

Audience publique du vingt-neuf avril deux mille vingt

Numéro CAL-2019-00963 du rôle.

Composition:

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

E n t r e :

A.), retraité, demeurant à B-(...),

appelant aux termes des exploits des huissiers de justice Georges WEBER de Diekirch et Nadine TAPPELLA de Luxembourg en date du 9 août 2019,

demandeur en réassignation aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Georges WEBER de Diekirch en date du 6 mars 2020,

comparant Maître Denis PHILIPPE, avocat à la Cour, assisté de Maître Lynda MASDOUA, avocat, demeurant à Luxembourg,

e t :

1. la société anonyme BQUE.1.), établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration,

intimée aux fins du susdit exploit TAPPELLA du 9 août 2019,

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

2. **B.**), gérant de société, demeurant à L-(...),

3. **C.**), gérant de société, demeurant à F-(...),

intimés aux fins du susdit exploit TAPELLA du 9 août 2019,

comparant par Maître Benoît ENTRINGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

4. **D.**), indépendant, demeurant à L-(...),

intimé aux fins du susdit exploit WEBER du 9 août 2019,

défendeur aux fins du susdit exploit WEBER du 6 mars 2020,

ne comparant pas.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier de justice du 14 novembre 2017, la société anonyme **BQUE.1.) SA** a fait comparaître **A.)** devant le Président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme juge des référés, pour l'entendre condamner au provisoire au paiement de la somme de 1.357.981,20 euros (= 726.032,24 + 631.949,03), valeur au 3 octobre 2017, avec les intérêts au taux EURIBOR 3 mois + la marge de 1%, à compter du 2 octobre 2017 jusqu'à solde, sinon à partir de la demande en justice jusqu'à solde.

Par exploits d'huissiers de justice des 29 mai 2018 et 1^{er} juin 2018, **A.)** a fait comparaître **B.)**, **C.)** et **D.)** devant le Président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme juge des référés, pour s'entendre dire qu'ils sont tenus d'intervenir dans la cause pendante entre **A.)** et la société **BQUE.1.)** suivant exploit d'huissier du 14 novembre 2017, aux fins de leurs voir rendre pleinement opposable toute décision de justice à intervenir dans le cadre de cette cause et si par extraordinaire **A.)** était condamné à payer à la banque la somme de 1.357.981,20 euros, augmentée des intérêts, à se voir condamner chacun pour sa part et portion, à rembourser à **A.)** tout montant par lui acquitté excédant sa propre part contributive, ainsi

que tous frais exposés, en exécution de leurs engagements de caution contractés le 18 mai 2011.

Le crédit étant venu à échéance et la banque n'ayant pas été désintéressée par la débitrice principale, respectivement par les cautions, elle invoquait à l'encontre de **A.)** une créance certaine, liquide et exigible.

Par ordonnance de référé du 14 juin 2019, le juge des référés a dit la demande de la société **BQUE.1.)** recevable et a condamné **A.)** à payer à cette dernière la somme de 1.357.981,20 euros avec les intérêts au taux EURIBOR 3 mois + la marge de 1 % à compter du 4 (2 ?) octobre 2017 jusqu'à solde.

La demande en intervention dirigée par **A.)** contre **B.)**, **C.)** et **D.)** a été déclarée irrecevable.

Contre cette ordonnance lui signifiée le 22 juillet 2019 et reçue le 29 juillet 2019 **A.)** a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier de justice du 9 août 2019.

A l'appui de son appel il expose avoir été nommé directeur technique au sein de la société **SOC.1.)** S.A. METALSERVICE Luxembourg en juin 1992, puis en décembre 1999 de la société **SOC.1.)** ALUMINIUM qui aurait progressivement repris les activités de la société **SOC.1.)** S.A. METALSERVICE entre 2008 et 2011.

Par une décision de l'assemblée générale du 4 janvier 2008, **A.)**, **B.)** et **C.)** ont été nommés administrateurs de la société **SOC.1.)** ALUMINIUM et **D.)** administrateur délégué.

Le 5 mars 2008, la société **BQUE.1.)** a consenti à la société **SOC.1.)** ALUMINIUM S.A. une ouverture de crédit de 3.000.000 euros, utilisable en compte IBAN **NO.1.)**, destinée à servir de fonds de roulement, ainsi qu'une ouverture de crédit de 2.900.000 euros, utilisable en compte IBAN **NO.2.)**, destinée au financement de l'acquisition du fonds de commerce « construction métallique » de la société **SOC.1.)** S.A.

