

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Jugement civil no 2019TALCH11/00150 (Xle chambre)

Audience publique extraordinaire du lundi, quinze juillet deux mille dix-neuf.

Numéro 183113 du rôle

Composition :

Paule MERSCH, vice-président,
Philipp ZANGERLÉ, juge,
Stéphane SANTER, juge,
Arnold LAHR, greffier.

ENTRE

La société anonyme SOCIETE1.) S.A, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.),

partie demanderesse aux termes de l'acte d'assignation de l'huissier de justice Geoffrey GALLÉ de Luxembourg du 28 février 2017,

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

ET

PERSONNE1.), demeurant à L-ADRESSE2.),

partie défenderesse aux fins du prédit acte d'assignation BIEL,

comparant par Maître Alex PENNING, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LE TRIBUNAL

Vu l'ordonnance de clôture du 16 novembre 2018.

Vu l'accord des parties de procéder conformément à l'article 227 du Nouveau Code de procédure civile.

Entendu Monsieur le juge Stéphane SANTER en son rapport oral à l'audience publique du 3 mai 2019.

Entendu la société anonyme SOCIETE1.) S.A par l'organe de son mandataire Maître Laurent METZLER, avocat constitué.

Entendu PERSONNE1.) par l'organe de son mandataire Maître Marc WAGNER, avocat en remplacement de Maître Alex PENNING, avocat constitué.

PROCÉDURE

Par acte d'huissier du 28 février 2017, la société anonyme SOCIETE1.) S.A. (désignée ci-après « la société SOCIETE1. » ou « la Banque ») a fait donner assignation à PERSONNE1.) à comparaître devant le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg pour le voir condamner à lui payer la somme en principal de 167.471,47 euros, valeur au 31 décembre 2016, avec les intérêts au taux conventionnel de 6.875 % par an, sinon au taux légal à partir du 1^{er} janvier 2017, jusqu'à solde.

Elle demande encore à voir condamner PERSONNE1.) à tous les frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Laurent METZLER qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance, ainsi qu'à lui payer une indemnité de procédure de 2.000.- euros.

PRÉTENTIONS ET MOYENS DES PARTIES

A l'appui de sa demande, **la Banque** fait exposer avoir accordé en date du 6 juillet 2012 à la société SOCIETE2.) S.à r.l. (désignée ci-après « la société SOCIETE2. ») un crédit à hauteur de 125.000.- euros en principal utilisable en compte IBAN NUMERO2.).

Ce crédit aurait été garanti le même jour par le cautionnement solidaire et indivisible d'PERSONNE1.).

La société SOCIETE2.) aurait négligé de procéder aux remboursements convenus de sorte que le crédit aurait été dénoncé en date du 18 octobre 2013, ce dont PERSONNE1.) aurait été informé.

La société SOCIETE2.) aurait par la suite été placée en liquidation judiciaire selon jugement du 28 janvier 2016. La Banque expose que malgré une déclaration de créance, la dette n'aurait pas été apurée.

La Banque indique que le montant redû s'élèverait à 167.471,47 euros au 31 décembre 2016 et fait plaider que « *la responsabilité de Monsieur PERSONNE1.) est recherchée sur le fondement du cautionnement souscrit, subsidiairement des articles 1382 et 1383 du Code civil* ».

PERSONNE1.) conteste la somme réclamée de 167.471,47 euros alors qu'elle ne serait pas déterminée ou déterminable sur base des pièces versées, un calcul concret de cette somme faisant défaut.

Il reproche à la Banque de ne pas avoir versé de certificat d'irrecouvrabilité par rapport à sa déclaration de créance.

A titre subsidiaire, PERSONNE1.) fait valoir que la société SOCIETE1.) aurait manqué à son obligation d'information et de conseil alors qu'elle aurait été tenue, après vérification des capacités financières de la prétendue caution, de le mettre en garde des risques d'endettement nés de l'acte de cautionnement. Il se réfère sur ce point à un arrêt de principe n° 13/16 de la Cour de cassation rendu en date du 21 janvier 2016.

Ensuite, la Banque aurait encore violé les obligations découlant des alinéas 2 et 3 de l'article 2016 du Code civil.

Se référant à une jurisprudence de la Cour d'appel du 10 juin 2009, rôle n° 33419, PERSONNE1.) fait valoir que la banque devrait s'informer suffisamment de la situation de son client sous peine d'engager sa responsabilité pour soutien abusif du débiteur. La banque devrait en effet s'abstenir d'inciter au surendettement et mettre en garde l'emprunteur sur l'importance de son endettement.

En l'espèce, PERSONNE1.) soutient que la Banque aurait été informée des difficultés financières graves de la société SOCIETE2.).

La Banque aurait soutenu abusivement la société SOCIETE2.), de sorte que sa responsabilité serait à engager à l'égard de la caution.

La Banque ayant omis de procéder aux vérifications de ses capacités financières réelles, PERSONNE1.) estime que sa responsabilité serait engagée à son égard, notamment en lui faisant souscrire un engagement manifestement disproportionné par rapport à son patrimoine. Or, il estime qu'il ne lui aurait pas appartenu de s'assurer que son engagement soit raisonné, mais qu'il aurait appartenu à la Banque de l'informer et de le conseiller.

