

Texte pseudonymisé

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

Jugement civil no 161/2013 (8^e chambre)

Audience publique du vendredi, 5 juillet 2013.

Numéro du rôle: 113977

Composition:

Nathalie JUNG, vice-présidente,
Françoise HILGER, premier juge,
Jacqueline KINTZELE, juge,
Guy BONIFAS, greffier.

ENTRE:

la société anonyme de droit italien SOCIETE1.) SPA, établie et ayant son siège social à I-ADRESSE1.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce de Bari sous le n° NUMERO1.),

partie demanderesse aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 18 février 2008,

partie saisissante,

comparant par Maître Lydie LORANG, avocat, demeurant à Luxembourg,

E T :

la société anonyme SOCIETE2.) S.A., établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), inscrite au registre du commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

partie défenderesse aux fins du prédit exploit BIEL,
partie saisie,

comparant par Maître Franz SCHILTZ, avocat, demeurant à Luxembourg.

LE TRIBUNAL

Ouïe la société anonyme de droit italien SOCIETE1.) (ci-après la société SOCIETE1.) par l'organe de Maître Carine MAITZNER, avocat, en remplacement de Maître Lydie LORANG, avocat constitué.

Ouïe la société anonyme SOCIETE2.) (ci-après la société SOCIETE2.) par l'organe de Maître Jennifer MAYOT, avocat, en remplacement de Maître Franz SCHILTZ, avocat constitué.

Rappel des faits et de la procédure

Par acte d'achat-vente du 28 janvier 2005, la société de droit italien SOCIETE3.) a vendu à la société de droit italien SOCIETE4.) un complexe immobilier sis à ADRESSE3.) pour le prix de 5.060.000.- EUR hors TVA, dont le paiement a été différé pour 2.000.000.- EUR jusqu'au 28 janvier 2008 au plus tard.

Dans le même temps, la société SOCIETE3.), créancière de la société SOCIETE4.) pour 2.000.000.- EUR, se trouvait être débitrice de la société SOCIETE1.) pour un montant équivalent.

Suivant acte de cession de créance *pro soluto* du 28 janvier 2005, la société SOCIETE3.) a, en conséquence, cédé à la société SOCIETE1.) sa créance de 2.000.000.- EUR sur la société SOCIETE4.).

Par écrit du 28 janvier 2005, la société SOCIETE2.) a, quant à elle, donné garantie à première demande pour le montant de 2.000.000.- EUR réduit par la société SOCIETE4.) à la société SOCIETE1.), la garantie venant à échéance le 15 février 2008.

Par la suite, la société SOCIETE4.) a été absorbée par la société de droit italien SOCIETE5.), laquelle a été à son tour absorbée par la société de droit italien SOCIETE6.) (ci-après la société SOCIETE6.).

Suite à des problèmes rencontrés dans le cadre de l'élaboration du complexe immobilier acquis le 28 janvier 2005, la société SOCIETE6.) a assigné les sociétés SOCIETE3.) et SOCIETE1.) devant le tribunal civil de Rome pour voir suspendre son obligation de payer le prix résiduel de 2.000.000.- EUR.

Le 31 janvier 2008, la société SOCIETE1.) a, par lettre recommandée, mis les sociétés SOCIETE4.) et SOCIETE5.), débitrices principales, ainsi que la société SOCIETE2.),

garante, en demeure de régulariser la situation, à défaut d'avoir procédé au paiement du montant de 2.000.000.- EUR à la date d'échéance du 28 janvier 2008.

Les parties sont en litige quant à la portée de la garantie du 28 janvier 2005 intitulée « *rilascio di garanzia fidejussoria* » donnée par la société SOCIETE2.) à la société SOCIETE1.) pour le montant de 2.000.000.- EUR.

Par exploit d'huissier du 15 février 2008, la société SOCIETE1.) a fait pratiquer saisie-arrêt, en vertu 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 SOCIETE7.) S.A. sur les sommes que celle-ci pourra redevoir à la société SOCIETE2.) pour sûreté et avoir paiement de la somme de 2.000.000.- EUR en principal et intérêts.

