litigieux irrecevable pour défaut d'intérêt à agir dans son chef, sinon pour être une demande nouvelle au sens de l'article 592 du Nouveau Code de procédure civile, sinon pour contrevenir à l'aveu judiciaire de l'appelant au sens de l'article 1356 du Code civil, sinon par l'application de la théorie de l'estoppel.

Ainsi, pendant huit ans de litige, PERSONNE1.) n'aurait jamais soutenu ni même laissé entendre que la loi luxembourgeoise serait applicable en l'espèce.

Au contraire, il aurait toujours et exclusivement raisonné sur base du droit allemand en faisant à de nombreuses reprises référence dans ses conclusions à des articles du BGB.

Il résulterait des conclusions de première instance versées à titre de pièces que l'appelant avait expressément, sinon du moins implicitement, conclu à l'application de la loi allemande aux contrats litigieux.

Dans ces conditions et dans la mesure où la juridiction de première instance a fait application de la loi allemande, PERSONNE1.) ne justifierait d'aucun intérêt pour faire appel.

La demande tendant à faire appliquer la loi luxembourgeoise au litige serait par ailleurs une demande nouvelle prohibée en appel.

La partie intimée fait encore état d'un aveu judiciaire de PERSONNE1.) au sens de l'article 1356 du Code civil découlant de ses corps de conclusions de première instance et de son attitude y adoptée pour conclure à l'irrecevabilité de la demande tendant à l'application de la loi luxembourgeoise.

Finalement, cette demande se heurterait au principe de cohérence selon lequel nul ne saurait se contredire au détriment d'autrui.

A admettre que la Cour retient la recevabilité de la demande tendant à l'application de la loi luxembourgeoise aux contrats de cautionnement litigieux, la société SOCIETE1.) AG estime que cette demande est à écarter alors que les parties au litige auraient fait un choix en faveur de la loi allemande conformément à l'article 3 du Règlement Rome I.

Ce choix résulterait de l'aveu même de PERSONNE1.) en concluant en première instance que « *les parties se sont accordées à ce que le droit allemand soit applicable à leur contrat* » et que « *la loi allemande régit la relation contractuelle entre parties* ».

Même en l'absence d'un tel choix, la partie intimée estime que le principe auquel se réfère l'appelant qui est ancré à l'article 4.2. du Règlement Rome I trouverait exception dans l'hypothèse où le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un autre Etat, tel que ce serait le cas en l'espèce :

- le prêteur est domicilié en Allemagne,
- l'emprunteur était domicilié en Allemagne,
- le contrat principal (contrat de prêt) est régi par la loi allemande,
- les contrats de cautionnement font référence à des articles du BGB,
- les contrats de cautionnement sont rédigés en langue allemande,
- toutes les personnes impliquées (emprunteur, prêteur et cautions) sont de nationalité allemande.

Par ailleurs, il serait généralement admis que les contrats de cautionnement ne seraient que l'accessoire du contrat principal qu'ils garantissent et dès lors, ils seraient soumis à la même loi, en l'occurrence la loi allemande.

La société SOCIETE1.) AG en déduit que les contrats litigieux présentent des liens manifestement plus étroits avec l'Allemagne.

A admettre que la loi luxembourgeoise est applicable aux contrats de cautionnement litigieux, force serait de constater que cette circonstance ne changerait rien à la validité des engagements pris par PERSONNE1.) à titre de caution.

Concernant le reproche de l'appelant que les contrats litigieux ne respecteraient pas les formalités prévues à l'article 1326 du Code civil, il y aurait lieu de constater que les contrats de cautionnement litigieux auxquels l'appelant a souscrit en pleine connaissance de cause s'analyseraient en des cautionnements commerciaux et seraient dès lors dispensés des conditions de l'article 1326 précité.

Ainsi, en sa double qualité d'associé-gérant de la société SOCIETE3.), la partie appelante aurait eu un intérêt évident et manifeste dans le fonctionnement de la société, de sorte que les cautionnements litigieux sont à qualifier de cautionnements commerciaux.

PERSONNE1.) aurait conclu en première instance et dès lors avoué au sens de l'article 1356 du Code civil que « *En l'espèce, le cautionnement a été donné par la partie concluante (lire : PERSONNE1.) en tant que dirigeant de la société SOCIETE3.) et ce dans le cadre de ses activités commerciales et industrielles.*

Il ne s'agit dès lors pas d'un consommateur au sens du prédit article ».

Si l'appelant n'est de son propre aveu pas consommateur, il a nécessairement agi à des fins qui entrent dans son activité commerciale.