Au cas où la demande de la Banque serait déclarée fondée, PERSONNE1.) fait plaider que sur base de la jurisprudence citée, ensemble avec les articles précités du Code civil, il serait en droit de formuler reconventionnellement une demande en obtention de dommages et intérêts à concurrence du montant réclamé de 167.471,47 euros, ceci en application des articles 1142 et 1147 du Code civil.

En cours d'instance, **la Banque** verse un certificat d'irrecouvrabilité et réduit sa demande au montant de 125.000.- euros indiquant qu'PERSONNE1.) ne se serait porté caution de l'engagement de la société SOCIETE2.) qu'à hauteur dudit montant, incluant le principal, les intérêts, frais et accessoires.

Elle conteste avoir été débitrice d'une obligation d'information et se réfère à un arrêt de la Cour d'appel du 14 mars 2001 pour faire valoir qu'il appartiendrait à la caution de s'informer de la situation financière du débiteur principal et non au banquier d'en informer la caution.

Il incomberait ainsi à la caution de s'informer notamment sur les sommes dues par le débiteur principal, sa capacité de remboursement et sa solvabilité.

La Banque donne encore à considérer que selon l'article IV de l'acte de cautionnement, PERSONNE1.) aurait reconnu disposer d'éléments d'information suffisants pour apprécier la situation financière du cautionné, la société SOCIETE2.) et que la dette cautionnée serait proportionnée à ses biens et revenus.

Elle considère PERSONNE1.) comme étant à ranger parmi les personnes particulièrement avisées alors qu'il aurait été associé unique et gérant de la société SOCIETE2.), ainsi qu'associé et/ou gérant d'autres sociétés liées à cette dernière.

Se référant à un arrêt de la Cour d'appel du 15 février 2016, rendu suite à un arrêt de cassation de l'arrêt cité par PERSONNE1.), la Banque estime que ce dernier serait à qualifier de caution avertie ne pouvant se prévaloir d'un manquement de la Banque à un devoir de mise en garde ou à une obligation d'information ou de conseil lors de la conclusion du contrat.

Concernant les alinéas 2 et 3 de l'article 2016 du Code civil invoqués par PERSONNE1.), la Banque, se référant à un arrêt de la Cour d'appel du 26 avril 2017 versé aux débats, donne à considérer que ceux-ci ne seraient pas applicables en l'espèce. Lesdites dispositions du Code civil ne s'appliqueraient qu'aux cautionnements indéfinis et seraient entrées en vigueur après la conclusion du contrat de cautionnement par PERSONNE1.).

Quant à la demande reconventionnelle formulée par PERSONNE1.), la Banque estime que celle-ci ne serait pas fondée alors que le Code civil ne prévoirait comme sanction du défaut d'information que la déchéance de tous les accessoires de la dette, frais et pénalités. Ceux-ci ne seraient en l'espèce toutefois pas réclamés.

PERSONNE1.) répond qu'il ne se serait pas uniquement porté caution pour le montant 125.000.- euros, mais qu'il aurait également limité la durée de son engagement.

Il se réfère à l'article 2015 du Code civil qui poserait le principe de l'interprétation stricte du cautionnement. Dans le sens de l'article 1326 du même code, les mentions manuscrites seraient les seules stipulations contractuelles qui permettraient de rendre la caution consciente de l'ampleur réelle de son engagement.

Or, PERSONNE1.) fait valoir que selon mention manuscrite au contrat de cautionnement du 6 juillet 2012, il se serait porté caution pour la durée de la convention de crédit n° NUMERO3.), soit jusqu'au 15 mai 2013.

Il se réfère encore à l'article 1156 du Code civil selon lequel il y aurait lieu de rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes. En

l'espèce, il aurait recopié à la main les termes prérédigés par la Banque, de sorte que la limitation de l'engagement dans le temps correspondrait à la commune intention des parties.

Il donne encore à considérer que conformément à l'article 1162 du Code civil, la convention devrait s'interpréter contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation.

Il conclut partant que le contrat de cautionnement aurait ainsi pris fin en date du 15 mai 2013, de sorte qu'il aurait été déchargé de son obligation contractuelle.

Il conteste encore pouvoir être considéré comme caution « avertie ».

PERSONNE1.) fait encore plaider que la sanction de déchéance de tous les accessoires de la dette, frais et pénalités ne serait que visée par l'article 2016, alinéa 2 du Code civil concernant le défaut d'information de l'évolution du montant de la créance garantie et de ses accessoires.

A titre encore plus subsidiaire, PERSONNE1.) estime qu'il y aurait lieu de constater que la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne pourrait plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution, de sorte qu'il serait déchargé conformément à l'article 2037 du Code civil.

Se référant à deux arrêts de la Cour d'appel du 14 mars 2000 (n° 22720 du rôle) et 17 janvier 2007 (n° 31064 du rôle), PERSONNE1.) fait valoir que la dénonciation du crédit aurait eu lieu postérieurement à l'échéance finale du crédit et que la Banque n'aurait pas tenté de recouvrer sa créance à l'égard du débiteur principal préalablement à la décision judiciaire ordonnant la dissolution et la liquidation de la société SOCIETE2.), de sorte que la dette litigieuse se serait aggravée et qu'il serait ainsi dans l'impossibilité de poursuivre le débiteur principal par la voie de la subrogation.

