

Jugement civil no. 10 / 2018 (X^{ième} chambre)

Audience publique du vendredi, douze janvier deux mille dix-huit.

Numéro 166961 du rôle

Composition :

Yannick DIDLINGER, vice-présidente,
Christian ENGEL, premier juge,
Livia HOFFMANN, juge,
Pascale HUBERTY, greffier.

E n t r e

l'établissement de droit public allemand LANDESBANK BADEN-WÜRTTEMBERG, ayant une capacité juridique (rechtsfähige Anstalt öffentlichen Rechts), établie et ayant son siège social à D-70173 Stuttgart (République fédérale d'Allemagne), Am Hauptbahnhof, immatriculée au registre de commerce de l'Amtsgericht Stuttgart sous le numéro HRA 12704, représentée par son Vorstand actuellement en fonctions, actuellement composé des Messieurs **A.)** (Vorsitzender), **B.)** (stellvertretender Vorsitzender), **C.), D.), E.), F.)** et **G.),**

demanderesse aux termes d'un exploit d'assignation de l'huissier de justice suppléant Patrick MULLER, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg, du 24 décembre 2014,

comparant par la société d'avocats ARENDT & MEDERNACH SA, inscrite au barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-1468 Luxembourg, 14, rue Erasme, immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 186371, représentée aux fins des présentes par Maître François KREMER, avocat, demeurant à Luxembourg,

e t

H.), sans état connu, demeurant à L-(...),

défendeur aux fins du prédit exploit CALVO,

comparant par Maître Frank WIES, avocat, demeurant à Luxembourg.

L e T r i b u n a l

Vu l'ordonnance de clôture du 14 juillet 2017.

Entendu le rapport fait en application de l'article 226 du nouveau code de procédure civile à l'audience publique 8 décembre 2017.

Entendu l'établissement de droit public allemand LANDESBANK BADEN-WÜRTTEMBERG par l'organe de Maître Evelyne LORDONG, avocat, en remplacement de Maître François KREMER, avocat constitué.

Entendu H.) par l'organe de Maître Noémie SADLER, avocat, en remplacement de Maître Frank WIES, avocat constitué.

Procédure et prétentions des parties :

Par exploit d'huissier du 24 décembre 2014, l'établissement de droit public allemand à capacité juridique (« *rechtsfähige Anstalt öffentlichen Rechts* ») LANDESBANK BADEN-WÜRTTEMBERG (ci-après : la LBBW) a donné assignation à H.) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, aux fins de le voir condamner au paiement du montant de 1.663.566,74 euros, avec les intérêts légaux à partir du jour de l'assignation, jusqu'à solde.

La LBBW sollicite en outre l'exécution provisoire du jugement à intervenir et la délivrance du certificat prévu par le règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, ainsi que la condamnation de H.) aux frais et dépens de l'instance et au paiement d'une indemnité de procédure de 5.000 euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

À l'appui de sa demande, la LBBW invoque un cautionnement dénommé « *Höchstbetragsbürgschaft zur Sicherung von Einzelforderungen* » du 31 mai 2005 (ci-après : le cautionnement).

Le défendeur aurait été administrateur de la société de droit luxembourgeois HOMAC AVIATION SA (ci-après : la société HOMAC), déclarée en état de faillite par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg n° 2014/059 du 3 février 2014.

Par contrat de prêt (« *Darlehensvertrag* ») signé en date du 31 mai 2005 par la société HOMAC et en date du 24 juin 2005 par la LBBW, cette dernière aurait accordé à la première un prêt à hauteur de 2.790.700 euros. Le 31 mai 2005, jour où le contrat de prêt a été signé par la société HOMAC, H.) se serait porté caution de ce contrat de prêt à concurrence d'un montant de 2.962.025,75 euros.

Il résulterait d'un tableau récapitulatif dressé par la LBBW que le montant total en souffrance s'élèverait à 1.663.566,74 euros. Ce montant se composerait au 11 décembre 2014 comme suit :

- 1.351.840,09 euros en principal ;
- 245.260,81 euros en intérêts ;
- 66.465,84 euros à titre de frais.

Tout en faisant une déclaration de créance dans la faillite de la société HOMAC, LBBW se serait également appuyée sur le cautionnement signé par H.) pour lui adresser plusieurs mises en demeure. En dépit de celles-ci, le montant réclamé n'aurait pas été payé.

Suivant ses dernières conclusions du 20 juin 2017, la LBBW demande la condamnation de H.) au paiement du montant de 1.603.595,79 euros, avec les intérêts conventionnels déterminés dans l'article 11.4 du *Darlehensvertrag* du 31 mai 2005, à partir du 9 juin 2017, jusqu'à solde. Elle augmente sa demande en allocation d'une indemnité de procédure au montant de 15.000 euros.