Le jugement du 30 juin 2017 aurait confirmé qu' « *En l'espèce, il est constant que PERSONNE1.) était associé de la société de droit allemand SOCIETE3.) GmbH et qu'il a souscrit les contrats de cautionnement actuellement litigieux en cette seule qualité et dans l'intérêt de faire fonctionner son entreprise. Il ne peut donc être considéré comme ayant agi pour un usage étranger à son activité professionnelle ».*

La société SOCIETE1.) AG déduit des considérations ci-avant que l'article 1326 du Code civil ne s'applique pas au présent litige.

A admettre que tel est néanmoins le cas, il conviendrait de constater que la partie appelante n'a jamais contesté ni l'étendue de son engagement, ni avoir daté et signé les deux contrats de cautionnement de sa propre main, si bien que les contrats de cautionnement litigieux constitueraient des commencements de preuve par écrit au sens de l'article 1347 du Code civil qui seraient en l'occurrence à suffisance complétés par l'absence de contestations de sa part.

Concernant la demande en communication des originaux des contrats de cautionnement, la partie intimée estime que cette demande est dépourvue de pertinence.

PERSONNE1.) qui, en huit ans de procédure, n'aurait jamais contesté l'étendue de son engagement semblerait désormais et pour la première fois insinuer que la modification du montant de 130.000,- € en 190.000,- € aurait été fait à son insu.

En ce qui concerne le droit de rétractation, la société SOCIETE1.) AG constate que dans l'acte d'appel, PERSONNE1.) fait usage de son droit de rétractation pour se voir délier de ses engagements au titre des contrats de cautionnement du 4 juillet 2022 et du 22 novembre 2022.

Elle fait rappeler que le droit de rétractation aurait été conçu dans un souci de protection du consommateur et ne serait concevable que dans une relation *Business to customer*.

Or, tel qu'il résulterait de l'aveu même de PERSONNE1.), celui-ci ne serait pas à qualifier de consommateur et il ne saurait dès lors invoquer un quelconque droit de rétractation pour se soustraire à ses obligations.

Aucun formulaire intitulé « *Widerrufsbelehrung für Haustürgeschäfte* » n'aurait été annexé au contrat de cautionnement n°1610198840 du 4 juillet 2012.

Ainsi, et à admettre l'existence d'un droit de rétractation au profit de l'appelant - ce qui demeure contesté - , ce droit serait limité au contrat du 22 novembre 2022 et il aurait, en vertu des stipulations du formulaire intitulé « Widerrufsbelehrung für Haustürgeschäfte », appartenant à PERSONNE1.) d'exercer le droit de rétractation endéans les 14 jours à partir de la date où il a signé et pris connaissance de la « Widerrufsbelehrung », c'est-à-dire au plus tard le 6 décembre 2022.

Une rétractation par voie de conclusions une décennie après la signature des contrats de cautionnement serait manifestement tardive.

Quant au reproche de ne pas avoir respecté son devoir d'information envers la caution, la société SOCIETE1.) AG considère qu'eu égard à ses profils personnel et professionnel, et notamment eu égard à sa qualité d'associé-gérant de la société SOCIETE3.), PERSONNE1.) ne saurait en aucun cas être qualifié de caution non avertie dans ses rapports avec la banque.

Eu égard à l'ensemble de ces considérations, la partie intimée demande de déclarer l'appel non fondé et de confirmer le jugement entrepris en toute sa teneur.

Elle réclame une indemnité de procédure de 2.500,- € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Appréciation de la Cour

L'appel introduit dans les formes et délai de la loi est à déclarer recevable.

1. Quant au bien-fondé de l'appel

1.1. La loi applicable au contrat

PERSONNE1.) demande à appliquer le droit luxembourgeois aux contrats de cautionnement alors qu'ils ne contiendraient pas de choix de droit applicable conforme aux exigences de l'article 3 du Règlement Rome I. Dès lors, le droit de l'Etat de la résidence habituelle de la caution leur serait applicable, conformément à l'article 4.2. du Règlement Rome I.

Concernant l'application du droit luxembourgeois aux contrats de cautionnement, la société SOCIETE1.) AG oppose à PERSONNE1.) l'irrecevabilité pour défaut d'intérêt à agir dans son chef, sinon pour être une demande nouvelle au sens de l'article 592 du Nouveau Code de procédure civile, sinon pour contrevenir à l'aveu judiciaire de l'appelant au sens de l'article 1356 du Code civil, sinon par l'application de la théorie de l'estoppel.

Il résulte du jugement entrepris que la question de la soumission des contrats de cautionnement à la loi allemande était considérée par les juges de première instance comme un fait constant.

