

Arrêt N° 65/19 – VII – REF

Audience publique du huit mai deux mille dix-neuf

Numéro CAL-2018-01048 du rôle.

Composition:

Astrid MAAS, président de chambre;
Karin GUILLAUME, premier conseiller;
Yola SCHMIT, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

N),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Laura GEIGER, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg en date du 20 novembre 2018,

comparant par Maître Philippe STEFFEN, en remplacement de Maître Pierre REUTER, avocats à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

e t :

la société anonyme BANQUE X),

intimée aux fins du susdit exploit GEIGER du 20 novembre 2018,

comparant par Maître Perrine KLOPFENSTEIN, en remplacement de Maître Franz SCHILTZ, avocats à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par ordonnance du 3 août 2018, un juge du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement de Madame le Président du même tribunal, statuant contradictoirement, a rejeté le contredit formé par « N) » contre l'ordonnance conditionnelle de paiement n° 2018TALORDP/00250, rendue le 4 avril 2018, lui notifiée le 9 avril 2018 et lui enjoignant de payer la somme de 48.901,75 € en principal, avec les intérêts légaux à partir de l'introduction de la demande jusqu'à solde et la somme de 150 € à titre d'indemnité de procédure à la société anonyme BANQUE X).

Par même ordonnance « N) » a été condamnée à payer à la BANQUE X) la somme de 48.901,75 € avec les intérêts légaux à partir du 29 mars 2018, date de l'obtention de l'ordonnance conditionnelle de paiement, jusqu'à solde ainsi qu'une indemnité de procédure de 750 € et aux frais et dépens de l'instance.

Par ordonnance du 31 août 2018, l'ordonnance du 3 août 2018 a été rectifiée en ce sens que le nom de « N) » a été rectifié en celui de « N) ».

Les deux ordonnances ont été signifiées le 5 novembre 2018 à N).

Par exploit d'huissier de justice du 20 novembre 2018, N) a interjeté appel contre l'ordonnance de référé n° 2018TALREFO/402 du 3 août 2018, dont le dispositif a été rectifié par ordonnance n° 2018TALREFO/429 du 31 août 2018.

Il est de principe que dans le cas d'une rectification d'un jugement, les rectifications faites s'identifient avec le premier jugement et ne forment avec lui qu'un seul et même jugement.

Les dispositions de la décision rectificative s'adjoignent aux dispositions figurant dans le jugement rectifié, pour aboutir, après correction du vice qui affectait celui-ci, à une décision judiciaire unique (Versailles, 25 févr. 1999, Gaz. Pal. 1999. 2. Somm. 379).

Il s'ensuit qu'en cas d'appel sur le fond du jugement, l'appel doit être relevé, non pas du jugement rectificatif, mais du jugement rectifié, le jugement rectificatif se confondant avec celui-ci (Cour 4 juin 2002, n°26261 du rôle), la rectification ne concernant par définition qu'une erreur matérielle et ne touchant pas au fond du litige (Cour 18 mars 2010, n° 34862 du rôle).

L'appel dirigé dans les formes et délai de la loi contre l'ordonnance de référé du 3 août 2018 est donc recevable.

N) demande la réformation de l'ordonnance et la décharge de toute condamnation intervenue à son encontre ainsi que la condamnation de la BANQUE X) au paiement d'une indemnité de procédure de 2.500 € et aux frais et dépens de l'instance.

La BANQUE X) conclut au rejet de l'appel et de la demande en paiement d'une indemnité de procédure. Elle demande la confirmation de l'ordonnance et réclame une indemnité de procédure de 1.000 € pour l'instance d'appel.

Exposé du litige

Par acte du 28 octobre 2015, N) s'est portée caution solidaire et indivisible envers la BANQUE X) de « *toutes sommes de quelque nature que ce soit que le cautionné (la société anonyme O) S.A.) doit ou pourrait devoir à la Banque du chef de l'émission par la Banque, d'ordre du cautionné, de la lettre de garantie pour un montant principal de 600.000.- euros* ».

Ledit acte contient en dernière page la mention manuscrite : « *Bon pour cautionnement solidaire et indivisible de la somme de 600.000 euros (six cent mille euros) plus les commissions de banque, intérêts et frais ainsi que les frais judiciaires ou extrajudiciaires du recouvrement* » suivie de la signature de N).