Cette saisie-arrêt a été dénoncée à la société SOCIETE2.) par exploit d'huissier 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 reçu la demande en la forme, avant tout autre progrès en cause, a dit que le litige était régi par la loi italienne, a dit qu'il y avait lieu, par application de la Convention européenne de Londres du 7 juin 1968 concernant l'information sur le droit étranger, de demander à l'autorité compétente italienne les renseignements nécessaires, au vu du contenu de l'acte du 28 janvier 2005 qu'il y avait lieu de lui transmettre en copie, pour la solution de la question de droit italien suivante : *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 l'obligation principale, cette obligation principale étant constituée en l'occurrence par le paiement de 2.000.000.- EUR? 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?*; a ordonné la délivrance d'une copie certifiée conforme au Ministère de la Justice, autorité nationale compétente en exécution de l'article 2-2 de ladite convention, avec la mission d'assurer la transmission de la présente demande de renseignements en conformité avec les dispositions de cette même convention; a sursis à statuer quant à la demande en condamnation et en validation de saisie-arrêt dirigée par la société SOCIETE1.) contre la société SOCIETE2.) suivant exploit d'huissier de justice du 15 février 2008 et tenu l'affaire en suspens.

Le Ministère de la Justice italien a répondu le 12 décembre 2010 et a joint copie d'un arrêt rendu par la Cour de cassation italienne à sections unies du 18 février 2010 rendu en la matière.

Une traduction effectuée par la traductrice assermentée Claudine Bohnenberger de ladite réponse a été déposée au greffe du tribunal en date du 3 janvier 2011.

Les parties ont conclu de part et d'autre.

Par jugement du 27 mars 2012, le tribunal a, avant tout autre progrès en cause, ordonné une traduction de la décision de la Cour de cassation italienne du 18 février 2010 et transmis à ces fins le document à Madame Claudine Bohnenberger, gardé l'affaire en suspens dans l'attente du résultat de la mesure d'instruction et réservé le surplus de la demande et les dépens.

Une traduction effectuée par la traductrice assermentée Claudine Bohnenberger dudit arrêt a été déposée au greffe du tribunal en date du 16 avril 2012.

Les parties ont de nouveau conclu de part et d'autre.

L'ordonnance de clôture de l'instruction est intervenue le 29 janvier 2013.

Le juge rapporteur a été entendu en son rapport oral à l'audience du 14 mai 2013.

Prétentions et moyens des parties

La société SOCIETE1.) maintient ses développements antérieurs selon lesquels l'écrit litigieux du 28 janvier 2005 constitue un contrat de garantie autonome à première demande. Elle fait valoir que la décision de la Cour de cassation italienne serait une décision de principe à portée générale et que la Cour, après avoir individualisé deux courants jurisprudentiels, se serait ralliée au premier courant selon lequel l'insertion de clauses à première demande permettrait de qualifier le contrat comme contrat autonome de garantie, incompatible avec le principe d'accessoire qui caractérise la fidéjussion. Elle souligne encore que la société SOCIETE2.) se serait engagée, selon les termes clairs de la garantie, à payer à première demande, sans possibilité d'opposer une quelconque exception, ce qui constituerait une dérogation à l'article 1945 du code civil italien sans nécessité d'y faire une référence expresse. La défenderesse aurait en outre renoncé au bénéfice des dispositions des articles 1944 et 1957, alinéa 1^{er}, du code civil italien, éléments qui convergeraient tous vers la qualification de garantie autonome, de sorte que la volonté claire de la société SOCIETE2.) de s'engager à première demande sans possibilité d'opposer des exceptions ressortirait de l'écrit litigieux. Elle conteste qu'il y ait disparité avec l'ensemble des dispositions du contrat et réfute les critiques adverses tenant tant à la qualité de la traduction de la décision de la Cour de cassation italienne, qui serait parfaitement claire sur les points importants, que celles relatives à la traduction initiale de l'écrit litigieux, alors que les différentes traductions versées en cause par la défenderesse n'apporteraient aucun élément nouveau et ne seraient pas déterminants pour la solution du litige.

La société SOCIETE2.) souligne que la charge de la preuve de l'existence d'une garantie autonome incomberait à la société SOCIETE1.) et que cette dernière resterait en défaut de l'apporter, que sa créance ne serait pas manifeste et que le rejet de sa demande s'imposerait. Elle conclut encore au rejet de la traduction de la décision de la Cour de cassation italienne en raison de son caractère incompréhensible. Elle fait valoir que cette

décision ne saurait être transposée à la présente affaire alors qu'elle se rapporterait à une espèce différente. Elle verse une traduction assermentée de l'écrit litigieux du 28 janvier 2005, qui serait seule à prendre en considération, et fait valoir qu'au moins quatre éléments clairs de cet écrit plaideraient en faveur de la fidéjussion et d'une garantie accessoire, à savoir l'objet dudit écrit, la nature de l'engagement défini à la première ligne, la référence aux articles du code civil italien relatifs au contrat de fidéjussion et l'objet de l'obligation principale, ainsi que les limites de l'engagement de la caution. Concernant l'article 1957 du code civil italien, la portée de la renonciation serait limitée au délai y stipulé. Elle précise également que les conditions nécessaires à l'exécution de l'acte litigieux ne seraient actuellement pas remplies, notamment en raison du procès pendant en Italie, de sorte que le rejet de la demande s'imposerait en tout état de cause. Elle estime enfin que, si le tribunal devait arriver à la conclusion que l'acte litigieux n'est pas clair, cette absence de clarté devrait profiter à la société SOCIETE2.) en sa qualité de débiteur de l'engagement.

