

**Audience publique du vingt-sept mars deux mille quatorze**

**Numéro 38413 du rôle**

Composition:

Eliane EICHER, président de chambre,  
Agnès ZAGO, conseiller,  
Danielle SCHWEITZER, conseiller,  
Josiane STEMPEL, greffier

**E n t r e :**

la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois **SOC1.) II** s.à r.l, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son gérant actuellement en fonction, 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 suppléant Patrick MULLER, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg, du 22 décembre 2011,

comparant par Maître Albert MORO, avocat à la Cour à Luxembourg,

**e t**

la société anonyme de droit allemand **LANDESBANK BERLIN A.G.**, établie et ayant son siège social à D-10178 Berlin, Alexanderplatz 2, représentée par son directoire actuellement en fonction, sinon par son représentant légal, inscrite au registre de commerce du tribunal d'instance de Charlottenburg sous le numéro HRB 99726 B,

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

comparant par Maître Jean-Michel SCHMIT, avocat à la Cour à Luxembourg.

## LA COUR D'APPEL :

Par actes des 15 et 21 novembre 2006, la société de droit allemand LANDESBANK BERLIN A.G. a accordé un crédit de 79.400.000.- EUR à la société de droit allemand **SOC2.)** VERWALTUNGS GmbH et de 5.200.000.- EUR à la société de droit luxembourgeois **SOC1.)** INVESTMENT (...), pour leur permettre de financer leur projet de réaménagement d'un centre commercial d'une surface de 35.000 m<sup>2</sup> à Hanovre.

Les actes en question ont été modifiés successivement par avenant du 18 avril 2007 portant modification des sûretés réelles et de certaines modalités de paiement et par avenant du 12 juin 2008 portant le montant du crédit accordé à la somme 95.040.000.- EUR.

Par acte intitulé « *Garantie* » du 2 juillet 2008, la société de droit luxembourgeois **SOC1.)** Il s'est engagée à garantir le paiement à concurrence du montant de 3.392.000.- EUR de toutes les dettes dues par ses filiales, les sociétés **SOC2.)** et **SOC1.)** INVESTMENT (...), sur base des prêts consentis par la LANDESBANK BERLIN.

Le prêt accordé à **SOC2.)** a été résilié le 20 février 2009 au motif de la non-exécution par **SOC2.)** de ses obligations contractuelles; **SOC2.)** a été mise en demeure de payer la somme de 58.311.094,28 EUR.

**SOC1.)** Il a été appelée en garantie par courrier du 27 février 2009; cet appel a été réitéré le 20 mars 2009. **SOC1.)** Il s'oppose au paiement. Le 22 avril 2009, le prêt qui avait été accordé à **SOC1.)** INVESTMENT (...) fut également résilié.

Le 14 mai 2009, le tribunal d'instance de Francfort a ouvert une procédure collective contre la société **SOC2.)**; le 27 mars 2009, **SOC1.)** INVESTMENT (...) a été déclarée en état de faillite par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg.

Par exploit d'huissier de justice du 24 décembre 2009, la société anonyme de droit allemand LANDESBANK BERLIN a fait donner assignation à la société à responsabilité limitée **SOC1.)** Il aux fins de l'entendre condamner à lui payer le montant de 3.392.000.- EUR augmentée des intérêts moratoires

Dans son jugement du 10 novembre 2011, le tribunal a reçu les demandes en la forme, a condamné la société **SOC1.)** Il à payer à la LANDESBANK BERLIN la somme de 3.392.000.- EUR, augmentée des intérêts légaux, ainsi qu'une indemnité de procédure de 2.000.- EUR, a débouté la société **SOC1.)** Il de ses demandes en obtention d'une

indemnité de procédure et d'une indemnité pour procédure abusive et vexatoire.

