

- Arrêt civil -

**Audience publique du vingt-six janvier deux mille douze**

**Numéros 35372 et 35373 du rôle**

Composition:

Carlo HEYARD, président de chambre,  
Eliane EICHER, premier conseiller,  
Marianne PUTZ, premier conseiller,  
Lex BRAUN, greffier.

I.

**E n t r e**

**C**, demeurant à E-... Barcelona, ...,

**appelante** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 6 octobre 2009,

comparant par Maître Sandra CORTINOVIS, avocat à la Cour à Luxembourg,

**e t**

la société anonyme **A S.A.**, établie et ayant son siège social à L-... Luxembourg, ..., inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

**intimée** aux fins du susdit exploit ENGEL,

comparant par Maître André HOFFMANN, avocat à la Cour à Luxembourg ;

## II.

### Entre

**Genis B**, demeurant à E-... Barcelona, ...,

**appelant** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 6 octobre 2009,

comparant par Maître Sandra CORTINOVIS, avocat à la Cour à Luxembourg,

### et

la société anonyme **A S.A.**, établie et ayant son siège social à L-... Luxembourg, ..., inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

**intimée** aux fins du susdit exploit ENGEL,

comparant par Maître André HOFFMANN, avocat à la Cour à Luxembourg.

---

### LA COUR D'APPEL :

Par jugement rendu le 14 juillet 2009 par défaut à l'égard de C, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, statuant sur une demande de la société anonyme A du chef d'un cautionnement solidaire relatif à un contrat de prêt du 28 novembre 2006 contracté par la société D pour le montant de 30.000.000 €, a condamné C à payer à la société anonyme A la somme de 30.000.000 €, majorée des intérêts au taux EURIBOR un mois + 1,22 % pour les périodes du 29 août 2008 au 28 septembre 2008 et du 29 septembre 2008 au 29 octobre 2008 ainsi que des intérêts moratoires au taux EONIA + 3 % à compter du 30 octobre 2008 jusqu'à la date de paiement effectif, et à lui payer une indemnité de procédure de 500 €.

Par acte de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 6 octobre 2009, C a relevé appel de ce jugement. L'appel est enrôlé sous le n° 35372.

Elle demande d'être déchargée de l'ensemble des condamnations prononcées à son encontre.

Par jugement par défaut rendu en date du même jour, 14 juillet 2009, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a prononcé la même condamnation à l'égard de B.

Celui-ci a également relevé appel de cette décision par acte d'huissier du 6 octobre 2009 et conclut à être déchargé des condamnations ayant été prononcées à son encontre. L'appel est enrôlé sous le n° 35373.

#### Quant à la demande de jonction des rôles n° 35372 et n° 35373

Les deux parties appelantes demandent d'ordonner la jonction des rôles relatifs aux deux appels.

Elles reprochent au tribunal, saisi simultanément des deux demandes introduites par la société anonyme A contre les deux cautions, enrôlées sous les numéros 122810 et 122812, d'avoir rendu deux jugements distincts en faveur du même demandeur sans prononcer la jonction des affaires et la solidarité entre les cautions.

En actionnant simultanément chacun des époux, le créancier se serait ménagé une garantie de 60.000.000 €.

L'intimée répond que face à deux actes de cautionnement par lesquels chacun des signataires entendait cautionner l'intégralité du prêt, elle aurait eu le choix contre qui elle veut se retourner.

Elle déclare qu'elle n'a jamais prétendu qu'elle aurait droit à une somme supérieure à celle stipulée dans les actes de cautionnement ; aucune disposition légale ne ferait obstacle à obtenir simultanément un titre pour le montant total cautionné contre chacune des cautions sur base duquel elle pourra ensuite procéder au recouvrement contre la caution de son choix, dans les limites de sa créance.

Selon l'intimée, les conditions pour une jonction des deux procédures n'étaient pas données.

Etant donné que les deux affaires se rapportent au cautionnement donné par rapport au même prêt par les époux B-C et que les conclusions prises par chacune des parties appelantes sont par ailleurs identiques, il y a lieu, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'ordonner la jonction des deux rôles d'appel.

Le surplus des développements présentés dans ce contexte par les parties est au stade actuel à réserver.

#### Quant aux demandes en révocation des ordonnances de clôture

Par décisions du conseiller de la mise en état du 10 novembre 2011, les conclusions ayant été notifiées par les appelants le 10 novembre 2011 ainsi que les pièces afférentes ont été rejetées, la clôture de l'instruction a été prononcée et le rapport et les plaidoiries ont eu lieu à l'audience du 10 novembre 2011.

