

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Arrêt N° 91/16 – VII – CIV

Audience publique du 1er juin deux mille seize

Numéro 40739 du rôle.

Composition:

Astrid MAAS, président de chambre ;
Pierre CALMES, premier conseiller ;
Marie-Laure MEYER, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

la société anonyme SOCIETE1.), établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), représentée par son liquidateur Monsieur PERSONNE1.), résidant à ADRESSE2.) (Canada), ADRESSE2.),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Patrick MULLER, en remplacement de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg en date du 5 août 2013,

comparant par Maître Marc THEWES, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

la société de droit italien SOCIETE2.) SPA, établie et ayant son siège social à I-ADRESSE3.), représentée par son conseil d'administration

intimée aux fins du susdit exploit MULLER du 5 août 2013,

comparant par Maître Lydie LORANG, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Antécédents de procédure

Par exploit d'huissier de justice du 15 février 2008, la société de droit italien SOCIETE2.) a fait pratiquer saisie-arrêt, sur base d'une ordonnance rendue sur requête par le vice-président du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg du 14 février 2008, entre les mains de la société anonyme SOCIETE3.) sur les sommes que celle-ci pourra redevoir à la société SOCIETE1.). S.A. (ci-après SOCIETE1.)) pour sûreté et avoir paiement de la somme de 2.000.000 € en principal et intérêts.

La saisie-arrêt a été dénoncée à SOCIETE1.) par exploit d'huissier de justice du 18 février 2008, ce même exploit contenant assignation en validation de la saisie-arrêt.

La contre-dénonciation a été faite à la partie tierce saisie le 21 février 2008.

Par jugement du 23 mars 2010, le tribunal a, avant tout autre progrès en cause, dit que le litige est régi par la loi italienne. Il a ensuite, en application de la Convention Européenne de Londres du 7 juin 1968 concernant l'information sur le droit étranger, dit qu'il y a lieu de demander à l'autorité compétente italienne les renseignements nécessaires, au vu du contenu de l'acte du 28 janvier 2005 par lequel SOCIETE1.) a donné garantie à première demande pour le montant de 2.000.000 € réduit par la société de droit italien SOCIETE4.) à SOCIETE2.), pour la solution de la question de droit italien suivante :

1. *L'acte du 28 janvier 2005 est-il, de par sa formulation, à qualifier de garantie autonome indépendante de l'obligation principale ou au contraire s'agit-il d'une garantie accessoire liée à la l'obligation principale, cette obligation principale étant constituée en l'occurrence par le paiement de 2.000.000 € ?*

2. *Quelles sont les conséquences juridiques de cette qualification ? En particulier, de quels moyens de défense, ayant trait à la relation entre le débiteur principal et le bénéficiaire de la garantie, le garant est-il autorisé à*

se prévaloir, comme moyen de défense à une action en paiement introduite contre lui par le bénéficiaire de la garantie ?

Dans l'attente de la réponse, le tribunal a sursis à statuer sur la demande en condamnation et en validation de la saisie-arrêt.

Par jugement du 27 mars 2012, le tribunal a constaté que l'autorité centrale italienne n'avait pas répondu à la première question relative à la qualification du document litigieux, motifs pris que ce problème échapperait à sa compétence.

Quant à la seconde question, l'autorité italienne a rappelé les différences existant en droit italien entre les deux types de garanties ainsi que les conséquences juridiques découlant de la qualification à donner à l'acte et elle a joint un arrêt de la Cour de cassation italienne rendu le 18 février 2010.

Retenant qu'un examen sommaire de la décision en question laissait apparaître qu'elle avait été rendue dans un contexte similaire à celui faisant l'objet du litige dont il était saisi, le tribunal a, avant tout autre progrès en cause, ordonné la traduction de la décision de la Cour de Cassation italienne du 18 février 2010.

Par jugement du 5 juillet 2013, le tribunal a retenu que la décision rendue par la Cour de cassation italienne était à considérer comme décision de principe à portée générale par rapport aux différences entre le contrat de fidéjussion et le contrat autonome de garantie et il a dit que l'écrit du 28 janvier 2005 intitulé « *rilascio di garanzia fidejussoria* » était à qualifier de contrat autonome de garantie. Il a déclaré valable la mise en demeure du 31 janvier 2008, a rejeté le moyen de nullité fondé sur l'article 1941, alinéa 3 du code civil italien et il a ensuite, avant tout autre progrès en cause, renvoyé le dossier aux parties pour complément d'instruction par rapport aux points plus amplement exposés dans la motivation du jugement.

Contre ce jugement, la société SOCIETE1.) a régulièrement interjeté appel par exploit d'huissier de justice du 5 août 2013, demandant, par réformation, à la Cour, de débouter la société SOCIETE2.) de l'ensemble de ses demandes et d'ordonner la mainlevée de la saisie-arrêt, sinon, en ordre subsidiaire, renvoyer le dossier en prosécution de cause devant le tribunal d'arrondissement pour y voir statuer sur les suites des demandes adverses en application des règles du cautionnement du droit italien. Elle soulève l'exception de connexité entre un jugement rendu le 15 avril 2014 par le tribunal ordinaire de Rome, Chambre X Civile qui a condamné la SOCIETE5.) à payer à SOCIETE2.) la somme de 2.000.000 € de sorte, qu'en faisant droit à la demande de SOCIETE2.) celle-ci obtiendrait deux fois paiement. Elle demande une indemnité de procédure de 2.000 € pour l'instance d'appel.

Dans ses conclusions notifiées le 14 octobre 2015, SOCIETE1.) conclut à l'incompétence des juridictions luxembourgeoises pour connaître du litige en application de l'article 22 du Règlement 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire.

La société SOCIETE2.) demande le rejet de l'appel principal mais interjette « appel incident » en ce que les premiers juges, après avoir retenu qu'il s'agissait d'une garantie à première demande, ont cependant à tort ordonné la continuation des débats pour permettre à SOCIETE1.) de justifier de l'inexécution de ses obligations tout en retenant que ces développements étaient largement axés sur la prémisse d'une obligation fidéjusse, qualification non retenue en l'espèce. Selon SOCIETE2.), l'affaire est en état d'être jugée et elle s'oppose à un renvoi en première instance. Elle demande la condamnation de SOCIETE1.) à lui payer 2.000.000 € et demande la validation de la saisie-arrêt pour le montant en question. Elle réclame une indemnité de procédure de 2.500 € pour l'instance d'appel.

Elle conclut à l'irrecevabilité du moyen de l'incompétence territoriale pour ne pas avoir été soulevé *in limine litis* et elle conteste qu'il y ait connexité entre le litige ayant fait l'objet du jugement italien du 15 avril 2014 en insistant sur le rapport de droit indépendant entre elle-même et SOCIETE1.) de sorte que les deux demandes pourraient parfaitement coexister et que le risque d'un double paiement ne se poserait pas.

Exposé du litige

Au départ il y a eu vente, le 28 janvier 2005, par la société de droit italien SOCIETE6.) à la société de droit italien SOCIETE4.) d'un complexe immobilier sis à ADRESSE4.) pour le prix total de 5.060.000 € hors TVA dont le paiement a été différé pour un montant de 2.000.000 jusqu'au 28 janvier 2008 au plus tard.

En même temps, la société SOCIETE6.), créancière de la société SOCIETE4.) pour les 2.000.000 €, était débitrice de la société de droit italien SOCIETE2.) pour un montant équivalent.

Suivant acte de cession de créance « *pro soluto* » du 28 janvier 2005, SOCIETE6.) a cédé à SOCIETE2.) sa créance de 2.000.000 € qu'elle tenait à l'encontre d'SOCIETE4.).

