

Jugement Commercial (IIIe chambre)
no 6 /2011

Audience publique du vendredi, sept janvier deux mille onze

Numéros du rôle : 124.898 et 124.899 (Jonction)

Composition :

Mireille HARTMANN, vice-présidente,
Claudine ELCHEROTH, juge,
Colette LORANG, juge,
Chantal KRYSATIS, greffier assumé.

I.
E N T R E :

A.), retraité, demeurant à L-(...), (...),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Josiane GLODEN, en remplacement de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch-sur-Alzette du 10 juillet 2009,

intimé sur appel incident,

comparant par Maître Julie ASSELBOURG, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

E T :

1) **B.)** dit **B.**), sans état connu, demeurant à L-(...), (...)

intimé aux fins du prédit exploit de l'huissier de justice suppléant Josiane GLODEN,

comparant par Maître Claudia MONTI, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) la société anonyme **SOC1.)** s.a., établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite

au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),

intimée aux fins du prédit exploit de l'huissier de justice suppléant Josiane GLODEN,

appelante par appel incident,

comparant par Maître Arsène KRONSHAGEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

II. E N T R E :

B.) dit B.), sans état connu, demeurant à L-(...), (...),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Martine LISÉ d'Esch-sur-Alzette du 13 juillet 2009,

intimé sur appel incident,

comparant par Maître Claudia MONTI, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

E T :

1) **A.),** retraité, demeurant à L-(...), (...),

intimé aux fins du prédit exploit de l'huissier de justice Martine LISÉ,

comparant par Maître Julie ASSELBOURG, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) la société anonyme **SOC1.)** s.a., établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),

intimée aux fins du prédit exploit de l'huissier de justice Martine LISÉ,

appelante par appel incident,

comparant par Maître Arsène KRONSHAGEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LE TRIBUNAL :

Vu l'ordonnance de jonction du 16 octobre 2009.

Vu l'ordonnance de clôture du 23 novembre 2010.

Le juge de la mise en état entendu en son rapport.

Entendu **A.)** par l'organe de son mandataire Maître Julie ASSELBOURG, avocat constitué, demeurant à Luxembourg.

Entendu **B.)** dit **B.)** par l'organe de son mandataire Maître Claudia MONTI, avocat constitué, demeurant à Luxembourg.

Entendu la société anonyme **SOC1.)** S.A. par l'organe de son mandataire Anne CONTER, avocat, en remplacement de Maître Arsène KRONSHAGEN, avocat constitué, demeurant à Luxembourg.

Par exploit d'huissier du 13 mars 2008, la société anonyme **SOC1.)** s.a. (ci-après : **SOC1.))** a fait donner citation à **A.)** et **B.)** dit **B.)** (ci-après : **B.))** à comparaître devant le tribunal de paix de Luxembourg aux fins de les entendre condamner solidairement et indivisiblement à lui payer la somme de 4.977,65 euros avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice, jusqu'à solde du chef de factures impayées. Elle sollicite encore une indemnité de procédure de 1.000.- euros ainsi que l'exécution provisoire du jugement à intervenir.

SOC1.) a fait donner recitation à **B.)** par exploit d'huissier du 30 octobre 2008.

Par jugement du 6 mai 2009, le premier juge a fait droit à la demande d'**SOC1.)** et a condamné **A.)** et **B.)** solidairement à payer la somme de 4.977,65 euros à **SOC1.)** avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde, ainsi qu'à une indemnité de procédure à hauteur de 500.- euros. Il n'a pas assorti cette condamnation de l'exécution provisoire.

Pour statuer ainsi, le premier juge a retenu qu'à défaut d'éléments de preuve de la qualité de commerçant des défendeurs, respectivement de dirigeant de fait ou d'un intérêt personnel de nature patrimoniale dans l'opération, le cautionnement, dont l'objet était d'ailleurs déjà déterminé au moment de la signature, devait suivre les règles de droit civil et l'a déclaré valable au regard des règles régissant le cautionnement civil. Quant au montant de la créance invoquée, il a dit fondée la créance d'**SOC1.)** à hauteur de 4.977,65.- euros, les éléments de la cause ne permettant pas de retenir qu'**SOC1.)** n'aurait pas tenu compte de tous les paiements effectués, ni qu'il y aurait eu un arrangement entre parties.

