

Texte pseudonymisé

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

Arrêt N° 138/20 – VII – CIV

Audience publique du vingt-huit octobre deux mille vingt

Numéros CAL-2020-00411 et CAL-2020-00412 du rôle.

Composition:

Karin GUILLAUME, président de chambre ;
Elisabeth WEYRICH, premier conseiller ;
Yola SCHMIT, conseiller ;
Daniel SCHROEDER, greffier.

I) E n t r e :

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

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Christien KOVELTER, en remplacement de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg en date du 14 janvier 2020,

comparant initialement par Maître Laurent BACKES, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, ayant déposé mandat ;

e t :

1. la SOCIETE1.), établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par son conseil d'administration,

intimée aux fins du susdit exploit KOVELTER du 14 janvier 2020,

comparant par l'étude SCHILTZ & SCHILTZ S.A., établie et ayant son siège social à L-1610 Luxembourg, 24-26, avenue de la Gare, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Franz SCHILTZ, avocat à la Cour, demeurant à la même adresse ;

2. la société à responsabilité limitée SOCIETE2.), établie et ayant son siège social à F-ADRESSE3.), représentée par son gérant,

intimée aux fins du susdit exploit KOVELTER du 14 janvier 2020,

comparant initialement par Maître Claude GEIBEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, ayant déposé son mandat ;

II) E n t r e :

la société à responsabilité limitée SOCIETE2.), établie et ayant son siège social à F-ADRESSE3.), représentée par son gérant,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Yves TAPELLA d'Esch/Alzette en date du 14 janvier 2020,

comparant initialement par Maître Claude GEIBEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, ayant déposé mandat ;

e t :

1. la SOCIETE1.), établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par son conseil d'administration,

intimée aux fins du susdit exploit TAPELLA du 14 janvier 2020,

comparant par l'étude SCHILTZ & SCHILTZ S.A., établie et ayant son siège social à L-1610 Luxembourg, 24-26, avenue de la Gare, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Franz SCHILTZ, avocat à la Cour, demeurant à la même adresse ;

2. PERSONNE1.), demeurant à F-ADRESSE1.),

intimé aux fins du susdit exploit TAPELLA du 14 janvier 2020,

comparant initialement par Maître Laurent BACKES, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, ayant déposé son mandat.

LA COUR D'APPEL :

Par acte d'appel du 14 janvier 2020, la société SOCIETE2.) a régulièrement relevé appel du jugement du 30 octobre 2019 par lequel le tribunal d'arrondissement de Luxembourg l'a condamné à payer à la société anonyme SOCIETE1.), (ci-après SOCIETE1.)) le montant de 1.702.857,77 CHF avec les intérêts conventionnels au taux LIBOR augmentés d'une marge de 1,25 % par an sur le montant principal de 1.563.254,07 CHF à partir du 3 octobre 2012 jusqu'à solde.

Par acte d'appel du 14 janvier 2020, PERSONNE1.) a lui aussi régulièrement relevé appel dudit jugement l'ayant, en qualité de caution, condamné solidairement avec la société à responsabilité limitée SOCIETE2.) à payer à la société anonyme SOCIETE1.), (ci-après SOCIETE1.)) le montant de 1.160.000 euros avec les intérêts au taux légal à partir du 23 avril 2018 jusqu'à solde, ainsi qu'une indemnité de procédure de 2.000 euros.

Il résulte des rétroactes que la SOCIETE1.) avait, suivant convention de crédit du 28 août 2007, consenti à la sàrl SOCIETE2.) une avance de crédit sous forme d'avance à terme fixe pour un montant de 1.600.000 euros, la société SOCIETE2.) ayant opté d'utiliser le crédit en CHF comme le lui permettait l'article 2 de la convention de crédit.

Au début de l'année 2012, la société SOCIETE2.) n'ayant pas régularisé son retard de paiement des intérêts débiteurs redus ainsi que l'appel de marge, la SOCIETE1.) a, par courrier du 25 janvier 2012, dénoncé le crédit et exigé le paiement du solde de 1.585.004,84 CHF pour le 5 décembre 2012.

La dépréciation de l'euro par rapport au franc suisse a entraîné une hausse de coût du crédit.

Suivant décompte du 31 décembre 2017 versé par la SOCIETE1.), le montant réclamé s'élevait à un total de 1.702.857,77 CHF dont 1.563.254,07 CHF à titre de principal et 139.603,70 CHF du chef des intérêts.

La société SOCIETE2.) a été condamnée au paiement du montant total du découvert de 1.702.857,77 et PERSONNE1.) au montant de 1.160.000 euros auquel celui-ci avait limité son cautionnement, avec les intérêts légaux.