Par écrit du même 28 janvier 2005, jour, la société anonyme SOCIETE1.) a donné garantie à première demande pour le montant de 2.000.0000 € redu par SOCIETE4.) à SOCIETE2.), la garantie venant à échéance le 15 février 2008. Cette garantie était subordonnée à une mise en demeure préalable et restée infructueuse à SOCIETE4.).

Par la suite, il y a eu absorption d'SOCIETE4.) par la société de droit italien SOCIETE7.), laquelle a, à son tour, été absorbée par la société de droit italien SOCIETE5.), en abrégé SOCIETE5.).

Suite à des problèmes rencontrés dans l'élaboration du complexe immobilier, la société SOCIETE5.) a assigné les sociétés SOCIETE6.) et SOCIETE2.) devant le tribunal civil de Rome pour voir suspendre son obligation de payer le prix résiduel de 2.000.000 €.

Par lettre recommandée du 31 janvier 2008, la société SOCIETE2.) a mis les sociétés SOCIETE4.) et SOCIETE7.), débitrices principales, ainsi que SOCIETE1.), garante, en demeure de régulariser la situation, à défaut d'avoir procédé au paiement du montant de 2.000.000 € à la date d'échéance du 28 janvier 2008.

La société SOCIETE2.) soutient à l'appui de sa demande qu'elle serait créancière de la société SOCIETE1.) de la somme de 2.000.000 € en principal, évaluée provisoirement, y non compris les intérêts et frais ainsi que tous autres droits, dus, moyens et actions. Elle demande en conséquence la condamnation de la société SOCIETE1.) au paiement de ladite somme et la validation de la saisie-arrêt pratiquée le 15 février 2008 pour le montant de 2.000.000 €, avec les intérêts à échoir à compter du 31 janvier 2008, date de la mise en demeure, jusqu'à solde. Elle se base pour appuyer sa demande sur l'acte de cession de créance du 28 janvier 2005 et sur la garantie lui accordée le même jour par SOCIETE1.).

SOCIETE1.) a d'abord soulevé l'irrecevabilité de la demande pour absence de mise en demeure du débiteur principal et extinction de la garantie par elle donnée. Elle a ensuite invoqué l'existence d'une connexité entre cette demande et une instance pendante devant le tribunal civil de Rome et a demandé en conséquence à voir surseoir à statuer en attendant l'issue de cette procédure étrangère. Quant au fond, elle a fait plaider l'absence de validité de son engagement au regard du droit italien applicable et elle conclut à la mainlevée de la saisie-arrêt.

Les parties sont en désaccord par rapport à la qualification à donner au rapport de droit résultant de l'écrit du 28 janvier 2005, intitulé « *rilascio di garanzia fidejussoria* » traduit en français par les termes « *octroi d'une garantie* ».

Selon SOCIETE2.), l'écrit litigieux du 28 janvier 2005 constitue un contrat de garantie autonome à première demande. Elle se base, pour affirmer cela, sur les termes « *si entende obbligata a prima richiesta* » traduits en français par les termes « *engagement à payer à première demande* » contenus au dernier paragraphe de ce document.

SOCIETE1.), pour sa part, fait plaider que cette garantie n'est pas autonome, mais est intimement liée à l'obligation principale qui consiste à payer le montant de 2.000.000 € avant le 28 janvier 2008, proche en cela du cautionnement existant en droit luxembourgeois. Ceci résulterait de l'intitulé même de l'écrit, à savoir « *garanzia fidejussoria* » ainsi que des articles 1936 et suivants du code italien cités dans l'écrit.

Prenant appui sur la décision de la Cour de cassation italienne du 18 février 2010, les juges de première instance ont retenu que l'écrit était à qualifier de contrat autonome de garantie.

Ils ont ensuite rejeté les moyens opposés par SOCIETE1.) tendant à remettre en cause la validité, sinon l'efficacité de l'engagement à première demande, en déclarant valable la mise en demeure notifiée le 31 janvier 2008 par SOCIETE2.) aux sociétés SOCIETE4.) et SOCIETE7.), débitrices principales, ainsi qu'à SOCIETE1.), garante. SOCIETE1.) avait en effet opposé que la mise en demeure n'avait pas été notifiée à la débitrice principale actuelle SOCIETE5.) (SOCIETE5.)). Retenant que la société SOCIETE4.) avait été absorbée à un moment donné par la société SOCIETE7.) qui, elle, a par la suite été absorbée par SOCIETE5.), constatant ensuite que ces trois sociétés avaient, respectivement avaient eu, toutes leur siège social à la même adresse à ADRESSE5.) et retenant qu'aux termes de l'article 2505 bis du code civil italien la société résultant de la fusion ou la société absorbante assume tous les droits et obligations des sociétés participant à la fusion, en poursuivant tous leurs rapports, même les rapports de procédure, antérieurs à la fusion, le tribunal a dit que la mise en demeure faite à l'une quelconque des parties débitrices devait être considérée comme ayant été valablement faite à la dernière société participant à la fusion, à savoir la société SOCIETE5.).

Ils ont ajouté que la mise en demeure n'était, en tout état de cause, même pas nécessaire au vu de l'article 1219, 2 du code civil italien en raison du fait que la société SOCIETE5.) avait assigné, par exploit du 29 janvier 2008, les sociétés SOCIETE2.) et SOCIETE6.) devant le tribunal civil de Rome, pour voir suspendre son obligation de payer le prix résiduel de 2.000.000 €.

Le tribunal a encore rejeté le moyen de nullité opposé par SOCIETE1.) selon lequel la renonciation dans l'écrit du 28 janvier 2005 à invoquer toute exception ne serait pas valable au regard de l'article 1941 alinéa 3 du code civil italien qui édicterait une règle d'ordre public, dans la mesure où sa situation serait plus contraignante que celle de la débitrice principale qui pourrait opposer au cessionnaire, donc à SOCIETE2.), toutes les exceptions qu'elle aurait pu invoquer contre la société SOCIETE6.). Pour rejeter ce moyen, le tribunal s'est référé à l'arrêt de la Cour de cassation italienne du 18 février 2010 qui a retenu que les clauses « *à première demande* » ou « *sans*

exception » visent précisément à enlever au garant l'opposabilité au créancier garanti des exceptions qui échoient au débiteur principal.

Les moyens de procédure

La compétence territoriale

Dans ses conclusions notifiées le 14 octobre 2015, SOCIETE1.) a, pour la première fois, soulevé l'incompétence territoriale des juridictions luxembourgeoises pour connaître du litige.

SOCIETE2.) conclut à l'irrecevabilité du moyen qui devrait être soulevé *in limine litis*.

A cela SOCIETE1.) réplique qu'il s'agirait en l'espèce d'un moyen d'ordre public qui pourrait être soulevé à tout stade de la procédure.

SOCIETE1.) invoque à l'appui de son moyen l'article 22.1 du Règlement CE n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Règlement Bruxelles I) qui dispose :

« Sont seuls compétents, sans considération de domicile :

1) en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles, les tribunaux de l'Etat membre où l'immeuble est situé ».

Selon SOCIETE1.), le contrat de cautionnement daté du 28 janvier 2005 porterait sur les modalités du paiement du prix de vente de l'immeuble, tel que fixé par le contrat de vente du 28 janvier 2005. Le litige porterait donc sur l'exécution d'un contrat de cautionnement daté du 28 janvier 2005 qui serait l'accessoire de l'obligation principale contenue dans le contrat de vente de l'immeuble. Le tribunal d'arrondissement de Luxembourg n'aurait donc, en aucun cas, pu procéder à la requalification du contrat de cautionnement en un contrat de garantie autonome afin de fonder son éventuelle compétence, mais aurait dû se déclarer incompétent. A titre subsidiaire, il aurait dû surseoir à statuer en attendant une décision d'une juridiction italienne prononçant une décision définitive sur la demande de SOCIETE2.).