Le 18 mai 2011, **A.)**, **B.)**, **C.)** et **D.)** ont souscrit en faveur de la société **BQUE.1.)** un acte de cautionnement solidaire et indivisible des engagements de la société **SOC.1.)** ALUMINIUM S.A. envers de la société **BQUE.1.)**, pour le montant de 3.000.0000 euros en principal, plus intérêts et accessoires.

Le 2 août 2011, **A.)**, **B.)**, **C.)** et **D.)** ont encore souscrit en faveur de la société **BQUE.1.)** un acte de cautionnement solidaire et indivisible des engagements de la société **SOC.1.)** ALUMINIUM S.A. envers la société **BQUE.1.)**, pour le montant de de 937.867 euros.

En novembre 2015 des malversations financières auraient été découvertes par **B.)** qui ont abouti à la révocation de l'administrateur délégué **D.)** et à une plainte introduite contre lui au pénal le 22 décembre 2015, de sorte que **A.)** aurait dû malgré lui prendre la présidence du conseil d'administration de la société.

Les lignes de crédit accordées à **SOC.1.) ALUMINIUM** auraient été prorogées en date des 24 février 2014 et 9 février 2015 par la société **BQUE.1.)**, sans que celle-ci ne sollicite de la société les bilans déposés. Le 10 août 2015, un crédit d'investissement correspondant à la reprise partielle de l'ouverture de crédit « fonds de roulement » à concurrence de 1.000.000 d'euros aurait encore été accordé à la société.

Le 24 juin 2016, **A.)** aurait encore dressé un réquisitoire complémentaire à la plainte déposée le 21 décembre 2015 contre **D.)**, évoquant d'autres éléments anormaux imputables à **D.)** et à **E.)**.

Les négociations avec la banque en vue de décharger l'appelant de ses engagements de caution n'auraient pas abouti, à défaut pour les banques **BQUE.1.)**, **BQUE.2.)** et **BQUE.3.)** de s'entendre avec le repreneur.

Le 30 septembre 2017, la société **BQUE.1.)** aurait décidé de la non-prorogation de l'ouverture de crédit « Fond de roulement » et du crédit d'investissement, mettant sans succès la société **SOC.1.)** en demeure, par courrier du 3 octobre 2017 de lui payer les montants réduits en principal et intérêts. Par courrier du 13 octobre 2017, les cautions auraient à leur tour été mises en demeure de payer les montants réduits par la société **SOC.1.) ALUMINIUM**.

La société **SOC.1.) ALUMINIUM** a été déclarée en faillite le 15 novembre 2017.

A.) demande principalement le sursis à statuer sur la demande en provision formulée par la banque, en application de la règle le criminel tient le civil en l'état.

Il expose qu'une plainte avec constitution de partie civile a été déposée par les cautions **B.)** et **C.)** le 14 juin 2019, visant à étendre aux sociétés **BQUE.1.)**, **BQUE.3.)** et **BQUE.2.)** les investigations menées dans le cadre de la plainte introduite le 21 décembre 2015 à l'encontre de **D.)**, au motif que ces sociétés auraient exécuté les opérations ordonnées par **D.)** sans effectuer les vérifications les plus élémentaires et auraient ainsi manqué à leur devoir de vigilance.

La règle du sursis à statuer s'imposerait au juge civil jusqu'à ce que le juge pénal ait statué, pour éviter des décisions inconciliables.

En ordre subsidiaire **A.)** fait valoir que la demande en référé provision aurait dû être déclarée irrecevable par le juge ayant statué en première instance, pour se heurter à des contestations sérieuses.

Ainsi l'appelant avait contesté sa qualité de caution avertie, faisant valoir qu'il n'avait pas connaissance, à l'époque de l'octroi des cautionnement litigieux, de l'existence des malversations de **D.)**.

L'ordonnance entreprise aurait encore à tort rejeté le moyen de la compensation invoqué par l'appelant entre sa créance de dommages et intérêts envers la banque, résultant des divers manquements reprochés à cette dernière avec sa dette résultant des actes de cautionnement des 18 mai 2011 et 2 août 2011, **A.)** estimant que la créance par lui invoquée contre la banque aurait les apparences de certitude suffisantes pour ne pas apparaître d'ores et déjà comme dénuée de toute justification.

