

**Jugement commercial n°2019TALCH06/00049**

Audience publique du jeudi, dix janvier deux mille dix-neuf.

**Numéros 185845 et 187596 du rôle**

Composition :

Nadine WALCH, vice-présidente ;

Laurent LUCAS, juge ;

Jackie MORES, juge ;

Claude FEIT, greffière.

**I. 185845 :**

**Entre :**

la société **A**), établie et ayant son siège social à (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro (...), représentée par (...) actuellement en fonctions,

**partie demanderesse** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLÉ de Luxembourg, en date du 14 juin 2017,

comparant par Maître Claude COLLARINI, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg,

**et :**

la société **B**), établie et ayant son siège social à (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro (...), représentée par (...) actuellement en fonctions ;

**partie défenderesse** aux fins du prédit exploit Geoffrey GALLÉ du 14 juin 2017,

comparant par la société anonyme SCHILTZ & SCHILTZ SA, établie et ayant son siège social à L-1610 Luxembourg, 24-26, avenue de la Gare, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 220251, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Franz SCHILTZ, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg,

## II. 187596 :

### Entre :

la société **B**), établie et ayant son siège social à (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro (...), représentée par (...) actuellement en fonctions ;

**partie demanderesse par intervention** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Georges WEBER de Diekirch, en date du 22 septembre 2017,

comparant par la société anonyme SCHILTZ & SCHILTZ SA, établie et ayant son siège social à L-1610 Luxembourg, 24-26, avenue de la Gare, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 220251, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Franz SCHILTZ, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg,

### et :

1) **C**), demeurant à (...);

2) **D**), demeurant à (...);

**parties défenderesses sur intervention** aux fins du prédit exploit Georges WEBER du 22 septembre 2017,

comparant par Maître Henri FRANK, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg.

---

### Le Tribunal :

#### Faits

La société A) avait chargé la société E) de l'exécution de travaux de transformation d'un bâtiment sis à (...) en un immeuble résidentiel.

Le 30 juillet 2013, E), représentée par C) et D), a demandé à la société B) d'émettre en faveur de A) une garantie de restitution d'acompte. C) et D) ont proposé comme sûreté un cautionnement solidaire et indivisible de leur part.

Cette demande a été accueillie favorablement par B). En date du 30 juillet 2013, C) et D) se sont portés « *caution envers la Banque de toutes sommes de quelque nature que ce soit que le Cautionné doit ou pourrait devoir à la Banque du chef de l'émission par la Banque, d'ordre du Cautionné, de la lettre de garantie pour un montant en principal de 300.000,- EUR (trois cent mille euros), ci-après l' « Obligation garantie », conformément à la demande de garantie bancaire pour un montant principal de 300.000,- EUR (trois cent*

*mille euros) signée par le Cautionné (pris en qualité de donneur d'ordre de ladite garantie) en date du 30/07/2013 ».*

Les cautionnements ont porté sur le montant maximum de 300.000,- EUR, incluant le principal, les intérêts, frais et accessoires.

En date du 7 août 2013, B) a émis d'ordre et pour compte de E) une garantie bancaire d'un montant de 300.000,- EUR en faveur de A).

La garantie en question prévoit sous les rubriques objet, échéance, et condition ce qui suit :

*« Objet : Pour vous couvrir contre toute suite généralement quelconque qui pourrait advenir comme suite au versement d'un acompte en rapport avec la construction d'un immeuble résidentiel à (...). Notre garantie prend effet au moment du versement de votre acompte en compte (...) de notre client auprès de notre banque.*

*Echéance : Notre garantie est valable jusqu'au 30.11.2013, date après laquelle elle sera considérée comme nulle et non avenue.*

*A la condition suivante, nous nous engageons à payer irrévocablement et indépendamment de la validité et des effets juridiques de l'obligation de base, à première réquisition de votre part et sans faire valoir d'exceptions que notre donneur d'ordre pourra opposer :*

*Demande de paiement par lettre recommandée à la banque ».*

Le 12 août 2013, E) a adressé une facture d'acompte n°20132020 d'un montant TTC de 345.000,- EUR à A).