Par courrier adressé à la Cour le 22 novembre 2011, les parties appelantes requièrent la révocation des ordonnances de clôture ; elles demandent d'admettre leurs conclusions du 10 novembre 2011 ainsi que les nouvelles pièces, et d'accorder un délai à la partie intimée pour y prendre position.

L'article 225 du nouveau code de procédure civile dispose en son alinéa premier que : « L'ordonnance de clôture ne peut être révoquée que s'il se révèle une cause grave depuis qu'elle a été rendue (...). »

Les appelants font valoir qu'ils ont estimé avoir encore été en droit de déposer des conclusions supplémentaires, que le fait qu'ils habitent en Espagne ne facilite pas la communication avec leur mandataire, que le litige pose un problème de droit international privé, que la loi espagnole est applicable et que l'avocat n'a eu que tout récemment connaissance du contenu de la loi espagnole.

Les appelants fournissent à l'appui de leur demande en révocation de l'ordonnance de clôture les mêmes motifs que ceux qu'ils ont présentés pour s'opposer à la clôture de l'instruction.

L'existence d'une cause grave s'étant révélée depuis les ordonnances de clôture n'est ainsi pas établie.

Il n'y a dès lors pas lieu de faire droit aux demandes en révocation des ordonnances de clôture.

#### Quant à la recevabilité des appels

L'intimée soulève l'irrecevabilité de l'appel interjeté par C et de l'appel interjeté par B au motif qu'ils ont été interjetés alors que le délai d'opposition n'était pas encore expiré.

Aux termes de l'article 583 du nouveau code de procédure civile : « Les appels des jugements susceptibles d'opposition ne seront point recevables pendant la durée du délai pour l'opposition. »

Le délai d'opposition est, au vœu de la disposition de l'article 90, alinéa 3 du nouveau code de procédure civile, de quinze jours à partir de la signification du jugement.

La loi ne prévoit pas de prorogation du délai d'opposition en faveur de la partie qui demeure hors du Grand-Duché de Luxembourg.

Le règlement (CE) n° 1393/2007 du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les Etats membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale dispose en son article 9.1., applicable en l'espèce, que : « Sans préjudice de l'article 8 (visant le refus de l'acte), la date de la signification ou de la notification d'un acte effectuée en application de l'article 7 est celle à laquelle l'acte a été signifié ou notifié conformément à la législation de l'Etat membre requis. »

Pour l'appréciation de la date de réception de la signification du jugement, c'est donc la loi espagnole qui s'applique.

Le 31 juillet 2009, l'huissier de justice Josiane GLODEN a transmis à l'autorité espagnole compétente le jugement du 14 juillet 2009 aux fins de signification à C et à B.

Il résulte des conclusions de l'intimée que suivant certificat émis par l'autorité espagnole compétente, la notification effective aux parties appelantes a eu lieu le 15 septembre 2009.

Quelle que soit la date considérée comme celle faisant courir le délai d'opposition, le 31 juillet 2009 ou le 15 septembre 2009, celui-ci était donc expiré au moment de la signification de l'acte d'appel en date du 6 octobre 2009.

Il est dès lors sans incidence de connaître le contenu de la loi espagnole relative à la date de signification à prendre en considération.

Le délai fixé par l'article 571, alinéa 1<sup>er</sup> du nouveau code de procédure civile pour interjeter appel est de quarante jours.

Pour les jugements par défaut, le délai d'appel ne court, conformément aux dispositions de l'article 571, alinéa 2 du nouveau code de procédure civile, qu'à partir du jour où l'opposition ne sera plus recevable.

Aux termes des articles 573 et 167 du nouveau code de procédure civile, la partie qui demeure dans un territoire, situé en Europe, d'un pays membre de l'Union européenne, aura pour interjeter appel, outre le délai prévu par l'article 571, une augmentation du délai de quinze jours.

Le délai d'opposition a expiré soit le 17 août 2009 – en considérant que la signification du jugement du 14 juillet 2009 a été faite le 31 juillet 2009, deux jours étant à ajouter, étant donné que le délai d'opposition expirait un jour férié (le 15 août 2009), suivi d'un dimanche (16 août 2009) –, soit le 30 septembre 2009 – en considérant que la signification du jugement du 14 juillet 2009 a été faite le 15 septembre 2009 –.