De ce jugement, signifié le 4 juin 2009 à **A.)** et à **B.)**, ces derniers ont régulièrement relevé appel par exploits d'huissier du 10 juillet 2009, respectivement du 13 juillet 2009.

Par réformation du premier jugement, **A.)** demande à voir dire les demandes d'**SOC1.)** irrecevables, sinon non fondées et partant à être déchargé de toutes les condamnations prononcées à son encontre. Il demande encore une indemnité de procédure de 1.000.- euros pour la présente instance.

B.) demande également au tribunal de débouter **SOC1.)** de sa demande et de le décharger de toutes condamnations prononcées à son encontre. Il réclame encore l'allocation d'une indemnité de procédure de 1.250.- euros.

SOC1.) interjette appel incident et demande la condamnation des parties appelantes à lui payer la somme de 1.000.- euros à titre d'indemnité de procédure pour la première instance. Elle sollicite en outre une indemnité de procédure de 2.000.- euros pour l'instance d'appel et demande à voir confirmer le premier jugement pour le surplus.

Le litige en cause se rapporte à une créance d'**SOC1.)** sur la société anonyme **SOC2.)** s.a. (ci-après : **SOC2.))** relative à des factures impayées. Suite à une ordonnance rendue en date du 17 septembre 2004 par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, statuant en matière de référé, **SOC2.)** a été condamnée à payer à **SOC1.)** la somme de 11.977,67 euros du chef de factures échues. Par déclarations signées en date du 26 janvier 2005, les appelants se sont engagés personnellement et indivisiblement en qualité de cautions des obligations de paiement de **SOC2.)** envers **SOC1.)** pour toutes les créances échues ou à échoir. Ensuite, **SOC2.)** a été déclarée en état de faillite par jugement rendu le 21 novembre 2005.

Suite à différents paiements intervenus depuis la prédite ordonnance de référé **SOC1.)** réclame encore actuellement le montant 4.977,65.- euros.

A.) conteste principalement la créance dans son principe et son quantum. Il explique que suite à la mise en demeure d'**SOC1.)** du 5 novembre 2007, son mandataire aurait contesté la créance par un téléfax du 21 novembre 2007. Par ailleurs, **SOC2.)** aurait déjà effectué des paiements à **SOC1.)** de sorte que le montant réclamé ne serait plus redû.

Subsidiairement, il conteste la validité du cautionnement au regard de l'article 1326 du code civil en donnant à considérer qu'il n'aurait connu, ni la nature, ni l'étendue de l'obligation qu'il a contractée. La déclaration signée par lui serait en outre indéterminée et imprécise, en ce qu'elle ne ferait pas référence à l'ordonnance de référé.

Finalement, il invoque encore l'exception de nullité pour vice de consentement, soutenant qu'il aurait ignoré au moment de la signature de l'écrit du 26 janvier 2005 que le débiteur principal aurait été insolvable.

B.) conteste également le caractère commercial du cautionnement, ce dernier impliquant un rôle actif de la caution, ce qui ne serait pas le cas en l'espèce.

Il conteste en outre la validité du cautionnement au regard de l'article 1326 du code civil en faisant valoir que le cautionnement en matière civile ne pourrait porter sur une somme indéterminée, mettant le signataire dans l'impossibilité de connaître la nature et l'étendue de son obligation, qui de plus serait sans limitation dans le temps. Il précise qu'en sa qualité de simple serveur dans le restaurant exploité par **SOC2.)**, il n'aurait pas été en mesure d'apprécier l'engagement et de connaître précisément l'étendue du risque de l'obligation signée et sa signature n'impliquerait pas un acquiescement conscient, clair et non équivoque de l'engagement signé, d'autant plus qu'il aurait été rassuré par le fait que **A.)**, qui connaissait **SOC2.)** depuis longue date, avait signé le même cautionnement.

A titre subsidiaire, il conteste le montant réclamé de 4.977,65 euros, qu'il estime être uniquement basé sur les affirmations d'**SOC1.)**.

Ainsi, différents paiements auraient été effectués qu'il serait cependant dans l'impossibilité de prouver par pièces étant donné que les pièces comptables de **SOC2.)** se trouveraient entre les mains du curateur de la faillite (clôturée actuellement) et qui « ne semble plus être inscrit au barreau ni de Luxembourg, ni de Diekirch ». Il formule de ce fait une offre de preuve testimoniale et demande, subsidiairement, au tribunal d'ordonner une comparution personnelle des parties.