Motifs de la décision

Afin d'éviter toute confusion, le tribunal tient à préciser que la décision de la Cour de cassation italienne du 18 février 2010 dont la traduction a été ordonnée par jugement du 27 mars 2012 comporte, outre la date du 18 février 2010 résultant du cachet du greffe, également une date antérieure du 10 novembre 2009, à laquelle la partie SOCIETE1.) a fait référence dans le cadre de ses conclusions.

Dans la mesure où la date retenue par le Ministère de la justice italien dans sa réponse a été celle du 18 février 2010, le tribunal continuera à désigner ladite décision uniquement par référence à cette dernière date.

- Quant aux critiques émises à l'encontre des traductions versées en cause

La société SOCIETE2.) sollicite en premier lieu le rejet de la traduction de la décision de la Cour de cassation italienne du 18 février 2010 au motif que « *la lecture de la décision telle que traduite est difficile voire impossible ; de nombreux passages de cette (longue) décision sont inexploitables* » estimant cette traduction « *inexploitable en l'état* ».

Cette critique est réfutée par la demanderesse estimant « *la décision particulièrement claire sur les points importants, même si écrite dans un style qui ne correspond pas nécessairement au style cartésien des tribunaux français, belges ou luxembourgeois* ».

Après un examen détaillé de la traduction litigieuse, ensemble avec la version originale versée en cause, le tribunal estime qu'il n'y a pas lieu de suivre les critiques généralisées et vagues dont fait état la défenderesse.

En effet, si la lecture de cette traduction n'est pas aisée, ce qui s'explique par le style de rédaction très dense et recherché de la version originale de la décision et non pas par la qualité de la traduction, cela ne la rend pas pour autant impossible.

Il n'y a dès lors pas lieu d'écarter la traduction déposée le 16 avril 2012.

La société SOCIETE2.) estime ensuite qu'il n'y aurait en tous cas pas lieu de prendre cette décision en considération au motif que l'engagement soumis à l'appréciation de la Cour de cassation italienne, non versé en cause, ne serait en aucun assimilable à l'engagement qui nous concerne en l'espèce, dans la mesure où la Cour, qui se serait prononcée sur la nature juridique d'un contrat public contenant une clause en vue d'un paiement « *illico et immédiatement* » aurait statué dans un tout autre contexte.

La société SOCIETE1.) fait au contraire valoir être en présence d'une décision de principe destinée à mettre un terme aux tergiversations à l'intérieur même de la Cour de cassation italienne en clarifiant la différence entre le contrat de fidéjussion et le contrat autonome de garantie, décision qui aurait dès lors une portée générale.

Le tribunal partage l'analyse faite par la société SOCIETE1.).

En effet, cette analyse est tout d'abord confortée par l'examen de la traduction de la décision de la Cour de cassation italienne du 18 février 2010, point 4, qui de l'avis des deux parties résume l'objet de l'analyse de la haute juridiction, aux termes de laquelle on peut lire que « *sur la base de ces prémisses, 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, d'autre part, résoudre la différence entre la nature des polices d'assurance soi-disant fidéjussives tant sur le plan général que dans la dimension spécifique plus proprement objet de doutes herméneutiques des conventions contractuelles stipulées par l'entrepreneur de travaux publics avec un regard particulier dans cette hypothèse et dans la mesure intéressant pour les besoins de l'interprétation* ».

Si la deuxième partie de ce paragraphe introduit par « *d'autre part* » ne concerne effectivement pas le présent litige, la première partie commençant par « *d'un côté* » ne laisse pas de 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 est encore confirmé par le point 10 de ladite décision aux termes duquel la Cour indique « *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 (sans exception) pour transformer un contrat de fidéjussion (même atypique) en un Garantievertrag* » avant de signaler « *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* ».

La généralité des termes permet de conclure que la Cour de cassation italienne a entendu rendre une décision de principe, dont le contexte particulier se rapportant à un contrat public n'est pas de nature à enlever sa portée générale.