Le 20 août 2013, le montant de 334.650,- EUR a été viré par la société F) sur le compte détenu par E) en les livres de B) avec la communication suivante *« acompte 20132020 suivant devis 20130055 ».*

En date du 29 novembre 2013, A) a fait appel à la garantie bancaire.

Le 13 décembre 2013, B) s'est adressée dans les termes suivants à A) :

*« Nous avons l'honneur de vous informer que nous avons annulé notre garantie relevée sous rubrique, et nous vous prions de considérer cette affaire comme réglée ».*

En date du 18 décembre 2013, B) a encore fait parvenir une lettre à A), conçue dans les termes suivants :

*« Nous accusons la bonne réception de votre demande de paiement du 29 novembre 2013 nous demandant l'exécution de la garantie bancaire sus-mentionnée.*

*Après examen du dossier, nous constatons que la prise d'effet de notre garantie était conditionnée au versement de votre acompte en compte (...) de notre client auprès de notre banque. Cependant, ce compte n'a jamais été crédité d'un versement émanant de votre société.*

*Nous avons donc le regret de vous informer que nous ne pouvons pas donner une suite favorable à votre demande d'exécution.*

*Nous vous suggérons de vous mettre en rapport avec votre contrepartie afin de trouver une solution au paiement du montant dû ».*

E) a été déclarée en état de faillite par jugement du 1<sup>er</sup> octobre 2014.

### Procédure

Par exploit d'huissier du 14 juin 2017, A) a assigné B) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, selon la procédure civile.

L'affaire a été inscrite sous le numéro 185845 du rôle.

Par exploit d'huissier du 22 septembre 2017, B) a assigné C) et D) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, selon la procédure civile.

L'affaire a été inscrite sous le numéro 187596 du rôle.

Une ordonnance de jonction des deux rôles a été prononcée le 22 novembre 2017.

Une ordonnance de clôture de l'instruction a été prononcée le 6 novembre 2018.

Le juge-rapporteur a été entendu en son rapport à l'audience du 4 décembre 2018.

### Prétentions et moyens des parties

A) demande la condamnation de B) au paiement du montant de 300.000,- EUR, avec les intérêts légaux à partir du 29 novembre 2013, date de l'appel à garantie, sinon à partir d'une mise en demeure du 29 janvier 2014, jusqu'à solde. Elle sollicite encore l'allocation d'une indemnité de 5.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, l'exécution provisoire du présent jugement ainsi que la condamnation de la partie défenderesse aux frais et dépens de l'instance.

A) soutient que la garantie à première demande a pris effet au moment du règlement de l'acompte sur le compte ouvert au nom de E) en les livres de B), soit le 20 août 2013, peu importe que le paiement ait été fait par un tiers, à savoir F).

La demande est basée sur les articles 1134 et suivants du Code civil, 1142, 1146 et suivants du même code. En ordre subsidiaire, la demande est basée sur la responsabilité délictuelle, notamment sur les articles 1382 et 1383 du même code.

A) soutient que le paiement pour autrui est prévu à l'article 1236 du Code civil et que les conditions y posées sont remplies en l'espèce.

Elle estime que le paiement effectué par F) en date du 20 août 2013 est valable, de sorte « que A) a réalisé la condition suspensive prévue au contrat qu'elle a conclu avec B) ». Elle considère que le fait que B) n'a pas été formellement informée de la réalisation de la condition suspensive n'entraînerait aucune conséquence juridique.

Elle en conclut que la garantie bancaire a été valablement formée le 20 août 2013 et qu'elle a produit ses effets à partir de cette date. L'appel à garantie aurait été fait endéans le délai, de sorte qu'il y aurait lieu de condamner B) à exécuter son engagement.

B) estime qu'aux termes de la lettre de garantie, il aurait appartenu à A) de virer l'acompte sur le compte de E). En raison de l'absence de virement de cet acompte par A), la garantie n'aurait pas pris effet. B) estime dès lors que c'était à bon droit qu'elle n'a pas réservé de suite favorable à l'appel en garantie et qu'elle a même annulé la garantie par courrier du 13 décembre 2013.

Elle expose que ce n'aurait été qu'après échéance et annulation de la garantie, soit le 10 février 2014, que le mandataire de A) l'aurait informée que le virement effectué par F) en date du 20 août 2013 aurait été fait pour compte de A). B) explique qu'en date du 20 août 2013, il lui était matériellement impossible de faire un quelconque lien ou rapprochement entre le virement effectué par F) et celui attendu de la part de A).