Il fait valoir en outre que suite à un arrangement verbal intervenu avec **SOC1.)**, consistant en l'enlèvement de bouteilles de vin par les employés d'**SOC1.)** d'une valeur totale de 1.900.- euros (montant à compenser avec le montant des factures

impayées) et en tenant compte des acomptes payés, plus aucun solde n'aurait été redû (cf acte d'appel), respectivement que seulement le montant de 1.600.- euros aurait encore été en souffrance au moment de la faillite (cf conclusions du 10 mars 2010). Afin de prouver la réalité de ses dires, il demande au tribunal d'ordonner une comparution personnelle des parties.

SOC1.) soutient, au contraire, que les appelants auraient été les dirigeants de fait de la société **SOC2.)** qui auraient pris toutes les décisions se rattachant à la gestion quotidienne de cette dernière en l'absence d'un supérieur hiérarchique. Les appelants auraient partant un intérêt commercial, sinon patrimonial à l'opération et le cautionnement revêtirait dès lors un caractère commercial.

A titre subsidiaire, pour le cas où les règles du cautionnement civil devraient trouver application, elle estime que les engagements n'en resteraient pas moins valables alors qu'en signant les cautionnements, les appelants auraient marqué leur consentement avec leur contenu.

SOC1.) fait valoir que nonobstant le fait que le cautionnement s'analyserait en un cautionnement omnibus, par lequel la caution serait tenue de garantir de façon illimitée n'importe quelle créance présente ou future, directe ou indirecte, envers un débiteur donné, la dette aurait été parfaitement connue et déterminée tant dans son principe que dans son quantum au moment de la signature des engagements par les appelants, et que, par ailleurs, le montant aurait également été exigible au moment de la signature des cautionnements.

Quant au montant de la dette garantie, **SOC1.)** estime que le bien-fondé des sommes réclamées ressortirait à suffisance de l'ordonnance de référé du 17 septembre 2004, combinée avec le décompte versé en cause. D'après l'article 1315 du code civil, il appartiendrait aux appelants de rapporter la preuve de s'être libérés de la dette, ce qu'ils resteraient en défaut de faire.

Elle conteste, finalement, tout arrangement avec les appelants concernant le présent litige, d'ailleurs non documenté par une pièce.

- Quant aux cautionnements

En principe, le cautionnement est un contrat civil et conserve ce caractère alors même qu'il émane d'un commerçant et pour une dette commerciale. Il perd toutefois son caractère civil dès lors que, commerçant ou non-commerçant, celui qui l'a consenti avait un intérêt personnel dans l'opération commerciale qui motive le cautionnement (Cour d'appel, 27 février 1996, n° 18089 du rôle). Il n'est ainsi pas requis que la caution ait trouvé dans l'opération un intérêt de nature commerciale, se traduisant par une pensée de spéculation et même par une immixtion dans les opérations commerciales du débiteur, mais il suffit qu'elle

trouve dans l'opération un quelconque intérêt personnel de nature patrimoniale, sans qu'il soit nécessaire qu'elle participe directement ou indirectement aux résultats du commerce du débiteur (Cour d'appel, 22 avril 1992, n° 13246 du rôle, cité par Georges RAVARANI, « Le cautionnement à la lumière de la jurisprudence luxembourgeoise récente », Droit bancaire et financier du Grand-Duché de Luxembourg, vol. II, p. 905).

Lorsque la commercialité du cautionnement n'est pas, comme en l'espèce, objectivement déterminée, elle peut résulter de l'application d'un critère subjectif et faire admettre qu'un cautionnement donné par un non-commerçant puisse constituer un engagement commercial. Il peut en être ainsi des engagements souscrits pour les sociétés par leurs dirigeants ou associés. La signification profonde de la garantie du passif de la société souscrite par les dirigeants, à laquelle ils ne peuvent généralement se soustraire, n'est autre, que la restitution dans leur responsabilité des véritables maîtres de l'affaire. Dans cette approche, le cautionnement neutralise, en quelque sorte, la personnalité morale et fait assumer au dirigeant ce qui est concrètement, du moins dans les nombreuses petites sociétés, sa propre dette. Partant de là, est considéré comme commercial tout cautionnement souscrit par un dirigeant de droit de la société, investi individuellement ou collégalement du pouvoir vis-à-vis des tiers. La jurisprudence a étendu la même solution aux dirigeants de fait en raison de l'intérêt personnel de ceux-ci à garantir les engagements de la société (en ce sens, Cautionnement et garanties autonomes, Ph. Simmler, Litec, 3^e édition, nos. 98,99 et 100).