Ce cautionnement faisait suite à l'augmentation de la ligne de garanties bancaires de 500.000 € à 600.000 € consentie par la BANQUE X) le même jour à la société O).

Le 26 octobre 2016, la BANQUE X) a mis en place une garantie bancaire au profit de la société V) GmbH & Co.KG à concurrence d'un montant de 50.000 €.

Par courrier du 2 novembre 2017, la société V) GmbH & Co. KG a fait appel à la garantie en demandant à la BANQUE X) de lui transférer le montant de 48.901,75 € ce que celle-ci a fait par virement du 8 novembre 2017.

La BANQUE X) réclame à N) le montant de 48.901,75 € avec les intérêts légaux au titre du cautionnement souscrit par celle-ci.

N) s'oppose à la demande en se référant à l'article 2016 du Code civil en exposant d'une part que le cautionnement aurait été manifestement

disproportionné par rapport à ses biens et revenus lors de la conclusion du contrat de cautionnement et en faisant valoir d'autre part qu'en tout état de cause la BANQUE X) serait déchu du droit de réclamer des intérêts au motif qu'elle aurait omis de l'informer, en application des dispositions de l'article 2016 alinéa 2 du Code civil, de l'évolution du montant de la caution.

La BANQUE X) conteste toute disproportion du cautionnement souscrit par N) en affirmant que celle-ci serait propriétaire de plusieurs biens immobiliers de sorte qu'il ne saurait être fait application de l'article 2016 alinéa 3 du Code civil. En sa qualité d'administratrice de la société O), elle serait censée être au courant des affaires de la société de sorte qu'elle devrait être qualifiée de caution avertie. Il n'y aurait dès lors pas non plus lieu de faire application de la déchéance de l'article 2016 alinéa 2 du Code civil.

Appréciation

Les règles applicables

Aux termes de l'article 919 du Nouveau code de procédure civile, le président du tribunal d'arrondissement ou le juge qui le remplace peut, dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, accorder une provision au créancier. Cette disposition rejoint celle de l'article 933 alinéa 2 du même code.

Dans le cadre d'un débat contradictoire, tel le cas en l'espèce en matière de contredit à ordonnance de référé-provision, le juge apprécie si les contestations produites par le défendeur sont sérieuses ou non.

L'octroi d'une provision suppose le constat préalable d'une obligation non sérieusement contestable au titre de laquelle la provision est demandée. Le juge des référés, qui intervient ici dans sa fonction d'anticipation, ne peut trancher une difficulté sérieuse quant à l'existence même de l'obligation pour accorder une provision. Dès lors, une contestation de nature à créer un doute sérieux sur le bien-fondé de l'obligation dont se prévaut le demandeur justifie le refus de l'octroi d'une provision. L'existence d'une contestation sérieuse, qui s'apprécie contradictoirement grâce à la confrontation des arguments des parties, résulte de ce que la défense opposée n'apparaît pas vaine et crée un doute sérieux sur le bien-fondé de l'obligation invoquée en demande (JurisClasseur Procédure civile, fasc. 474, n° 75).

En effet, le juge des référés est le juge de l'évident et de l'incontestable et la contestation sérieuse - qui lui interdit de statuer au provisoire et

d'accorder une provision - existe dès lors que l'un des moyens de défense opposé à la prétention de celui qui s'appuie sur un droit n'est pas manifestement vain, et que dès lors, autrement dit, il existe une incertitude, si faible soit-elle, sur le sens dans lequel trancherait le juge du fond s'il venait à en être saisi (Cour d'appel 24 juin 2015, septième chambre, rôle n° 41272).

Le cas d'espèce

Le cautionnement a été souscrit par N) le 28 octobre 2015, donc après l'entrée en vigueur de la loi du 8 janvier 2013 qui a ajouté à l'article 2016 du Code civil les alinéas 2 et 3 qui disposent :

«(2) Lorsque le cautionnement est contracté par une personne physique, celle-ci est informée par le créancier de l'évolution du montant de la créance garantie et de ses accessoires au moins annuellement à la date convenue entre les parties ou, à défaut, à la date anniversaire du contrat, sous peine de déchéance de tous les accessoires de la dette, frais et pénalités.

