

Arrêt N° 56/22 - III – COM

Arrêt commercial

Audience publique du douze mai deux mille vingt-deux

Numéro CAL-2019-01046 du rôle

Composition:

Alain THORN, président de chambre,  
Paul VOUEL, conseiller,  
Anne-Françoise GREMLING, conseiller,  
Isabelle Hippert, greffier.

**E n t r e :**

**la masse en faillite de la société anonyme de droit suisse SOC 1) S.A., en liquidation**, ayant son siège social à CH(...), inscrite au Registre du commerce du canton de Genève sous le numéro CHE-xxx (numéro fédéral CH-xxx), représentée par l'administration en faillite, l'Office des faillites de la République et canton de Genève, (...),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg du 4 septembre 2019,

intimée sur appel incident,

comparant par Maître Céline TRITSCHLER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**e t :**

**1) la société anonyme SOC 2) S.A.**, établie et ayant son siège social à L(...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit CALVO,

appelante par incident,

comparant par Maître Sylvie DENAYER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**2) Maître Evelyne KORN**, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-(...), prise en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme SOC 3), établie et ayant son siège social à Luxembourg, (...), inscrite au Registre de commerce et des sociétés sous le numéro B (...), déclarée en état de faillite par jugement n° xxx/15 rendu en date du 26 octobre 2015 par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, 15<sup>e</sup> chambre, confirmé par arrêt no xxx/16IV-COM rendu le 19 octobre 2016 par la Cour d'appel de Luxembourg,

**3) la société anonyme SOC 3)**, établie et ayant son siège social à Luxembourg, (...), inscrite au Registre de commerce et des sociétés sous le numéro B (...), déclarée en état de faillite par jugement n° xxx/15 rendu en date du 26 octobre 2015 par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, 15<sup>e</sup> chambre, confirmé par arrêt no xxx/16IV-COM rendu le 19 octobre 2016 par la Cour d'appel de Luxembourg,

intimées aux fins du susdit exploit CALVO,

intimées sur appel incident,

comparant par Maître Evelyne KORN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

#### LA COUR D'APPEL :

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 12 juillet 2021.

Le 29 avril 2013, la société anonyme de droit suisse SOC 1) SA (ci-après « **SOC 1)** ») a signé, en tant que prêteur, un contrat intitulé *Senior Loan Agreement* (ci-après le « **Contrat de Prêt** ») avec la société en voie de formation SOC 3) SA (ci-après « **SOC 3)** »), en tant qu'emprunteur, et la société anonyme SOC 2) SA (ci-après « **SOC 2)** »), en tant que « *escrow agent* » (« *agent fiduciaire* », selon la traduction versée au dossier).

En vertu du Contrat de Prêt, SOC 1) a accordé à SOC 3) un prêt, sous forme de ligne de crédit, d'un montant maximal de 100.000.000 USD, qui, aux termes de l'Annexe 1, devait être utilisé par l'emprunteur, SOC 3), pour des investissements dans des opérateurs de télécommunication.

L'Annexe 1 précisait encore que le premier investissement à réaliser serait l'acquisition des actions de la société de droit maltais SOC 4) (ci-après « **SOC 4)** ») qui détenait, en tant que maison-mère, les sociétés SOC 5) SA, opérateur de téléphonie en République du X, et SOC 4) Centrafrique, opérateur de téléphonie en République centrafricaine.

Les actions SOC 4) étaient à l'époque détenues par la société de droit égyptien SOC 6) SAE (ci-après « **SOC 6)** »).

Les sociétés SOC 3) et SOC 2) étaient représentées par A et B, pour la signature du Contrat de Prêt.

C, administrateur-délégué de SOC 1), et D, administrateur de SOC 1) ont signé le Contrat de Prêt en tant que représentants de SOC 1).

SOC 3) a été constituée le 13 juin 2013, soit postérieurement à la signature du Contrat de Prêt et appartient indirectement à A et B, par le biais d'une société holding, la société anonyme SOC 7) SA.

