Arrêt commercial

Audience publique du huit juin deux mille onze.

Numéros 33566 et 34349 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Annette GANTREL, première conseillère;
Eliane ZIMMER, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

I)

E n t r e :

la société AAA, *société à responsabilité limitée de droit français au capital de 8.645.424 €, inscrite au registre de commerce et des sociétés de ZZZ sous le numéro ……., établie et ayant son siège social à F-….. UUU, venant aux droits de la société BBB, dénomination sociale substituée à celle de BBB1, immatriculée au registre de commerce et des sociétés d'YYY sous le numéro ……., ayant fait l'objet d'une dissolution sans liquidation entraînant la transmission universelle de son patrimoine au profit de AAA, représentée par son gérant de droit en exercice,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLE de Luxembourg du 1er avril 2008,*

comparant par Maître Fernand ENTRINGER, avocat à Luxembourg ;

e t :

la société anonyme CCC S.A., *en abrégé CAL (ci-avant CCC1 S.A. fusionné avec le CCC2 S.A. le 1er juillet 2005), établie et ayant son siège social à L-…. VVV, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du prédit exploit GALLE,*

comparant par Maître Philippe DUPONT, avocat à Luxembourg ;

I I)

E n t r e :

la société AAA, *société à responsabilité limitée de droit français au capital de 8.719.624 €, inscrite au registre de commerce et des sociétés de ZZZ sous le numéro ……., établie et ayant son siège social à F-42000 ZZZ, venant aux droits de la société BBB, dénomination sociale substituée à celle de BBB1, immatriculée au registre de commerce et des sociétés d'YYY sous le numéro ……., ayant fait l'objet d'une dissolution sans liquidation entraînant la transmission universelle de son patrimoine au profit de AAA, représentée par son gérant de droit en exercice,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 9 décembre 2008,*

comparant par Maître Fernand ENTRINGER, avocat à Luxembourg ;

e t :

la société anonyme CCC S.A., *(ci-avant CCC1 S.A. fusionné avec le CCC2 S.A. le 1er juillet 2005), établie et ayant son siège social à L-…. VVV, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro …….., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du prédit exploit BIEL,*

comparant par Maître Philippe DUPONT, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 19 janvier 2004 la société à responsabilité limitée de droit français AAA a fait comparaître la société anonyme CCC1 devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, pour voir dire que la société assignée a engagé sa responsabilité contractuelle, sinon

quasi délictuelle à l'égard de la société AAA et s'entendre condamner à lui payer la somme de 3.060.417,93 euros à titre de préjudice matériel, celle de 1.- euro à titre de préjudice économique et celle de 50.000.- euros à titre de préjudice moral. La société AAA a encore demandé l'allocation de la somme de 25.000.- euros au titre de frais irrépétibles et de celle de 10.000.- euros sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile.

La société CCC1 a demandé reconventionnellement la condamnation de la société AAA à lui payer la somme de 15.000.- euros sur base de l'article 6-1 du Code civil et celle de 15.000.- euros sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile.

Par jugement rendu le 31 janvier 2008 le tribunal, siégeant en matière commerciale, a dit la demande de la société AAA non fondée, a également dit non fondées les demandes formées sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile et de l'article 6-1 du Code civil.

Par exploit d'huissier du 1er avril 2008 la société AAA a relevé appel de ce jugement en intimant la société anonyme CCC, ci-avant CCC1.

Par conclusions notifiées le 28 octobre 2008 la société CCC a soulevé la nullité de l'acte d'appel pour indiquer une fausse adresse de la partie appelante et pour libellé obscur.

Par exploit d'huissier du 9 décembre 2008 la société AAA a signifié à la société CCC un deuxième appel contre le jugement du 31 janvier 2008 et par conclusions notifiées les 27 avril 2009, 12 mai 2009 et 9 juin 2009 elle a déclaré se désister de l'appel interjeté le 1er avril 2008.

Par arrêt rendu le 10 janvier 2010 la Cour a donné acte à la société AAA de son désistement, a constaté le refus d'acceptation de ce désistement par la société CCC, a dit que ce refus intervient pour un motif valable et a renvoyé l'affaire devant le magistrat de la mise en état.

Les deux appels ont été joints le 12 janvier 2010 par le magistrat de la mise en état.

Il y a lieu d'examiner d'abord les moyens de nullité opposés à l'acte d'appel du 1er avril 2008.

La société CCC invoque en premier lieu la nullité de l'acte d'appel sur base de l'article 153 du nouveau code de procédure civile pour indiquer un faux siège social de la partie appelante et elle soutient qu'il s'agit d'une nullité de fond à laquelle ne s'applique pas l'article 264, alinéa 2 du nouveau code de procédure civile.

L'article 153 du nouveau code de procédure civile constitue une disposition de procédure proprement dite, prescrite dans l'intérêt privé du défendeur et sanctionnée par une nullité de forme visée par l'article 264, alinéa 2 du même code (Cour 7.7.1999, P. 31,170).

La société CCC soutient en second lieu qu'en l'espèce l'irrégularité de l'acte d'appel a porté atteinte à ses intérêts. Citant trois arrêts de la deuxième chambre de la Cour de Cassation française (14.6.2001, BC II, n° 117, 21.11.2002, BC II, n° 262, 28.5.2003, BC II, n° 159) elle fait valoir qu'il est de jurisprudence que l'absence ou l'inexactitude de la mention du domicile dans l'acte d'appel est de nature à faire grief s'il est justifié qu'elle nuit à l'exécution du jugement déféré à la Cour d'appel.

L'appréciation du grief se fait *in concreto*. L'appel interjeté par la société AAA a suspendu l'exécution du jugement, laquelle se limiterait d'ailleurs à la condamnation de l'appelante aux frais de la première instance. Le tribunal n'a pas ordonné l'exécution provisoire du jugement et ni le jugement, ni l'appel interjeté par la société AAA ne sont susceptibles de donner lieu à une quelconque mesure conservatoire qui pourrait être prise par la société CCC, de sorte que l'entrave invoquée n'existe pas (cf. Roger Perrot, RTD Civ. 2001, p.664).