La société SOCIETE2.), domiciliée à l'étranger, reproche aux premiers juges d'avoir rejeté le moyen d'incompétence internationale résultant de la nullité de la clause attributive de juridiction figurant dans l'acte de cautionnement. Dans la mesure où tant la convention de crédit que l'acte de cautionnement attribuaient compétence aux tribunaux luxembourgeois, tout en réservant à la banque le droit de porter le litige devant toute autre juridiction, elle invoque un arrêt de la Cour de cassation française du 26 septembre 2012 qui a sanctionné par la nullité les clauses attributives de juridiction potestatives.

La société SOCIETE2.) soutient encore que la banque serait restée en défaut de prouver avoir versé la somme à cette société, respectivement d'avoir refinancé au moyen du crédit un crédit existant auprès de la société générale ou d'avoir constitué un portefeuille de valeurs mobilières et reproche aux juges de première instance de ne pas avoir recouru à une expertise financière pour vérifier ces points.

L'appelante reproche à la banque d'avoir mal géré le crédit en laissant perdurer le prêt de 2007 à 2012 en l'absence de tout paiement même partiel, ce alors que la dépréciation de l'euro par rapport au franc suisse a entraîné une hausse notoire du coût du crédit.

PERSONNE1.) reprend dans son acte d'appel à son compte les arguments développés par la société SOCIETE2.).

Il critique encore le jugement entrepris en ce qu'il a retenu que lui-même était à considérer comme une caution avertie et que la banque était en conséquence dispensée de toute obligation d'information et de mise en garde à son égard quant aux risques de change, faisant valoir que la notion de caution avertie impliquerait une analyse in concreto des capacités de la caution et ne résulterait pas de sa simple qualité de dirigeant et d'associé de la société emprunteuse.

Au vu de ces éléments l'appelant conclut en ordre subsidiaire à voir dire que la banque SOCIETE1.) a manqué à son obligation d'information, de conseil et de mise en garde et à se voir décharger de toute condamnation à l'égard de la banque.

Il demande à voir déclarer le présent arrêt commun à la sàrl SOCIETE2.) et à voir condamner la SOCIETE1.) ~~condamnée~~ à lui payer une indemnité de procédure de 5.000 euros pour l'instance d'appel.

Les deux appels se rapportant à un même jugement, il y a lieu dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice d'en ordonner la jonction.

Les mandataires des appelants ont déposé leur mandat après l'introduction de l'appel. L'intimée a demandé à voir statuer sur le mérite des appels interjetés, comme l'y autorise l'article 75 du NCPC.

Appréciation de la Cour :

Quant à la compétence du tribunal saisi

Pour justifier la compétence des tribunaux luxembourgeois à l'égard de la société SOCIETE2.), la SOCIETE1.) a invoqué l'article 5.8 de la convention de crédit du 28 août 2007, en vertu duquel « les tribunaux de Luxembourg sont seuls compétents pour connaître de toutes contestations entre la Banque et l'emprunteur et/ou le garant. La Banque pourra cependant porter le litige devant toute autre juridiction qui aurait normalement compétence ».

A l'égard de l'emprunteur elle a invoqué la clause X du contrat de cautionnement du 24.03.2010, suivant laquelle « le présent cautionnement est soumis au droit luxembourgeois, la Banque pourra cependant porter le litige devant tout autre juridiction qui aurait normalement compétence à l'égard de la caution et /ou du cautionné ».

C'est à juste titre que le tribunal a écarté le moyen de nullité avancé par les appelants à l'égard de ces clauses.

La décision de la Cour de Cassation française du 26 septembre 2012, invoquée par les appelants, a suscité de nombreuses critiques doctrinales. En particulier l'utilisation de la notion de potestativité en présence d'une clause de juridiction qui ne crée pas vraiment de rapport d'obligation entre un débiteur et un créancier a été contestée par ces auteurs (cf. l'article de P. Ancel, G. Cuniberti, JTL.2013, no 25, p.8), l'article 1174 du Code civil, conçu pour régir une modalité d'une obligation civile, n'étant pas vraiment taillé pour gouverner une clause dont l'effet et l'objet sont avant tout d'ordre juridictionnel.

Mais cette jurisprudence a également été critiquée au regard du droit des conflits de juridictions, les auteurs retenant que les clauses de juridiction stipulées « *en faveur* » d'une seule partie étaient expressément admises par la Convention de Bruxelles et laissaient à la partie favorisée le droit de saisir tout autre tribunal compétent en vertu de la Convention (article 17.5) et que rien n'indiquait que le Règlement Bruxelles I ait voulu interdire les clauses dissociatives qui avantagent l'une des parties. Au contraire, retiennent ces auteurs, la licéité de ces clauses se trouve admise de manière implicite dans son article 23 qui énonce : « *cette compétence (conférée par la clause) est exclusive, sauf convention contraire des parties* ».