H.) se rapporte à prudence de justice en ce qui concerne la recevabilité de l'assignation en la forme.

Il soulève l'incompétence territoriale internationale du tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour connaître de l'affaire.

Quant au fond, il demande, par degrés de subsidiarité successifs :

- à voir déclarer valable la déclaration de rétractation du 28 octobre 2014 et, partant, dire nul et non avenu l'acte de cautionnement du 31 mai 2005,
- à voir dire que l'acte de cautionnement est nul et non avenu pour contrariété aux bonnes mœurs (« *Sittenwidrigkeit* »),
- à voir déclarer non fondée la demande de la LBBW faute d'avoir épuisé toutes les mesures nécessaires pour obtenir la vente de l'aéronef CESSNA 550 CITATION BRAVO (ci-après : l'aéronef),
- à voir dire, par application du § 776 du « *Bürgerliches Gesetzbuch* » (ci-après : le BGB), que H.) est libéré de son engagement à titre de caution à l'égard de la LBBW suite à la renonciation par celle-ci à ses droits à l'égard de la caution solidaire I.),
- à voir déclarer non fondées les prétentions de la LBBW pour ne pas correspondre au montant réellement dû, sinon les rapporter à leur juste proportion.

H.) demande enfin la condamnation de la LBBW à lui payer une indemnité de procédure de 5.000 euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Motifs de la décision :

- I. Quant au moyen tiré de l'incompétence territoriale du tribunal d'arrondissement de Luxembourg :

H.) conteste la compétence territoriale du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, en se référant au paragraphe 8 du cautionnement qui stipule ce qui suit :

« *Gerichtsstand und Erfüllungsort ist für Bürgen, die im Handelsregister eingetragen sind, oder für juristische Personen des öffentlichen Rechts Stuttgart. Das gleiche*

gilt, wenn der Bürge nach Übernahme der Bürgschaft seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthaltsort aus der Bundesrepublik Deutschland verlegt oder sein Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt im Zeitpunkt der Klageerhebung nicht bekannt ist ».

H.) considère être une personne physique pouvant se prévaloir de la deuxième phrase de cette clause, dans la mesure où son domicile est établi au Luxembourg, soit en dehors de l'Allemagne. Il en découlerait que les tribunaux de Stuttgart seraient seuls compétents pour connaître de toute demande basée sur le cautionnement.

La LBBW conclut à l'irrecevabilité du moyen tiré de l'incompétence territoriale internationale, au motif que dans ses premières conclusions du 7 mai 2015, H.) s'est en premier lieu rapporté à prudence de justice quant à la recevabilité en la forme de l'assignation du 24 décembre 2014, de sorte qu'il aurait ainsi accepté les débats devant les juridictions luxembourgeoises.

Le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après : le règlement 44/2001) est applicable *ratione materiae* dans le cas d'espèce, le litige relevant de la matière civile et commerciale conformément à l'article 1^{er} du règlement et le siège en Allemagne de la demanderesse LBBW constituant un élément d'extranéité. Le règlement s'applique également *ratione temporis*, étant donné que l'assignation du 24 décembre 2014 se situe avant le 10 janvier 2015, date d'applicabilité du règlement (UE) n° 1215/2012 du parlement européen et du conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, en vertu de l'article 66 dudit règlement.

L'article 24 du règlement 44/2001 (ex-article 18 de la Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale) dispose qu'« *outre les cas où sa compétence résulte d'autres dispositions du présent règlement, le juge d'un État membre devant lequel le défendeur comparaît est compétent. Cette règle n'est pas applicable si la comparution a pour objet de contester la compétence ou s'il existe une autre juridiction exclusivement compétente en vertu de l'article 22 ».*

En l'espèce, les premières conclusions de H.) du 7 mai 2015 sont structurées comme suit :

« I. Quant à la recevabilité

La partie concluante demande acte qu'elle se rapporte à la prudence du Tribunal quant à la recevabilité en la forme de l'exploit MÜLLER du 24 décembre 2014.

II. Quant à l'incompétence territoriale

La partie concluante demande acte qu'elle décline la compétence territoriale du tribunal d'arrondissement de Luxembourg de connaître de la demande lui soumise par exploit de l'huissier MÜLLER du 24 décembre 2014 (...).

La contestation de la compétence ne saurait avoir l'effet que lui attribue l'article 18 de la Convention de Bruxelles de 1968 que si la partie demanderesse et le juge saisi sont

mis en mesure de comprendre, dès la première défense du défendeur, que celle-ci vise à faire obstacle à la compétence. La notion d'*in limine litis* est, pour l'interprétation de la convention, d'une application difficile, étant donné les différences sensibles existant entre les législations des États contractants en ce qui concerne la saisine des juridictions, la comparution des défendeurs, et la façon dont les parties au litige doivent formuler leurs conclusions. Il résulte, toutefois, de l'objectif recherché par l'article 18 que la contestation de la compétence, si elle n'est pas préalable à toute défense au fond, ne peut en tout état de cause se situer après le moment de la prise de position considérée, par le droit procédural national, comme la première défense adressée au juge saisi (CJCE 24 juin 1981, aff. 150/80, *Elefanten Schuh GmbH c/ J.*, rec. CJCE 1981, p. 1671, points 15 et 16).

