Arrêt commercial

Audience publique du dix-huit avril deux mille douze.

Numéros 35459 et 36506 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 anonyme A S.A., *établie et ayant son siège social à U, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 4 septembre 2009,*

comparant par Maître André MARC, avocat à Luxembourg ;

e t :

1) B, *homme d'affaires, demeurant à D-….. V,*

intimé *aux fins du susdit exploit BIEL,*

comparant par Maître Jean-Jacques LORANG, avocat à Luxembourg ;

2) C, *employé privé, demeurant à D-….. W,*

intimé *aux fins du susdit exploit BIEL,*

comparant par Maître Luc SCHANEN, avocat à Luxembourg ;

I I)

E n t r e :

B, *homme d'affaires, demeurant à D-….. V,*

appelant *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Carlos CALVO d'Esch-sur-Alzette du 6 mai 2010,*

comparant par Maître Jean-Jacques LORANG, avocat à Luxembourg ;

e t :

1) la société anonyme A S.A., *établie et ayant son siège social à L-…. U, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

intimé *aux fins du susdit exploit CALVO,*

comparant par Maître André MARC, avocat à Luxembourg ;

2) C, *employé privé, demeurant à D-….. W,*

intimé *aux fins du susdit exploit CALVO,*

comparant par Maître Luc SCHANEN, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 31 août 2005 B a fait comparaître la société anonyme A et C devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour s'entendre condamner solidairement, sinon in solidum, à lui payer la somme de 9.945.290,91 euros avec les intérêts conventionnels de retard échus depuis de 15 janvier 2005 jusqu'à solde.

A l'appui de sa demande B a exposé que par contrat de prêt notarié du 16 mars 2001 il a accordé un prêt d'un montant de 20.000.000.- DEM à un certain D; que ce prêt, qui devait servir à préfinancer une augmentation de capital de la société allemande E en attendant le paiement des actions émises en contrepartie de cette augmentation de capital, ne lui a pas été remboursé à son échéance, ni intégralement à ce jour; que le requérant n'a accordé ce prêt qu'en

raison d'une confirmation écrite de la banque A relative au placement de ces actions et de plusieurs entretiens avec C, sous-directeur de la banque à l'époque, au sujet des transactions envisagées, de sorte que ces parties ont engagé leur responsabilité contractuelle, sinon délictuelle à son égard et sont redevables envers lui d'une indemnisation équivalente au montant du découvert.

Par jugement rendu le 25 mars 2009 le tribunal a dit la demande dirigée contre C irrecevable, a dit la demande dirigée contre la société A irrecevable pour autant que basée sur la responsabilité délictuelle, recevable pour autant que basée sur la responsabilité contractuelle et a dit qu'il n'y a pas lieu de surseoir à statuer.

Par exploit d'huissier du 4 septembre 2009 la société A a régulièrement relevé appel de ce jugement.

Devant les juges de première instance la société A et C avaient invoqué l'exception de chose jugée en faisant valoir que le litige leur intenté par B a déjà été toisé par un jugement rendu le 22 juin 2005 par le Landgericht de F.

Les premiers juges ont relevé que par ledit jugement du 22 juin 2005 la demande d'B dirigée contre la société A et C a été rejetée, que l'appel interjeté par B contre cette décision, dirigé uniquement contre C, a été déclaré non fondé par arrêt du Oberlandesgericht de G du 9 novembre 2007. Ils ont dit que faute de recours dirigé contre la société A le jugement du Landgericht de F est actuellement coulé en force de chose jugée en ce qui concerne cette partie, que B affirme avoir exercé un pourvoi (*Revision*) auprès du Bundesgerichtshof contre l'arrêt rendu en instance d'appel, sans toutefois verser une copie de son recours, ni préciser la date de l'introduction et l'état d'instruction de celui-ci, de sorte que l'existence même d'un tel recours n'est pas établie et qu'en l'état actuel ces décisions sont à considérer comme définitives.

