

**Cour d'appel de Nouméa
chambre commerciale**

N° de RG: 12/00071

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

M. Christophe X...
Mme Stéphanie X...

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA BANQUE CALEDONIENNE
D'INVESTISSEMENT-BCI

Yves ROLLAND, Président de Chambre,
président,
Jean-Michel STOLTZ, Conseiller,
Christian MESIERE, Conseiller,

Infirmes partiellement, réforme ou modifie certaines
dispositions de la décision déferée

Audience publique du jeudi 17 octobre 2013

ARRÊT :

- contradictoire,
- prononcé publiquement par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues à l'article 451 du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie,
- signé par Yves ROLLAND, président, et par Stéphan GENTILIN, greffier, auquel la minute de la décision a été transmise par le magistrat signataire.

PROCEDURE DE PREMIERE INSTANCE

Par un jugement réputé contradictoire rendu le 30 mai 2012 auquel il est renvoyé pour l'exposé de l'objet du litige, le rappel des faits et de la procédure, les prétentions et les moyens des parties, le Tribunal Mixte de Commerce de NOUMEA, statuant sur les demandes formées par la Banque Calédonienne d'Investissement dite BCI à l'encontre de M. Christophe X... et de Mme Stéphanie X..., pris en leur qualité de caution solidaire de la société AD2P Revêtements, débiteur principal, aux fins d'obtenir :

* leur condamnation solidaire au paiement de la somme de 15 615 749 FCFP restant due par le débiteur principal, en principal et intérêts, augmentée des intérêts au taux contractuel de 6, 85 % l'an + 1 % par mois de retard à compter du 1^{er} mars 2011, sur la dette en principal, et avec intérêts au taux légal sur l'indemnité contractuelle, au titre du prêt d'un montant de 14 000 000 FCFP, accordé le 07 mai 2009, soit :

- capital restant dû = 12 227 140 FCFP,

- intérêts = 2 165 895 FCFP,

- indemnité contractuelle de 10 % = 1 222 714 FCFP,

a :

* condamné M. Christophe X... et Mme Stéphanie X... à payer à la BCI les sommes suivantes :

-12 227 140 FCFP, correspondant au solde en principal du prêt consenti à la société AD2P Revêtements le 07 mai 2009, avec intérêts au taux légal à compter du 07 janvier 2011,

-1 222 714 FCFP, au titre de l'indemnité contractuelle de 10 %, avec intérêts au taux légal à compter du 11 mars 2011,

* débouté la BCI du surplus de ses demandes,

* condamné M. Christophe X... et Mme Stéphanie X... aux dépens.

PROCEDURE D'APPEL

Par une requête enregistrée au greffe de la Cour le 28 août 2012, M. Christophe X... et Mme Stéphanie X... ont déclaré relever appel de cette décision, qui ne semble pas avoir été signifiée. Dans leur mémoire ampliatif d'appel et leurs écritures postérieures, ils demandent à la Cour :

* d'accueillir leur exception d'incompétence et de dire que seul le Tribunal de Première Instance de NOUMEA est compétent pour connaître du litige et non le Tribunal Mixte de Commerce,

* de renvoyer en conséquence la BCI à mieux se pourvoir,

à titre subsidiaire si l'exception d'incompétence n'était pas retenue :

* de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a :

- dit que faute d'information annuelle aux cautions, la banque devait être déchue de son droit aux intérêts conventionnels,

- dit que la banque ne peut se prévaloir que des seuls intérêts légaux, notamment à compter de la sommation de payer délivrée le 07 janvier 2011,

* de réformer le jugement pour le surplus,

* de dire qu'à défaut d'avoir produit sa créance dans les délais légaux suivants la liquidation judiciaire de la société AD2P Revêtements, l'action de la BCI à l'encontre des cautions est irrecevable,

* de dire qu'à défaut d'avoir rempli l'obligation d'ordre public d'information annuelle des cautions, de 2009 à ce jour, la banque doit être déchue de son droit aux intérêts légaux sur cette même période,

* de dire qu'en conséquence, les intérêts conventionnels dores et déjà perçus devront s'imputer sur le capital du prêt restant dû,

* de dire que la BCI a manqué à ses devoirs de mise en garde et de conseil à l'égard des cautions profanes que sont les époux X...,

* de condamner la BCI à leur payer la somme de 500 000 FCFP à titre de dommages-intérêts,

* de réduire la clause pénale au franc symbolique ou, à titre subsidiaire, à 3 % du capital restant dû réduit des intérêts conventionnels,

* de condamner la BCI à leur verser la somme de 126 000 FCFP sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile, ainsi qu'aux entiers dépens.