(3) Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ».

En ce qui concerne la question de savoir si l'engagement de N) était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, la BANQUE X) affirme que N) avait bien les moyens à l'époque du cautionnement dans la mesure où celle-ci était propriétaire de deux immeubles à ___ et à _____ évalués dans le projet de partage des biens lui appartenant ensemble avec B) à 800.000 € chacun ainsi que de deux immeubles en Allemagne et au Portugal évalués dans le même projet à 200.000 € chacun.

En tant qu'administrateur/gérant de la société O), celle-ci aurait également sûrement touché des dividendes.

N) conteste les affirmations de la BANQUE X) en déclarant qu'elle n'était pas seule propriétaire de ces immeubles mais qu'ils lui appartenaient en commun avec son ex-conjoint B). Ces immeubles auraient par ailleurs été largement hypothéqués, ainsi que cela résulterait du projet de partage invoqué par la BANQUE X), soit une dette hypothécaire auprès de la BANQUE X) pour un montant de 895.000 € et une dette hypothécaire auprès de la BCP pour un montant de 428.000 €.

Elle conteste avoir jamais touché des dividendes. Son mandat d'administrateur aurait par ailleurs expiré fin 2015.

Elle affirme n'avoir été qu'une simple salariée de la société O) et n'avoir touché qu'un salaire annuel brut de 16.002 € en 2015 soit un revenu imposable de 6.348,25 €.

Le faible montant de ses revenus au jour du cautionnement et la situation précaire qui en résulterait ne lui auraient manifestement pas permis de faire face au cautionnement souscrit. Il résulterait par ailleurs d'un courrier de la BANQUE X) que l'ensemble des cautionnements souscrits au fil des années et donc avant la signature de l'acte litigieux en date du 28 octobre 2015 s'élevait à un montant total de 1.167.950 €.

Elle se prévaut encore d'un arrêt de la Cour de cassation du 21 janvier 2016 (n° 13/16, n° 3564 du registre) selon lequel les juges du fond doivent rechercher si la caution *« était une personne non avertie et, dans l'affirmative, si conformément au devoir de mise en garde auquel elle [la banque] était tenue à son égard lors de la conclusion du contrat, la banque justifiait avoir satisfait à cette obligation à raison des capacités financières de la caution et des risques de l'endettement né des actes de cautionnement »*.

Elle conteste l'affirmation de la BANQUE X) qu'elle aurait eu une fonction dirigeante dans la société O), ce rôle ayant été assumé par B) qui, en sa qualité d'administrateur-délégué et de président du conseil d'administration, aurait été en charge de la gestion journalière.

A supposer-même qu'elle ait assumé une quelconque fonction participant à la direction de la société, la qualité de caution avertie n'en résulterait pas pour autant automatiquement dès lors qu'il n'était pas démontré qu'elle disposait des compétences nécessaires pour mesurer les enjeux réels et les risques liés à l'augmentation de la garantie bancaire ainsi que la portée de son engagement de caution.

Les arguments développés de part et d'autre nécessitent une analyse détaillée tant en droit qu'en fait qui échappe à la compétence des juridictions de référé, celles-ci ne pouvant se livrer qu'à un examen sommaire de la demande de provision.

Par réformation de l'ordonnance entreprise, il y a donc lieu de déclarer le contredit fondé au sens de l'article 927 du Nouveau code de procédure civile et l'ordonnance conditionnelle de paiement n°

2018TALORDP/00250, rendue le 4 avril 2018, est à considérer comme non avenue.

Les indemnités de procédure

Au vu de l'issue du litige la demande de la BANQUE X) en allocation d'une indemnité de procédure de 1.000 € pour l'instance d'appel est à rejeter.

Il en est de même de la demande de N) tendant aux mêmes fins, celle-ci ne justifiant pas l'iniquité requise par l'article 240 du Nouveau code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel ;

le dit fondé ;

réformant :

déclare le contredit fondé ;

déclare l'ordonnance conditionnelle de paiement n° 2018TALORDP/00250, rendue le 4 avril 2018, nulle et non avenue ;

dit non fondées les demandes des parties en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

condamne la société anonyme BANQUE X) aux frais et dépens des deux instances.