

Copies exécutoires RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

délivrées aux parties le : AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 9

ARRÊT DU 22 MAI 2020

(n° / 2020 , 11 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : N° RG 19/16406 - N° Portalis 35L7-V-B7D-CARYU

Décision déferée à la cour : Jugement du 19 Juin 2019 - Cour de Cassation de PARIS - RG n° K17-28.804

APPELANTE :

SAS FINDIS, représentée par son président domicilié en cette qualité audit siège,

Immatriculée au RCS de ANGERS sous le numéro 530 364 025

Ayant son siège social [Adresse 11]

[Adresse 11]

[Adresse 11]

Représentée par Me Bruno REGNIER de la SCP REGNIER - BEQUET - MOISAN, avocat au barreau de PARIS, toque : L0050,

Assistée de Me Antoine HONTEBEYRIE, avocat au barreau de PARIS, toque : L0301

INTIMÉS :

Monsieur [J] [S]

Né le [Date naissance 4] 1956 à [Localité 9]

Demeurant [Adresse 8]

[Adresse 8]

Madame [H] [S] épouse [U]

Née le [Date naissance 7] 1954 à [Localité 9]

Demeurant [Adresse 3]

[Adresse 3]

Monsieur [V] [S]

Né le [Date naissance 1] 1953 à [Localité 12]

Demeurant [Adresse 5]

[Adresse 5]

Madame [X] [S] épouse [M]

Née le [Date naissance 6] 1951 à [Localité 13]

Demeurant [Adresse 10]

[Adresse 10]

Représentés par Me Luca DE MARIA de la SELARL PELLERIN - DE MARIA - GUERRE, avocat au barreau de PARIS, toque : L0018,

Assistés de Me Rébecca GUILLOUX, avocat au barreau de PARIS, toque : K0030

SA CAISSE D'EPARGNE ET DE PRÉVOYANCE DE BOURGOGNE FRANCHE-COMTE

Immatriculée au RCS de DIJON sous le numéro 352 483 341

Ayant son siège social [Adresse 2]

[Adresse 2]

Représentée par Me Nathalie DAUDE de la SELARL DAUDE, avocat au barreau de SENS

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions des articles 805 et 907 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 19 février 2020, en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposé, devant Madame Michèle PICARD, Présidente de chambre et Madame Patricia GRANDJEAN, Présidente de chambre

Ces magistrats ont rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la cour, composée de : Madame Michèle PICARD, Présidente de chambre

Madame Patricia GRANDJEAN, Présidente de chambre

Madame Florence DUBOIS-STEVANT, Conseillère

Un rapport a été présenté à l'audience dans les conditions de l'article 804 du Code de Procédure Civile.

Greffier, lors des débats : Madame Hanane AKARKACH

ARRÊT :

- contradictoire

- par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

- signé par Madame Michèle PICARD, Présidente de chambre et par Madame Liselotte FENOUIL , greffière présente lors du prononcé.

FAITS ET PROCÉDURE :

Par acte du 4 novembre 2011, Messieurs [J] et [V] [S] et Mesdames [H] et [X] [S] (les conjoints [S]) ont cédé à la société Findis l'intégralité des actions qu'ils détenaient dans le capital de la société [S] Holding.

Par acte du même jour, ils lui ont consenti une garantie de passif dont la Caisse d'épargne de Bourgogne Franche-Comté (la Caisse d'épargne) s'est, par acte du 20 décembre 2011, rendue caution solidaire, dans la limite de 250 000 euros.

Le contrat de cession du 4 novembre 2011 inclut un article 12 aux termes duquel :

« Si certaines clauses du présent contrat ne peuvent être respectées, totalement ou partiellement, ou s'il y a divergence d'interprétation et désaccord, les PARTIES tenteront de trouver une solution amiable dans un délai d'un (1) mois du fait générateur soit entre elles, soit par l'intermédiaire d'un TIERS nommé par Monsieur le Président du Tribunal de commerce de Lille statuant en la forme des référés et sans recours possible, à moins que les PARTIES ne le désignent d'un commun accord.

Toute contestation, divergence d'interprétation ou désaccord, devra faire l'objet d'une

notification dans les conditions stipulées à l'article 10 ci-dessus.