Cette inaction dans le chef de la Banque constituerait une faute contractuelle engageant sa responsabilité, de sorte que la demande reconventionnelle serait également à déclarer fondée sur base de l'arrêt de la Cour du 17 janvier 2007.

Eu égard à la réduction de la demande par la société SOCIETE1.), il réduit à son tour sa demande reconventionnelle au montant de 125.000.- euros.

La Banque renvoie à l'article IX du contrat de cautionnement pour faire valoir que PERSONNE1.) resterait tenu jusqu'au remboursement intégral et définitif de toutes les sommes dues par le cautionné, la société SOCIETE2.). Or, l'obligation garantie n'aurait toujours pas été remboursée.

Se référant à l'arrêt de la Cour d'appel du 26 janvier 2017 versé aux débats, elle fait valoir qu'à l'égard d'PERSONNE1.), en tant qu'associé et gérant de la société SOCIETE2.), elle n'aurait été tenue à aucun devoir de mise en garde, celui-ci ayant disposé de toutes les informations requises avant de s'engager.

Le contrat signé par PERSONNE1.) stipulerait d'ailleurs qu'il déclarerait ne pas faire de la situation financière de la société SOCIETE2.) la condition déterminante de son cautionnement et qu'il se serait engagé à s'informer sur l'évolution financière de la société SOCIETE2.).

Finalement, la Banque fait valoir que conformément à l'article V de l'acte de cautionnement, PERSONNE1.) se serait engagé à ne pas faire valoir les dispositions des articles 2037 et 2038 du Code civil.

MOTIFS DE LA DÉCISION

Il résulte des pièces versées aux débats que selon convention de crédit n°NUMERO3.) du 6 juillet 2012, la société SOCIETE1.) a consenti à la société SOCIETE2.) un crédit à hauteur de 125.000.- euros (pièce n° 1 de Maître METZLER).

Ladite convention prévoit l'échéance finale du crédit au 15 mai 2013 et indique que le prêt est garanti par le cautionnement solidaire et indivisible d'PERSONNE1.) et par une assurance temporaire au décès SOCIETE3.) (...) au nom d'PERSONNE1.).

La signature engageant la société SOCIETE2.) est celle d'PERSONNE1.). En effet, il résulte de l'extrait du Mémorial C du 10 août 2010 qu'PERSONNE1.) est depuis le 13 juillet 2010 associé unique et gérant administratif de la société SOCIETE2.) (pièce n° 10 de Maître METZLER).

Un acte de cautionnement solidaire et indivisible afférent audit contrat de crédit a été souscrit le même jour par PERSONNE1.) (pièce n° 2 de Maître METZLER).

Selon courrier recommandé du 18 octobre 2013 adressé à la société SOCIETE2.), la société SOCIETE1.) a dénoncé le crédit accordé en date du 6 juillet 2012 (pièce n° 3 de Maître METZLER). Par courrier recommandé du même jour, la société SOCIETE1.) a informé PERSONNE1.) de l'envoi recommandé à la société SOCIETE2.) et des poursuites imminentes ((pièce n° 4 de Maître METZLER).

Par jugement rendu en date du 28 janvier 2016, le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg a ordonné la dissolution et la liquidation de la société SOCIETE2.) (pièce n° 5 de Maître METZLER).

La société SOCIETE1.) a déposé une déclaration de créance auprès du greffe du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg en date du 12 février 2016 portant sur un montant de 157.037,85 euros selon la convention de crédit du 6 juillet 2012 (pièce n° 6 de Maître METZLER).

En date du 19 septembre 2017, le liquidateur de la société SOCIETE2.) a dressé un certificat d'irrecouvrabilité attestant que la créance des créanciers chirographaires, dont la société SOCIETE1.), est irrécouvrable (pièce n° 9 de Maître METZLER).

I) Quant à la demande principale de la société SOCIETE1.) à voir condamner PERSONNE1.) à lui payer le montant de 125.000.- euros

Conformément à l'article 2011 du Code civil, celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même.

La société SOCIETE1.) sollicite en l'espèce la condamnation d'PERSONNE1.) à lui payer un montant réduit en cours d'instance à 125.000.- euros sur base d'un acte de cautionnement du 6 juillet 2012 en faveur de la société SOCIETE2.) (pièce n° 2 de Maître METZLER).

Suite à la réduction par la société SOCIETE1.) de sa demande au montant de 125.000.- euros, PERSONNE1.) n'a plus contesté le calcul du montant réclamé, qui ressort d'ailleurs indubitablement de l'acte de cautionnement.

Le moyen soulevé par PERSONNE1.) selon lequel le montant réclamé ne serait ni déterminé, ni déterminable est partant d'emblée à rejeter.

Aux termes de l'article 2015 du Code civil, le cautionnement ne se présume point, il doit être exprès et on ne peut l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté.