Enfin, **A.)** réitère ses moyens juridiques tirés des alinéas 2 et 3 de l'article 2016 du Code civil, relatifs au caractère disproportionné du cautionnement et à l'obligation d'information de la banque à l'égard de la caution. Il est d'avis que le juge de référé aurait à tort retenu que ces alinéas, introduits par la loi du 8 janvier 2013 sur le surendettement des particuliers, seraient inapplicables au cautionnement souscrit antérieurement à l'entrée en vigueur de cette loi, dès lors que « *des motifs impérieux d'intérêt général et leur « effet légal » justifieraient l'application immédiate de ces alinéas* ».

L'article 2016 al 3 du Code civil instaurant un ordre public de protection en faveur de la caution, il serait d'effet immédiat sur les contrats en cours. Cette application immédiate serait encore motivée *par l'effet légal et non contractuel attaché à l'article 2016 al 3 et à son caractère interprétatif*.

L'appelant fait encore valoir que par la conclusion du crédit d'investissement du 10 août 2015 un nouvel accord de volonté se serait créé entre la société **SOC.1.) ALUMINIUM** et la banque **BQUE.1.)** et que par conséquent un nouvel accord de cautionnement tacite aurait été conclu entre **A.)** et la banque. Ce dernier étant postérieur à l'entrée en vigueur de la loi du 8 janvier 2013 sur le surendettement plus aucune difficulté ne s'opposerait à l'application de cette disposition légale.

Il expose ensuite en détails en quoi le cautionnement par lui souscrit devrait être considéré comme manifestement disproportionné et en déduit la conséquence qu'il serait nul, sinon qu'il lui serait inopposable, en application de l'article 2016 alinéa 3 du Code civil.

La banque aurait encore manqué à son devoir général d'information de la caution découlant des articles 1134 et 1135 du Code civil, en ne l'informant pas systématiquement des prorogations de l'ouverture de crédit.

Le fait qu'il ait eu, lors de la souscription du cautionnement, la qualité d'administrateur de la société ne le priverait pas du bénéfice de cet article.

En ordre très subsidiaire, il fait valoir dans l'hypothèse où la Cour estimerait que l'article 2016 alinéa 3 ne lui serait pas applicable, qu'il disposerait d'une créance en dommages et intérêts contre la société **BQUE.1.)** pour lui avoir fait souscrire un engagement disproportionné par rapport à ses facultés de remboursement et qu'il pourrait, de ce fait, se prévaloir en outre de la décharge de la caution.

Il développe ensuite les fautes qui devraient entraîner selon lui la responsabilité de la société **BQUE.1.)**, parmi lesquelles un manquement au devoir de diligence et de prudence (octroi de crédit sans sollicitation préalable des bilans de la société, défaut de vigilance et de surveillance ayant permis les malversations de **D.)**), rupture abusive de crédit, maintien abusif du crédit.

Enfin, l'appelant fait plaider que si la Cour venait à confirmer l'ordonnance entreprise en ce qu'elle a fait droit à la demande en provision, il y aurait lieu par réformation de faire droit à sa demande en intervention dirigée contre les autres cautions visant à obtenir contre ces derniers une condamnation à titre conservatoire, ne devenant exécutoire qu'après le paiement par l'appelant de tout ou partie de sa dette. Il demande dès lors à voir ordonner la consignation aux mains d'un séquestre, au préjudice des consorts **B.)**, **C.)** et **D.)**, d'une somme représentant les trois quarts du montant de la provision.

En tout état de cause, il sollicite une indemnité de procédure de 5.000 euros pour l'instance d'appel.

B.) et **C.)** se rallient aux contestations de **A.)** en ce qui concerne le bien-fondé de la demande en provision dirigée par la société **BQUE.1.)** contre la caution.

Ils contestent la recevabilité de la demande en intervention dirigée à leur encontre par **A.)**, précisant que cette demande serait prématurée. **A.)** ne disposerait pas du droit de réclamer une condamnation anticipative à l'égard des codébiteurs, à défaut de paiement préalable du créancier principal.

La banque **BQUE.1.)** fait valoir que l'adage « le criminel tient le civil en l'état » ne s'appliquerait pas en matière de référé.

Elle soulève ensuite l'inapplicabilité des alinéas 2 et 3 de l'article 2016 du Code civil, au motif que le contrat de cautionnement est antérieur à l'entrée en vigueur de la loi de sur le surendettement du 8 janvier 2013, ayant introduit les alinéas concernés en se référant à une jurisprudence constante en la matière.

Les alinéas 2 et 3 de l'article 2016 ne seraient en outre applicables qu'aux cautionnements indéfinis.

Par ailleurs ils ne seraient pas applicables aux cautionnements commerciaux. Or le cautionnement donné par **A.)** associé et administrateur de la société serait un cautionnement commercial, ce dernier ayant un intérêt personnel dans l'opération ayant motivé le cautionnement.

