- Arrêt civil -

Audience publique du vingt-six janvier deux mille douze

Numéro 33002 du rôle

Composition:

Carlo HEYARD, président de chambre,
Eliane EICHER, premier conseiller,
Marianne PUTZ, premier conseiller,
Lex BRAUN, greffier.

E n t r e

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

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,

e t

la **société B**, société de droit liechtensteinois, établie et ayant son siège social à ... 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 15 juillet 2010 entre la société de droit liechtensteinois B - ci-après B - X, Y et la société A S.A. - ci-après A -.

Le litige ayant opposé les parties B et X et Y a été tranché par l'arrêt du 15 juillet 2010.

Il reste à toiser la demande en recouvrement d'une créance alléguée par B à l'égard de A.

Quant à la demande en paiement dirigée par B contre A et aux saisies-arrêts pratiquées

L'arrêt du 15 juillet 2010 a dit que les juridictions luxembourgeoises sont compétentes pour connaître de la demande dirigée par B contre A, et ordonné 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 la Convention de Rome ;
- 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.

Les faits relatifs aux relations entre B et A sont les suivants :
la Banque C Luxembourg S.A. a accordé le 26 novembre 1996 à A S.A. un prêt de 40.000.000 LUF avec échéance au 30 novembre 1999 ;
la Banque C Genève a, à la même date, donné une garantie bancaire pour un montant maximum de 45.000.000 LUF à la Banque C Luxembourg S.A. ;
dans une convention signée le 21 novembre 1996 entre B (désignée « le Prêteur ») et Z (désigné « l'Actionnaire »), il est précisé « que la Banque C à Luxembourg a accepté de prêter à la société A S.A. une somme de Fr. Lux 40.000.000.- contre une garantie bancaire de la Banque C 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 C à Genève en garantie de la garantie accordée par cette dernière à la Banque C à Luxembourg en couverture des engagements de la société A 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 C 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 C, selon texte de l'Annexe C. » ;

le 25 novembre 1996 B a signé l'acte de nantissement des avoirs qu'elle détenait auprès de la Banque C à Genève ;

le 26 novembre 1996 la Banque C Luxembourg a accordé à A un prêt de 40.000.000 LUF avec échéance au 30 novembre 1999 ;

le 26 novembre 1996 la Banque C Genève donné à la Banque C Luxembourg une garantie bancaire irrévocable pour un montant maximum de 45.000.000.- LUF destinée à couvrir les engagements que pourrait avoir envers C Luxembourg le titulaire du compte n° 162.369 ; il s'agit du prêt/compte courant de A ;

les fonds ont été tirés par A, le 28 novembre 1996 ;

le prêt n'ayant pas été remboursé, l'échéance du prêt a été fixée au 30 octobre 2000 dans un contrat intitulé « contrat de prêt », ayant été signé le 30 novembre 1999 par A et la Banque C Luxembourg, et portant sur la somme de 991.575 € ;

suivant courrier du 29 décembre 1999 adressé à la Banque C Luxembourg, le 22 novembre 1999, la Banque C Genève s'est référée à la garantie bancaire du 22 novembre 1999 pour le montant de 991.600 € destinée à couvrir les engagements que pourrait avoir le titulaire du compte n° 162.369, échéant le 30 novembre 2000, et elle a augmenté le montant maximum de la garantie à 1.115.520 € ;

le remboursement du prêt a été requis de A par courriers de la Banque C Luxembourg du 31 octobre 2000 et du 23 novembre 2000 ;

le 27 novembre 2000 la Banque C Luxembourg a informé la Banque C Genève de ce que le débiteur se trouve dans l'impossibilité d'honorer le remboursement de son crédit et fait appel à la garantie donnée par la Banque C Genève ;

le 29 novembre 2000 la Banque C Genève a réalisé le nantissement de B ; celle-ci a été débitée d'un montant de 1.020.140 €, valeur au 30 novembre 2000.

C'est le remboursement du gage réalisé par la Banque C Genève que B réclame à A dans le présent litige.

Par jugement du 16 janvier 2007, A a été condamnée à payer à B la somme de 1.037.248,06 € avec les intérêts légaux à partir du 5 septembre 2001 jusqu'à solde et les saisies-arrêts pratiquées par B auprès de parties tierces-saisies ont été validées.