Quelle que soit la date retenue comme date de signification du jugement de première instance, le délai d'appel a donc également été respecté, moins de 55 jours s'étant écoulés entre le 30 septembre 2009 et le

6 octobre 2009, et moins de 55 jours s'étant écoulés entre le 17 août 2009 et le 6 octobre 2009.

Les appels, par ailleurs interjetés dans les formes légales, sont dès lors à déclarer recevables.

#### Quant aux moyens de nullité relatifs à l'exploit introductif d'instance

Les appelants soulèvent la nullité de l'exploit introductif d'instance pour non-respect des dispositions de la législation espagnole en matière de signification et de notification des actes. Ils basent cette demande sur l'article 280 du code de procédure civile espagnol.

Ils invoquent l'article 7.1. du règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la signification et à la notification dans les Etats membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale pour conclure à l'applicabilité de la loi espagnole.

Les appelants font valoir qu'en vertu des articles 177§2, 264, 265 et 274 combinés du code de procédure civile espagnol, un exploit introductif doit être accompagné des pièces invoquées, et que les six pièces énumérées dans l'assignation n'étaient pas jointes à l'exploit en question.

Ainsi que le fait relever l'intimée, c'est le règlement (CE) n° 1393/2007 du 13 novembre 2007 ayant abrogé le règlement (CE) n° 1348/2000, qui est applicable.

L'article 7.1. du règlement (CE) n° 1393/2007 dispose que « L'entité requise procède ou fait procéder à la signification ou à la notification de l'acte soit conformément à la législation de l'Etat membre requis, soit selon le mode particulier demandé par l'entité d'origine, sauf si cette méthode est incompatible avec la législation de cet Etat membre. »

Le règlement (CE) n° 1393/2007 ne régit que les modalités de la signification.

Le règlement ne contient pas de disposition quant à la forme et au contenu de l'acte à signifier, ni de disposition quant aux pièces à signifier.

Le moyen opposé par les appelants visant une règle de procédure qui ne fait pas partie des dispositions visées par le règlement (CE) n° 1393/2007, c'est la loi du for, donc la loi luxembourgeoise, qui s'applique pour apprécier son bien-fondé.

Les appelants ont par la suite renvoyé à l'article 154 du nouveau code de procédure civile luxembourgeois.

Aux termes de cet article, l'assignation doit contenir l'indication des pièces sur lesquelles la demande est fondée.

Cette disposition légale ne prévoit cependant pas la signification simultanée de l'exploit d'assignation et des pièces.

Contrairement à ce qui est le cas pour d'autres mentions de l'assignation, elle ne prévoit pas non plus la sanction de la nullité en cas d'omission de la mention des pièces.

Le moyen des appelants, tiré de l'irrégularité de l'assignation, est donc à rejeter comme non fondé.

#### Quant à la demande en nullité du jugement de première instance

Les appelants font valoir qu'il ne résulte pas du jugement entrepris que les formalités de signification aient été respectées et que le certificat prévu par le règlement n° 1348/2000 ait été délivré à l'actuelle intimée.

Ce moyen est à rejeter, le jugement de première instance indiquant que C et B ont été régulièrement assignés à leur domicile.

Les appelants demandent encore d'annuler le jugement entrepris dans la mesure où l'actuelle intimée a obtenu la condamnation de chacun d'eux à lui payer la somme de 30.000.000 € au titre du cautionnement d'un même prêt pour le même montant.

Le fait qu'en première instance les deux affaires n'ont pas fait l'objet d'une décision de jonction n'est pas constitutif d'une nullité des jugements entrepris.

Une modification de la condamnation au paiement à l'égard des cautions ne serait pas non plus une cause de nullité des jugements de première instance, mais ne comportera qu'une réformation des décisions entreprises.

Ce moyen est donc à son tour à rejeter.

#### Quant au fond

D'emblée il y a lieu de constater que dans le contrat de cautionnement à la base du litige, les parties ont convenu sub article XII que : « Le présent cautionnement est soumis au droit luxembourgeois et à la compétence des tribunaux luxembourgeois. »

L'intimée verse un contrat conclu entre elle et B le 24 novembre 2006, intitulé « Contrat de services », par lequel B, dénommé « le Promoteur » achète à la A, les actions au porteur d'une société sous la forme d'une société anonyme de droit luxembourgeois dénommée « D S.A. » au capital

souscrit et libéré de 31.000 € contre remise ou versement à la banque d'une somme de 36.000 €.