« Les parties peuvent donc moduler l'effet juridictionnel de la clause et notamment le rendre impératif pour l'une d'elles et facultatif pour l'autre. Cette lecture est confortée par la place faite à l'autonomie des parties par le Règlement Bruxelles I. En effet, en dehors des contrats conclus avec « des parties faibles » protégées par le Règlement, l'autonomie des parties doit être respectée sous réserve des fors de compétence exclusifs prévus dans le règlement » (cf. l'article paru dans la revue Banque & Droit no 148, mars-avril 2013, « réflexions sur les clauses de juridiction asymétriques » de M.E Ancel, L. Marion et L. Wynaendts).

Dans le présent cas, la clause ne permet pas à la banque de saisir n'importe quelle juridiction de son choix, mais seulement toute autre juridiction compétente.

L'expression renvoie donc clairement aux règles de compétence de droit commun et plus particulièrement au règlement Bruxelles I. Les deux fondements de l'article 23 du Règlement Bruxelles I, à savoir le respect de l'autonomie des parties et la sécurité juridique, sont dès lors respectés.

Au vu de ces considérations, la clause invoquée par la demanderesse est à déclarer valable au regard du règlement CE no 44/ 2001 et le jugement entrepris est à confirmer sur la question de la compétence.

Quant au bien-fondé de la demande en paiement de la banque.

Les appelants ont réitéré en appel leur argumentation que la banque serait restée en défaut de prouver avoir versé la somme à la société SOCIETE2.), respectivement avoir refinancé au moyen du crédit un crédit existant auprès de la société générale ou avoir constitué un portefeuille de valeurs mobilières.

Sur ce point la Cour fait sienne la motivation exhaustive des juges de première instance qui, après avoir à juste titre écarté les contestations formulées par la société SOCIETE2.) et par PERSONNE1.) quant à une affectation incorrecte du crédit par la banque, ont, sur la base des pièces versées en cause par la banque, correctement chiffré la créance de la banque au montant de 1.702.857,77 CHF (valeur 31 décembre 2017, dont au titre de principal la somme de 1.563.2574,07 CHF et de frais et intérêts celui de 139.603,70 CHF) et condamné la société SOCIETE2.) à payer ce montant à la banque avec les intérêts conventionnels majorés tels que spécifiés dans le dispositif du jugement à partir du 3 octobre 2012 jusqu'à solde.

C'est encore en vain que l'appelante reproche à la banque d'avoir mal géré le crédit en laissant perdurer le prêt de l'année 2007 à l'année 2012 en l'absence de tout paiement même partiel ce alors que la dépréciation de l'euro par rapport au franc suisse a entraîné une hausse notoire du coût du crédit, alors qu'il lui était loisible suivant l'article 2.4. du contrat de procéder au

remboursement anticipé de l'avance à terme fixe en présence d'une évolution défavorable du risque de change.

Le jugement est partant à confirmer en ce qui concerne la condamnation de la société SOCIETE2.).

PERSONNE1.), condamné par le jugement entrepris à payer à la banque le montant de 1.160.000 euros avec les intérêts au taux légal à partir du 23 avril 2018 jusqu'à solde, sur base du contrat de cautionnement par lui souscrit en date du 24 mars 2010 reproche encore aux juges de première instance de ne pas avoir fait droit à son moyen tiré du manquement par la banque à son devoir d'information, de conseil et de mise en garde, critiquant notamment le fait qu'il ait été considéré comme caution avertie.

Il estime que les éléments sur lesquels se sont basés les juges de première instance, à savoir sa qualité d'actionnaire et de gérant unique de la société SOCIETE2.) et de signataire de la convention de crédit, ne sauraient suffire à lui conférer la qualité de caution avertie et invoque diverses décisions de la Cour de cassation française à l'appui de cette argumentation. Il conclut dès lors à se voir décharger de toute condamnation.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement entrepris sur ce point, citant un arrêt du 15 février 2017 de la Cour d'appel du 15 février 2017 statuant sur renvoi de la Cour de cassation après l'arrêt rendu le 21 janvier 2016 par cette dernière qui a reconnu la qualité de caution avertie à une secrétaire de direction, qui, même si elle ne travaillait pas à plein temps, était impliquée dans la vie des entreprises et avait participé à la gestion des deux sociétés pour lesquelles elle s'était portée caution et disposait des informations nécessaires à l'appréciation de la portée de ses engagements et de la situation financière des deux sociétés au moment où elle s'était portée caution.