Ils font valoir pour l'essentiel :

- que le 19 juin 2009, ils ont racheté les parts sociales de la sarl. AD2P au prix de 14 000 000 FCFP, à l'aide d'un emprunt bancaire contracté auprès de la BCI,

- que par la suite ils ont découvert que des postes de l'actif avaient été surévalués et que certaines écritures comptables n'avaient pas été passées au passif,

- qu'à ces difficultés, se sont ajoutés des retards de règlement sur des chantiers en cours qui ont amené le gérant à déclarer les deux sociétés, AD2P et AD2P Revêtements, en cessation de paiement,

- que le redressement judiciaire a été prononcé le 03 mai 2010, suivi de la liquidation le 20 avril 2011, après résolution du plan,

- qu'à titre liminaire, ils soulèvent une exception d'incompétence,

- qu'en effet, Mme X..., associée minoritaire et n'ayant aucune participation active dans la société, ne peut se voir revêtir la qualité de commerçant,

- qu'elle n'avait pas non plus d'intérêt personnel et patrimonial à l'acte de prêt,

- que son acte de caution reste de nature civile,

- qu'ils opposent une fin de non recevoir, au motif que si la BCI justifie de sa déclaration de créance après le jugement de redressement judiciaire, elle ne justifie pas de la production de sa créance actualisée lors de la liquidation judiciaire,

- qu'en application de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, le non respect de l'information annuelle des cautions entraîne la déchéance du droit aux intérêts conventionnels,

- que la société dont l'acquisition a été financée par le prêt BCI, avait ses comptes dans la même banque,

- que celle-ci connaissait donc parfaitement sa situation financière, et notamment les anomalies que présentait le bilan,
- que la BCI aurait dû conseiller les cautions et l'emprunteur, profanes, sur les risques liés à cette opération,
- qu'elle a manifestement manqué à son obligation de mise en garde.

Par conclusions datées du 09 avril 2013, la BCI sollicite la confirmation du jugement entrepris et en ce qu'il a retenu sa créance (principal et indemnité contractuelle) et demande à la Cour :

- * de dire que la juridiction commerciale est compétente pour connaître du présent litige,
- * de dire que la banque n'a pas manqué à son obligation d'information annuelle des cautions et qu'elle est donc fondée à solliciter le paiement des intérêts contractuels (appel incident),
- * de dire que la banque n'a pas manqué à son obligation en matière de mise en garde et de conseil, à l'égard de M. Christophe X... et de Mme Stéphanie X..., cautions averties,
- * de débouter les appelants de leur demande de dommages-intérêts,
- * de condamner M. Christophe X... et de Mme Stéphanie X... à lui payer la somme de 200 000 FCFP sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile, ainsi qu'aux dépens avec distraction.

Elle fait valoir pour l'essentiel :

- qu'en application de l'article L 110-1 du Code de commerce, le cautionnement, s'il est par nature un contrat civil, revêt un caractère commercial dès lors que la caution, commerçante ou non, présente un intérêt personnel dans l'opération commerciale à l'occasion de laquelle elle est intervenue,
- que selon la jurisprudence, il en est ainsi de la caution, fondatrice avec son époux de la société dirigée par celui-ci depuis sa création, et détentrice de la moitié des parts sociales, et ce nonobstant l'exercice de sa propre profession,
- qu'en l'espèce, la société AD2P Revêtements a été créée dans le but de garantir aux époux X... et à leurs trois enfants une source de revenus suite au départ à la retraite précoce de M. X... en 2009,
- que les époux X... avaient donc tous deux un intérêt déterminant à ce que le prêt soit accordé pour leur permettre le financement du rachat des parts sociales,
- que c'est dans ces conditions qu'ils se sont portés cautions solidaires,
- qu'elle a régulièrement déclaré sa créance auprès du mandataire liquidateur par courrier du 25 mai 2011, pour un montant de 16 004 431 FCFP (arrêté au 20/ 04/ 2011 et comprenant le capital, les intérêts contractuels et l'indemnité de 10 %),

- que s'agissant de l'information des cautions, elle a parfaitement satisfait à ses obligations en adressant chaque année les courriers d'information qui lui sont revenus sans présentation aux destinataires, en raison de l'absence de boîte aux lettres des époux X...,
- que les époux X..., co-associés de la société AD2P Revêtements, dont monsieur était le gérant, étaient parfaitement informés des tenants et aboutissants de l'opération financière projetée,
- qu'ils doivent être considérés comme des cautions averties,
- qu'elle n'avait donc aucune obligation particulière de mise en garde quant à l'opération projetée,
- que les époux X... ne justifient d'aucun préjudice dont ils pourraient obtenir réparation.