Il n'y a pas non plus lieu de suivre le moyen de la société SOCIETE2.) selon lequel la référence à une clause de payer illico et immédiatement ne se retrouverait pas dans l'écrit litigieux dans la mesure où l'écrit litigieux du 28 janvier 2005 contient une clause de payer « *à première demande* », dont la nature et la portée est sensiblement la même, la Cour faisant à plusieurs endroits référence à différentes dénominations auxquelles elle attache des effets identiques (cf. point 8.3, faisant référence à des clauses de paiement avec les termes « *à simple* » ou « *à première demande* », « *sans exceptions* » ou de formulations analogues).

Il ne faut par ailleurs pas oublier que ladite décision a été communiquée au tribunal par le Ministère de la justice italien, ensemble avec sa réponse du 12 décembre 2010, dans les termes qui suivent « *il est signalé par ailleurs que la Cour Suprême de Cassation à Sections Unies a par le prononcé n° 3947 du 18 février 2010 récemment pris position quant aux questions plus pertinentes en matière de contrat autonome de garantie* ».

La décision de la Cour de cassation italienne du 18 février 2010 doit dès lors être considérée comme une décision de principe à portée générale dans le cadre de l'examen du présent litige.

La société SOCIETE2.) critique encore la traduction de l'écrit du 28 janvier 2005 intitulé « *rilascio di garanzia fidejussoria* » produite par la demanderesse et verse successivement deux traductions effectuées par des traducteurs assermentés de l'écrit litigieux, la première effectuée par Luc Petry (pièce n° 20 de Maître Schiltz) et la deuxième par J. Konsbruck-Glaesener (pièce n° 22 de Maître Schiltz).

Dans la mesure où la traduction versée en cause par la demanderesse a également été effectuée par le traducteur assermenté Luc Petry (fardes VII de 1 pièce déposée par Maître Lorang), il n'y a pas lieu de privilégier davantage l'une ou l'autre des traductions versées en cause.

Les développements de la société SOCIETE2.) s'appuyant sur les divergences des termes utilisés par les différents traducteurs en vue de la qualification de l'écrit litigieux ne sont par ailleurs pas pertinents, alors que le tribunal ne saurait fonder sa conviction en vue de la qualification dudit écrit sur des considérations purement linguistiques et non juridiques.

Luc Petry étant un traducteur assermenté près la « *Haute Cour de Justice de et à Luxembourg* » aux services duquel le tribunal a régulièrement recours, il conviendra de prendre globalement en considération les deux traductions effectuées par ses soins et produites en cause par chacune des parties.

Au vu de ces considérations préliminaires, il convient à présent de procéder à la qualification de l'écrit litigieux du 28 janvier 2005.

- Quant à la qualification juridique de l'écrit du 28 janvier 2005 intitulé « *rilascio di garanzia fidejussoria* »

Selon la société SOCIETE1.), l'écrit litigieux du 28 janvier 2005 constitue un contrat de garantie autonome payable à première demande sans possibilité d'opposer des exceptions, tandis que la société SOCIETE2.) estime qu'il s'agit d'un contrat de fidéjussion respectivement de cautionnement essentiellement accessoire par rapport à l'obligation principale qui consiste à payer le montant de 2.000.000.- EUR avant le 28 janvier 2008.

Quant aux développements de la partie SOCIETE2.) relatifs à la charge de la preuve, il convient de les placer dans le contexte du droit international privé.

A cet égard, la charge de la preuve du contenu de la loi étrangère incombe à la partie qui l'invoque. Si la demande principale et le moyen de défense relèvent de la loi étrangère, le défendeur doit prouver le contenu de la loi étrangère en ce qui concerne son moyen de défense, dans l'hypothèse où il ne se contente pas de soutenir que contrairement aux prétentions du demandeur la loi étrangère ne reconnaissait pas à ce dernier les droits qu'il réclamait, mais avait cherché à combattre cette prétention en invoquant un nouvel argument tiré du droit étranger (TAL, 5 avril 2000, n° 63.348 du rôle).

Il convient dès lors d'analyser l'écrit litigieux au regard des éléments soumis à l'appréciation du tribunal, à savoir les textes de loi et les jurisprudences versés en cause, ainsi que la réponse fournie par le Ministère de la justice italien, ensemble avec la décision de la Cour de cassation italienne du 18 février 2010 qui y était jointe.

Selon une définition générale fournie par la Cour de cassation italienne dans une décision n° 4637 du 2 avril 2002, « *le contrat atypique de garantie autonome se différencie de la fidéjussion par l'absence d'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* » (cf. point 3, paragraphe introduit par « *d'un côté* », de la décision de principe du 18 février 2010).