Le prêt n'a finalement été utilisé qu'en partie, SOC 1) ayant transféré à SOC 2) un montant total de 36.963.169,71 USD, en deux tranches, à savoir :

- un montant de 15.060.120 USD, le 30 avril 2013, et
- un montant de 21.903.049,71 USD, le 17 mai 2013.

SOC 3) était tenue de payer des intérêts sur le montant des fonds prêtés par SOC 1), les 15 avril et 15 octobre de chaque année, conformément aux dispositions du Contrat de Prêt.

SOC 3) n'ayant pas honoré cet engagement, SOC 1) lui a adressé plusieurs relances en vue du payement des intérêts dus.

Le mandataire de SOC 1) a adressé à SOC 3) deux mises en demeure les 14 août et 19 août 2015, dans lesquelles il précisait qu'en vertu du Contrat de Prêt, le défaut de paiement des intérêts à l'échéance entraînait l'exigibilité immédiate du montant principal du prêt et rendait applicable la clause pénale y stipulée.

Les mises en demeure adressées à SOC 3) étant restées infructueuses, SOC 1) a assigné SOC 3) en faillite.

Par jugement rendu le 26 octobre 2015, SOC 3) a été déclarée en état de faillite et ce jugement a été confirmé par un arrêt rendu le 19 octobre 2016.

Le 28 mars 2013, soit un mois avant la signature du Contrat de Prêt, SOC 2) avait signé avec SOC 6) une convention de cession d'actions intitulée « *Agreement for the Sale and Purchase of SOC 4* » (ci-après le « SPA »), portant sur la vente par SOC 6) à SOC 2) des actions SOC 4), pour un prix de 100.000.000 USD.

Le transfert des actions SOC 4) à SOC 2) devait, sous réserve de l'accomplissement de certaines conditions suspensives, intervenir le 25 avril 2013, mais cette date a été reportée en vertu de trois avenants signés par SOC 2) et SOC 6), les 25 avril 2013 (*Deed of Amendment*), 31 mai 2013 (*Second Deed of Amendment*) et 24 août 2013 (*Third Deed of Amendment*).

Dans chacun des trois avenants, SOC 2) s'est engagée à payer à SOC 6) une avance sur le prix de cession.

Ces trois avances, d'un montant total de 50.000.000 USD, ont été payées comme suit :

- le 30 avril 2013, un montant de 15.000.000 USD a été transféré à SOC 6), avec la référence « *SOC 4) GLOBE – DEPOSIT* », par SOC 3), en formation ;
- le 31 mai 2013, un montant de 10.000.000 USD a été transféré par SOC 2) à SOC 6), avec la référence « *SELON SHARE PURCHASE AGREEMENT* » ; et
- le 10 septembre 2013, un montant de 25.000.000 USD a été transféré par SOC 3) à SOC 6), avec la référence « *SPA DTD, MARCH 28, 2013 AS AMENDED APRIL 25TH, 2013 AND MAY 21ST, 2013* », désormais constituée.

La transaction prévue par le SPA n'a finalement pas abouti et la cession d'actions ne s'est pas réalisée, faute de paiement intégral du prix de cession.

Cependant, SOC 6) n'a pas remboursé le montant de 50.000.000 USD, qu'elle avait reçu à titre d'avances et ce, malgré une mise en demeure qui lui avait été adressée par SOC 3), le 22 octobre 2014.

Par la suite, SOC 6) a cédé les actions SOC 4) à une entité tierce, la société SOC 8) LTD.

Au vœu du SPA, tout litige relatif à son exécution devait relever de la compétence de la *London Court of International Arbitration* et être soumis au droit anglais.

Au jour de l'introduction de l'instance, aucun arbitrage n'avait été initié en vue de récupérer le montant des trois avances payées à SOC 6).

Par exploit du 7 mars 2018, SOC 1) a assigné SOC 2) en faillite, en faisant valoir

que SOC 2) lui serait redevable des sommes prêtées en vertu du contrat signé le 29 avril 2013.

Le tribunal a rejeté la demande de SOC 1), au motif que, face aux contestations de SOC 2), la certitude de la créance invoquée par SOC 1) et partant la cessation de paiement de SOC 2), n'étaient pas établies.