En l'espèce, le tribunal constate que par assemblée générale des actionnaires de **SOC2.)** du 8 octobre 2003 et du 18 mars 2004, **A.)** et **B.)** ont été nommés aux fonctions d'administrateur de la société. **B.)** a été révoqué de ses fonctions d'administrateur par une assemblée générale du 8 juin 2004 et il a de nouveau été nommé administrateur et administrateur-délégué de **SOC2.)** par une assemblée générale du 18 février 2005. En outre, il résulte des pièces versées en cause que par contrat de travail à durée indéterminée du 14 janvier 2004 **B.)** a été engagé en tant que gérant (partie dactylographiée), respectivement comme responsable (ajout manuscrit après radiation du terme « gérant », ajout d'ailleurs non paraphé tel qu'il est d'usage de ce faire en cas de modification d'un contrat de travail) de la société **SOC2.)**. **A.)** a signé le contrat au nom et pour le compte de la société.

Tant **A.)** qui occupait donc la fonction d'administrateur de la société ayant le pouvoir d'engager cette dernière, que **B.)**, en tant que responsable du restaurant et de par ses fonctions intermittentes d'administrateur respectivement d'administrateur-délégué, avaient donc un intérêt personnel de nature patrimoniale dans la bonne marche des affaires de **SOC2.)** et, plus particulièrement, dans la continuité des relations commerciales avec la société **SOC1.)** en ce qui concerne

le contrat d'approvisionnement afin que **SOC2.)** dispose des moyens nécessaires et suffisants pour son bon fonctionnement.

A cela s'ajoute que suivant **B.)** les parties appelantes avaient cherché de trouver un arrangement avec l'intimée concernant la reprise de bouteilles de vin contre remise subséquente de la dette, ce qui démontre encore leur implication dans la bonne marche de la société.

Il résulte de ce qui précède que la qualité d'administrateur, respectivement de responsable de la société **SOC2.)**, était pour **A.)** et **B.)** le motif impulsif et déterminant, la cause subjective de leur engagement. Le cautionnement souscrit par eux revêt, dès lors, un caractère commercial et le premier juge est dès lors à réformer en ce sens.

Le tribunal constate, par ailleurs, qu'au moment de la signature des déclarations de cautionnement par **A.)** et **B.)** en date du 26 janvier 2005, partant à une date postérieure à l'ordonnance de référé du 17 septembre 2004 condamnant **SOC2.)** à payer à **SOC1.)** la somme de 11.977,65 euros, la créance était déjà devenue exigible vis-à-vis de **SOC2.)**. Il s'ensuit que la créance était dès lors parfaitement déterminée au moment de la signature du cautionnement et les appelants, de par leurs fonctions, étaient tout à fait en mesure de connaître la portée de leur cautionnement.

Les cautionnements sont dès lors valables.

A.) invoque encore l'exception de nullité pour vice de consentement de sa part en faisant valoir qu'il y a eu erreur sur la solvabilité d'**SOC1.)**. Il affirme avoir ignoré qu'**SOC1.)** aurait déjà été insolvable au moment où la déclaration avait été signée.

Or, il résulte de ce qui précède que **A.)** était administrateur de **SOC2.)** depuis le 8 octobre 2003 et a signé des engagements pour cette dernière de sorte qu'il devait être parfaitement au courant de la situation financière de la société au moment de la signature du cautionnement. Son argument est donc à rejeter.

- Quant au montant de la créance

SOC1.) réclame suivant son décompte le montant de 4.977,65 euros suite à différents paiements effectués par **SOC2.)** depuis sa condamnation par ordonnance de référé.

A.) soutient avoir contesté la créance par un téléfax du 21 novembre 2007 suite à la mise en demeure d'**SOC1.)** du 5 novembre 2007.

Or, le tribunal constate qu'il a seulement contesté d'une manière générale et sans précision la créance, ni n'en a tiré des conclusions juridiques dans la présente instance.

