Arrêt commercial

Audience publique du dix-neuf décembre deux mille douze.

Numéro 36931 du rôle.

Composition :

Françoise MANGEOT, présidente de chambre;
Valérie HOFFMANN, conseillère;
Marie-Laure MEYER, conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

1) la société anonyme de droit belge A SA, *établie et ayant son siège social à B-…. U, inscrite à la BCE sous le numéro …….., représentée par son conseil d'administration en fonctions,*

2) la société anonyme de droit luxembourgeois B SA, *établie et ayant son siège social à L-…. V, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……, représentée par son conseil d'administration en fonctions,*

3) la société anonyme de droit belge C SA, *établie et ayant son siège social à B-…. W, inscrite à la BCE sous le numéro ……., représentée par son conseil d'administration en fonctions,*

appelantes *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Véronique REYTER d'Esch-sur-Alzette du 7 janvier 2011,*

sub 1), 2) et 3) comparant par Maître François COLLOT, avocat à Luxembourg ;

e t :

1) la société anonyme de droit luxembourgeois D SA, *établie et ayant son siège social à L-…. X, inscrite au registre de commerce et des sociétés de*

Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son conseil d'administration en fonctions,

***intimée** aux fins du susdit exploit REYTER,*

comparant par Maître Michel MOLITOR, avocat à Luxembourg ;

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

***intimée** aux fins du susdit exploit REYTER,*

comparant par Maître Franz SCHILTZ, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Antécédents

Une meilleure compréhension de ce litige, complexe et impliquant plusieurs parties, justifie un exposé des circonstances de la cause, étant précisé que la Cour d'appel s'inspire, à cet effet, notamment des renseignements incontestés contenus dans le jugement de première instance, auxquels il convient de renvoyer pour davantage de détails.

La société anonyme de droit luxembourgeois D – qui d'ailleurs fait partie d'un groupe immobilier belge à la tête duquel se trouve la société D S.A. de droit belge – a, par contrat d'entreprise du 6 septembre 2007, la désignant comme maître de l'ouvrage, chargé l'association momentanée F constituée entre la société anonyme de droit belge A, la société anonyme de droit luxembourgeois B et la société anonyme de droit belge C, ci-après dénommée l'association momentanée, – désignée comme entrepreneur général –, de la construction de trois immeubles de bureaux dénommés PRE A, PRE B et PRE C au Z. Sont annexées au contrat d'entreprise et paraphées par les parties contractantes des clauses administratives qui désignent les sociétés anonymes PRE A, PRE B et PRE C (agissant en tant que filiales de la société anonyme de droit luxembourgeois D) comme maître de l'ouvrage et une société belge G comme maître de l'ouvrage délégué (il est à préciser que le projet immobilier, conçu dès janvier 2007, fut cédé par D au groupe allemand H continuant la fonction de project manager et s'engageant à livrer les immeubles terminés à ses acheteurs).

L'article 25 des susdites clauses administratives prévoit que *« l'Entrepreneur fournit dans les trente jours après la signature du contrat, une garantie de*

bonne fin, suivant le modèle joint en annexe, par un établissement bancaire ayant un siège d'implantation au Grand-Duché de Luxembourg, et agréé par le Maître de l'Ouvrage de 10% du montant global du marché. Cette garantie bancaire sera libérée pour moitié à la levée des remarques reprises dans le procès-verbal de la réception provisoire et pour moitié à la signature de la réception définitive des travaux. La garantie de bonne fin sera libérable à première demande du Maître de l'Ouvrage et sera appelable en cas de tout manquement de l'Entrepreneur aux obligations résultant pour lui du contrat d'entreprise. »

En exécution de cette clause, la société anonyme E a émis pour le compte de la société anonyme de droit luxembourgeois D désignée dans ces lettres de garantie comme étant le maître de l'ouvrage les quatre lettres de garantie suivantes:

1. garantie n°231001543 du 25 octobre 2007 d'un montant de 1.483.889,03 € concernant le bâtiment A,
2. garantie n°651001507 du 25 octobre 2007 d'un montant de 1.333.781,58 € concernant le bâtiment B,
3. garantie n°661001525 du 25 octobre 2007 d'un montant de 1.778.382,27 € concernant le bâtiment C
4. garantie n°711001745 du 14 octobre 2008 d'un montant de 458.896,36 € concernant le bâtiment B.

Ces lettres de garantie sont conçues comme suit : *« Notre cliente, la société PRE A-B-C ….l'Entrepreneur Général a reçu le contrat de D S.A. pour la réalisation en entreprise générale du projet PRE … d'un immeuble de bureaux…*

Ce contrat prévoit l'émission d'une garantie de bonne exécution des engagements contractés par notre cliente vis-à-vis du Maître de L'Ouvrage, D S.A….

En conséquence, nous E S.A. garantissons irrévocablement et inconditionnellement au Maître de l'Ouvrage le paiement d'un montant maximum…..à la première demande du Maître de l'Ouvrage, sans que nous puissions contester le bien-fondé de ce montant.

La présente garantie sera libérable à la réception provisoire de l'ensemble des travaux du projet : à l'exclusion de 5% du montant qui seront libérables à la réception définitive.

Cette libération interviendra moyennant la production d'une lettre de mainlevée émanant du Maître de l'Ouvrage.

Tout appel à la présente garantie devra, pour être recevable, nous parvenir par lettre recommandée émanant du Maître de l'Ouvrage.

La banque avertira toutes les parties sur le montant appelé.

Cette lettre d'appel à la garantie mentionnera les motifs de la réclamation, sans que nous ne puissions en contester le bien-fondé ni tenir compte d'une contestation émanant de l'Entrepreneur Général ».

Il est constant en cause que l'association momentanée s'était engagée à achever les trois bâtiments pour le 31 janvier 2009 et que ce délai n'a pas été observé.

En date du 17 mai 2010, l'association momentanée a assigné la société anonyme de droit luxembourgeois D en justice pour obtenir paiement d'un montant de 2.294.972.- € du chef de factures non encore réglées et pour se voir indemniser du préjudice, évalué à 17.272.999.-€, subi en raison des manquements des sous-traitants imposés et de l'immixtion d'D dans la tenue du chantier.