Une éventuelle difficulté d'exécution de l'arrêt à intervenir, laquelle peut également se produire en cas de changement d'adresse ou de siège social en cours d'instance d'appel, respectivement après le prononcé de l'arrêt, ne porte pas une atteinte suffisante aux intérêts de la partie adverse pour devoir entraîner la nullité de l'acte d'appel.

La société CCC fait valoir ensuite qu'il y a atteinte aux intérêts de la partie signifiée dès lors que l'irrégularité crée une incertitude sur la personne du requérant et elle soutient qu'en l'espèce la multiplicité des sièges sociaux indiqués par l'appelante engendre une confusion quant à sa personne, ce d'autant plus que l'appelante est une personne morale venant aux droits d'une autre.

Si la société AAA est venue aux droits de la société BBB, dénomination sociale substituée à celle de BBB1, c'est déjà la société AAA qui a été demanderesse en première instance. Si, d'autre part, cette société a changé de siège social en cours de première instance ou après le prononcé du jugement de première instance et si elle s'est méprise dans l'indication du nouveau siège social, la Cour ne peut admettre que la société CCC a pu avoir un doute sur la personne de la partie appelante dont la dénomination sociale est la même qu'en première instance et figure dans le jugement dont appel, indiqué dans l'acte d'appel.

Ce moyen de nullité de l'acte d'appel du 1er avril 2008 n'est donc pas fondé.

La société CCC soulève en deuxième lieu la nullité de l'acte d'appel pour ne pas formuler, sinon du moins de façon insuffisante, les moyens d'appel. Elle soutient que dans son acte d'appel la société AAA dit que les premiers juges ont méconnu les arguments de fait et de droit développés devant eux, que *"ces arguments sont censés repris in extenso et sont complétés par les points suivants: …"*, que d'après l'article 586, alinéa 1er du Nouveau code de procédure civile l'acte d'appel doit toutefois formuler expressément les

prétentions de la partie et les moyens sur lesquels chacune de ses prétentions est fondée et que d'après la jurisprudence le fait de critiquer un jugement en se référant aux seules conclusions de première instance ne constitue pas une motivation sommaire telle qu'exigée par l'article 586 susdit.

Selon l'intimée, l'acte d'appel de la société AAA contient un renvoi standardisé aux moyens développés en première instance, qui ne constitue pas une motivation suffisante, ainsi qu'une présentation de moyens "complémentaires" de ceux de première instance lesquels ne peuvent se comprendre que par la relecture des conclusions de première instance, que ces moyens complémentaires ne contiennent par ailleurs aucun reproche précis contre le jugement entrepris qui n'y est pas même mentionné une seule fois.

Dans son acte d'appel la société AAA renvoie effectivement à ses conclusions de première instance non annexées à l'acte d'appel, mais elle ajoute aux arguments contenus dans ses conclusions de première instance sept points devant complémenter ces arguments, développés sur six pages. S'il est vrai que certains de ces arguments complémentaires, notamment ceux concernant les mandats post mortem, sont difficilement compréhensibles, d'autres arguments sont cependant dirigés contre la motivation contenue dans le jugement à l'appui de la décision de rejet de la demande de l'appelante.

Le reproche de la société CCC que les moyens complémentaires ne contiendraient aucun reproche précis contre le jugement qui n'y est pas mentionné n'est pas fondé. En effet, dans l'acte d'appel sont indiqués les différents attendus de la décision entreprise contre lesquels l'appel est dirigé et les développements qui suivent constituent autant d'arguments contre ces attendus, valant reproches suffisants.

Ce moyen de nullité de l'acte d'appel n'est donc pas fondé non plus et l'appel du 1er avril 2008 est recevable.

Par conclusions notifiées le 12 avril 2010 la société AAA demande à la Cour de constater le désistement d'instance relativement à l'appel interjeté le 1er avril 2008 et de dire que cette procédure est éteinte.

Au vu de l'arrêt du 10 janvier 2010 cette demande est irrecevable.

Lorsqu'une même affaire fait l'objet de deux instances devant la même juridiction, il n'y a pas litispendance. Dans ce cas la deuxième instance n'a pas d'objet, à moins qu'elle contienne un chef nouveau (E.D. Proc. civ. verbo Litispendance, n° 19).

L'appel du 9 décembre 2008, qui ne contient pas de chef nouveau, est à dire sans objet.

Les faits invoqués par la société AAA à l'appui de sa demande, tels qu'ils sont exposés dans son exploit introductif d'instance du 19 janvier 2004 sont les suivants:

En novembre 1999 la société BBB1 a été contactée par la société DDD, en la personne de EEE, qui a proposé de lui procurer un stock de 4000 tonnes de polyéthylène, subordonnant son offre à la constitution d'une garantie par la société BBB1, à savoir le virement par BBB1 de la somme de 3.050.000 USD sur le compte de la société DDD auprès du CCC1. Le 3 décembre 1999 la société BBB1 a procédé au virement de cette somme au crédit du compte n° 40 217 64 de la société DDD, mais il ressort de l'avis de crédit du CCC1 que le virement a été crédité sur le compte personnel de EEE, dirigeant de la société DDD.

L'opération commerciale ne s'est finalement pas réalisée et la société DDD a effectué le 19 janvier 2000 un virement de 2.241.426 USD au profit de BBB1, de sorte qu'il restait redu au titre du remboursement de la garantie la somme de 808.574 USD.

Pour la restitution de ce solde, la société DDD et le CCC1 ont exigé, en contrepartie de ce remboursement, que la société BBB1 fournisse une garantie bancaire à première demande au profit du CCC1 en garantie d'une facilité de caisse consentie par cet établissement à la société DDD pour un montant de 2.500.000 USD, plus intérêts, frais et accessoires, soit au total 2.700.000 USD. Cette garantie a été constituée par la société BBB1 par lettre adressée le 18 février 2000 au CCC1 France, agence ZZZ.