Les différentes conclusions de PERSONNE1.) prises en première instance versées par la société SOCIETE1.) AG à titre de pièces confirment que celui-ci n'a pas contesté l'application de la loi allemande au litige (« *effectivement, le prédit contrat de cautionnement se réfère aux articles du « Bürgerliches Gesetzbuch » (BGB), de sorte que les parties se sont accordées à ce que le droit allemand soit applicable à leur contrat* ») et qu'il en a même fait état en se prévalant des dispositions des articles 766 et 771 du BGB.

L'invocation de l'applicabilité de la loi luxembourgeoise aux contrats de cautionnement litigieux ne constitue pas une demande nouvelle prohibée en appel, mais un moyen nouveau que l'appelant est libre de produire pour la première fois en instance d'appel.

A ce titre, il ne saurait pas non plus être question d'un défaut d'intérêt à agir, le moyen nouvellement invoqué ayant pour fin d'obtenir la réformation de la décision entreprise.

Concernant l'argument tiré de l'aveu judiciaire, il y lieu de rappeler que la déclaration d'une partie ne peut être retenue contre elle comme constituant un aveu que si elle porte sur des points de fait et non sur des points de droit.

Or, la détermination de la loi applicable à un contrat est une question de droit.

La société SOCIETE1.) AG reproche encore à PERSONNE1.) une violation du principe de cohérence à son détriment.

Il y a lieu de rappeler que la fin de non-recevoir tirée du principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui sanctionne l'attitude procédurale consistant pour une partie, au cours d'une même instance, à adopter des positions contraires ou incompatibles entre elles dans des conditions qui induisent en erreur son adversaire sur ses intentions.

Or, la seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir (Cass. ass. plén., 27 févr. 2009, n° 07-19.841 : JurisData n° 2009-047173 ; JCP G 2009, II, 10073, P. Callé ; D. 2009, p. 1245, D. Houtcieff).

Les défenses au fond peuvent être invoquées en tout état de cause et, pour justifier les prétentions qu'elles ont soumises au premier juge, les parties peuvent, en cause d'appel, invoquer des moyens nouveaux (Cass. com., 10 févr. 2015, n° 13-28.262, Cass. 1^{ère} civ., 28 oct. 2015, n° 14-22.207, Cass, 3^{ème} civ., 3 nov. 2016, n°15-25.427).

Le principe de liberté de la défense est ainsi opposé au principe de l'estoppel.

Le grief de l'intimée adressé à l'appelant que sa position a changé de manière inconciliable depuis la première instance ne saurait, alors qu'il est dirigé contre un moyen de défense au fond, entraîner l'irrecevabilité dudit moyen.

Eu égard aux soutènements actuels de PERSONNE1.) que la loi luxembourgeoise est applicable aux contrats de cautionnement litigieux, il y a lieu d'examiner le bien-fondé de cette affirmation.

Concernant la loi applicable, il y a lieu de se référer au Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

L'article 3, paragraphe 1, du Règlement Rome I dispose que : « *Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat* ».

Le choix de la loi applicable ne doit pas nécessairement être explicite et se refléter dans une clause écrite du contrat. Il peut se déduire implicitement de l'ensemble des dispositions du contrat, de son environnement économique comme des relations habituelles des parties, de l'utilisation de contrats types connus uniquement d'un pays ou de la désignation de la juridiction compétente ou du lieu où les litiges doivent être tranchés par voie d'arbitrage. (F. Schockweiler: La loi applicable aux obligations contractuelles au Luxembourg après l'adoption, en droit national, des règles de la convention de Rome du 19 juin 1980, in: Diagonales à travers le droit luxembourgeois, Livre jubilaire de la Conférence St. Yves, p.776, p.58 et s).

S'il ne résulte pas de l'engagement de caution que les parties ont choisi expressément la loi applicable aux contrats de cautionnement, toujours est-il que les contrats se réfèrent et citent *in extenso* les dispositions du BGB (§ 769, §770, §771 et §776) qui régissent les droits et obligations de la caution.

En signant les contrats de cautionnement, les parties ont dès lors choisi de façon certaine l'application desdites dispositions, et partant de la loi allemande, à leurs contrats.

PERSONNE1.) qui s'est prévalu lui-même des dispositions de la loi allemande tout au long de la procédure de première instance, reste par ailleurs en défaut d'expliquer en quoi il y aurait eu méprise sur la loi applicable.

Le jugement entrepris est dès lors à confirmer en ce qu'il a retenu que la loi allemande est applicable aux contrats de cautionnement litigieux.

