-Arrêt civil-

Audience publique du quinze juillet deux mille dix

Numéros 32585 et 33002 du rôle

Composition:

Georges SANTER, président de chambre,
Etienne SCHMIT, premier conseiller,
Eliane EICHER, premier conseiller,
Lex BRAUN, greffier.

I.

Entre :

la société XXX, société de droit liechtensteinois, établie et ayant son siège social à 1226 Vaduz,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 25 mai 2007,

comparant par Maître Bernard FELTEN, avocat à la Cour à Luxembourg,

et :

1) CCC DDD, demeurant à L- ,

2) MMM DDD, demeurant à L- ,

3) la société YYY S.A., établie et ayant son siège social à L- , représentée par ses organes sociaux actuellement en fonctions, inscrite au registre du commerce et de sociétés de Luxembourg sous le numéro ,

intimés aux fins du susdit exploit ENGEL,

comparant par Maître Gerry OSCH, avocat à la Cour à Luxembourg.

II.

Entre :

la société YYY S.A., établie et ayant son siège social à L- , représentée par ses organes sociaux actuellement en fonctions, inscrite au registre du commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 29 août 2007,

comparant par Maître Gerry OSCH, avocat à la Cour à Luxembourg,

et :

la société XXX, société de droit liechtensteinois, établie et ayant son siège social à 1226 Vaduz,

intimée aux fins du susdit exploit BIEL,

comparant par Maître Bernard FELTEN, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Revu l'arrêt rendu en cause le 21 janvier 2010 dans le cadre d'une demande de la société XXX en recouvrement d'une créance à l'égard de la société anonyme YYY et des héritiers de NNN DDD, la demande ayant été accueillie en première instance pour autant que dirigée contre la société anonyme YYY et déclarée non fondée pour autant que dirigée contre les parties DDD.

Par cet arrêt, la Cour a ordonné la révocation de l'ordonnance de clôture et la réouverture des débats aux fins d'obtenir des précisions sur le fondement de la demande de XXX dirigée contre la société YYY.

Il y a d'abord lieu de préciser que les revendications de la société XXX ne sont pas basées sur un contrat d'octobre 1996, XXX reconnaissant qu'il ne s'agissait que d'un avant-projet.

Il est ensuite rappelé que la banque PICTET Luxembourg S.A. a accordé le 26 novembre 1996 à YYY un prêt de 40.000.000.- LUF avec échéance au 30 novembre 1999.

La banque PICTET Genève a, à la même date, donné une garantie bancaire pour un montant maximum de 45.000.000.- LUF à la banque PICTET Luxembourg S.A.

Dans une convention signée le 21 novembre 1996 entre XXX (désignée « le Prêteur ») et NNN DDD (désigné « l'Actionnaire »), il est précisé « que la Banque PICTET à Luxembourg a accepté de prêter à la société YYY S.A. une somme de Fr.Lux 40.000.000.- contre une garantie bancaire de la Banque PICTET à Genève, elle-même garantie par les avoirs du Prêteur en ses livres, aux termes et conditions mentionnés à l'Annexe A. »

Dans l'article 1^{er} il est convenu que : « Le Prêteur accepte de nantir les avoirs qu'il détient pour son compte auprès de la Banque PICTET à Genève en garantie de la garantie accordée par cette dernière à la Banque PICTET à Luxembourg en couverture des engagements de la société YYY S.A., à l'égard de celle-ci, suite au prêt de Fr. Lux. 40.000.000.- en capital, accordé par cet établissement aux termes et conditions stipulés à l'Annexe A de la présente convention. » Dans l'article 4 il est prévu que : « L'actionnaire s'engage à remettre au Prêteur, en garantie de ses engagements auprès de la Banque PICTET à Genève, les garanties suivantes :

- Caution personnelle de l'Actionnaire selon modèle de l'Annexe B ;
- Cession par la société ROBOT MACHINES INT. INC. de ses droits de créancier hypothécaire à concurrence du montant de l'engagement du Prêteur vis-à-vis de la Banque PICTET, selon texte de l'Annexe C. »

Le même jour, le 21 novembre 1996, NNN DDD a signé un acte de cautionnement solidaire envers XXX.