A.) serait encore à qualifier de caution avertie, de sorte que la société **BQUE.1.)** n'aurait été tenue d'aucune obligation de mise en garde à son égard.

La banque **BQUE.1.)** demande partant la confirmation de l'ordonnance entreprise et demande à voir condamner **A.)** à lui payer une indemnité de procédure de 5.000 euros pour l'instance d'appel.

Appréciation de la Cour

Il résulte des pièces versées en cause, que le 5 mars 2008, la société **BQUE.1.)** a consenti à la société **SOC.1.) ALUMINIUM S.A.** une ouverture de crédit de 3.000.000 euros, utilisable en compte **IBAN NO.1.)**, destinée à servir de fonds de roulement, ainsi qu'une ouverture de crédit de 2.900.000 euros, utilisable en compte **IBAN NO.2.)**, destinée au financement de l'acquisition du fonds de commerce « construction métallique » de la société **SOC.1.) S.A.**

Le 18 mai 2011, **A.), B.), C.)** et **D.)** ont encore souscrit en faveur de la société **BQUE.1.)** un acte de cautionnement solidaire et indivisible des engagements de la société **SOC.1.) ALUMINIUM S.A.** envers la société **BQUE.1.)**, pour le montant de 3.000.0000 euros en principal, plus intérêts et accessoires.

Le 2 août 2011, **A.), B.), C.)** et **D.)** souscrivent en faveur de la société **BQUE.1.)** un acte de cautionnement solidaire et indivisible des engagements de la société **SOC.1.) ALUMINIUM SA** envers de la société **BQUE.1.)**, pour le montant de de 937.867 euros.

L'ouverture de crédit utilisable en compte **IBAN NO.1.)** a été prorogée en date des 23 août 2012 et 25 février 2014, les cautions **A.), B.), C.)** et **D.)**

ayant à chaque fois co-signé les actes de prorogation, ensemble avec l'administrateur-délégué de la débitrice principale **SOC.1.) ALUMINIUM S.A.**, en l'occurrence **D.)**.

La facilité de caisse en compte IBAN **NO.1.)** a, elle aussi, été prorogée à plusieurs reprises (1^{er} septembre 2016, 10 novembre 2016, 1^{er} décembre 2016, 22 décembre 2016, 21 février 2017, 29 mars 2017, 30 mai 2017, 30 juin 2017, 31 juillet 2017, 4 septembre 2017 et 15 septembre 2017), le montant étant passé de 3.000.000 euros à 800.000 euros, garanti à chaque fois par les cautionnements existants de **A.)**, **B.)**, **C.)** et **D.)**, qui ont, lors de chaque prorogation de l'ouverture de crédit, été informés par la banque.

Le 3 octobre 2017, la banque a informé la société **SOC.1.) ALUMINIUM S.A.** que les lignes de crédit étaient échues au 30 septembre 2017 et qu'elle n'était plus disposée à les proroger, mettant la débitrice en demeure de rembourser les découverts en compte courant, s'élevant à 726.032,24 euros pour le découvert en compte IBAN **NO.1.)** et 631.949,03 euros pour le découvert en compte IBAN **NO.2.)**, soit la somme totale de 1.357.981,20 euros, plus d'éventuels intérêts à courir après le 2 octobre 2017.

Par courrier du 3 octobre 2017, la banque a informé les cautions **A.)**, **B.)** et **C.)** du courrier adressé le même jour à la société **SOC.1.) ALUMINIUM S.A.** et par courrier du 13 octobre 2017, elle a mis les cautions **A.)**, **B.)** et **C.)** en demeure de lui payer la somme de 1.357.981,20 euros.

Sur base du caractère solidaire et indivisible du cautionnement signé par **A.)** en relation avec les dettes de la société **SOC.1.) ALUMINIUM S.A.** issue des lignes de crédits des 18 mai 2011 et 2 août 2011, la société **BQUE.1.)** réclame à celui-ci l'intégralité du cautionnement de la dette de son débiteur principal.

-Quant au sursis à statuer sur base de l'adage le criminel tient le civil en l'état :

Faisant état de deux plaintes pénales déposées en cause le 21 décembre 2015 à l'encontre de **D.)** et le 14 juin 2019 contre les sociétés **BQUE.1.)**, **BQUE.3.)** et **BQUE.2.)** visant à étendre à leur encontre les investigations menées dans le cadre de la plainte introduite le 21 décembre 2015 à l'encontre de **D.)**, **A.)** demande à voir surseoir à statuer sur la demande en provision de la banque en attendant l'issue de l'affaire pénale.