1.2. Quant à la demande en communication des originaux des contrats de cautionnement

PERSONNE1.) réitère sa demande d'enjoindre avant tout autre progrès en cause à la partie intimée de communiquer à la partie appelante les originaux des deux contrats de cautionnement litigieux afin de « *pouvoir prendre plus amplement position par rapport à ces documents qui ont été modifiés, semble-t-il par la partie intimée elle-même* ».

La société SOCIETE1.) AG conteste cette demande pour manque de pertinence.

A l'instar des juges de première instance, la Cour considère que la demande en communication forcée des contrats de cautionnement litigieux manque de pertinence alors qu'il résulte des pièces que PERSONNE1.) a daté et signé de sa propre main les deux contrats de cautionnement litigieux.

Par ailleurs, l'appelant ne motive pas cette demande.

En effet, s'il se prévaut désormais de la modification du montant concernant le contrat de cautionnement n°0800796691 du 22 novembre 2012 par la partie intimée, il laisse d'expliquer quel est l'intérêt concret de disposer de l'original du contrat.

La copie dudit contrat contenant la modification en question a déjà été dans les débats en première instance sans que le changement du montant n'ait été discuté par l'appelant ou invoqué à l'appui de sa demande en communication forcée de l'original en première instance.

Une prise de position de l'appelant sur le changement du montant figurant au contrat de cautionnement n°0800796691 du 22 novembre 2012 étant possible sans qu'il n'ait besoin de communiquer l'original, la demande laisse d'être fondée.

Le jugement entrepris est dès lors à confirmer en ce qu'il a rejeté la demande en communication forcée des originaux de deux contrats de cautionnement.

1.3. Quant à la modification du montant figurant au contrat de cautionnement n°0800796691 du 22 novembre 2012

PERSONNE1.) conteste avoir donné son accord à la modification du montant figurant au contrat de cautionnement n°0800796691 du 22 novembre 2012.

Il résulte de la copie du contrat de cautionnement n°0800796691 du 22 novembre 2012 que le montant initial de 130.000,- € a été biffé et remplacé par le montant de 190.000,- € en précisant « *geändert, und vorherige Absprache mit Kunde* » suivi d'une paraphe.

Dans la mesure où le montant de 190.000,- € figurait dans les différentes mises en demeure adressées à PERSONNE1.), il est invraisemblable que ce dernier n'ait pas contesté le montant réclamé s'il avait été modifié à son insu.

Celui-ci n'a pas non plus soulevé une contestation à cet égard tout au long de la procédure en première instance.

Finalement, il y a lieu de relever qu'il ne tire aucune conclusion juridique de ses contestations.

La Cour considère dès lors que les insinuations actuelles de PERSONNE1.) que la modification du montant a été opérée à son insu sont à écarter pour manque de crédibilité.

1.4. Quant au droit de révocation

Soutenant ne pas avoir eu notification de la « Widerrufsbelehrung für Haustürgeschäfte » dans le cadre du cautionnement du 4 juillet 2012 relatif au crédit souscrit pour un montant initial de 487.444,80 €, respectivement d'une nouvelle « Widerrufsbelehrung für Haustürgeschäfte » dans le cadre du cautionnement du 22 novembre 2012 suite à la modification du montant de 130.000,- € à 190.000,- €, l'appelant fait valoir que le délai de rétractation n'aurait jamais commencé à courir et il demande acte dans l'acte d'appel de faire usage de ce droit.

La société SOCIETE1.) AG objecte que le droit de rétractation conçu dans un souci de protection du consommateur ne trouverait pas application au motif que PERSONNE1.) n'a pas qualité de consommateur dans les relations avec elle, de sorte qu'il ne saurait invoquer un quelconque droit de rétractation à son profit.

Il est constant en cause que PERSONNE1.) s'est vu remettre un formulaire « Widerrufsbelehrung für Haustürgeschäfte » en ce qui concerne le contrat de cautionnement n°0800796691 du 22 novembre 2012, qu'il a signé le 22 novembre 2012.

Aucun formulaire n'était annexé au contrat de cautionnement du 4 juillet 2012.

La preuve du contenu de la loi étrangère incombe aux parties, plus précisément à la partie dont la prétention est soumise à la loi étrangère (Le Droit International Privé au Grand-Duché de Luxembourg, Jean-Claude WIWINIUS, 3ème édition, page 52).

Il est constant en cause que le prêt respectivement l'ouverture de compte accordés par la partie intimée à la société SOCIETE3.) ont servi à l'exécution de l'activité professionnelle de cette dernière.

PERSONNE1.) était un associé de cette société et il a souscrit les contrats de cautionnement litigieux en cette seule qualité et dans l'intérêt de faire fonctionner son entreprise.