Aux termes de l'article 25 du Règlement CE invoqué *« Le juge d'un Etat membre, saisi à titre principal d'un litige pour lequel une juridiction d'un autre Etat membre est exclusivement compétente en vertu de l'article 22, se déclare d'office incompétent ».*

S'agissant dès lors d'un moyen d'ordre public, la Cour doit au préalable contrôler si elle est saisie d'un litige relevant de l'article 22.1 du Règlement.

Comme toute dérogation aux règles de compétence normale, cette disposition est d'interprétation restrictive. Il ne suffit pas qu'un droit réel immobilier soit concerné par l'action ou que l'action ait un lien avec un immeuble pour que l'article 22.1 s'applique. Il faut notamment que l'action soit fondée sur un droit réel et non, sauf l'exception pour les baux d'immeubles, sur un droit personnel.

Dans deux arrêts des 10 janvier 1990 (Reichert, C-115/88, Rec. p.1-27) et 17 mai 1994 (Webb, C-294/92, Rec. p. 1-1717), la Cour de Justice de l'Union Européenne (à l'époque encore CJCE) a déterminé le sens de l'expression « *en matière de droits réels immobiliers* » au sens de l'article 16.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dont le libellé est identique à celui de l'article 22.1 du Règlement Bruxelles I.

La CJCE a d'abord retenu qu'il « *apparaît, tout d'abord, que, en vue d'assurer, dans la mesure du possible, l'égalité et l'uniformité des droits et obligations qui découlent de la convention pour les États contractants et les personnes intéressées, il convient de déterminer de manière autonome, en droit communautaire, le sens de l'expression « en matière de droits réels immobiliers. (...) Il convient, ensuite, de relever qu'ainsi que la Cour l'a déjà jugé l'article 16 ne doit pas être interprété dans un sens plus étendu que ne le requiert son objectif dès lors qu'il a pour effet de priver les parties du choix du for qui autrement serait le leur et, dans certains cas, de les attirer devant une juridiction qui n'est la juridiction propre du domicile d'aucune d'entre elles. De ce point de vue, il faut prendre en considération le fait que le motif essentiel de la compétence exclusive des tribunaux de l'État contractant où l'immeuble est situé est la circonstance que le tribunal du lieu de situation est le mieux à même, compte tenu de la proximité, d'avoir une bonne connaissance des situations de fait et d'appliquer les règles et usages qui sont, en général, ceux de l'État de situation. (...) Dans ces conditions, l'article 16, paragraphe 1, doit s'interpréter en ce sens que la compétence exclusive des tribunaux de l'État contractant où l'immeuble est situé n'englobe pas l'ensemble des actions qui concernent des droits réels immobiliers, mais seulement celles d'entre elles qui, tout à la fois, entrent dans le champ d'application de la convention de Bruxelles et sont au nombre de celles qui tendent à déterminer l'étendue, la consistance, la propriété, la possession d'un bien immobilier ou l'existence d'autres droits réels sur ces biens et à assurer aux titulaires de ces droits la protection des prérogatives qui sont attachées à leur titre* ».

Dans l'espèce en question, il s'agissait d'une action dite « paulienne » à propos de laquelle la CJCE a retenu que cette action « *trouve son fondement dans le droit de créance, droit personnel du créancier vis-à-vis de son*

débiteur, et a pour objet de protéger le droit de gage dont peut disposer le premier sur le patrimoine du second. Si elle aboutit, sa conséquence est de rendre inopposable au seul créancier l'acte de disposition passé par le débiteur en fraude de ses droits. De plus, son examen n'exige pas l'appréciation de faits ni l'application des règles et usages du lieu de situation du bien qui sont de nature à justifier la compétence d'un juge de l'État dans lequel l'immeuble est situé. (...) Il en résulte que cette action, formée par un créancier à l'encontre d'un contrat de vente d'immeuble passé par son débiteur ou d'une donation faite par ce dernier, n'entre pas dans le champ d'application de l'article 16, paragraphe 1 ».

Dans l'affaire Webb (cf. supra pour la référence), la CJCE a encore retenu :

« Ainsi que la Cour l'a jugé, la compétence exclusive en matière de droits réels immobiliers des tribunaux de l'État où l'immeuble est situé se justifie par le fait que les litiges portant sur des droits réels immobiliers entraînent souvent des contestations qui impliquent fréquemment des vérifications, des enquêtes et des expertises qui doivent être faites sur place (voir arrêt du 14 décembre 1977, Sanders, 73/77, Rec. p. 2383, point 13). Or, comme l'ont relevé à juste titre Webb père et le gouvernement du Royaume-Uni, la nature immobilière et la localisation du bien détenu en trust sont sans incidence sur la configuration du litige au principal: celui-ci se serait posé dans les mêmes termes s'il avait eu trait à un appartement situé au Royaume-Uni ou à un bateau de plaisance. »

Les juridictions luxembourgeoises décident régulièrement que les actions mixtes telles que les actions en annulation, résolution ou rescision d'une vente d'un immeuble, transfert de la propriété immobilière, actions en partage d'une indivision conventionnelle ou partage d'immeubles échappent aux dispositions restrictives des articles 16.1 de la convention et 22.1 du règlement (cf. pour le tout : Jean-Claude Wiwinius : Le droit international privé au Grand-Duché de Luxembourg, 3^{ème} édition, n° 1391 – 1403, pages 295 à 298).

La Cour retient des développements qui précèdent que le présent litige dans lequel SOCIETE2.) réclame à SOCIETE1.) le paiement d'une certaine somme d'argent échappe dès lors aux dispositions de l'article 22.1 du règlement, et cela indépendamment de la question de savoir qu'il s'agisse d'un cautionnement accessoire au contrat principal comme le voit SOCIETE1.) ou d'un contrat autonome de garantie comme le voit SOCIETE2.).

Le moyen d'incompétence fondé sur l'article 22.1 du règlement n'est donc pas fondé.

SOCIETE1.) invoque encore l'article 6.4. du Règlement selon lequel :

« Cette même personne (personne domiciliée sur le territoire d'un Etat membre) peut aussi être atraite :

(...)

4) en matière contractuelle, si l'action peut être jointe à une action en matière de droits réels immobiliers dirigée contre le même défendeur, devant le tribunal de l'Etat membre sur le territoire duquel l'immeuble est situé ».

L'article 6 du Règlement traite de façon générale des compétences dérivées qui s'ajoutent, au choix du demandeur, aux fors déterminés par les articles 2 à 5 du Règlement.

Il découle du libellé même de l'article 6.4 que c'est le demandeur qui fait le choix de la juridiction. La formule « *peut aussi atraite* » est d'ailleurs incompatible avec le sens que SOCIETE1.) entend attacher à l'article 6.4. à savoir une compétence exclusive du lieu de situation de l'immeuble.

Le moyen d'incompétence territoriale fondé sur l'article 6.4 du Règlement est donc pareillement à rejeter.

L'exception de connexité

La position des parties

SOCIETE1.) s'empare du jugement rendu le 15 avril 2014 par le Tribunal Ordinaire de Rome qui a condamné la débitrice principale SOCIETE5.) à payer 2.000.000 € à la société SOCIETE2.). Ce jugement serait actuellement coulé en force de chose jugée.

SOCIETE1.) soulève dès lors l'exception de connexité entre la condamnation prononcée par le tribunal de Rome et la présente demande qui auraient la même créance pour objet et pour cause.

L'instance italienne aurait été introduite par la débitrice principale SOCIETE5.) contre SOCIETE2.) le 29 janvier 2008, soit antérieurement à la présente demande de SOCIETE2.) introduite le 18 février 2008. Par cette instance, la SOCIETE5.) aurait demandé à ce que soit suspendu le paiement de la créance au motif que les autorisations nécessaires (autorisations, licences, édification) n'avaient pas été obtenues comme promis par la société venderesse SOCIETE6.). Les autorisations ayant finalement été obtenues, les juges italiens auraient rejeté la demande de SOCIETE5.) et condamné celle-ci au paiement du solde de 2.000.000 € à SOCIETE2.).