Ils ont dit que l'autorité de chose jugée attachée à un jugement peut faire échec à une nouvelle demande, à condition que celle-ci présente une triple identité d'objet, de cause et de parties, qu'en l'espèce il y a identité de parties et d'objet, qu'il appert encore de la lecture des décisions rendues par le Landgericht de F et le Oberlandesgericht de G que les faits invoqués à la base de la demande d'B sont identiques, qu'il résulte toutefois de la motivation du jugement du 22 juin 2005 que le Landgericht de F, estimant qu'il n'était pas territorialement compétent pour en connaître, n'a pas examiné le demande à l'égard de la société A en tant qu'elle était fondée sur la responsabilité contractuelle, qu'il a néanmoins examiné une éventuelle responsabilité délictuelle de la banque et a rejeté la demande sur ce fondement, que le bien-fondé de la demande à l'encontre de C a été analysé sur les bases contractuelle et délictuelle invoquées.

Ils ont dit que la cause de la demande n'a pas le même contenu lorsqu'il s'agit de déterminer l'office du juge ou l'étendue de la chose jugée, que dans le cadre de l'étendue de la chose jugée la cause de la demande doit s'entendre de ce qui a été effectivement jugé en fait et en droit, qu'il faut analyser

concrètement si la demande nouvelle contredit le principe sur lequel est fondé le précédent jugement, qu'il s'en suit qu'une demande fondée sur la responsabilité contractuelle ne se heurte pas à l'autorité d'un jugement fondé sur la responsabilité délictuelle.

Ils ont déduit de ces développements que le moyen d'exception soulevé est fondé en ce qui concerne C, les juridictions allemandes ayant examiné la demande leur déférée contre C sur les bases contractuelle et délictuelle, qu'il est encore fondé en ce qui concerne la demande dirigée contre la société A en tant qu'elle a comme fondement la responsabilité délictuelle, que ces demandes sont dès lors à dire irrecevables, que la demande dirigée contre la société A n'ayant pas été examinée sur la base contractuelle, celle-ci est recevable sur cette base.

La société A reproche aux premiers juges de ne pas avoir retenu l'irrecevabilité de la demande dirigée contre elle sur la base contractuelle. Elle soutient que la cause de la demande est constituée par l'ensemble des faits allégués à l'appui de la demande et qu'un simple changement de base légale ne suffit pas à conclure à l'existence d'une cause nouvelle, que le Landgericht de F ayant dans son jugement du 22 juin 2005 rejeté la demande en tant que fondée sur la base délictuelle, l'autorité attachée à ce jugement s'oppose à ce que la même demande, basée sur les mêmes faits, soit formée devant les juridictions luxembourgeoises sur le fondement de la responsabilité contractuelle.

Il est vrai que sur la question de la cause dans l'autorité de la chose jugée il y a eu un revirement jurisprudentiel en France. Jusque dans les années 2000 la Cour de Cassation française a décidé que chaque fondement juridique d'une demande constitue une cause différente et que le rejet d'une demande basée sur la responsabilité contractuelle ne s'oppose pas à ce que la même demande soit formée sur le fondement de la responsabilité délictuelle et que le rejet sur base de l'article 1382 du Code civil ne s'oppose pas à une nouvelle demande basée sur l'article 1384, alinéa 1er, du même code (cf. H. Motulsky, Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile, E.D. 1968, Chronique, p.1, nos 10 et suiv.).

Dans un arrêt rendu le 7 juillet 2006 (D.2006, p.2135) la Cour de Cassation, siégeant en assemblée plénière, a imprimé aux fondements juridiques d'une demande la qualification de simples moyens en décidant:

"Attendu qu'il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci. Qu'ayant constaté que, comme la demande originaire, la demande dont elle était saisie, formée entre les mêmes parties, tendait à obtenir paiement d'une somme d'argent à titre de rémunération d'un travail prétendument effectué sans contrepartie financière, la cour d'appel a exactement déduit que Gilbert X… ne pouvait être admis à contester l'identité de cause des deux demandes en invoquant un fondement juridique qu'il s'était abstenu de soulever en temps utile, de sorte que sa demande se heurtait à la chose précédemment jugée relativement à la même contestation."