La date de réception de la lettre recommandée avec accusé de réception ou la date de présentation, si cette dernière n'est pas retirée par son destinataire, fera courir le délai d'un (1) mois.

La présente clause n'est pas une clause d'arbitrage mais elle est une phase pré-contentieuse dans le règlement amiable de la difficulté intervenue.

A défaut d'accord amiable sur le litige les opposant au terme du délai d'un (1) mois précité, le litige sera soumis par la PARTIE la plus diligente au Tribunal de Commerce de Lille.'

La société Findis a mis en 'uvre la garantie de passif par plusieurs lettres recommandées avec avis de réception concernant un redressement de l'Urssaf, une demande au titre de loyers de crédit-bail impayés, une enquête diligentée par l'Autorité de la Concurrence, une rectification fiscale puis a assigné en paiement les consorts [S] ainsi que la Caisse d'épargne, par actes des 19 et 20 décembre 2013.

Par jugement du 19 avril 2016, le tribunal de commerce de Sens, juridiction de renvoi désignée par le tribunal de grande instance de Sens initialement saisi, a déclaré irrecevable l'action introduite par la société Findis à l'encontre des consorts [S] et de la Caisse d'épargne au motif que la clause prévoyant une « phase pré-contentieuse dans le règlement amiable des litiges », stipulée dans la garantie n'avait pas été respectée.

Le 10 juin 2016, la société Findis a relevé appel de cette décision.

Par arrêt du 12 septembre 2017, la cour d'appel de Paris a confirmé le jugement en toutes ses dispositions et condamné la société Findis à payer aux consorts [S], ensemble, la somme de 3 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Statuant sur le pourvoi élevé par la société Findis, la Cour de cassation par un arrêt du 19 juin 2019 a cassé et annulé l'arrêt du 12 septembre 2017. La Cour de cassation a jugé :

- qu'en relevant d'office le moyen tiré de ce que l'article 5.5.3 ne s'appliquait que dans l'hypothèse où des instances en justice auraient été initiées par des tiers, de sorte qu'il ne serait pas applicable au litige, sans inviter préalablement les parties à présenter leurs observations sur ce point, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile ;
- qu'en déclarant irrecevable l'action dirigée contre la Caisse d'épargne sans répondre à la société Findis, qui soutenait que la fin de non-recevoir tirée du non-respect de la clause de conciliation préalable et obligatoire ne constitue pas une exception inhérente à la dette que la caution peut opposer, la cour d'appel n'a pas satisfait les exigences de l'article 455 du code de procédure civile.

Le 2 août 2019 la société Findis a formalisé une déclaration de saisine de la cour d'appel de renvoi.

Par ses dernières conclusions notifiées et remises au greffe le 10 février 2020, la société Findis demande à la cour de débouter la Caisse d'épargne de sa demande incidente, d'infirmier le jugement critiqué, de la déclarer recevable en toutes ses demandes formées contre les consorts [S], subsidiairement de la dire recevable en ses demandes afférentes aux appels en garantie pour lesquels l'article 12 de la convention de garantie n'a pas été méconnu, de la déclarer recevable en sa demande fondée sur le cautionnement consenti par la Caisse d'épargne, d'ordonner la ré-ouverture des débats afin qu'il soit conclu sur le fond et de faire application de l'article 700 du code de procédure civile.

L'appelante conteste la tardiveté de ses conclusions signifiées le 3 octobre 2019 en soutenant qu'en application de l'article 911 du code de procédure civile, elle disposait d'un délai d'un mois à compter de l'expiration du délai fixé par l'article 1037-1 du même code pour notifier ses conclusions à l'avocat qui n'était pas constitué à la date de la remise de ces conclusions au greffe.

La société Findis soutient que le contrat distingue selon que la garantie est sollicitée directement par les acquéreurs ou à la suite de l'intervention d'un tiers, cette dernière hypothèse étant régie par l'article 5.3.3. et ne relevant pas de l'article 12. Elle conteste en revanche que les quatre demandes de mobilisation de la garantie relèvent de l'article 5.5.4.

Elle réfute l'argument selon lequel l'application de cet article serait limité aux instances en justice initiées par un tiers qui n'est qu'une des hypothèses envisagées et soutient que cette restriction illogique méconnaîtrait l'intention des parties.