SOCIETE5.) serait actuellement en *concordato preventivo*, mais le commissaire chargé du concordat aurait inscrit SOCIETE2.) pour un montant de 2.000.000 € dans la liste des créanciers de SOCIETE5.).

Tant que les opérations de liquidation seraient en cours en Italie, la procédure au Luxembourg ne pourrait pas se poursuivre alors qu'il y aurait un risque que SOCIETE2.) soit payée deux fois : par la débitrice principale en Italie et par le garant au Luxembourg. Ce risque serait bien réel alors que par jugement du 17 décembre 2014, le Tribunal de Rome aurait homologué le concordat de SOCIETE5.) de sorte que la créance de SOCIETE2.) serait définitivement acceptée. Au jour de la liquidation, l'actif rapporté à la liquidation aurait été d'au moins 93.600.000 €. Selon le tableau rectifié par les liquidateurs, la créance de SOCIETE2.) correspondrait à 0,402957% des créances chirographaires inscrites à la masse de la liquidation de sorte que SOCIETE2.) percevrait sans aucun doute le remboursement intégral de sa créance dans le cadre de la liquidation actuellement encore en cours.

Pour éviter une contrariété entre l'issue de la présente demande fondée sur la garantie et celle ayant abouti à l'homologation du concordat, il y aurait lieu de connaître le montant effectivement redû à SOCIETE2.) dans le cadre du concordat avant de faire droit à la demande en garantie.

SOCIETE1.) demande dès lors à la Cour de faire application des articles 30 paragraphes 3 et 28 paragraphe 1 du règlement CE N° 44/2001, de constater qu'il existe un risque de contrariété des décisions et de se dessaisir au profit de la juridiction italienne sinon, en ordre subsidiaire, de surseoir à statuer en attendant l'issue de la procédure en Italie, et notamment l'issue de la procédure de liquidation de la faillite de la débitrice principale SOCIETE5.). Les fondements juridiques différents des deux demandes ne feraient pas obstacle à l'application de l'exception de connexité.

SOCIETE2.) s'oppose à la demande en donnant tout d'abord à considérer que le tribunal de Rome ne serait actuellement plus saisi de l'affaire, SOCIETE1.) affirmant elle-même que le jugement du 17 décembre 2014 serait coulé en force de chose jugée. La Cour d'appel ne pourrait dès lors pas se dessaisir au profit d'une juridiction italienne qui ne serait elle-même plus saisie du fait d'avoir rendu un jugement définitif.

Par ailleurs, la demande en paiement dont seraient saisies les juridictions luxembourgeoises serait une demande de SOCIETE2.) contre le garant, SOCIETE1.), de la créance qu'elle possède contre SOCIETE5.). Ce garant aurait émis une garantie à première demande ce qui créerait un rapport juridique indépendant entre SOCIETE2.) et SOCIETE1.) de sorte que SOCIETE2.) pourrait en même temps assigner son débiteur principal SOCIETE5.) et le garant de celui-ci SOCIETE1.), le premier sur base du rapport de la dette principale et le second sur base du contrat de garantie à

première demande. Les deux demandes pourraient donc parfaitement coexister et aboutir à la condamnation de l'un et de l'autre, le créancier ayant le choix d'exécuter contre l'un ou l'autre sinon contre les deux, les paiements effectués par l'un étant défalqués du montant réduit par l'autre.

Il n'y aurait que partiellement identité de parties mais ni identité d'objet ni identité de cause.

Il n'y aurait pas non plus risque de contrariété de décision alors que la Cour devrait se prononcer sur le bien-fondé de la demande en garantie à première demande qui n'aurait aucun rapport direct avec la créance sous-jacente qu'elle garantit sur laquelle se serait prononcé le tribunal de Rome, étant notamment rappelé que le garant à première demande ne pourrait pas opposer à la demande les exceptions que pourrait opposer le débiteur principal à la demande en paiement de la créance.

Le risque de double paiement ne se poserait pas non plus. En effet, si le garant paie en lieu et place du débiteur de la dette, il serait substitué, en application de l'article 1949 du code civil italien, donc *de lege*, dans les droits du créancier. Dès lors le curateur, en procédant à la distribution de dividendes, ne pourrait le faire qu'au seul profit du garant substitué dans les droits du créancier.

Il n'y aurait pas non plus lieu d'ordonner un sursis à statuer en attendant le sort de la liquidation. Si par impossible la Cour ferait droit à cette demande, elle annulerait *de facto* purement et simplement la garantie accordée à SOCIETE2.) alors que celle-ci n'aurait plus le choix de se retourner, à son choix contre le débiteur principal ou le garant, un choix qui lui aurait cependant été contractuellement accordé.

Appréciation

La Cour retient en premier lieu que c'est à tort que SOCIETE1.) se prévaut d'un article 30 § 3 du Règlement (CE) N° 44/2002, ledit article 30 ne contenant pas de paragraphe 3.

Le passage cité par SOCIETE1.) dans ses conclusions récapitulatives du 22 mars 2016 :

« Sont connexes, au sens du présent article, les demandes liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément »

correspond en effet au libellé du paragraphe 3 de l'article 28.

L'article 28 en entier se lit comme suit :

« 1. Lorsque des demandes connexes sont pendantes devant des juridictions d'États membres différents, la juridiction saisie en second lieu peut surseoir à statuer.

2. Lorsque ces demandes sont pendantes au premier degré, la juridiction saisie en second lieu peut également se dessaisir, à la demande de l'une des parties, à condition que le tribunal premier saisi soit compétent pour connaître des demandes en question et que sa loi permette leur jonction.

3. Sont connexes, au sens du présent article, les demandes liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément ».

Il découle du libellé-même de l'article 28 que pour qu'il puisse être question de connexité, il faut que des juridictions de deux Etats membres soient parallèlement saisies.

En l'espèce cependant, plus aucune juridiction italienne n'est saisie d'un quelconque litige entre SOCIETE2.) et le débiteur principal SOCIETE5.), SOCIETE1.) invoquant elle-même à l'appui de son moyen le jugement du 17 décembre 2014 qui selon ses propres dires serait coulé en force de chose jugée.

Il n'y a dès lors pas lieu à dessaisissement au profit d'une juridiction italienne puisqu'aucune juridiction italienne n'est encore actuellement saisie d'un prétendu litige connexe. Pour les mêmes raisons il n'y a pas lieu à sursis à statuer, aucune instance n'étant encore actuellement pendante en Italie.

Le problème évoqué par SOCIETE1.) est en réalité un problème qui se posera le cas échéant lors de l'exécution de la décision italienne qui a abouti à une condamnation du débiteur principal et la décision luxembourgeoise à intervenir quant au bien-fondé de la demande de SOCIETE2.) contre le garant SOCIETE1.).

Le fond de l'affaire

Il faut en premier lieu qualifier la nature juridique de l'obligation souscrite par SOCIETE1.) et ensuite vérifier si la mise en demeure telle que prévue par le contrat a été correctement faite de nature à rendre exigible l'exécution de cette obligation.

La qualification de l'obligation de SOCIETE1.)

Les critères applicables pour distinguer le contrat de garantie autonome du contrat de fidéjussion

L'obligation souscrite le 28 janvier 2005 par SOCIETE1.) au bénéfice de SOCIETE2.) est intitulée « *Rilascio di garanzia fidejussoria* » traduit en français par les termes « *octroi d'une garantie* ».