Dans leur conclusions, **A.)** et **B.)** contestent le montant de la créance au motif qu'il y aurait eu des paiements d'acomptes par **SOC2.)**, ainsi qu'un arrangement verbal entre les intéressés, ayant consisté en l'enlèvement de bouteilles de vin par les employés d'**SOC1.)** de la cave de **SOC2.)** contre remise subséquente de la dette. Pour prouver ses dires, **B.)** demande au tribunal de faire droit à son offre de preuve testimoniale, sinon d'ordonner une comparution personnelle des parties.

L'article 1315 du code civil impose la charge de la preuve du paiement à celui qui s'en prévaut.

Or, en l'espèce, il ne résulte d'aucun élément du dossier que **SOC2.)** aurait effectué des paiements, autres que ceux déjà pris en compte par **SOC1.)** dans son décompte versé en cause à l'appui de sa demande ou qu'il y aurait eu un arrangement entre les parties consistant en une reprise des bouteilles de vin contre une remise afférente des montants réduits. Il n'est même pas établi que les mandataires des appelants auraient envoyé un courrier au curateur de la faillite de **SOC2.)** pour connaître le montant exact encore redû ou qu'ils aient effectué des démarches auprès du tribunal de commerce pour connaître le montant de l'éventuelle déclaration de créance déposée par **SOC1.)** dans le cadre de la faillite de **SOC2.)**.

L'offre de preuve formulée à cet égard par **B.)** est, par ailleurs d'une part, contredite par les éléments du dossier notamment en ce qui concerne les fonctions de **B.)** dans la société et, d'autre part, elle n'est pas suffisamment précise à défaut de spécifier la date et les circonstances dans lesquelles le prétendu arrangement aurait été trouvé, le nombre des bouteilles, la date de leur enlèvement et les personnes y ayant procédé. L'offre de preuve ne précise pas non plus quand les prétendus acomptes auraient été payés, ni quel en aurait été leurs montants. Elle est donc à rejeter.

Une comparution personnelle des parties est également à rejeter au vu des positions contraires des parties adaptées depuis le début de la procédure.

Les appelants restent partant en défaut de prouver leurs dires.

Il s'ensuit que la créance d'**SOC1.)** est à déclarer fondée à concurrence du montant réclamé. Le premier juge est donc à confirmer, bien que pour d'autres motifs, en ce qu'il a condamné **A.)** et **B.)** à payer à **SOC1.)** la somme de 4.997,65 euros.

Eu égard au résultat du présent litige, **A.)** et **B.)** sont à condamner aux frais et dépens de l'instance et leur demande en allocation d'une indemnité de procédure est partant à déclarer non fondée.

L'intimée a interjeté appel incident quant au montant de l'indemnité de procédure alloué en première instance et réclame le montant de 1.000.- euros pour la première instance et le montant de 2.000.- euros pour l'instance d'appel.

Compte tenu de l'envergure du litige, c'est cependant à juste titre que le premier juge a condamné les appelants à payer à **SOC1.)** le montant de 500.- euros à titre d'indemnité de procédure. L'appel incident est dès lors à déclarer non fondé.

Etant donné qu'il serait inéquitable de laisser à charge d'**SOC1.)**, qui a dû faire assurer sa défense en instance d'appel l'entièreté des frais par elle exposés et non compris dans les dépens, il y a lieu de condamner les appelants au paiement d'une indemnité de procédure de 1.000.- euros pour la présente instance.

Compte tenu du caractère commercial du présent litige, il y a lieu de statuer en matière commerciale selon la procédure civile.

PAR CES MOTIFS:

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, troisième chambre, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile et en instance d'appel, statuant contradictoirement,

reçoit les appels principaux et l'appel incident en la forme,

les déclare non fondés,

partant confirme le jugement entrepris,

dit non fondées les demandes de **A.)** et **B.)** en allocation d'une indemnité de procédure et en déboute,

dit fondée la demande de la société anonyme **SOC1.)** s.a. en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel à concurrence du montant de 1.000.- euros,

partant condamne encore **A.)** et **B.)** à payer à la société anonyme **SOC1.)** s.a. la somme de 1.000.- euros,

condamne **A.)** et **B.)** aux frais et dépens de l'instance d'appel.