Le 25 novembre 1996 XXX a signé l'acte de nantissement des avoirs qu'elle détenait auprès de la banque PICTET à Genève.

Le 30 novembre 1999 YYY et la banque PICTET Luxembourg ont signé un contrat de prêt portant sur la somme de 991.575 €.

Suite à un appel en garantie de la banque PICTET Genève, XXX a été débitée d'un montant de 1.020.140 €, valeur au 30 novembre 2000.

Les parties YYY et DDD soulèvent l'incompétence des juridictions luxembourgeoises et invoquent l'applicabilité de la loi suisse ; en ordre subsidiaire elles concluent au débouté des demandes dirigées contre elles.

I) Quant à la compétence

Les parties YYY et DDD invoquent l'article 7 de la convention conclue entre XXX et l'actionnaire NNN DDD aux termes duquel:

« La présente convention est soumise au droit suisse.

Les parties acceptent la juridiction d'un tribunal arbitral composé d'un arbitre unique, désigné à défaut d'entente entre les parties par la chambre de commerce et d'industrie de Genève, à la requête de la partie la plus diligente. Le tribunal arbitral siègera à Genève, en langue française, et appliquera les règles de procédure de concordat intercantonal en matière d'arbitrage. La sentence arbitrale sera définitive et immédiatement exécutoire. »

Selon les parties YYY et DDD, les parties ont d'un commun accord soumis la convention au tribunal siégeant à Genève. Il serait indéniable que XXX fonde son droit d'agir sur la convention conclue entre elle et NNN DDD l'actionnaire.

XXX fait valoir que la convention dont est issu l'article 7, cité ci-dessus, est conclue entre XXX et NNN DDD et ne peut être opposée qu'à ces deux parties au contrat, la société YYY n'y étant ni partie, ni signataire.

Ainsi que le fait relever la société YYY, la convention du 21 novembre 1996, qualifiée de convention cadre, a été conclue entre XXX et NNN DDD, l'actionnaire.

Il n'est pas allégué que NNN DDD ait agi pour compte de la société YYY, ni a fortiori dans quelle mesure il aurait eu le pouvoir d'engager la société YYY.

Faute par la société YYY d'avoir été partie à la convention du 21 novembre 1996 qualifiée de convention cadre, elle ne saurait s'emparer des clauses de cette convention.

Le moyen d'incompétence opposé par la société YYY sur base de la convention entre XXX et NNN DDD, actionnaire, est donc à rejeter comme non fondé.

En ordre subsidiaire, les parties YYY et DDD font valoir que la compétence des juridictions suisses s'impose néanmoins : XXX serait incapable de produire un contrat en bonne et due forme ; à défaut de contrat et de libéralité, il ne resterait plus que l'hypothèse de la responsabilité délictuelle auquel cas seules les juridictions du lieu de la survenance du dommage sont compétentes, les juridictions suisses, puisque seul le compte ouvert auprès de PICTET Genève a été débité.

Elles soutiennent encore que dans le cadre international, la juridiction territorialement compétente est aussi, à défaut de clause attributive, celle du domicile du garant.

XXX fait les développements suivants :
la convention essentielle à la base de la présente procédure est la convention de cautionnement du 21 novembre 1996 signée entre XXX et NNN DDD, et la convention du 21 novembre 1996 conclue avec l'actionnaire NNN DDD, et contenant une clause relative à la compétence et à la loi applicable, est une convention cadre ;

la procédure par elle lancée contre la société YYY s'inscrit dans une instance subsidiaire par rapport à l'action principale qu'est la procédure contre la seule personne susceptible d'être encore solvable, soit respectivement NNN DDD et sa succession ;

l'action contre YYY est intentée devant le tribunal naturel, le lieu du domicile du défendeur ;

NNN DDD personnellement est engagé sur base du cautionnement d'une part, et d'autre part à titre personnel en sa qualité d'actionnaire, par un engagement de remboursement de toute somme payée à travers le nantissement donné ;

la compétence luxembourgeoise prime ;

en application du principe de base de droit international commun, les juridictions du domicile du défendeur, Luxembourg, sont compétentes ;

non seulement les dispositions spéciales relatives au contrat font de Luxembourg le lieu de compétence, mais les obligations réciproques se meuvent également à Luxembourg.