La Cour de cassation italienne a encore pu affirmer dans une décision n° 3964 du 21 avril 1999 que « *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.* » (cf. point 3, paragraphe introduit par « *d'autre côté* » de la décision de principe du 18 février 2010).

Ceci est encore confirmé par la réponse fournie par le Ministère de la Justice en date du 12 décembre 2010 aux termes de laquelle

« *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 créateur à garantir le respect d'une obligation contractuelle ».

La Cour de cassation italienne dans sa décision de principe du 18 février 2010, en son point 10, a entendu résoudre « *la question concernant l'aptitude ou la suffisance de la clause de paiement à première demande ou simple demande (sans exception) pour transformer un contrat de fidéjussion (même atypique) en un Garantievertrag* ».

Après avoir signalé « *deux orientations non homogènes de la jurisprudence de cette Cour* », elle a conclu 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* ».

En l'espèce, les termes de l'écrit litigieux du 28 janvier 2005 intitulé « *rilascio di garanzia fidejussoria* », suivant traductions effectuées par Luc Petry en date du 6 juin 2012 (pièce n° 20 de Maître Schiltz) et en date du 13 mars 2008 (pièce de la farde VII de Maître Lorang) sont les suivants :

« *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 sis à ADRESSE3.).

Notre garantie concerne, en particulier, le paiement de EUR 2 000 000,00 (deux millions d'euros zéro centime) qui vient à échéance le 28 janvier 2008.

Par conséquent, la présente garantie est limitée au montant de EUR 2 000 000,00 (deux millions d'euros et zéro centime) indiqué ci-dessus et sa validité prendra fin le 15 février 2008.

En cas de mise en demeure infructueuse signifiée à SOCIETE4.) S.r.l. de respecter son obligation / ses engagements susmentionnée (és), notre société se déclare liée par ladite obligation / ledit engagement à payer à première demande, sans possibilité d'opposer aucune exception, en déclarant en outre renoncer à l'avantage prévu à l'art. 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 de l'art. 1957 du code civil.

Salutations distinguées
SOCIETE2.) S.A. ».

Ledit écrit contient incontestablement dans son dernier paragraphe une clause de payer « *à première demande* » telle que visée par la décision de principe de la Cour de cassation italienne.

Or, l'insertion d'une telle clause doit orienter le juge dans son travail de qualification vers le contrat autonome de garantie, dans la mesure où une telle clause est « *incompatible avec le principe d'accessoire qui caractérise la fidéjussion* » (Cass. n° 3552/1998).

Outre l'existence d'une clause à première demande, le dernier paragraphe dudit écrit contient également la mention « *sans possibilité d'opposer aucune exception* », ce qui constitue une dérogation expresse aux dispositions de l'article 1945 du code civil italien intitulé « *Einwendungen, die vom Bürgen erhoben werden können* » et aux termes duquel « *der Bürge kann gegenüber dem Gläubiger alle Einwendungen erheben, die dem Hauptschuldner zustehen, nicht jedoch jene, die auf Geschäftsunfähigkeit beruht* ». (Italienisches Zivilgesetzbuch, zweisprachige Ausgabe, 2. überarbeitete Auflage)

Or, cet article prévoit 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 explicitement dérogé en l'espèce.

En effet, contrairement au moyen soulevé par la société SOCIETE2.), une renonciation aux dispositions de l'article 1945 précité ne nécessite pas une référence expresse à ce texte de loi dans la mesure où la mention « *sans possibilité d'opposer aucune exception* » implique nécessairement une dérogation aux dispositions de l'article 1945 du code civil italien qui traite justement de la possibilité du garant d'opposer des exceptions au créancier.

Le garant renonce dans le dernier paragraphe de l'écrit litigieux également à l'avantage prévu à l'article 1944 du code civil italien, correspondant au concept du bénéfice de discussion, ce texte prévoyant ce qui suit « *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* ».

Il y renonce enfin 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 ».

Tous ces éléments convergent vers la qualification d'un contrat autonome de garantie « *sauf évidente, patente, irrémédiable dyscrasie avec l'entier contenu « différent » de la convention contractuelle* » (cf. Cour de cassation italienne, 18 février 2010, point 10).

Il convient dès lors d'examiner si le reste du contenu de l'écrit litigieux du 28 janvier 2005 diverge de manière « *évidente, patente, irrémédiable* » avec la qualification de contrat autonome de garantie.