L'objet social exclusif de la société D est la prise de participations sous quelque forme que ce soit, dans les entreprises luxembourgeoises ou étrangères, l'acquisition de tous titres et droits, par voie de participation, d'apport, de souscription, de prise ferme ou d'option d'achat et de toute autre manière et notamment l'acquisition de brevets et licences, leur gestion et leur mise en valeur, ainsi que toutes opérations se rattachant directement ou indirectement à son objet, en empruntant notamment avec ou sans garantie et en toutes monnaies, par la voie d'émissions d'obligations qui pourront être convertibles et/ou subordonnées et de bons et en accordant des prêts ou garanties à des sociétés dans lesquelles elle aura pris des intérêts.

Le Promoteur B a confirmé qu'il est le bénéficiaire économique de la société D.

Le 28 novembre 2006, la société D s'est vu accorder par la société anonyme A un prêt de 30.000.000 € pour une durée de six mois. Il a été convenu que le crédit pourra être renouvelé pour une nouvelle période de six mois après accord des parties.

Aux fins de garantie la société D a affecté les actions de la société E S.A. en gage, et elle s'est engagée à entretenir, à tout moment, auprès de la banque des avoirs d'un montant tel qu'ils assurent une couverture représentant 150 % des engagements de la société D au titre du prêt.

Le 28 novembre 2006, chacun des appelants C et Genis B a souscrit un acte de cautionnement relatif au susdit prêt à hauteur d'un montant global de 30.000.000 € plus intérêts, frais et accessoires.

Par un avenant n° 1 au susdit contrat, signé le 29 mai 2007, la société D et A ont convenu de proroger la durée du contrat de prêt au 30 novembre 2007. Une modification quant au taux d'intérêt a été convenue dans le sens d'une augmentation ; dans le contrat de prêt signé le 28 novembre 2006, un taux d'intérêt de 5 % par semestre a été convenue (ainsi que des intérêts de retard déterminés sur base du taux EONIA majoré de 3 % par an) ; dans l'avenant du 29 mai 2007, les parties ont décidé que le prêt portera intérêts au taux EURIBOR 1 mois augmenté d'une marge de 1,22 %.

Selon les explications non contestées fournies par l'intimée, le prêt a ensuite été prorogé de mois en mois pour permettre à la société D de lever les fonds nécessaires à son remboursement.

L'intimée explique que les garanties constituées en relation avec le prêt ayant perdu en valeur, la marge de couverture de 150 % des engagements de D au titre du contrat de prêt, telle que convenue, n'était plus respectée, et qu'elle a essayé d'obtenir des garanties complémentaires dans l'attente du remboursement final.

Les négociations n'ayant abouti ni à la constitution de garanties supplémentaires, ni à un quelconque remboursement, l'intimée a, par lettre

recommandée du 14 novembre 2008, confirmé qu'aucune prorogation supplémentaire n'était accordée, qu'en conséquence le prêt était devenu exigible depuis le 30 octobre 2008.

Par lettre recommandée du 28 novembre 2008, l'intimée a informé les cautions de l'exigibilité du prêt accordé à la société D et les a mises en demeure de payer la somme due en vertu du contrat de prêt.

Pour s'opposer au paiement réclamé, les appelants font valoir que le prêt en sûreté duquel ils avaient fourni cautionnement a été renouvelé à deux reprises au-delà de son terme initial sans que soient respectées les formes requises par l'article 1278 du code civil - visant la novation - et sans renouvellement formel de l'engagement de cautionnement ; que la reconduction du contrat au-delà de son terme initial a eu pour effet de modifier l'étendue de l'engagement de la caution, notamment par l'augmentation des intérêts échus, ce qui aurait dû requérir l'accord exprès de la caution. Dès lors la demande en paiement de l'intimée serait sans fondement légal dans la mesure où le cautionnement a expiré avec le terme initial du prêt.

Ils font encore plaider que le contrat de cautionnement ne prévoit pas expressément que la prorogation du terme est opposable à la caution, que par conséquent le cautionnement a expiré avec le terme initial du prêt.

L'intimée fait valoir qu'il y a eu prorogation du prêt, et non pas reconduction du contrat de prêt constitutive d'un nouveau contrat et qu'il n'y a pas eu novation. Elle se réfère à l'article 2039 du code civil.