En l'espèce, PERSONNE1.) fait valoir que le cautionnement aurait pris fin en date du 15 mai 2013, terme fixé selon acte de cautionnement du 6 juillet 2012 et correspondant à la date d'échéance du crédit accordé à la société SOCIETE2.).

En principe, la caution s'éteint en même temps que l'obligation principale. Ce sera le cas en cas de paiement par le débiteur, de novation (art. 1281 C.civ), de remise de dette, de compensation, de confusion (art. 2035) C.civ) ou de mesures dans le cadre des procédures de surendettement.

Mais la caution peut aussi s'éteindre par voie principale. Il s'agit des cas où l'extinction de la caution a lieu directement alors que l'obligation principale subsiste. Il est posé par la doctrine une distinction entre les obligations de règlement (cautionnement des dettes présentes) et les obligations de couverture (cautionnement des dettes futures). En cas d'obligation de règlement, la caution s'éteint par le paiement, y compris par compensation, par la caution. En cas d'obligation de couverture, elle s'éteint par l'arrivée du terme ou la résiliation unilatérale lorsque l'obligation de la caution est à durée indéterminée. L'obligation de règlement est maintenue pour les dettes déjà nées au moment de la résiliation. A noter que d'autres causes peuvent éteindre la caution par voie principale : le décès de la caution, fusion/scission, perte du bénéfice de subrogation (art. 2037 C.civ), responsabilité du prêteur et compensation judiciaire. (cf. Antoine R. Cuny de la Verryère, Sûretés & garanties au Grand-Duché de Luxembourg, éd. 2015, pages 46-47, n° 75-76)

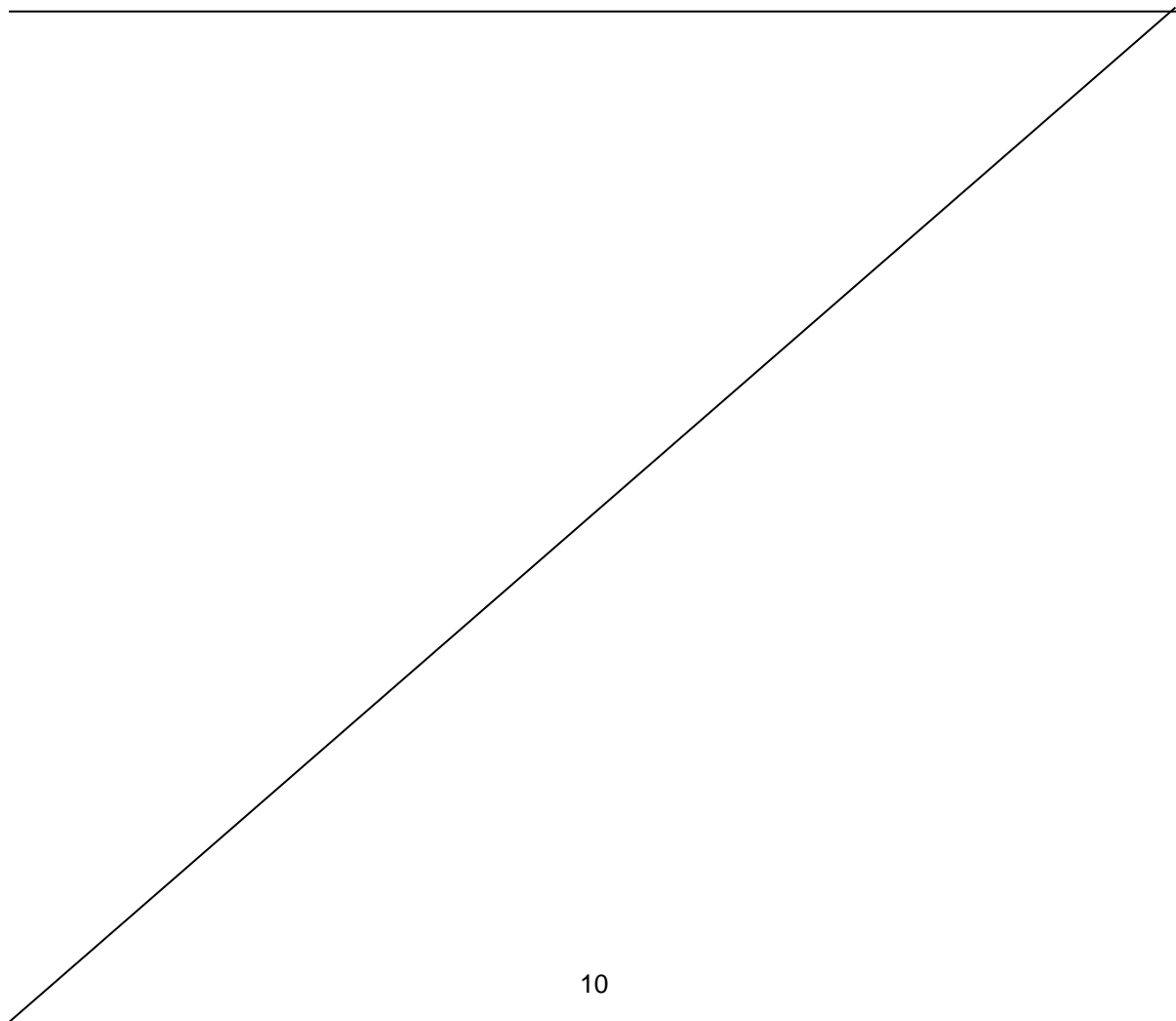
Il y a partant lieu d'analyser si le terme indiqué à la dernière page de l'acte de cautionnement concerne l'obligation de couverture ou l'obligation de règlement.