Elle précise que les premier, troisième et quatrième appels en garantie relèvent de cet article car ils concernent un redressement de l'Urssaf, une enquête de l'Autorité de la concurrence et une rectification fiscale.

Elle souligne que les consorts [S] ont demandé à être associés à la défense de la société concernée conformément à l'article 5.3.3 dans le cadre de l'enquête de l'Autorité de la concurrence.

Elle insiste sur l'absence de tout renvoi par l'article 5.5.3. à l'article 12 instituant la procédure de conciliation et souligne que le mode de détermination de l'indemnisation est prévu par un mécanisme autonome décrit à l'article 5.5.3 e).

Elle estime que seul le désaccord éventuel sur l'éligibilité du dommage à la garantie relève de l'article 12 de la convention.

Elle expose que seuls le redressement de l'Urssaf et les loyers de crédit-bail ont fait l'objet d'une contestation par les consorts [S], qu'elle a respecté le délai d'un mois prévu à l'article 12 pour trouver une solution amiable sans succès et que la procédure de conciliation a de facto été respectée.

Elle soutient que l'appel en garantie relatif à l'enquête de l'Autorité de la concurrence n'a fait l'objet d'aucune contestation des consorts [S] et ne relève donc pas de l'article 12 de la convention.

S'agissant de la rectification fiscale elle fait valoir que les garants n'ont pas émis de contestation avant l'assignation et qu'il n'y avait donc pas matière à appliquer l'article 12 ni à respecter les délais qui y étaient stipulés. Elle ajoute que la contestation de principe soulevée postérieurement ne saurait rétroactivement entraîner l'irrecevabilité de la demande.

Subsidiairement elle estime qu'en raison de la connexité des demandes entre elles, la recevabilité de l'une d'elle doit permettre à la cour d'appel de connaître de tous les appels.

Elle soutient que la fin de non-recevoir tirée du non respect de la procédure de conciliation n'est pas une exception inhérente à la dette que la caution peut opposer et que sa demande à l'encontre de la Caisse est recevable.

Par leurs dernières conclusions notifiées et remises au greffe le 12 février 2020, les consorts [S] demandent à la cour de confirmer le jugement critiqué, déclarer irrecevable l'action introduite par la société Findis à leur encontre, et la condamner à payer à chacun d'eux la somme de 30 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Les consorts [S] soutiennent qu'en application de l'article 12 de la convention, les parties ont conditionné la recevabilité de toute action contentieuse découlant de la garantie à la recherche d'une solution amiable dans le délai d'un mois.

Rappelant que les demandes de mobilisation de la garantie de passif portent sur la notification d'un redressement URSSAF, sur une assignation délivrée par la société BNP Paribas lease groupe, sur une procédure de visite et saisie domiciliaires mise en oeuvre par l'Autorité de la concurrence et sur un redressement fiscal, survenus entre le mois de janvier 2012 et le mois de novembre 2013, ils font valoir que la société Findis n'a jamais recherché de solution amiable avec eux.

Ils soulignent que l'appel en garantie au titre de la rectification fiscale leur a été adressé par courrier du 12 décembre 2013, reçu le 16 décembre 2013 trois jours seulement avant l'assignation en justice sans que ceux-ci n'aient eu le temps de se prononcer sur le bien fondé de cet appel en garantie, qu'ils ont d'ailleurs contesté par courrier du 27 février 2014. Ils insistent sur l'impossibilité qu'ils avaient de contester cet appel en garantie avant l'assignation.

Ils précisent que l'article 5.5.4 concernant les demandes directes prévoit un double mécanisme de conciliation: une première discussion amiable, puis, à défaut d'accord, une conciliation selon les modalités de l'article 12 de la convention démontrant ainsi la volonté des parties de favoriser le règlement amiable des différends. Ils ajoutent que l'absence de renvoi à l'article 12 dans l'article 5.5.3 s'explique par la portée générale de l'article 12 qui avait vocation à s'appliquer comme l'ensemble des stipulations de la convention, sauf à ce qu'elles soient explicitement exclues.

Ils font valoir que le désaccord entre les parties qui doit ouvrir la procédure prévue à l'article 12 concerne l'ensemble des contestations portant sur le dommage, et non uniquement la question de l'éligibilité du dommage à la garantie.