Ainsi que le fait valoir l'intimée, il n'y a pas eu en l'espèce reconduction d'un contrat à exécution successive ayant généré une nouvelle créance au profit du créancier par rapport à laquelle un nouvel accord des cautions aurait dû être requis.

Quant à la novation, invoquée par les appelants, l'article 1281, alinéa 2 du code civil dispose que : « La novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions. »

Pour que la caution soit libérée, il faut que les conditions de la novation soient remplies, qu'il y ait eu un changement suffisant d'objet et animus novandi, c'est-à-dire volonté d'éteindre l'ancienne obligation par la création d'une nouvelle.

La seule modification du taux d'intérêt convenue entre le créancier et le débiteur dans l'avenant n° 1 au contrat de prêt n'a cependant pas impliqué de changement suffisant de l'objet du contrat de prêt pour avoir un effet novatoire, l'animus novandi laissant pour le surplus d'être établi. (cf. JCI.civil, art. 1271 à 1281, fasc. 20, n° 74).

Le créancier a uniquement accordé des prorogations de terme au débiteur.

L'article 2039 du code civil dispose que : « La simple prorogation de terme, accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge point la caution qui peut, en ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement. »

Contrairement aux conclusions des appelants, le créancier ne leur a pas imposé une dérogation à cette règle par la clause de l'acte de cautionnement prévoyant que « la caution ne pourra recevoir aucun remboursement du cautionné ni exercer de recours tant que la banque n'aura pas été payée de la totalité des sommes dues par le cautionné », l'article 2039 du code civil ne traitant pas du remboursement de la caution par le débiteur, ni d'un recours aux fins de ce remboursement, mais de l'action ouverte à la caution aux fins de forcer le débiteur au paiement envers le créancier. Les développements afférents des appelants n'ont donc pas à être autrement analysés quant à leur incidence.

Eu égard aux dispositions de l'article 2039 du code civil, l'accord des cautions avec les prorogations du prêt n'était pas requis.

Le consentement des cautions ne s'est pas non plus imposé au regard de l'article 6 de l'acte de cautionnement, invoqué par les appelants et stipulant « qu'en cas de défaillance du cautionné pour quelque cause que ce soit, la caution sera tenue de payer à la banque ce que lui doit le cautionné (...). La caution ne pourra se prévaloir de délais de paiement accordés au créancier (...) ». Cette disposition vise, en effet, des délais de paiement accordés par le créancier lorsque le prêt est déjà échu, et non pas un report de l'échéance.

Le moyen des appelants selon lequel le cautionnement a expiré avec le terme initial du prêt est donc à rejeter comme non fondé.

Ainsi que le fait relever l'intimée, l'acte de cautionnement prévoit que « La caution garantit le paiement de toutes sommes que le cautionné peut ou pourra devoir à la banque au titre de l'obligation définie en tête des présentes. »

L'obligation visée est celle précisée par le contrat de prêt initial. A défaut d'accord des cautions portant sur la modification du taux d'intérêt, celle-ci ne leur est pas opposable ; elles ne demeurent en conséquence tenues que dans les termes de leur engagement initial. (cf. Encyclopédie Dalloz, V° Cautionnement, n° 191).

Les appelants font encore valoir que le créancier ne peut pas additionner deux cautionnements distincts et obtenir des cautions plus que le montant de la dette. Ils déclarent avoir voulu s'obliger indivisiblement à concurrence de 30.000.000 €. Au regard de l'indivisibilité de la dette et de la solidarité entre les garants, le créancier aurait dû faire un choix entre les deux cautions s'il entendait obtenir un titre, sinon diviser la dette pour que soit rendue une décision équitable au regard des engagements pris par les

cautions et du montant de la dette garantie. Les appelants estiment qu'ils ne devront être condamnés solidairement que pour un montant maximum de 30.000.000 €.

L'intimée répond que chacune des cautions entendait cautionner l'intégralité du prêt, qu'elle a dès lors le choix contre qui elle veut se retourner. Le fait qu'elle ne peut pas obtenir plus que le montant de la dette principale ne l'empêcherait pas d'obtenir simultanément un titre pour le montant total cautionné contre chacune des cautions sur base duquel elle pourra ensuite procéder au recouvrement contre la caution de son choix.