En effet, un tel terme doit, en règle générale, être considéré comme visant la seule obligation de couverture. Si la caution garantit les dettes d'un débiteur pour telle durée, cela signifie qu'elle s'oblige à payer à la place du débiteur défaillant les dettes contractées pendant la même période, quelle que soit l'époque de leur exigibilité ou celle des poursuites. Le terme ne met fin à la garantie, comme dans le cas de résiliation, que pour les obligations nouvelles,

nées postérieurement à son expiration. (cf. Philippe SIMLER, Cautionnement et garanties autonomes, 3^{ème} édition, n° 786, page 703)

Si le terme d'un cautionnement général n'affecte, habituellement, que l'obligation de couverture, indépendamment du moment de l'exigibilité et des poursuites, les parties peuvent cependant prévoir aussi qu'aucune poursuite ne pourra être intentée contre la caution après l'échéance fixée. Pareille formule - ou toute autre, équivalente, telle que la stipulation de caducité de l'engagement au terme fixé – signifie que l'obligation de règlement est elle-même éteinte par l'arrivée du terme. Une telle garantie est à l'évidence moins favorable pour le créancier, puisqu'elle ne couvre que les dettes exigibles avant l'échéance. Son caractère inhabituel conduit à exiger que la volonté de la caution ait été clairement exprimée en ce sens. Sont sujettes à critiques, pour cette raison, certaines décisions ayant admis, en l'absence de clause explicite, qu'à la suite de l'arrivée du terme du cautionnement, la caution n'était tenue que pour les dettes échues avant ledit terme. (cf. ibidem, pages 703-704)

En l'espèce, la dernière page de l'acte de cautionnement se présente de la manière suivante :



Le Tribunal constate qu'PERSONNE1.) a recopié à la main un texte prérédigé par la société SOCIETE1.).

Un acte de cautionnement est par définition un acte unilatéral sous seing privé, soumis en tant que tel aux exigences de l'article 1326 du Code civil. Le fait que la teneur de l'acte de cautionnement soit dictée et préétablie par le créancier ne préjudicie en rien au caractère unilatéral de l'engagement pris par la caution, qui, par sa signature, adhère à l'acte de cautionnement et en fait sien le contenu.

A la lecture de la mention manuscrite figurant à la dernière page de l'acte de cautionnement, le Tribunal constate qu'PERSONNE1.) s'est porté caution « *dans la limite de la somme de 125.000.- euros (cent vingt-cinq mille euros) couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de la convention de crédit n°NUMERO3.), soit jusqu'au 15.05.2013 [...]* »

L'article IX de l'acte de cautionnement relatif à la durée du cautionnement indique quant à lui ce qui suit :

« La caution ne peut révoquer son acte de cautionnement avant la bonne fin de l'Obligation garantie et ce nonobstant l'évolution de la situation financière ou de la forme juridique du Cautionné.

La Caution reste donc tenue jusqu'au remboursement intégral et définitif à la Banque de toutes sommes dues par la Cautionné au titre de l'Obligation garantie. »

Cette dernière formulation concerne incontestablement l'obligation de règlement de la caution.

Au vu de ce qui précède et à défaut de formulation spécifique selon lequel la caution serait libérée de tout engagement à l'arrivée du terme, le Tribunal estime que la fixation du terme tel qu'indiqué à la dernière page de l'acte de cautionnement et recopié à la main par PERSONNE1.) ne saurait viser que son obligation de couverture des dettes du débiteur principal, la société SOCIETE2.).

Il y a partant lieu de retenir que la société SOCIETE1.) est en droit de réclamer à PERSONNE1.), en sa qualité de caution, le paiement des dettes nées dans

le chef de la société SOCIETE2.), débiteur principal, jusqu'au 15 mai 2013, date d'échéance finale du crédit accordé.

Dans le cadre de sa demande reconventionnelle en allocation de dommages et intérêts, PERSONNE1.) conclut à se voir décharger de son engagement par application de l'article 2037 du Code civil.

Le Tribunal estime que ceci constitue davantage un moyen de défense à la demande principale de la société SOCIETE1.) qu'une demande reconventionnelle autonome proprement dite.

Dans un souci de logique juridique, il y a partant lieu de se prononcer au stade de la demande principale sur ce moyen.

Aux termes de l'article 2037 du Code civil, la caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution.

En l'espèce, PERSONNE1.) fait valoir que la société SOCIETE1.) aurait tardé à recouvrer sa créance après échéance finale du crédit, respectivement après la dénonciation du crédit et cela jusqu'à la décision judiciaire ordonnant la dissolution et la liquidation de la société SOCIETE2.). La dette litigieuse se serait aggravée et il serait dorénavant dans l'impossibilité de poursuivre le débiteur principal, la société SOCIETE2.), par voie de la subrogation.