Par acte d'huissier du 22 décembre 2011, **SOC1.)** Il a régulièrement relevé appel pour

- à titre principal, voir dire que la sûreté qu'elle a accordée à la LANDESBANK BERLIN ne garantit que les intérêts du crédit accordé à **SOC2.)** et **SOC1.)** (...) et que ni l'un ni l'autre n'étaient débiteurs de tels intérêts les 27 février ou 27 mars 2009 ou à l'heure actuelle, de sorte que sa condamnation au paiement de la somme de 3.392.000.- EUR n'est pas fondée ;

- à titre subsidiaire, voir constater que l'engagement de garantie qu'elle a souscrit est nul pour dol et, par conséquent, dire la demande en condamnation au paiement de la somme de 3.392.000.- EUR non fondée ;

- à titre plus subsidiaire, pour voir constater que son engagement est un cautionnement soumis au droit allemand, le crédit garanti a été irrégulièrement, sinon abusivement dénoncé, de sorte que la demande de la LANDESBANK BERLIN ne serait pas fondée en étant basée sur un tel engagement ;

- à titre encore plus subsidiaire, pour voir constater qu'aucun appel régulier à la garantie n'a été valablement fait pour les dettes de **SOC1.)** (...) et que l'appel en garantie opéré était manifestement abusif ;

- en tout état de cause, pour voir déclarer sa demande reconventionnelle recevable et fondée et condamner la LANDESBANK BERLIN à lui payer une indemnité pour procédure abusive et vexatoire de 5.000.- EUR et une indemnité de procédure de 15.000.- EUR pour chacune des deux instances.

### Motifs de la décision

Lors de la conclusion de l'avenant 2 mentionné ci-avant, **SOC1.)** Il s'est engagée, le 2 juillet 2008, aux termes d'un document intitulé « *Garantie* » et rédigé ainsi :

*« Für die Erfüllung etwaiger Zahlungsansprüche der Landesbank Berlin AG (...) gegen die **SOC2.)** Verwaltungs GmbH (...) und **SOC1.)** Investment (...) S.à.r.l. (...) aus den Kreditverträgen vom 15.11./21.11.2006 nebst Nachträgen, die in der Anlage 1 beigefügt und die Bestandteile dieser Garantieerklärung sind, in Höhe von insgesamt EUR 100.240.000,00 (...) übernehmen wir, die **SOC1.)** Il S.à.r.l. hiermit gegenüber dem Zahlungsempfänger die Garantie zur Zahlung einer Geldsumme bis zu einem Höchstbetrag von EUR 3.392.000,00.*

*Zahlungen aus der Garantie reduzieren die o.g. Garantiesumme entsprechend. Auf Wunsch des Zahlungspflichtigen wird der Zahlungsempfänger dem Zahlungspflichtigen die Reduzierung der Garantie nach Erhalt der angeforderten Zahlung bestätigen.*

*Im Falle einer Inanspruchnahme werden wir auf erstes schriftliches Anfordern Zahlung leisten, wenn uns der Zahlungsempfänger gleichzeitig schriftlich bestätigt, dass der Kreditnehmer seinen Zahlungsverpflichtungen aus dem o.g. Kreditvertrag nebst Nachträgen nicht bzw. nicht vollständig nachgekommen ist.*

*Unsere Verpflichtungen aus dieser Garantie erlöschen mit der Rückgabe der Garantiekunde an uns, gegebenenfalls auch von dritter Seite, spätestens jedoch, soweit wir daraus nicht bis zum 30.11.2011 in Anspruch genommen worden sind.*

*Paris, le 2/7/8*

*Signature de **SOC1.) II** » (cf. pièce no 7 de Me Moro).*

1. Nature de l'engagement assumé par **SOC1.) II** et loi applicable à cet engagement

En raison des éléments d'extranéité du litige et de la date de conclusion du contrat, l'intimée estime que la Convention de Rome du 18 juin 1980 est applicable au contrat entre parties et qu'au vu des articles 4.1 et 4.2 de celle-ci, il y aurait lieu de retenir, au titre de prestation caractéristique, le paiement de la somme garantie par **SOC1.) II**, dont l'administration centrale est établie au Luxembourg. Par ailleurs, LANDESBANK BERLIN fait encore observer que la société **SOC1.) INVESTMENT (...)** est une société luxembourgeoise. Ce fait justifierait l'application de la loi luxembourgeoise aux relations contractuelles entre parties.