Chacune des parties appelantes a signé le 28 novembre 2006 un acte de cautionnement : « Bon pour cautionnement solidaire dans les termes ci-dessus à hauteur d'un montant global de EUR 30.000.000 (en chiffres) trente millions (en lettres) plus intérêts, frais et accessoires. »

L'acte de cautionnement dispose sub VII que : « Le présent cautionnement s'ajoute ou s'ajoutera à toutes garanties réelles ou personnelles qui ont pu ou qui pourront être fournies au profit de la banque par la caution, par le cautionné ou par tout tiers. »

La solidarité peut jouer entre la caution et le débiteur principal, d'une part, et entre les cautions, d'autre part. Dans la pratique, ces deux solidarités coexistent : lorsque le cautionnement est volontaire, la caution se déclare solidaire du débiteur principal et en même temps des autres cautions, s'il y a pluralité de cautions (cf. MAZEAUD, Leçons de droit civil, t. 3, 1<sup>er</sup> vol., 3<sup>e</sup> éd., n° 48).

La solidarité entre les deux cautions est donc à retenir.

En dernier ordre de subsidiarité, les appelants contestent le montant réclamé. Il y aurait lieu de prendre en considération les paiements qui ont été faits par la société D et notamment un montant de 754.166,67 € versé le 30 mai 2007. Ils font encore valoir que l'intimée n'a pas versé le décompte visé par l'article 13.4 du contrat de prêt dans les termes suivants : « L'envoi par la Banque au Client de la lettre recommandée visée au point 13.3 entraînera automatiquement : (...) l'établissement par la Banque du Solde de Résiliation dû par le Client dont le calcul sera effectué selon les dispositions de l'article 14 « Solde de Résiliation », interviendra à la Date de Résiliation qui se situera dans un délai de 3 Jours Ouvrés à compter de la date d'envoi de la lettre recommandée susvisée. »

L'intimée explique qu'elle réclame seulement les intérêts à partir du 28 septembre 2008, que les intérêts échus antérieurement à cette date ont été payés par la société D, mais que le principal n'a jamais été remboursé. La somme de 754.166,67 € invoquée par les appelants, correspondrait à une somme créditée sur le compte courant de la société D le 31 mai 2007 par la remise d'un chèque et ne constituerait donc nullement un remboursement de capital.

Il y a lieu de constater d'abord que l'article 13.4 du contrat de prêt se rapporte à l'hypothèse d'une exigibilité anticipée des sommes prêtées qui n'est pas donnée en l'espèce.

Pour le surplus les appelants n'établissent pas, face aux contestations de l'intimée, qu'un remboursement du prêt à concurrence de 754.166,67 € soit intervenu.

Il suit de l'ensemble des développements qui précèdent que l'appel de C et de B n'est pas fondé en ce qu'il porte sur la demande en paiement dirigée contre eux par la A, sauf en ce qui concerne les intérêts.

Dans ses conclusions d'appel, l'intimée déclare qu'elle réclame les intérêts seulement à partir du 28 septembre 2008 (cf. conclusions du 27 mai 2011, page 6).

La date indiquée par l'intimée comme celle à laquelle le prêt est devenu exigible, le 30 octobre 2008, n'est pas contestée par les appelants.

Les intérêts sont dus au taux convenu dans le contrat de prêt du 28 novembre 2006 à concurrence de 5 % par semestre à partir du 28 septembre 2008 jusqu'au jour précédant celui où le prêt est devenu exigible, soit jusqu'au 29 octobre 2008.

Par application de l'article 15 du contrat de prêt, les intérêts de retard sont dus sur la base du taux EONIA majoré de 3 % par an à partir du 30 octobre 2008 jusqu'à solde.

#### Quant à la demande reconventionnelle présentée par C et B

Les appelants présentent une demande reconventionnelle en réparation du préjudice par eux subi par la faute de la partie intimée. Ils demandent de condamner l'intimée à des dommages et intérêts dont le montant est identique à la demande principale et d'ordonner la compensation entre le montant de la dette et celui des dommages et intérêts.

Ils font valoir que dans le cadre du contrat d'adhésion, le créancier a imposé une dérogation aux règles protectrices de l'article 2032 du code civil tout en octroyant des délais supplémentaires au débiteur principal, qu'il a ainsi commis une faute privant les cautions de tout moyen de recours contre le débiteur principal. Ils font relever encore qu'ils se sont vu imposer une dérogation au bénéfice de l'article 2037 du code civil.