Ils soulignent que les échanges entre les parties consécutifs aux différents appels en garantie ne sauraient constituer des démarches amiables au sens de l'article 12, mais ne sont que la matérialisation des désaccords. Ils précisent qu'il appartenait à la société Findis, qui souhaitait saisir une juridiction, de proposer une résolution amiable du différend selon les modalités de l'article 12.

Par des conclusions d'incident remises le 7 novembre 2019, la SA Caisse d'Epargne et de Prévoyance de Bourgogne Franche-Comté demande à la cour de déclarer tardives les conclusions signifiées par la société Findis le 3 octobre 2019.

Sous le visa de l'article 1037-1 du code de procédure civile elle soutient que les conclusions de l'appelante auraient dû être notifiées dans le délai de deux mois à compter de la déclaration de saisine soit le 2 octobre 2019 au plus tard.

Par ses dernières conclusions notifiées et remises au greffe le 29 janvier 2020, la Caisse d'épargne demande à la cour de

confirmer le jugement critiqué, de déclarer irrecevables les demandes de la société Findis, de la condamner à lui payer la somme de 3 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

La Caisse expose que la violation de la clause de conciliation préalable est une fin de non-recevoir, que l'article 5.5.3 de la convention de garantie d'actif et de passif ne vise que les instances en justice initiées par les tiers à l'encontre des sociétés du groupe [S], qu'il n'a pas à s'appliquer s'agissant de demandes amiables.

Elle ajoute que la caution a un intérêt au déroulement de la procédure de conciliation qui est de nature à diminuer le montant de la dette garantie, que conformément à la finalité du caractère accessoire, la caution doit pouvoir faire valoir tous les moyens de défense qui sont de nature à diminuer la portée de son engagement, que le tiers à un contrat peut invoquer à son profit, comme constituant un fait juridique, la situation créée par ce contrat ; elle rappelle que la caution a le droit de former tierce opposition à une sentence arbitrale dans le cas où une clause compromissoire figurait au contrat principal.

Elle en déduit qu'elle a donc intérêt à pouvoir opposer au créancier le non respect de la clause de conciliation préalable, quand bien même elle ne serait pas partie à l'acte.

Conformément à l'article 455 du code de procédure civile, il est renvoyé aux conclusions des parties pour un plus ample exposé des faits, prétentions et moyens.

La clôture de l'instruction de l'affaire a été prononcée le 13 février 2020.

MOTIFS

Sur l'incident de procédure

En application de l'article 1037-1 du code de procédure civile, en cas de renvoi devant la cour d'appel, lorsque l'affaire relevait de la procédure ordinaire, celle-ci est fixée à bref délai dans les conditions de l'article 905. En ce cas, les dispositions de l'article 1036 ne sont pas applicables.

La déclaration de saisine est signifiée par son auteur aux autres parties à l'instance ayant donné lieu à la cassation dans les dix jours de la notification par le greffe de l'avis de fixation. Ce délai est prescrit à peine de caducité de la déclaration, relevée d'office par le président de la chambre ou le magistrat désigné par le premier président.

Les conclusions de l'auteur de la déclaration sont remises au greffe et notifiées dans un délai de deux mois suivant cette déclaration.

Les parties adverses remettent et notifient leurs conclusions dans un délai de deux mois à compter de la notification des

conclusions de l'auteur de la déclaration.

La notification des conclusions entre parties est faite dans les conditions prévues par l'article 911 et les délais sont augmentés conformément à l'article 911-2.

Les parties qui ne respectent pas ces délais sont réputées s'en tenir aux moyens et prétentions qu'elles avaient soumis à la cour d'appel dont l'arrêt a été cassé.

Selon l'article 911 du même code, sous les sanctions prévues aux articles 905-2 et 908 à 910, les conclusions sont notifiées aux avocats des parties dans le délai de leur remise au greffe de la cour. Sous les mêmes sanctions, elles sont signifiées au plus tard dans le mois suivant l'expiration des délais prévus à ces articles aux parties qui n'ont pas constitué avocat; cependant, si, entre-temps, celles-ci ont constitué avocat avant la signification des conclusions, il est procédé par voie de notification à leur avocat.