Par exploit du 27 juin 2018, la masse en faillite de SOC 1), en liquidation, représentée par l'administration de la faillite, l'Office des faillites de la République et Canton de Genève, a assigné SOC 2), SOC 3), en faillite, et Maître Evelyne KORN, en sa qualité de curateur de SOC 3), en faillite, à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, selon la procédure commerciale.

**SOC 1)** demandait au tribunal saisi :

- (1) **principalement**, (i) de constater que SOC 2) a pris pour SOC 3), en formation, un engagement au sens de l'article 100-17 alinéa premier (ancien article 12bis) de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (ci-après la « **loi de 1915** »), (ii) de déclarer SOC 2) solidairement responsable des engagements de SOC 3) contenus au Contrat de Prêt sur base de la solidarité entre une société en formation et ceux qui s'engagent pour son compte, instituée par l'article 100-17 précité, et (iii) de la condamner à lui payer le montant principal de 36.963.167,71 USD, outre les intérêts, ainsi qu'une pénalité conventionnelle en application de l'article 8 du Contrat de Prêt ;
  
- (2) **subsidiatement**,
  - (a) (i) d'annuler le Contrat de Prêt pour dol alors que le consentement de SOC 1) au Contrat de Prêt a été soustrait par SOC 2) au moyen de manœuvres dolosives, (ii) de constater que l'obligation de restitution découlant de la nullité du Contrat de Prêt incombe à SOC 2) et SOC 3) solidairement, sinon *in solidum*, (iii) de déclarer le jugement à intervenir opposable au curateur de la faillite de SOC 3), (iv) de lui donner acte qu'elle se réserve le droit de déposer une déclaration de créance rectificative à sa déclaration de créance n°2 déposée dans le cadre de la faillite de SOC 3), (v) de condamner SOC 2) à lui restituer le montant de 36.963.167,71 USD, remis entre ses mains, outre les intérêts, et à lui payer un montant de 150.000.- EUR en réparation de son préjudice moral et matériel subi pour faire valoir ses droits en justice, sinon tous autres montants à arbitrer, sinon,
  
  - (b) pour le cas où le tribunal considérerait SOC 2) comme tiers au prêt, (i) de constater que SOC 2) s'est rendue coupable de manœuvres dolosives

envers SOC 1) en tant que tiers au contrat et (ii) de condamner SOC 2) à lui payer, à titre de dommages et intérêts, le montant de 36.963.167,71 USD, outre les intérêts, ainsi qu'un montant de 150.000.- EUR en réparation de son préjudice moral et matériel subi pour faire valoir ses droits en justice, sinon tous autres montants à arbitrer ;

- (3) **plus subsidiairement**, de dire que SOC 2) a violé ses obligations de mandataire et de la condamner à lui payer, à titre de dommages et intérêts, le montant de 36.963.167,71 USD, outre les intérêts, ainsi qu'un montant de 150.000.- EUR en réparation de son préjudice moral et matériel subi pour faire valoir ses droits en justice, sinon tous autres montants à arbitrer ;
- (4) **encore plus subsidiairement**, de condamner SOC 2) à rembourser à SOC 1) le montant principal de 36.963.167,71 USD, outre les intérêts, en vertu d'un contrat de prêt non documenté conclu entre SOC 1) et SOC 2) et soumis au droit suisse ;
- (5) **en dernier ordre de subsidiarité**, de condamner SOC 2), sur base de la confusion de patrimoines entre SOC 2) et SOC 3), à lui payer le montant principal de 36.963.167,71 USD, outre les intérêts, ainsi qu'une pénalité conventionnelle en application l'article 8 du Contrat de Prêt.

La demanderesse sollicitait encore l'allocation d'une indemnité de procédure d'un montant de 5.000 EUR, sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, et la déclaration de jugement commun au curateur de SOC 3) et à SOC 3).

SOC 1) a, par la suite, modifié l'ordre de subsidiarité des demandes présentées dans l'assignation du 27 juin 2018, en ce sens qu'elle a placé le moyen tiré de la confusion de patrimoines avant le moyen tiré du prêt non matérialisé, lequel était désormais invoqué en dernier ordre de subsidiarité.