Ce jugement est critiqué par A dans le cadre de son appel interjeté contre le jugement du 16 janvier 2007.

Suite à l'arrêt du 15 juillet 2010, les parties ont pris position comme suit.

B dit qu'il est incontestable qu'aucun contrat n'a été directement conclu entre elle et A.

Elle fait cependant valoir qu'il y a des liens incontestables entre A et B de par le montage financier international mis en place à travers les banques C Genève et C Luxembourg.

Il serait évident, selon B, que pour se prévaloir d'un droit de créance à l'égard de A, elle doit remonter, par le mécanisme de la subrogation, la chaîne des sûretés contractuelles qui ont été conclues.

B fait plaider que la Convention de Rome de 1980 a un caractère universel, qu'il faut, eu égard à l'article II de la loi du 27 mars 1986 portant approbation de la Convention de Rome de 1980, se référer à la Convention de Rome pour déterminer la loi applicable aux relations entre B et A, que les rapports entre les parties présentent des liens plus étroits avec le Grand-Duché de Luxembourg, qu'en vertu de l'article 4 de la Convention de Rome de 1980, seule la loi luxembourgeoise régit les relations entre B et A.

B déclare qu'elle-même et la Banque C Genève ont, dans le contrat de nantissement, explicitement désigné le droit suisse comme loi applicable, et que le contrat de garantie bancaire conclu entre les Banques C Genève et C Luxembourg doit être régi par la loi luxembourgeoise puisqu'il présente des liens plus étroits avec le Grand-Duché de Luxembourg.

Elle fait valoir que, puisque le contrat de nantissement est expressément régi par le droit suisse, tel que choisi par les parties, la possibilité de subrogation de B dans les droits de son créancier direct, la Banque C Genève, est régie par le droit suisse ; que selon l'article 401, alinéa 1 du code des obligations suisse régissant la subrogation légale et la théorie du mandat bancaire fiduciaire, le client mandant, B, est automatiquement subrogé aux droits acquis par la banque mandataire, C Genève ; que dans les relations entre les banques C Genève et C Luxembourg, la loi luxembourgeoise est applicable aux obligations du garant ; que même si par le caractère autonome du contrat de garantie bancaire, le garant contracte une dette personnelle, la jurisprudence reconnaît la possibilité de subrogation légale sur base de l'article 1251-3° du code civil luxembourgeois ; qu'en se subrogeant dans les droits de la Banque C Luxembourg, la Banque C Genève dispose d'un droit de créance à l'égard de A sur base de l'article 1251-3° du code civil, que par subrogation dans les droits de la Banque C Luxembourg, B dispose d'un droit de créance à l'égard de A ; que la dette de A envers la Banque C Luxembourg a été payée par B et que le débiteur

définitif, A, a été libéré ; que B doit être subrogée dans les droits de la Banque C Luxembourg.

En cas d'inapplicabilité de la Convention de Rome de 1980, B conclut à l'applicabilité de la loi suisse entre les parties au contrat de nantissement eu égard au choix des parties (B et C Genève), et entre les parties au contrat de garantie bancaire (C Genève et C Luxembourg) en vertu de l'article 3 de la loi fédérale suisse sur le droit international privé ; la loi suisse donne la possibilité pour la Banque C Genève de se substituer dans les droits de la Banque C Luxembourg, bénéficiant de la garantie bancaire, tout comme B se substitue à la Banque C Genève pour faire valoir ses droits.

A conclut au rejet des développements de B quant à la Convention de Rome, faisant valoir que la chaîne des garanties ne prouve nullement l'existence de relations contractuelles entre elle et B et qu'il n'existe aucune convention internationale couvrant la question de la loi applicable en matière de garantie autonome consentie en l'absence de relation contractuelle.

Faute de détermination de l'objet du gage et du débiteur garanti, A soulève la nullité du nantissement et en conséquence la réalisation abusive du nantissement, ce au regard du droit suisse auquel est soumis l'acte de nantissement, ce dans l'hypothèse où le nantissement a été réalisé pour couvrir la dette d'un tiers, c'est-à-dire la dette de A.