L'appelante, par contre, fait valoir que l'agencement des paragraphes 2 et 5 de l'article 4 de la Convention de Rome permettrait de conclure à l'application de la loi allemande à la relation contractuelle entre parties puisque celle-ci présenterait les liens les plus étroits avec l'Allemagne. S'estimant liée à la LANDESBANK BERLIN par un contrat de caution, elle souligne qu'un tel contrat ne serait que l'accessoire du contrat qu'il garantit et devrait, par conséquent, être soumis à la même loi, en l'occurrence la loi allemande.

Il est constant en cause que les contrats de prêt garantis par l'engagement de **SOC1.) II** du 2 juillet 2008 sont soumis à la loi allemande. L'engagement du 2 juillet 2008 lui-même ne désigne pas la loi applicable au contrat. Aux termes de l'article 4 de la Convention de Rome du 18 juin 1980 « *Loi applicable à défaut de choix. 1. Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente*

*les liens les plus étroits. Toutefois, si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays, il pourra être fait application, à titre exceptionnel, à cette partie du contrat de la loi de cet autre pays.*

*2. Sous réserve du paragraphe 5, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale. Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement. (...)*

*5. L'application du paragraphe 2 est écartée lorsque la prestation caractéristique ne peut être déterminée. Les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays ».*

Avant d'examiner la loi applicable au contrat du 2 juillet 2008, il y a lieu tout d'abord de déterminer la nature du contrat qui lie les parties au litige, constitue-t-il un cautionnement comme le soutient **SOC1.**) Il ou bien une garantie autonome à première demande?

Dans le premier cas, celui du cautionnement, la loi applicable était traditionnellement - avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 18 juin 1980 - la loi applicable au contrat principal dont le cautionnement était considéré comme un simple accessoire. Après l'entrée en vigueur de la Convention, une jurisprudence française, certes critiquée par une partie de la doctrine, a maintenu cette solution au motif que, s'il était vrai que la loi présumée applicable au cautionnement était la loi de la résidence habituelle de la caution (art. 4, par. 2), il convenait néanmoins de considérer que puisque la caution n'est que l'accessoire de l'obligation principale, il y avait lieu d'écarter la présomption de paragraphe 2 et de juger que le contrat de cautionnement présentait des liens plus étroits avec le pays dont la loi gouvernait le contrat principal. Par conséquent, par application du paragraphe 5, 2<sup>ème</sup> phrase, l'article 4 de la Convention, cette jurisprudence continua de faire prévaloir le rattachement traditionnel du cautionnement à la loi de l'obligation principale (voir récemment Cass. fr, civ. 1<sup>e</sup>, 12 octobre 2011, no du pourvoi 10-19517).

En revanche, ce type de raisonnement – à supposer qu'il doive être suivi pour le cautionnement – est certainement inapproprié pour le contrat de garantie à première demande qui se caractérise par son autonomie par rapport au contrat dont résulte l'obligation garantie et par le défaut de tout caractère accessoire. Ce type de contrat doit être considéré comme régi par la loi que désigne le jeu normal de l'article 4 de la Convention de Rome, sans possibilité de dérogation tenant à l'accessorité de la garantie

par rapport à une obligation principale (pour cette différence entre garantie et cautionnement, cf. Juriscl. Droit international, fasc. 555, no 52 et la jurisprudence citée).