La société YYY y répond :

XXX tente en vain de justifier de la compétence des juridictions luxembourgeoises en arguant de la subsidiarité de l'action introduite à l'encontre de la société YYY par rapport à celle introduite à l'encontre des consorts DDD, seule une garantie est l'accessoire d'une supposée créance et non l'inverse.

A titre subsidiaire, XXX fait valoir qu'ayant remboursé le prêt pour le compte de YYY à PICTET Luxembourg par le jeu des nantissements, elle est subrogée dans les droits de la banque PICTET Luxembourg, dans tous les droits, y compris dans ceux relatifs à la clause d'attribution de compétence des tribunaux luxembourgeois issus du contrat de prêt.

Selon les parties YYY et DDD, il est erroné et contraire au droit de dire que XXX est subrogée dans les droits de la banque PICTET Luxembourg ; à supposer que la subrogation légale existe, XXX viendrait aux droits de la banque PICTET Genève, et là encore le litige entre XXX et YYY serait de la compétence des juridictions suisses.

Il y a lieu de relever que la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, citée par YYY, n'est pas applicable, le Liechtenstein n'étant pas partie contractante, et que la Convention de Lugano du 18 septembre 1988 n'a pas été ratifiée par le Liechtenstein.

Il est généralement admis que, sur le plan international, la juridiction compétente se détermine conformément aux mêmes règles que celles qui définissent la compétence territoriale en droit interne. (cf Les conflits de lois et les conflits de juridictions en droit international privé luxembourgeois, Schockweiler Wiwinius, n°730)

La compétence de principe étant celle du domicile du défendeur, les juridictions luxembourgeoises sont compétentes pour connaître des

revendications formulées par XXX contre la société YYY dont le siège social est établi à Luxembourg.

Concernant la demande dirigée par XXX contre les héritiers de la caution NNN DDD, ceux-ci invoquent également la convention conclue le 21 novembre 1996 entre XXX et NNN DDD en sa qualité d'actionnaire de YYY pour conclure à l'incompétence des juridictions luxembourgeoises.

Aux fins de vérifier le bien-fondé du moyen d'incompétence opposé, il y a lieu de se référer, non pas à la convention du 21 novembre 1996 entre XXX et NNN DDD en sa qualité d'actionnaire de la société YYY, mais à l'acte de cautionnement solidaire souscrit le 21 novembre 1996 par NNN DDD précisément en sa qualité de caution. C'est, en effet, cet acte qui règle de façon spécifique les relations de la caution envers XXX.

Dans cet acte il est dit que :
« (...) XXX demeure en droit d'ouvrir action contre la Caution Solidaire à son domicile ou devant tout autre tribunal compétent. »

Le Luxembourg en tant que lieu du domicile des défendeurs, est donc également compétent pour connaître de ce chef de la demande.

Le moyen d'incompétence soulevé par les parties DDD est en conséquence également à rejeter comme non fondé.

II) Quant à la loi applicable

En ce qui concerne les relations entre XXX et la caution, l'acte de cautionnement solidaire souscrit par NNN DDD prévoit que : « Toutes les relations juridiques découlant du présent cautionnement sont soumises au droit luxembourgeois. »

Sur base de cette convention qui règle spécialement le cautionnement personnel de NNN DDD, le droit luxembourgeois est donc applicable entre XXX et respectivement NNN DDD et ses héritiers.

Quant au litige entre XXX et YYY, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, la société YYY n'est pas partie à la convention conclue entre XXX et NNN DDD, actionnaire, prévoyant que : « La présente convention est soumise au droit suisse ».