Par courrier du 19 mai 2010, l'association momentanée transmit à la banque une copie de cette assignation, l'informa de l'existence de sa créance afférente envers la société D et lui indiqua que tout appel futur en garantie de son cocontractant serait manifestement abusif et devrait être refusé par la banque.

En date du 28 mai 2010, la société anonyme de droit luxembourgeois D a assigné l'association momentanée en justice pour l'entendre condamner à lui payer les sommes de 17.919.028.- € à titre de pénalités de retard, de 2.000.000.- € en réparation de vices, malfaçons et défauts de conformité, de 518.704.- € du chef de travaux réalisés par des tierces personnes en lieu et place de l'association momentanée, de 191.218.- € au titre de sommes avancées par la société D à l'association momentanée et enfin de 100.000.- € en réparation du préjudice moral souffert.

La société D a, par lettre recommandée du 14 juin 2010, fait appel aux garanties pour la totalité du montant garanti soit 5.054.949,24 € en indiquant que *« cette réclamation est motivée par les importantes créances que nous faisons valoir contre votre cliente au titre de pénalités contractuelles de retard et du chef de divers manquements à ses obligations contractuelles »*. Elle a, par courrier recommandé du même jour – comportant en annexe la demande adressée à la banque –, informé l'association momentanée de ses intentions.

L'association momentanée a, suite à un courrier du 16 juin 2010, assigné par exploit d'huissier du 18 juin 2009, la société E S.A. et la société D S.A. devant le juge des référés de Luxembourg pour voir défendre à la société anonyme E d'exécuter le susdit appel à garantie.

Par ordonnance du 7 juillet 2010, le juge des référés, a fait défense à la banque de procéder à l'exécution des quatre garanties *« aussi longtemps qu'une décision au fond, coulée en force de chose jugée, n'aura pas été rendue entre parties sous peine d'une astreinte de 5.054.949,24 € par infraction constatée »*. L'appel interjeté par la société anonyme de droit luxembourgeois D contre cette ordonnance n'avait pas encore été toisé lors des débats en première instance.

Saisi par assignation de l'association momentanée du 25 juin 2010, le juge des référés de Luxembourg a, par ordonnance du 13 juillet 2010, confié à l'expert J la mission de concilier les parties, si faire se peut, sinon, dans un rapport écrit et motivé :

«

de relever et décrire les travaux réalisés par l'association momentanée A SA/B SA/C SA pour compte de la société D SA dans le cadre de la construction des blocs A, B et C de l'immeuble PRE, situés à Z ;

2. vérifier l'état d'avancement, ou, le cas échéant, d'achèvement de ces travaux au regard des documents contractuels, des plans d'exécution BPE, des rapports et listes de remarques des différents auteurs de projet, des prescriptions légales et réglementaires et des règles de l'art applicables en la matière ;

3. dresser la liste des vices, malfaçons, inachèvements, non-conformités ou manquements et en déterminer les causes ; décrire les travaux nécessaires pour y remédier en chiffrant leur coût ou évaluer les éventuelles moins-values à appliquer ;

4. vérifier conformément aux documents contractuels, aux prescriptions légales et réglementaires, aux plans d'exécution BPE, aux rapports et listes de remarques des différents auteurs de projet, aux règles de l'art et des usages en vigueur au Grand-Duché de Luxembourg, si ces immeubles A, B et C sont en état de faire l'objet d'une réception provisoire ».

Les opérations d'expertise n'étaient pas terminées en première instance.

Par exploit d'huissier du 29 juin 2010, la société anonyme de droit belge A, la société anonyme de droit luxembourgeois B et la société anonyme de droit belge C ont fait donner assignation à la société anonyme de droit luxembourgeois D et à la société anonyme E à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, aux fins 1) de voir dire que les garanties n°231001543 du 25 octobre 2007 d'un montant de 1.483.889,03 €, n°651001507 du 25 octobre 2007 d'un montant de 1.333.781,58 €, n°661001525 du 25 octobre 2007 d'un montant de 1.778.382,27 € et n°711001745 du 14 octobre 2008 d'un montant de 458.896,36 € sont à qualifier de « garanties de bonne fin des travaux » et ne couvrent pas les pénalités de retard et autres pénalités conventionnelles, prévues au contrat d'entreprise du 6 septembre 2007, 2) de voir déclarer nul et de nul effet l'appel fait le 14 juin 2010 par D à ces quatre garanties, 3) de faire interdiction à la société anonyme E d'exécuter de quelque façon que ce soit l'appel à garantie irrégulièrement et abusivement introduit par D S.A. le 14 juin 2010 portant sur lesdites lettres de garantie sous peine d'être tenue de devoir rembourser les montants abusivement payés par elle en violation du jugement à intervenir sans préjudice de tous autres dommages et intérêts, 4) de voir condamner la société anonyme de droit luxembourgeois D à leur payer la somme de 500.000.- € à titre de dommages et intérêts sinon tout autre montant même supérieur à dire d'expert ou à évaluer ex aequo et bono par le tribunal avec les intérêts légaux à compter de la demande en justice jusqu'à solde, 5) de voir donner acte aux parties demanderesses qu'elles divisent l'entièreté de leur demande à l'égard de la partie défenderesse à raison de 1/3 en faveur de chacune d'entre elles et de voir dire en conséquence que toute condamnation à intervenir à l'égard d'D S.A. devra être ventilée à raison de 1/3 en faveur de la société anonyme de droit belge A, de 1/3 en faveur de la société anonyme de droit luxembourgeois B et de 1/3 en faveur de la société anonyme de droit

belge C et 6) finalement de voir condamner la société anonyme de droit luxembourgeois D à leur payer une indemnité de procédure de 20.000.- €.