Selon SOCIETE2.), l'écrit litigieux constitue un contrat de garantie autonome à première demande. Elle se base, pour affirmer cela, sur les termes :

« *La nostra società, in caso di infruttuosa messa in mora per l'adempimento della sopra indicate obbligazioni assunte dalla SOCIETE4.) Srl, si intende obbligata a prima richiesta senza possibilità di opporre alcuna eccezione dichiarando altresì di rinunciare al beneficio di cui all'art.1994 cod.civ. della preventiva escussione dell'obligato principale e di rinunciare espressamente ad avvalersi del termine previsto dal primo comma dell'art. 1957 cod.civ* »,

traduit en français comme suit :

« *En cas de mise en demeure infructueuse signifiée à SOCIETE4.) Srl, de respecter ses engagements susmentionnés, notre société se déclare liée par ledit engagement à payer à première demande, sans possibilité d'opposer aucune exception, en déclarant en outre renoncer à l'avantage prévu à l'article 1944 du code civil de la sommation à payer préventive de l'obligé principal et de renoncer expressément à se prévaloir du délai prévu au paragraphe 1 de l'article 1957 du code civil* ».

La Cour retient en premier lieu que SOCIETE1.) ne maintient plus, dans ses conclusions récapitulatives les critiques qu'elle avait formulées en première instance à l'encontre des traductions tant de l'engagement du 28 janvier 2005 que de l'arrêt de la Cour de cassation italienne du 18 février 2010. Si dans son acte d'appel, elle a déclaré vouloir maintenir ses développements quant aux différentes traductions, elle n'a cependant plus par la suite développé ce moyen davantage en détail.

C'est d'ailleurs par une motivation correcte à laquelle la Cour se rallie que les juges de première instance ont décidé de ne pas écarter la traduction déposée le 16 avril 2012 par Claudine BOHNENBERGER de l'arrêt de la Cour de cassation italienne du 18 février 2010 et qu'ils ont tenu compte des traductions effectuées par Luc PETRY, les deux étant des traducteurs assermentés auprès de la Cour de Justice de Luxembourg.

Selon SOCIETE1.), la garantie consentie dans l'écrit du 28 janvier 2005 n'est pas autonome, mais est intimement liée à l'obligation principale qui consiste à payer le montant de 2.000.000 € avant le 28 janvier 2008, proche en cela du cautionnement existant en droit luxembourgeois. Ceci résulterait de l'intitulé même de l'écrit, à savoir « *garanzia fidejussoria* », ce qui signifierait « *caution* » ainsi qu'aux références que ferait l'écrit aux articles 1936 et suivants du code civil italien qui viseraient le cautionnement. L'écrit litigieux contiendrait en outre une référence expresse à l'obligation principale dans la deuxième partie du premier alinéa par référence à l'acte notarié

d'acquisition des immeubles à ADRESSE4.), ce qui, encore une fois, permettrait de conclure qu'il s'agirait d'un cautionnement et non pas d'une garantie autonome. Par ailleurs, la nécessité d'une mise en demeure infructueuse à l'adresse de la débitrice principale comme condition préalable à la mise en œuvre par la partie SOCIETE2.) de l'engagement de SOCIETE1.), constituerait un élément supplémentaire qui plaiderait en faveur de la qualification de cautionnement.

Selon SOCIETE2.) par contre, il résulterait du libellé-même de l'écrit, selon lequel SOCIETE1.) s'est engagée « *à payer à première demande, sans possibilité d'opposer aucune exception, en déclarant en outre renoncer à l'avantage prévu à l'article 1944 du code civil de la sommation à payer préventive de l'obligé principal et renoncer expressément à se prévaloir du délai prévu au paragraphe 1^{er} de l'articlée 1957 du code civil* », texte qui ne souffrirait aucune interprétation, que SOCIETE1.) aurait renoncé à toute possibilité d'opposer des exceptions quant à la validité ou l'inefficacité de l'obligation principale, ce qui caractériserait, selon la note du ministère de la justice italien, l'absence de lien accessoire qui définirait le contrat de garantie autonome. Cette interprétation serait encore corroborée par le fait qu'au surplus le garant aurait renoncé à toutes les autres protections que le code civil italien accorderait à celui qui s'oblige à titre accessoire.

La Cour retient en premier lieu que la décision des juges de première instance d'appliquer au litige la loi italienne n'a pas fait l'objet de contestations et est par ailleurs correcte.

Le litige relevant de la loi italienne, le tribunal s'est dans un premier temps et conformément à la Convention Européenne de Londres du 7 juin 1968 concernant l'information sur le droit étranger adressé à l'autorité italienne compétente pour s'enquérir sur la qualification et les conséquences juridiques de cette qualification, en droit italien, de l'obligation souscrite entre parties le 28 janvier 2005 et il s'est notamment vu transmettre un arrêt de la Cour de cassation italienne rendu le 18 février 2010, considéré comme décision de principe en la matière de la différenciation entre la « *fidéjussion* », soit la caution et le « *Garantievertrag* », soit la garantie autonome à première demande.

Ledit arrêt émane des « *sections (civiles) unies* » de la Cour de cassation italienne, suite à la demande afférente formulée par le ministère public en raison du fait que la question qui en formait l'objet était dans le passé source de différends entre les sections simples.

Indépendamment du fond de l'affaire dont était saisie la Cour de cassation italienne, la Cour se rallie à l'analyse faite par les premiers juges, et défendue par SOCIETE2.), qu'il s'agit d'une décision de principe destinée à mettre fin aux tergiversations à l'intérieur même de la Cour de cassation italienne en clarifiant la différence entre le contrat de fidejussion et le contrat autonome de garantie.

Tel que l'ont relevé à juste titre les premiers juges, cette analyse se conforte à la lecture du point 4 de l'arrêt du 18 février 2010 (page 10 de la traduction) où l'on peut lire :

« *Sur la base de ces prémisses (sont visés en cela les différents courants jurisprudentiels que la Cour de cassation a présentés et commentés sur les pages précédentes de sa décision) l'intervention des sections unies doit, d'un côté, définitivement clarifier les traits différentiels sur le plan morphologique, fonctionnel et interprétatif entre les cas d'espèce de la fidéjussion et du contrat autonome de garantie* ». S'il est vrai que la suite de la phrase, commençant par « *d'autre part* » concerne exclusivement le cas concret dont était saisie la Cour de cassation italienne, la première partie de la phrase commençant par « *d'un côté* » ne laisse aucun doute quant à la volonté de la Cour de cassation italienne de rendre une décision de principe à portée générale sur les différences entre le contrat de fidéjussion et le contrat autonome de garantie.

Ceci se confirme également à la lecture du point 10 de la décision (page 19 de la traduction) où la Cour de cassation retient : « *Après clarification des différences opérationnelles entre fidéjussion (éventuellement rendue atypique par l'insertion des clauses en question) et Garantievertrag, il convient d'affronter et de résoudre la question concernant l'aptitude ou la suffisance de la clause de paiement à première demande ou simple demande (ou sans exception) pour transformer un contrat de fidéjussion (même atypique) en un Garantievertrag* », avant de rappeler qu'il existait « *deux orientations non homogènes de la jurisprudence de cette Cour* » pour conclure que « *ces sections réunies retiennent qu'il convient de donner une continuité à la première des orientations citées qui a l'inéliminable qualité de consentir ex ante la nécessaire prévisibilité de la décision judiciaire en cas de litige (...) de sorte que la clause « à première demande et sans exception » doit en tant que telle orienter l'interprète vers la conclusion du cas d'espèce autonome du Garantievertrag sauf évidente, patente, irrémédiable dyscrasie avec l'entier contenu « différent » de la convention contractuelle* » (deuxième alinéa au milieu de la page 20 de la traduction).

Dans la mesure où, par jugement du 23 mars 2010, la juridiction luxembourgeoise s'était précisément adressée à l'autorité italienne compétente pour obtenir les renseignements nécessaires sur la qualification à donner en droit italien à l'engagement souscrit par SOCIETE1.), la Cour n'entend pas s'écarter, à l'instar de la juridiction de première instance, de la position adoptée par la Cour de cassation italienne en la matière.