La jurisprudence luxembourgeoise admet que la compétence internationale participe du caractère de la compétence relative *ratione loci*, à laquelle s'applique l'article 260 du nouveau code de procédure civile, en vertu duquel l'exception d'incompétence est à soulever préalablement à toutes autres exceptions et défenses (J.-Cl. Wiwinius, Droit international privé au Grand-Duché de Luxembourg, 3^e éd. 2011, p. 234, n° 1081).

En l'espèce, en se rapportant en premier lieu à prudence de justice quant à la recevabilité de l'assignation en la pure forme, ce qui est assimilé à une contestation de la validité de l'acte introductif d'instance et doit partant être considéré comme exception de nullité adressée au juge saisi, puis en soulevant, en second lieu seulement, l'incompétence territoriale internationale, **H.)** n'a pas présenté l'exception d'incompétence territoriale dans l'ordre imposé par l'article 260 du nouveau code de procédure civile.

Le moyen tiré de l'incompétence territoriale du tribunal d'arrondissement de Luxembourg est dès lors irrecevable.

En l'absence de contestation de compétence valable au sens de l'article 24 précité du règlement 44/2001 et, le juge n'ayant pas à relever d'office l'application de la clause lorsque le défendeur comparaît sans contester la compétence (JurisClasseur Europe Traité, Fasc. 3011 : Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Convention de Lugano du 16 septembre 1988, Règlement n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 – Compétence – Prorogation volontaire de compétence, n° 78), au regard de l'article 2 dudit règlement, ensemble l'article 28 du nouveau code de procédure civile s'agissant de la compétence des tribunaux de Luxembourg-Ville, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg est compétent *ratione loci* pour connaître du litige.

La demande de la LBBW est donc à déclarer recevable pour avoir été introduite dans les forme et délai de la loi.

II. Quant à la demande principale :

Les parties concluent à l'applicabilité du droit allemand au cautionnement.

Dans la mesure où le cautionnement se réfère notamment aux § 770 et 771 du BGB, figurant sous le titre 20 du BGB intitulé « *Bürgschaft* », il y a, en effet, lieu de retenir que, conformément à l'article 3 de la convention du 19 juin 1980 sur la loi applicable

aux obligations contractuelles, le choix de la loi allemande comme loi applicable au cautionnement résulte de façon certaine des dispositions du contrat.

Il convient d'analyser successivement les différents moyens opposés par H.) pour voir déclarer non fondée la demande en paiement de la LBBW.

A. Quant à la déclaration de rétractation du 28 octobre 2014 :

H.) estime avoir valablement exercé son droit de retrait, conformément aux articles 312 et 355 du BGB, par rapport au cautionnement lui opposé par la LBBW, moyennant courrier de son mandataire du 28 octobre 2014, de sorte que cet acte ne produirait plus d'effets à son égard.

Il fait valoir que les informations sur le droit de retrait (« *Widerrufsbelehrung* ») qu'il a reçues par la LBBW sont contraires à la loi allemande, étant donné que le formulaire d'information se référerait erronément au « *Haustürwiderrufsgesetz* » au lieu du § 312 du BGB, que l'indication du début du délai pendant lequel il peut faire usage de son droit de retrait serait équivoque dans la mesure où les éléments déclencheurs de cette période ne seraient pas annoncés de manière précise, en conformité avec les prescriptions du § 355 (2) du BGB et, enfin, que la « *Widerrufsbelehrung* » violerait le § 360 (4) du BGB en ce qu'elle ne contient pas la mention obligatoire suivant laquelle le seul envoi de la déclaration de retrait dans le délai de 14 jours est suffisant pour exercer valablement son droit de retrait. Dans une décision de principe du 10 mars 2009, le *Bundesgerichtshof* aurait retenu qu'une *Widerrufsbelehrung* qui n'est pas conforme aux prescriptions des articles 355 et 360 du BGB ne peut faire courir le délai de retrait de 14 jours et qu'un retrait effectué postérieurement est donc toujours valablement donné, pour venir à l'annulation d'un contrat formé.

La LBBW conteste, d'une part, l'existence d'un droit de rétractation au profit de H.) dans la mesure où le cautionnement n'y ferait pas référence, et, d'autre part, la qualification du cautionnement de « *Haustürgeschäft* » au sens du § 312 du BGB.