Un accord quant à la loi applicable dans la relation entre XXX et YYY ne saurait donc être retenu sur base de cette convention.

Pareil accord ne saurait pas non plus être tiré de l'acte de cautionnement puisque celui-ci concerne les seules parties XXX et NNN DDD.

Selon XXX, la loi luxembourgeoise prime ; la loi applicable est la loi naturelle, l'accessoire suit le principal, la garantie suit le prêt ; NNN DDD personnellement est engagé sur base du cautionnement d'une part, et d'autre part à titre personnel en sa qualité d'actionnaire, par un engagement de remboursement de toute somme payée à travers le nantissement donné.

Aux fins de permettre aux parties de prendre position quant à l'applicabilité d'une convention internationale en matière de règles de conflit de lois, sinon quant à la loi applicable, au regard notamment de l'article II de la loi du 27 mars 1986 portant approbation de la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, signée à Rome le 19 juin 1980 ; de prendre position quant à cette Convention, plus particulièrement en ses articles 4 et 13 ; de prendre position quant à la loi applicable en cas d'inapplicabilité de l'article II de la loi du 27 mars 1986; et, pour le cas où la loi suisse est applicable, de verser le contenu de la loi suisse, plus particulièrement ses dispositions relatives au nantissement, et d'y prendre position, il y a lieu d'ordonner la réouverture des débats.

III) Quant au fond

En l'état actuel de la procédure, seule la demande dirigée contre les parties DDD peut être toisée au fond.

XXX fait valoir que par rapport au prêt de YY il y avait une chaîne de garanties.

Elle déclare que la dette est venue à échéance le 30 octobre 2000, que par courrier du 31 octobre 2000 la banque PICTET Luxembourg a demandé à YYY le remboursement du montant prêté, mais que celle-ci ne s'est pas exécutée, que le 27 novembre 2000 PICTET Luxembourg a alors fait appel à la garantie de la banque PICTET Genève, que cette dernière a actionné la garantie constituée auprès de XXX, tel que cela résulte d'un avis de débit du 30 novembre 2000.

Ceci est documenté par les pièces versées au dossier. (pièces nos 12 à 15 de la société XXX).

XXX conclut à la réformation du jugement de première instance en ce qu'il l'a déboutée de sa demande pour autant que dirigée contre les héritiers de la caution NNN DDD.

Elle critique la décision entreprise en ce qu'elle a retenu que le cautionnement donné par NNN DDD expressément pour garantir le remboursement du premier prêt du 26 novembre 1996 non réalisé n'était pas reporté sur le deuxième prêt signé le 30 novembre 1999. Elle demande

d'enjoindre la banque PICTET Luxembourg de « mettre tous les mouvements de compte relatif de 1996 entre elle et YYY. »

XXX fait plaider que le cautionnement est relatif à toute dette future de YYY et n'est pas limité dans le temps, et que NNN DDD a été caution solidaire de XXX tant que la société YYY a une dette envers la banque PICTET Luxembourg.

Selon XXX, les fonds ont été transférés le 26 novembre 1996 par PICTET Luxembourg à YYY ; il n'y aurait pas eu de transfert de fonds en 1999 puisque YYY n'avait pas remboursé son prêt de 1996. Le contrat de prêt du 26 novembre 1996 aurait été prorogé au-delà du 30 novembre 1999 et est venu à échéance le 30 octobre 2000 ; il n'y aurait pas eu de nouveau prêt.