En juillet 2000 la société DDD a procédé à deux virements au profit de BBB1 de 250.000 USD chacun en remboursement de la garantie consentie en novembre 1999, de sorte qu'il restait un solde de 308.574 USD.

S'étant rendue compte qu'en février 2000 elle avait constitué une garantie à première demande de 2.700.000 USD pour obtenir remboursement de la première garantie dont le solde ne s'élevait finalement qu'à 308.574 USD la société BBB1 a par lettre recommandée du 25 octobre 2000 fait défense au CCC1 France de payer quelque somme que ce soit au titre de la garantie. Par courrier du 2 novembre 2000 le CCC1 France a répondu qu'il refusait de tenir compte de la défense de payer.

Le CCC1 ayant demandé au CCC1 France la mise en œuvre de la garantie donnée par la société BBB1, celle-ci a été condamnée par un jugement rendu le 17 mai 2001 par le tribunal de commerce de Paris à payer au CCC1 France la somme de 2.437.181,74 USD, jugement confirmé par arrêt de la Cour d'appel de Paris du 5 février 2002, rectifié à cause d'une erreur matérielle par arrêt du 14 mai 2002, et qui a porté le montant à payer à 2.515.810,25 USD.

Sur base de cet exposé de faits la société AAA a imputé au CCC1 différentes manœuvres dolosives.

Elle lui a reproché d'avoir profité du fait que BBB1 cherchait à recouvrer le solde de sa créance à l'égard de la société DDD pour l'amener a souscrire une garantie à première demande qui était destinée uniquement à garantir l'emprunt que le CCC1 avait – ou plus exactement aurait – accordé à la société DDD.

Elle a soutenu que le CCC1 a obtenu de BBB1 la souscription d'une garantie pour le remboursement d'une facilité de caisse qui n'a en fait jamais été accordée à la société DDD, mais à un tiers, à savoir son dirigeant EEE, et qu'il a autorisé et facilité que les fonds prêtés ont été virés sur le compte bancaire d'une société FFF à Hong Kong en transitant par le compte de la société GGG, dont le dirigeant est EEE.

Elle a reproché en troisième lieu au CCC1 d'avoir trompé BBB1 sur la solvabilité de la société DDD, sinon de s'être rendue coupable de réticence dolosive en se gardant d'informer BBB1 sur la situation de la société DDD.

La société AAA a conclu que le CCC1 a en raison de ces fautes engagé sa responsabilité contractuelle, sinon délictuelle de l'article 1382 du Code civil.

Par conclusions du 20 septembre 2004 la société AAA a renoncé à la base contractuelle. Dans ces conclusions elle a encore reproché à la société CCC1 de l'avoir trompée sur le réel bénéficiaire du virement de 3.050.000 USD, effectué en décembre 1999 à titre de garantie et a demandé la condamnation du CCC1 à lui payer la somme de 308.574 USD, représentant le solde non récupéré de cette garantie.

Par conclusions du 25 novembre 2004 le CCC1 a conclu à l'irrecevabilité de cette demande nouvelle. A l'appui de ce moyen, il a fait plaider que dans le dispositif de son assignation la société AAA a conclu "*à voir dire que le CCC1 a commis une faute dolosive au préjudice de la société AAA:*

- *en trompant cette dernière sur la portée de la lettre de garantie signée à sa demande et selon ses instructions,*
- *en la trompant sur la solvabilité réelle de la société DDD*
- *en la trompant sur la cause même de cette garantie étant donné que la facilité de caisse ne semble pas avoir été octroyée à la société DDD, mais à EEE".*

Faisant valoir que dans le dispositif de l'assignation il n'est nulle part fait mention d'un prétendu dol commis lors de l'émission du dépôt de garantie fin 1999, il a soutenu que dans ses conclusions du 20 septembre 2004 la société AAA a formulé une demande nouvelle qui est irrecevable au regard de l'article 53, alinéa 1er, du Nouveau code de procédure civile.

La société CCC interjette appel incident contre le jugement du 31 janvier 2008 en ce que ce moyen n'a pas été accueilli.

A la lecture de ce moyen d'irrecevabilité, tel que présenté en première instance et repris en instance d'appel, la Cour constate que, nonobstant le renvoi à l'article 53 du Nouveau code de procédure civile qui traite de l'objet du litige, il n'était pas dirigé contre l'augmentation à raison de 308.574 USD de la demande en condamnation, la société CCC1 ayant par ailleurs fait valoir dans ses conclusions du 25 novembre 2004 que le solde redu au titre du remboursement du dépôt de garantie a été payé au moyen d'un virement de 309.000 USD effectué le 12 mars 2001 par les dirigeants de DDD. Dans ses dernières conclusions prises en première instance la société AAA n'a d'ailleurs

plus réclamé la somme de 308.574 USD, mais seulement le montant de 3.060.417,93 euros demandé dans l'assignation.

Le reproche d'une tromperie sur le réel bénéficiaire du virement de 3.050.000 USD effectué par BBB1 fin 1999, pris en lui-même, se déduit de la cause de la demande de la société AAA résultant de son exploit d'assignation, laquelle s'entend de "l'ensemble des faits allégués par les parties à l'appui de leurs prétentions" (H. Solus et R.Perrot, Droit judiciaire privé, T. III, n° 70). Il rentre dans le reproche général de manœuvres dolosives attribuées à la société CCC1 à l'appui de la demande en dommages et intérêts et fait donc partie des moyens, qui sont "les éléments qui servent à justifier la prétention sans la modifier (E.D. Codes annotés, C.PR.C., art. 464, n° 796). La circonstance que ce moyen figure dans le dispositif des conclusions de AAA du 20 septembre 2004, à l'instar de ceux invoqués dans l'assignation, qui figuraient eux aussi dans le dispositif de l'assignation - où ils n'avaient pas besoin de figurer (cf.Jacques Boré, La cassation en matière civile, éd. 1997, n° 1994) – ne le transforme pas en demande.