Cette jurisprudence a par la suite été reprise par les autres chambres de la Cour de Cassation. Au Jurisclasseur Civil (art. 1349 à 1353, fasc. 20, n° 180) où sont analysées ces décisions il retenu qu' *"en synthèse, le principe de concentration des moyens tend à empêcher les manœuvres dilatoires ou encore la stratégie procédurale qui n'aurait pour fin que de contourner la décision du juge précédemment rendue"*

La Cour ne peut toutefois en l'espèce faire sienne cette solution. B avait en effet invoqué une responsabilité contractuelle de la société A devant la juridiction allemande et le Landgericht de F a, par un motif décisoire, constaté son incompétence territoriale pour en connaître. Il n'a donc pas, fût-ce incidemment ou implicitement, examiné la demande sur cette base et l'autorité qui est attachée à son jugement relativement à la base contractuelle de la demande se limite à la déclaration d'incompétence des juridictions allemandes. Elle ne s'oppose donc pas à ce que la demande soit formée une nouvelle fois devant les juridictions luxembourgeoises.

La société A soutient dans ce contexte que la règle du non-cumul des deux ordres de responsabilité exclut qu'une demande en justice puisse être déclarée recevable à la fois sur une base contractuelle et sur une base délictuelle, étant rappelé que le Landgericht de F a déjà toisé la demande adverse pour autant que basée sur la responsabilité délictuelle.

Les deux parties sont d'accord pour dire que le droit allemand part d'une libre concurrence entre les deux fondements de droit et que dans le cas où la violation du contrat remplit en même temps les conditions d'un droit d'action en dommages et intérêts délictuels, le créancier peut invoquer les deux fondements, n'étant bien entendu dédommagé qu'une fois pour un seul et même dommage. Le Landgericht de F a donc pu, tout en constatant son incompétence territoriale pour connaître de la demande dirigée contre la société A sur la base contractuelle, examiner cette demande sur la base délictuelle, ce que le juge luxembourgeois n'aurait pu faire en raison précisément de la règle du non-cumul des deux responsabilités. Mais la règle du non-cumul n'interdit pas au juge luxembourgeois d'examiner une demande sur la base contractuelle, qui est pour lui la première base à examiner, après qu'un tribunal étranger, ne connaissant pas cette règle, ait examiné et rejeté la demande sur la base délictuelle.

La société A fait ensuite plaider que sa responsabilité n'est recherchée qu'en raison des faits litigieux de son préposé C, à savoir le prétendu "certificat" de la Banque du 11 décembre 2000, établi par le préposé C, en considération duquel B aurait soit disant consenti un prêt à D, qu'il est dès lors incohérent de constater, d'une part, que le juge allemand a dit pour droit que le préposé n'a commis aucune faute et que sa responsabilité n'est pas engagée, de sorte que la demande actuelle se heurte à l'autorité de chose jugée attachée à la décision allemande, mais, d'autre part, d'admettre néanmoins que la demande adverse visant la Banque serait recevable sur la base contractuelle et mériterait d'être examinée. Selon l'appelante, en effet, pour que la responsabilité du commettant soit engagée, il faut un fait fautif du préposé et en l'espèce le Landgericht de F

a, retenu que *"insoweit ist die Klage als unbegründet abzuweisen. Denn der Kläger hat nicht ausreichend dargetan, dass der Beklagte zu 2)* (le préposé C) *aus dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung haftet, was zur Folge hat, dass auch eine Haftung der Beklagten zu 1)* (A) *aus § 831 BGB entfällt",* que c'est donc à tort que les premiers juges, tout en déclarant la demande irrecevable à l'égard du préposé Hahn, ont néanmoins estimé la demande adverse recevable à l'égard de la Banque sur une base contractuelle.

L'appelante mélange ici responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. La juridiction allemande a constaté l'absence de faute dans le chef de C, ce qui l'a amenée à écarter une responsabilité de la société A sur base du § 831 du BGB, qui vise la *Haftung für Verrichtungsgehilfen* et peut donc être rapproché de l'article 1384, alinéa 3, de notre Code civil. Le Landgericht de F a d'autre part exclu une faute délictuelle de la société A sur base du § 823 du BGB. Et dans le jugement entrepris le tribunal a dit la demande dirigée contre la société A sur base d'une responsabilité délictuelle irrecevable pour se heurter à l'autorité de la décision allemande.

Mais inexécution contractuelle n'est pas synonyme de faute délictuelle. La faute délictuelle se caractérise par la violation d'une règle de conduite ou d'une norme de comportement édictée par la loi ou affirmée par la jurisprudence et qui s'impose en principe à toute personne se trouvant dans une situation donnée. L'inexécution de l'obligation contractuelle ne suppose pas nécessairement une telle violation car le contrat crée des obligations qui ne s'appuient sur aucune règle de conduite généralisable et qui ne s'imposent qu'au débiteur dans ses rapports avec le créancier (Geneviève Viney, Traité de Droit civil, Introduction à la responsabilité, 2e éd. n° 168).