Par exploit d'huissier de justice du 16 août 2010, la société anonyme de droit luxembourgeois D a fait donner assignation à la société anonyme E à comparaître devant le même tribunal pour voire dire que les garanties sus-indiquées par elle émises constituent des garanties autonomes ou indépendantes ; pour l'entendre condamner à lui payer la somme de 5.054.949,24 € en exécution de ces quatre lettres de garantie avec les intérêts légaux tels que de droit à partir de l'appel à garanties du 14 juin 2010, sinon à partir du jour de la demande incidente en payement formée devant le juge des référés le 28 juin 2010, sinon à partir de la demande en justice jusqu'à solde et pour voir dire que le taux de l'intérêt sera majoré de trois points à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la signification du jugement à intervenir.

La société anonyme de droit luxembourgeois D sollicitait, en outre, une indemnité de procédure de 10.000.- €, ainsi que l'exécution provisoire du jugement à intervenir nonobstant toutes voies de recours et sans caution.

Par exploit d'huissier de justice du 25 août 2010, la société anonyme E a fait donner assignation à l'association momentanée constituée entre la société anonyme de droit belge A, la société anonyme de droit luxembourgeois B et la société anonyme de droit belge C à comparaître devant ledit tribunal aux fins de voir dire qu'elle est tenue d'intervenir dans le litige opposant la société anonyme de droit luxembourgeois D à la société anonyme E, introduit le 16 août 2010 et de lui entendre déclarer commun le jugement à intervenir.

Le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a, par jugement contradictoire du 16 décembre 2010 :

- joint les rôles inscrits sous les numéros 130802, 131891 et 132454 ;
- reçu les diverses demandes en la forme ;
- dit les demandes de la société anonyme de droit belge A, de la société anonyme de droit luxembourgeois B et de la société anonyme de droit belge C non fondées, y compris celle introduite sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;
- dit la demande de la société anonyme de droit luxembourgeois D fondée ;
- condamné la société anonyme E à payer à la société anonyme de droit luxembourgeois D la somme de 5.054.949,24 € avec les intérêts légaux à partir du 14 juin 2010 jusqu'à solde ;
- rejeté la demande en majoration du taux d'intérêt légal;
- condamné solidairement la société anonyme de droit belge A, la société anonyme de droit luxembourgeois B et la société anonyme de droit belge C à payer à la société anonyme de droit luxembourgeois D une indemnité de procédure de 2.000.- € ;
- a condamné solidairement ces parties aux frais et dépens de l'instance.

Le tribunal est après examen des lettres de garantie d'abord arrivé à la conclusion que : *« L'engagement de la banque ne constitue …. pas un accessoire du contrat de base mais constitue un engagement autonome de*

celui-ci.. », étant précisé *« que l'engagement de la banque porte …sur tous les manquements de l'entrepreneur à ses obligations du contrat, à savoir de construire dans les délais lui impartis un bâtiment exempt de malfaçons et vices de constructions. Il s'ensuit que tant les pénalités de retard que les demandes en réparation des vices et malfaçons sont couvertes par les lettres de garantie ».*

Après avoir ensuite énoncé qu' *« Il est de principe que l'appel en garantie doit émaner du bénéficiaire ou de son mandataire dûment habilité et qu'il appartient au garant de vérifier à ce titre l'identité de l'appelant »* et indiqué qu'*« en souscrivant une garantie à première demande, le garant s'oblige, de manière irrévocable et inconditionnelle à tenir à disposition du bénéficiaire le montant de son engagement, comme s'il en était le simple dépositaire. Sa dette est indépendante du rapport fondamental. Les seules vérifications que le garant est en droit d'opérer sont celles qui ont trait directement à la lettre de garantie »,* il a été amené à décider que *« La qualité de maître de l'ouvrage dans le chef de la société D (bénéficiaire désigné comme tel dans les lettres de garantie) n'est pas remise en doute par les autres éléments du dossier. Il en ressort en effet que c'est la société D qui a repris le contrat d'entreprise relatif au projet immobilier et s'est comportée tout au long de la construction comme le maître de l'ouvrage, ceci indépendamment de ses relations avec les propriétaires du terrain. L'association momentanée s'est adressée en cours de l'exécution des travaux à la société D en sa qualité de maître de l'ouvrage et n'a jamais avant l'appel en garantie mis en doute cette qualité dans le chef de la société D. Au vu des pièces et du comportement des parties, ses contestations sont dès lors à rejeter* ».

La régularité formelle de l'appel en garantie émis par le bénéficiaire, expressément désigné par la lettre de garantie, dans le respect des règles prévues (lettre recommandée et motivation), fut admise.

Concernant le moyen tiré du caractère prétendument abusif de l'appel en garantie soulevé par l'association momentanée, la juridiction du premier degré retint que *« En souscrivant une garantie à première demande, le garant s'oblige, de manière irrévocable et inconditionnelle à tenir à disposition du bénéficiaire le montant de son engagement, comme s'il en était le simple dépositaire. Sa dette est indépendante du rapport fondamental. …. les seules vérifications que le garant est en droit d'opérer sont celles qui ont trait directement à la lettre de garantie. Il s'agit de vérifier la régularité apparente de l'appel, mais ce contrôle ne doit pas porter sur le bien-fondé de celui-ci. Car, à supposer même que la demande du bénéficiaire s'avère injustifiée au regard du contrat de base, le garant ne peut pas lui refuser le payement qu'il lui a promis, sauf à être convaincu d'une manœuvre frauduleuse ou abusive. Le payement de la garantie devient obligatoire dès l'instant où elle est régulièrement mise en jeu par son bénéficiaire quel que soit l'état de la créance de celui-ci sur le donneur d'ordre, voire les réclamations de ce dernier sur le premier. Toutes contestations, toutes objections qui ne tiennent pas directement aux stipulations de la lettre de garantie demeurent inopposables au bénéficiaire par le garant.*

Ainsi, la paralysie d'une garantie à première demande suppose qu'il soit établi, d'une part, que le bénéficiaire ne disposait manifestement d'aucun droit pour en percevoir le règlement et d'autre part qu'il en était parfaitement conscient. Les demandes abusives ou frauduleuses sont celles qui rendent l'exécution de la sûreté inadmissible dès l'origine, alors que le bien-fondé du payement opéré au regard du contrat de base n'apparaît en tout état de cause qu'a posteriori …réf.