La société SOCIETE2.) fait valoir que les éléments suivants plaideraient clairement en faveur de la qualification de l'écrit d'acte de fidéjussion, respectivement de cautionnement :

- l'objet en italien dudit écrit intitulé « *rilascio di garanzia fidejussoria* »,
- la nature de l'engagement accessoire défini à la première ligne en ces termes : « *par la présente, nous nous constituons caution* » et non pas garantie tel qu'indiqué dans la traduction produite par la partie SOCIETE1.),
- la référence aux articles du code civil italien relatifs au contrat de fidéjussion, à savoir les articles 1936 et suivants,
- l'objet de l'obligation principale (à savoir l'acquisition immobilière à ADRESSE3.)), ainsi que les limites de l'engagement de la caution (ne dépassant pas celui de l'obligé principal).

La société SOCIETE1.) soutient que les éléments invoqués par la défenderesse ne seraient pas suffisants pour changer la nature juridique du rapport eu égard aux éléments mis en évidence par la demanderesse qui impliqueraient la qualification de garantie à première demande. Elle renvoie aux principes interprétatifs retenus par la Cour de cassation italienne dans sa décision du 18 février 2010 estimant qu'il n'y aurait aucune différence évidente, patente et irrémédiable du contenu de l'engagement du 28 janvier 2005 avec un contrat autonome de garantie.

En l'espèce, s'il est vrai que l'écrit litigieux fait référence à la fidéjussion tant dans son objet que dans sa première ligne avec l'indication « *ci costituiamo fidejussori* » et la mention des articles du code civil italien régissant cette institution, ces mentions générales ne sont pas en elles-mêmes suffisantes pour contrer les références claires à un engagement à première demande sans possibilité d'opposer des exceptions contenues dans le dernier paragraphe dudit écrit.

En effet, concernant la réglementation légale de la fidéjussion, la Cour de cassation a pu préciser ce qui suit « *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, n° 3519/94, 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 »* » (pièce n° 3a de la farde III de Maître Lorang).

La référence à l'obligation principale, en l'occurrence la « *cession de créance pro soluto* », n'est pas non plus de nature à exclure la qualification de contrat autonome de garantie, 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 va de même de la limitation du montant de la garantie à une somme déterminée, en l'occurrence 2.000.000.- EUR.

En effet, si l'article 1941 du code civil italien prévoit que la caution ne peut être tenue à des conditions plus onéreuses que le débiteur principal, la simple limitation de l'engagement du garant dans l'écrit litigieux n'implique pas nécessairement la qualification de fidéjussion dans la mesure où il est parfaitement possible, voire logique, de limiter l'engagement dans le cadre d'un contrat autonome de garantie au montant de la dette principale, d'autant plus la fonction essentielle de ce type de contrat est d'assurer la satisfaction de l'intérêt économique du bénéficiaire.

Les moyens avancés par la société SOCIETE2.) ne sont dès lors pas de nature à remettre en cause la qualification de contrat autonome de garantie.

Au vu des développements qui précèdent et des termes clairs de l'écrit litigieux du 28 janvier 2005, le tribunal considère qu'il ne subsiste aucune incertitude concernant la qualification juridique dudit écrit, de sorte qu'il devient oiseux d'examiner les développements de la partie SOCIETE2.) sur le risque de la preuve.

L'écrit litigieux du 28 janvier 2005 intitulé « *rilascio di garanzia fidejussoria* » doit, dès lors, être qualifié de contrat autonome de garantie.

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

La société SOCIETE2.) conclut au caractère irrecevable, sinon non fondé de la demande adverse en l'absence de mise en demeure valable adressée à la débitrice principale, à savoir la société SOCIETE6.), et partant au caractère tardif des demandes (en référé et au fond avec demande en validation de la saisie-arrêt) formulées le 18 février 2008, et donc à un moment où la garantie, dont la validité était limitée au 15 février 2008, aurait déjà été éteinte.

La société SOCIETE1.) réfute ces moyens en invoquant à la fois une mise en demeure du 31 janvier 2008, qui serait également valable à l'égard de l'actuelle débitrice principale, et l'absence de nécessité d'une mise en demeure préalable en l'espèce compte tenu de la renonciation par la défenderesse au bénéfice de discussion, tel que prévu par l'article 1944 du code civil italien, et eu égard aux dispositions de l'article 1219, 2 dudit code.

En l'espèce, le contrat autonome de garantie du 28 janvier 2005 prévoit en son dernier paragraphe la nécessité d'une mise en demeure préalable au débiteur principal dans les termes qui suivent « *en cas de mise en demeure infructueuse signifiée à SOCIETE4.) S.r.l. de respecter son obligation / ses engagements susmentionnée (és), notre société se déclare liée (...)* ».