Subsidiairement, si la réalisation du nantissement est déclarée valable, B ne pourrait exercer que les droits que la banque C Genève aurait pu exercer contre A. A fait valoir qu'eu égard au rattachement, aujourd'hui consacré, à la loi du pays d'établissement du garant, et eu égard aux règles de droit privé international suisse, la loi suisse est applicable, et elle conclut que le droit suisse ne prévoit aucune action directe au profit de la Banque C Genève à l'encontre de A et n'autorise encore moins la subrogation.

A entend rappeler que c'est la Banque C Genève, et non pas B, qui a désintéressé la Banque C Luxembourg, que l'exécution de la garantie autonome est soumise à la loi suisse, que le droit suisse ne prévoit ni d'action récursoire directe ou contractuelle ou accessoire, ni de subrogation dans les droits du bénéficiaire au profit du garant, que C Genève ne disposant d'aucun recours, B ne peut être subrogée dans des droits et actions inexistantes dans le chef de C Genève. Elle demande le rejet de la demande de B.

Dans l'hypothèse où le nantissement a couvert des engagements propres contractés par B à l'égard de la Banque C Genève, elle conclut également au rejet de la demande de B, celle-ci ne rapportant pas la preuve de l'existence d'un contrat entre parties et A n'ayant pas sollicité l'intervention de B.

Il est rappelé qu'entre B et A il n'existe pas de contrat.

Dans ses conclusions prises en ordre principal (cf. notamment conclusions du 13 avril 2010), B fait valoir qu'ayant remboursé le prêt pour le compte de A à la Banque C Luxembourg par le jeu des nantissements, elle est subrogée dans les droits de la Banque C Luxembourg.

A la base de sa demande elle fait état de la réalisation du nantissement qu'elle a donné à la Banque C Genève.

C'est d'abord dans les relations entre B et la Banque C Genève qu'il faut examiner s'il y a eu une subrogation de B dans les droits de la Banque C Genève.

Une subrogation conventionnelle ne figure pas dans l'acte de nantissement conclu entre B et la Banque C Genève.

Aux fins de savoir s'il existe une subrogation légale, il y a lieu de rechercher d'abord la loi applicable.

Dans l'acte de nantissement du 25 novembre 1996, B et la Banque C Genève ont convenu de soumettre au droit suisse toutes contestations relatives aux droits et obligations résultant tant de l'acte de nantissement que des créances et prétentions auxquelles cet acte se rapporte.

Le nantissement et ses effets sont donc régis par le droit suisse.

Il appartient à la demanderesse originaire B d'établir le droit par elle invoqué d'agir en vertu d'une subrogation.

Elle ne verse pas le contenu des dispositions du droit suisse applicables, en particulier la teneur de l'article 401 du code des obligations suisse par elle invoqué.

Si les conclusions de B par lesquelles elle mentionne la théorie du mandat bancaire fiduciaire ne sont pas à qualifier de demande nouvelle puisqu'elles sont prises dans le cadre des développements portant sur la subrogation, il y a cependant lieu de constater que B ne fournit pas la moindre explication y relative. Elle ne précise pas, ni a fortiori ne prouve, suivant quel mécanisme juridique les règles du mandat peuvent servir de justification à sa demande basée sur la subrogation.

A ceci s'ajoute que dans le cadre de ses développements relatifs à la validité du contrat de nantissement conclu entre la Banque C Genève et B, celle-ci qualifie de prémisse factuelle erronée la déclaration que le nantissement couvrirait la dette d'un tiers, « alors qu'il s'agit de toute évidence de la dette personnelle de la société liechtensteinoise B, constituante du nantissement. » Or, ces considérations ne sont pas non plus de nature à justifier d'un droit de subrogation dans le chef de B.

B n'établit ainsi pas l'existence d'une subrogation légale à son profit.

L'existence d'un droit de subrogation au profit de B est pour le surplus contredite par deux avis juridiques relatifs au droit suisse, versés par A, rédigés par les avocats suisses Dr. Franziska BUOB et Dr. Reto Thomas RUOSS les 5 octobre 2010 et 29 octobre 2010, avis dont le contenu n'a pas fait l'objet d'une observation, voire d'une contestation de la part de B. Selon ces avis juridiques, le garant ne bénéficie pas d'un droit de subrogation à l'égard du débiteur garanti qui est A.