XXX offre de prouver par la voie testimoniale les faits suivants :

« qu'un prêt a été octroyé en date du 26 novembre 1996, prêt par rapport auquel le bénéficiaire économique NNN DDD a donné son accord de principe accordé à YYY conformément au texte du 26 novembre 1996 ;
que ce prêt a été signé par l'administrateur-délégué de l'époque de YYY, Monsieur EEE WWW, suivant contrat du 26 novembre 1996 ;
que ce prêt a été exécuté et les fonds transférés immédiatement de la Banque PICTET & CIE Luxembourg vers YYY qui a utilisé ces fonds ;
que ce prêt a été comptabilisé dans la comptabilité qui a été déposée au registre de commerce à l'époque, mais a mystérieusement disparu du registre de commerce du classeur mis à disposition par les préposés pour le consulter ;
que ce document a été repris dans la comptabilité et devait être remboursé à l'échéance le 26 novembre 1999 ;
que le prêt a été prorogé sur négociations entre YYY et la Banque PICTET & CIE Luxembourg à l'échéance et la Banque a accepté cette prorogation de prêt, contre le maintien de toutes les garanties ;
qu'aucun transfert de fonds n'a eu lieu en 1999 de la Banque PICTET & CIE Luxembourg vers YYY, puisque YYY n'avait pas remboursé son prêt de 1996 ;
que s'agissant de la prorogation de prêt du 26 novembre 1996, les garantis données par la Banque PICTET Genève puis par XXX ont été maintenues en 1999 ;
que ceci a été fait en conformité à la volonté des parties de l'époque et conformément à la volonté de Monsieur DDD NNN, dont la volonté peut être confirmée par l'avocat qui a établi les documents nécessaires de l'époque, à savoir Maître Baudouin DUNAND de Genève ;
que Monsieur NNN DDD a voulu garantir XXX du remboursement de l'appel de sa garantie, par l'émission d'un cautionnement, au cas où sa société dont il était bénéficiaire économique ne pourrait pas rembourser ;
que YYY n'a jamais remboursé le prêt du 30 novembre 1999. »

Les parties DDD déclarent d'abord ne pas reconnaître l'auteur de la signature de l'emprunteur sur le contrat de prêt conclu le 26 novembre 1996

entre YYY et la banque PICTET Luxembourg ; l'auteur de la signature n'aurait pas pu être identifié avec certitude ; contestant ensuite, après l'identification en la personne d'EEE WWW, qu'il s'agisse de la signature d'une personne ayant eu la capacité de l'engager, elles mettent en cause la validité, voire l'existence de ce contrat de prêt et font valoir qu'aucune obligation de ce contrat de prêt nul pour défaut de qualité du signataire ne pourrait donc en découler contre elles.

La Cour constate que d'après les pièces produites, EEE WWW a remplacé NNN DDD dans la fonction de président du conseil d'administration de la société YYY par décision d'une assemblée générale extraordinaire du 14 décembre 1989, et que par décision d'une assemblée générale extraordinaire du 1^{er} février 1999 EEE WWW fut remplacé par PPP AAA.

Dans un courrier adressé au mandataire de XXX le 5 novembre 2007, EEE WWW confirme qu'il était administrateur et président du conseil en date du 26 novembre 1996, et que c'est lui qui a apposé sa signature sur le contrat de prêt du 26 novembre 1996.

Le prêt était donc valablement conclu en 1996.

L'offre de preuve de XXX est par conséquent superflue sur ce point.

Les parties DDD reprochent aux juges de première instance de ne pas avoir fait procéder à des vérifications, et elles contestent que la signature figurant sur l'acte de cautionnement solidaire soit effectivement celle de NNN DDD ; il y aurait lieu de procéder à une vérification des écritures telle qu'elle est prévue aux articles 289 et suivants du nouveau code de procédure civile.

Le prêt n'aurait pas été actionné et l'engagement de XXX aurait donc pris fin le 26 novembre 1999. Elles déclarent ensuite que le prêt a été débloqué le 30 novembre 1999, et elles affirment enfin qu'aucun des prêts n'a été actionné, la garantie à première demande aurait eu pour cause et objet le comblement du solde débiteur du compte courant occasionné par une avance à terme no 748, et non pas des prêts dont XXX fait état.

Elles soulèvent la nullité du cautionnement au motif que la convention cadre du 21 novembre 1996 serait nulle et pour violation des règles de forme de la loi suisse.