B) estime que les conditions de l'article 1236 du Code civil n'ont pas été respectées au motif que F) n'aurait pas agi au nom et en l'acquit de A).

Elle en conclut que la garantie bancaire n'a pas pris, ni pu prendre effet en l'absence de paiement par A) de l'acompte dont question dans la lettre de garantie du 7 août 2013 et d'une quelconque information de la banque que le virement de l'acompte aurait été effectué par F) au nom et pour compte de A).

B) demande dès lors que A) soit déboutée de l'ensemble de ses prétentions. Elle sollicite la condamnation de la partie demanderesse aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de son mandataire, affirmant en avoir fait l'avance.

En ordre subsidiaire, et pour autant qu'elle devait être condamnée dans le rôle principal, elle demande la condamnation solidaire, sinon in solidum, sinon chacun pour sa part, de C) et de D) à la tenir quitte et indemne de toute condamnation en principal, intérêts, frais et autres accessoires. Elle demande encore leur condamnation solidaire, sinon in solidum, au paiement d'une indemnité de 5.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ainsi que leur condamnation aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de son mandataire, affirmant en avoir fait l'avance.

La demande dirigée contre C) et D) est basée sur les actes de cautionnement que ces derniers ont signés en date du 30 juillet 2013.

B) estime que le débiteur principal est en défaillance au motif que A) a fait appel à la garantie bancaire et que E) a été déclarée en état de faillite.

Elle conteste être débitrice d'une obligation d'information et de conseil envers des cautions averties et, en ordre subsidiaire, elle considère qu'au vu du patrimoine immobilier détenu par les parties défenderesses, ces dernières ont les capacités financières pour faire face à leurs engagements.

C) et D) ne contestent pas qu'ils se soient portés cautions envers B) des dettes de E). Ils précisent néanmoins que le montant maximum garanti s'élève à la somme de 300.000,- EUR, incluant le principal, les intérêts, frais et accessoires.

Ils demandent au tribunal de constater la nullité des actes de cautionnement au motif qu'ils dépasseraient largement leurs capacités financières. Ils reprochent à B) d'avoir violé son obligation d'information et de conseil au motif qu'elle aurait omis de les mettre en garde avant la signature d'un acte d'une telle envergure. En tant que cautions non averties, elles n'auraient pas été en mesure d'apprécier la portée de leurs actes.

C) et D) estiment que la demande de B) n'est pas recevable, sinon qu'elle n'est pas fondée, en raison du fait que E) n'a pas été mise en intervention dans la présente procédure et que la responsabilité de cette dernière n'a jamais été engagée. Ils soutiennent que les travaux de construction, pour lesquels la garantie de 300.000,- EUR a été accordée, ont été entièrement accomplis.

C) et D) considèrent que l'appel à garantie par A) serait manifestement abusif au motif que les coûts investis par E) dépasseraient largement la valeur de l'acompte payé et garanti par B).

A défaut de toute dette de E) envers B), C) et D) ne sauraient être tenus.

Par ailleurs, C) et D) rappellent que B) a annulé sa garantie bancaire en date du 13 décembre 2013, de sorte que leurs obligations en qualité de cautions auraient également été annulées.

En tout état de cause, ils sollicitent la condamnation de B), sinon de A), au paiement d'une indemnité de 5.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ainsi leur condamnation aux frais et dépens de l'instance.

### Motifs de la décision

#### Quant à la demande principale dirigée contre B)

Pour analyser la question de la prise d'effet de la garantie à première demande émise par B) en date du 7 août 2013 en faveur de A), il convient de rappeler les termes de la garantie qui sont les suivants :

*« Notre garantie prend effet au moment du versement de votre acompte en compte IBAN (...) de notre client auprès de notre banque ».*

L'article 1170 du Code civil prévoit que *« La condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher ».*

L'article 1175 du même code dispose que *« Toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût ».*

Les règles qui intéressent la condition sont très exactement calquées sur celles qui intéressent l'acte juridique dans lequel elle s'insère. La condition se présente comme une stipulation de volonté. Elle obéit donc aux mêmes principes que ceux qui gouvernent les conventions (voir JurisClasseur, édition 2013, code civil, Art. 1175 à 1180, Contrats et obligations, Obligations conditionnelles, Mécanisme de la condition, n°2).