La preuve de la fraude ou de l'abus de droit n'est cependant pas rapportée en l'espèce. S'il apparaît que compte tenu de la multitude des procès engagés entre les parties et des revendications formulées de part et d'autre la créance de la société D n'est pas encore fixée, il ne demeure pas moins que l'association momentanée est en aveu quant au principe du retard dans l'achèvement et de l'existence de réserves formulées lors de la livraison des bâtiments aux propriétaires. Or, la non-détermination du quantum de la créance du bénéficiaire de la garantie ne rend pas l'appel en garantie abusif, le caractère justifié ou injustifié du payement de la garantie ne sera vérifié qu'a posteriori tandis que le caractère abusif ou illicite de l'appel doit apparaître dès l'origine par le constat que la position juridique adoptée par le bénéficiaire est « entièrement insoutenable et aberrante », preuve qui n'est pas rapportée en l'espèce. Le moindre doute profite au bénéficiaire qui n'a pas à justifier du bien-fondé de sa réclamation … réf.

C'est dès lors à tort que l'association momentanée a interdit à la banque de s'exécuter et il y a lieu de condamner la banque de procéder au payement des quatre garanties ».

S'agissant du montant de la garantie, le tribunal considéra que *«que la garantie émise par la banque n'est pas libérable en cas de réception provisoire tacite (par la prise de possession des locaux par les acquéreurs, respectivement en cas de réception provisoire intervenue entre le maître de l'ouvrage et l'occupant des lieux) et qu'afin de rendre les garanties libérables, il faut au contraire une réception provisoire formelle entre l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage et une lettre de mainlevée du maître de l'ouvrage à la banque confirmant la libération.*

Il est cependant établi par les éléments du dossier et plus particulièrement par le compte rendu de la réunion de l'expertise en cours qu'aucune réception provisoire n'est encore intervenue entre parties, de sorte que les garanties n'étaient pas libérables avant l'appel en garantie du 14 juin 2010. Celui-ci peut partant porter sur l'intégralité des montants garantis.

Il s'ensuit que la demande de la société D est fondée en ce qui concerne le montant principal. »

S'inspirant du droit commun des obligations et de la solution admise en matière de caution, le tribunal assortit ce montant des intérêts moratoires à compter de l'appel en garantie.

La société anonyme de droit belge A S.A., la société anonyme de droit luxembourgeois B et la société anonyme de droit belge C ont, par exploit de l'huissier de justice-suppléant Véronique REYTER, agissant en remplacement de l'huissier Jean-Claude STEFFEN d'Esch-sur-Alzette, du 7 janvier 2011 régulièrement relevé appel de ce jugement.

Elles sollicitent, par réformation de la décision entreprise, en principe, l'admission de leurs prétentions de première instance, sauf à leur ajouter s'agissant de la demande en interdiction de payer les garanties bancaires dirigée contre la société anonyme E une requête subsidiaire visant l'admission de la demande à raison de 50% du montant réclamé.

La société anonyme E a, de son côté, par conclusions du 24 février 2011, régulièrement interjeté appel incident. Après avoir indiqué qu'elle a, moyennant paiement en date du 16 février 2011 du montant de 5.054.949, 24 € au profit de la société anonyme de droit luxembourgeois D (ci-après désignée en tant qu'D), exécuté les obligations lui incombant du fait des quatre garanties bancaires visées, elle demande à être déchargée des condamnations prononcées à son encontre par la juridiction du premier degré. L'appel de l'association momentanée serait, par ailleurs, à rejeter comme non fondé.

D conclut à la confirmation du jugement déféré.

Il convient dans un but de simplification de relever immédiatement les deux éléments nouveaux suivants – intéressant le litige – survenus depuis la première instance et invoqués par les parties.

Saisie d'un appel intenté le 30 juillet 2010 contre l'ordonnance de référé du 7 juillet 2010, la Cour d'appel a, par arrêt du 9 février 2011, après avoir reçu cet appel en la forme, *« dit que depuis le jugement commercial du 16 décembre 2010, la juridiction de référé est sans pouvoir pour statuer sur le litige lui soumis, la décision de première instance ne trouvant plus à s'appliquer ».*

La banque a le 16 février 2011 donné suite à la demande d'D en paiement des susdites garanties bancaires.

Un procès-verbal fixant la réception provisoire au 21 septembre 2010, – admettant à cet égard les conclusions de l'expert (ci-dessus mentionné) – a été signé le 1er mars 2011 entre D et l'association momentanée avec l'expert. Le point 4 intitulé Réception provisoire prévoit notamment *« 4.1. Nonobstant le fait que des remarques subsistent et sur base de l'engagement formel de l'AM repris à l'article 3.2., DL est toutefois disposé à accorder, par ce présent document, la réception provisoire du complexe Président à l'AM à partir du 21 septembre 2010.*

L'AM réserve expressément tous ses droits quant à la prise d'effet de la réception provisoire à une date antérieure, le présent Procès-verbal ne pouvant être interprété comme valant renonciation à un quelconque droit de sa part.

4.2. Le décompte final de l'AM doit parvenir à D le jour de la levée des remarques réputées reprises au présent Procès-verbal ». La rubrique 5. Autres

dispositions est de la teneur suivante : *« 5.1. Excepté les modifications reprises dans le présent procès-verbal, les dispositions du contrat restent inchangées.*

5.2 Le présent procès-verbal est établi sans préjudice des droits et obligations prévues par les lois et règlements ainsi que par le Contrat. En particulier, la signature du présent procès-verbal n'implique aucune renonciation ni reconnaissance préjudiciable quant aux droits et obligations résultant pour les Parties de l'exécution ou de l'inexécution du Contrat à ce jour et jusqu'à la réception définitive. Plus particulièrement aucune des parties signataires ne renonce par la signature du présent procès-verbal à ses revendications pécuniaires formulées notamment en raison de l'allongement des délais de construction. De même la signature du présent procès ne saurait être interprétée comme valant renonciation de la part d'une des parties signataires à l'un ou l'autre de ses droits ou reconnaissance préjudiciable quant à l'origine des retards accumulés ».