Les parties DDD font valoir ensuite qu'un prêt portant la date du 30 novembre 1999 - cette date étant contestée - contracté par YYY aurait été signé par NNN DDD, mais ne constituerait nullement une prolongation ou un renouvellement du prêt signé le 26 novembre 1996.

Le prêt du 30 novembre 1999 ne comporterait ni de mention relative à l'existence d'une garantie, ni de mention relative à un renouvellement du prêt de 1996.

Les parties DDD font plaider que la convention cadre du 21 novembre 1996 limiterait la durée de l'engagement des parties à trois ans, et que la durée de l'engagement de la caution était limitée à trois ans à compter de la date d'octroi du prêt.

Il est exact, tel que le fait relever XXX que dans l'article 6 de la convention conclue entre XXX et l'actionnaire NNN DDD il est dit que « le Prêteur se réserve en tout temps et en toute occasion le droit de faire appel aux garanties mentionnées à l'Article 4 ci-dessous ».

Il est également exact que l'acte de cautionnement solidaire est fait indépendamment de tous autres cautionnements existants ou futurs, pour le remboursement de toutes les créances, sans égard à la base légale ou à la nature de la relation d'affaires dont elles procèdent, que XXX possède déjà actuellement ou pourra posséder ultérieurement contre la société YYY suite au prêt accordé à cette dernière par la Banque PICTET (Luxembourg).

XXX cite encore de façon correcte le paragraphe 3 de l'acte de cautionnement aux termes duquel : « La réduction du montant total à concurrence duquel la Caution Solidaire est tenue, que cette réduction provienne de l'écoulement du temps ou d'une diminution de la dette principale, est expressément exclue aussi longtemps que le Prêt est en vigueur. »

Il reste que le dernier alinéa de l'acte de cautionnement stipule : « Bon pour cautionnement solidaire de Francs Luxembourgeois 40.000.000.- plus intérêts au taux de % par an pendant trois ans de la date d'octroi du prêt. »

Le prêt était octroyé le 26 novembre 1996.

Conformément aux conclusions des parties DDD, il y a lieu de constater que dans l'acte de cautionnement du 21 novembre 1996 l'engagement de la caution était limité à trois ans.

D'après cet acte, le cautionnement prenait donc fin le 25 novembre 1999.

Dans un courrier du 14 mai 2007, versé par XXX, et contesté par les parties YYY et DDD, la banque PICTET Genève dit que :

« 1- En date du 26.11.1996, notre filiale du Luxembourg a octroyé une facilité de FB 40.000.000 à la société YYY. L'échéance était fixée au 30.11.1999.

(...)

2- Le prêt n'a pas été remboursé à l'échéance qui avait été fixée au départ car le délai de remboursement a été prorogé au 30.10.2000.

3- Il ne s'agissait pas de l'octroi d'une nouvelle facilité, mais de la prolongation du délai de remboursement du prêt octroyé le 26.11.1996.

4- Les garanties mises en place pour le remboursement du prêt octroyé le 26.11.1996 sont demeurées en vigueur après l'échéance prolongée du 30.11.1999.

(...) »

Ne constituant pas un des modes de preuve légalement prévus, cet écrit d'un tiers - qualifié à raison par les parties DDD de simple lettre - et qui se prononce d'ailleurs en termes généraux sur les garanties mises en place, ne revêt à l'égard des parties DDD aucune force probante quant aux engagements ayant pu exister entre XXX et NNN DDD.

A ceci s'ajoute que le contenu de ce courrier se trouve contredit par le fait que la garantie bancaire sur base de laquelle la banque PICTET Suisse a été actionnée par PICTET Luxembourg n'est pas identique à celle accordée par la banque PICTET Suisse à la banque PICTET LUXEMBOURG le 26 novembre 1996, la première portant le numéro GA-6735, la seconde portant, d'après le courrier de la banque PICTET LUXEMBOURG à la banque PICTET Suisse du 27 novembre 2000, le numéro GA-8876 et datant du 28 décembre 1999.