Le 31 mai 2005, H.) a signé, en sa qualité de caution, un document sur papier à en-tête de la LBBW, intitulé « *Widerrufsbelehrung für den Bürgen gem. § 1 Haustürwiderrufsgesetz* », moyennant lequel il reconnaît avoir reçu ladite « *Widerrufsbelehrung* » et être informé du droit suivant : « *Der Bürge kann seine auf den Abschluss des Bürgschaftsvertrages gerichtete Willenserklärung innerhalb von zwei Wochen uns gegenüber schriftlich oder auf einem dauerhaften Datenträger in lesbarer Form (z. B. per Telefax oder per E-mail) widerrufen. Der Widerruf muss keine Begründung enthalten. Die Frist beginnt, wenn die Belehrung und die Bürgschaftsurkunde an den Bürgen ausgehändigt wurden und die Belehrung von ihm unterschrieben oder mit seiner qualifizierten elektronischen Signatur versehen wurde, jedoch nicht vor Abgabe seiner auf den Abschluss der Bürgschaft gerichteten Willenserklärung. Zur Fristwahrung genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs. Der Widerruf ist zu richten an uns unter der Anschrift Landesbank Baden-Württemberg, Postfach 10 60 49, 70049 Stuttgart (...)* ».

S'agissant d'un formulaire préimprimé confectionné par la LBBW et soumis par celle-ci à H.) pour signature, la LBBW ne saurait valablement soutenir que la seule absence

de stipulations y relatives dans le contrat de cautionnement s'opposerait à l'existence d'un droit de rétractation au profit du défendeur.

Le § 312 du BGB, issu de la transposition de la directive du conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux (85/577/CEE), était libellé à la date de la signature du cautionnement comme suit : « § 312 *Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften: (1) Bei einem Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, der eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand hat und zu dessen Abschluss der Verbraucher durch mündliche Verhandlungen an seinem Arbeitsplatz oder im Bereich einer Privatwohnung, anlässlich einer vom Unternehmer oder von einem Dritten zumindest auch im Interesse des Unternehmers durchgeführten Freizeitveranstaltung oder im Anschluss an ein überraschendes Ansprechen in Verkehrsmitteln oder im Bereich öffentlich zugänglicher Verkehrsflächen bestimmt worden ist (Haustürgeschäft), steht dem Verbraucher ein Widerrufsrecht gemäß § 355 zu (...)* ».

Les § 355 et 360 du BGB invoqués par H.) figurent sous le sous-titre 2 intitulé « *Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen* » du titre 2 « *Rücktritt; Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen* ».

La Cour de justice des communautés européennes a décidé dans un arrêt du 17 mars 1998 (C-45/96, *Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG c. E. D.*) que « *l'article 2, premier tiret, de la directive 85/577/CEE¹, du 20 décembre 1985, concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux doit être interprété en ce sens qu'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique n'agissant pas dans le cadre d'une activité professionnelle est exclu du champ d'application de la directive lorsqu'il garantit le remboursement d'une dette contractée par une autre personne agissant, quant à elle, dans le cadre de son activité professionnelle* ». Dans un autre arrêt du 20 janvier 2005 (C-464/01, *J. G. c. Bay Wa AG*), elle a décidé que « *dès lors qu'une personne conclut un contrat pour un usage lié à son activité professionnelle, elle doit être considérée comme traitant sur un pied d'égalité avec son cocontractant, en sorte que la protection particulière réservée par la convention de Bruxelles aux consommateurs ne se justifie pas dans ce cas de figure* ».

En l'espèce, par application des principes posés par la jurisprudence de la Cour de justice, H.), qui était administrateur délégué de la société emprunteuse HOMAC depuis 2004, sans que cette qualité ne soit cependant spécifiée dans le cautionnement, n'est dans aucune des hypothèses – cautionnement conclu ou non en relation avec son activité professionnelle – à considérer comme consommateur, de sorte qu'il ne saurait faire valoir un « *Widerrufsrecht gemäß § 355* » du BGB à l'égard de la LBBW.

Aucune autre disposition légale ou conventionnelle invoquée ne lui conférant un tel droit, la déclaration de rétractation du 28 octobre 2014 est à considérer comme inopérante.

¹ Cette disposition se lit comme suit : « *Aux fins de la présente directive, on entend par : — "consommateur", toute personne physique qui, pour les transactions couvertes par la présente directive, agit pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle (...)* ».