Les ordonnances de clôture et de fixation de la date d'audience ont été rendues le 13 juin 2013.

MOTIFS DE LA DECISION

1) Sur la recevabilité des appels :

Attendu que l'appel principal et l'appel incident, formés dans les délais légaux, doivent être déclarés recevables ;

2) Sur la compétence de la juridiction commerciale :

Attendu que l'article L 110-1 du Code de commerce établit la liste des activités que la loi répute " actes de commerce " ;

Que selon la jurisprudence de la chambre commerciale, rendue au visa de ce texte en matière de cautionnement, la Cour de Cassation considère :

* que le cautionnement est un acte civil, à moins que la caution, qu'elle ait ou non la qualité de commerçant, ait un intérêt patrimonial au paiement de la dette garantie, alors même qu'elle ne participe pas directement ou indirectement à l'activité du débiteur,

* qu'est commercial le cautionnement donné par les associés qui se sont portés caution du remboursement du prêt consenti pour l'acquisition d'un fonds de commerce dès lors qu'ils s'étaient engagés dans le seul espoir de réaliser une opération permettant d'améliorer une situation financière et patrimoniale difficile,

* que le fait pour la caution, d'être le conjoint du gérant de la société débitrice suffit à caractériser son intérêt patrimonial ;

Attendu qu'en l'espèce, il ne peut être sérieusement contesté que les époux X... ont créé la société AD2P Revêtements, laquelle a racheté les parts sociales de la société AD2P ;

Que cette acquisition a été financé par un prêt accordé par la BCI ;

Que la société nouvellement créée avait deux associés, M. Christophe X... (51 parts), qui en était le gérant, et son épouse, Mme Stéphanie X... (49 parts) ;

Qu'il ne peut être davantage contesté que M. Christophe X..., qui était militaire de carrière depuis une vingtaine d'années, et à cette époque affecté au RIMAP de PLUM, a fait le choix de rester en Nouvelle Calédonie et pour ce faire, a fait valoir ses droits à pension de retraite ;

Que dès lors, la création de la société AD2P Revêtements par les époux X... avait pour but de générer de nouveaux revenus pour la famille afin de compenser le manque à gagner résultant de l'arrêt d'activité militaire exercée jusque là par M. Christophe X..., sa pension de retraite étant nécessairement inférieure à sa solde d'active ;

Qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments, que Mme Stéphanie X..., fondatrice avec son époux de la société dirigée par celui-ci depuis sa création, et détentrice de parts sociales, avait un intérêt patrimonial personnel au paiement de la dette garantie, d'une part en sa qualité d'épouse du gérant de la dite société et d'autre part en sa qualité d'associée ;

Qu'en effet, les époux X... avaient un intérêt à ce que le prêt soit accordé à la société qu'ils venaient de créer, afin de permettre le financement du rachat des parts sociales, et démarrer une activité commerciale qui allait générer des ressources de nature à faire vivre leur famille ;

Que l'obtention de ce prêt était conditionné par la présentation de certaines garanties et notamment par l'engagement de caution solidaire des deux associés ;

Qu'il s'ensuit que le Tribunal Mixte de Commerce est compétent pour statuer sur l'engagement de caution de Mme Stéphanie X... ;

Attendu qu'il convient en conséquence de rejeter l'exception d'incompétence soulevée par les époux X... sur ce point ;

3) Sur les demandes présentées par la BCI :

Sur le contrat de prêt et les engagements de caution :

Attendu qu'il résulte des pièces communiquées et des débats que le 07 mai 2009, la BCI a octroyé un prêt professionnel no 20902679 à la sarl. AD2P Revêtements que les époux X... venaient de créer d'un montant de 14 000 000 FCFP, remboursable en 60 mensualités de 281 937 FCFP, avec un taux d'intérêt de 7, 7110 l'an (TEG) ;

Que ce prêt lui a permis de racheter les parts sociales de la société AD2P moyennant le prix de 15 000 000 FCFP ;