Ils déclarent ne pas avoir été parfaitement conscients de leur engagement au moment de la signature de l'acte, alors que selon l'acte de cautionnement ils ne devaient s'engager que pour une période limitée dans le temps et selon des conditions précises, et non pas avec des conditions plus défavorables telles que résultant de l'avenant.

Les appelants font valoir par la suite que c'est le fait d'avoir imposé des clauses dérogatoires aux règles protectrices prévues par le code civil en matière de cautionnement et le comportement ultérieur de la banque qui sont à l'origine de la faute par eux invoquée et qui sont également à l'origine du vice de leur consentement. Ils auraient légitimement pu croire en signant le cautionnement que leur consentement serait préalablement demandé avant prorogation.

Les appelants font plaider qu'« il semblerait que la banque ne comptait exclusivement que sur la caution pour se rembourser et le cautionnement est alors perverti dans la mesure où l'engagement de la caution n'a dès lors plus aucun caractère subsidiaire ».

Ils reprochent encore à l'intimée de ne pas avoir veillé à maintenir ses droits et sûretés à l'encontre du débiteur ayant pu profiter ultérieurement aux cautions ; en procédant à de multiples reconductions du contrat, les actions données en garantie auraient perdu de leur valeur. La faute du créancier serait d'autant plus patente que la banque a privé les cautions d'une garantie en ne se retournant pas en priorité contre le débiteur principal dans le délai imparti par le contrat de prêt. Le fait d'accorder des délais conséquents à la société D aurait augmenté les difficultés financières de la société D.

Les appelants estiment que soit la couverture convenue de 150 % du montant du prêt n'a jamais été donnée, soit les intérêts occasionnés par la prorogation du prêt ont été tels que la couverture est devenue insuffisante.

Ils font exposer que la prorogation du prêt n'était envisagée que sous condition d'obtenir des garanties complémentaires, à savoir une hypothèque de deuxième rang d'un montant de 30.000.000 € sur un terrain à Cornella ainsi que la cession à titre de garantie de la participation à hauteur de 30,33% dans la société espagnole F et une garantie supplémentaire éligible d'une marge de 150 % du contrat de prêt.

A partir du moment où la banque a prorogé le délai du remboursement du prêt par un avenant avec des conditions aggravantes et a reporté de mois en mois le terme du remboursement, le consentement des époux B-C aurait été « lésé ».

Les appelants font valoir respectivement que leur consentement a été vicié, et que leur garantie a pris fin dans le délai de six mois à compter de la signature du prêt du 28 novembre 2006.

A titre subsidiaire, ils font plaider « que le créancier a l'obligation envers la caution de ne pas accorder considérablement du crédit au débiteur et de ne pas se laisser considérablement accumuler les dettes du débiteur » ; ils reprochent à la banque d'avoir fait preuve de négligence en tardant outre mesure à actionner ses garanties ce qui a entraîné un préjudice pour les cautions.

L'intimée répond que si on était en présence d'un contrat d'adhésion il serait valable au regard de l'article 1135-1 du code civil.

Elle déclare que B, homme très fortuné et expérimenté dans les investissements pétroliers et qui n'avait aucune difficulté financière au moment du prêt, était à l'initiative d'un investissement personnel dans la société anonyme E S.A. L'intimée explique que B est le promoteur qui est à l'origine de la création de la société D, opération qui consistait exclusivement à prendre la participation en question, qu'il est l'actionnaire unique et le bénéficiaire économique de la société D, qu'il est logique qu'il fournisse des garanties en relation avec le prêt, dont notamment son cautionnement solidaire y compris celui de son épouse, que ni B, ni C ne pouvaient se méprendre sur la portée de leurs engagements, ni au moment où ils se sont portés cautions, ni ultérieurement, qu'ils ne pouvaient se méprendre sur la situation financière de la société D qui était une société nouvellement créée au moment du prêt.

L'intimée conteste avoir consenti des avances exagérées au débiteur.

Le fait d'accorder des délais supplémentaires au débiteur pour lui permettre de rembourser sa dette ne serait pas constitutif d'un comportement fautif du créancier. Il montrerait que le créancier espérait obtenir remboursement de la part du débiteur principal et qu'il entendait éviter un décaissement précoce dans le chef des cautions.

L'intimée ajoute qu'elle s'est également retournée contre la société D en faisant pratiquer saisie-arrêt sur créance entre les mains de E et en obtenant un titre à son égard.