La Cour puisera également dans cette décision les éléments de preuve nécessaires pour forger sa décision. C'est dès lors à tort que SOCIETE1.) affirme dans son acte d'appel que SOCIETE2.) serait restée en défaut de

rapporter la preuve qu'il s'agirait d'une garantie autonome en reprochant à celle-ci de « *se contenter de citer des passages de décisions italiennes, sans véritable démarche supplémentaire, interprétative et positive, liée au cas d'espèce, la carence adverse à ce sujet étant manifeste* ».

Les clauses de paiement visées par la Cour de cassation et dont elle a tenu compte par la suite pour la qualification de l'engagement étaient, dans l'affaire qui lui était soumise, celles de « *à simple* » ou « *à première demande* », « *sans exception* » ou encore « *inconditionnel* » (point 8.3. page 15 de la décision).

A ce propos la Cour de cassation italienne a retenu que : « *La prévision de telles clauses de paiement manifeste en effet une dérogation significative aux dispositions légales de la fidéjussion qui se détermine par l'attribution au créancier bénéficiaire du pouvoir d'exiger du garant le paiement immédiat, sans aucune vérification (et de preuve de la part du créancier) de l'effective subsistance d'une défaillance du débiteur principal* » (point 8.3. deuxième alinéa, page 15 de la traduction). Elle a encore retenu : « *De ces clauses, selon la première orientation de la jurisprudence (Cass n° 6499/1990, n° 10486/2004, n° 4446/2008 en motivation) on déduit l'incompatibilité avec les dispositions de la fidéjussion et la non-application qui en découle des exceptions fidéjussaires typiques comme celles fondées sur les articles 1947 c.c. (compensation opposée par le garant avec une dette du créancier envers le débiteur principal), 1956 (libération du fidéjusseur pour obligation future assumée par le créancier), 1957 (déchéance prévue pour l'hypothèse où le créancier ne cultive pas après l'échéance de l'obligation sa propre revendication envers le débiteur principal)* » (point 9, page 16 de la traduction) ainsi que : « *(...) les clauses susmentionnées visent à enlever au garant l'opposabilité au créancier garanti des exceptions qui échoient au débiteur principal (celles relatives à la relation de valeur entre ce dernier et le créancier ou à la relation de provision entre le débiteur principal et le garant) en dérogation aux règles essentielles de la fidéjussion des articles 1945 et 1941 cc avec l'effet de couvrir (en tout ou en partie) la garantie des affaires de la relation principale et d'éliminer le recours aux exceptions fidéjussaires* » (point 9.2. deuxième alinéa, page 16 de la traduction).

Elle rejoint en cela l'analyse qu'en avait déjà faite la Cour de cassation italienne dans une décision n° 4637 du 2 avril 2002 où il avait été retenu que « *le contrat atypique de garantie autonome se différencie de la fidéjussion par l'élément accessoire dans le sens que le garant s'engage à payer au bénéficiaire, sans opposer les exceptions fondées sur la validité ou l'efficacité de la relation de base* » position déjà avancée par la Cour de cassation dans une décision n° 3964 du 21 avril 1999 selon laquelle « *la caractéristique fondamentale qui distingue le contrat autonome de garantie de la fidéjussion est l'absence de l'élément d'accessoire de la garantie, inclus dans le fait que la faculté du garant d'opposer au créancier les exceptions*

qui échoient au débiteur principal est exclue, en dérogation à la règle essentielle de la fidéjussion suivant art.1945 code.civ » (ces deux décisions étant citées au point 3 de l'arrêt du 18 février 2010, à savoir sub 1) au paragraphe débutant par « d'un côté » à la page 6 de la traduction et sub 1) au paragraphe débutant par « d'autre côté » à la page 7 de la traduction).

Il convient également de se référer à la réponse fournie le 12 décembre 2010 par le Ministère de la Justice italien suite au jugement du 23 mars 2010 ayant sollicité l'information sur le droit italien, dans laquelle on lit ce qui suit :

« La caractéristique fondamentale de ce contrat (autonome de garantie) qu'il convient de distinguer du contrat de fidéjussion suivant l'art. 1936 et suivants du code civil est la carence de l'élément accessoire : le garant s'engage à payer au bénéficiaire ce qui est dû par le débiteur sans opposer des exceptions quant à la validité ou l'inefficacité de la relation principale (cassation civile n° 1420/1998).

La fonction d'un tel contrat (la cause en question) est celle d'assurer la satisfaction de l'intérêt économique du bénéficiaire une fois que le débiteur principal s'est avéré défaillant (cassation civile n° 2377/2008).

L'obligation fidéjussore par contre est régie de manière spécifique par les art. 1936 et suivants du code civil ; par l'effet de la stipulation du contrat de fidéjussion, le fidéjusseur s'oblige envers le créancier à garantir le respect d'une obligation contractuelle ».

La qualification de l'obligation souscrite par SOCIETE1.) au vu des critères ci-avant développés

L'écrit litigieux du 28 janvier 2005 intitulé « *Rilascio di garantia fidejussoria* » est conçu comme suit : (dans les traductions telles que fournies par les parties)

« *Objet : octroi d'une caution/garantie*

Par la présente, nous nous constituons cautions/garants, au sens des art. 1936 et suivants du code civil, en votre faveur et dans l'intérêt de la société SOCIETE4.) S.r.l. de l'obligation /de l'engagement de paiement différé pris par cette dernière dans le cadre de la « cession de créance pro soluto » (cession définitive et sans recours) relative au paiement enregistré dans les actes du notaire Cesare Arcangeli de Rome à la date de ce jour pour l'achat d'immeubles à ADRESSE4.).

Notre garantie concerne, en particulier, le paiement de EUR 2.000.000 (deux millions zéro centime) qui vient à échéance le 28 janvier 2008.

Par conséquent, la présente garantie est limitée au montant de EUR 2.000.000 (deux millions zéro centime) indiqué ci-dessus et sa validité prendra fin le 15 février 2008.

En cas de mise en demeure infructueuse signifiée à SOCIETE4.) Srl, de respecter ses engagements susmentionnés, notre société se déclare liée par ledit engagement à payer à première demande, sans possibilité d'opposer aucune exception, en déclarant en outre renoncer à l'avantage prévu à l'article 1944 du code civil de la sommation à payer préventive de l'obligé principal et de renoncer expressément à se prévaloir du délai prévu au paragraphe 1 de l'article 1957 du code civil ».

Salutations distinguées

SOCIETE1.) S.A. »

Ainsi que l'ont relevé à juste titre les juges de première instance, l'écrit contient dans son dernier paragraphe l'obligation de payer « à première demande » telle que visée par l'arrêt de principe de la Cour de cassation ci-avant analysé.

L'insertion d'une telle clause vaut « *en tant que tel à qualifier le contrat a quo comme contrat autonome de garantie, étant incompatible avec le principe d'accessoire qui caractérise la fidéjussion* » (citation reprise par l'arrêt du 18 février 2010 d'un autre arrêt de la Cour de la cassation n° 3552/1998).

L'écrit contient en outre dans ce même dernier paragraphe la mention « *sans possibilité d'opposer aucune exception* » de même que la renonciation à l'avantage prévu à l'article 1944 du code civil de la sommation à payer préventive de l'obligé principal et finalement la renonciation expresse à se prévaloir du délai prévu au paragraphe 1 de l'article 1957 du code civil.

La mention « *sans possibilité d'opposer aucune exception* » constitue une dérogation expresse aux dispositions de l'article 1945 du code civil italien intitulé « *Einwendungen, die von Bürgen erhoben werden können* » et qui dispose :

« *Der Bürger kann gegenüber dem Gläubiger alle Einwendungen erheben, die dem Hauptschuldner zustehen, nicht jedoch jene, die auf Geschäftsunfähigkeit beruht* » (traduction en allemand dudit texte ainsi que des textes qui suivront telles que fournies parmi les pièces de Me LORANG

et correspondant au Italienisches Zivilgesetzbuch, zweisprachige Ausgabe, 2. überarbeitete Auflage).