Eu égard aux contestations de la partie intimée quant à l'existence du droit de rétractation au profit d'un client professionnel, il aurait appartenu à PERSONNE1.) non seulement de rapporter la preuve du contenu des dispositions légales allemandes, mais encore de justifier que leurs conditions d'application sont remplies en l'espèce.

Or, l'appelant ne cite même pas le texte de loi réglementant le droit de rétractation invoqué.

Le fait que la partie intimée ait remis un formulaire « Widerrufsbelehrung für Haustürgeschäfte » en ce qui concerne le contrat de cautionnement du 22 novembre 2012 à PERSONNE1.) ne prouve, en l'absence d'autres éléments, que le contrat en question tombe effectivement sous la notion de « Haustürgeschäft ».

PERSONNE1.) n'établit pas qu'il bénéficie en l'espèce d'un droit de rétractation en vertu du « Haustürgeschäft ».

Par ailleurs, concernant le contrat de cautionnement n°0800796691 du 22 novembre 2012 et indépendamment de la question de savoir si le contrat en question tombe sous la notion de « Haustürgeschäft », force est de constater que PERSONNE1.) n'a pas fait usage de son droit de rétractation dans le délai imparti.

Le jugement entrepris est dès lors à confirmer en ce qu'il a écarté le moyen tiré du droit de rétractation.

1.5. Quant au devoir d'information

L'appelant reproche à la société SOCIETE1.) AG d'avoir manqué à son devoir d'information à son égard, manquement qui lui aurait causé préjudice.

Ainsi, la partie intimée aurait dû apprécier s'il était susceptible d'honorer les engagements souscrits à titre de caution et l'avertir des risques encourus.

Aucune pièce établissant que la partie intimée se serait renseignée de la solvabilité de la caution ou encore qu'elle l'aurait mis en garde des risques encourus ne serait versée en cause.

Il y aurait une perte d'une chance dans son chef de ne pas s'engager en tant que caution des engagements du débiteur principal.

Par réformation de la décision entreprise, PERSONNE1.) demande à être déchargé des cautionnements litigieux.

Force est de relever que l'appelant demande, non pas à être déchargé des condamnations, mais des cautionnements litigieux.

A l'instar de la juridiction de première instance, la Cour constate que l'appelant reste en défaut de rapporter la preuve que la société SOCIETE1.) aurait été tenue à son égard d'une obligation de mise en garde et d'une obligation de se renseigner sur la solvabilité de la caution envisagée selon la loi et/ou la jurisprudence allemande.

Il reste encore en défaut d'établir quelle est la conséquence en droit allemand de la violation des obligations alléguées sur les cautionnements.

Le jugement est dès lors à confirmer en ce qu'il a écarté les prétentions de PERSONNE1.) tirées d'un prétendu manquement au devoir d'information par la société SOCIETE1.) AG.

1.6. Conclusions

Au vu des considérations ci-avant, l'appel de PERSONNE1.) est à déclaré non fondé et le jugement n° NUMERO0.) du 4 décembre 2020 est à confirmer par adoption de ses motifs.

2. Quant aux demandes accessoires

PERSONNE1.) demande à être déchargé de la condamnation au paiement d'une indemnité de procédure de 1.000,- € pour la première instance.

Il réclame une indemnité de procédure de 1.000,- € pour l'instance d'appel.

La société SOCIETE1.) AG demande l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.500,- € pour l'instance d'appel.

L'indemnité de procédure ne peut être allouée à la partie succombante. Pour le surplus, l'application de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile relève du pouvoir discrétionnaire du juge (Cour de cassation 2 juillet 2015, Arrêt N° 60/15, JTL 2015, N° 42, page 166).

C'est à bon droit et par des motifs que la Cour adopte que les juges de première instance ont condamné PERSONNE1.) à payer à la société SOCIETE1.) AG une indemnité de procédure de 1.000,- €

PERSONNE1.) ayant succombé à l'instance et devant supporter la charge des dépens, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel n'est pas fondée.

La demande de la société SOCIETE1.) AG en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile de 2.500,- € pour l'instance d'appel est fondée alors qu'il serait inéquitable de laisser les frais non compris dans les dépens à sa charge.

PAR CES MOTIFS :

La Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel,

le dit non fondé,

confirme le jugement n° NUMERO0.) du 4 décembre 2020,

condamne PERSONNE1.) à payer à la société de droit allemand SOCIETE1.) AG la somme de 2.500,- € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

condamne PERSONNE1.) aux frais et dépens de l'instance d'appel,