En l'espèce, il est constant qu'auteur d'une déclaration de saisine en date du 2 août 2019, la société Findis a remis à la cour des conclusions le 2 octobre 2020 à 13h23 et que la Caisse d'épargne n'avait pas constitué avocat avant cette remise.

Ainsi la société Findis disposait-elle d'un délai d'un mois courant à compter du 3 octobre 2019 pour signifier ses conclusions à la Caisse d'épargne ou pour les notifier à l'avocat éventuellement constitué par cette dernière.

En notifiant ses conclusions le 3 octobre 2019 à l'avocat constitué par la Caisse d'épargne le 2 octobre à 16h24, la société Findis a satisfait les textes précités.

Ses conclusions sont recevables.

Sur la recevabilité de l'action de la société Findis

Il convient d'observer à titre liminaire que par un contrat intitulé 'convention de garantie', les parties se sont accordées dans des termes particulièrement précis et détaillés sur l'objet, le montant, la répartition de ce montant entre les garants et la procédure de mise en oeuvre de la garantie accordée par les cédants.

Après des dispositions nombreuses relatives notamment à la définition des termes employés dans la convention (art 3), aux déclarations des garants (art 4), la garantie proprement dite fait l'objet de l'article 5 dont les sous-paragraphes déterminent le dommage indemnisable, les modalités de calcul de l'indemnité et les exonérations, la durée de la garantie, ses limitations et la procédure de mise en oeuvre de cette garantie (art 5.5).

Après l'article 5.5.2 qui met à la charge du bénéficiaire de la garantie une obligation générale de 'notification' (aux gérants) dont la teneur est très précisément définie, le contrat distingue selon que l'origine de la notification résulte de la demande d'un tiers faite au bénéficiaire de la garantie (art 5.5.3) ou que le bénéficiaire fait valoir une réclamation de son

propre chef (art .5.4) .

Viennent ensuite plusieurs articles relatifs à une garantie spécifique, à une garantie de la garantie et de la garantie spécifique (le cautionnement bancaire), aux déclarations du bénéficiaire, à la représentation des garants, aux notifications, au transfert de la garantie, puis l'article 12 intitulé 'Loi applicable - Litiges' dont les termes sont repris ci-dessus et qui mentionne explicitement qu'il s'agit d'une 'phase pré-contentieuse dans le règlement amiable de la difficulté intervenue.'

La structure même de cette convention convainc sans qu'il soit besoin d'interprétation, qu'au-delà de la détermination minutieuse des modalités pratiques devant être mises en oeuvre dans chacune des hypothèses envisagées comme pouvant relever de la garantie accordée, les parties ont entendu affirmer en fin de contrat et par une disposition générale leur volonté de tenter de résoudre amiablement toute difficulté susceptible de les opposer qu'il s'agisse d'une difficulté d'exécution du contrat, d'une contestation, d'une divergence d'interprétation, d'un désaccord de quelque nature qu'il soit.

Ces termes très généraux incluent nécessairement tout désaccord sur l'éligibilité d'un dommage à la garantie ou sur le montant de la garantie.

Il s'induit que l'obligation de recourir à une phase amiable préalable pour le règlement d'une difficulté ne peut être écartée que par une disposition spécifique du contrat qui l'exclurait relativement à une situation précise.

La société Findis soutient que les termes de l'article 5.5.3 du contrat excluent explicitement et nécessairement la mise en oeuvre de la phase amiable préalable prévue par l'article 12 et oppose à cet égard les termes de l'article 5.5.3 et ceux de l'article 5.5.4.

L'article 5.5.3. intitulé 'En cas de demande d'un tiers' dispose :: « Dans l'hypothèse où le Bénéficiaire viendrait à avoir connaissance qu'un tiers, après la date de cession, a intenté une action à l'encontre de l'une des sociétés du Groupe [S] (ci-après désignée la « demande d'un tiers ») susceptible de donner lieu à un dommage, il devra adresser aux représentants des garants une notification dans un délai de trente (30) jours ouvrés (ou dans les délais compatibles avec la procédure pour toute notification d'une action judiciaire ou administrative introduite par des tiers et/ou tout contrôle de la société du Groupe [S] concernée en matière fiscale, sociale et plus généralement administrative) à compter de sa connaissance de la demande d'un tiers [...] »

Viennent ensuite des dispositions sur les conditions dans lesquelles le bénéficiaire s'engage à défendre à cette demande d'un tiers, les garants s'engagent à l'assister dans cette défense et les parties conviennent que le représentant des garants verse au bénéficiaire l'indemnité dans le délai de 10 jours soit d'un accord des parties sur le montant de cette

indemnité, soit du paiement par la société Groupe [S] au tiers.

