Audience publique du quatre mars deux mille vingt-et-un

Numéro CAL-2018-00723 du rôle

Composition:

Serge THILL, président de chambre,
Danielle SCHWEITZER, premier conseiller,
Henri BECKER, conseiller,
Alexandra NICOLAS, greffier.

E n t r e :

A.), demeurant en Espagne à E-(...), (...),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Véronique REYTER d'Esch-sur-Alzette du 25 juin 2018,

comparant par Maître Amélie BAGNES, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

la société anonyme **BQUE1.)**, anciennement dénommée **BQUE1'.)**, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), 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 prédit exploit REYTER du 25 juin 2018,

comparant par la société anonyme SCHILTZ & SCHILTZ, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, représentée aux fins des présentes par Maître Franz SCHILTZ, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par conventions de crédit signées le 23 novembre 2006, la société anonyme **BQUE1.)** (ci-après « la **BQUE1.)** »), initialement dénommée **BQUE1'.**), a accordé à la société de droit espagnol **SOC1.)** SL (ci-après la société « **SOC1.)** ») deux crédits de respectivement 3.300.000 euros et 2.700.000 euros venant à échéance le 30 novembre 2009.

Les deux crédits ont été garantis, entre autres, par des cautionnements solidaires et indivisibles d'**A.)** (ci-après **A.)**) et de **B.)** souscrits pour les montants de 3.300.000 euros et de 2.700.000 euros, augmentés des commissions de banque, des intérêts, des frais et des accessoires généralement quelconques.

Par courriers du 19 mars 2009, la **BQUE1.)** a dénoncé les deux contrats de prêt avec effet immédiat et a sollicité le remboursement des montants de 3.441.338,93 euros et de 107.921,15 euros. Par courriers du même jour, les cautions ont été informées de ces dénonciations.

Par exploit d'huissier de justice du 5 décembre 2011, la **BQUE1.)** a donné assignation à **A.)** et **B.)** à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, pour voir condamner les assignés solidairement, sinon *in solidum*, à lui payer la somme de 3.792.101,15 euros, avec les intérêts conventionnels et les frais, sinon avec les intérêts au taux légal à partir du 25 novembre 2011, sinon à partir de la demande en justice, jusqu'à solde. Elle a demandé en outre une indemnité de procédure de 5.000 euros.

Le tribunal, après avoir fait droit à la demande en disjonction de la demande dirigée contre **A.)** alors que l'assignation n'a pas pu être délivrée à celui-ci, a, par jugement rendu par défaut à l'égard de **B.)**, déclaré fondé la demande et condamné ce dernier à payer à la **BQUE1.)** la somme de 3.792.101,15 euros avec les intérêts conventionnels tels que prévus à l'article 8 des « *General credit conditions* » à partir du 25 novembre 2011 jusqu'à solde.

Par exploit d'huissier de justice du 19 novembre 2013, la **BQUE1.)** a réassigné **A.)**.

Par jugement n° 156/2017 du 17 mai 2017, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, s'est déclaré territorialement compétent pour connaître des demandes principale et reconventionnelle, a rejeté le moyen tiré du libellé obscur soulevé par le défendeur, a déclaré que les engagements de cautionnement sont de nature commerciale, de sorte que le litige est de nature commerciale et a dès lors siégé en matière commerciale selon la procédure civile, a retenu que les cautionnements ont valablement été souscrits par le défendeur notamment au regard de l'article 1326 du Code civil, a rejeté la demande en nomination d'un expert graphologique et a rejeté les moyens de caducité et de nullité des conventions de prêt et de cautionnement (notamment pour vice de consentement et pour absence de cause) invoqués par **A.)**. Le

tribunal a, en outre, dit que l'article 2016, alinéas 2 et 3 du Code civil portant obligation pour le créancier d'informer la caution sur l'évolution du montant de la créance, invoqué par le défendeur, n'est pas applicable au cautionnement souscrit par ce dernier, et a rejeté le moyen de la disproportion entre ses capacités financières et la dette principale.

Dans le cadre de la demande reconventionnelle, le tribunal a rejeté le moyen tiré d'une dénonciation brusque et abusive des contrats de crédit par la **BQUE1.)**.

Le tribunal a fait droit à la demande en production de documents formée par le défendeur et a ordonné à la **BQUE1.)** de communiquer les documents suivants :

- la lettre de garantie issue de la **BQUE1'.) SUISSE** (ci-après « la **BQUE1.) Suisse** ») en faveur de la **BQUE1.)**,
- les documents 200702-282 et 200702-284 dont il est fait état dans la pièce n° 20 de Maître SCHILTZ,
- les informations sur l'évolution du portfolio ouvert auprès de la **BQUE1.) Suisse**,
- un document prouvant le transfert de fonds de la **BQUE1.) Suisse** à la **BQUE1.)** lors de la fin du contrat.

Par jugement du 21 mars 2018, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile, vidant le jugement n° 156/2017 du 17 mai 2017, a dit la demande principale fondée pour le montant de 3.792.101,15 euros, avec les intérêts conventionnels tels que prévus à l'article 8 des « *General credit conditions* » à partir du 25 novembre 2011 jusqu'à solde et a condamné **A.)** en conséquence, a dit non fondées la demande en dation en paiement ainsi que la demande d'**A.)** pour réduire ses obligations de remboursement basée sur l'article 1907-1 du Code civil, a dit la demande reconventionnelle en allocation de dommages et intérêts en raison de l'acceptation injustifiée par la **BQUE1.)** de la réduction de la garantie bancaire émise par la **BQUE1.) Suisse** au profit de la **BQUE1.)** fondée pour le montant de 100.000 euros et non fondée pour le surplus et a condamné la **BQUE1.)** en conséquence, a ordonné la compensation entre les créances réciproques, a condamné **A.)** à payer à la **BQUE1.)** une indemnité de procédure et a déclaré non fondée la demande d'**A.)** en obtention d'une indemnité de procédure.

Par acte d'huissier de justice du 25 juin 2018, **A.)** a régulièrement interjeté appel contre le jugement du 21 mars 2018, lui signifié en date du 15 mai 2018, tel que cela résulte de l'acte d'appel.

Par le même acte d'huissier de justice, **A.)** a encore régulièrement interjeté appel contre le jugement du 17 mai 2017, qui, selon les actes de procédure versés en cause, n'a pas été signifié.

Conformément aux dispositions de l'article 2 (2) de la loi du 20 juin 2020 portant prorogation de mesures concernant la tenue d'audiences publiques pendant l'état de crise, les mandataires des parties ont été informés par écrit le 28 juillet 2020 que l'affaire serait prise en délibéré à l'audience du 3 décembre 2020, que cette audience serait tenue par le président de chambre Serge THILL et que l'arrêt serait rendu par le président de chambre Serge THILL, le premier conseiller Danielle SCHWEITZER et le conseiller Henri BECKER.

Les mandataires des parties ayant informé la Cour qu'ils n'entendaient pas plaider l'affaire, et les fardes de procédure ayant été déposées au greffe, l'audience a été tenue à la date indiquée, suivant les modalités annoncées aux parties.

Le président de chambre Serge THILL a pris l'affaire en délibéré et a fixé le prononcé de l'arrêt au 4 février 2021, date à laquelle il fut remis au 25 février 2021, puis au 4 mars 2021.

Les mandataires des parties ont été informés par écrit de la composition de la Cour et de la date du prononcé.

Le magistrat ayant présidé l'audience a rendu compte à la Cour dans son délibéré.

L'appelant conclut par réformation des jugements entrepris :

- à l'incompétence territoriale des juridictions luxembourgeoises sur base du règlement CE 44/2001 du 22 décembre 2000 (actuellement règlement (UE) No 1215/2012 du Parlement Européen et du Conseil du 12 décembre 2012, ci-après règlement CE 44/2001) concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale,
- à voir déclarer l'acte de réassignation, signifié le 19 novembre 2013, irrecevable pour cause de libellé obscur,

quant au fond :

- à titre principal : à voire dire les conventions litigieuses nulles pour violation de l'article 1326 du Code civil, sinon sur base de l'article 1116 du Code civil pour dol, sinon sur base de l'article 1131 du Code civil pour défaut de contrepartie,

condamner la partie intimée à payer la somme de 3.600.000 euros à titre de dommages et intérêts en relation avec l'octroi abusif de crédits et la résiliation abusive des crédits n° **NO1.**) d'un montant de 3.300.000 euros et n° **NO2.**) d'un montant de 2.700.000 euros,

- subsidiairement : dire que la partie intimée a violé ses obligations en tant que dispensateur de crédit, sinon pour avoir violé l'article 37-3 de la loi sur le secteur financier,

réformer le jugement du 21 mars 2018 en ce qu'il a dit la demande principale fondée pour le montant de 3.792.101,15 euros avec les intérêts conventionnels tels que prévus à l'article 8 des « *General credit conditions* » à partir du 25 novembre 2011 jusqu'à solde,

réformer le jugement du 21 mars 2018 en ce qu'il n'a pas condamné la partie intimée à accepter la sûreté réelle telle que visée à l'article 12 de la convention de crédit n° **NO1.**),

réformer le jugement du 21 mars 2018 en ce qu'il n'a pas accueilli les demandes reconventionnelles de la partie appelante,

partant dire que la partie intimée a engagé sa responsabilité et la condamner au paiement de la somme de 3.600.000 euros + pm à titre de dommages et intérêts en relation avec l'octroi abusif de crédits et la résiliation abusive des crédits n° **NO1.**) d'un montant de 3.300.000 euros et n° **NO2.**) portant sur un montant de 2.700.000 euros et les fautes caractérisées sur base de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil et de l'article 37-3 de la loi sur le secteur financier,

- à titre encore plus subsidiaire, réformer le jugement du 21 mars 2018 en ce qu'il n'a pas accordé la dation en paiement,
- en tout état de cause, condamner la partie intimée à payer la somme de 3.600.000 euros + pm à titre de dommages et intérêts en relation avec l'octroi abusif de crédits et la résiliation abusive des crédits n° **NO1.**) d'un montant de 3.300.000 euros et n° **NO2.**) portant sur un montant de 2.700.000 euros,
- se voir réserver le droit d'assigner en intervention forcée la **BQUE1.)** Suisse en production des documents listés dans le jugement du 17 mai 2017,
- décharger **A.)** de la condamnation à une indemnité de procédure et voir allouer à l'appelant une indemnité de procédure de 10.000 euros pour les deux instances.