La Cour procédera dès lors, à la qualification de l'engagement de **SOC1.)** Il tel qu'il résulte de l'acte ci-dessus cité. Cet engagement remplit les critères d'une garantie autonome, excluant la qualification du cautionnement. La clause centrale est celle par laquelle **SOC1.)** Il s'engage à l'égard de la banque non pas à régler les sommes dont les sociétés (...) sont débitrices à l'égard de la banque, mais « *zur Zahlung einer Geldsumme bis zu einem Höchstbetrag von EUR 3.392.000,00* ». L'acte précise que : « *Im Falle einer Inanspruchnahme werden wir auf erstes schriftliches Anfordern Zahlung leisten, wenn uns der Zahlungsempfänger gleichzeitig schriftlich bestätigt, dass der Kreditnehmer seinen Zahlungsverpflichtungen aus dem o.g. Kreditvertrag nebst Nachträgen nicht bzw. nicht vollständig nachgekommen ist* ».

Cette stipulation, qui se contente de la simple certification unilatérale par le bénéficiaire de la garantie de ce que sa créance à l'égard du débiteur s'élève au montant pour lequel il fait appel à la garantie est tout à fait caractéristique d'une garantie autonome à première demande. Le fait que, en introduction, l'acte garanti rappelle que « *Für die Erfüllung etwaiger Zahlungsansprüche der Landesbank Berlin AG (...) gegen die **SOC2.)** Verwaltungs GmbH (...) und **SOC1.)** Investment (...) S.à.r.l. (...) aus den Kreditverträgen vom 15.11./21.11.2006 nebst Nachträgen* » ne porte pas atteinte à la qualification de garantie autonome, dès lors qu'il n'est pas stipulé qu'un appel à la garantie est subordonné à l'existence effective d'une dette des sociétés (...) pour les mêmes montants.

Cette conclusion est valable tant au regard du droit luxembourgeois qu'au regard du droit allemand à en juger d'après la définition de la garantie à première demande opposée à la *Bürgschaft* (cautionnement) dans la doctrine versée par **SOC1.)** Il (pièce no II 19 de Me Moro, au no 17).

La Cour retient, par conséquent, que l'acte est à qualifier de garantie autonome, et que la loi applicable est la loi luxembourgeoise : le Luxembourg est le pays de l'administration centrale du garant **SOC1.)** Il, équivalant pour une personne morale à la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique. Il n'existe pas de raison d'écarter la loi luxembourgeoise au motif que le contrat présenterait des liens plus étroits avec un autre pays.

## 2. l'objet de la garantie à première demande

**SOC1.)** Il est d'avis que la Garantie se limiterait uniquement au paiement des intérêts rémunérateurs dans le cadre du prêt **SOC2.)** et elle renvoie à l'avenant 2 lequel prévoit une garantie à sa charge pour un montant de 3.392.000.- EUR « *für interest shortfall* », notion à laquelle elle propose de donner une interprétation restrictive (selon elle, cette notion ne viserait pas

n'importe quelle somme due à titre d'intérêts et non payée par les débitrices, mais uniquement des intérêts qui « *devaient être éventuellement payés par les débiteurs en rémunération de l'utilisation du crédit* » et non des intérêts dus pour une « *période postérieure à la dissolution des crédits ... et qui par définition ne rémunèrent pas la mise à disposition promise des fonds* ») ; elle fait encore valoir que le contrat de prêt de **SOC1.) INVESTMENT (...)** ne mentionne pas de garantie pour un tel montant.

LANDESBANK BERLIN conteste cette argumentation en renvoyant aux termes de l'écrit litigieux du 2 juillet 2008, signé par **SOC1.) II**, qui ne fait plus référence à des *interest shortfall*, ce qui implique qu'elle avait renoncé au texte du projet du 21 mai 2008. Même à supposer que les parties aient eu l'intention de limiter le jeu de la garantie aux intérêts, la somme des intérêts convenus échus et des intérêts moratoires légaux dus dépasse déjà le montant de 3.392.000.- EUR.