L'article 5.5.4 intitulé ' En cas de demande directe' dispose : 'Dans l'hypothèse où le Bénéficiaire réclamerait l'indemnisation d'un dommage ne résultant pas d'une DEMANDE D'UN TIERS [...] Dans l'hypothèse d'un différend entre les REPRÉSENTANTS DES GARANTS et le BÉNÉFICIAIRE sur le principe et/ou le montant de toute INDEMNITÉ au titre de la DEMANDE DIRECTE :

* les parties se rapprocheront afin de trouver une solution à leur différend dans un délai de trente (30) JOURS OUVRE à compter de la réception de la notification de désaccord [...]

* Dans l'hypothèse où aucun accord n'est trouvé entre les PARTIES dans le délai de trente (30) JOURS OUVRES mentionné ci-dessus, les stipulations de l'article 11 ci-dessous seront applicables.'

Les parties conviennent que cette référence à l'article 11 procède d'une erreur matérielle et que l'article 5.5.4 renvoie en réalité à l'article 12.

Il est manifeste, sans qu'il soit besoin d'interprétation, que les dispositions de l'article 5.5.3 ont pour objet de répondre à la situation particulière dans laquelle une procédure judiciaire ou administrative mise en oeuvre par un tiers est de nature à faire supporter à la société cible une charge non envisagée lors de la cession des titres de cette société.

Loin d'exclure les modalités générales de résolution des désaccords entre les parties à la convention, elles visent au contraire à organiser leur coopération dans l'intérêt commun de voir écarter la réclamation de ce tiers en prévoyant que le bénéficiaire doit notifier au représentant des garants la réclamation du tiers dans un délai de 30 jours ou dans un délai utile au regard de la procédure mise en oeuvre par ce tiers, qu'il doit défendre à cette réclamation, qu'il ne peut transiger sans l'accord des garants, que les garants s'engagent à assister le bénéficiaire dans sa défense.

En particulier, elles n'excluent pas qu'indépendamment de cette coopération dans la défense contre la réclamation d'un tiers, les parties soient en désaccord sur le principe même de l'application de la garantie aux sommes réclamées par le tiers.

Elles n'excluent pas davantage un désaccord sur le montant de l'indemnité due au titre de la garantie.

Il s'induit que les dispositions de l'article 5.5.3 qui ont un objet spécifique et distinct de la résolution d'un désaccord entre les parties sont indifférentes à la mise en oeuvre de l'article 12.

La société Findis fait valoir que le visa exprès de l'article 12 dans l'article 5.5.4 relatif aux demandes directes de garantie par le bénéficiaire et l'absence du même visa dans l'article 5.5.3 doit être interprété comme excluant l'application de l'article 12 aux mobilisations de la garantie sur demande d'un tiers.

Or, l'objet de l'article 5.5.4 est de formaliser l'existence d'un désaccord entre les parties sur la mobilisation de la garantie,

dans son principe ou dans son quantum, en imposant au bénéficiaire un délai de forclusion de 30 jours à compter de sa découverte du dommage pour procéder à la notification au représentant des garants et au représentant des garants un délai de forclusion de vingt jours à compter de cette notification pour contester le principe de la garantie.

Dans ce cas particulier d'une demande directe de mobilisation de la garantie, les parties ont prévu dans le d) de l'article 5.5.4 une période de 30 jours à compter du désaccord exprimé par le représentant des garants pour tenter de se rapprocher avant que la procédure de l'article 12 ne soit mise en oeuvre.

Tant la lettre que l'esprit de ces dispositions spécifiques rapportées à l'ensemble du contrat convainquent que cette référence explicite à l'article 12 a uniquement pour objet d'éviter toute ambiguïté sur le fait que la période de 30 jours ainsi mentionnée s'ajoute aux délais prévus par l'article 12, constitue un préalable à la mise en oeuvre de cet article et tend donc à reporter le point de départ du délai d'un mois prévu à l'article 12.