L'absence de faute délictuelle dans le chef de la société A constatée par la juridiction allemande n'empêche donc pas le juge luxembourgeois de rechercher s'il y a en l'espèce inexécution par cette société d'un contrat l'ayant liée à B.

La société A fait enfin plaider que les premiers juges ont déclaré la demande dirigée contre elle recevable sur la base contractuelle, sans examiner, ni trancher la question sous-jacente de l'existence d'un contrat entre parties qui rendrait cette demande recevable. Selon l'appelante, si un tel examen confine certes à l'examen du fond de l'affaire, le tribunal ne pouvait cependant en faire l'économie et aurait dû trancher cette question préalable avant de déclarer la demande recevable en tant que basée sur la prétendue responsabilité contractuelle.

Il ressort du jugement du 25 mars 2009 que les parties ont été d'accord à ce que les questions de la recevabilité de la demande au regard d'un moyen de libellé obscur invoqué par C et de l'exception de chose jugée opposée à la demande, ainsi que le sursis à statuer demandé par B soient tranchés par un jugement séparé. Les premiers juges n'avaient donc à examiner la recevabilité de la demande dirigée contre la société A qu'au regard de l'exception de chose jugée.

Il est vrai qu'en cas d'inexistence de relations contractuelles, la demande est également irrecevable sur la base contractuelle, irrecevabilité qui, ainsi que le signale à juste titre la société A, confine au fond du litige. Pour éviter toute éventuelle contradiction la Cour précisera donc que la recevabilité prononcée par les premiers juges l'est au regard du seul article 1351 du Code civil.

L'appel de la société A n'est pas fondé.

Par conclusions du 12 avril 2010 B a relevé appel incident du jugement, appel dirigé contre la société A et C. Par exploit d'huissier du 6 mai 2010 il a signifié un appel principal à la société A et à C dans lequel il reprend les moyens d'appel figurant dans ses conclusions du 12 avril 2010.

La société A conclut à l'irrecevabilité de l'appel interjeté par exploit d'huissier du 6 mai 2010 pour être tardif. A l'appui de ce moyen elle fait plaider qu'B lui a fait signifier le jugement dont appel par exploit d'huissier du 27 juillet 2009 que son appel est dès lors tardif pour avoir été signifié près de neuf mois après la signification du jugement.

La Cour n'a pas besoin d'examiner ce moyen d'irrecevabilité. En effet, l'appel incident relevé par B dans ses conclusions du 12 avril 2010 n'est critiqué quant à sa recevabilité ni par la société A, ni par C. L'appel interjeté par voie d'huissier le 6 mai 2010, ne comportant aucun élément nouveau, fait double emploi avec celui relevé dans les conclusions du 12 avril 2010 et est à dire irrecevable de ce chef.

En première instance B avait demandé qu'il soit sursis à statuer sur sa demande en faisant état d'une instruction pénale dirigée par le Parquet de H contre D et C et en invoquant le principe "le criminel tient le civil en état" ainsi que le droit de toute partie à un procès équitable qui impliquerait que sa demande ne soit tranchée qu'au moment où les investigations allemandes seraient terminées. Il a encore fait valoir que la procédure devant les juridictions civiles allemandes ne serait pas encore terminée, étant donné qu'il aurait introduit un recours devant le Bundesgerichtshof et qu'en droit allemand un jugement coulé en force de chose jugée pourrait, conformément au § 580 du code de procédure civile allemand (ZPO), être révisé en cas de découverte d'éléments nouveaux, éléments nouveaux que le demandeur a escompté obtenir du résultat de l'instance pénale en cours en Allemagne contre D et C.