Les opérations d'expertise continuent, selon toute évidence, entre parties, (cf notamment le résumé d'une réunion technique du 20 juin 2011).

Les parties réitèrent, sous réserve des développements et adaptations découlant du changement de situation ci-dessus indiqué, leurs arguments et moyens de première instance.

La partie appelante reprend ainsi spécialement ses moyens relatifs à la nature desdites garanties bancaires, à la nullité de l'appel à garantie pour inobservation du formalisme exigé en la matière et à son caractère abusif.

Elle donne notamment à considérer en premier lieu que les garanties bancaires visées ne seraient, contrairement à l'avis des juges du premier degré, pas des garanties inconditionnelles, dites à première demande, mais simplement des garanties dont l'appel resterait conditionné à la preuve de l'inachèvement de l'immeuble sinon de l'existence de vices ou de malfaçons. Les pénalités de retard, objet pourtant de la demande d'D, y seraient étrangères.

La partie appelante se réfère encore soit en ordre subsidiaire dans ce contexte, soit dans celui-ci-dessous, de l'absence de motivation, voire de l'insuffisance des motifs de la lettre d'appel à garantie.

L'appel en garantie serait ensuite nul pour non-respect du formalisme requis en la matière.

L'association momentanée insiste à cet égard sur le fait qu'il appartiendrait au garant saisi d'un appel de garantie, avant de payer, de vérifier d'une part l'identité des pouvoirs de la personne émettant cet appel et d'autre part la conformité de ladite demande aux conditions et formes définies dans la lettre de garantie. Les conditions de forme, qu'elle qualifie de substantielles, seraient à interpréter littéralement et non pas en fonction d'une prétendue finalité de l'instrument.

Le garant devrait donc refuser toute demande émanant d'un tiers non couvert par la garantie. Or, en l'occurrence, D n'aurait pas conservé la qualité de maître de l'ouvrage, impérativement requise pour pouvoir bénéficier desdites garanties. Cette qualité reviendrait, selon toute évidence, aux sociétés PRE A, B et C en exécution du contrat qu'elles auraient conclu avec D. Après avoir renvoyé à différentes circonstances, censées étayer ses allégations, elle demande pour autant que de besoin, la communication, en vertu de l'article 284 du nouveau code de procédure civile, de la convention renfermant le marché principal conclu entre D et les sociétés PRE, voire les documents la liant au groupe CRI, soit des pièces indispensables pour qualifier les relations entre parties.

L'appel aux garanties bancaires présenté par D s'avèrerait pour le surplus déloyal et abusif. L'association momentanée fait remarquer qu'il interviendrait, en l'absence de tout préjudice effectif et de décision au fond tranchant la question des responsabilités respectives, du chef de paiement d'indemnités de retard (montant forfaitaire et abstrait de 17 millions d'euros réclamé), soit pour un motif différent de celui figurant dans les lettres de garantie. Elle insiste encore sur le point que les immeubles auraient, en réalité, été achevés, été prêts à être réceptionnés et donc dû l'être, voire l'auraient été depuis longtemps, que si retard il y a eu il est imputable en réalité à D, aux sous-traitants par elle imposés et à son immixtion dans la gestion du chantier.

L'association se serait, d'ailleurs, réservé le droit de reculer la date de la réception provisoire dans le susdit procès-verbal du 1er mars 2011, et elle aurait assigné son cocontractant en répétition de l'indu dès le 10 juin 2011. D aurait, à son avis, tout fait – refus de signer en temps utile pour des réserves mineures – pour conserver l'intégralité des garanties.

Elle estime ses conclusions concernant la mauvaise foi d'D corroborées par le fait que celle-ci aurait encore le 16 février 2011 insisté sur le paiement des garanties bancaires, avant de signer 15 jours plus tard, le 1er mars 2011, le susdit procès-verbal de réception – retenant comme date de la réception provisoire le 21 septembre 2010.

Dans la rubrique de l'acte d'appel intitulée « sur la libération de 50% des garanties bancaires », elle a, après s'être incidemment prévalue de la nullité de la clause conditionnant la levée de la moitié des garanties bancaires à la signature par D d'un procès-verbal de réception provisoire, la banque et D ayant ainsi convenu d'une clause purement, voire simplement potestative et après avoir soutenu que la réception était incontestable, conclu à l'admission de sa demande à raison de 50%.

La société anonyme E demande, vu qu'elle s'est le 16 février 2011, suite à un arrêt de référé du 9 février 2011, exécutée des quatre garanties bancaires visées en procédant au paiement du montant de 5.054.949, 24 € en faveur d'D, à être déchargée des condamnations prononcées à son encontre et à voir déclarer l'appel de l'association momentanée non fondé.

Elle donne à considérer qu'elle a, sur demande de cette dernière, émis les quatre garanties bancaires dont question et qu'D lui a, par courrier du 14 juin 2010 demandé de les exécuter pour le montant de 5.054.949,24 € ; que le juge des référés de Luxembourg, lui a, par ordonnance du 7 juillet 2010 – faisant droit à la requête afférente de l'association momentanée – interdit de s'exécuter sous peine d'une astreinte d'un montant équivalent à celui des garanties, le tout jusqu'à intervention d'une décision sur le fond coulée en force de chose jugée ; que le jugement dont appel du 16 décembre 2010, assorti de l'exécution provisoire, a, au contraire, condamné la banque à payer à D ledit montant ; que la Cour d'appel (saisie d'un appel contre la susdite ordonnance de référé du 7 juillet 2010) a dans son arrêt du 9 février 2011 constaté que la juridiction des référés était sans pouvoir et que la décision de première instance ne trouvait plus à s'appliquer depuis le jugement du 16 décembre 2010. E se serait exécutée aussitôt après cet arrêt, mettant un terme à la susdite contrariété de décisions et à l'impossibilité dans laquelle elle se trouvait jusqu'ici d'accéder à la demande d'D. N'ayant dans les circonstances de l'espèce pas pu s'exécuter plus tôt, elle ne serait pas redevable d'intérêts de retard à D. Aucune faute ne pourrait lui être reprochée dans la gestion du dossier (délais très courts entre la demande et l'assignation visant à lui prohiber d'y faire droit, paiement aussitôt après le susdit arrêt etc.). Le prétendu retard de paiement ne lui serait pas imputable. Il résulterait exclusivement des querelles internes entre l'association momentanée et D ainsi que des diverses procédures intentées entre ces parties.