La Cour de cassation française avait tendance à qualifier d'avertie la caution dès lors qu'elle a occupé des fonctions de direction. Le chiffre d'affaires de la société, son domaine d'activité, le nombre de salariés qu'elle emploie, la durée d'exercice des fonctions de dirigeant n'avaient généralement aucune incidence sur la qualification de caution avertie (Com. 18 févr. 2004, n° 02-18.064, RTD com. 2004. 583, obs. Legeais – V. néanmoins Com. 23 juin 1998, n° 95-16.117, Bull. civ. IV, n° 208 ; JCP E 1998. p. 1831, note Legeais ; Banque et Dr. 2/1999. 74, obs. Guillot, qui relève que les dirigeants n'étaient des professionnels ni de la finance, ni du secteur d'activité concerné [hôtellerie]. – 8 juill. 2008, n° 07-14.234, qui souligne l'expérience du dirigeant). La Cour de cassation a par la suite évolué, retenant une approche plus subjective. Plus que la fonction occupée, ce sont les compétences et expériences concrètes de la caution qui importent (Com. 31 janv. 2012, n° 10-24.694, JCP 2012. 1025, obs. Simler ; RDBF mars 2012, p. 46, obs. Legeais. – Com. 11 avr. 2012, n° 10-25.904, RLDC juin

2012, p. 32, obs. Marraud des Grottes. – Com. 13 nov. 2012, n° 11-24.178 , Gaz. Pal. 12 déc. 2012, p. 13, obs. Albigès. – Com. 27 nov. 2012, n° 11-25.967, D. 2013. 1706, obs Crocq ; JCP 2013. 1014, obs. Simler. – Com. 22 mars 2016, n° 14-20.216 , Gaz. Pal. 7 juin 2016, p. 70, obs. Bourassin). Il appartient désormais au créancier de démontrer que le dirigeant caution est une caution avertie.

En l'espèce, il résulte des pièces supplémentaires versées en instance d'appel par la société SOCIETE1.) que PERSONNE1.) détient 29 mandats de dirigeant dans des sociétés civiles immobilières ayant pour objet la promotion immobilière de logements, la location de logement, la construction d'ouvrages de génie civil, l'ingénierie et études techniques, la location de terrains et autres bien immobiliers, les activités de marchand de biens, l'activité d'hôtel et hébergement similaire, le début de ses activités remontant à l'année 1991.

Dans ce contexte il a dû acquérir une longue expérience en matière d'emprunts, de sorte que c'est à bon droit que la banque fait valoir qu'il est à considérer comme caution avertie suffisamment au fait des risques de change découlant du risque de fluctuation du cours des devises et qu'elle n'était tenue à son égard d'aucune obligation de mise en garde.

Tant la convention de crédit du 28 août 2007, que PERSONNE1.) a signé en sa qualité de dirigeant de la société SOCIETE2.), que l'avenant à la convention de crédit du 28 août 2007 signé le 24 mars 2010 par lequel il s'était une première fois porté caution de la société SOCIETE2.) mentionnent par ailleurs expressément « *le risque de change découlant de la fluctuation entre le cours de la devise dans laquelle le crédit lui est octroyé et de toute autre devise dans laquelle l'emprunteur déciderait d'utiliser le crédit* », de sorte qu'aucun manquement par la banque à son obligation d'information n'est établi en cause.

Il suit de ces développements que le jugement entrepris est à confirmer également en ce qu'il a condamné PERSONNE1.) à payer à la société SOCIETE1.) le montant de 1.160.000 euros avec les intérêts légaux.

Au vu du sort réservé à leurs appels, tant la société SOCIETE2.) que PERSONNE1.), sont encore à débouter de leurs demandes en allocation d'une indemnité de procédure.

Il échet au contraire de faire droit à la demande en allocation d'une indemnité de procédure formulée par la société SOCIETE1.), alors qu'il serait inéquitable de laisser à sa charge l'intégralité des frais non compris dans les dépens et de lui allouer de ce chef le montant de 2 x 1.500 euros.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, vu l'article 2 de la loi du 20 juin 2020 portant prorogation des mesures devant les juridictions soumises à la procédure civile,

ordonne la jonction des rôles CAL-2020-00411 et CAL-2020-00412,

reçoit les appels en la forme,

dit les appels non fondés,

confirme le jugement entrepris,

déboute la société SOCIETE2.) et PERSONNE1.) de leurs demandes en allocation d'une indemnité de procédure,

condamne la société SOCIETE2.) et PERSONNE1.) à payer chacun le montant de 1.500 euros au titre d'indemnité de procédure à la société la société anonyme SOCIETE1.),

condamne la société SOCIETE2.) et PERSONNE1.) aux frais et dépens de l'instance.

Madame le Président de chambre Karin GUILLAUME étant dans l'impossibilité de signer, la minute du présent arrêt est signée, conformément à l'article 82 de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, par le conseiller le plus ancien en rang ayant concouru à l'arrêt.