L'appel incident n'est donc pas fondé sur ce point.

Par conclusions prises en première instance le 29 mars 2005 la société AAA a encore fait figurer parmi les fautes dolosives reprochées au CCC1 le fait d'avoir établi un dossier de crédit ayant permis l'octroi à DDD de la facilité de caisse de 2.500.000 USD sur base de fausses informations relatives à Messieurs III et EEE.

Par conclusions du 6 mai 2005 la défenderesse a soutenu qu'il s'agit là encore d'une demande nouvelle non visée dans l'exploit d'assignation, donc irrecevable et dans le cadre de son appel incident la société CCC reproche aux premiers juges de ne pas avoir accueilli ce moyen.

Ce moyen de la société CCC appelle la même réponse que son premier moyen d'irrecevabilité.

Dans des conclusions prises en première instance le 22 septembre 2006 la société AAA, répondant aux moyens d'irrecevabilité du CCC1, a fait plaider que *"l'ensemble des demandes formulées depuis l'assignation délivrée à l'encontre du CCC1 du Luxembourg:*

- *sont toutes fondées sur les articles 1382 et 1384 du code civil*
- *se rapportent toutes aux mêmes faits*
- *tendent toutes à l'indemnisation d'un même préjudice"*

Par conclusions prises 28 novembre 2006 la société CCC1 a conclu à l'irrecevabilité de la demande en tant que fondée sur l'article 1384 du Code civil comme constituant une demande nouvelle au sens de l'article 53 du Nouveau code de procédure civile. La société CCC reprend ce moyen à l'appui de son appel incident.

Le fondement juridique d'une demande est autre chose que son objet. L'article 53 du Nouveau code de procédure civile invoqué ne s'applique pas en l'espèce.

D'après l'article 61 du Nouveau code de procédure civile:
"Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.
Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée.
Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par des qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat."

La qualification des faits invoqués à l'appui de la demande et la recherche du fondement juridique de cette demande sont donc en principe l'œuvre du juge.

En l'espèce la société AAA a dans son assignation introductive d'instance mentionné à plusieurs reprises HHH, préposé du CCC1, comme étant l'auteur des manœuvres dolosives reprochées au CCC1. Sur base ce cet exposé des faits le tribunal aurait donc le cas échéant pu, voire dû (cf. Cass 10.3.2011, numéro 2815 du registre) décider que le fondement correct de la demande est non pas l'article 1382 du Code civil, mais l'article 1384, alinéa 3, même non invoqué.

Le fait qu'en cours de première instance la société AAA a elle-même invoqué l'article 1384 du Code civil ne peut donc être constitutif d'une demande nouvelle prohibée.

Ce moyen invoqué à l'appui de l'appel incident n'est pas fondé non plus.

Dans le dispositif du jugement du 31 janvier 2008 le tribunal a dit la demande de la société AAA recevable en la forme et l'a rejetée comme non fondée.

Dans la motivation son acte d'appel la société AAA indique les différents attendus du jugement entrepris qui sont critiqués par elle. Dans le dispositif elle demande à la Cour par réformation du jugement de dire que le CCC1 a commis des fautes dolosives, notamment: … (sont ensuite énumérés cinq reproches adressés à l'intimée), et elle demande la condamnation de l'intimée à lui payer les montants de 3.060.417,93 euros au titre du préjudice subi, y compris les frais de procédure, de 1.- euro au titre du préjudice économique et de 50.000.- euros au titre du préjudice moral. Elle demande encore la somme de 25.000.- euros au titre des frais irrépétibles et celle de 10.000.- euros sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile. Ce sont les montants qui figuraient également dans l'assignation introductive d'instance.

Dans des conclusions prises devant la Cour le 22 septembre 2009 la société AAA conclut dans le dispositif à voir réformer en son intégralité le jugement du 31 janvier 2008. Elle demande ensuite à la Cour de constater, respectivement dire et juger que la société CCC1 a commis les différentes fautes longuement

décrites dans les trente-neuf pages de conclusions ayant précédé le dispositif. Les reproches figurant dans le dispositif sont cette fois-ci au nombre de onze. La société AAA demande condamnation du CCC à lui payer la somme de 2.920.058,65 euros au titre du préjudice subi, celle de 140.359,28 euros au titre des frais de procédure et celle de 50.000.- euros au titre du préjudice moral. Elle ne réclame plus les 25.000.- euros au titre des frais irrépétibles, mais la somme de 20.000.- euros sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile.

Par conclusions du 23 novembre 2009 la société CCC conclut, sur base de l'article 592 du Nouveau code de procédure civile, à l'irrecevabilité de toutes les demandes formulées au dispositif des conclusions adverses, soutenant que la société AAA demande désormais

- à voir réformer, non plus certains attendus, mais l'intégralité du jugement entrepris,
- à voir dire et constater non plus que la Banque aurait commis certaines fautes dolosives, énumérées dans l'acte d'appel, mais encore six autres fautes,
- à voir condamner la Banque non pas à payer les montants de 3.060.417,93 euros, 1.- euro et 50.000.- euros, mais à payer trois autres montants de 2.920.058,65 euros, 140.359,28 euros et 50.000.- euros,
- à se voir allouer non plus 25.000.- euros plus 10.000.- euros au titre de prétendues indemnités de procédure, mais 20.000.- euros.

On ne demande pas réformation des motifs du jugement dont appel, mais de son dispositif. En demandant dans l'acte d'appel l'adjudication de sa demande rejetée par le jugement du 31 janvier 2008 la société AAA a demandé sa réformation intégrale.

Il a été dit ci-dessus que la reprise dans le dispositif des moyens développés dans la motivation ne transforme pas ces moyens en demandes.