Le Tribunal constate toutefois, comme le soulève la Banque, que selon l'article V de l'acte de cautionnement, PERSONNE1.) s'est engagé à ne pas faire valoir les dispositions des articles 2037 et 2038 du Code civil. Ces articles sont d'ailleurs repris dans leur teneur intégrale dans l'acte de cautionnement.

En droit luxembourgeois une telle clause de renonciation est en principe valable et la validité d'une clause contractuelle de renonciation au bénéfice de l'article 2037 n'est pas litigieuse en jurisprudence luxembourgeoise qui en admet au contraire de manière constante la licéité. (*cf.* Cour d'appel du 9 novembre 1999, n°21 408 du rôle)

Le moyen soulevé par PERSONNE1.) n'est partant pas fondé.

Quant au montant du cautionnement, il résulte des termes de l'acte de cautionnement, PERSONNE1.) s'est engagé pour un montant maximum de 125.000.- euros incluant le principal, les intérêts, frais et accessoires.

Au vu de tout ce qui précède, il y a lieu de condamner PERSONNE1.) à payer à la société SOCIETE1.) le montant de 125.000.- euros.

II) Quant à la demande reconventionnelle formulée par PERSONNE1.)

Eu égard au sort réservé à la demande principale, il y a dès lors lieu de toiser la demande reconventionnelle formulée par PERSONNE1.) à titre subsidiaire et aux termes de laquelle il sollicite la condamnation de la société SOCIETE1.) à lui payer le montant réclamé de 125.000.- euros à titre de dommages et intérêts.

Au soutien de sa demande, PERSONNE1.) fait valoir plusieurs moyens.

1. Quant à la violation par la société SOCIETE1.) de son obligation d'information et de conseil, respectivement de son obligation de mise en garde

PERSONNE1.) reproche à la société SOCIETE1.) d'avoir omis de vérifier préalablement à la conclusion du contrat de cautionnement ses capacités financières et de le mettre en garde des risques de l'endettement nés de l'acte de cautionnement.

La société SOCIETE1.) conteste ce moyen en arguant qu'PERSONNE1.) est à considérer comme caution avertie, étant donné qu'il serait associé et gérant de la société SOCIETE2.) et qu'il serait par ailleurs associé et/ou gérant dans de nombreuses autres sociétés. Sous l'empire de la loi applicable en l'espèce, il aurait d'ailleurs appartenu à la caution de s'informer de la situation financière du débiteur principal et non au banquier d'en informer la caution.

PERSONNE1.) soutient qu'il n'aurait pas encore été associé, ni gérant d'autres sociétés lors de la conclusion du contrat de cautionnement et ajoute que par ailleurs, le fait d'être associé/gérant d'autres sociétés ne signifierait pas *ipso facto* qu'il aurait disposé des capacités financières suffisantes pour se porter caution. Ainsi, la Banque aurait engagé sa responsabilité contractuelle à son égard en lui faisant souscrire un engagement manifestement disproportionné par rapport à son patrimoine.

Il cite la jurisprudence française selon laquelle la qualité de professionnel du gérant n'entraînerait pas celle de caution avertie et qu'il y aurait lieu de procéder à une étude plus approfondie sur les compétences techniques et commerciales et les spécialisations de la caution en cause avant de pouvoir la considérer comme caution avertie.

Au vue de la faute contractuelle de la requérante, il fonde sa demande reconventionnelle sur les dispositions de l'article 1147 du Code civil afin de se voir allouer à titre de dommages et intérêt le montant de la créance dont se prévaut la Banque.

En ce qui concerne l'obligation d'information de la banque vis-à-vis de la caution, il y a lieu de rappeler un arrêt de la Cour de cassation du 21 janvier 2016 (n° 13/16), dans lequel il a été retenu ce qui suit :

« Attendu que la Cour d'appel a retenu dans la motivation de son arrêt que « Concernant les obligations du banquier vis-à-vis de la caution de son client, le banquier doit certes mettre la caution en mesure de fournir un consentement éclairé, mais il n'a pas d'obligation d'information et de conseil à l'égard de la caution de son débiteur » ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, au lieu de rechercher si la caution était une caution non avertie et, dans l'affirmative, si conformément au devoir de mise en garde auquel elle était tenue à son égard lors de la conclusion du contrat, la banque justifiait avoir satisfait à cette obligation à raison des capacités financières de la caution et des risques de l'endettement né des actes de cautionnement, la Cour d'appel a violé la disposition visée au moyen ».

Une distinction est ainsi faite entre les cautions dites « averties », que sont les dirigeants de sociétés et, suivant les circonstances, les associés importants, jouant un rôle actif dans la société et les cautions « profanes » que sont les autres cautions, telles que les associés minoritaires, non intégrées à la direction de l'entreprise, et les parents ou conjoints des premiers. Envers ces derniers, c'est un véritable devoir de mise en garde que la jurisprudence met, en dernier lieu, à la charge du créancier.