B. Quant au moyen de nullité tiré de la contrariété du cautionnement aux bonnes mœurs (« Sittenwidrigkeit ») :

H.) conclut à la nullité du cautionnement pour contrariété aux bonnes mœurs. Il fait valoir que suivant un arrêt du *Bundesgerichtshof* du 25 avril 2006, un acte de cautionnement serait nul et non avenu pour contrariété aux bonnes mœurs lorsqu'il en résulte pour la caution une charge financière manifestement démesurée par rapport à ses capacités financières au moment de la conclusion de l'acte. D'après cette décision, « *eine krasse finanzielle Überforderung liegt vor, wenn eine auf den Zeitpunkt der Abgabe der Bürgschaftserklärung abstellende, die Ausbbildung, Fähigkeiten und familiären Belastungen berücksichtigende Prognose ergibt, dass der Bürge allein vorraussichtlich nicht in der Lage sein wird, auf dauer die laufenden Zinsen der gesicherten Forderung mit Hilfe des pfändbaren Teils seines Einkommens und Vermögens aufzubringen* ». Comme les revenus et actifs du défendeur au moment de la conclusion du cautionnement auraient été insuffisants au regard des critères édictés par cette jurisprudence, le contrat de cautionnement devrait être déclaré nul.

Dans la mesure où H.) ne verse cependant pas la jurisprudence invoquée, ni aucun élément de preuve quant à sa situation financière précaire au moment de la conclusion du cautionnement, ce moyen n'est pas fondé.

C. Quant à l'obligation alléguée de la LBBW de procéder à la vente de l'aéronef :

H.) soutient que faute pour la LBBW d'avoir épuisé toutes les mesures utiles pour obtenir la vente de l'aéronef, propriété de la société HOMAC que la demanderesse a fait saisir en 2011, dans des conditions de nature à la désintéresser complètement, la demande de paiement dirigée contre lui ne serait pas fondée. En effet, la déclaration en état de faillite de la société par jugement du 3 février 2014 n'aurait, au regard des § 772 (2) et 773 (3) du BGB, pas dispensé la LBBW de son obligation de justifier au préalable de toutes les démarches utiles entreprises pour se désintéresser par la mise en exécution de la saisie qu'elle a fait effectuer à un moment où la société HOMAC n'était pas encore en faillite.

Le § 772 (2) du BGB dispose que « *steht dem Gläubiger ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners zu, so muss er auch aus dieser Sache Befriedigung suchen. Steht dem Gläubiger ein solches Recht an der Sache auch für eine andere Forderung zu, so gilt dies nur, wenn beide Forderungen durch den Wert der Sache gedeckt werden* », tandis que le § 773 prévoit que « (1) Die Einrede der Vorausklage ist ausgeschlossen: (...) 3. wenn über das Vermögen des Hauptschuldners das Insolvenzverfahren eröffnet ist, (...) (2) In den Fällen der Nummern 3, 4 ist die Einrede insoweit zulässig, als sich der Gläubiger aus einer beweglichen Sache des Hauptschuldners befriedigen kann, an der er ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht hat; die Vorschrift des § 772 Abs. 2 Satz 2 findet Anwendung ».

Il est constant que la LBBW disposait, outre le cautionnement litigieux, entre autres, d'un droit de gage (« *Pfandrecht* ») sur l'aéronef pour garantir le contrat de prêt (« *Darlehensvertrag* ») du 31 mai 2005.

Le cautionnement stipule que « *der Bürge kann keine Rechte herleiten aus der Art oder dem Zeitpunkt der Verwertung anderweitiger Sicherheiten oder aus der Aufgabe solcher Sicherheiten, die durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen begründet waren. Die Landesbank ist nicht verpflichtet, sich zunächst an andere Sicherheiten zu halten, bevor sie den Bürgen in Anspruch nimmt* ». La LBBW était dès lors en droit de réaliser cette sûreté à l'égard de H.) indépendamment du résultat de la réalisation du gage sur l'aéronef.

La disposition contractuelle précitée n'est éternuée ni par le § 772 (2) du BGB, ni par le § 773 (2) qui revoie *in fine* à ce dernier, dans la mesure où ces textes prévoient seulement l'obligation faite au créancier de chercher à éteindre la dette envers lui « *également* » (« *auch* ») moyennant réalisation du gage, ce que la LBBW a fait en l'occurrence en procédant à la vente aux enchères de l'aéronef et en récoltant le montant de 450.000 euros.

Le moyen tiré du manquement de la LBBW à ses obligations de créancier n'est dès lors pas fondé.

D. Quant au moyen tiré de la renonciation au cautionnement au regard du § 776 du BGB :

H.) expose que suivant la transaction signée les 2 et 4 mai 2016, la LBBW aurait accepté de libérer son fils I.) de son engagement de caution solidaire en relation avec l'aéronef contre le paiement de 25.000 francs suisses. Cette libération de la caution de ses engagements serait définitive et concernerait l'intégralité des prétentions de LBBW en relation avec l'aéronef. Or cette renonciation par LBBW à une garantie de sa créance lèserait les droits de H.) et serait sanctionnée par le § 776 du BGB, dont il y aurait lieu de déduire, au vu d'un arrêt du *Bundesgerichtshof* du 2 mars 2000 que ladite renonciation emporterait libération de H.) de son engagement de caution.