La Cour relève que la référence à l'*interest shortfall* ne figure pas dans l'acte de garantie, mais dans un avenant au contrat de crédit entre la banque et **SOC2.)** (pièce I 3 de Me Moro, art. 4.3). **SOC1.) II** n'est pas partie à ce contrat de crédit, et son obligation de garantie est, comme la Cour l'a retenu ci-dessus, indépendante de ce contrat de crédit. L'acte de garantie, quant à lui, ne fait aucune allusion à la limitation de la somme garantie à un *interest shortfall*, limitation qui ne saurait être importée du contrat de crédit pour en faire une limitation de l'acte de garantie, sous peine de méconnaître sa nature même de garantie non accessoire.

En conséquence, et même abstraction faite de ce que l'interprétation donnée par **SOC1.) II** de la notion de « *interest shortfall* » est critiquée à juste titre par la banque comme étant trop restrictive, la Cour confirme le jugement de première instance qui a jugé que « *face aux termes clairs de la lettre de garantie, l'indication dans le contrat de prêt signé entre la banque et la société SOC2.) de l'exigence d'une garantie avec un objet plus limité est sans incidence sur les relations entre la banque et la société SOC1.) II* ».

Enfin, **SOC1.) II** fait valoir que « *l'article 451 du code de commerce prévoit que le cours des intérêts est arrêté à partir du jour du jugement déclaratif de la faillite, soit en l'espèce le 27 mars 2009, et le garant est considéré par la jurisprudence comme n'étant pas tenu des intérêts au-delà de la date du jugement prononçant le redressement judiciaire du débiteur principal (Cass. com. fr., 13 novembre 1990, Bull. IV, no 277)* ». Cette citation de la jurisprudence française, à propos de la situation de la caution face à l'article 55 de la loi française du 25 janvier 1985 (dont il a été jugé par l'arrêt ainsi cité qu'il « *n'opère aucune distinction pour l'arrêt du cours des intérêts légaux et conventionnels et que l'obligation de la caution ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur principal* »), ne vaut pas à l'égard du garant tenu aux termes d'une garantie autonome, et ne vaut d'ailleurs même pas à l'égard de la caution dans le contexte luxembourgeois, où l'arrêt du cours des intérêts ne joue qu'à l'égard de la

masse et ne peut être invoqué pour les codébiteurs ou cautions du failli (A. Cloquet, Les concordats et la faillite, 3<sup>e</sup> éd., no 1704).

### 3. le moyen tiré du dol et de l'erreur-obstacle

**SOC1.)** Il fait valoir que lors des négociations du contrat de garantie, elle avait clairement fait savoir qu'elle souhaitait que le champ d'application de la garantie qu'elle devait apporter soit assez limité et avait fait mentionner, dans l'avenant, que seul le paiement des intérêts (« *interest shortfall* ») était garanti. En prétendant au moment de l'appel fait à la garantie que l'objet de celle-ci ne couvrirait pas seulement l'*interest shortfall* au sens restrictif sur lequel **SOC1.)** Il prétend s'être engagée, la banque aurait montré avoir « *menti* » à **SOC1.)** Il au moment de la signature de la garantie. Ceci caractérisait un dol, subsidiairement une erreur-obstacle, situation de parties contractantes entre lesquelles n'existait aucun accord réel et qui n'avaient, en fait, pas voulu la même chose.

LANDESBANK BERLIN explique que le contrat de garantie a fait l'objet d'une négociation entre parties et c'est par conséquent en connaissance de cause que **SOC1.)** Il a signé la version finale du contrat.

Il n'y aurait pas non plus erreur-obstacle puisqu'il ne saurait être question d'un malentendu entre parties sur l'objet ou la nature du contrat, puisque **SOC1.)** Il était assistée de conseils dans le cadre de ces négociations.