Il incombe donc au Tribunal d'examiner si le défendeur était une caution avertie ou non et, dans la dernière hypothèse, si la Banque a satisfait à son devoir de mise en garde lors de la signature de l'acte de cautionnement.

Il est constant en cause que depuis une résolution du 13 juillet 2010 (pièce n° 10 de Maître METZLER), le défendeur est devenu le seul et unique associé et gérant administratif de la société SOCIETE2.).

Il est de jurisprudence que les associés sont souvent traités comme dirigeants eux-mêmes, lorsqu'ils sont fondateurs, associés majoritaires, ou encore qu'ils participent à la gestion de la société (cf. CA Nîmes, 9 décembre 1999, Juris-Data n°116862. – CA Paris, 13 février 2001, Juris-Data n°141269).

PERSONNE1.), revêtant la double qualité d'associé unique et de gérant administratif connaissait forcément la situation financière de la société et il était au courant de la gestion de celle-ci de sorte qu'il ne saurait partant prétendre avoir été une caution non avertie. Dans un tel cas, il appartient à la caution elle-même d'apprécier si elle peut s'engager ou non.

PERSONNE1.) est dès lors à considérer comme caution avertie, de sorte qu'il ne saurait se prévaloir d'un manquement par la société SOCIETE1.) à un devoir de mise en garde ou à une obligation d'information ou de conseil lors de la signature de l'acte de cautionnement.

Le Tribunal donne encore à considérer à titre superfétatoire que selon l'article IV de l'acte de cautionnement, PERSONNE1.) a reconnu disposer d'éléments d'information suffisants pour apprécier la situation financière du cautionné et que tant qu'il restera tenu au titre de son engagement, il devrait s'informer de la capacité de remboursement du cautionné par rapport à l'obligation garantie et de sa situation financière en général.

Ce moyen est dès lors à rejeter pour être non fondé.

2. Quant à la violation des alinéas 2 et 3 de l'article 2016 du Code civil

A l'appui de sa demande reconventionnelle, le défendeur fait état ensuite d'une violation caractérisée des obligations découlant des alinéas 2 et 3 de l'article 2016 du Code civil en ce que la société SOCIETE1.) lui aurait fait souscrire un engagement manifestement disproportionné par rapport à son patrimoine. Le fait qu'il aurait été associé et/ou gérant d'autres sociétés ne signifierait pas qu'il aurait disposé ipso facto des capacités financières suffisantes pour se porter caution solidaire.

La société SOCIETE1.) fait essentiellement valoir que ces dispositions seraient entrées en vigueur après la signature de l'acte de cautionnement par PERSONNE1.).

L'article 2016 du Code civil dispose en ses alinéas 2 et 3 ce qui suit :

« Lorsque le cautionnement est contracté par une personne physique, celle-ci est informée par le créancier de l'évolution du montant de la créance garantie et de ses accessoires au moins annuellement à la date convenue entre les parties ou, à défaut, à la date anniversaire du contrat, sous peine de déchéance de tous les accessoires de la dette, frais et pénalités.

Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ».

Il y a lieu de noter 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.

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

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

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

En principe, la loi ancienne sous l'empire de laquelle le contrat s'est formé, continue à régir les effets du contrat. En effet, c'est aux lois en vigueur au moment de la conclusion du contrat que les parties se sont référées lorsqu'elles ont contracté (cf. P. Pescatore, *Introduction à la science du droit*, réimpression avec mise à jour 1978, n° 217).

Il est par ailleurs admis, pour l'application du principe de la survie de la loi ancienne en matière contractuelle, qu'il n'y a pas à distinguer entre les lois impératives ou prohibitives et les lois supplétives; même les premières ne doivent pas s'appliquer aux obligations nées de contrats antérieurs (cf. *Répertoire de droit civil*, Dalloz, vo Conflits de lois dans le temps, mise à jour 05,2006, n° 564 ; P. Roubier, *op. cit.*, n° 75).

En l'espèce, l'acte de cautionnement a été signé par PERSONNE1.) en date du 6 juillet 2012, soit avant l'entrée en vigueur de la loi sur le surendettement du 8 janvier 2013 qui a complété l'article 2016 du Code civil par les alinéas 2 et 3.

Les dispositions des alinéas 2 et 3 de l'article 2016 du Code civil ne sont dès lors pas applicables au cautionnement conclu en 2011, de sorte que le défendeur ne peut se prévaloir ni de ces dispositions protectrices, ni encore des sanctions qu'elles prévoient.

Il y a encore lieu de préciser qu'avant l'introduction de ces dispositions, il était de jurisprudence qu'il appartient aux cautions de prendre seules l'initiative de s'informer sur l'évolution du passif garanti pendant l'exécution du contrat de cautionnement.

Le moyen relatif à la violation des alinéas 2 et 3 de l'article 2016 du Code civil est à rejeter.

3. Quant au soutien abusif au crédit et quant à l'inaction de la société SOCIETE1.) en vue du recouvrement de sa créance

PERSONNE1.) reproche à la Banque d'avoir accordé un crédit à la société SOCIETE2.) alors qu'elle aurait été informée des difficultés financières graves de celle-ci. La Banque aurait ainsi engagé sa responsabilité contractuelle.