Il est cependant admis que la règle le criminel tient le civil en l'état n'affecte pas la juridiction des référés (C.A. 2.7.1990 P 28 p 190).

La Cour de cassation française considère en effet que la règle selon laquelle « le criminel tient le civil en l'état » n'est pas applicable devant le juge des référés dont les décisions de caractère provisoire sont dépourvues de l'autorité de la chose jugée (Civ. 3^e, 7 janv. 2009, n° 07-21.501, Bull. civ. III, n° 4 ; JCP 1999. I. 142, n° 17, obs. Clay ; Procédures 2009, n° 76, obs. Perrot).

Il n'y a dès lors pas lieu de surseoir à statuer en l'espèce.

-Quant aux contestations invoquées par A.) pour résister à la demande en paiement d'une provision.

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).

La contestation sérieuse doit s'apprécier selon le caractère manifeste, l'évidence des droits revendiqués par chacune des parties (*Cass. 1^{ère} civ.*, 28 juin 1965 : *Bull. civ. I*, no 429. -*Cass.com* 21 juill.1971 : *Bull. civ. IV*, n° 220).

Ce critère suppose une appréciation plus concrète du juge, qui doit analyser non seulement la question posée, sans pour autant la trancher, mais aussi les arguments développés par les parties et leur valeur respective.

L'acte de cautionnement du 18 mai 2011 souscrit par A.), indiquant la cause de la créance de **BQUE.1.)**, à savoir les dettes de la société **SOC.1.) ALUMINIUM SA** envers la banque, de quelque chef et à quelque titre que ce soit, ainsi que l'engagement de remboursement de A.) en sa qualité de caution personnelle, solidaire et indivisible, **BQUE.1.)** invoque une créance certaine, liquide et exigible à l'égard de A.), suite à la défaillance du débiteur principal **SOC.1.) ALUMINIUM SA** de rembourser la dette contractée envers la banque.

Il s'agit dès lors d'apprécier si A.) justifie de contestations sérieuses pour faire échec à cette créance certaine, liquide et exigible de la banque.

A.) invoque les alinéas 2 et 3 de l'article 2016 du Code civil introduit par la loi du 8 janvier 2013 sur le surendettement, entrée en vigueur le 1^{er} février

2014 qui disposent que « *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* » et qu' « *[u]n 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* ».

C'est à juste titre que le juge des référés a retenu que la loi du 8 janvier 2013, entrée en vigueur le 1^{er} février 2014, ne pouvait être invoquée en l'espèce, dès lors que la loi ne dispose que pour l'avenir et n'a point d'effet rétroactif.

Aux termes de l'article 2 du Code civil, « *la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif* ».

« *Selon ce principe, le droit lui-même est régi par la loi du jour où a été passé l'acte créateur de ce droit. Tous les effets juridiques produits par la situation envisagée avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle feront partie du domaine de la loi ancienne et on ne saurait les lui arracher sans rétroactivité* » (Cour d'appel, 5 avril 2000, Pas. 31, 328).

Si en dehors de la matière contractuelle, la règle est celle de l'effet immédiat de la loi nouvelle, le contrat est régi par des règles propres. En matière de contrats, actes de choix et de prévision, le principe est celui de la survie de la loi ancienne : les contrats en cours demeurent régis par la loi en vigueur au jour de leur conclusion, celle sous l'empire de laquelle les parties se sont accordées (S. Gaudemet, *J.-Cl. civil*, article 2, Fasc. 20, mise à jour 08,2011, n^{os} 25, 40 et 41).

« *Les effets des contrats en cours au jour du changement de législation demeurent déterminés par la loi en vigueur au moment où ils ont été formés ; une loi nouvelle ne peut ni les modifier, ni les accroître, ni les diminuer* » (P. Roubier, *Le droit transitoire, Conflits des lois dans le temps*, éd. 2008, n^o 75).

Pour l'application du principe de la survie de la loi ancienne, il n'y a pas à distinguer entre les lois impératives ou prohibitives et les lois supplétives ; même les premières ne doivent pas s'appliquer aux obligations nées de contrats antérieurs (cf. *Répertoire de droit civil*, Dalloz, vo Conflits de lois dans le temps, mise à jour 05, 2006, n^o564 ; P. Roubier, op.cit., n^o75).

L'argument tiré « *de l'effet légal et non contractuel attaché à l'article 2016 al 3 et à son caractère interprétatif* » n'ayant pas été autrement développé par l'appelant, il n'est pas établi en quoi il pourrait infirmer l'analyse de la doctrine et de la jurisprudence.