Qu'au titre des garanties, la BCI a obtenu le nantissement des parts sociales des deux sociétés (AD2P et AD2P Revêtements) et la caution personnelle des deux associés, les époux X..., à hauteur de 7 000 000 FCFP en capital pour chacun d'eux ;

Qu'à compter du mois de mars 2010, les échéances du prêt accordé par la BCI n'ont plus été honorées ;

Qu'au mois de mai 2010, la société AD2P Revêtements a été placée en redressement judiciaire ;

Que le 02 juillet 2010, la BCI a déclaré sa créance entre les mains de la Selarl. ML. GASTAUD, à hauteur de 13 708 751 FCFP ;

Que le 17 mars 2011, la BCI a déposé sa requête introductive d'instance ;

Qu'au mois d'avril 2011, la résolution du plan de redressement a été ordonnée et la société AD2P Revêtements a été placée en liquidation judiciaire ;

Que le 25 mai 2011, la BCI a déclaré sa créance entre les mains de la Selarl. ML. GASTAUD à hauteur de 16 004 431 FCFP ;

Que selon la requête introductive d'instance, la créance de la BCI se présente de la manière suivante :

* 12 227 140 FCFP au titre du capital restant dû à la date de la dernière échéance payée, soit le 23 mars 2010,

* 2 165 895 FCFP au titre des intérêts de retard (6, 85 % l'an + 1 %),

* 1 222 714 FCFP au titre de l'indemnité contractuelle de 10 % sur le solde débiteur ;

Sur le capital restant dû :

Attendu que le montant du capital restant dû, arrêté à la somme de 12 227 140 FCFP et à la date du 23 mars 2010 correspondant à la dernière échéance réglée par la société AD2P Revêtements, n'est pas contestée par les époux X... ;

Que c'est donc à juste titre que le premier juge a retenu cette somme ;

Que le jugement sera donc confirmé sur ce point ;

Sur l'indemnité contractuelle de 10 % :

Attendu que s'agissant de la clause pénale, la BCI sollicite la condamnation des cautions au paiement de la somme de 1 222 714 FCFP correspondant à 10 % du montant du capital restant dû ;

Que les époux X... demandent à la Cour de ramener celle-ci à 1 franc symbolique ou, subsidiairement à 3 % du capital restant dû ;

Que le premier juge a retenu la somme de 1 222 714 FCFP ;

Qu'au regard du préjudice effectivement subi par la banque, et notamment au vu du taux d'intérêt pratiqué, la Cour dispose des éléments d'appréciation suffisantes pour réduire ladite clause pénale à 3 % du capital restant dû (12 227 140 FCFP), soit à la somme de 366 814 FCFP ;

Qu'il convient en conséquence d'infirmier le jugement entrepris sur ce point ;

4) Sur les griefs, manquements et fautes reprochés à la BCI :

Sur l'information annuelle des cautions et son incidence sur les intérêts contractuels :

Attendu qu'en cause d'appel, la BCI a versé aux débats la photocopie des enveloppes de deux courriers recommandés adressés à M. Christophe X... le 30 mars 2011 et le 29 mars 2012, à l'adresse suivante : 185 rue des Alamandas-VALLON DORE-98809- MONT DORE, qui ont été retournées avec la mention " Boîte aux lettres dépourvue de nom " ;

Que la banque ne produit aucun document relatif à Mme Stéphanie X... ;

Que cependant, elle soutient qu'elle a parfaitement satisfait à son obligation d'information annuelle des cautions en faisant valoir qu'elle a bien envoyé les courriers d'information mais que ceux-ci n'ont pas été remis aux époux X... du fait de l'absence de boîte aux lettres à leur domicile ;

Qu'au regard des pièces produites, insuffisantes et incomplètes, il apparaît que la BCI ne rapporte nullement la preuve qui lui incombe ;

Qu'au vu de ces éléments, c'est par des motifs pertinents que la Cour entend adopter que le premier juge a exactement retenu :

* que la BCI, qui ne produit pas aux débats la copie de lettres adressées aux cautions, ne justifie pas avoir fait connaître à M et Mme X... le montant du principal et des intérêts restant à courir sur ce prêt au 31 décembre de l'année précédente,

* que faute par la banque d'avoir respecté cette obligation d'information, il y a lieu de la déchoir du droit de percevoir des cautions les intérêts conventionnels applicables au prêt consenti,

et a condamné M. Christophe X... et Mme Stéphanie X... à verser à la BCI. la somme de 12 227 140 F CFP, correspondant au montant du capital restant dû au 23 mars 2010, avec intérêts au taux légal à compter du 07 janvier 2011, date à laquelle une sommation de payer leur a été délivrée ;