Le montant des quatre garanties serait, en outre, un montant maximum, ledit montant nominal ne faisant, dans le respect des principes régissant la matière, pas courir d'intérêts à l'égard de la banque.

D conclut au rejet des appels tant principal qu'incident et par conséquent à la confirmation du jugement déféré dans toute sa forme et teneur. Elle réclame toutefois une indemnité de procédure de 10.000.- € à chacun des membres de l'association momentanée.

La société intimée rappelle qu'elle a signé un contrat d'entreprise avec la partie appelante imposant deux obligations principales à cette dernière à savoir achever les travaux dans les délais contractuels – l'obligation ainsi contractée étant de résultat – et délivrer un ouvrage conforme aux prévisions contractuelles et exempt de vices. Il serait incontestable que la réalisation des travaux aurait connu d'importants retards, pour des raisons non attribuables à D. Le fait qu'D ait, conformément à la faculté à elle reconnue par le contrat, et d'ailleurs de l'accord de l'association momentanée, eu recours à des sous-traitants, ne saurait lui être reproché, voire exonérer l'association momentanée de sa responsabilité. Les retards existants ne seraient, en outre, que pour partie dus auxdits sous-traitants, la cause essentielle résidant dans une mauvaise organisation du chantier par la partie appelante.

Elle ajoute à ce sujet que le procès-verbal de réception a été signé le 1er mars 2011 en présence de l'expert. Comme il fixe la date de la réception provisoire des bâtiments au 21 septembre 2010, il serait avéré que les ouvrages ont été livrés avec un retard de près de 18 mois et confirmé qu'D était

en droit de faire appel aux garanties bancaires le 14 juin 2010 pour obtenir paiement des pénalités de retard. D souligne que d'importantes remarques subsistent encore nonobstant l'engagement formel de l'association momentanée de les lever.

Le tribunal aurait également, à raison, été amené à conclure que la garantie litigieuse était autonome et couvrait toutes les obligations de l'entrepreneur consistant à construire dans les délais impartis un bâtiment exempt de vices et malfaçons.

L'appel à garantie serait régulier. Les motifs invoqués et consistant dans le retard apporté à l'achèvement des travaux seraient d'une part clairement indiqués dans la lettre du 14 juin 2010, étant relevé qu'une désignation plus circonstanciée était superflue dans ce cadre.

La demande émanerait d'autre part du bénéficiaire désigné dans les lettres de garantie, D. La mention additionnelle de maître de l'ouvrage servirait, en réalité, à préciser davantage le bénéficiaire. La garantie n'étant régie que par les termes de la lettre de garantie, toute référence au contrat de base serait, en outre, prohibée. La société intimée ajoute qu'une coïncidence entre les notions de bénéficiaire et de maître de l'ouvrage au sens du contrat d'entreprise n'est pas nécessaire et que la banque n'a d'ailleurs jamais douté de l'identité du bénéficiaire.

En ordre subsidiaire D indique qu'elle est aux termes du contrat d'entreprise signé avec la partie appelante, le maître de l'ouvrage et qu'elle n'a assumé aucune obligation envers les sociétés PRE A, B et C – il ne saurait cependant y avoir de garantie sans obligation à garantir. Elle souligne que l'association momentanée aurait toujours agi à son encontre (procédures etc.) ; qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre la qualité de promoteur et celle de maître de l'ouvrage ; que les contrats signés avec les sociétés PRE sont des ventes en l'état futur d'achèvement et non pas des ventes d'immeuble à construire et qu'il serait sans intérêt de les produire dans la mesure où elle aurait conservé à l'égard de l'association momentanée la qualité de maître de l'ouvrage, tout en ayant celle de venderesse envers les sociétés PRE. La conclusion de contrats de sous-traitance ne changerait pas davantage cette réalité.

Son appel à garantie étant régulier, le donneur d'ordre ne pourrait s'y opposer, à moins de justifier d'un appel manifestement abusif ou frauduleux, consistant notamment dans le fait que le bénéficiaire se savait sans droit.

Tel ne serait cependant le cas en l'occurrence. Les retards seraient certains et les pénalités afférentes dues – le montant de la créance concernée, étant relevé qu'D ne serait pas tenue d'établir son préjudice, dépasserait d'ailleurs largement celui des garanties. Ils justifieraient à eux seuls l'appel à garantie. La partie appelante serait seule responsable de la situation – D n'aurait aucune faute à se reprocher à cet égard – et elle ne pourrait se prévaloir du comportement des sous-traitants qu'elle a admis et avec lesquels elle a conclu des accords, étant rappelé que l'obligation afférente assumée est de résultat.

Les allégations de la partie appelante quant à une réception des ouvrages longtemps antérieure à la date actuellement retenue et même au litige demeurent contestées.

D renvoie, concernant sa manière de procéder exempte de faute, encore au fait qu'elle a admis comme l'expert que la réception se concevait avec effet au 21 septembre 2010.

Les prétentions indemnitaires de la partie appelante sont, au contraire, contestées.

D critique enfin l'attitude de la banque, qu'elle qualifie de partiale. Elle lui reproche de s'être, au lieu de payer et de rester neutre, comme elle en aurait eu l'obligation, rangée du côté de l'association momentanée. Elle aurait commis une faute en refusant de payer quand elle en aurait eu la possibilité et devrait réparer le dommage afférent par le paiement des intérêts moratoires.

Tant l'appel principal que l'appel incident seraient donc à rejeter.