L'appelant conclut encore à voir déclarer non fondé l'appel incident de la **BQUE1.)**, partant à voir prononcer la caducité du contrat de prêt n° **NO2.**), et à la confirmation du jugement du 21 mars 2018 en ce qu'il a condamné la partie intimée à lui payer la somme de 100.000 euros avec les intérêts au taux légal à partir de la demande reconventionnelle du 2 mai 2014 jusqu'à solde.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement du 17 mai 2017, ainsi qu'à la confirmation du jugement du 21 mars 2018 en ce qu'il a dit la demande principale fondée pour le montant de 3.792.101,15 euros avec les intérêts

conventionnels et condamné **A.**) en conséquence, a dit la demande en dation en paiement non fondée, a dit la demande d'**A.**) basée sur l'article 1907-1 du Code civil non fondée, condamné **A.**) au paiement d'une indemnité de procédure et dit sa demande en paiement d'une indemnité de procédure non fondée.

La **BQUE1.**) interjette appel incident contre le jugement du 21 mars 2018 et conclut, par réformation du jugement entrepris, à voir rejeter sinon déclarer non fondée la demande reconventionnelle d'**A.**), partant à se voir décharger de la condamnation de première instance à hauteur de la somme de 100.000 euros.

L'intimée conclut encore à l'allocation d'une indemnité de procédure de 5.000 euros pour l'instance d'appel et à voir rejeter la demande de la partie appelante tendant à l'allocation d'une indemnité de procédure de 10.000 euros pour les deux instances.

I) Quant aux faits

En date du 29 juin 2006, **A.**) et **B.**) ont constitué la société **SOC1.**) en vue de la réalisation d'un projet immobilier portant sur un terrain de 430 ares dans la banlieue de **LIEU1.**) en Espagne. **A.**) est associé à 50%, les autres 50% étant souscrits par **B.**).

En date du 23 novembre 2006, deux contrats de prêt sont conclus entre la **BQUE1.**) et la société **SOC1.**), portant sur les montants de 3.300.000 euros et 2.700.000 euros.

Ces prêts sont garantis par des cautionnements solidaires et indivisibles d'**A.**) et de **B.**).

Il résulte de l'article 6 de la convention de crédit du 23 novembre 2006 n° **NO1.**) d'un montant de 3.300.000 euros que :

« *The Facility will be used for:*

- i. *the final payment of the purchase price of a piece of land located **RUE1.**), in the municipality of (...), in the province of **LIEU1.**), in Spain, the said final payment amounting to a maximum, amount of EUR 1,900,000.- (one million nine hundred thousand Euros) ;*
- ii. *the payment of miscellaneous fees related to the purchase of the said land, for a maximum amount of EUR 500,000.- (five hundred thousand Euros) ;*
- iii. *the build-up of a portfolio of financial assets in the Borrower's account opened with **BQUE1'.**) Switzerland for a minimum amount of EUR 900,000.- (nine hundred thousand Euros), the said portfolio amounting to a total of EUR 3,600,000.- (three million six hundred thousand Euros)*

and the Borrower undertaking to maintain this portfolio to a minimum amount of EUR 3,000,000.- (three million Euros) at any time until the Maturity Date, as defined in clause 7. »

L'article 6 de la convention de crédit du 23 novembre 2006 n° **NO2.**) d'un montant de 2.700.000 euros dispose que :

*« The Facility will be used for the build-up of a portfolio of financial assets deposited in the Borrower's account opened with **BQUE1'**) Switzerland for a total amount of EUR 2,700,000.- (two million seven hundred thousand Euros). »*

Il résulte encore de cette convention de crédit qu'en contrepartie de ce portfolio, la **BQUE1'**) SWITZERLAND (ci-après la **BQUE1.**) Suisse) doit émettre une garantie bancaire en faveur de la **BQUE1.**) d'un montant de 2.800.000 euros.

Par échange de messages SWIFT du 12 novembre 2007, la garantie a été réduite au montant de 2.700.000 euros à la demande de la **BQUE1.**)

Par courriers du 19 mars 2009, la **BQUE1.)** a dénoncé les deux contrats de prêt avec effet immédiat. Par courriers du même jour, les cautions ont été informées de ces dénonciations.

Par opération avec date de valeur au 11 mars 2009, la garantie bancaire a été virée à la **BQUE1.)**

La présente procédure tend à l'exécution forcée des actes de cautionnement d'**A.**)

II) Quant à l'incompétence territoriale

L'appelant reproche à la juridiction de première instance de ne pas avoir annulé la clause attributive de compétence contenue dans les divers actes de cautionnement, dont la **BQUE1.)** poursuit l'exécution, comme étant contraires à l'article 17 du règlement CE 44/2001, sinon abusives conformément à l'article L-211-6 (2) du Code de la consommation.

Les dispositions ayant trait à la compétence juridictionnelle internationale relatives aux contrats conclus par les consommateurs sont insérées dans la section 4 du règlement CE 44/2001 et font l'objet des articles 15 à 17 dudit règlement.

Aux termes de l'article 15.1, *« en matière de contrat conclu par une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, la compétence est déterminée par la présente section [...] »*.

L'article 16.2 du règlement prévoit que *« l'action intentée contre le consommateur par l'autre partie au contrat ne peut être portée que devant les*

juridictions de l'Etat membre sur le territoire duquel est domicilié le consommateur ».

La notion de consommateur fait l'objet d'une interprétation stricte par la Cour de Justice des Communautés européennes. Celle-ci a jugé que « *seuls les contrats conclus aux fins de satisfaire aux seuls besoins de consommation privée d'un individu relèvent des dispositions protectrices du consommateur en tant que partie réputée économiquement plus faible* » (CJCE, Benincasa, 3 juillet 1997, C-269/ 95).

Le contrat de cautionnement souscrit par **A.)** n'a cependant pas été conclu pour satisfaire à ses seuls besoins de consommation privée, mais afin de faire fructifier son investissement dans une société commerciale.

Au regard de ces considérations, **A.)** ne peut se voir reconnaître la qualité de consommateur.

A défaut de pouvoir être qualifié de consommateur, les règles protectrices des consommateurs telles qu'édictées par le règlement CE 44/2001 et par le Code des consommateurs ne trouvent pas application en l'espèce.

La validité des clauses attributives de juridiction insérées dans les contrats de prêt et de gage ne pouvant ainsi pas être remises en cause par l'appelant, le moyen tiré de l'incompétence territoriale des juridictions luxembourgeoises est à rejeter.

III) Quant au libellé obscur

L'appelant reproche à la juridiction de première instance de ne pas avoir retenu l'exception du libellé obscur, l'exploit d'assignation du 19 novembre 2013 l'ayant désorganisé dans sa défense, dans la mesure où il lui aurait été impossible de comprendre l'origine du décompte du montant réclamé.

La Cour se rallie aux développements en droit de la juridiction de première instance, qui a, à juste titre, retenu que l'exception de libellé obscur est à écarter si la description des faits dans l'acte introductif d'instance est suffisamment précise pour permettre au juge de déterminer le fondement juridique de la demande, pour ne pas laisser le défendeur se méprendre sur l'objet de celle-ci et pour le mettre en mesure de choisir les moyens de défense appropriés.

Il résulte à suffisance de l'assignation que la demande de la **BQUE1.)** a trait à une demande en condamnation et en paiement sur base d'actes de cautionnement consentis par l'appelant dans le cadre de deux conventions de prêt conclues avec la société **SOC1.)**, dont les numéros des comptes bancaires sont précisés, ainsi que l'indication du solde réclamé.

Tel que l'a, à juste titre, retenu la juridiction de première instance, l'absence d'extraits bancaires, respectivement d'indication du mode de calcul des

intérêts, ne porte pas atteinte à la clarté de la demande, mais pourrait tout au plus avoir une incidence au niveau de la preuve du bien-fondé de la demande.

Le jugement entrepris est dès lors à confirmer en ce qu'il a déclaré le moyen tiré du libellé obscur non fondé.

IV) Quant aux demandes en nullité des conventions de crédit et des actes de cautionnement

- Quant à la violation de l'article 1326 du Code civil

En ce qui concerne le cautionnement portant sur le montant de 3.300.000 euros, l'appelant soutient que, contrairement aux prescriptions de l'article 1326 du Code civil, celui-ci ne mentionnerait pas le montant en toutes lettres, mais uniquement en chiffres.

Quant au cautionnement portant sur le montant de 2.700.000 euros, **A.)** fait valoir qu'il aurait « *un fort doute quant à la véracité de cette convention* », étant donné que deux documents comportant des signatures différentes seraient versés en cause.

Les cautionnements seraient dès lors « *nuls car non en tous points conformes aux prescriptions de l'article 1326 du Code civil.* »

Il y a lieu de rappeler que le cautionnement commercial est dispensé des formalités prévues à l'article 1326 du Code civil et peut être prouvé conformément à l'article 109 du Code de commerce (cf. Cour, 7 octobre 2010, n° 35111 du rôle, Cour, 6 juin 2018, arrêt N° 108/18 - VII - CIV).

C'est à bon droit et pour de justes motifs, auxquels la Cour se rallie, que le tribunal, dans son jugement du 17 mai 2017, a retenu que les contrats de cautionnement en l'espèce sont à qualifier de commerciaux, au vu du fait que les personnes ayant consenti les cautionnements avaient un intérêt personnel dans l'affaire qui motivait ceux-ci. En effet, **A.)**, en tant qu'associé fondateur de la société **SOC1.)**, détenant 50% du capital social, avait un intérêt personnel évident dans le fonctionnement de la société. A cela s'ajoute que malgré le fait qu'**A.)** soutient ne pas être administrateur de la société **SOC1.)**, il a, ensemble avec l'administrateur de celle-ci, signé les contrats de prêt du 23 novembre 2006 au nom du « *Borrower* » à savoir la société **SOC1.)**. Il résulte d'ailleurs d'un courriel adressé par **A.)** à la **BQUE1.)** en date du 4 février 2007 (pièce 34 de la farde de pièces de la S.A. SCHILTZ & SCHILTZ), qu'il a activement participé à la réalisation du projet immobilier.