Dans la mesure où le cautionnement par lui souscrit est à durée indéterminée et vise tant les dettes présentes que les dettes futures, puisqu'il porte « *sur le paiement de toutes sommes généralement quelconques que la société **SOC.1.) S.A** pourrait devoir actuellement où à l'avenir à **BQUE.1.)** de quelques chefs et à quelque titre que ce soit, notamment par suite des opérations de banque traitées avec le cautionné ou faites pour son compte, telles que avances de fonds en compte ou autrement, escompte... prêts et ouverture de crédit simple ou documentaire etc...* », l'appelant ne saurait valablement soutenir qu'à chaque avenant au contrat de prêt un nouveau contrat de cautionnement tacite se serait formé qui tomberait, lui, sous la loi du 8 janvier 2013.

A.) fait encore valoir qu'il disposerait d'une créance en dommages et intérêts contre la société **BQUE.1.)**, eu égard aux nombreuses fautes commises par cette dernière, qui engageraient sa responsabilité civile à son égard.

Il estime que, contrairement à ce qu'a retenu le juge des référés en première instance, il ne serait pas à considérer comme caution avertie et que la banque aurait dès lors été tenue à son égard d'un devoir de mise en garde quant au caractère disproportionné du cautionnement par lui signé.

S'il est admis que le créancier peut engager sa responsabilité pour violation de son obligation de bonne foi s'il fait souscrire à une caution un engagement manifestement disproportionné à son patrimoine, cette règle ne doit pas trouver à s'appliquer si la caution était le dirigeant de la société à laquelle le crédit a été accordé (Ph. Simmler : cautionnement, Garanties autonomes, Garanties Indemnitaires, 4^{ème} éd., Litec.no 461).

En l'occurrence il résulte des pièces versées en cause, qu'au moment de la signature des deux actes de cautionnement, dont notamment l'acte de cautionnement du 18 mai 2011 portant sur le montant de 3.000.000 euros en principal, couvrant la créance actuelle de la société **BQUE.1.)** au titre des deux ouvertures de crédit, A.) était administrateur, directeur technique et associé de la débitrice principale **SOC.1.) ALUMINIUM S.A.**, de sorte qu'il est établi qu'il était en mesure de disposer des informations nécessaires à l'appréciation de la portée de ses engagements et de la situation financière de la société au moment où il s'est porté caution.

C'est en vain qu'il soutient que la qualité de caution avertie ne saurait être retenue dans son chef, dès lors que la société **SOC.1.) ALUMINIUM**

aurait subi des malversations financières de la part de son administrateur délégué à l'époque des cautionnement litigieux

Il résulte en effet de la motivation de l'acte d'appel, que **A.)** situe lui-même le début des malversations financières de **D.)** au courant de l'année 2013. L'appelant ne saurait dès lors soutenir que ses engagements de caution, contractés déjà en 2011, n'ont pas été consentis de façon éclairée par rapport à des malversations postérieures.

Cet argument ne constitue dès lors pas une contestation sérieuse.

A cela s'ajoute qu'en sa qualité de membre du conseil d'administration, **A.)** se devait de surveiller la bonne gestion de l'entreprise par l'administrateur délégué.

A.) reproche enfin à la banque des manquements fautifs envers la débitrice **SOC.1.) ALUMINIUM S.A.**, préjudiciables à la caution, susceptibles d'engager sa responsabilité. Parmi les fautes qui devraient entraîner la responsabilité de la société **BQUE.1.)**, il fait état d'un manquement au devoir de diligence et de prudence (octroi de crédit sans sollicitation préalable des bilans de la société), d'un défaut de vigilance et de surveillance ayant permis les malversations de **D.)**, ou encore de la responsabilité de la banque pour rupture abusive de crédit, sinon pour maintien abusif du crédit.

En mettant en cause la responsabilité professionnelle du banquier et en se prévalant et des fautes prétendument commises par celui-ci ainsi que du préjudice matériel et moral qui en serait résulté pour le client, **A.)** entend résister à la demande de la banque en opposant à la créance de celle-ci sa propre créance de dommages-intérêts.

Or il est de jurisprudence (voir e.a. Cour 27.11.1992 No. 14221 du rôle et 9 novembre 1993 No. 14708 du rôle) que la simple éventualité d'une compensation entre créances réciproques ne peut tenir en échec une obligation évidente et manifeste qui existe à la base d'une demande en provision. Il faut au contraire que le moyen de compensation paraisse sérieux, c'est-à-dire qu'il soit de nature à ébranler une créance apparaissant comme certaine quant à ses différents éléments.