Le montant de 3.060.417,93 euros réclamé dans l'acte d'appel au titre du préjudice, y compris les frais de procédure, est la somme des montants de 2.920.058,65 euros et 140.359,28 euros réclamés dans les conclusions du 22 septembre 2009 au titre du préjudice et des frais de procédure. Il n'y a donc pas augmentation.

La renonciation à un chef de demande, en l'espèce à l'allocation de 1.- euro au titre du préjudice économique, ne constitue pas une demande nouvelle.

La réduction du montant réclamé sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile ne constitue pas non plus une demande nouvelle.

Le moyen d'irrecevabilité est à rejeter.

Les manœuvres dolosives reprochées par AAA au préposé du CCC1, tels qu'elles se dégagent du jugement entrepris, de l'acte d'appel et des conclusions prises en instance d'appel, sont les suivantes:

- avoir détourné le virement de 3.050.000 USD effectué en décembre 1999 par BBB1 au profit de la société DDD, en le virant sur le compte personnel de EEE,

- avoir trompé BBB1 sur la finalité de la facilité de caisse de 2.500.000 USD accordée en février 2000 en lui faisant croire qu'elle était destinée à permettre à DDD de rembourser le solde de 808.574 USD encore redu à ce moment au titre de la garantie donnée en décembre 1999, alors qu'en réalité cette facilité de caisse était destinée à permettre à EEE de rembourser ses dettes personnelles,

- avoir trompé BBB1 lors de l'émission par elle de la garantie à première demande en lui faisant croire que la facilité de caisse de 2.500.000 USD avait déjà été accordée afin de l'induire en erreur sur la solvabilité de la société DDD et de la persuader à consentir à cette garantie,

- avoir présenté de fausses informations à sa hiérarchie ayant permis l'obtention de la facilité de caisse,

- avoir participé au ou du moins laissé faire le détournement par EEE de la facilité de caisse accordée à la société DDD au profit de la société GGG.

La société CCC1 se voit reprocher:

- d'avoir accordé fautivement la facilité de caisse à la société DDD sans procéder à aucun contrôle sur la situation financière de la société DDD,

- d'avoir manqué à son obligation de contrôler l'utilisation du crédit affecté.

La société CCC fait plaider qu'en invoquant un prétendu dol du CCC1 quant à l'existence et la nature de sa créance contre DDD, l'appelante cherche en fait à se prévaloir d'exceptions inhérentes à l'opération fondamentale, à savoir le prêt accordé par la Banque à DDD et ainsi créer un lien entre cette opération et la contre-garantie, qu'elle tente de démontrer que la créance garantie serait viciée et que le paiement effectué au profit du CCC1 par le garant CCC1 France ne serait pas fondé. L'intimée fait valoir que le caractère autonome de l'engagement du contre-garant s'oppose à cette demande, le contre-garant ne pouvant opposer, ni au garant, ni au bénéficiaire, aucune exception tenant à la créance garantie.

La société CCC discute ensuite les conditions d'applications de l'article 1116 du Code civil relatif au dol et soutient que ces conditions ne sont pas remplies en l'espèce.

Ces conclusions sont à côté des faits exposés ci-dessus par la société AAA et des dispositions légales invoquées au soutien de sa demande.

La société AAA ne se prévaut pas à l'encontre du CCC de l'article 1116 du Code civil, ayant renoncé en première instance à ce fondement juridique de sa demande.

L'appelante n'invoque pas non plus des exceptions inhérentes à l'opération fondamentale pour en déduire qu'elle ne serait pas tenue comme contre-garant. Ayant payé en sa qualité de contre-garant, elle exerce une action en dommages et intérêts contre le CCC1, actuellement CCC, et soutient à l'appui de cette action que son engagement en qualité de contre-garant et le paiement qu'elle a dû effectuer en cette qualité ont été engendrés par les manœuvres dolosives qu'elle reproche au CCC1, valant fautes au sens des articles 1382, respectivement 1384 du Code civil.

La société CCC soutient d'autre part qu'en admettant que HHH se soit rendu coupable de manœuvres frauduleuses, la responsabilité de la Banque ne saurait être engagée, qu'il a en effet été jugé que si le préposé agit en dehors de ses fonctions et dans un but étranger à celui qui lui fut assigné par la banque, même si c'est au lieu de ses fonctions, le dommage résultant de ses agissements ne se rattache pas à l'exercice de ses fonctions de préposé de la banque.

Les agissements reprochés à HHH tels qu'ils se dégagent des faits exposés à l'appui de la demande, ont eu lieu dans l'exercice de ses fonctions, étant relatifs à l'octroi de la facilité de caisse accordée par le CCC1 à la société DDD et à la garantie à première demande consentie par la société BBB1.

La société AAA reproche en premier lieu à HHH d'avoir détourné le virement de 3.050.000 USD effectué en décembre 1999 par BBB1 au profit de la société DDD en le virant sur le compte personnel de EEE et d'avoir tenu la société BBB1 dans l'ignorance de ce détournement, ainsi que des relations financières douteuses entretenues entre la société DDD et ses dirigeants. Elle soutient que c'est l'ignorance du détournement intervenu qui est seule à l'origine de la poursuite par BBB1 de ses relations avec la société DDD et de l'octroi ultérieur d'une garantie à première demande.

Il résulte des pièces versées que la société BBB1 a donné l'ordre de virer la somme litigieuse sur le compte n° 40 217 64 auprès du CCC1, avec la mention "transfert faveur DDD1 London". Le compte indiqué était celui des dirigeants de DDD, III et EEE, communiqué à BBB1 dans un courrier du 26 novembre 1999, à en-tête DDD Security Limited. Cette société ne disposait à cette époque pas encore de compte auprès du CCC1, un compte au nom de DDD n'ayant été ouvert qu'en janvier 2000. Le CCC1 a exécuté ce virement nonobstant la discordance entre le numéro de compte et le bénéficiaire figurant dans la mention ci-dessus.