En l'espèce, afin d'établir la réalité des cautionnements souscrits par **A.)**, la **BQUE1.)** verse un acte de cautionnement portant sur le montant de 3.300.000 euros, portant la signature non contestée d'**A.)** (pièce 1 de la S.A. SCHILTZ & SCHILTZ), un acte de cautionnement portant sur le montant de 2.700.000 euros, portant une signature dont **A.)** soutient que ce ne serait pas la sienne

(pièce 2 de la S.A. SCHILTZ & SCHILTZ), un acte de cautionnement portant sur le montant de 2.700.000 euros, portant la signature non contestée d'**A.**) (pièce 30 de la S.A. SCHILTZ & SCHILTZ) et encore un acte de cautionnement portant sur le montant de 6.000.000 euros, portant la signature non contestée d'**A.**) (pièce 31 de la S.A. SCHILTZ & SCHILTZ).

Il résulte de ce qui précède que les cautionnements d'**A.**) portant sur les montants de 3.300.000 euros et de 2.700.000 euros sont établis à suffisance de droit par les pièces 1, 30 et 31 précitées.

Le jugement du 17 mai 2017 est dès lors à confirmer en ce qu'il a retenu que le cautionnement d'**A.**) est établi pour un montant de 6.000.000 euros.

- Quant aux vices du consentement

La partie appelante reproche aux jugements entrepris de ne pas avoir fait droit à ses demandes en annulation des conventions de crédit et des cautionnements pour dol, sinon défaut de contrepartie, sinon pour erreur.

C'est à bon droit et pour de justes motifs que la juridiction de première instance a, sur base d'un arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation française du 8 juin 2007, retenu dans son jugement du 17 mai 2017 que « *la caution ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur* », pour en déduire qu'elle « *n'était pas recevable à invoquer la nullité tirée du dol affectant le consentement du débiteur principal* » (Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, n° 03-15.602 : JCP 2007, p. 274, obs. J. Casey ; *ibid.*, II, 10138, note Ph. Simler ; D. 2007, p. 1782, obs. V. Avena-Robardet ; *ibid.*, p. 2201, note D. Houtcieff ; RTD com. 2007, p. 585, obs. D. Legeais ; *ibid.*, p. 835, note A. Martin-Serf. – Adde P. Bouteiller, La caution face au dol du débiteur : Rev. Lamy dr. aff. 2007, n° 19, p. 35).

La Cour se rallie encore aux développements de la juridiction de première instance qui a dès lors retenu, à bon droit, que les exceptions relevant du dol, de l'erreur et de l'absence de cause des contrats de prêt sont des exceptions purement personnelles du débiteur principal, dont la caution ne peut se prévaloir pour conclure à la nullité des contrats de prêt et par conséquent des cautionnements.

Contrairement aux développements de la partie appelante, la juridiction de première instance n'est pas revenue sur sa décision précitée en retenant que la caution était en droit d'invoquer la réduction de la dette principale par l'apurement partiel des crédits, pareille exception n'étant, en effet, pas à qualifier d'exception purement personnelle au débiteur.

Il en résulte dès lors que la juridiction de première instance est à confirmer pour autant qu'elle a décidé que les exceptions de dol et d'erreur dans le chef du débiteur principal n'étaient pas susceptibles d'être invoquées par la caution pour conclure à la nullité des contrats principaux.

Reste à analyser la nullité du cautionnement pour vice de consentement dans le chef de la caution.

A l'appui de son appel, **A.)** fait valoir que le consentement des associés de la société **SOC1.)** aurait été donné sous l'emprise d'une méprise causée par le comportement de rétention fautive et dolosive de la banque, doublé d'une confusion entre les entités ayant conclu les conventions litigieuses.

Il aurait ainsi appartenu à la **BQUE1.)** de le renseigner, en sa qualité de caution, sur l'opportunité de souscrire un prêt hypothécaire ensemble avec un prêt investissement en valeurs mobilières, notamment quant aux risques de ce portfolio.

La **BQUE1.)** aurait cependant contraint la société **SOC1.)**, sous peine de refus d'octroi du prêt immobilier, à ouvrir un portfolio auprès de la **BQUE1.)** Suisse, mais ni la société **SOC1.)** ni **A.)** n'auraient, jusqu'à ce jour, reçu une quelconque information sur les actions achetées ou sur la rentabilité de ce portfolio.

La **BQUE1.)** aurait induit en erreur la société **SOC1.)** et la caution en leur faisant croire que le rendement du portfolio serait suffisant pour couvrir le remboursement des intérêts des contrats de prêt. Elle aurait ainsi fait croire à la société **SOC1.)** et à la caution que le prêt octroyé serait avantageux et que les conditions de son remboursement seraient aisées, sans jamais dévoiler que le montage de l'opération de crédit était tel que la société **SOC1.)** ne serait jamais en mesure de rembourser les sommes.

La **BQUE1.)** aurait profité de l'inexpérience des associés de la société **SOC1.)** en matière d'investissement, de leur incapacité de comprendre les documents qui leur étaient soumis en anglais pour leur soumettre une telle obligation.

La réalité cachée correspondrait au fait de ne pas avoir informé la société **SOC1.)** et la caution que la **BQUE1.)** et la **BQUE1.)** Suisse étaient des entités juridiques distinctes. Cela aurait encore été renforcé par le fait que les rencontres entre la **BQUE1.)** et la société **SOC1.)** se seraient « *déroulées matériellement et physiquement en Suisse et qu'aucun document dont Monsieur A.) a connaissance n'a été signé avec BQUE1.) Suisse mais tous les documents contractuels ont bel et bien été signés par la partie intimée BQUE1.)* ». **A.)** fait ainsi valoir que « *c'est BQUE1.) qui a signé les conventions litigieuses avec la société SOC1.) / actes de cautionnement avec Monsieur A.), et ce y compris pour l'ouverture d'un portefeuille d'actifs financiers avec BQUE1.) Suisse* ».

La **BQUE1.)** aurait entretenu une apparence contraire à la réalité en faisant signer les conventions litigieuses aux associés de la société avec une personnalité juridique luxembourgeoise, à savoir la **BQUE1.)**.

L'erreur d'**A.)** aurait été de penser qu'il serait possible de signer à Genève des conventions avec une banque luxembourgeoise qui a des bureaux en Suisse. Le caractère légitime de cette erreur résulterait du fait que le numéro de

registre de l'entité suisse et l'indication claire et non équivoque de la qualité de signataire de l'entité suisse feraient défaut dans les conventions litigieuses, de sorte à faire croire aux signataires qu'ils signent avec la **BQUE1.)**.

Les conditions de l'apparence légitime seraient réunies et la **BQUE1.)** serait tenue des obligations résultant de l'article 37-3 de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier, obligations cependant non respectées par elle.

A.) prétend que ces manœuvres auraient déterminé son consentement et s'il avait su que le rendement de ce portfolio prendrait la forme d'une chimère, il aurait délaissé le projet immobilier à **LIEU1.)** et n'aurait pas cautionné des prêts pour un montant de 6.000.000 euros.

La **BQUE1.)** conteste formellement que la constitution d'un portefeuille d'actifs financiers auprès de la **BQUE1.)** Suisse aurait constitué une condition à l'octroi d'un crédit à la société **SOC1.)** ou encore que le rendement de ce portefeuille aurait dû assurer le remboursement des intérêts des deux crédits.

La **BQUE1.)** rappelle qu'elle n'aurait pas démarché les associés de la société **SOC1.)**, mais qu'elle aurait été contactée par eux en vue de l'obtention d'un crédit. Les deux crédits auraient été accordés à l'issue de négociations menées entre parties, et contrairement aux affirmations de la partie appelante, une lecture combinée des deux conventions de crédit ne permettrait nullement de déduire pareille conclusion. La partie appelante resterait en défaut d'établir, voire de préciser en quoi pareille contrainte aurait pu provoquer chez elle une erreur qui l'aurait déterminée à contracter avec la banque.

La **BQUE1.)** rappelle en outre que dans la mesure où le fournisseur de services d'investissements utilisé par la société **SOC1.)** aurait été la **BQUE1.)** Suisse, cette dernière serait seule tenue aux obligations légales découlant de l'article 37-3 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier. L'affirmation de la partie appelante que les conventions litigieuses auraient été signées en Suisse est formellement contestée, rien ne permettrait de retenir que les contrats de prêt et de cautionnement n'auraient pas été signés au Luxembourg, étant donné que le seul document indiquant le lieu de signature, à savoir la demande d'ouverture de compte de la société **SOC1.)**, renseignerait, en date du 17 novembre 2006, le Luxembourg comme lieu de signature.

La **BQUE1.)** fait valoir avoir transféré, en date du 26 février 2007, les fonds prêtés à la société **SOC1.)**, destinés à la constitution d'un portefeuille d'actifs sur le compte bancaire de l'emprunteur auprès de la **BQUE1.)** Suisse. Aucune convention de constitution/gestion de portefeuille d'actifs n'aurait été signée entre la société **SOC1.)** et la **BQUE1.)**, il ne lui incomberait dès lors pas d'informer respectivement de conseiller celle-ci en matière d'investissement.

Le seul fait que la **BQUE1.)** Suisse serait une filiale de la **BQUE1.)** ne saurait cependant créer un lien de dépendance juridique entre ces deux établissements bancaires, la filiale resterait une entité juridique distincte de la société mère, cette dernière n'ayant pas à répondre des conséquences d'une éventuelle faute contractuelle commise par une de ses filiales.

Les associés de la société **SOC1.)** seraient à qualifier d'emprunteurs respectivement de cautions averties, de sorte que la **BQUE1.)** n'aurait pas été tenue de les conseiller de manière plus approfondie, ni de les mettre en garde sur des risques particuliers avant la conclusion des conventions de crédit et cautionnement litigieux.