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 SOCIETE1.) aux sociétés SOCIETE4.) et SOCIETE5.), débitrices principales, ainsi qu'à la société SOCIETE2.), garante, en vue de la régularisation de la situation, à défaut d'avoir procédé au paiement du montant de 2.000.000.- EUR à la date d'échéance du 28 janvier 2008 (pièce n° 2 de la farde I de Maître Lorang).

Si cette mise en demeure n'a pas été adressée à la débitrice actuelle, la société SOCIETE6.), qui a absorbé la société SOCIETE5.), qui avait auparavant absorbé la débitrice initiale, la société SOCIETE4.), le tribunal relève qu'il résulte des pièces versées en cause que ces trois entités ont, respectivement avaient, toutes leur siège social à la même adresse à ADRESSE4.).

Il convient également de noter que la Cour de cassation italienne 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, antérieurs à la fusion. Le législateur a de la sorte clarifié (définitivement) le fait que la fusion entre sociétés, prévue par les articles 2501 et suiv. 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* » (Cass. it., 8 février 2006, n° 2637, pièces n° 8 et 8a de la farde III de Maître Lorang).

Par conséquent, en présence d'une, voire de plusieurs fusion-absorptions, tel le cas en l'espèce, la mise en demeure faite à l'une quelconque des parties débitrices doit être considérée comme ayant été valablement faite à la dernière société participant à la fusion, à savoir la société SOCIETE6.).

Or, en présence d'une mise en demeure valable faite dès le 31 janvier 2008, le moyen tenant au caractère tardif de la demande tombe à faux.

A cela s'ajoute la circonstance que la société SOCIETE6.) a, suivant assignation du 29 janvier 2008 dirigée contre les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE3.), introduit une demande devant le tribunal civil de Rome pour voir suspendre son obligation de payer le prix résiduel de 2.000.000.- EUR (pièce n° 1 de la farde I de Maître Schiltz).

Or, aux termes de l'article 1219, 2 du code civil italien une mise en demeure n'est plus nécessaire en présence d'une telle déclaration écrite de la part du débiteur principal, ce texte disposant ce qui suit : « *Die Inverzugsetzung ist nicht erforderlich : (...) 2) wenn der Schuldner schriftlich erklärt hat, die Verbindlichkeit nicht erfüllen zu wollen* » (Italienisches Zivilgesetzbuch, zweisprachige Ausgabe, 2. überarbeitete Auflage).

Dans ces conditions et au vu de l'assignation du 29 janvier 2008, la mise en demeure à l'encontre de la débitrice principale, la société SOCIETE6.) n'aurait en tout état de cause plus été nécessaire, de sorte que les contestations actuelles de la société SOCIETE2.) manquent de pertinence.

La société SOCIETE2.) fait encore valoir que 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, selon une jurisprudence de la Cour de cassation italienne du 15 mars 2007, pourrait opposer au cessionnaire, donc à la société SOCIETE1.), toutes les exceptions qu'elle aurait pu invoquer contre la société SOCIETE3.), de sorte que la nullité de cette clause serait justifiée en l'espèce. Elle fait valoir que ceci serait confirmé par un arrêt de la Cour de cassation italienne du 19 décembre 1987, selon lequel seraient légitimes uniquement les clauses moins onéreuses pour le garant.

La société SOCIETE1.) réfute ces développements qui ne seraient pas applicables en matière de contrat autonome de garantie et renvoie à différentes jurisprudences de la Cour de cassation italienne consacrant la portée dérogatoire aux règles classiques de la fidéjussion des clauses « *à première demande* » ou « *sans exceptions* ».

Aux termes de l'article 1941, alinéa 3, du code civil italien « *die Bürgschaft, die über die Schuld hinausgeht oder zu beschwerlicheren Bedingungen abgeschlossen worden ist, ist innerhalb der Grenzen der Hauptverbindlichkeit gültig* ».

La décision de la Cour de cassation italienne du 19 décembre 1987, n° 9466 (pièce n° 12 de Maître Schiltz) invoquée par la partie SOCIETE2.) confirme, dans la cadre d'une obligation fidéjussive, qui a une nature accessoire, la possibilité pour les parties de limiter la portée de la caution, conformément à l'article 1491 du code civil italien, par rapport au montant de la dette principale ou aux conditions, pour autant que celles-ci soient moins onéreuses.