Le tribunal a, par des motifs exacts, reposant sur un examen correct des pièces à lui soumises et une juste appréciation des circonstances de la cause, répondant aux moyens exposés dans les deux instances, de sorte que la Cour y renvoie, admis, en principe la demande d'D et rejeté celle de l'association momentanée. Le jugement est à confirmer, sous réserve d'une part de l'adaptation requise du fait de l'intervention entretemps du paiement des montants faisant l'objet des garanties bancaires visées et d'autre part du sort à réserver à la question des intérêts, dont le montant principal redu serait à assortir.

Les considérations suivantes s'imposent pour être complet ainsi qu'au sujet du problème des intérêts, les prétentions justifiées de la banque impliquant un rejet de la demande d'D et la réformation de la décision déférée à cet égard.

La garantie autonome est une garantie contractuelle de nature personnelle dont la singularité réside dans son autonomie par rapport au contrat de base ce qui se traduit par l'inopposabilité au créancier de toute exception relative au contrat.

Le caractère autonome de la garantie, loin d'être une simple convention de langage permettant d'identifier le procédé, exprime véritablement sa spécificité et constitue le cœur de la notion. Il est l'opposé du caractère accessoire du cautionnement et joue le même rôle fondamental dans la détermination de la qualification et des effets de l'engagement (cf. Jurisclasseur de Droit Civil sub art. 2321 fasc. 10 n° 30). L'obligation du souscripteur d'une garantie autonome est non seulement nouvelle, mais indépendante de celle du débiteur principal. Ce caractère constitue la pierre angulaire du concept. L'existence d'un contrat de base, est la raison d'être de la constitution de la garantie. Elle en est, plus précisément, la cause. Il ne peut y avoir de garantie sans obligation à garantir. Autonomie ne signifie donc pas absence de référence à contrat principal. La référence à un contrat principal est de l'essence de la garantie qu'elle soit

autonome ou non. Le garant appelé à exécuter son engagement ne peut opposer au bénéficiaire de la garantie d'autres exceptions que celle tirées du contrat de garantie lui-même. Il doit payer, même si, à sa connaissance le contrat principal est nul, résolu ou résilié, inexécuté, éteint ou modifié.

Après avoir satisfait aux vérifications formelles requises, il ne peut se soustraire à son obligation que si un appel manifestement frauduleux ou abusif lui a été soumis.

L'engagement litigieux du garant est un engagement à première demande, autonome à l'égard du contrat de base et régi par les seules dispositions de la lettre de garantie. Il ne constitue manifestement pas un cautionnement, mais une garantie autonome. Aucun doute ne peut, en effet, exister si comme en l'espèce le garant s'est engagé irrévocablement et inconditionnellement à payer à première demande une somme d'argent, l'acte précisant, en outre, que le garant ne peut refuser le paiement au motif que les raisons invoquées étaient contestées, voire pour des oppositions émanant du donneur d'ordre – entrepreneur général.

Les parties ont donc clairement exprimé la volonté de mettre en œuvre une telle garantie autonome, l'engagement étant distinct de la dette propre du débiteur.

Il convient d'observer dès maintenant, nonobstant la constatation que l'argument concerne aussi le volet du montant à payer, que le fait que les parties se soient pour la durée de la garantie référées à la réception provisoire de l'ouvrage – l'analyse faite par le tribunal de cette modalité est d'ailleurs exacte – ne prive ni l'engagement de ce caractère de garantie à première demande, ni ne constitue une clause annulable à la demande d'un tiers. Il est parfaitement normal de faire coïncider la garantie et la période contractuelle. La banque doit être avertie de la situation. Si la preuve à adresser à la banque doit se faire sous forme d'une mainlevée émanant du maître de l'ouvrage, il n'en reste pas moins que cet écrit ne dépend pas de sa seule volonté ou de son pouvoir discrétionnaire. Il présuppose l'existence d'un procès-verbal de réception provisoire des travaux, soit d'un acte passé entre le maître de l'ouvrage et le ou les constructeurs.

Le tribunal a, aussi, pour des motifs corrects, été amené à considérer comme régulier l'appel à garantie émanant d'D, bénéficiaire, voire maître de l'ouvrage bénéficiaire.

S'agissant d'une garantie à première demande justifiée, le bénéficiaire doit, certes, indiquer un motif de son appel en garantie, mais ceci sans qu'une preuve de la réalité du motif invoqué ne puisse être exigée. L'appel en garantie doit simplement être motivé. Le garant ne peut exercer aucun contrôle sur les assertions du bénéficiaire, ni en contester la véracité. Une motivation succincte est suffisante, nul besoin de détail n'est requis. Force est de constater que la motivation figurant dans la demande du 14 juin 2010 remplit évidemment ces critères, comme l'ont à raison admis les juges du premier degré. Il est à préciser à cet endroit qu'il résulte sans ambiguïté des termes employés dans la

lettre de garantie qu'elle a pour objet une garantie dite de bonne fin visant la couverture par un tiers de l'obligation de bonne et loyale exécution du contrat dans les délais impartis. Il s'ensuit que le tribunal a, par une interprétation correcte de ladite lettre de garantie, pu admettre que les indemnités de retard étaient couvertes.

Le tribunal a également pour des motifs restant exacts accordé à D le droit de demander lesdites garanties à la banque. Il y a lieu de remarquer, abstraction faite de toute autre considération, que le seul fait que les parties continuent à rester en contact, maintiennent leurs prétentions réciproques, assistent aux opérations d'expertise, aient signé le susdit procès-verbal de réception provisoire, corrobore l'analyse du tribunal et démontre qu'D a conservé dans les relations avec l'association momentanée la qualité de maître de l'ouvrage-bénéficiaire des lettres de garantie visées. Il s'ensuit que la communication du susdit contrat de vente voire d'autres pièces imprécises s'avère dénuée d'intérêt. La demande afférente de l'association momentanée est à rejeter.