Les juges de première instance ont écarté le moyen tiré du dol par la considération, que la Cour adopte, que « *l'objet de la garantie résulte de termes clairs et explicites de la garantie et l'appel en garantie suit le texte de la garantie. Si une limitation de l'objet résulte du contrat de prêt entre la banque et la société SOC2.), il faut cependant constater que cette limitation n'est pas reprise dans l'engagement signé par la société SOC1.) Il. Il résulte des pièces et des développements des parties que le texte de la garantie a fait l'objet de discussions entre parties, de sorte qu'indépendamment de la question de savoir quels ont été tous les changements apportés au texte, c'est en connaissance de cause que l'engagement a été pris par la société SOC1.) Il et il n'est pas établi en quoi la société SOC1.) Il aurait été trompée lors de la signature de son engagement* ».

Le moyen tiré de l'erreur-obstacle se heurte, en substance, aux mêmes considérations. Il n'existe, en effet, aucun début de preuve qu'en s'engageant dans une garantie à première demande qui ne fait pas état de la limitation des sommes garanties à l'équivalent d'un *interest shortfall*, **SOC1.)** Il aurait néanmoins compris son engagement - assumé en tant que professionnelle assistée d'un cabinet d'avocats - comme comportant cette limite, d'ailleurs difficilement compatible avec l'autonomie des garanties à première demande.

4. la nullité dudit contrat au regard du par. 307 du BGB

**SOC1.)** Il se réfère audit texte légal en vertu duquel des conditions générales préformulées pour une multitude de contrats sont nulles si elles désavantagent déraisonnablement la partie cocontractante. Or, la jurisprudence allemande considérerait qu'une stipulation selon laquelle les obligations du garant sont à exécuter à première demande et revêtent un caractère autonome par rapport à la dette principale est si favorable, par rapport au droit commun (identifié aux sûretés accessoires) qu'elle ne peut normalement pas être stipulée par voie de conditions générales préformulées.

Ce moyen se heurte à l'inapplicabilité du droit allemand à la garantie ; en droit luxembourgeois, des restrictions similaires à la stipulation de clauses favorisant l'auteur de conditions générales n'ont pas été développées par le législateur. Par ailleurs, comme l'ont constaté les premiers juges à toutes fins utiles « *il résulte des pièces versées que la banque LANDESBANK BERLIN avait soumis à la société **SOC1.)** Il l'acte de garantie avant la signature avec la société **SOC2.)** du deuxième avenant au contrat de prêt. Comme il a déjà été retenu ci-avant, les parties ont pu discuter les termes et notamment le terme Bürgschaft a été enlevé du projet pour retenir le libellé Garantie. Il faut dès lors en conclure que l'engagement de la société **SOC1.)** Il a fait l'objet d'une négociation préalable de sorte que la garantie ne constitue pas une clause standard, respectivement un contrat d'adhésion ».*

Le moyen est, lui aussi, rejeté.

5. Divers autres arguments tirés de la qualification de cautionnement

Les paragraphes 3.3.2 et 3.3.3 des dernières conclusions de **SOC1.)** Il contiennent divers arguments fondés sur le caractère accessoire du cautionnement: dénonciation irrégulière du contrat de crédit par la banque, qui ne saurait en conséquence prétendre avoir une créance à l'égard d'**SOC2.)**, ni à l'égard de **SOC1.)** Il ; ou encore le fait que la banque serait prétendument à l'origine de la défaillance de **SOC1.)** (...).

La garantie souscrite par **SOC1.)** Il n'étant pas un cautionnement, mais revêtant un caractère autonome, ces moyens ne sont pas fondés.

6. L'absence d'appel à garantie pour la dette de **SOC1.)** (...)

Selon **SOC1.)** Il, « *force est de constater que l'intimée n'a pas fait appel à la garantie pour la dette de **SOC1.)** (...)* », si bien qu'une condition nécessaire du paiement aux termes de la garantie ne serait pas remplie.

Ce moyen est dépourvu de toute pertinence, dès lors que la demande en paiement de la somme de 3.392.000.- EUR se fonde, aux termes de la lettre d'appel à garantie du 27 février 2009 et de la lettre d'explications du 20 mars 2009, toute entière sur le fait que l'autre société débitrice dont les obligations sont garanties, **SOC2.)** n'a pas respecté ses obligations de paiement à hauteur d'au moins le montant maximal de la garantie. Dès lors, il n'était pas besoin de fonder l'appel à garantie également sur la dette de **SOC1.) (...)**.