Il s'induit que les dispositions spécifiques de l'article 5.5.4 sont indifférentes à celles de l'article 5.5.3 explicitées ci-dessus.

Partant, il incombait à la société Findis de satisfaire les dispositions de l'article 12 avant d'introduire une action judiciaire à l'encontre des consorts [S] sur le fondement de la convention de garantie.

La société Findis soutient qu'elle a satisfait ces exigences et que le représentant des garants n'a émis aucune contestation à la suite des notifications opérées.

Les consorts [S] le contestent.

Il convient de rappeler que l'article 12 de la convention de garantie impose aux parties de tenter de 'trouver une solution amiable dans un délai d'un (1) mois du fait générateur soit entre elles, soit par l'intermédiaire d'un TIERS nommé par Monsieur le Président du Tribunal de commerce de Lille statuant en la forme des référés et sans recours possible, à moins que les PARTIES ne le désignent d'un commun accord.'

Il n'est plus contesté que le défaut de mise en oeuvre de ce préalable amiable constitue une fin de non recevoir de l'action judiciaire engagée par la société Findis.

Il appartient donc à la société Findis d'établir la réalité d'une démarche amiable, le seul fait qu'un délai d'un mois ait couru à compter d'un désaccord, certes nécessaire, étant insuffisant pour l'autoriser à agir en justice.

Il faut enfin observer que la recherche préalable d'une solution amiable suppose qu'un désaccord ait été constaté.

Il ressort des pièces versées aux débats les faits suivants :

- demande de l'URSSAF

Par courrier recommandé avec avis de réception daté du 12 janvier 2012, la société Findis a notifié à M. [V] [S] une demande de mobilisation de la garantie au titre d'une mise en demeure de payer 49 639 € adressée par l'URSSAF à la société [S] Holding.

Par lettre recommandée avec avis de réception datée du 23 janvier 2012, M. [V] [S] formalisait son désaccord au motif que cette réclamation était connue des cessionnaires et avait fait l'objet de provision dans les comptes de la société.

Le désaccord étant donc avéré à la date de réception de la lettre de M. [S], les parties par des courriers des 16 février, 5 mars et 21 mars ont échangé des arguments sur le principe de la mobilisation de la garantie et notamment sur la connaissance que la société Findis pouvait avoir de la réclamation de l'URSSAF avant la conclusion de la cession de titres. Il ne ressort pas de ces courriers que l'une ou l'autre des parties ait entrepris quelque démarche susceptible d'aboutir à un règlement amiable de ce désaccord, chacune restant sur sa position initiale en retenant qu'en toute hypothèse, par l'effet de la franchise aucun paiement immédiat n'était dû.

A défaut de toute proposition amiable de la part de la société Findis, celle-ci ne pouvait engager une instance judiciaire ; son action de ce chef est irrecevable.

- action judiciaire de la société BNP Paribas lease group relativement à des loyers impayés

Par courrier recommandé avec avis de réception daté du 28 octobre 2013, la société Findis a notifié à M. [V] [S] une demande de mobilisation de la garantie au titre d'une action judiciaire engagée contre la société Cogelec Rhône Alpes portant sur une somme de 100 146,11 €.

Par lettre recommandée avec avis de réception datée du 19 novembre 2013, M. [V] [S] formalisait son désaccord en indiquant que la totalité du crédit financier avait été provisionné dans les comptes audités par le cessionnaire et proposait son assistance dans la défense à l'action judiciaire.

Il n'est justifié d'aucune démarche tendant à une résolution amiable de ce désaccord les parties n'ayant même pas échangé quelque correspondance dans le mois qui a suivi l'expression du désaccord par les consorts [S].

En conséquence, la société Findis est irrecevable en son action de ce chef.

- réclamation relative à une procédure mise en oeuvre par l'Autorité de la concurrence

Par courrier recommandé avec avis de réception daté du 12 novembre 2013, la société Findis a notifié à M. [V] [S] une demande de mobilisation de la garantie au titre de visite et saisies opérées le 17 octobre 2013 dans les locaux de la

société Gemdis (ex Cogelec Rhône Alpes).