Attendu qu'il convient en conséquence de confirmer le jugement entrepris sur ce point ;

Sur le devoir d'information, de mise en garde et de conseil :

Attendu que les époux X... reprochent à la BCI d'avoir manqué à ses obligations pré contractuelles, au motif que les comptes de la société acquise par la société AD2P Revêtements étaient gérés par BCI, laquelle était donc parfaitement informée de sa situation financière, et notamment des anomalies présentes dans le bilan ;

Que l'emprunteur comme les cautions étant profanes, la BCI aurait dû conseiller et mettre en garde les cautions sur les risques liés à l'opération envisagée ;

Attendu qu'il résulte des pièces versées et des débats, qu'au moment où le prêt a été consenti à la société AD2P Revêtements, la situation de la société AD2P n'apparaissait pas irrémédiablement compromise ;

Qu'il n'est pas démontré que la banque aurait été en possession d'informations lui permettant de penser que le prêt ne pourrait pas être remboursé par l'emprunteur ;

Qu'aucune faute n'a été commise par la BCI à l'égard du débiteur principal

Qu'à la date de leur engagement en qualité de caution, M. X... venait de prendre sa retraite militaire et Mme X... travaillait en qualité de secrétaire médicale ;

Que dans ces conditions, dans le domaine de la gestion commerciale, ils peuvent donc être considérés comme profanes ;

Que toutefois, la jurisprudence considère qu'une caution n'est profane que si elle est extérieure à l'entreprise ;

Qu'en l'espèce, M. X... avait la qualité d'associé et de gérant de l'entreprise ;

Que Mme X... avait la qualité d'associé ;

Qu'en sa qualité de gérant-associé, M. X... a participé activement à l'exploitation de l'activité commerciale de la société et s'est impliqué dans la vie de l'entreprise ;

Que le cadre du rachat des parts sociales, ils ont bénéficié de l'assistance d'un professionnel, en l'espèce la société ACTION ENTREPRISES et disposaient donc d'éléments, d'ordre juridique et d'ordre financier, leur permettant d'apprécier la portée de l'opération projetée ;

Qu'enfin, l'acte portant cession des parts sociales contient une clause de garantie de passif ;

Qu'au vu de ces éléments, force est de constater que les époux X... ne rapportent pas la preuve d'une faute quelconque commise par la BCI, tant à l'égard de l'emprunteur qu'à l'égard des cautions, et ne sauraient donc valablement rechercher la responsabilité de la banque pour manquement à ses obligations pré contractuelles ;

Attendu qu'il convient en conséquence de débouter les époux X... de leur demande aux fins de dommages-intérêts ;

PAR CES MOTIFS :

La Cour,

Statuant par arrêt contradictoire déposé au greffe ;

Déclare les appels recevables en la forme ;

Rejette l'exception d'incompétence soulevée par les époux X... ;

Confirme le jugement rendu le 30 mai 2012 par le Tribunal Mixte de Commerce de NOUMEA en ce qu'il a :

* condamné M. Christophe X... et Mme Stéphanie X... à payer à la BCI la somme de douze millions deux cent vingt-sept mille cent quarante (12 227 140) FCFP correspondant au solde en principal du prêt consenti à la société AD2P Revêtements le 07 mai 2009, avec intérêts au taux légal à compter du 07 janvier 2011,

* débouté la BCI du surplus de ses demandes,

* condamné M. Christophe X... et Mme Stéphanie X... aux dépens ;

L'infirmes pour le surplus et statuant à nouveau :

Condamne M. Christophe X... et Mme Stéphanie X... à payer à la BCI la somme de trois cent soixante-six mille huit cent quatorze (366 814) FCFP au titre de l'indemnité contractuelle ou clause pénale, avec intérêts au taux légal à compter du 11 mars 2011 ;

Déboute les époux X... de leur demande aux fins de dommages-intérêts ;

Déboute les parties de leurs demandes plus amples ou contraires comme mal fondées ;

Vu les dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile condamne M. Christophe X... et Mme Stéphanie X... à payer à la Banque Calédonienne d'Investissement dite BCI la somme de cent mille (100 000) FCFP au titre des frais irrépétibles de la procédure d'appel ;

Condamne M. Christophe X... et Mme Stéphanie X... aux dépens de la procédure d'appel, avec distraction d'usage au profit de la selarl. d'avocats JURISCAL, sur ses offres de droit ;