Les premiers juges, après avoir dit qu'il y a chose jugée en ce qui concerne la demande dirigée contre C sur base de la responsabilité contractuelle et délictuelle, en constatant en ce qui concerne cette demande qu'à supposer l'existence d'un recours (*Revision*) contre l'arrêt rendu en instance d'appel ou encore une *Restitutionsklage* en application du § 580 ZPO et leur succès au fond, le litige resterait toujours pendant en Allemagne et y trouverait une solution définitive, qu'il y a encore chose jugée en ce qui concerne la demande dirigée contre la société A sur base de la responsabilité délictuelle, ont rejeté la demande de sursis à statuer en retenant qu'il n'y a pas de lien étroit entre d'éventuels agissements frauduleux de D et C et la responsabilité de la banque

qui pourrait être engagée en raison de la violation de ses obligations contractuelles.

B soutient qu'en statuant ainsi les premiers juges n'ont pas clarifié à suffisance de droit la problématique particulière inhérente au présent dossier, qu'en effet, si le jugement entrepris a reconnu à juste titre qu'une instance en *Revision* était pendante en Allemagne, susceptible de déboucher sur une *Restitutionsklage* laquelle, selon lui, est elle-même susceptible d'avoir une influence sur l'instance pendante au Luxembourg, le tribunal, tout en reconnaissant l'application du droit allemand à la problématique procédurale, n'en a toutefois pas tiré toutes les conséquences puisqu'il a refusé de surseoir à statuer, qu'en procédant ainsi il a fermé la porte à un réexamen ultérieur par la juridiction luxembourgeoise des décisions allemandes éventuellement révisées ou ayant éventuellement fait l'objet d'un résultat positif de la *Restitutionsklage*, qu'il a par ailleurs fait référence à la notion d'autorité de chose jugée alors que ladite notion était inopérante compte tenu de la nécessité d'appliquer le droit processuel allemand, ce qui a du reste été reconnu par le jugement dont appel.

Il conclut donc à voir dire qu'il existe un lien direct entre les agissements de C au titre des infractions mises à sa charge et le présent litige, ce nonobstant la décision rendue en l'état à son encontre en Allemagne, et à voir prononcer un sursis à statuer dans l'attente du résultat définitif des instances pendantes en Allemagne.

Il résulte des explications fournies en instance d'appel et des pièces versées que l'arrêt du Oberlandesgericht de G a décidé qu'une révision contre cet arrêt ne serait pas admissible et que le recours d'B contre cette décision d'inadmissibilité d'une révision a été rejeté par le Bundesgerichtshof, que, concernant l'instance pénale pendante en Allemagne contre D et C, il ressort d'une décision de la 26e chambre correctionnelle du Landgericht H du 18 décembre 2009 qu'un arrangement a pu être trouvé aussi bien avec l'Etat allemand qu'avec B qui, dans le cadre de cet arrangement, a touché la somme de 2,5 millions d'euros de la part de D.

Par conclusions notifiées le 6 juin 2011 B déclare que la voie de la *Restitutionsklage* lui demeure ouverte, mais n'a jusqu'à l'audience des plaidoiries pas déclaré avoir exercé ce recours.

Contrairement à ce que soutient B le droit processuel allemand n'est pas à appliquer par une juridiction luxembourgeoise, les dispositions de procédure et d'organisation judiciaire étant d'application territoriale. Les premiers juges n'ont par ailleurs pas reconnu une nécessité d'appliquer le droit processuel allemand, n'ayant mentionné les règles de procédure allemandes qu'en relation avec les recours pouvant être exercés en Allemagne.

Un jugement acquiert l'autorité de chose jugée dès son prononcé, même s'il peut faire l'objet d'un recours. Au demeurant cette autorité attachée à l'arrêt du Oberlandesgericht de G s'oppose à ce que le juge luxembourgeois connaisse de la demande dirigée contre C.

B se trompe d'ailleurs en admettant qu'en cas de résultat positif de la *Restitutionsklage*, seule voie de recours lui restant ouverte en Allemagne, les juridictions luxembourgeoises pourraient procéder à un réexamen des décisions allemandes, respectivement de sa demande dirigée contre C. Ainsi que l'ont relevé à juste titre les premiers juges, en cas d'éventuel succès de cette voie de recours le litige resterait pendant en Allemagne et y trouverait une solution définitive. Et le juge luxembourgeois ne pourrait encore que constater la chose jugée par le juge allemand.