La LBBW confirme avoir transigé avec I.) « *pour des raisons économiques* », en abandonnant ses poursuites contre celui-ci contre paiement de 25.000 francs suisses, lequel est intervenu le 9 mai 2016.

« *Grundsätzlich besteht keine allgemeine Sorgfaltspflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen. Das gilt insbesondere hinsichtlich der Inanspruchnahme des Hauptschuldners und der Verwertung anderer Sicherheiten. Der Bürge ist dadurch geschützt, dass er selbst alsbald zahlen und nach § 774 gegen den Hauptschuldner, beim Übergang von Sicherungsrechten auch gegen die anderen Sicherungsgegner vorgehen kann (...). Die Befreiung tritt nur ein, soweit der Rückgriff des Bürgen vereitelt wird. Beweislast für alles hat der Bürge* » (Palandt, BGB, 63. Aufl. 2004, § 776, S. 1147, 1. u. 2.)

En l'espèce, le cautionnement stipule sous le point 1 que « (...) *die Bürgschaft aus dieser Urkunde gilt unabhängig von weiteren Bürgschaften, die vom Bürgen oder von Dritten für die Ansprüche der Landesbank gegen den Kunden übernommen worden sind oder eingegangen werden. Der Bürge haftet aus dieser Urkunde neben den weiteren Bürgen unter Ausschluss der Gesamtschuldnerschaft für den vollen Betrag dieser Bürgschaft* ». Il en résulte que le cautionnement souscrit par H.) n'implique pas de solidarité avec l'engagement signé par I.).

H.) ne prouvant par ailleurs pas, comme il en a la charge, qu'il aurait un recours (« *Rückgriff* ») au sens du § 774 du BGB contre **I.)**, il ne saurait réclamer l'application du § 776 du BGB à son profit pour conclure à la libération de son engagement de caution.

E. Quant aux montants dus à la LBBW :

Suivant ses dernières conclusions, la LBBW demande la condamnation de **H.)** au paiement du montant de 1.603.595,79 euros, avec les intérêts conventionnels déterminés dans l'article 11.4 du *Darlehensvertrag* du 31 mai 2005, à partir du 9 juin 2017, jusqu'à solde.

Le montant de 1.603.595,79 euros résulte d'un décompte du 9 juin 2017 établi par la LBBW, qui, par référence au § 367 du BGB, met en compte successivement sur le montant principal de 1.351.840,09 euros (*a*), les intérêts au taux de [« *Basiszinssatz* » tel que prévu par le § 247 du BGB + 5 %] (*b*), ainsi que des frais de justice et de signification à hauteur d'un montant total de 139.198,46 euros (*c*). Elle impute cependant au profit de **H.)** le prix de vente de l'aéronef à hauteur de 250.000 euros, ceci en déduisant du prix de vente de 450.000 euros le montant de 200.000 à titre de « *Kosten für Wartungs- und Instandhaltung des Flugzeugs* » (*d*), ainsi que le montant de 22.599,89 euros, correspondant à la valeur des 25.000 francs suisses payés par **I.)** au titre de la transaction conclue avec la LBBW, avec valeur au 9 mai 2016, date du paiement par **I.)** (*e*).

H.) conteste ces calculs, de sorte qu'il convient d'analyser successivement les imputations réalisées par la LBBW.

(a) Montant en principal :

La somme réclamée de 1.351.840,09 euros en principal correspond à la somme due à la LBBW au moment de la dénonciation du prêt le 17 octobre 2011 et se compose du montant en capital restant dû de 1.221.563,83 euros et de 130.286,26 euros à titre d'échéances impayées.

(b) Intérêts conventionnels :

L'article 11.4 du contrat de prêt du 31 mai 2005 stipule que « *pour tout retard de paiement en liaison avec le présent contrat de prêt, l'Emprunteur devra payer, à compter de la date d'exigibilité et durant toute la durée du retard, des intérêts moratoires aux taux de base en vigueur conformément à l'article 247 [du] Code Civil [allemand] (BGB Bürgerliches Gesetz Buch), majoré de 5 % par an, à moins que le Prêteur n'apporte la preuve d'un préjudice supérieur* ».

Le cautionnement souscrit par **H.)** énonce quant à lui, après avoir fait référence audit contrat de prêt consenti à la société HOMAC pour le montant de 2.790.700 euros, que « *für sämtliche gegenwärtigen und künftigen, bedingten oder befristeten Ansprüche (Haupt- und Nebenansprüche) der Landesbank gegen den Kunden aus den vorbezeichneten Darlehens-/Kreditgewährungen übernehme(n) ich (...) H.) (...) Bürge*

- hiermit unbedingt und zeitlich unbefristet unter Verzicht auf die Einreden der Anfechtbarkeit, der Aufrechenbarkeit und der Vorausklage (§§ 770, 771 BGB) unter Einbeziehung von Zinsen und Kosten die Bürgschaft bis zum Höchstbetrag von EUR 2.962.025,75 (...) ».