En dernier lieu, la **BQUE1.)** fait valoir que, contrairement aux allégations de la partie appelante, il n'y aurait eu aucune raison pour refuser l'octroi des crédits litigieux alors que ces crédits n'auraient rien d'anormal ni d'excessif. Après analyse du rapport **SOC2.)** S.A. Valuation Advisory Barcelona Office (pièce 1 de la farde de pièces 1 de Maître Amélie BAGNES) relatif au projet immobilier et vérification des statuts de la société constituée en vue du projet immobilier à financer (pièce 40 de la S.A. SCHILTZ & SCHILTZ), la **BQUE1.)** aurait simplement fourni à cette société les fonds nécessaires pour débiter son activité.

En vertu de l'article 1116, alinéa 1^{er} du Code civil, le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.

Le dol peut résulter d'un simple mensonge, même en l'absence de manœuvres destinées à lui donner crédit.

Il repose sur une faute intentionnelle. Il faut que l'auteur des manœuvres, mensonge ou réticence ait agi intentionnellement pour tromper le contractant.

Du côté de celui qui en est victime, le dol suppose qu'une erreur ait été commise. Cependant, comme l'erreur simple, l'erreur commise par la victime du dol ne vicie le consentement qu'autant qu'elle a décidé de la conclusion du contrat.

Pareille erreur au moment de la signature fait défaut en l'espèce.

Le fait que la **BQUE1.)** n'aurait pas informé **A.)** sur les caractéristiques du portfolio à constituer auprès de la **BQUE1.)** Suisse, ni sur l'entité **BQUE1.)** Suisse elle-même, ne saurait à lui seul constituer une réticence dolosive en l'absence de la preuve en quoi la **BQUE1.)** ait trompé son client et quelles informations précises et déterminantes de son consentement le client aurait dû avoir pour changer d'avis et décider de ne pas consentir à un cautionnement d'une dette principale dans le cadre de laquelle il y a eu constitution d'un portfolio auprès de la **BQUE1.)** Suisse.

Il résulte d'ailleurs clairement des conventions de prêt que la **BQUE1.)** Suisse est une entité différente de la **BQUE1.)** qui a dispensé les crédits. L'affirmation d'**A.)** que la signature de l'intégralité des documents relatifs aux conventions litigieuses aurait eu lieu en Suisse est restée à l'état de pure allégation. Le seul document indiquant son lieu d'établissement est l'« *Application to open a*

Company account » qui indique de façon manuscrite, en dessous des signatures d'**A.**) et de **B.**), le Luxembourg comme lieu d'établissement.

Il y a lieu de rappeler que l'existence du vice du consentement s'apprécie au moment de la conclusion du contrat. Or, l'article 37-3 de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier, sur lequel se base l'appelant, n'a été introduit dans ladite loi que par la loi du 13 juillet 2007 relative aux marchés d'instruments financiers, et n'est entré en vigueur que le 1^{er} novembre 2007. Une éventuelle violation de cette disposition ne peut dès lors servir à établir un vice du consentement dans le cadre d'une convention signée en novembre 2006.

Il pèse sur le banquier dispensateur de crédit une obligation de renseignement et de mise en garde lorsque les parties sont d'une inégale compétence et chaque fois que son client se fie au banquier dans un domaine où il est normalement incompétent (Georges Ravarani, *La responsabilité des personnes privées et publiques*, 3^e édition, 2014, n° 605, p. 626).

Depuis un arrêt de la Cour de cassation du 21 janvier 2016 (n° 13/16), il y a lieu de distinguer entre cautions averties et cautions profanes pour déterminer l'intensité de l'obligation de renseignement. Sont à considérer comme cautions averties les dirigeants et, suivant les circonstances, les associés importants jouant un rôle actif dans la société.

Afin de déterminer si **A.**) doit être considéré comme caution avertie ou non, la Cour ne prend pas en considération les *curriculum vitae* des associés de la société **SOC1.)** (pièces 36 à 39 de la S.A. SCHILTZ & SCHILTZ), qui ont été écartés pour de justes motifs, auxquels la Cour se rallie, par la juridiction de première instance.

La Cour retient cependant qu'il résulte du « *profil dirigeant* » (pièce 41 de la S.A. SCHILTZ & SCHILTZ) ensemble avec l'acte de constitution de la société anonyme de droit espagnol **SOC3.)** MANAGEMENT HOLDING S.A. (pièce 26 de la farde de pièces I de Maître Amélie BAGNES) qu'**A.**) a été administrateur unique de ladite société durant la période du 16 avril 2003 au 15 septembre 2003. L'objet social de cette société était notamment l'« *achat-vente de propriétés agricoles ou urbaines, l'urbanisation de terrains, la construction et la réhabilitation d'immeubles et la promotion, la vente et l'exploitation par location d'immeubles, navires, maisons, locaux et terrains* ».

Il résulte encore de l'« *Application to open a Company account* » du 17 novembre 2006, qu'**A.**) y indique comme « *Profession : Promoteur immobilier* » et comme « *Sphere of activity : Finance/Immobilier* ».

A cela s'ajoute que les associés de la société **SOC1.)**, détenant chacun 50% des parts, ont créé la société **SOC1.)** en 2006 afin de réaliser un projet immobilier avec commerces et habitations sur un terrain de 430 ares. Un tel projet nécessite indubitablement des connaissances tant dans le domaine des affaires que dans le domaine des finances. **A.**) était d'ailleurs actif dans la

réalisation du projet tel que cela résulte d'un courriel du 4 février 2009 adressé par lui à la **BQUE1.)** (pièce 35 de la S.A. SCHILTZ & SCHILTZ).

Ainsi, **A.)**, en tant qu'associé fondateur à 50%, connaissant forcément la situation financière de la société **SOC1.)** et au courant de la gestion de celle-ci étant à qualifier de caution avertie, la **BQUE1.)** n'était aucunement tenue de conseiller de manière plus approfondie les associés de la société **SOC1.)**, ni de les mettre en garde sur des risques particuliers avant la conclusion des conventions de crédit et cautionnement litigieux.

Même à supposer établie l'affirmation d'**A.)** de l'incapacité des associés à comprendre les documents leur soumis par la **BQUE1.)** en anglais, il leur aurait appartenu de refuser de les signer.

L'appelant ne rapportant pas la preuve que la **BQUE1.)** ait retenu des informations sur des faits dont la connaissance aurait modifié son comportement lors de la signature du cautionnement, de sorte que la preuve du dol et de l'erreur n'est pas rapportée, la demande en annulation des conventions de crédit et des cautionnements pour cause de dol ou d'erreur n'est pas fondée.

- Quant au défaut de contrepartie

L'appelant fait valoir que l'obligation de la société **SOC1.)** de souscrire un portfolio d'actifs pour un montant principal de 3.600.000 euros ne comporterait aucune contrepartie, sauf à considérer que le crédit de 2.400.000 euros aurait été accordé sous la contrainte de souscrire un deuxième prêt pour un montant plus élevé, à savoir un prêt de 3.600.000 euros, montant affecté au « *build-up* » d'un portfolio d'actifs financiers.

En insérant l'article 6) iii à la convention de crédit n° **NO1.)** qui stipule que la société **SOC1.)** s'engage à ouvrir un « *portfolio of financial assets* » pour un montant de 3.600.000 euros et à maintenir ce portfolio à un montant minimum de 3.000.000 euros durant toute la durée du prêt, les obligations auxquelles la société **SOC1.)** s'était engagée auraient été manifestement disproportionnées par rapport aux obligations de la banque.

Contrairement à ce qui a été retenu dans la décision intervenue, la caution serait en droit de pouvoir exciper des exceptions qui auraient pu être soulevées par le débiteur principal.

La **BQUE1.)** conclut à la confirmation du jugement entrepris. Elle soutient que l'engagement de la société **SOC1.)** envers elle n'aurait pas consisté dans la constitution d'un portefeuille d'actifs financiers, mais dans le remboursement d'une somme d'argent que la **BQUE1.)** se serait engagée à lui prêter afin de permettre de financer ce portefeuille d'actifs. La contrepartie de l'engagement de remboursement serait la mise à disposition des fonds par le prêteur sur les comptes de l'emprunteur. Le simple fait que l'emprunteur se soit engagé à maintenir la valeur de son portefeuille d'actifs financiers à un certain niveau pendant une certaine durée ne serait pas susceptible de créer un déséquilibre

entre les obligations de l'emprunteur et celles du prêteur dans le contexte du cautionnement litigieux.

C'est à bon droit que la juridiction de première instance a retenu que pour qu'un contrat à titre onéreux et synallagmatique ait une cause, il faut qu'il existe une contrepartie sérieuse à l'engagement du cocontractant et que dès lors qu'une telle contrepartie existe au moment de la conclusion du contrat, celui-ci est causé.

La Cour rejoint encore la juridiction de première instance qui a retenu qu'il résulte de la combinaison des deux contrats de prêt que la souscription du portfolio pour le montant total de 3.600.000 euros constitue une garantie pour la **BQUE1.)** La contrepartie de l'obligation pour la société **SOC1.)** de souscrire ce portfolio réside dans l'octroi du prêt. Le prêt et la constitution du portfolio se servent donc mutuellement de cause.

Le jugement entrepris est dès lors à confirmer pour avoir rejeté le moyen de l'absence de cause.

- Quant au montant de la dette

La partie appelante conclut encore à voir prononcer la nullité des conventions de prêt et partant des cautionnements, sinon à voir rejeter la demande en condamnation, étant donné que le montant rendu à la **BQUE1.)** serait impossible à déterminer en raison de l'absence d'informations sur l'évolution du portfolio ouvert auprès de la **BQUE1.)** Suisse. Elle fait ainsi valoir qu'il appartiendrait à la **BQUE1.)** de justifier que la somme de 3.792.101,15 euros avec les intérêts conventionnels serait due.

Aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article 1315 du Code civil, celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.

En l'occurrence, l'obligation de remboursement existant dans le chef d'**A.)** résulte des actes de cautionnement souscrits.

Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 1315 du Code civil, justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

Le contrat de prêt n° **NO2.)** prévoit, en son article 13 (iii), ce qui suit : « *In the case of termination of this agreement, the Borrower will give irrevocable instruction to **BQUE1'.)** Switzerland to transfer the remaining financial assets of the portfolio deposited in its account opened with **BQUE1'.)** Switzerland after reimbursement of the Facility, for the reimbursement of the loan facility amounting up to EUR 3.300.000 euros granted by the Bank and governed by a loan agreement signed between the Bank and the Borrower on 23rd November 2006. »*

Afin d'échapper, le cas échéant à une condamnation, **A.)** aurait dû, tel qu'il s'en était réservé le droit, assigner la **BQUE1.)** Suisse en intervention forcée en

instance d'appel pour obtenir communication des informations sur l'évolution du portfolio ainsi que de tout document prouvant le transfert de fonds de la **BQUE1.)** Suisse à la **BQUE1.)**.

Etant donné qu'il n'y a pas lieu de suppléer à la négligence de l'appelant, il y a lieu de retenir qu'il n'a pas réussi à rapporter la preuve d'une diminution du solde redu en vertu des contrats de prêt.

Par courriers du 19 mars 2009, adressés tant à la débitrice principale qu'aux cautions, la **BQUE1.)** a dénoncé les deux contrats avec effet immédiat et a sollicité le remboursement des montants de 3.441.338,93 euros et de 107.921,15 euros.

Ces montants sont dûment documentés par les extraits de compte versés en pièces 21 et 23 par le mandataire de l'intimée.

Suivant confirmation des soldes du 24 novembre 2011, les soldes s'élevaient à cette date aux montants de 3.661.263,71 euros et de 130.837,44 euros (pièces 13 et 14 de la S.A. SCHILTZ & SCHILTZ).

Les contestations de la partie appelante à l'encontre de ces décomptes se limitent aux intérêts mis en compte depuis le 19 mars 2009.

Au vu de l'absence de contestations quant au solde au 19 mars 2009 des comptes IBAN **LUCPTE1.)** et IBAN LU **CPTE2.)**, il y a lieu de condamner **A.)** au paiement du montant de 3.549.260,08 euros (3.441.338,93 + 107.921,15) avec les intérêts au taux conventionnel tels que prévus par l'article 8 des « General credit conditions » à partir du 20 mars 2009 jusqu'à solde.

V) Quant à la demande reconventionnelle d'**A.)**

La partie appelante reproche au jugement entrepris de ne pas avoir retenu que la responsabilité de la **BQUE1.)** devait être engagée pour différentes fautes commises par cette dernière dans le cadre de la souscription des conventions de crédit et de caution.

- Violation des règles de protection des investisseurs

L'appelant reproche à la juridiction de première instance d'avoir retenu que la **BQUE1.)** n'avait agi qu'en tant que dispensateur de crédit et qu'aucune obligation ne lui incombait en relation avec la gestion du portfolio souscrit dans les livres de la **BQUE1.)** Suisse, exclusivement en charge de cette gestion.

Il invoque, comme en première instance, une violation de l'obligation d'information prévue par l'article 37-3 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier, tant à l'égard du débiteur principal qu'à l'égard de la caution.

A.) expose qu'afin d'obtenir un financement d'un montant de 2.400.000 euros pour leur projet immobilier en Espagne, les associés de la société **SOC1.)** se

seraient vus imposer par la **BQUE1.)** de souscrire deux contrats de prêt et d'investir 3.600.000 euros auprès de la **BQUE1.)** Suisse (anciennement « **BQUE1'.) Switzerland** »).

En obligeant la société **SOC1.)** dans le contrat de prêt n° **NO1.)** à emprunter 900.000 euros afin de les investir dans un « *portfolio of financial assets* » pour un montant total de 3.600.000 euros et en l'obligeant en outre à maintenir ledit portfolio à un minimum de 3.000.000 euros jusqu'à l'échéance du prêt, la **BQUE1.)** aurait obligé non seulement la société **SOC1.)**, mais également la **BQUE1.)** Suisse, non signataire des conventions litigieuses.

D'après la partie appelante, ceci aurait créé une « *sorte de stipulation pour autrui, à savoir une prétendue obligation contractuelle dans le chef de l'emprunteur, SOC1.), au profit de la BQUE1.) Suisse (et non au profit du prêteur BQUE1.), de maintenir "at any time until the maturity date" le compte à un minimum de 3.000.000 euros* ».

La société **SOC1.)** aurait, dès lors, pu légitimement croire que la **BQUE1.)** Suisse dépendrait de **BQUE1.)** et que **BQUE1.)** répondrait des actes de la **BQUE1.)** Suisse.

Cette dépendance résulterait encore du fait qu'il serait peu probable que deux entités juridiques indépendantes s'accorderaient par simple courrier SWIFT sur la réduction d'un montant de 100.000 euros de la garantie apportée par l'une d'elles à une convention de crédit à laquelle elle ne serait pas partie.

Malgré le fait que les rencontres entre les sociétés **SOC1.)** et **BQUE1.)** se seraient déroulées matériellement et exclusivement en Suisse, les documents soumis à la société **SOC1.)** et à **A.)** auraient uniquement été signés avec la **BQUE1.)** et non pas avec la **BQUE1.)** Suisse.

Les documents n'auraient d'ailleurs pas renseigné, contrairement à l'article 187 (actuellement article 710-10) de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, ni le siège de la **BQUE1.)** Suisse ni sa forme sociale.

La **BQUE1.)** aurait d'ailleurs signé non seulement les conventions de crédit et de cautionnement avec la société **SOC1.)** et **A.)**, mais également les documents relatifs à l'ouverture d'un portefeuille d'actifs financiers avec la **BQUE1.)** Suisse.

La théorie de l'apparence porterait justement sur la condamnation d'une personne juridique distincte, la société mère, pour des agissements de sa filiale sur le fondement de l'apparence créée.

L'apparence aurait été que la **BQUE1.)** Suisse et la **BQUE1.)** auraient agi de concert et ne représentant qu'une seule et même entité, la **BQUE1.)**.

Ne pas admettre la théorie de l'apparence reviendrait à priver **A.)** de tout recours contre la **BQUE1.)** Suisse, qui refuserait de lui communiquer des

informations relatives au portfolio, respectivement quant aux actifs financiers le composant.

En effet, la **BQUE1.)** Suisse lui refuserait les documents précités, sauf accord de l'administrateur de la société **SOC1.)**. Or, l'administrateur de la société **SOC1.)**, **B.**), non inquiété dans la présente procédure, refuserait de s'exécuter. Au vu de son absence dans la présente procédure, il ne pourrait pas le forcer à le faire.

Dès lors, les dispositions de l'article 37-3 de la loi sur le secteur financier trouveraient à s'appliquer à la **BQUE1.)**.

Or, la **BQUE1.)** n'aurait pas rempli ses obligations résultant de l'article 37-3(3), à savoir communiquer aux clients des informations appropriées sous une forme compréhensible sur :

- l'établissement de crédit ou l'entreprise d'investissement et ses services,
- les instruments financiers et les stratégies d'investissement proposées, ce qui doit inclure des orientations et des avertissements appropriés sur les risques inhérents à l'investissement dans ces instruments ou à certaines stratégies d'investissement,
- les systèmes d'exécution, et
- les coûts et frais liés,

pour permettre raisonnablement aux clients ou clients potentiels de comprendre la nature du service d'investissement et du type spécifique d'instrument financier proposés ainsi que les risques y afférents et, par conséquent, de prendre des décisions en matière d'investissement en connaissance de cause.

La **BQUE1.)** n'aurait pas non plus rempli ses obligations résultant de l'article 37-3(4), à savoir se procurer les informations nécessaires concernant les connaissances et l'expérience du client ou du client potentiel en matière d'investissement en rapport avec le type spécifique de produit ou de service, la situation financière et les objectifs d'investissement du client ou client potentiel concerné, de manière à pouvoir lui recommander les services d'investissement et les instruments financiers qui lui conviennent.

La responsabilité de la **BQUE1.)** serait dès lors engagée et le jugement entrepris serait à réformer.

La **BQUE1.)** conteste que les conventions de crédit aient été signées à Genève.

Elle soutient que la société **SOC1.)** se serait engagée envers la **BQUE1.)** dans deux conventions de crédit pour un montant total de 6.000.000 euros, dont une partie, à savoir le montant de 3.600.000 euros (900.000 euros provenant du

crédit portant sur un montant total de 3.300.000 euros et l'intégralité du crédit portant sur un montant de 2.700.000 euros), était destinée à la constitution d'un portefeuille d'actifs financiers auprès de la **BQUE1.)** Suisse. Ces fonds auraient été transférés en date du 26 février 2007 sur le compte tenu par la société **SOC1.)** dans les livres de la **BQUE1.)** Suisse.

Tout ce qui a trait audit portefeuille ne serait ni de la compétence ni de la responsabilité de la **BQUE1.)**, aucune convention de constitution/gestion n'aurait été conclue entre la société **SOC1.)** et la **BQUE1.)**.

Etant donné que le rôle de la **BQUE1.)** se serait limité à prêter des fonds à la société **SOC1.)** en vue de la constitution d'un portefeuille d'actifs dans les livres de la **BQUE1.)** Suisse, il ne lui aurait pas incombé d'informer respectivement de conseiller la société **SOC1.)** en matière d'investissement.

La **BQUE1.)** souligne que la **BQUE1.)** Suisse ne serait pas partie aux conventions de crédit du 23 novembre 2006, et partant non signataire de celles-ci, son rôle se serait limité à l'émission, sur instruction du débiteur, d'une garantie bancaire en faveur de la **BQUE1.)**. La **BQUE1.)** Suisse n'ayant pas été signataire de ces conventions, l'absence d'indication de ses coordonnées ne saurait constituer une violation des dispositions de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales.

La stipulation « *the Borrower undertaking to maintain this portfolio to a minimum amount of EUR 3,000,000.- (three million Euros) at any time until the Maturity Date* » ne serait pas de nature à créer des obligations entre la **BQUE1.)** Suisse et la société **SOC1.)**, la convention de crédit n'engageant précisément pas la **BQUE1.)** Suisse et n'ayant pas été signée par elle. Il s'agirait d'un engagement unilatéral pris par la société **SOC1.)** dans le cadre d'une convention de crédit conclue avec la **BQUE1.)**.

