Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué et les productions (Colmar, 6 juin 2001) que par acte du 17 décembre 1991, M. X... a consenti à M. Y..., détenteur de parts de la société Hôtel continental, un prêt d'un montant de 1 100 000 francs avec intérêts de 10 % l'an, remboursable le 31 décembre 1992 ; que par acte séparé du même jour, M. Z... qui était également intervenu à l'acte de prêt s'est porté caution solidaire de M. Y... envers M. X... à concurrence de 550 000 francs ; que le prêt n'a pas été remboursé à la date prévue ; que le 11 juin 1993, a été passée entre M. Y..., M. X... et M. A... une convention selon laquelle ce dernier a déclaré qu'il souhaitait acquérir le fonds de commerce exploité par la société Hôtel continental et a remis à cette fin deux chèques dont l'un d'un montant de 1 200 000 francs à M. X... en remboursement de la somme prêtée le 17 décembre 1991, étant précisé que le solde de la dette en principal et intérêts de M. Y... à l'égard M. X... serait payé dans un délai d'un an ; que le 14 juin 1993, une seconde convention est intervenue aux termes de laquelle M. Y... a renoncé à la vente du fonds de commerce de la société Hôtel continental au profit de M. A... et M. X... ; que M. X... a saisi le juge des référés aux fins d'obtenir la condamnation de M. Z... au paiement d'une provision en exécution de son engagement de caution ; que le juge des référés a accueilli la demande ; que M. Z... a assigné M. X... pour se voir décharger de son cautionnement en raison du désintéressement du créancier du fait de la remise du chèque de 1 200 000 francs et a invoqué la faute de celui-ci résultant de la restitution du chèque ;

Sur le premier moyen, pris en trois branches :

Attendu M. Z... fait grief à l'arrêt du rejet de ses demandes relatives à la décharge de son engagement de caution, à la condamnation de M. X... à lui restituer les sommes versées en exécution de cet engagement et à la mainlevée des mesures d'exécution forcée entreprises ainsi que de sa condamnation au paiement des sommes de 8 000 francs à titre de dommages et intérêts et 12 000 francs en application de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, alors, selon le moyen :

1 ) que la remise d'un chèque emporte transfert immédiat de la provision et vaut paiement, sous la condition que la provision existe ;

que la caution doit donc être réputée déchargée de son engagement par l'effet d'un paiement régulier fait au créancier, au moyen d'un chèque provisionné dont l'absence d'encaissement est imputable au seul créancier, et que ce dernier ne peut, après avoir choisi de ne pas encaisser le chèque et de le restituer volontairement à son émetteur, lui réclamer paiement de la créance que ce chèque avait pour objet d'éteindre ; qu'en l'espèce, il n'avait jamais été démontré, ni même soutenu, que le chèque remis à M. X... n'était pas provisionné ; qu'en conséquence, M. Z... devait être considéré comme déchargé de son engagement de caution, dans la mesure où le créancier garanti, M. X..., avait accepté, le 11 juin 1993, un chèque de M. A..., débiteur de son débiteur, M. Y..., en paiement de sa créance ; que, dès lors, en décidant le contraire, aux motifs que la remise d'un chèque par un débiteur à son créancier ne le libère pas immédiatement et ne réalise pas un paiement qui ne sera effectué qu'au moment de l'encaissement du chèque, la cour d'appel a violé les articles L. 131-4, alinéa 2, L. 131-31 et L. 131-67 du Code monétaire et financier ;

2 ) que ne peut être qualifié de partie à un acte et doit être qualifié de tiers, celui qui est créancier de l'une des parties dans le cadre de relations antérieures, et qui n'intervient à l'acte que pour accepter une indication de paiement convenue entre les parties -vendeur et acheteur- et immédiatement exécutée à son profit ; qu'en l'espèce, pour refuser de considérer que la caution était déchargée de son engagement du fait de la restitution volontaire par le créancier du chèque qu'il avait reçu en remboursement de sa créance, la cour d'appel a retenu que M. X... était nécessairement lié par un accord global conclu entre les parties qui faisait du paiement opéré par M. A... à la fois le versement d'un acompte sur le prix de vente et le remboursement du prêt, qu'il ne pouvait, en conséquence, ignorer les effets de cette annulation sur la partie de la convention qui le concernait directement, et qu'aucune faute au préjudice de la caution ne pouvait donc être retenue à son encontre ;

qu'en statuant ainsi, sans caractériser en quoi M. X..., qui n'était pas partie à la cession du fonds de commerce et dont la signature à l'acte du 11 juin 1993 avait eu pour seul objet d'accepter l'indication de paiement stipulée et exécutée à son profit, avait manifesté son intention de voir le remboursement du prêt lié de façon indissoluble au sort de la cession, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles 1134, 1165, ensemble l'article 1382 du Code civil ;