Le jeu de la condition n'est pas exempt d'une certaine rigidité, voire même d'une certaine brutalité : la dissipation de l'incertitude opère en effet de façon automatique et irrévocable. Qu'il y ait défaillance ou accomplissement de la condition, modalité suspensive ou modalité résolutoire, la dissipation de l'incertitude opère toujours de plein droit sans qu'il soit besoin de s'adresser à la justice. Dès que l'événement choisi par les parties s'est réalisé, le juge n'a aucun pouvoir et il doit en tirer les conséquences (voir ouvrage précité, n°71, 72 et 74).

En l'espèce, les termes de la garantie sont très clairs et ne nécessitent aucune interprétation. En effet, la garantie prend effet à partir du moment où le compte (...) détenu par E) en les livres de B) est crédité du montant de l'acompte redû par A). Les parties n'ont pas exigé que la condition doive être accomplie par A) en personne.

Dès lors, le paiement par F) en date du 20 août 2013 de l'acompte redû par A) à E) a déclenché le cours de la garantie bancaire.

A) a dès lors valablement fait appel à la garantie bancaire en date du 29 novembre 2013, soit la veille de l'expiration de la garantie.

Le paiement d'une garantie à première demande est dû au bénéficiaire sans que celui-ci n'ait à se plaindre d'une défaillance du donneur d'ordre, ou à relever à son encontre une faute déterminée. Il est cependant admis qu'il n'y a pas lieu de répondre à l'appel à garantie s'il est manifestement frauduleux ou abusif. Il ne suffit cependant pas que l'abus, la fraude ou la mauvaise foi soient prouvés, il faut qu'ils soient manifestes (voir Cour, 7<sup>ème</sup> chambre, 31 octobre 2012, n°37909 du rôle ainsi que les références y citées).

En effet, à peine de dénaturer la sûreté, la demande d'interdiction ne peut être accueillie que si l'abus (ou la fraude) apparaît immédiatement, à la suite d'un examen sommaire des faits allégués par le donneur d'ordre. Subordonner l'exécution à un débat, même limité, sur le fond du litige méconnaîtrait l'autonomie et l'automatisme de la garantie (voir François T'KINT, Sûretés et principes généraux de droit de poursuite des créanciers, n°850).

Au vu des éléments soumis à l'appréciation du tribunal, il n'y a pas eu appel abusif ou frauduleux à garantie, de sorte que la demande de A) est fondée pour le montant de 300.000,- EUR. Conformément à la demande, le montant de 300.000,- EUR est à majorer des intérêts légaux à partir du 29 novembre 2013, date de l'appel à garantie, jusqu'à solde.

La demande de A) en allocation d'une indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile est à déclarer fondée, alors qu'il paraît inéquitable de laisser à charge de la partie demanderesse l'entièreté des frais exposés non compris dans les dépens.

Le tribunal évalue ex aequo et bono les frais exposés non compris dans les dépens au montant de 3.000,- EUR.

#### Quant à la demande en intervention dirigée contre C) et D)

C) et D) soulèvent l'exception de nullité des contrats de cautionnement qu'ils ont signé le 30 juillet 2013 pour manquement dans le chef de B) à son devoir de mise en garde en

raison de leurs capacités financières et des risques d'endettement nés des actes de cautionnement.

Il faut supposer que les parties défenderesses se prévalent d'un vice de leur consentement.

Il est constant en jurisprudence qu'une banque n'est pas tenue d'un devoir de mise en garde en présence d'une caution avertie (voir Cour de cassation, 21 janvier 2016, n°13/16 ; Cour, 4<sup>ième</sup> chambre, 15 mars 2017, n°42731 du rôle ; Cour, 7<sup>ième</sup> chambre, 15 février 2017, n°40587 du rôle).

Il n'est pas contesté que E) était à l'époque des faits gérée par C) et D). La demande de garantie bancaire du 30 juillet 2013, faite au nom et pour compte de E), porte d'ailleurs leur signature.

En tant que dirigeants de E) ayant participé à la vie de l'entreprise, C) et D) disposaient dès lors des informations nécessaires à l'appréciation de la portée de leurs engagements et de la situation financière de E), de sorte qu'ils sont à considérer comme cautions averties.