En ce qui concerne sa demande dirigée contre la société A B soutient qu'il faut différencier entre responsabilité délictuelle et responsabilité quasi-délictuelle, que la *"unerlaubte Handlung"* dont traite le § 823 du BGB ne constitue pas un synonyme de responsabilité quasi-délictuelle et que la demande dirigée contre la société A n'a donc pas été examinée sous son aspect quasi-délictuel, base légale demeurant ouverte. Il fait plaider en second lieu qu'il existe d'importantes atténuations en droit allemand concernant la question du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, la jurisprudence allemande présentant des interférences entre le régime de la responsabilité contractuelle et celui de la responsabilité délictuelle qui soumettent la responsabilité délictuelle souvent aux mêmes contraintes que la responsabilité contractuelle. Il en déduit au dispositif de ses conclusions que la responsabilité de la société A pourrait être engagée en raison de la violation de ses obligations tant contractuelles que délictuelles et conclut, également en ce qui la concerne, à ce qu'il soit sursis à statuer en attendant que les procédures pendantes en Allemagne soient venues à leur terme.

Contrairement à ce que soutient B le § 823 du BGB vise les responsabilités délictuelle et quasi-délictuelle, étant libellé comme suit:

"Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet."

Le terme *"vorsätzlich"* vise la responsabilité délictuelle et le terme *"fahrlässig"* la responsabilité quasi-délictuelle, la responsabilité étant délictuelle lorsqu'elle procède d'un fait volontaire et quasi-délictuelle lorsqu'elle procède d'un fait involontaire (JCL Civil, art. 1381 à 1386, fasc. 101, n° 9).

Une responsabilité quasi-délictuelle de la société A n'a pas été invoquée devant le Landgericht de F, où B a fait valoir *"der Beklagte zu 2)* (C) … *habe im Zusammenwirken mit der Beklagten zu 1)* (A) *vorsätzlich über die Bonität des Kaufmanns Windhorst sowie über den Verkauf der WNT-Aktien getäuscht"*, moyen auquel la juridiction allemande répond *"dass sein Vorbringen, die Beklagte zu 1) habe bewusst mit dem Beklagten zu 2) zusammengearbeitet, letztlich eine bloße Rechtsbehauptung darstellt".*

En vertu de l'arrêt précité de la Cour de cassation française du 7 juillet 2006 B ne pourrait plus être admis à invoquer le moyen d'une responsabilité quasi-délictuelle devant une juridiction luxembourgeoise. En fait il ne l'a pas fait. Dans son exploit d'assignation du 31 août 2005 B invoque au titre d'une

responsabilité extra-contractuelle de la société A l'article 1384, alinéa 3 du Code civil, responsabilité dont a connu le Landgericht de F dans le cadre du § 831 du BGB. Au titre d'une responsabilité de la Banque de son propre fait il soutient, très sommairement d'ailleurs, que la société A avait connaissance de la transaction dont question dans la confirmation du 11 décembre 2000 signée par C et que son implication dans les agissements imputés à ce dernier est patente. Ce reproche rejoint celui soulevé devant la juridiction allemande et est rejeté par elle dans les termes ci-dessus reproduits.

L'argumentation d'B concernant la base de la responsabilité quasi-délictuelle qui resterait ouverte est dès lors dépourvue de pertinence.

Les développements autour des atténuations existant en droit allemand à propos de la règle du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle ne sont pas de nature à remettre en cause l'autorité attaché au jugement du Landgericht de F en ce qu'il a examiné et rejeté la demande d'B dirigée contre la société A sur base de la responsabilité délictuelle.

Il s'en suit que l'appel incident d'B n'est pas fondé non plus.

La demande formée par la société A sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile est à dire non fondée, n'étant pas inéquitable de laisser à sa charge l'intégralité des frais non compris dans les dépens qu'elle a exposés en instance d'appel.

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,

reçoit l'appel principal de la société anonyme A et l'appel incident d'B;

dit irrecevable l'appel principal relevé par B suivant exploit d'huissier du 6 mai 2010;

dit les appels non fondés;

confirme le jugement entrepris, sauf à préciser que la demande dirigée contre la société anonyme A est recevable au regard de l'article 1351 du Code civil pour autant qu'elle est basée sur la responsabilité contractuelle;

déboute la société anonyme A de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure;

fait masse des frais et dépens de l'instance d'appel et les impose pour moitié à la société anonyme A et pour moitié à B, dont distraction au profit de Maître André Marc, de Maître Jean-Jacques Lorang et de Maître Luc Schanen, sur leurs affirmations de droit.