Ledit article 1945 constitue la caractéristique essentielle d'un contrat de fidéjussion au sens des articles 1936 et suivants du code civil italien, à savoir la possibilité pour le fidéjusseur d'opposer des exceptions quant à la validité ou l'inefficacité de la relation principale ce qui caractérise l'élément accessoire de ce type de contrat et auquel il est donc expressément dérogé en l'espèce.

Le moyen opposé par SOCIETE1.) selon lequel l'écrit serait intitulé « *octroi d'une caution* » ou « *caution* » (traduction de « *Rilascio di garanzia fidejussoria* ») et qu'il ferait lui-même référence dans son premier paragraphe aux articles 1936 et suivants du code civil italien qui traitent de la « *Bürgschaft* », de sorte qu'en vertu du principe de la convention-loi posé par l'article 1173 du code civil italien et de la règle de l'interprétation des contrats selon l'intention commune des parties posée par l'article 1362 du même code, le tribunal d'arrondissement aurait été tenu à la qualification donnée par les parties et aurait dû qualifier l'obligation souscrite de contrat de fidéjussion, ne saurait pas être retenu ceci en raison de sa renonciation expresse, formulée dans le dernier paragraphe du même écrit, à la possibilité d'opposer des exceptions quant à la validité ou l'inefficacité de la relation principale.

N'est pas non plus fondé son moyen selon lequel le simple fait que le terme « *à première demande* » figure dans l'écrit ne serait à lui seul pas suffisant pour qualifier le contrat de garantie, alors qu'en l'espèce, il n'y a non seulement le terme « *à première demande* » mais, ainsi que la Cour vient de le relever *supra*, le dernier paragraphe de l'engagement contient en tout quatre éléments permettant de qualifier l'écrit de garantie autonome.

Outre la mention « *sans possibilité d'opposer aucune exception* » dont on vient d'examiner la teneur, SOCIETE1.) a encore expressément renoncé à l'avantage de l'article 1944 du code civil italien relatif au bénéfice de discussion, ledit article disposant :

« *Der Bürge ist mit dem Hauptschuldner gesamtschuldnerisch zur Zahlung der Schuld verpflichtet. Die Parteien können jedoch vereinbaren, dass der Bürge erst nach einer vorherigen Betreibung beim Hauptschuldner zur Zahlung verpflichtet ist. In einem solchen Fall hat der Bürge, der vom Gläubiger geklagt wird, und die Begünstigung der vorherigen Betreibung geltend machen will, die Güter des Hauptschuldners anzugeben, auf die Vollstreckung geführt werden soll. Vorbehaltlich einer gegenteiligen Abmachung ist der Bürge verpflichtet, die nötigen Kosten vorzustrecken* ».

SOCIETE1.) a finalement renoncé au délai prévu au paragraphe 1^{er} de l'article 1957 du code civil italien concernant la « *Fälligkeit der Hauptverbindlichkeit* » aux termes duquel « *der Bürge haftet auch nach der Fälligkeit der Hauptverbindlichkeit weiter, sofern der Gläubiger innerhalb von sechs Monaten seine Anträge gegen den Schuldner gestellt und mit Sorgfalt weiterbetrieben hat* ».

Tel que l'ont retenu à juste titre les juges de première instance, tous ces éléments convergent vers la qualification d'un contrat autonome de garantie de sorte qu'il ne reste plus qu'à vérifier s'il n'existe pas « *évidente, patente, irrémédiable dyscrasie avec l'entier contenu « différent » de la convention contractuelle* » seule barrière retenue par la Cour de cassation dans son arrêt du 18 février 2010 pour dénier à la convention la qualification de garantie autonome (point 10, page 20 au milieu de la traduction).

La Cour a déjà retenu que ni l'intitulé « *rilascio di garanzia fidejussoria* », ni la formule : « *par la présente, nous nous constituons caution* », ni la référence aux articles 1936 et suivants du code civil italien ne portent à conséquence alors que ces termes sont invalidés par les déclarations expresses, formelles et claires du dernier paragraphe de l'écrit, la Cour de cassation italienne ayant en outre jugé que « *ce n'est que si les parties n'y dérogent pas que les règles contenant la réglementation légale typique de la fidéjussion sont applicables (arrêts n° 3444/88, n° 6499/ 90, n° 11038/91 et n° 3552/98). La portée dérogatoire est reconnue en particulier à la clause par laquelle il serait expressément prévu la possibilité, pour le créancier garanti, d'exiger du garant le paiement immédiat de la créance « à simple demande » ou « sans exceptions ».*

Le dernier argument opposé par SOCIETE1.) à savoir la référence faite à l'obligation principale, en l'espèce la « *cession de créance pro soluto* » n'est pas non plus de nature à enlever à l'engagement la qualification de garantie autonome, dans la mesure où le rapport de base doit pouvoir être identifié, le garant pouvant notamment faire valoir « *l'inexistence de la relation garantie (Cass n° 10652/2008), en motivation s'agissant toujours simplement d'un contrat de garantie dont la fonction essentielle – et donc indérogeable - est celle de garantir une exécution déterminée* ».

Il en est de même de la limitation de la garantie à la somme de 2.000.000 €.

Si l'article 1941 du code civil italien dispose que la caution ne peut être tenue à des conditions plus onéreuses que le débiteur principal, la simple limitation dans l'écrit litigieux de l'engagement du garant n'implique pas nécessairement la qualification de fidéjussion dans la mesure où il est parfaitement logique de limiter l'engagement dans le cadre d'un contrat autonome de garantie au montant de la dette principale, le but essentiel de ce

type de garantie étant d'assurer la satisfaction de l'intérêt économique du bénéficiaire.

Le jugement est donc à confirmer en ce que l'écrit du 28 janvier 2005 a été qualifié de contrat autonome de garantie.

Quant aux moyens tendant à mettre en cause la validité, sinon l'efficacité de l'engagement à première demande

SOCIETE1.) reproche à SOCIETE2.) de ne pas avoir respecté l'écrit du 28 janvier 2005 au vœu duquel l'engagement de SOCIETE1.) est subordonné à une « *mise en demeure infructueuse* » et fait valoir à cet effet que la débitrice principale SOCIETE5.) n'aurait jamais été touchée par une quelconque mise en demeure.

La Cour relève en premier lieu que l'écrit parle d'une « *mise en demeure infructueuse signifiée à SOCIETE4.)* ».

Elle renvoie ensuite au début de son arrêt pour rappeler que la société SOCIETE4.) a été absorbée par la société de droit italien SOCIETE7.), laquelle a, à son tour, été absorbée par la société de droit italien SOCIETE5.), en abrégé SOCIETE5.).

Il résulte des pièces du dossier que suivant lettre recommandée du 31 janvier 2008, SOCIETE2.) a mis en demeure les sociétés SOCIETE4.) et SOCIETE7.) à lui payer les 2.000.000 € au plus tard 10 jours après la réception de la mise en demeure. SOCIETE1.) a d'ailleurs reçu le même courrier recommandé à la même date.