Ce cas de figure fait certainement défaut en l'espèce.

La créance de dommages-intérêts dont se prévaut l'appelant est, au stade actuel, purement hypothétique de sorte qu'elle ne peut servir de base à une contestation sérieuse.

Souvent invoquée, la responsabilité du créancier est en effet aujourd'hui rarement admise. Elle ne l'est pratiquement qu'à l'égard des cautions non averties ou lorsque des circonstances exceptionnelles sont réunies. Ces circonstances peuvent tenir à l'importance et à la nature des crédits consentis ou à la qualité de la caution (Sûretés et Garanties du Crédit Dominique Legeais LCDJ 8^{ème} éd. N° 289).

Ainsi la jurisprudence luxembourgeoise retient-elle que lorsque le client sollicite un crédit, *le banquier n'est tenu à aucune information particulière envers le client, qui mieux que le banquier est à même de juger de sa situation financière* » (C.A 5 avr.2001 rôles n§ 22524 et 22675, codex 6/2001, p175 cité in la responsabilité du banquier en droit bancaire privé luxembourgeois par Alex Schmitt Elisabeth Omes) « *La même solution s'impose dans les rapports entre le banquier et la caution, dont l'accessibilité à l'information sur la solvabilité du débiteur principal est souvent privilégiée, si on la compare à l'accessibilité du banquier à une telle information. Tel sera normalement le cas lorsque la caution est un administrateur de la société partie au contrat de crédit* ».

Le défaut par la banque de solliciter les bilans ne peut, sur base de cette jurisprudence, être invoqué ni par le bénéficiaire du crédit, ni par la caution.

Il est encore de principe que la banque n'est pas tenue de veiller à l'affectation des fonds, sauf disposition légale ou stipulation conventionnelle contraire, de sorte que notamment en l'absence de clause d'affectation s'imposant à elle, tel le cas en l'espèce, la banque n'engage pas sa responsabilité en omettant de veiller à l'utilisation des fonds prêtés (Cass. Com., 23 janvier 2007, Bull. civ. IV, n° 7, p.7 ; Com., 17 juillet 2001, Rev. Dr. Bancaire et financier, n° 6, nov/déc 2001, n° 220, p. 346).

En ce qui concerne l'obligation de vigilance du banquier, « *s'il est vrai qu'il lui incombe, sous peine d'engager sa responsabilité de relever les « anomalies apparentes » celle-ci sont des irrégularités qui ne doivent pas échapper au banquier normalement vigilant tout en tenant compte du fait qu'un banquier doit accomplir quotidiennement une multitude d'opérations et qu'il lui est matériellement impossible de se livrer à des investigations pour chacune d'entre elles* » (Responsabilité bancaire en droit luxembourgeois précité no 144), les administrateurs ont eux aussi un devoir de vigilance à l'égard de la gestion menée par l'administrateur délégué, comme l'a admis à l'audience la mandataire des parties mises en intervention.

L'ordonnance est partant à confirmer en ce qu'elle a considéré que la créance dont **A.)** se prévaut à l'encontre de la banque ne peut valoir contestation sérieuse pour faire droit à la demande en provision formulée par la la société **BQUE.1.)** à hauteur du montant de 1.357.981,20 euros (=726.032,24 euros et 631.949,03 euros), correspondant au principal et aux

intérêts échus au 1^{er} octobre 2017 au titre des deux découverts en comptes courants IBAN NO.1.) et IBAN NO.2.) avec les intérêts au taux EURIBOR 3 mois + la marge de 1 % à compter du 4 (2 ?) octobre 2017 jusqu'à solde.

- Quant à la demande en garantie dirigée contre les autres cautions

A.) a conclu, pour le cas où la Cour viendrait à confirmer l'ordonnance entreprise en ce qu'elle a fait droit à la demande en provision, par réformation à voir faire droit à sa demande en intervention dirigée contre les autres cautions, visant à obtenir contre ces derniers une condamnation à titre conservatoire ne devenant exécutoire qu'après le paiement par l'appelant de toute ou partie de sa dette. Il demande à titre principal à voir ordonner la consignation aux mains d'un séquestre au préjudice des consorts B.), C.) et D.) d'une somme représentant les trois quarts du montant de la provision.

B.) et C.) se sont opposés à cette demande et ont demandé à voir l'ordonnance dont appel confirmée sur ce point.