La Cour n'a cependant pas besoin d'examiner si, en ce faisant, la Banque a commis une négligence fautive. Elle ne peut en effet suivre l'argumentation de la société AAA qu'il s'agirait-là d'un détournement, qu'elle aurait été dans l'ignorance de ce détournement et que cette ignorance aurait été seule à l'origine de sa décision de consentir la garantie à première demande.

Le lendemain du virement litigieux elle s'est en effet fait accorder sur le même compte 40 217 64 par III et EEE un pouvoir post mortem à concurrence de la somme de 3.050.000 USD. L'appelante soutient à ce sujet qu'un premier pouvoir avait été donné le 4 décembre 1999 par les dirigeants de DDD sur un compte présenté comme étant celui de DDD et que le pouvoir n'indiquait pas que III et EEE agissaient en qualité de dirigeants de DDD, de sorte que BBB1 a demandé que soit rédigé un nouveau pouvoir au nom de DDD, ce qui fut fait le 8 décembre 1999.

Le pouvoir post-mortem du 4 décembre 1999 n'indique nulle part le nom de la société DDD, mais III et EEE donnent pouvoir sur le compte numéro 40 217 64 qui dans le texte du pouvoir est désigné "mon compte de dépôt auprès du CCC1". Le compte n'était donc pas présenté comme étant celui de la société DDD. Dans son acte d'appel la société AAA écrit: "Le mandat post-mortem similaire du 8 décembre 1999 concerne un compte 402-17-64. Le pouvoir post-mortem parle de III et/ou EEE c/o DDD1 Voilà qui prouve bien que DDD n'est pas titulaire du compte".

Cette constatation faite dans l'acte d'appel, BBB1 pouvait la faire dès la réception du pouvoir post-mortem et en déduire que le montant de 3.050.000 USD n'avait pas été viré sur le compte de DDD. L'ignorance invoquée n'est donc pas donnée.

Le 19 janvier 2000 la société BBB1 se voit rembourser la somme de 2.241.426 USD. Le remboursement est fait par virement du compte 40 749 64 de la société DDD auprès du CCC1.

En juillet 2000 sont encore virés à BBB1 deux fois 250.000 USD du compte de la société DDD et le solde est remboursé le 2 mars 2001 moyennant virement de la somme de 309.000 USD du compte cette fois-ci de III et EEE.

Il s'en suit qu'il n'y a pas eu détournement de la somme de 3.050.000 USD et la société BBB1 en a obtenu remboursement intégral. Elle a surtout été remboursée de la presque totalité de la somme par la société DDD. Le fait que cette somme avait été virée sur le compte de III et EEE n'a dans ces circonstances pas porté à conséquence. La société BBB1, qui a pu s'en rendre compte avant de consentir la garantie à première demande, ne peut faire croire qu'une prétendue ignorance de sa part d'un détournement qui aurait été commis par les dirigeants de DDD, lequel en fait n'a pas eu lieu, aurait seule été à l'origine de cette garantie.

L'appelante reproche ensuite à HHH de l'avoir trompée sur la finalité de la facilité de caisse de 2.500.000 USD accordée en février 2000 en lui faisant croire qu'elle était destinée à permettre à DDD de rembourser le solde de 808.574 USD encore redu à ce moment au titre de la garantie donnée en décembre 1999, alors qu'en réalité cette facilité de caisse était destinée à permettre à EEE de rembourser ses dettes personnelles.

Concernant la première affirmation de l'appelante, qui reste à l'état de pure allégation, la Cour retient avec l'intimée qu'elle n'est pas crédible. On ne peut en effet raisonnablement admettre qu'une société qui, au vu de son objet social, est expérimentée dans le domaine des transactions financières puisse se faire amener à consentir une garantie à première demande à concurrence de la somme de 2.500.000 USD dans le seul but d'obtenir remboursement de la somme de 808.574 USD. Dans sa réunion du 14 février 2000 le conseil d'administration de la société BBB1 a d'ailleurs donné pouvoir à son directeur KKK à l'effet de consentir la garantie de 2.500.000 USD au titre d'une facilité de caisse du même montant à la société DDD "aux fins que cette dernière puisse fournir de la matière première à la société BBB1".

Ainsi que l'ont par ailleurs déjà constaté les premiers juges, il ne résulte d'aucun élément du dossier qu'à l'occasion de la constitution de la garantie à première demande il y ait eu des contacts directs entre le CCC1 et la société BBB1 qui a contacté le CCC1 France pour lui annoncer qu'elle se porte garant d'une facilité de caisse accordée à DDD par le CCC1. On doit dès lors se demander quand et comment aurait pu avoir lieu une prise d'influence de HHH sur la décision de BBB1.

A l'appui de son affirmation que la facilité de caisse était en réalité destinée à permettre à EEE de rembourser ses dettes personnelles l'appelante soutient que le 17 janvier 2000 EEE s'est vu accorder par le CCC1 un crédit de 4.000.000 USD sur son comte 40 217 64 avec échéance au 20 février 2001, que ce crédit lui a été accordé le jour où la société DDD devait rembourser les 3.050.000 USD versés au titre de l'opération commerciale non réalisée, que le terme de la garantie à première demande consentie par BBB1 est le 21 février 2001, soit le lendemain de l'échéance du prêt consenti à EEE.

La société AAA en déduit que le prêt de 4.000.000 USD accordé à EEE était destiné à lui permettre de rembourser les 3.050.000 USD détournés et que la garantie à première demande souscrite par BBB1 était destinée à garantir le prêt de 4.000.000 USD accordé à EEE. Pour preuve de la justesse de sa déduction elle se prévaut d'un courrier adressé le 27 novembre 2000 par le CCC1 à la société BBB1 et dans lequel il est dit "Les multiples entretiens avec Monsieur EEE, et particulièrement celui du 20 courant, nous conduisent à la conclusion que ce dernier pourrait éteindre la dette au plus tard le 15 décembre 2000". Elle soutient que la dette dont question dans ce courrier est la dette personnelle de EEE.