Les conclusions du tribunal quant à la réception de l'ouvrage restent partant valables et se trouvent étayées par la signature par les parties d'un procès-verbal opérant réception à la date du 21 septembre 2010. La date ayant trouvé l'agrément des parties est celle admise par l'expert judiciaire, après examen de la situation de fait, constatations sur place des travaux et en connaissance de cause des griefs des parties. Son exactitude ne peut être considérée comme valablement remise en cause ou démentie du seul fait de la formulation d'une réserve vague et générale par l'association momentanée, du maintien non circonstancié d'une position antérieure, et par conséquent insusceptible à démontrer concrètement l'inexactitude de la conclusion de l'expert.

Le garant doit dès qu'il est, comme en l'occurrence, saisi d'une demande régulière, payer sur-le-champ sous réserve quand-même du délai raisonnable admis par les usages. Il ne peut exiger ni explication, ni justification supplémentaires, retarder le paiement sans raison valable. Il doit, sauf à être saisi d'une demande manifestement abusive ou frauduleuse, voire se trouver dans l'impossibilité juridique de payer, faire droit à la demande.

Le tribunal a, à raison, refusé de qualifier d'abusive la demande d'D, les relations difficiles entre parties y sont étrangères, tout comme l'existence d'un dommage effectif dans son chef.

Le fait qu'D n'ait pas renoncé à sa demande régulière tenue en suspens depuis juin 2010 à l'approche de la date d'admission par signature du procès-verbal de la réception provisoire ne saurait changer cette conclusion. Il ne peut être interprété comme constitutif d'un appel manifestement abusif. L'appel n'est pas à ce titre dégénéré en abus, étant quand-même précisé qu'il ne suffit pas de démontrer l'abus, la fraude ou la mauvaise foi, mais qu'il faut qu'ils soient manifestes. Tel n'étant pas le cas en l'occurrence, la banque a, à raison, payé au bénéficiaire.

Si le montant de la garantie est chiffré en l'occurrence, - le montant à payer est celui figurant dans les lettres de garantie et non pas dans un acte extérieur-, (la demande subsidiaire ne se justifie donc pas) de sorte que le garant ne peut en aucun cas être tenu pour un montant supérieur à celui stipulé au titre d'éventuels accessoires, il n'en reste pas moins que cette considération ne constitue pas un obstacle de principe à l'allocation d'intérêts moratoires à compter de l'appel valant mise en demeure.

Toutefois l'admission de pareilles prétentions ne se conçoit pas en l'espèce.

Le donneur d'ordre ayant, quelques jours à peine – soit manifestement encore endéans le délai raisonnable reconnu à la banque pour s'exécuter –, après la demande du bénéficiaire, intenté une procédure devant le juge des référés tendant à faire défense au garant de payer et ayant obtenu gain de cause, la banque se trouvait évidemment dans l'impossibilité d'exécuter son obligation avant l'intervention du susdit arrêt de la Cour d'appel signifiant levée de cette interdiction, dissipant définitivement l'incertitude quant à la contrariété de décisions et l'autorisant à exécuter le jugement déféré. La banque qui ne pouvait se soustraire à l'interdiction judiciaire, assortie de la susdite astreinte en cas d'inobservation, prononcée à son encontre, n'avait, en revanche, plus aucune raison de ne pas honorer son engagement par après. S'étant exécutée aussitôt qu'elle l'a pu, il ne saurait, dans les circonstances de la cause, être accédé à la demande d'D en paiement d'intérêts à partir d'un moment quelconque sur le montant principal.

Le jugement entrepris est à confirmer dans les limites ci-dessus. L'appel principal est à rejeter. L'appel incident de E est, au contraire, à accueillir.

Succombant dans ses prétentions dans les deux instances et étant à condamner aux frais, l'association momentanée a, à raison, été déboutée par le tribunal de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure et sa demande de même nature présentée pour l'instance d'appel est également à rejeter.

La décision du tribunal, non spécialement critiquée et dont l'inexactitude manque à être démontrée, ayant alloué à D un montant de 2.000.-€ en application de l'article 240 du nouveau code de procédure civile est à confirmer.

D ayant dû recourir aux services rémunérés d'un avocat pour se défendre contre un appel injustifié, il est inéquitable de laisser à sa charge l'intégralité de ces frais non compris dans les dépens et il convient de faire droit à sa demande en allocation d'une indemnité de procédure pour la présente instance à hauteur d'un montant, évalué ex aequo et bono par la Cour d'appel, à 4.500.- €, soit 1.500.-€ à charge de chaque société faisant partie de l'association momentanée.

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,

déclare l'appel principal de la société anonyme de droit belge A S.A., de la société anonyme de droit luxembourgeois B et de la société anonyme de droit belge C recevable, mais non fondé;

dit l'appel incident de la société anonyme E recevable et justifié;

confirme, le jugement déféré en ce qu'il a admis la demande de la société anonyme de droit luxembourgeois D, mais décharge, pour autant que de besoin, la société anonyme E de la condamnation au paiement du montant de 5.054.949,24 €, prononcée à son encontre, dans la mesure où elle a procédé au paiement de cette somme à la société anonyme de droit luxembourgeois D le 16 février 2011 ;

réformant

dit non fondée la demande de la société anonyme de droit luxembourgeois D visant à l'obtention d'intérêts moratoires sur le montant de 5.054.949,24 € et décharge, pour autant que de besoin, la société anonyme E de la condamnation prononcée de ce chef à son égard ;

confirme, pour le surplus, le jugement entrepris ;

condamne la société anonyme de droit belge A S.A., la société anonyme de droit luxembourgeois B et la société anonyme de droit belge C chacune à payer à la société anonyme de droit luxembourgeois D une indemnité de procédure de 1.500.-€ en vertu de l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;

déboute la société anonyme de droit belge A S.A., la société anonyme de droit luxembourgeois B et la société anonyme de droit belge C de leur demande en obtention d'une indemnité de procédure en application de l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;

condamne la société anonyme de droit belge A S.A., la société anonyme de droit luxembourgeois B et la société anonyme de droit belge C solidairement aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître Michel MOLITOR et de Maître Franz SCHILTZ sur leurs affirmations de droit.