3 ) que, si la révocation mutuelle d'un contrat produit normalement un effet rétroactif entre les parties, la relativité d'un tel accord amiable a pour conséquence que la révocation du contrat ne saurait préjudicier aux droits des tiers et opère, à leur égard, sans rétroactivité ; que l'accord intervenu entre MM. Y... et A... le 14 juin 1993 pour renoncer à la cession du fonds de commerce ne pouvait donc faire naître, à la charge de M. X..., tiers à la cession, une obligation de restitution du chèque qu'il avait reçu en paiement de sa créance ; que, dès lors, M. X..., en s'abstenant d'encaisser le chèque et en le restituant volontairement à M. A... ne pouvait nuire au droit acquis de la caution à être libérée de son engagement suite à la remise du chèque le 11 juin 1993 ; qu'en conséquence, M. Z... devait être considéré comme déchargé de son engagement de caution ; qu'en décidant le contraire, au motif erroné que M. X... ne pouvait ignorer les effets rétroactifs de "l'annulation" conventionnelle de la cession de fonds de commerce sur la partie de la convention qui le concernait directement, la cour d'appel a violé les articles 1134, alinéa 2, 1165, ensemble 1382 du Code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, que si la remise d'un chèque à l'encaissement implique dessaisissement du tireur au profit du bénéficiaire, cette remise ne vaut paiement que sous réserve de l'encaissement du chèque ;

Et attendu que l'arrêt, après avoir relevé que M. X... n'avait pas remis à l'encaissement le chèque reçu de M. A..., fût-ce sur l'indication de son débiteur M. Y..., retient exactement, par motifs propres et adoptés, qu'en l'absence d'encaissement du chèque, la simple remise n'avait aucun caractère libératoire et laissait subsister la garantie constituée par le cautionnement souscrit par M. Z... ;

Attendu, en second lieu, qu'ayant souverainement apprécié le sens et la portée de l'acte du 11 juin 1993, l'arrêt retient à bon droit que M. X... était nécessairement lié par l'accord global conclu entre les parties, qui faisait du paiement opéré par M. A... à la fois le versement d'un acompte sur le prix de cession du fonds de commerce et le remboursement partiel du prêt ; qu'ayant, par ailleurs, relevé que par acte du 14 juin 1993 dénommé "annulation de la convention" la cession du fonds de commerce avait été annulée, l'arrêt retient encore que M. X... ne pouvait ignorer les effets de cette annulation sur la partie de la convention qui le concernait directement ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, sans dénaturer les actes des 11 et 14 juin 1993, a pu décider que M. X... n'avait pas commis de faute en s'abstenant d'encaisser le chèque litigieux et en le restituant ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Et sur le second moyen :

Attendu que M. Z... fait grief à l'arrêt de sa condamnation au paiement des sommes de 8 000 francs à titre de dommages et intérêts et 12 000 francs en application de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile alors, selon le moyen :

1 ) que la partie qui n'abuse pas de son droit d'ester en justice en faisant appel du jugement qui lui est défavorable ne saurait a fortiori être considérée comme fautive pour avoir saisi le premier juge de ses demandes ; que, dès lors, en

déboutant M. X... de sa demande en dommages et intérêts pour appel abusif, la cour d'appel n'a pu faire siens les motifs du jugement condamnant M. Z... pour procédure abusive ; qu'en maintenant néanmoins la condamnation prononcée par les premiers juges, la cour d'appel a dépourvu sa décision de tout motif, et violé l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

2 ) qu'en maintenant la condamnation de M. Z..., prononcée par les premiers juges, tout en déboutant M. X... de sa demande en dommages et intérêts pour appel abusif ce dont il résultait nécessairement que M. Z... n'avait commis aucune faute, la cour d'appel a méconnu ses propres énonciations, dont il résultait que M. Z... n'avait commis aucune faute, et, par conséquent, violé l'article 1382 du Code civil ;

3 ) qu'en confirmant la condamnation des premiers juges, qui avaient retenu qu'au vu de l'ordonnance de référé du 16 juin 1994, confirmée par l'arrêt de la cour d'appel de Colmar du 8 septembre 1995, et de l'arrêt de la Cour de Cassation du 9 décembre 1997, la présente procédure était manifestement abusive, bien que l'ordonnance de référé n'ait pas autorité de chose jugée et que la Cour de Cassation, dans son arrêt du 9 décembre 1997, ne se soit pas prononcée sur les moyens et arguments mis en oeuvre par M. Z... devant les juges du fond, la cour d'appel n'a pas caractérisé les circonstances de nature à faire dégénérer en faute le droit d'agir en justice et a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du Code civil ;

Mais attendu que l'arrêt qui a rejeté la demande de dommages et intérêts pour appel abusif formée par M. X... a pu, sans se contredire, adopter les motifs des premiers juges qui ont condamné M. Z... pour procédure abusive en relevant l'obstination de celui-ci, en dépit des décisions précédemment rendues portant condamnation contre lui ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne M. Z... aux dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, condamne M. Z... à payer à M. X... la somme de 1 800 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-huit septembre deux mille quatre.