Tel que l'ont retenu à juste titre les premiers juges, en se référant à un arrêt de la Cour de cassation italienne (8 février 2006, n° 2637) qui s'est prononcée en matière de fusion-absorption comme suit : « *l'article 2505 bis du code civil, dans le texte en vigueur, stipule, en effet, au premier alinéa, que la société résultant de la fusion ou la société absorbante assume tous les droits et obligations des sociétés participant à la fusion, en poursuivant tous leurs rapports, même les rapports de procédure, antérieure à la fusion. Le législateur a de la sorte clarifié (définitivement) le fait que la fusion entre sociétés, prévue par les articles 2501 et suivants du code civil ne provoque pas, dans l'hypothèse d'une fusion absorption, la disparition de la société absorbée, ni ne crée un nouveau sujet de droit dans l'hypothèse d'une fusion paritaire, mais réalise l'unification par le biais de l'intégration réciproque des sociétés participant à la fusion. Le phénomène ne compte donc pas la disparition d'un sujet et (par corrélation) la création d'un sujet différent. Il aboutit (comme la doctrine l'a déjà relevé) à un événement de pure évolution-modification du même sujet, qui conserve sa propre identité, mais dans un*

nouvel accord organisationnel », en présence d'une, voire plusieurs fusion-absorptions, tel le cas en l'espèce, la mise en demeure faite à l'une quelconque des sociétés débitrices doit être considérée comme ayant été valablement faite à la dernière société participant à la fusion à savoir la SOCIETE5.).

Les contestations actuelles de SOCIETE1.) selon lesquelles SOCIETE2.) resterait en défaut de prouver que les deux sociétés aient effectivement été touchées par la mise en demeure au motif qu'elles n'auraient plus disposé de boîte aux lettres à ladite adresse manquent de fondement alors que le jugement de première instance retient en page 13 : « *Il n'est pas contesté qu'une mise en demeure suivant lettre recommandée avec accusé de réception a été adressée en date du 31 janvier 2008 par le mandataire de la société SOCIETE2.) aux sociétés SOCIETE4.) et SOCIETE7.), parties débitrices principales...* ».

Il découle par ailleurs des pièces du dossier que toutes ces sociétés, y compris SOCIETE5.), étaient établies à la même adresse à ADRESSE5.).

SOCIETE1.) oppose ensuite que la mise en demeure ne serait pas valable pour avoir été tardivement signifiée, soit le 31 janvier 2008 tandis que la dette était venue à échéance le 28 janvier 2008.

Ce moyen doit être rejeté alors que l'écrit litigieux en prévoyant une « *mise en demeure infructueuse signifiée à SOCIETE4.) S.R.L. de respecter son obligation /ses engagements susmentionnée(s)* » n'impose pas de délai endéans lequel cette mise en demeure doit être faite. Il paraît par ailleurs logique qu'elle se fasse après l'échéance du terme, en l'espèce 3 jours après.

SOCIETE1.) oppose ensuite que la mise en demeure n'aurait pas été infructueuse alors que par jugement du tribunal de Rome du 15 avril 2014 SOCIETE2.) aurait obtenu gain de cause, SOCIETE5.) ayant été condamnée à lui payer la somme de 2.000.000 € plus les intérêts de retard à partir du 29 janvier 2008. Sa créance resterait à ce jour inscrite au registre des créances dans le cadre du concordat et aurait de fortes chances d'être apurée, l'actif s'élevant à au moins 93.600.000 €.

Tel que le fait remarquer à juste titre SOCIETE2.), il n'est absolument pas certain si ni quand elle sera payée.

Par ailleurs, par mise en demeure demeurée infructueuse, il faut entendre mise en demeure signifiée et invitant le débiteur à payer la dette à son échéance, soit en l'espèce le 28 janvier 2008. Or, il est établi qu'au jour de l'échéance de la dette, le débiteur principal n'avait rien payé et qu'il n'a rien payé à ce jour.

La Cour constate à la lecture des conclusions récapitulatives signifiées par Me LORANG le 23 mars 2016 que celle-ci prend position par rapport à la prétendue expiration de la garantie apparemment opposée par SOCIETE1.). Les conclusions récapitulatives notifiées le 22 mars 2016 par le mandataire de SOCIETE1.) sont muettes par rapport à un tel moyen.

Or, les moyens non récapitulés dans les conclusions récapitulatives étant considérés comme abandonnés, le juge n'a pas à les examiner.

Conclusion :

La Cour a retenu que l'engagement souscrit par SOCIETE1.) est à qualifier de contrat autonome de garantie et que SOCIETE2.) a procédé à une mise en demeure préalable du débiteur principal demeurée infructueuse, de sorte que la demande en paiement est fondée dans son principe.

Les premiers juges, après avoir retenu eux aussi que l'engagement souscrit par SOCIETE1.) est à qualifier de contrat autonome de garantie et que SOCIETE2.) avait valablement procédé à la mise en demeure n'ont, pour des raisons qui échappent à la Cour, pas donné de solution définitive au litige en renvoyant le dossier aux parties pour complément d'instruction pour permettre à SOCIETE1.) de « *faire valoir son droit à la légitime défense pour justifier l'inexécution de son obligation au vu des articles 1460, 1481, 1461 et 1489 du code civil italien* » alors pourtant qu'ils ont retenu que ces développements seraient largement axés sur la prémisse d'une obligation fidéjusse, qualification pourtant non retenue en l'espèce.

C'est dès lors à juste titre que SOCIETE2.) fait plaider que l'affaire est en état de recevoir une solution définitive et qu'elle demande à la Cour d'évoquer le fond, la Cour retenant simplement à ce propos que cette demande a été improprement qualifiée d'appel incident.

Il n'y a dès lors pas lieu à renvoi de l'affaire de ce chef en première instance.

La Cour a pareillement répondu dans le présent arrêt au moyen de la connexité soulevé par SOCIETE1.) de sorte qu'il n'y a pas non plus lieu à renvoi de ce chef en première instance.

En ce qui concerne les prétendues exceptions visées à la page 2 de la réponse du Ministre de la justice italien qui permettraient à celui qui a souscrit une garantie autonome d'opposer certaines exceptions au créancier, la Cour constate que SOCIETE1.) n'en parle plus.

L'affaire est dès lors en état de recevoir une solution définitive.

Il y a partant lieu de déclarer la demande fondée et de valider la saisie-arrêt dans les proportions reprises dans le dispositif du présent arrêt.

Les indemnités de procédure

Au vu de l'issue du litige, la demande de SOCIETE1.) en obtention d'une indemnité de procédure n'est pas justifiée.

Il est par contre inéquitable de laisser à charge de SOCIETE2.) les frais non compris dans les dépens qu'elle a exposés pour se défendre contre l'appel et il convient de lui allouer le montant réclamé de 2.500 € à titre d'indemnité de procédure.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel ;

le dit non fondé ;

confirme le jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 5 juillet 2013 en ce qu'il a dit que l'écrit litigieux du 28 janvier 2005 intitulé « *rilascio di garanzia fidejussoria* » doit être qualifié de contrat autonome de garantie et en ce qu'il a déclaré valable la mise en demeure du 31 janvier 2008 ;

constate que l'affaire est en état de recevoir une solution définitive ;

évoquant :

condamne la société anonyme SOCIETE1.) S.A. à payer à la société anonyme de droit italien SOCIETE2.) la somme de 2.000.000 € avec les intérêts au taux légal à partir du 31 janvier 2008, jour de la mise en demeure jusqu'à solde ;

déclare bonne et valable, partant valide la saisie-arrêt pratiquée par exploit d'huissier de justice du 15 février 2008 par la société anonyme SOCIETE2.) entre les mains de la société anonyme SOCIETE3.) (actuellement SOCIETE8.)) sur les sommes dont celle-ci se reconnaîtra ou

sera jugée débitrice envers la société anonyme SOCIETE1.) jusqu'à concurrence du montant de sa créance en principal, frais et accessoires ;

dit non fondée la demande de la société anonyme SOCIETE1.) basée sur l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile ;

condamne la société anonyme SOCIETE1.) à payer à la société anonyme SOCIETE2.) une indemnité de procédure de 2.500 € pour l'instance d'appel et la condamne aux frais et dépens des deux instances avec distraction au profit de Me Lydie LORANG, avocat constitué sur ses affirmations de droit.