Dans le prêt conclu le 30 novembre 1999 la rubrique relative aux garanties ne comporte aucune inscription. Un engagement à titre de caution de la part de NNN DDD n'est pas mentionné dans le contrat de 1999.

Ce deuxième contrat ne mentionne pas de prorogation du contrat de 1996, ni ne contient de renvoi au contrat de 1996.

Ainsi que le font relever les parties DDD, le prêt de 1996 prévoit que le remboursement se fera « au gré de l'Emprunteur, mais au plus tard en un versement à l'échéance finale », alors que le prêt de 1999 quant à lui prévoit que « Les intérêts sont payés par le Débiteur. Le Débiteur autorise expressément la banque à prélever automatiquement, dans l'un de ses comptes ordinaires, les intérêts dus par lui sans autre préavis » ; que le prêt de 1999 prévoyait dans son article 6 qu' « en cas de remboursement anticipé d'un prêt dont le terme a été fixé ci-dessous, en partie ou en totalité, la banque se réserve le droit de prélever une pénalité », alors que le prêt de 1996 ne contient aucune stipulation analogue ; que les clauses relatives à la résiliation du contrat de prêt et au dépassement de la limite de crédit ainsi que d'autres clauses qui figurent au contrat de 1999 ne figurent pas dans celui de 1996.

Le fait par la banque d'avoir conclu un nouveau contrat en 1999 à des conditions en partie différentes de celles arrêtées au contrat de 1996 contredit le bien-fondé de l'affirmation qu'il y aurait eu prorogation du premier prêt en 1999.

L'offre de preuve présentée par XXX est donc contredite en ce qu'elle tend à établir qu'il y a eu prorogation du prêt de 1996 en 1999, et est partant à déclarer irrecevable également sur ce point.

S'il est exact, tel que le relève XXX, que la dette survit tant que son remboursement n'est pas intervenu, il reste à vérifier dans quelle mesure une caution est tenue.

Or, en l'espèce l'engagement de la caution était limité expressément à une durée de trois ans.

Au vœu de l'article 2015 du code civil, la caution ne peut être tenue que dans les limites de son engagement.

La créance invoquée étant née postérieurement à l'extinction du cautionnement, - le compte de XXX ayant été débité le 30 novembre 2000 - son recouvrement ne saurait être poursuivi contre les héritiers de NNN DDD sur base du cautionnement.

XXX fait encore valoir que NNN DDD a reconnu sa dette envers la fondation XXX dans un courrier du 3 août 2001.

Il s'agit d'une lettre adressée par NNN DDD à JJJ HHH, sans autre précision, et qui est de la teneur suivante :

« Je reviens à notre entretien téléphonique en date du 5 mai dernier à 9.15 heures.

Lors de cet entretien on avait convenu, de commun accord, de trouver un arrangement à l'amiable, étant donné que l'affaire « SOLIN », dont tu es informé, est toujours en cours.

Par ailleurs, nous avons, par l'intermédiaire de nos conseils juridiques, fait une proposition de remboursement à tes conseils juridiques.

La première tranche de paiement était prévue avant la fin octobre 2001.

Ce qui m'a fort étonné, c'est que maintenant, fin juillet 2001, tes avocats au Luxembourg ont fait saisir-arrêter divers comptes bancaires au Luxembourg dont la YYY, respectivement moi-même sont ou pourront être le(s) titulaire(s). Cette action, dont j'ai du mal à comprendre le but, ne sera certainement pas sans suites et pourra me créer de pénibles ennuis sur la place financière à Luxembourg.

Je me pose encore la question si tes conseils juridiques t'ont bien continué notre proposition d'arrangement.

J'ai du mal à croire qu'une telle réaction puisse venir de ta part, vu que je t'avais donné ma parole à régler cette affaire à l'amiable.

Est-ce que tes conseils juridiques auraient peut-être fait ce pas sans instructions précises de ta part ???

Je pense qu'il serait temps de se voir afin de trouver une solution à cette pénible situation.