La responsabilité contractuelle de la banque peut être engagée envers la caution si la banque accorde inconsidérément du crédit au débiteur et néglige de prendre à temps les mesures nécessaires pour ne pas laisser s'accumuler la dette du débiteur.

Il ne résulte en l'espèce d'aucun élément du dossier que la situation financière de la société SOCIETE2.), débiteur principal, ait été compromise lorsque la Banque lui a accordé le crédit.

Le Tribunal retient partant que la société SOCIETE1.) n'a pas commis de faute en accordant crédit à la société SOCIETE2.) en date du 6 juillet 2012.

PERSONNE1.) se réfère encore à deux jurisprudences de la Cour d'appel pour faire valoir en substance qu'en tardant à tenter de recouvrer sa créance à l'égard de la société SOCIETE2.), débiteur principal, la société SOCIETE1.) aurait engagé sa responsabilité contractuelle à son égard.

Il y a lieu de rappeler que depuis une résolution du 13 juillet 2010, PERSONNE1.) est devenu le seul et unique associé et gérant administratif de la société SOCIETE2.) (pièce n° 10 de Maître METZLER).

Le Tribunal estime partant qu'PERSONNE1.) est mal placé pour formuler ce reproche, étant donné qu'en sa qualité de gérant de la société SOCIETE2.), débiteur principal, il était en charge de procéder au règlement du montant échu au nom et pour compte de ladite société.

En effet, PERSONNE1.) a été informé, d'un côté, en sa qualité de gérant, et d'un autre côté, en sa qualité de caution, de la dénonciation du crédit accordé par la société SOCIETE1.) en faveur de la société SOCIETE2.) (pièces n° 3 et 4 de Maître METZLER).

Or, il n'est nullement établi qu'en sa qualité de gérant de la société SOCIETE2.), PERSONNE1.) ait effectué les diligences nécessaires en vue du remboursement du crédit par la société qu'il gère, évitant ainsi à la même occasion qu'il soit actionné en sa qualité de caution de la société SOCIETE2.).

PERSONNE1.) ne saurait partant se prévaloir d'une prétendue inaction de la société SOCIETE1.) à l'égard de la société qu'il gère.

Le Tribunal donne encore à considérer qu'PERSONNE1.) reste en défaut d'établir en quoi le montant dû à titre de caution, limité selon acte de cautionnement au montant maximum de 125.000.- euros, aurait été augmenté par la prétendue inaction de la société SOCIETE1.) à l'égard de la société SOCIETE2.).

Ce moyen est partant à rejeter pour être non fondé.

Au vu de tout ce qui précède, il y a lieu de débouter PERSONNE1.) de sa demande reconventionnelle en allocation de dommages et intérêts.

III) Quant aux demandes accessoires

- Indemnité de procédure

S'agissant des demandes réciproques en obtention d'une indemnité de procédure, il convient de rappeler qu'aux termes de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, lorsqu'il apparaît inéquitable de laisser à la charge d'une partie les sommes exposées par elle et non comprises dans les dépens, le juge peut condamner l'autre partie à lui payer le montant qu'il détermine. L'application de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile relève du pouvoir discrétionnaire du juge (Cour de cassation française, 2ème chambre civile, arrêt du 10 octobre 2002, Bulletin 2002, II, n° 219, p. 172, arrêt du 6 mars 2003, Bulletin 2003, II, n° 54, p. 47 ; Cour de cassation, 2 juillet 2015, Arrêt N° 60/15, JTL 2015, N° 42, page 166).

Au vu de l'issue de l'instance, il serait inéquitable de laisser à charge de la société SOCIETE1.) l'entièreté des frais exposés par elle/eux/elles et non compris dans les dépens, de sorte qu'il y a lieu de condamner PERSONNE1.) à lui payer une indemnité de procédure de 1.500 euros.

La partie ayant succombé en ses moyens n'a pas droit, en équité, à une indemnité de procédure.

- Frais et dépens

Aux termes des articles 238 et 242 du Nouveau Code de procédure civile, toute partie qui succombera sera condamnée aux dépens et les avocats à la Cour pourront, dans les instances où leur ministère est obligatoire, demander la distraction des dépens à leur profit.

Au vu de l'issue du litige, il y a lieu de condamner PERSONNE1.) aux dépens de l'instance, et d'en ordonner la distraction au profit de Maître Laurent METZLER qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

PAR CES MOTIFS

le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, onzième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement,

reçoit les demandes principale et reconventionnelle,

dit fondée la demande principale formulée par la société anonyme SOCIETE1.) S.A.,

partant condamne PERSONNE1.) à payer à la société anonyme SOCIETE1.) S.A. le montant de 125.000.- euros,

dit non fondée la demande reconventionnelle formulée par PERSONNE1.),

partant en déboute PERSONNE1.),

dit fondée la demande de la société anonyme SOCIETE1.) S.A. en allocation d'une indemnité de procédure,

partant condamne PERSONNE1.) à payer à la société anonyme SOCIETE1.) S.A. le montant de 1.500.- euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

condamne PERSONNE1.) aux frais et dépens de l'instance et en ordonne la distraction au profit de Maître Laurent METZLER qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.