H.) fait valoir que le § 767 (1) du BGB, qui dispose que « *für die Verpflichtung des Bürgen ist der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend* » s'oppose à ce que la LBBW puisse lui mettre en compte des intérêts postérieurement à la faillite de la société HOMAC. Il résulte toutefois de la jurisprudence et des commentaires versés à titre de pièces² par la LBBW, sans que **H.)** ne verse d'éléments dont résulterait le contraire, que tel n'est pas le cas en droit allemand.

La LBBW est partant en droit, comme elle l'a fait dans son décompte, de réclamer à **H.)** en sa qualité de caution des intérêts au taux conventionnel de [*« Basiszinssatz »* tel que prévu par le § 247 du BGB + 5 %] à partir du 15 octobre 2011, la débitrice principale, la société HOMAC, s'étant trouvée en retard de paiement à cette date.

(c) Frais de justice et de signification (« *Gerichts- und Zustellungskosten* ») :

Sur base des stipulations précitées du cautionnement, combinées à l'article 11.2 du contrat de prêt du 31 mai 2005 qui prévoit que « *l'Emprunteur prend à sa charge les éventuels frais liés à la conclusion et l'exécution du présent Contrat de prêt. Nonobstant la disposition de l'Article 6.1 et sans qu'une mise en demeure du Prêteur ne soit nécessaire en cas de non-versement d'un paiement exigible, l'Emprunteur doit rembourser au Prêteur tous les dommages, coûts et pertes (y compris les honoraires raisonnables d'avocat et les dépens), qui sont occasionnés à ce dernier par le fait que (i) l'Emprunteur ne remplit pas ses obligations de paiement ou autres obligations contractuelles, conformément aux prescriptions du présent Contrat, (ii) une résiliation conformément à l'Article 10 se produit, ou (iii) les droits du Prêteur au titre du présent Contrat ont été satisfaits* », la LBBW est également en principe en droit de réclamer le remboursement de ces frais à **H.)**.

Or, sur le total réclamé de 139.198,46 euros, seul le montant de 138.984,96 euros est établi par une pièce justificative, en l'occurrence un décompte du *Amtsgericht* Brunswick. Ce poste de la demande n'est dès lors fondé que pour ce seul montant.

(d) Frais de maintenance et de conservation de l'aéronef (« *Kosten für Wartungs- und Instandhaltung des Flugzeugs* ») :

Sur base des stipulations précitées du cautionnement et de l'article 11.2 du contrat de prêt, la LBBW est également, en principe, en droit de réclamer le remboursement de ces frais à **H.)**.

Il résulte des pièces versées par la LBBW que celle-ci a conclu le 17 janvier 2014 un accord transactionnel (« *Vergleich* ») devant le *Landgericht* Brunswick avec la société de droit allemand PRATT & WHITNEY CANADA CUSTOMER SERVICE CENTER EUROPE GmbH portant sur le paiement des prestations de maintenance réalisées sur

² Pièces n° 35 à 37 : Jugement du *Oberlandesgericht* de Nuremberg du 21 mars 1990 (4 U 1627/89) ; Habersack, in: Münchener Kommentar zum BGB (6. Aufl.) § 767 Randnr. 7 ; Horn, in : Staudinger Kommentar zum BGB (2013), § 767, Randnr. 25.

l'aéronef par cette dernière, qui avait dans ce contexte notamment remplacé un groupe motopropulseur. La LBBW a procédé au paiement de l'indemnité transactionnelle de 200.000 euros, suivant pièce versée, en date du 27 février 2014.

L'aéronef ayant dans la suite été vendu aux enchères pour le prix de 450.000 euros, la LBBW était en droit de mettre en compte au profit de H.) uniquement le montant de (450.000 – 200.000 =) 250.000 euros.

(e) Imputation du montant réglé par I.) :

Si dans son décompte du 9 juin 2017, la LBBW met en compte le montant de 22.599,89 euros, payés par I.) au titre de la transaction conclue avec la LBBW, au profit de H.), elle indique dans ses dernières conclusions du 20 juin 2017 qu'elle se réserve le droit de compenser ce montant avec des frais de justice et d'avocat qu'elle aurait été contrainte d'exposer.

Or faute de demande concrète formulée en ce sens par la LBBW, il y a lieu de retenir que le montant de 22.599,89 euros est à imputer au profit de H.).

Le § 367 du BGB dispose que « (1) *Hat der Schuldner außer der Hauptleistung Zinsen und Kosten zu entrichten, so wird eine zur Tilgung der ganzen Schuld nicht ausreichende Leistung zunächst auf die Kosten, dann auf die Zinsen und zuletzt auf die Hauptleistung angerechnet.* (2) *Bestimmt der Schuldner eine andere Anrechnung, so kann der Gläubiger die Annahme der Leistung ablehnen* ».