Suivant ces avis : « Da der Abschluss eines Garantievertrags kein Rechtsverhältnis zwischen dem Garanten und dem (durch die Garantie begünstigten) Schuldner begründet, erhält der Garant im Leistungsfall kein direktes Rückgriffsrecht gegen den Schuldner. Nach der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung findet grundsätzlich auch keine Subrogation statt, d.h. der zahlende Garant tritt nicht von Gesetzes wegen in die Rechte des Garantiebegünstigten gegenüber dem Schuldner ein. (...) Nach schweizerischem Recht besteht somit von Gesetzes wegen kein Anspruch des Garanten gegen den Schuldner. (...) »

La demande en paiement dirigée par B contre A sur base d'une subrogation dans les droits du bénéficiaire de la garantie n'est donc pas fondée.

En ordre subsidiaire, B fonde ses prétentions sur l'enrichissement sans cause.

A soulève l'irrecevabilité de cette demande comme constituant une demande nouvelle.

A l'appui de sa demande basée sur la subrogation, B fait état de liens qu'elle qualifie d'incontestables entre elle et A eu égard au montage financier international par l'intermédiaire des banques C Genève et C Luxembourg, alors que dans le cadre de la demande basée sur l'enrichissement sans cause, elle déclare « que le transfert de valeur qui s'est opéré entre la société liechtensteinoise B et la société luxembourgeoise A ne repose sur aucun motif juridique, ceci résulte clairement de l'absence même de tout lien juridique quelconque entre ces deux sociétés, (...) que « B n'avait aucun intérêt, d'une quelconque forme que ce soit, à supporter la charge financière du remboursement du prêt de la société luxembourgeoise A S.A., et ce d'autant plus que cette charge s'élève à un montant extrêmement conséquent ».

Reposant dès lors sur un fondement factuel différent de celui de la subrogation, la demande basée sur l'enrichissement sans cause constitue une demande nouvelle et est partant à déclarer irrecevable.

Les développements faits par A relativement à la gestion d'affaire n'ont pas à être examinés, celle-ci n'étant pas invoquée par B.

Il suit de l'ensemble des développements qui précèdent que le bien-fondé de la demande de B contre A laisse d'être établi et que le jugement de première instance est en conséquence à réformer.

Quant à la demande en dommages et intérêts présentée par B contre

A

B demande de condamner A au paiement de dommages et intérêts à raison de 100.000 € ou toutes autres sommes arbitrées par la Cour eu égard à la mauvaise foi de A.

En considération de la décision à intervenir au fond, la mauvaise foi alléguée dans le chef de A reste en défaut d'être établie.

La demande en dommages et intérêts est donc à rejeter comme non fondée.

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

B conclut à l'octroi d'une indemnité de procédure de 15.000 € pour chaque instance.

A conclut à l'octroi d'une indemnité de procédure de 8.000 €.

La demande de B est à rejeter, une partie qui succombe dans ses revendications ne pouvant prétendre au bénéfice des dispositions de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Faute par A de justifier de l'iniquité requise par l'article 240 du nouveau code de procédure civile, elle est également à débouter de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure.

La demande de B tendant à voir ordonner l'exécution provisoire de l'arrêt nonobstant toute voie de recours et sans caution est sans objet, la présente décision étant rendue en instance d'appel, un pourvoi en cassation n'étant pas suspensif et une condamnation au profit de B n'étant de toute façon pas prononcée.

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 des arrêts des 21 janvier 2010 et 15 juillet 2010,

dit l'appel de la société anonyme A fondé,

réformant :

dit la demande en paiement dirigée par la société de droit liechtensteinois B contre la société anonyme A non fondée,

en déboute,

ordonne la mainlevée des saisies-arrêts pratiquées les 28 et 29 août 2001 et 1^{er} février 2005,

dit non fondée la demande en dommages et intérêts présentée par la société de droit liechtensteinois B,

en déboute,

dit non fondées les demandes présentées sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile par les deux parties,

en déboute,

condamne la société de droit liechtensteinois B aux frais et dépens des deux instances et en ordonne la distraction 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 Carlo HEYARD, président de chambre, en présence du greffier Lex BRAUN.