Ainsi que le fait remarquer à juste titre l'intimée, une simple coïncidence de dates ne permet pas à elle seule les déductions opérées par la société AAA. En ce qui concerne le courrier du 27 novembre 2000 l'intimée fait valoir que EEE assurait la gestion des avoirs de la société DDD auprès du CCC1 et qu'il n'est dès lors pas surprenant qu'il soit fait référence à cette personne dans un courrier concernant DDD. Il faut d'ailleurs se demander pour quelle raison HHH aurait parlé d'une dette personnelle de EEE dans un courrier adressé à la société BBB1 et concernant la garantie à première demande souscrite par cette société en faveur de la société DDD.

La société AAA reproche ensuite à HHH de l'avoir trompée lors de l'émission par elle de la garantie à première demande en lui faisant croire que la facilité de caisse de 2.500.000 USD avait déjà été accordée afin de l'induire en erreur sur la solvabilité de la société DDD et de la persuader à consentir à cette garantie.

Elle fonde ce reproche sur les termes "au titre de la facilité de caisse de 2.500.000 USD (…) accordée par le bénéficiaire à la société DDD …" figurant dans la lettre de garantie qu'elle a adressée le 18 février 2000 au CCC1 France et sur les termes "au titre de la facilité de caisse que vous accordez à la société DDD", figurant dans trois messages adressés les 21 février, 25 février et 8 mars 2000 par le CCC1 France au CCC1 pour lui confirmer qu'il se porte garant de cette facilité de caisse. Le reproche adressé par l'appelante à HHH ne résulte pas de ces courriers, qui n'émanent pas de HHH, mais qui ont été adressés au CCC1 France, respectivement au CCC1. Ainsi qu'il vient d'être dit, il ne résulte par ailleurs d'aucun élément du dossier qu'à l'occasion de l'émission de la garantie à première demande il y ait eu des contacts directs entre HHH et la société BBB1. L'intimée fait enfin valoir à juste titre que tout établissement bancaire sollicite la constitution de garanties avant d'accorder un prêt quand bien même les affaires de la société garantie seraient prospères au moment de l'octroi du prêt, ce dont la société BBB1 devait être consciente.

La société AAA reproche encore à HHH d'avoir présenté de fausses informations à sa hiérarchie ayant permis l'obtention de la facilité de caisse. Elle reproche à la société CCC1 d'avoir accordé fautivement la facilité de caisse à la société DDD, sans procéder à aucun contrôle.

La fausse information qui, selon l'appelante, a été fournie par HHH à sa hiérarchie, consiste dans l'information figurant dans le dossier établi par ce dernier le 17 mars 2000 à l'occasion de la facilité de caisse demandée par la société DDD que EEE et III, dirigeants de DDD, sont actionnaires dans les sociétés JJJ et BBB1, ce qui, d'après une attestation établie par KKK en sa qualité de fondateur de JJJ et de BBB1, ne correspond pas à la réalité.

Cette information n'était toutefois certainement pas pour la Banque un élément déterminant pour un accueil favorable de la demande de la société DDD, n'étant sans aucune pertinence dans l'examen de cette demande. Si HHH a donné cette information, c'était probablement en guise d'une possible explication de la garantie à première demande consentie par BBB1, écrivant en effet ensuite: "Clientes depuis 23 ans au CCC1 Lyon, c'est d'ailleurs BBB1 qui a donné mandat d'émission de la garantie bancaire de USD 2.700.000 (concernant le capital et les intérêts) …".

A l'appui de son reproche dirigé contre la société CCC1 d'avoir accordé la facilité de caisse à la société DDD sans procéder à aucun contrôle sur la situation financière de la société DDD, l'appelante ne soutient pas qu'en exerçant un tel contrôle le CCC1 aurait pu se rendre compte d'une situation financière compromise de cette société la mettant dans l'impossibilité d'honorer ses engagements, seul élément permettant de rendre le reproche concluant. Etant donné d'ailleurs que la société BBB1 était en relation d'affaires avec la société DDD, à laquelle elle a en décembre 1999 viré la somme de plus de trois

millions USD, s'apprêtant quelques mois plus tard a consentir en sa faveur une garantie à première demande de 2.500.000 USD, on peut admettre qu'elle a elle-même pris des renseignements au sujet des capacités financières de la société DDD.

La société AAA reproche enfin à HHH d'avoir participé au détournement par EEE de la facilité de caisse accordée à la société DDD au profit de la société GGG, respectivement d'avoir permis ce détournement et elle soutient que le CCC1 a manqué à son obligation de contrôler l'utilisation du crédit.

Ainsi que l'ont déjà relevé les premiers juges un détournement n'est pas établi. La société CCC fait valoir à juste titre que le simple fait que des sommes égales au montant de la facilité de caisse aient fait l'objet d'un virement au profit de la société GGG, ne permet pas d'établir que ces sommes aient profité à EEE et n'aient pas servi à l'acquisition de matières premières au profit de BBB1 par DDD.

Il résulte d'ailleurs des pièces de la société AAA qu'entre le 17 février et le 13 avril 2000 quatre factures, s'élevant au total à près de sept millions de francs français ont été adressées par la société DDD à la société BBB1 pour la fourniture de polyéthylène.

L'appelante fait plaider à ce sujet que deux des quatre opérations faisant l'objet de ces factures sont antérieures à l'attribution de la facilité de caisse et que chacune de ces opérations a été payée comptant ou même, pour certaines, d'avance, ce qui, selon elle, infirmerait l'hypothèse de la Banque que la facilité de caisse a été octroyée en vue de réaliser ces ventes.