A cela s'ajoute que les cautions ont confirmé dans les actes de cautionnement qu'ils disposent des éléments d'information suffisants pour apprécier la situation financière de E) et que la dette cautionnée est proportionnée à leurs biens et revenus.

Le reproche tiré de la violation par B) de son devoir de mise en garde ou de son obligation d'information ou de conseil est dès lors à rejeter.

Les cautions se plaignent encore du fait que E) ne figure pas dans la présente procédure et ils soutiennent que cette dernière n'aurait aucune dette envers A).

Pour analyser la portée du cautionnement signé par C) et D), il convient de se référer à l'article 1 des contrats de cautionnement qui prévoit que :

*« I – Obligation garantie*

*La Caution se porte caution envers la Banque de toutes sommes de quelque nature que ce soit que le Cautionné doit ou pourrait devoir à la Banque du chef de l'émission par la Banque, d'ordre du Cautionné, de la lettre de garantie pour un montant en principal de 300.000,- EUR (trois cent mille euros), ci-après l' « Obligation garantie », conformément à la demande de garantie bancaire pour un montant en principal de 300.000,- EUR (trois cent mille euros) signée par le Cautionné (pris en qualité de donneur d'ordre de ladite garantie) en date du 30/07/2013 ».*

Compte tenu du fait que C) et D) ont cautionné les engagements de E) en faveur de B) dans l'hypothèse où A) devait faire appel à la garantie à première demande et qu'ils sont solidairement tenus avec E), la présence de E) dans la présente procédure n'est pas requise et il est superflu d'analyser la question de l'existence et du quantum d'une créance dans le chef d'A) envers E).

En tant que cautions solidaires et indivisibles, ils ont renoncé au bénéfice de discussion et de division.

Dans la mesure où A) a valablement fait appel à la garantie à première demande et que B) est tenue au paiement du montant garanti, la demande dirigée par B) contre les cautions est également fondée en son principe.

Néanmoins, l'article 2 des actes de cautionnement est de la teneur suivante :

*« II – Montant du cautionnement*

*La Caution s'engage pour un montant maximum de 300.000,- EUR (trois cent mille euros) incluant le principal, les intérêts, frais et accessoires ».*

Les cautionnements de C) et de D) étant plafonnés au montant de 300.000,- EUR, il convient de les condamner solidairement à tenir B) quitte et indemne à concurrence du montant de 300.000,- EUR des condamnations intervenues à l'encontre de cette dernière. La demande de B) est dès lors partiellement fondée.

La demande de B) en allocation d'une indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile n'est pas fondée au motif qu'il n'est pas inéquitable de laisser les frais non compris dans les dépens à sa charge, compte tenu du fait que c'est B) qui a refusé d'exécuter l'engagement pris envers A) et que c'est elle qui est dès lors à l'origine du présent litige.

Au vu du sort réservé au présent litige, C) et D) sont à débouter de leurs demandes en allocation d'une indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile alors qu'il est de principe que la partie qui succombe ne saurait bénéficier de ces dispositions.

#### **Par ces motifs :**

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

**reçoit** les demandes principale et en intervention ;

**dit** la demande principale fondée ;

**dit** la demande en intervention partiellement fondée ;

**condamne** la société B) à payer à la société A) le montant de 300.000,- EUR, avec les intérêts légaux à partir du 29 novembre 2013 jusqu'à solde ;

la **condamne** encore à lui payer une indemnité de 3.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ;

**condamne** C) et D) solidairement à tenir la société B) quitte et indemne des condamnations intervenues à l'encontre de cette dernière et ce à concurrence du montant de 300.000,- EUR ;

**déboute** la société B) de sa demande en allocation d'une indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile dirigée contre C) et D) ;

**condamne** la société B) aux frais et dépens de l'instance de la demande principale, avec distraction au profit de Maître Claude COLLARINI, affirmant en avoir fait l'avance ;

**déboute** C) et D) de leurs demandes sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ;

**condamne** C) et D) aux frais et dépens de la demande en intervention, avec distraction au profit de la société anonyme SCHILTZ & SCHILTZ SA, affirmant en avoir fait l'avance.