(...) »

Les parties DDD y répondent que NNN DDD n'était plus tenu en qualité de caution, qu'il ne s'agit que d'un engagement éventuellement moral sans aucune portée juridique.

Conformément aux conclusions de CCC DDD et MMM DDD, il y a lieu de constater que la lettre de NNN DDD citée ci-dessus ne précise ni le montant ni la cause de la dette, ni ne prouve l'existence d'un engagement de NNN DDD à rembourser personnellement la dette dont question.

L'offre de preuve testimoniale présentée par XXX tendant à établir la volonté de NNN DDD de garantir XXX et de maintenir les garanties de 1996 est, conformément aux conclusions des parties DDD et par application des dispositions de l'article 1341 du code civil, à déclarer irrecevable pour viser une preuve outre l'acte de cautionnement.

Il suit de l'ensemble des développements qui précèdent que la demande de XXX pour autant que dirigée contre les héritiers de la caution NNN DDD n'est pas fondée, de sorte que le jugement de première instance est, bien que pour d'autres motifs, à confirmer quant à ce chef.

La demande tendant à la production par la banque PICTET Luxembourg de tous les mouvements de compte de 1996 entre elle et YYY s'avère dénuée de pertinence, et l'examen du surplus des moyens soulevés devient superfétatoire.

IV) Quant aux demandes présentées sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile

CCC DDD et MMM DDD concluent à l'octroi d'une indemnité de procédure de 2.000.- €.

XXX demande de condamner CCC et MMM DDD à lui payer une indemnité de procédure de 5.000.- € pour chaque instance.

Faute par les parties DDD de justifier de l'iniquité requise par les dispositions de l'article 240 du nouveau code de procédure civile, leurs demandes sont à rejeter comme non fondées.

Eu égard à la décision à intervenir, la demande présentée par XXX l'est à son tour, la partie qui succombe dans ses revendications ne pouvant prétendre au bénéfice des dispositions de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS

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

en continuation de l'arrêt du 21 janvier 2010,

quant à l'appel de la société anonyme YYY :

dit que les juridictions luxembourgeoises sont compétentes pour connaître de la demande dirigée par la société de droit liechtensteinois XXX contre la société anonyme YYY,

ordonne la révocation de l'ordonnance de clôture et la réouverture des débats aux fins de permettre aux parties :

- 1) de prendre position quant à l'applicabilité d'une convention internationale en matière de règles de conflit de lois ;
- 2) à défaut de convention internationale, de prendre position quant à la loi applicable, au regard notamment de l'article II de la loi du 27 mars 1986 portant approbation de la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, signée à Rome le 19 juin 1980, plus particulièrement quant aux articles 4 et 13 de cette Convention ;
- 3) de prendre position quant à la loi applicable en cas d'inapplicabilité de l'article II de la loi du 27 mars 1986 ;
- 4) pour le cas où la loi suisse est applicable, de verser le contenu de la loi suisse, plus particulièrement ses dispositions relatives au nantissement ;
- 5) d'y prendre position ;

quant à l'appel de la société de droit liechtensteinois XXX :

déclare l'offre de preuve testimoniale présentée par la société de droit liechtensteinois XXX irrecevable,

dit l'appel non fondé,

en déboute,

confirme le jugement de première instance en ce qui concerne la demande dirigée par la société de droit liechtensteinois XXX contre CCC DDD et MMM DDD,

dit non fondées les demandes présentées par la société de droit liechtensteinois XXX, par CCC DDD et MMM DDD sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

en déboute,

condamne la société de droit liechtensteinois XXX aux frais et dépens des deux instances pour autant que dirigées contre CCC DDD et MMM DDD,

confirme le jugement de première instance en ce qu'il a ordonné la distraction des frais au profit de Maître Gerry OSCH et ordonne également la distraction des frais et dépens de l'instance d'appel au profit de Maître Gerry OSCH, avocat constitué qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Georges SANTER, président de chambre, en présence du greffier Lex BRAUN.