Elle a, d'autre part, augmenté sa demande au titre de l'indemnisation du préjudice moral et matériel qu'elle prétendait avoir subi pour faire valoir ses droits en justice et invoquait, dans le cadre des demandes sub (2) et (3) ci-avant, un préjudice moral de 10.000 EUR et un préjudice matériel de 144.705,73 EUR (au lieu de la somme totale de 150.000 EUR, réclamée *in globo* dans son acte d'assignation).

**SOC 2)** se rapportait à prudence de justice quant à la recevabilité de l'assignation et concluait, quant au fond, au rejet de l'intégralité des demandes de SOC 1).

Elle sollicitait encore l'allocation d'une indemnité de procédure de 5.000 EUR, sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Le **curateur de SOC 3)** se rapportait à prudence de justice quant à la recevabilité et

au bien-fondé de l'ensemble des demandes des deux autres parties au litige.

Par jugement rendu le 29 mai 2019, le tribunal a déclaré les demandes recevables, mais non fondées.

Il a encore débouté les parties au litige de leurs demandes respectives en allocation d'une indemnité de procédure et a déclaré le jugement commun à SOC 3) en faillite.

Concernant l'article 100-17 de la loi de 1915, le tribunal a considéré en substance que la solidarité y prévue ne pouvait être appliquée au cas d'espèce, en l'absence de stipulation dans le contrat de prêt d'après laquelle « SOC 2) aurait agi au nom et pour le compte de SOC 3) en formation ».

Concernant le dol, il a estimé que la demande en annulation visait uniquement le Contrat de Prêt, que les obligations en résultant liaient uniquement SOC 1) et SOC 3), « SOC 2) ne pouvant être considérée comme partie au prêt » et que le dol allégué ne pouvait pas être imputé à SOC 3), outre qu'il n'était pas établi que SOC 1) aurait ignoré l'information qu'elle reprochait à SOC 2) de lui avoir dissimulée.

Concernant la violation par SOC 2) de ses obligations de mandataire, le tribunal a considéré qu'un « mandat n'a pu, tout au plus, se créer qu'entre SOC 2), en tant que mandataire, et SOC 3), en formation, en tant que mandant », tandis que SOC 1) était « tiers par rapport à ce lien juridique ».

Concernant la théorie de la confusion de patrimoines, la juridiction du premier degré a estimé que celle-ci a « un champ d'application restreint » et n'a vocation à s'appliquer qu'en matière de procédures collectives et en matière de voies d'exécution et que le cas d'espèce ne relevait d'aucune de ces deux matières, la demande litigieuse visant à « créer une obligation personnelle dans le chef de SOC 2) afin de faire reconnaître SOC 2) en tant que coobligé de SOC 3) » dans le cadre du Contrat de Prêt.

Enfin, concernant « l'existence d'un contrat de prêt non matérialisé », le tribunal a décidé que la demanderesse restait en défaut d'établir les éléments caractéristiques d'un prêt entre elle-même et SOC 2).

Par exploit du 4 septembre 2019, SOC 1) a relevé appel de ce jugement.

Elle demande à la Cour de faire droit à ses demandes, par réformation du jugement entrepris.

L'appelante met en exergue l'absence de concordance entre le Contrat de Prêt et le contrat de vente des actions SOC 4) et soutient avoir été la victime d'une

malhonnêteté aux conséquences gravement préjudiciables, puisqu'elle aurait été dépouillée de près de 37 millions de dollars US.

Concernant la base principale de la demande, tirée de l'article 100-17 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, l'appelante fait valoir que SOC 2) aurait agi en l'occurrence comme « promoteur » de la société SOC 3) en voie de formation, par l'intermédiaire de ses administrateurs et représentants, lesquels seraient d'ailleurs devenus par la suite les administrateurs de SOC 3).

Cette dernière société n'aurait pas repris l'engagement résultant du Contrat de Prêt dans le délai de deux mois, prévu par la disposition susmentionnée.

Il conviendrait partant de décider que SOC 2) est solidairement tenue de la dette contractée par SOC 3).