Elle fait valoir que les appelants restent en défaut de prouver que le fait d'avoir accordé des délais supplémentaires aurait entraîné une perte de valeur des actions de E qui ont été mises ne gage.

D'emblée il y a lieu de constater que si les appelants qualifient le cautionnement par eux souscrit de contrat d'adhésion, ils ne font cependant pas état d'un moyen mettant en cause la validité du contrat. Ils ne font pas valoir qu'ils n'auraient pas été en mesure de connaître les conditions générales du contrat lors de la signature, ni qu'ils ne pourraient pas être considérés comme les ayant acceptées.

Les développements des appelants portant sur leur consentement qui aurait été vicié sont sans incidence, étant donné que l'existence d'un vice du consentement, à la supposer établie, ne serait pas une cause génératrice de la responsabilité de la banque, mais une cause de nullité du cautionnement, et que les appelants ne concluent pas à l'annulation de leur engagement.

Une faute de l'intimée de nature à engager sa responsabilité ne saurait être retenue pour ne pas avoir recueilli le consentement des cautions avec la prorogation du prêt, ce consentement n'ayant pas été requis, et la

modification du taux d'intérêt, relevée par les appelants, ne leur étant de toute façon pas opposable.

Face aux contestations de l'intimée, les appelants restent en défaut de rapporter la preuve, qui leur incombe, de difficultés financières dans le chef du débiteur principal, la société D, au moment de la conclusion du contrat de prêt, et d'une défaillance de la part de la banque de se renseigner sur la situation financière de la société. Par ailleurs, les cautions ont sub II de l'acte de cautionnement reconnu qu'elles disposent d'éléments d'information suffisants pour apprécier la situation du cautionné, et que tant qu'elles resteront tenues au titre de leur engagement, il leur appartient de suivre personnellement la situation du cautionné. Ceci était aisé compte tenu de ce que Genis B est le bénéficiaire économique de la société D.

Les appelants ne prouvent pas non plus que la société D ait par la suite connu des difficultés financières telles que la banque aurait commis une faute pour avoir accordé des prorogations de délai et pour ne pas avoir résilié le contrat de prêt à une date antérieure à celle à laquelle la résiliation est intervenue.

Il suit de ce qui précède que les appelants restent en défaut d'apporter la preuve d'une faute de la banque de nature à engager sa responsabilité, de sorte que leur demande reconventionnelle est à rejeter comme non fondée.

#### Quant aux demandes présentées sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile

Dans les actes d'appel B et C demandent d'être déchargés de l'ensemble des condamnations prononcées à leur encontre ; leurs conclusions visent donc également l'indemnité de procédure au paiement de laquelle ils ont été condamnés par le tribunal d'arrondissement.

Chacun des appelants conclut à l'octroi d'une indemnité de procédure de 2.000 € en instance d'appel.

L'intimée requiert une indemnité de procédure de 3.000 € à l'égard de chacun des appelants pour l'instance d'appel.

Aucune des parties ne justifie en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge des sommes par elle exposées, non comprises dans les dépens, de sorte que les demandes respectivement formulées sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile sont à rejeter.

Les jugements de première instance sont donc à réformer sur ce point et les parties sont à débouter de leurs demandes respectivement formulées pour l'instance d'appel.

## PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement entre parties, sur le rapport du magistrat de la mise en état,

ordonne la jonction des deux procédures d'appel enrôlées sous les numéros 35372 et 35373,

rejette les demandes en révocation des ordonnances de clôture de l'instruction,

déclare les appels recevables,

les dit partiellement fondés,

réformant :

déclare la demande de la société anonyme A fondée en partie,

condamne B et C solidairement à payer à la société anonyme A la somme de 30.000.000 €, avec les intérêts de 5 % par semestre à partir du 28 septembre 2008 au 29 octobre 2008 et avec les intérêts moratoires au taux EONIA majoré de 3 % par an à compter du 30 octobre 2008 jusqu'à solde,

dit la demande en obtention d'une indemnité de procédure présentée en première instance par la société anonyme A non fondée,

en déboute,

dit la demande reconventionnelle présentée par B et C non fondée,

en déboute,

dit non fondées les demandes présentées sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile en instance d'appel,

en déboute,

confirme les jugements de première instance en ce qu'ils ont condamné B et C aux frais et dépens de l'instance,

condamne B et C solidairement également aux frais et dépens de l'instance d'appel.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Carlo HEYARD, président de chambre, en présence du greffier Lex BRAUN.