La **BQUE1.)** soutient encore que les représentants de la société **SOC1.)** ont nécessairement dû signer des documents avec la **BQUE1.)** Suisse en vue de l'émission par cette dernière de la garantie bancaire. Ils ne pourraient dès lors ignorer qu'il s'agissait, pour ce qui est de la **BQUE1.)** Suisse et de la **BQUE1.)**, de deux établissements distincts et juridiquement indépendants.

Il serait inexact de prétendre que la **BQUE1.)** et la **BQUE1.)** Suisse seraient interdépendantes et que la **BQUE1.)** répondrait des actes de la **BQUE1.)** Suisse.

La **BQUE1.)** (**BQUE1.)** S.A., anciennement **BQUE1'.)** S.A.) serait une personne morale de droit luxembourgeois, établie au Luxembourg et enregistrée auprès du registre de commerce de Luxembourg.

La **BQUE1.)** Suisse (**BQUE1.)** (SUISSE) S.A., anciennement **BQUE1'.)** (SWITZERLAND) LTD) serait une personne morale de droit suisse, établie en Suisse, enregistrée auprès du registre de commerce du canton de Zürich depuis le 18 décembre 1996 et disposant d'une succursale à Genève.

Le seul fait que la **BQUE1.)** Suisse serait une filiale de la **BQUE1.)** ne saurait créer un lien de dépendance juridique entre ces deux établissements bancaires.

En ce qui concerne l'application de la théorie de l'apparence, la **BQUE1.)** n'aurait pas cherché à dissimuler l'indépendance juridique entre la **BQUE1.)** Suisse et la **BQUE1.)**.

La théorie de l'apparence ne serait dès lors pas d'application en l'espèce.

Contrairement à son affirmation, même en dehors de l'application de la théorie de l'apparence, **A.)** ne serait pas privé de recours, alors que la société **SOC1.)** est contractuellement liée à la **BQUE1.)** Suisse, et il lui appartiendrait de se tourner de ce côté-là.

Etant donné que le fournisseur de services d'investissement utilisés par la société **SOC1.)** aurait été la **BQUE1.)** Suisse et non pas la **BQUE1.)**, cette dernière ne serait pas tenue des obligations légales édictées par l'article 37-3 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

Il est constant en cause que la société **SOC1.)** a souscrit deux conventions de crédit auprès de la **BQUE1.)**, un crédit destiné au financement de l'acquisition d'un terrain en Espagne, au paiement de frais divers en relation avec cette acquisition et à la constitution d'un portefeuille d'actifs auprès de la **BQUE1.)** Suisse (ci-après crédit 1), et un autre crédit destiné exclusivement à la constitution du prédit portefeuille d'actifs (ci-après crédit 2).

Le crédit 1 est garanti par une hypothèque sur le terrain en Espagne jusqu'à hauteur du montant du crédit ainsi que par les cautionnements personnels des associés de la société. A titre de clause suspensive, le crédit 1 prévoit, en son article 15, la fourniture de l'hypothèque ainsi que l'émission des cautionnements des associés.

Le crédit 2 est garanti par l'émission d'une garantie bancaire par la **BQUE1.)** Suisse pour un montant de 2.800.000 euros ainsi que par les cautionnements personnels des associés de la société. A titre de clause suspensive, le crédit 2 prévoit, en son article 15, la fourniture d'une copie dûment signée de la garantie bancaire ainsi que l'émission des cautionnements des associés.

Par message SWIFT du 9 février 2007, la **BQUE1.)** Suisse a informé la **BQUE1.)** qu'elle émettra une garantie bancaire sur un montant de 2.800.000 euros en garantie d'un prêt accordé par la **BQUE1.)** à la société **SOC1.)** dès réception d'un virement à hauteur de 3.600.000 euros à son bénéfice.

Par message SWIFT du 28 février 2007 la garantie bancaire de la **BQUE1.)** Suisse au bénéfice de la **BQUE1.)** a été émise.

Il résulte des extraits des registres de commerce versés que la **BQUE1.)** Suisse est une société anonyme inscrite depuis 1985, avec siège initialement à (...) et actuellement à (...) avec une succursale à Genève.

Pour pouvoir se prévaloir d'une apparence trompeuse doit apparaître une situation ostensible qui ne correspond pas à la réalité juridique. De plus, le demandeur doit avoir commis une erreur effective ayant la caractéristique d'être une erreur commune ou une erreur légitime. La théorie de l'apparence ne peut s'appliquer que si le trompé n'avait aucun moyen de vérifier si l'apparence était réelle ou non.

L'article 37-3 de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier édicte les règles de conduite que doivent respecter les établissements de crédit et les entreprises d'investissement lorsqu'ils fournissent à des clients des services d'investissement et des services auxiliaires. Il y est question notamment du type d'informations qui doivent être fournies aux clients, surtout en ce qui concerne les spécificités des produits offerts, les risques y associés et les coûts engendrés par les transactions, tout en tenant compte du niveau de connaissance et d'expérience du client concerné.

La loi du 13 juillet 2007 relative aux marchés d'instruments financiers (portant notamment transposition de la directive 2004/39/CE) ayant modifié la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier ainsi que le règlement grand-ducal du même jour relatif aux exigences organisationnelles et aux règles de conduite dans le secteur financier ne sont entrés en vigueur que le 1^{er} novembre 2007. Dans la mesure où la loi définit les obligations du banquier au moment de conseiller son client lors d'une opération d'investissement, il y a lieu de se situer à la date de cette opération pour déterminer la loi applicable (Cour, 11 février 2015, Pas. 37, p. 658).

Il résulte des conventions de crédit que la **BQUE1.)** Suisse, auprès de laquelle le portefeuille d'actifs est à créer, est une entité différente de celle qui dispense le crédit, ce nonobstant le fait que ni la forme juridique de celle-ci ni son adresse ou son numéro de registre de commerce ne soient renseignés. La juridiction de première instance a, à juste titre, retenu qu'il ressort de la structure financière elle-même convenue entre parties que la **BQUE1.)** et la **BQUE1.)** Suisse sont deux entités distinctes alors qu'il serait illogique qu'une société émette en sa propre faveur une garantie financière pour sécuriser le prêt qu'elle a consenti.

A cela s'ajoute que les affirmations de la partie appelante, que toutes les conventions, y compris celle relative à l'ouverture d'un portefeuille d'actifs financiers avec la **BQUE1.)** Suisse, auraient été signées en Suisse entre les associés de la société **SOC1.)** et la **BQUE1.)**, sont restées à l'état de pures allégations.

Mis à part la demande d'ouverture de compte société auprès de la **BQUE1.)** qui mentionne comme lieu de signature le Luxembourg, les autres documents ne renseignent aucunement leur lieu de signature, et la partie appelante reste en défaut de rapporter la preuve du, sinon même d'offrir en preuve le fait avancé.

La clause suivant laquelle la société **SOC1.)** s'engage à utiliser le crédit pour « *iii.) the build-up of a portfolio of financial assets in the Borrower's account opened with BQUE1'.) Switzerland for a minimum amount of EUR 900,000.- (nine hundred thousand Euros), the said portfolio amounting to a total of EUR 3,600,000.- (three million six hundred thousand Euros) and the Borrower undertaking to maintain this portfolio to a minimum amount of EUR 3,000,000.- (three million Euros) at any time until the Maturity Date, as defined in clause 7* », n'est pas susceptible d'être qualifiée de stipulation pour autrui.

En effet, la stipulation pour autrui est un contrat en vertu duquel une personne, appelée stipulant, demande à une autre personne, appelée promettant, de s'engager envers une troisième personne, le tiers bénéficiaire. Il s'agit d'une opération à trois personnes qui a pour objet de créer immédiatement, au profit d'une personne qui n'est pas partie au contrat conclu entre le stipulant et le promettant, un droit direct contre ce dernier (Enc. Dalloz, verbo : Stipulation pour autrui, février 2017, n° 1). L'engagement souscrit par la société **SOC1.)** d'investir dans un portfolio et de maintenir ce portfolio à un certain niveau durant une certaine durée, n'a créé ni un droit au profit de la **BQUE1.)** Suisse ni, d'ailleurs, une obligation à charge de cette dernière.

Cette clause n'est pas non plus de nature à établir que la société **SOC1.)**, afin d'obtenir un financement d'un montant de 2.400.000 euros pour son projet immobilier en Espagne, se soit vue imposer par la **BQUE1.)** de souscrire deux contrats de prêt et d'investir 3.600.000 euros auprès de la **BQUE1.)** Suisse.

La preuve d'une signature en raison d'une contrainte exercée sur la société **SOC1.)** laisse d'être établie.

Etant donné que la **BQUE1.)** Suisse n'était pas partie aux conventions de crédit signées entre la **BQUE1.)** et la société **SOC1.)**, le fait que ni sa forme sociale ni son siège ne soient renseignés ne porte pas à conséquence.

La Cour constate, au vu de l'émission de la garantie bancaire, qu'une ouverture de compte auprès de la **BQUE1.)** Suisse a eu lieu. La **BQUE1.)** Suisse s'est d'ailleurs exécutée des obligations résultant de cette garantie en procédant au paiement de celle-ci en date du 11 mars 2009.

L'affirmation de la partie appelante que la convention d'ouverture d'un portefeuille d'actifs financiers avec la **BQUE1.)** Suisse aurait été signée par la **BQUE1.)**, affirmation contestée par la **BQUE1.)**, manque d'être établie et n'est pas non plus offerte en preuve.

L'appelant soutient à qu'il serait privé de tout recours contre la **BQUE1.)** Suisse qui lui opposerait le secret bancaire, faisant valoir qu'il ne disposerait pas d'une procuration sur un compte ouvert dans ses livres et que, sauf accord des administrateurs de la société **SOC1.)**, il ne sera pas accédé à sa demande.

Or, le seul fait que la société **SOC1.)** ainsi que son administrateur unique ne sont pas parties à la présente instance n'est pas de nature à priver **A.)**, tant en sa qualité de caution qu'en sa qualité d'associé, d'exercer des actions contre

eux en vue d'obtenir communication des documents relatifs au portefeuille d'actifs de la société **SOC1.**) auprès de la **BQUE1.**) Suisse.