A.) affirme, en se basant sur l'article 2033 du Code civil, que la caution pourrait prendre des mesures conservatoires à l'égard de son cofidéjusseur concernant la part contributive de celui-ci, même avant d'avoir payé le montant cautionné, au cas où elle aurait des raisons suffisantes de craindre que ses droits seraient en péril ou solliciter une condamnation en garantie à l'égard de celui-ci, qui ne sera exécutoire qu'après le paiement du montant en question.

A l'audience publique à laquelle l'affaire a été plaidée, il demande à titre principal à voir ses cofidéjusseurs condamnés à le tenir quitte et indemne, à raison chacun d'un quart du montant par lui acquitté et des frais exposés, cette condamnation ne devenant exécutoire qu'après que la caution aura payé la dette.

L'ordonnance entreprise serait partant à réformer en ce qu'elle a déclaré cette demande irrecevable.

En ordre subsidiaire, l'appelant demande à voir ordonner la consignation aux mains d'un séquestre au préjudice des parties B.), C.) et D.) d'une somme représentant les $\frac{3}{4}$ de la provision en principal et intérêts.

Après avoir à juste titre rappelé qu'aucun recours avant paiement n'est prévu contre les cofidéjusseurs par l'article 2032 du Code civil, le juge des référés a cité la doctrine et la jurisprudence suivant lesquelles « *si elle (la caution) a des raisons suffisantes de craindre que ses droits sont en péril, de la même manière qu'elle peut prendre de telles mesures, même avant paiement, à l'encontre du débiteur principal ou de sa sous-caution ou que le*

créancier peut le faire, avant que sa créance ne soit exigible, contre la caution. Pour la même raison, il faut permettre à la caution poursuivie d'appeler en garantie ses cofidélusseurs, afin de les faire condamner à lui payer leur part contributive, cette mesure n'ayant pas pour objet de les contraindre à payer, mais seulement à garantir, étant précisé que la condamnation à garantir ne sera exécutoire qu'après que la caution poursuivie aura payé la dette » (Ph. SIMMLER précité, no 640 ; Cass.com 16 mars 1970 : Bull. civ. IV no 100. – 3 nov 1972 : Bull. civ. IV no 272. – CA Paris, 30 nov. 1994 : Juris-Data no 024254 cités dans TAL 18 janvier 2001, numéro 96702 du rôle).

En l'espèce, contrairement à ce qu'a retenu le juge des référés, **A.)** ne demandait pas la condamnation pure et simple des défendeurs en intervention, au contraire, il a bien précisé dans son assignation qu'il assignait ses cofidélusseurs en garantie, leur condamnation ne devenant exécutoire qu'après que la caution aura payé la dette.

Ce faisant il n'a fait que recourir à la faculté lui reconnue par la jurisprudence (cf. aussi Civ.1^{ère}, no 02-11.769, Bull.civ. I, no 169).

Par réformation de l'ordonnance entreprise, il y a partant lieu de faire droit à sa demande en garantie contre **B.), C.)** et **D.)**.

Il résulte des actes de cautionnement signés en date du 18 mai 2011 par **D.), B.), A.)** et **C.)** qu'ils se sont engagés chacun pour l'ensemble de la dette de la société **SOC.1.)**, avec un plafond de de 3.000.000 d'euros. Dans ce cas, et sauf stipulation contraire, la contribution s'opérera par parts viriles (Com.28 juin 1994, no 92-17.374, Bull.civ.IV, no 236).

Aucune des parties n'ayant justifié de l'iniquité requise par la loi, elles sont à débouter de leurs demandes en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

D.) n'ayant pas été touché à personne par l'exploit introductif, il a été valablement réassigné par exploit d'huissier du 6 mars 2020, aux vœux de l'article 84 du NCPC, de sorte que le présent arrêt sera réputé contradictoire à son égard.

PAR CES MOTIFS

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

dit l'appel partiellement fondé,

réformant,

dit la demande en intervention dirigée par **A.)** contre **B.), C.)** et **D.)** recevable,

condamne **B.), C.)** et **D.)** à payer chacun à **A.)** le quart du montant en principal de de 1.357.981,20 euros avec les intérêts tels que spécifiés dans l'ordonnance de référé du 14 juin 2019, avec la précision que cette condamnation ne deviendra exécutoire que sur présentation des justificatifs de paiement de la dette par **A.),**

pour le surplus confirme l'ordonnance entreprise,

déboute les parties de leurs demandes en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

fais masse des dépens et les impose pour moitié à **A.)** et pour moitié à **B.), C.)** et **D.).**