La société AAA n'indique pas quelles factures se rapportent à des opérations antérieures à l'attribution de la facilité de caisse. La Cour admet que ce sont les deux premières en date. Les deux dernières factures, datées du 31 mars 2000 et du 13 avril 2000, s'élèvent à elles-seules à 6.457.950.- francs français. Un rapprochement entre les fournitures y facturées et la facilité de caisse est donc permis.

A l'appui de son reproche adressé au CCC1 de ne pas avoir surveillé l'utilisation du crédit affecté, l'appelante fait valoir que si la libre utilisation par le client des fonds prêtés est le principe en matière de crédit, le crédit obtenu en vue d'une ou de plusieurs opérations particulières doit faire l'objet d'un contrôle du banquier.

Il est vrai que les juridictions françaises ont à plusieurs reprises attribué au banquier un devoir de surveillance particulier à l'égard des tiers lorsque les fonds ont été prêtés en vue d'une opération déterminée et ont retenu sa responsabilité en cas de détournement des fonds de l'affectation spéciale qu'ils avaient reçue (voir Jack Vézian, La responsabilité du banquier en droit privé français, Litec 1983, p. 161 et les décisions y citées).

Dans les cas d'espèces traités dans ces décisions l'affectation spéciale du crédit a toujours consisté en des opérations de construction ou d'acquisition

d'immeubles et dans l'affaire tranchée par la Cour de cassation dans son arrêt du 15 février 1978 (D.1978, I.R. p.416) il avait en outre été prévu dans la convention de crédit que l'emprunteur devait justifier à la banque de l'affectation des fonds à la réalisation d'opérations immobilières. Il s'agissait dans ces espèces d'une affectation bien précise et une déviation des fonds de l'affectation convenue dans la convention de crédit était facile à détecter.

En l'espèce la société DDD indique dans sa demande en obtention de la facilité de caisse: "Cette facilité de caisse est destinée à financer des opérations d'import – export de granules en plastique" et dans la proposition de crédit et la fiche signalétique de concours établies par la Banque à la suite de cette demande sont mentionnés comme objet du crédit: "import/export de granules en plastique".

En présence du caractère relativement vague de cet objet se pose la question comment le CCC1 aurait pu vérifier en l'espèce une utilisation conforme de la facilité de caisse. Une obligation de contrôle ne peut donc être mise à sa charge.

Les reproches adressés tant à HHH qu'à la société CCC1 restent non fondés. Les arguments et déductions complémentaires développés dans l'acte d'appel ne présentent par ailleurs aucune pertinence au regard de ces reproches et ne sont surtout pas de nature à établir une faute qui aurait été commise à l'occasion de l'octroi de la facilité de caisse.

Il s'en suit que l'appel n'est pas fondé.

La société CCC interjette encore appel incident contre le jugement du 31 janvier 2008 en ce qu'il l'a déboutée de sa demande en allocation de dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire et d'une indemnité de procédure.

A l'appui de sa demande basée sur l'article 6-1 du Code civil, la société CCC fait valoir que l'appelante essaie de répercuter sur la Banque la charge financière que lui occasionnent ses obligations de garantie qu'elle a assumées à l'égard du CCC1 France et auxquelles elle a pourtant été condamnée par les juridictions françaises, qu'en ce faisant elle a commis à l'égard de la Banque des actes de malice dégénérant en faute alors que rien ne justifiait objectivement que la Banque doive venir se défendre dans le cadre du présent litige.

Le fait que la société AAA essaie de récupérer sur le CCC les sommes qu'elle a dû débourser au titre de la garantie à première demande en se prévalant de fautes commises par cette société ne constitue pas en lui-même un acte de malice constitutif d'un abus de procédure, pas plus que celui qu'elle a échoué dans son action. Il n'existe en l'espèce pas d'éléments suffisants permettant de conclure à un abus commis par la société AAA dans l'exercice de son droit d'ester en justice et le jugement est à confirmer sur ce point.

Il serait toutefois inéquitable de laisser à charge de l'intimée l'intégralité des frais non compris dans les dépens qu'elle a dû exposer en première instance et par réformation du jugement entrepris il y a lieu de lui allouer une indemnité de procédure de 6.000.- euros, justifiée au titre des frais d'avocat.

La société CCC demande d'autre part la condamnation de la société AAA à lui payer des dommages et intérêts pour appel abusif et vexatoire, soutenant que l'appelante persiste dans son action abusive et vexatoire en cause d'appel.

Cette demande est à dire non fondée pour les raisons ci-dessus indiquées.

Les deux parties concluent à l'allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

La société AAA, qui succombe dans son appel et est à condamner aux frais et dépens de l'instance d'appel, ne peut se prévaloir des dispositions de l'article 240 du nouveau code de procédure civile et sa demande est à rejeter.

La demande de la société CCC est à dire fondée, étant inéquitable de laisser à sa charge l'intégralité des frais non compris dans les dépens qu'elle a exposés en instance d'appel. Il y a lieu de lui allouer la somme de 6.000.- euros au titre d'une participation aux honoraires d'avocat.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement et sur le rapport du magistrat de la mise en état,

rejetant les moyens de nullité de l'acte d'appel du 1er avril 2008,

dit cet appel recevable;

dit sans objet l'appel interjeté le 9 décembre 2008;

reçoit l'appel incident;

dit l'appel principal non fondé et l'appel incident partiellement fondé;

par réformation du jugement entrepris, condamne la société à responsabilité limitée AAA à payer à la société anonyme CCC une indemnité de procédure de 6.000.- euros pour la première instance;

confirme le jugement pour le surplus;

dit non fondée la demande formée en instance d'appel par la société anonyme CCC sur base de l'article 6-1 du Code civil;

condamne la société à responsabilité limitée AAA à payer à la société anonyme CCC une indemnité de procédure de 6.000.- euros pour l'instance d'appel;

déboute la société à responsabilité limitée AAA de sa demande basée sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile et la condamne aux frais et dépens de l'instance d'appel, dont distraction au profit de Maître Philippe Dupont, sur ses affirmations de droit.