Le fait que la **BQUE1.**) Suisse soit une filiale de la **BQUE1.**) n'est, par ailleurs, pas de nature à créer un lien de dépendance entre ces deux établissements bancaires. L'appartenance à un groupe n'entraîne pas le transfert des droits et obligations à la société mère ou aux autres sociétés du groupe, car chaque société reste indépendante du point de vue juridique. Chaque société du groupe gardant sa personnalité morale distincte, l'appartenance à un même groupe n'implique en soi aucune conséquence juridique et ne peut, seule, justifier l'obligation aux dettes d'une société à une autre (Alain Steichen, Précis de droit des sociétés, 6^e éd., 2018, n° 586, p. 452).

Le fait que la **BQUE1.**) et la **BQUE1.**) Suisse se soient accordées par messages SWIFT, notamment quant à la réduction de garantie, n'est pas de nature à conforter la théorie de l'apparence. Rien n'empêche en effet deux sociétés du même groupe de communiquer entre elles par messages SWIFT.

La théorie de l'apparence est d'ailleurs contredite par les dispositions de l'article 13 (iii) de la convention de crédit n° **NO2.**), qui dispose que « *in the case of termination of this agreement, the Borrower will give irrevocable instruction to **BQUE1'.**) Switzerland to transfer the remaining financial assets of the portfolio deposited in its account opened with **BQUE1'.**) Switzerland after reimbursement of the Facility, for the reimbursement of the loan facility amounting up to EUR 3.300.000 euros granted by the Bank and governed by a loan agreement signed between the Bank and the Borrower on 23rd November 2006* ». Au cas où la **BQUE1.**) Suisse aurait été dépendante de la **BQUE1.**), cette dernière n'aurait pas eu besoin d'obliger son débiteur à ordonner le transfert d'un éventuel reliquat du compte alimenté par les fonds prêtés sur le compte ouvert auprès de la **BQUE1.**)

Il résulte de ce qui précède que la partie appelante n'établit pas qu'elle a pu être induite en erreur ou se méprendre sur le fait que le portefeuille de valeurs mobilières souscrit en application des articles 6 des deux conventions de crédit allait être ouvert dans les livres et sous la gestion d'une autre banque que celle qui a accordé les crédits cautionnés, même si les deux entités appartiennent au même groupe.

Le jugement entrepris est dès lors à confirmer en ce sens.

- Violation des obligations bancaires de dispensateur de crédit

La partie appelante soutient encore que la banque aurait engagé sa responsabilité basée sur l'article 1134, alinéa 3 du Code civil en tant que dispensateur de crédit.

Elle fait valoir qu'elle serait à considérer comme non avertie en matière de produits financiers, de sorte à déclencher une obligation d'information renforcée dans le chef de la **BQUE1.**), surtout en matière de montages

financiers bancaires complexes à l'instar des conventions de crédit et opérations sur valeurs mobilières complexes.

La partie appelante soutient, d'autre part, ne jamais avoir été tenue au courant de l'évolution de la dette principale et ce durant toute la durée du prêt. Elle soutient encore qu'aucun extrait bancaire sur le prêt immobilier, ni aucun extrait sur le portfolio d'actifs, n'aurait été adressé à la société **SOC1.)** avant la dénonciation des deux crédits, le 19 mars 2009, ni d'ailleurs aux cautions. La sanction du non-respect par la **BQUE1.)** de son devoir d'information serait, aux termes de l'article 2016, alinéa 2 du Code civil, la déchéance de tous les accessoires de la dette, frais et pénalités.

La banque aurait encore contrevenu aux dispositions de l'article 2016, alinéa 3 du Code civil en faisant souscrire à **A.)** des actes de cautionnement manifestement disproportionnés par rapport à ses biens et revenus.

La **BQUE1.)** aurait, en outre, omis de se renseigner sur les capacités financières de l'emprunteur et aurait accordé à la société **SOC1.)** un crédit excessif par rapport à sa surface financière. La **BQUE1.)** aurait abusé de l'inexpérience de l'emprunteur pour lui soumettre une convention de portfolio d'actifs financiers qui n'aurait, en principe, rien à voir avec le projet immobilier commercial et résidentiel.

La partie appelante reproche par ailleurs à la **BQUE1.)** d'avoir violé les dispositions de l'article 1907-1 du Code civil.

Finalement, la dénonciation des conventions litigieuses de manière brusque et abusive, sans mise en demeure préalable, aurait encore aggravé d'autant plus sa responsabilité.

La Cour rappelle que les associés de la société **SOC1.)** sont, au vu de leur qualité d'associés fondateurs à 50% de la société **SOC1.)** et étant impliqués dans la gestion de leur société, tout en prenant en considération l'envergure du projet, à qualifier d'emprunteurs respectivement de cautions averties, de sorte que la **BQUE1.)** n'était pas tenue de les conseiller de manière plus approfondie, ni de les mettre en garde sur des risques particuliers avant la conclusion des conventions de crédit et cautionnement litigieux.

Il y a lieu de préciser que la loi sur le surendettement du 8 janvier 2013, qui a complété l'article 2016 du Code civil par les alinéas 2 et 3, publiée au Mémorial A n° 26 du 13 février 2013, est entrée en vigueur le premier jour du douzième mois qui a suivi sa publication au Mémorial, soit le 1^{er} février 2014.

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

Etant donné que les conventions de crédit litigieuses ont été dénoncées le 19 mars 2009, les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 2016 du Code civil ne sont pas applicables, de sorte que l'appelant ne peut se prévaloir ni de ces dispositions protectrices ni encore des sanctions qu'elles prévoient.

Avant l'introduction de ces dispositions, il était de jurisprudence qu'il appartient à la caution de s'informer de la situation financière du débiteur principal et non au créancier d'en informer la caution. Celle-ci doit s'informer des sommes dues par le débiteur principal et de la solvabilité de ce dernier. En cours de contrat, la caution doit veiller à la sauvegarde de ses propres intérêts (Cour, 22 mai 2015, numéro 38599 du rôle, Cour, 15 février 2017, arrêt n° 38/17-I-CIV).

Indépendamment de savoir si les extraits bancaires sur le prêt immobilier ont été communiqués par la **BQUE1.)** à la société **SOC1.)**, toujours est-il que l'appelant ne tire aucune conséquence en droit d'un éventuel défaut de communication de ces extraits à la société **SOC1.)**.

Il y a également lieu de rappeler que la **BQUE1.)** n'est pas tenue de la gestion du portfolio des actifs financiers auprès de la **BQUE1.)** Suisse, de sorte qu'elle ne peut pas se voir reprocher une inexécution d'une obligation ne lui incombant pas, telle la transmission d'extraits relatifs audit portfolio.

Quant à l'exigence de proportionnalité des cautionnements, telle qu'introduite par la loi sur le surendettement, la loi nouvelle s'applique aux seuls contrats conclus à compter de son entrée en vigueur (Cour, 26 avril 2017, Pas. 38, p. 420 ; voir également Cass. ch. mixte, 22 sept. 2006, n° 05-13.517 : JurisData n° 2006-035113 ; Bull. civ. 2006, ch. mixte, n° 7 ; JCP G 2006 II, 10180, note D. Houtcieff ; D. 2006, p. 2391, obs. Avena-Robardet ; RTD civ. 2006, p. 799, obs. P. Crocq ; RTD com. 2006, p. 900, obs. D. Legeais ; Contrats, conc. consom. 2006, comm. 250, obs. G. Raymond ; Gaz. pal. 28-30 janv. 2007, p. 9, note B. de Granvilliers).

Les cautionnements ayant été conclus et les cautions ayant été actionnées par le créancier avant l'entrée en vigueur de la nouvelle disposition légale, cette dernière ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce.

Avant l'introduction de l'alinéa 3 de l'article 2016 du Code civil, il était de jurisprudence qu'il appartient surtout à la caution d'apprécier si au vu de ses possibilités financières, elle peut s'engager ou non (Cour, 20 mars 2002, numéro 25709 du rôle).

La partie appelante, qui fait valoir avoir touché un salaire de 1.894,66 euros par mois en tant que fonctionnaire, s'étant trouvée au chômage à l'époque des cautionnements, est cependant propriétaire de plusieurs objets immobiliers en Espagne (cf. pièce 45 de la S.A. SCHILTZ & SCHILTZ). Elle a d'ailleurs disposé de liquidités d'un import de 210.000 euros qu'elle a avancées à la société **SOC1.)** à titre de droit de rétention dans le cadre de l'acquisition du terrain litigieux.

Les crédits litigieux n'étaient d'ailleurs pas exclusivement garantis par les cautionnements personnels des associés de la société **SOC1.)**, mais également par une hypothèque de premier rang respectivement par une garantie bancaire à première demande.

L'argument de la partie appelante que la **BQUE1.)** aurait omis de se renseigner sur les capacités financières de l'emprunteur et aurait accordé à la société **SOC1.)** un crédit excessif par rapport à sa surface financière tombe également à faux.

En effet, la Cour approuve le raisonnement de la **BQUE1.)** qui fait valoir qu'il n'y a eu aucune raison pour refuser l'octroi des crédits litigieux, alors que ces crédits n'avaient rien d'anormal ni d'excessif. Après analyse du rapport **SOC2.)** S.A. Valuation Advisory Barcelona Office (pièce 1 de la farde de pièces 1 de Maître Amélie BAGNES) relatif au projet immobilier et vérification des statuts de la société constituée en vue du projet immobilier à financer (pièce 40 de la S.A. SCHILTZ & SCHILTZ), la **BQUE1.)** a simplement fourni à cette société les fonds nécessaires pour débiter son activité.

La Cour rejoint la juridiction de première instance qui, pour rejeter la demande basée sur l'article 1907-1 du Code civil, a retenu qu'**A.)** ne justifie ni que le taux d'intérêt soit excessif ni qu'il se soit trouvé, lors de la conclusion du contrat de prêt, dans un état de gêne, de légèreté ou d'inexpérience et que faute de prouver l'existence des conditions légales d'une réduction de l'intérêt, il doit être condamné à exécuter le contrat en conformité avec ses termes.

La partie appelante fait, en dernier lieu, valoir que la dénonciation des conventions litigieuses serait intervenue de manière brusque et abusive, sans mise en demeure préalable. Elle fait valoir que les courriers du 2 février 2009 ne lui auraient pas été adressés.