Par lettre recommandée avec avis de réception datée du 3 décembre 2013, messieurs [J] et [V] [S] répondaient qu'ils avaient pris contact avec l'interlocutrice désignée au sein de la société Findis pour gérer le dossier, qu'ils avaient noté que la société Cogelec n'était pas au coeur de la pratique critiquée par l'Autorité de la concurrence et que la société Findis avait engagé un recours contre la procédure mise en oeuvre pour faire valoir l'insuffisance des éléments, 'le risque étant considéré comme minime' ; il ne ressort pas de ce courrier quelque désaccord ou quelque réserve sur le principe de la mobilisation de la convention de garantie pour autant que le risque de sanction soit appelé à se réaliser.

En l'absence de désaccord exprimé par les consorts [S] sur le principe de la mobilisation de la garantie, il ne saurait être reproché à la société Findis de n'avoir pas mis en oeuvre une procédure amiable qui n'avait pas d'objet.

La société Findis est donc recevable en son action de ce chef.

- rectification fiscale

Par courrier recommandé avec avis de réception daté du 12 décembre 2013, la société Findis a notifié à M. [V] [S] une demande de mobilisation de la garantie au titre d'une rectification fiscale portant sur une somme de 34 253 €. Délivrée le 19 décembre 2013 en violation du délai d'un mois prévu par l'article 12, l'assignation a, de fait, privé les consorts [S] de la possibilité d'exprimer leur désaccord en temps utile de sorte que la société Findis ne peut se prévaloir d'une absence de désaccord exprimé par les garants dans ce court délai ; les garants exprimeront leur désaccord sur la mobilisation de la garantie de ce chef le 27 février 2014. La délivrance de l'assignation dans ces circonstances constitue par elle-même une violation de l'article 12.

Partant, la société Findis est irrecevable en son action de ce chef.

Contrairement à ce que soutient la société Findis, rien ne s'oppose à ce que la juridiction saisie examine le seul chef de demande qui échappait à l'application de l'article 12 puisque les garants n'avaient émis aucune contestation sur la mise en oeuvre de la garantie le concernant, c'est à dire la procédure mise en oeuvre par l'Autorité de la concurrence.

En conséquence, le jugement dont appel est réformé ainsi qu'il suit dans les rapports entre la société Findis et les consorts [S].

La Caisse d'épargne qui a donné sa caution à la garantie consentie par les consorts [S] soutient qu'elle est habile à se prévaloir de la fin de non recevoir tirée du défaut de mise en oeuvre de la procédure amiable préalable prévue par l'article 12 de la convention de garantie.

La société Findis soutient que la caution n'a pas qualité pour se prévaloir de cette fin de non recevoir.

Selon l'article 2313 du code civil, la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette ; mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur.

La fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en oeuvre d'une clause contractuelle qui institue une procédure de règlement amiable, obligatoire et préalable à la saisine du juge, ne concerne que les modalités d'exercice de l'action du créancier contre le débiteur principal et non la dette de remboursement elle-même dont la caution est également tenue, de sorte qu'elle ne constitue pas une exception inhérente à la dette que la caution peut opposer.

En conséquence, le fait que la société Findis soit partiellement irrecevable en son action dirigée contre les garants ne la prive pas du droit d'agir contre la Caisse d'Epargne.

Succombant partiellement dans ses prétentions, chaque partie conserve la charge des dépens qu'elle a exposés.

Il n'y a lieu à application de l'article 700 du code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS

La cour,

Statuant publiquement, contradictoirement et en dernier ressort,

DÉCLARE la société Findis recevable en ses conclusions remises le 2 octobre 2019 ;

CONFIRME le jugement dont appel en ce qu'il a déclaré la société Findis irrecevable à agir à l'encontre des consorts [S] relativement à la déclaration de l'URSSAF, au litige avec la société BNP Paris lease group et au redressement fiscal ;

L'INFIRME pour le surplus et, statuant à nouveau,

DÉCLARE la société Findis recevable à agir à l'encontre des consorts [S] relativement à la procédure mise en oeuvre par l'Autorité de la concurrence ;

DÉCLARE la société Findis recevable à agir à l'encontre de la Caisse d'épargne de Bourgogne Franche-Comté ;

LAISSE à chaque partie la charge des dépens qu'elle a exposés ;

DIT n'y avoir lieu à application de l'article 700 du code de procédure civile.

La Greffière La Présidente

Liselotte FENOUIL Michèle PICARD