En conformité avec cette disposition, la LBBW a imputé, au vu de son décompte du 9 juin 2017, les montants susmentionnés de 250.000 euros et de 22.599,89 euros d'abord sur les frais (entièrement éteints suite à l'imputation du montant de 250.000 euros) puis sur les intérêts. Au 9 mai 2016, date de l'imputation du montant de 22.599,89 euros, H.) était ainsi redevable d'un montant de 1.351.840,09 euros en principal et de 191.477,52 euros en intérêts.

Étant donné que la LBBW a mis en compte des frais à hauteur de 139.198,46 euros, alors qu'elle n'en prouve l'existence que pour 138.984,96 euros (voir *supra* sous II.E.(c)), un montant de (139.198,46 - 138.984,96 =) 213,50 euros est à retrancher du montant des intérêts dus au 9 mai 2016, dont le solde s'élève donc à (191.477,52 - 213,50 =) 191.264,02 euros.

Au vu de l'ensemble des développements qui précèdent, la demande de la LBBW est dès lors fondée pour :

- le montant principal de 1.351.840,09 euros, avec les intérêts au taux conventionnel de [« *Basiszinssatz* » tel que prévu par le § 247 du BGB + 5 %] à partir du 9 mai 2016, date du dernier paiement intervenu au sens du § 367 du BGB, jusqu'à solde,
- les intérêts échus, après imputation selon le § 367 du BGB, au 9 mai 2016, soit le montant de 191.264,02 euros.

Il y a partant lieu de condamner H.) au paiement de ces montants.

III. Quant aux demandes accessoires :

Tant la LBBW que **H.)** ont formulé des demandes en allocation d'une indemnité sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

L'application de l'article 240 du nouveau code de procédure civile relève du pouvoir discrétionnaire du juge (Cass. 2 juillet 2015, n° 60/15, n° 3508 du registre).

H.) n'obtenant pas gain de cause, il est à débouter de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure.

La demande de la LBBW en allocation d'une indemnité procédure est à déclarer fondée et justifiée, eu égard à l'envergure du litige, à son degré de difficulté et aux soins y requis, pour le montant fixé *ex aequo et bono* à 1.500 euros, étant donné qu'il paraît inéquitable de laisser une partie des frais exposés, mais non compris dans les dépens, à sa charge.

Par ailleurs, la LBBW n'ayant pas établi pour quelle raison l'exécution provisoire du présent jugement s'imposerait, il n'y a pas lieu de l'ordonner.

Enfin, la créance dont dispose la LBBW à l'égard de **H.)** n'étant pas une créance incontestée au sens de l'article 3 du règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, il n'y a pas lieu, au regard de l'article 6 dudit règlement relatif aux conditions de la certification en tant que titre exécutoire européen, de faire droit à la demande en délivrance du certificat prévu par ledit règlement.

Par ces motifs :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, dixième section, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement,

dit irrecevable le moyen tiré de l'incompétence territoriale internationale du tribunal d'arrondissement de Luxembourg,

reçoit la demande de l'établissement de droit public allemand à capacité juridique LANDESBANK BADEN-WÜRTTEMBERG en la forme,

la dit fondée pour :

- le montant principal de 1.351.840,09 euros, avec les intérêts au taux conventionnel de [« *Basiszinssatz* » tel que prévu par le § 247 du BGB + 5 %] à partir du 9 mai 2016, jusqu'à solde,
- les intérêts échus au 9 mai 2016, soit le montant de 191.264,02 euros,

la dit non fondée pour le surplus,

partant condamne **H.)** à payer à l'établissement de droit public allemand à capacité juridique LANDESBANK BADEN-WÜRTTEMBERG :

- le montant de 1.351.840,09 euros, avec intérêts conventionnels au taux de [« *Basiszinssatz* » tel que prévu par le § 247 du BGB + 5 %] à partir du 9 mai 2016, jusqu'à solde,
- le montant de 191.264,02 euros,

dit non fondée la demande de **H.)** en obtention d'une indemnité de procédure,

dit la demande de l'établissement de droit public allemand à capacité juridique LANDESBANK BADEN-WÜRTTEMBERG en allocation d'une indemnité de procédure fondée à concurrence de 1.500 euros,

condamne **H.)** à payer à l'établissement de droit public allemand à capacité juridique LANDESBANK BADEN-WÜRTTEMBERG le montant de 1.500 euros à titre d'indemnité de procédure,

dit qu'il n'y a pas lieu d'ordonner l'exécution provisoire du présent jugement,

dit non fondée la demande en délivrance du certificat prévu par le règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées,

condamne **H.)** aux frais et dépens de l'instance, avec distraction au profit de la société anonyme ARENDT & MEDERNACH SA, représentée pour les besoins de la cause par Maître François KREMER, qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.