La Cour fait sienne la motivation exhaustive de la juridiction de première instance qui a, après avoir constaté que la société **SOC1.)** n'avait pas respecté les échéances de remboursement des contrats de prêt, de sorte que la **BQUE1.)** a procédé à la dénonciation des contrats, retenu que les dénonciations en date du 19 mars 2009 ont été précédées de courriers du 2 février 2009, sollicitant le remboursement de l'excédent, conformément à l'article 19 des conditions particulières des contrats de prêt, et que la banque avait respecté l'obligation d'exécution de bonne foi des conventions prévue par l'article 1134, alinéa 3 du Code civil.

Il y a lieu d'ajouter que l'article 19 précité ne prévoit l'envoi de la « *written notice* » qu'au seul « *Borrower* », de sorte que la caution ne peut se prévaloir d'un défaut de réception de ladite « *written notice* ».

La Cour approuve encore la motivation du jugement entrepris qui a retenu que le délai d'un mois, laissé au débiteur pour régulariser la situation, n'est pas à considérer comme excessivement court.

Le jugement entrepris est dès lors à confirmer pour avoir retenu l'inexécution grave dans le chef du débiteur principal et que la dénonciation intervenue en date du 19 mars 2009 n'avait pas, au vu des circonstances de l'espèce, un caractère prématuré, intempestif ou fautif.

Il y a encore lieu d'écarter le moyen de la partie appelante dans son acte d'appel, tendant à voir dire que la responsabilité de la banque serait engagée en raison d'une dénonciation tardive du crédit ou d'une poursuite tardive du remboursement de la créance, étant donné qu'elle lui reproche précisément le contraire.

- L'abus de droit en application de l'article 6-1 du Code civil

L'article 6-1 du Code civil sanctionne l'exercice de tout acte ou fait qui excède manifestement, par l'intention de son auteur, par son objet ou par les circonstances dans lesquelles il intervient, l'exercice normal d'un droit et qui engage dès lors la responsabilité de son auteur. L'exercice d'une action en justice dégénère en faute si elle constitue un acte de mauvaise foi ou au moins une erreur grossière équipollente au dol ou si le demandeur agit avec une légèreté blâmable.

Le jugement entrepris est encore à confirmer pour autant qu'il a déclaré la demande de la partie appelante non fondée à défaut d'établir un comportement de la **BQUE1.)** susceptible d'être sanctionné par l'article 6-1 du Code civil.

VI) La dation en paiement

La partie appelante reproche au tribunal de ne pas avoir fait droit à la dation en paiement, en substituant dans l'obligation dans laquelle la **BQUE1.)** est créancière, au remboursement en argent de la somme prêtée, la propriété de l'immeuble acquis par la société **SOC1.)**, sur lequel elle a inscrit une hypothèque.

La **BQUE1.)** conclut à la confirmation du jugement entrepris. Elle fait valoir qu'abstraction faite de ce que la partie appelante n'a, en tant que co-associé, aucun pouvoir d'engager seul la société **SOC1.)**, unique propriétaire du bien immobilier hypothéqué offert en dation en paiement, la **BQUE1.)** ne saurait se voir forcer d'accepter une dation en paiement qui serait refusée de sa part.

La Cour rejoint la motivation de la juridiction de première instance qui a retenu que le principe de la dation en paiement est déduit d'une lecture *a contrario* de l'article 1243 du Code civil, aux termes duquel « *le créancier ne peut être contraint de recevoir autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande* ».

En fait, la dation en paiement est l'acte par lequel un créancier libère de son obligation un débiteur lui remettant une chose, différente de celle qui lui est due, qu'il accepte de recevoir et de lui tenir lieu de paiement.

Au vu du refus opposé par la **BQUE1.)**, il y a lieu de confirmer le jugement de première instance en ce qu'il a rejeté la dation en paiement.

La partie appelante conclut encore au dispositif de son acte d'appel, à titre subsidiaire, à voir « *réformer le jugement du 21 mars 2018 en ce qu'il n'a pas*

condamné la partie intimée à accepter la sûreté réelle telle que visée à l'article 12 de la convention de crédit n° **NO1.**) ».

L'article 12 précité dispose que le crédit est garanti par (i) une hypothèque en faveur de la banque portant sur le terrain à **LIEU1.)** pour un montant de 3.300.000 euros et (ii) par les cautions personnelles des associés de la société **SOC1.)**.

Le moyen ne vise pas la dation en paiement, étant donné que celle-ci figure au dispositif de l'acte d'appel à titre encore plus subsidiaire.

La partie intimée ayant accepté lors de la conclusion de la convention de crédit la sûreté réelle visée à l'article 12 de la convention de crédit n° **NO1.)**, il n'y a pas lieu de l'y contraindre judiciairement.

VII) La réduction de la garantie bancaire

Soutenant que ce serait à tort que la juridiction de première instance aurait fait droit à la demande reconventionnelle d'**A.)** pour le montant de 100.000 euros, au motif que la réduction en défaveur du débiteur principal de la garantie bancaire émise par la **BQUE1.)** Suisse, dans le cadre de la convention de crédit portant sur le montant de 2.700.000 euros, se serait faite sans qu'il ne soit établi que le débiteur principal ou les cautions en aient été informés ou aient donné leur accord, la **BQUE1.)** interjetée, régulièrement, appel incident contre le jugement entrepris.

Elle soutient que la réduction de la garantie serait intervenue sur initiative de l'administrateur de la société **SOC1.)**, devant aller de pair avec une libération de fonds bloqués en contre-garantie sur le compte suisse de celle-ci. Pour autant que la partie appelante a subi un préjudice en relation causale avec cette réduction de garantie, il lui appartiendrait de se retourner contre son associé, **B.)**.

En tout état de cause, la **BQUE1.)** conteste tout préjudice subi par la partie appelante. S'agissant d'une garantie, c'est-à-dire d'un accessoire de la dette, ce serait tout au plus la **BQUE1.)**, et non pas le débiteur, qui aurait subi un préjudice du fait de la réduction de garantie.

Il résulte de l'article 12 « *Guarantees* » de la convention de crédit n° **NO2.)** que le crédit de 2.700.000 euros était initialement garanti par une garantie bancaire émise par la **BQUE1.)** Suisse pour un montant de 2.800.000 euros, ainsi que par les cautionnements personnels des associés de la société **SOC1.)**.

Il est constant en cause que par communication SWIFT entre la **BQUE1.)** et la **BQUE1.)** Suisse, la **BQUE1.)** a autorisé la **BQUE1.)** Suisse à réduire la garantie bancaire de 2.800.000 euros à 2.700.000 euros.

Cette réduction de la garantie en défaveur du débiteur principal et partant des cautions s'est faite sans qu'il ne soit établi que le débiteur principal et/ou les

cautions en aient été informés ou aient donné leur accord. L'affirmation de la **BQUE1.)** que la réduction de garantie serait intervenue sur demande de l'administrateur de la société **SOC1.)** ne résulte, en effet, d'aucune pièce et n'est pas offerte en preuve.

C'est partant à bon droit que la juridiction de première instance a retenu que la responsabilité de la **BQUE1.)** se trouvait engagée.

La partie appelante soutient avoir subi un préjudice en raison de la réduction de garantie intervenue. Elle fait ainsi valoir que suite à l'exécution de la garantie par la **BQUE1.)** Suisse en date du 10 mars 2009, le compte bancaire ouvert au nom de la société **SOC1.)** auprès de la **BQUE1.)**, cautionné par ses associés, accusait un solde de 107.921,15 euros fin mars 2009. En l'absence de la réduction de la garantie, le solde n'aurait cependant été que de 7.921,15 euros.

La **BQUE1.)**, en initiant, sans autorisation du débiteur, la réduction de la garantie du crédit cautionné de 100.000 euros, a causé aux cautions du crédit un préjudice correspondant à ce montant.

La partie appelante réitère, en appel, son moyen tendant à voir prononcer la caducité du contrat de prêt n° **NO2.)**, soutenant que la garantie de la **BQUE1.)** Suisse d'un montant de 2.800.000 euros aurait été une condition résolutoire de ce contrat de prêt.

La Cour se rallie à la juridiction de première instance, qui a, à bon droit, retenu qu'il résulte de l'article 15 du contrat de prêt n° **NO2.)** que l'octroi de la garantie à hauteur de 2.800.000 euros constitue non une condition résolutoire, mais une condition suspensive de la formation de ce contrat de prêt. Etant donné que le contrat s'est valablement formé par l'octroi d'une garantie de la part de la **BQUE1.)** Suisse d'un montant de 2.800.000 euros (cf. message SWIFT du 28 février 2007), même si le montant de cette garantie a été réduit par la suite, le contrat ne saurait donc être considéré comme étant caduc.

VIII) Les indemnités de procédure

Au vu de l'issue du litige, la demande de l'appelant en allocation d'une indemnité de procédure est à rejeter.

Etant donné qu'il est inéquitable de laisser à charge de la **BQUE1.)** l'entièreté des sommes exposées non comprises dans les dépens, le jugement du 21 mars 2018 est à confirmer en ce qu'il a condamné **A.)** à lui payer une indemnité de procédure de 2.000 euros pour la première instance.

La demande de la **BQUE1.)** en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel est à déclarer fondée à concurrence de 2.000 euros.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

reçoit les appels principal et incident,

dit l'appel incident non fondé,

confirme le jugement du 17 mai 2017,

réformant partiellement le jugement du 21 mars 2018,

condamne **A.)** à payer à la société anonyme **BQUE1.)** le montant de 3.549.260,08 euros avec les intérêts au taux conventionnel tels que prévus par l'article 8 des « *General credit conditions* » à partir du 20 mars 2009 jusqu'à solde,

confirme le jugement du 21 mars 2018 pour le surplus,

condamne **A.)** à payer à la société anonyme **BQUE1.)** une indemnité de procédure de 2.000 euros pour l'instance d'appel,

déboute **A.)** de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne **A.)** aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de la société anonyme SCHILTZ & SCHILTZ sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Serge THILL, président de chambre, en présence du greffier Alexandra NICOLAS.