## 7. L'appel manifestement abusif à la garantie

**SOC1.)** Il explique enfin, en dernier ordre de subsidiarité, que l'appel à la garantie aurait été manifestement abusif, ce qui serait de nature à interdire au garant **SOC1.)** Il de payer sous la garantie. Pour établir l'abus manifeste qui aurait été commis par la banque, elle répète les arguments précédemment formulés (prétendue limitation à l'*interest shortfall*, restrictivement interprété, du montant garanti ; dénonciation abusive du crédit).

LANDESBANK BERLIN explique que la garantie est devenue exigible par la seule défaillance des débiteurs principaux, laquelle serait amplement établie par la déclaration en état de faillite des deux sociétés. Il n'y aurait, par conséquent, aucun abus de sa part, pas plus qu'il ne saurait lui être reproché d'avoir contribué à la défaillance d'**SOC2.)** par le fait d'avoir imposé à celle-ci des formalités supplémentaires préalables à la libération des montants prêtés.

Comme la Cour l'a retenu ci-dessus, la garantie couvre les dettes de la société débitrice et n'est pas limitée aux dettes résultant d'un *interest shortfall*.

Pour le surplus, il est de principe que l'autonomie de la garantie à première demande interdit au garant et, en cas de contentieux au juge, d'apprécier le contenu - la conformité substantielle - de l'appel à la garantie en tenant compte d'éléments extrinsèques aux documents présentés. Une garantie à première demande ne peut être paralysée qu'en cas de manœuvres frauduleuses et abusives qui, au-delà du contrat de base, vicient directement le rapport de garantie. La créance du bénéficiaire ne saurait cependant être tenue en échec par une simple allégation de sa mauvaise foi ; il faut la preuve d'une fraude ou d'un abus manifestes (Cour d'appel, 19 mai 2010, P. 35, 234).

En l'espèce, **SOC1.)** Il fonde l'allégation d'abus manifeste sur l'idée que « *Les soi-disant motifs invoqués par l'intimée sont infondés en fait (les informations demandées ont été communiquées, le projet était viable et la recapitalisation avait été proposée) et en droit (la demande d'information ne pouvait pas justifier une suspension ou une dénonciation des crédits, aucune des conditions de dénonciation des crédits n'était remplie, la lettre de dénonciation est formellement insuffisante pour justifier une*

*dénonciation valable des crédits) ».* **SOC1.)** Il ne prouve ni une fraude de la part de la banque, ni un abus manifeste de celle-ci. Pour vérifier le bien-fondé de ses allégations, qui se heurtent à autant de contestations sérieuses de la part de la banque, la Cour devrait examiner le fond des relations entre la banque et la débitrice **SOC2.)**, ce qui heurte le caractère autonome de la garantie.

LANDESBANK BERLIN demande une indemnité de procédure de 10.000.- EUR pour les deux instances.

Eu égard à l'issue de la demande principale et étant donné que le jugement entrepris sera confirmé en toutes ses dispositions, y compris l'indemnité de procédure qui avait été accordée à la banque, il y a lieu de lui accorder une indemnité de procédure de 2.000.- EUR pour l'instance d'appel.

### **PAR CES MOTIFS**

la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, le magistrat de la mise en état entendu en son rapport,

dit l'appel recevable;

le dit non fondé;

en déboute;

confirme le jugement entrepris;

donne acte à la société LANDESBANK BERLIN de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure;

condamne la société à responsabilité limitée **SOC1.)** Il, par application de l'article 240 du nouveau code de procédure civile, à payer à la société anonyme LANDESBANK BERLIN le montant de 2.000.- EUR,

condamne la société **SOC1.)** Il aux dépens de l'instance d'appel.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Eliane EICHER, président de chambre, en présence du greffier Josiane STEMPER.