Si la règle édictée par l'article 1941, alinéa 3, du code civil italien, ensemble avec l'article 1945 du code civil italien, constitue l'une des règles essentielles de la fidéjussion, cette décision ne prévoit cependant nullement une extension de cette règle aux contrats autonomes de garantie.

Au contraire, la Cour de cassation italienne a pu confirmer dans sa décision de principe du 18 février 2010, en son point 9.2 in fine, que « *les clauses susmentionnées (« à première demande » ou « sans exceptions ») 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 art. 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 ».

Elle y confirme également la validité et l'efficacité de principe des clauses « à première demande » ou « sans exceptions », qui sont incompatibles avec le principe d'accessoire qui caractérise la fidéjussion (point 10 de ladite décision).

A cela s'ajoute la circonstance que la possibilité d'opposer des exceptions est spécifiquement régie par l'article 1945 du code civil italien, auquel il a été dérogé en l'espèce (cf. développements ci-avant), de sorte qu'il n'est pas établi que la renonciation à invoquer des exceptions dont se prévaut la partie SOCIETE2.) tombe sous les prévisions de l'article 1941, alinéa 3, du code civil italien.

Au vu de ces éléments, la société SOCIETE2.), qui ne produit aucune jurisprudence applicable en matière de contrat autonome de garantie de nature à conforter sa thèse, reste en défaut d'apporter la preuve de son moyen de nullité, qui doit dès lors être rejeté.

La société SOCIETE2.) fait ensuite valoir son « droit à légitime défense » pour justifier l'inexécution de son obligation et invoque à cet égard les articles 1460, 1481, 1461 et 1489 du code civil italien.

Dans la mesure où ces développements sont largement axés sur la prémisse d'une obligation fidéjussaire, qualification non retenue en l'espèce, il convient d'ordonner un complément d'instruction à cet égard compte tenu de la qualification de contrat autonome de garantie retenu en l'espèce.

Il en va de même en ce qui concerne le moyen relatif à la prétendue connexité de la présente demande en condamnation formulée par la société SOCIETE1.) avec l'instance pendante devant le tribunal civil de Rome.

La société SOCIETE2.) fait enfin valoir qu'en l'espèce trouveraient à s'appliquer les exceptions visées à la page 2 de la réponse de Ministère de la justice italien qui permettent à celui qui a souscrit une garantie autonome d'opposer certaines exceptions au créancier. Elle s'est réservée le droit de conclure plus amplement à ce sujet.

Ces limites au régime autonome du « *Garantievertrag* » sont également énoncées sous le point 9.4 de la décision de la Cour de cassation italienne du 18 février 2010.

Compte tenu de la complexité du litige et en l'absence d'opposition formelle de la part de la demanderesse, il convient de permettre à la société SOCIETE2.) de fournir également un complément d'instruction à cet égard.

Compte tenu des éléments en possession du tribunal et des intérêts en présence, il y a lieu de surseoir à statuer tant sur la demande en condamnation que sur la demande en validation de la saisie-arrêt.

PAR CES MOTIFS

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, huitième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement ;

statuant en continuation des jugements n° 83/2010 du 23 mars 2010 et n° 83/2012 du 27 mars 2012 ;

vu la traduction de la décision de la Cour de cassation italienne du 18 février 2010 déposée le 16 avril 2012 ;

dit que l'écrit litigieux du 28 janvier 2005 intitulé « *rilascio di garanzia fidejussoria* » doit être qualifié de contrat autonome de garantie ;

déclare la mise en demeure du 31 janvier 2008 valable ;

rejette le moyen de nullité fondé sur l'article 1941, alinéa 3, du code civil italien ;

avant tout autre progrès en cause,

renvoie le dossier aux parties pour complément d'instruction quant aux questions posées dans la motivation du présent jugement ;

émet un échéancier et invite les parties à conclure dans les délais suivants :

- accorde à Maître Lydie LORANG un délai pour conclure jusqu'au 9 août 2013,
- accorde à Maître Franz SCHILTZ un délai pour répondre jusqu'au 20 septembre 2013,

sursoit à statuer quant à la demande en condamnation et en validation de saisie-arrêt dirigée par la société anonyme de droit italien SOCIETE1.) contre la société anonyme SOCIETE2.) S.A. suivant exploit d'huissier de justice du 15 février 2008 ;

réserve le surplus des demandes et les dépens ;

refixe l'affaire à la conférence de mise en état du **mardi, 24 septembre 2013 à 9⁰⁰ heures, salle TL.0.11**, rez-de-chaussée, bâtiment TL de la Cité Judiciaire au Plateau du Saint Esprit de Luxembourg.