Dans un ordre subsidiaire, l'appelante demande à la Cour d'annuler le contrat de prêt, son consentement ayant été vicié par le dol de SOC 2) qui lui aurait fait croire que SOC 3) deviendrait l'acquéreur des actions SOC 4), alors pourtant que le SPA avait été conclu avec SOC 2) et que cette dernière s'était abstenue de pourvoir à son propre remplacement comme acquéreur desdites actions dans le SPA.

L'intimée SOC 2) aurait agi de la sorte afin de mettre l'appelante dans l'impossibilité de récupérer les fonds prêtés et de se les approprier, ou du moins d'en tirer profit.

Plus subsidiairement, l'appelante demande la condamnation de SOC 2) à lui payer des dommages et intérêts correspondant à la somme prêtée, sur base des règles de la responsabilité délictuelle, pour le cas où la Cour considérerait que la demande en nullité se restreint au « volet prêt du contrat » et que SOC 2) est de ce fait un « tiers par rapport à la SOC 1) ».

En ordre plus subsidiaire encore, l'appelante soutient que SOC 2) aurait violé ses obligations contractuelles envers l'appelante.

SOC 2) aurait endossé les missions de dépositaire et de mandataire « non seulement vis-à-vis de SOC 3), mais aussi à l'égard de SOC 1) ».

C'est ainsi que SOC 2) se serait engagée envers l'appelante à effectuer les paiements pour le compte de SOC 3) « dans les limites strictes de la destination du prêt », telle que définie dans le Contrat de Prêt.

Or, cette destination convenue n'aurait pas été respectée.

L'appelante reproche encore à SOC 2) de n'avoir entrepris « aucune démarche afin que SOC 3) se substitue à elle ».

La responsabilité de SOC 2) est recherchée, plus subsidiairement encore, sur la base délictuelle, la violation du contrat constituant, selon l'appelante, une faute au sens des articles 1382 ou 1383 du Code Civil.

En dernier ordre de subsidiarité, l'appelante soutient qu'il y a confusion des patrimoines des deux sociétés intimées et invoque de nombreux « indices graves et concordants » de nature à l'établir.

La théorie de la confusion de patrimoines qui s'appliquerait en vertu d'une jurisprudence constante aux voies d'exécution, devrait s'appliquer également au cas d'espèce, puisqu'en l'absence de « droit de créance reconnu contre celui qui aurait dû, en principe, être protégé par l'écran sociétal, aucune mesure d'exécution forcée ne serait possible contre les biens propres de ce dernier ».

SOC 2) se rapporte à prudence de justice quant à la recevabilité de l'appel.

Quant au fond, SOC 2) conclut, en ordre principal, par réformation du jugement entrepris, à l'irrecevabilité des demandes adverses, dans la mesure où elles sont fondées sur la nullité de la convention, respectivement sur la confusion des patrimoines entre les sociétés intimées, relevant ainsi appel incident du jugement déféré.

Pour le surplus, SOC 2) conclut à la confirmation du jugement dont appel.

L'article 100-17 de la loi de 1915 ne pourrait pas être « opposé à SOC 2) », aux motifs que celle-ci ne serait pas intervenue « au nom et pour le compte de SOC 3) », que cette dernière aurait repris à son compte le prêt litigieux et que la convention dont il s'agit aurait expressément limité l'engagement de SOC 2) à celui d'un dépositaire.

La demande en annulation pour dol serait, principalement, irrecevable.

Elle serait, en effet, prescrite en vertu de l'article 1304 du Code civil, la convention datant du 29 avril 2013 et l'assignation du 27 juin 2018 seulement.

De plus, la partie appelante n'aurait pas ignoré ou du moins pas pu ignorer l'existence du SPA.

Elle serait encore irrecevable, premièrement, au regard de l'autorité de la chose jugée dont sont revêtues les décisions relatives à la mise en faillite de SOC 3), lesquelles seraient fondées sur la reconnaissance d'une créance certaine, liquide et

exigible de SOC 1) à l'encontre de SOC 3) et, deuxièmement au regard de l'attitude procédurale contradictoire de la partie appelante.

Dans un ordre subsidiaire, SOC 2) soutient que la demande adverse serait infondée parce que le dol allégué par l'appelante émanerait, non pas d'une partie au Contrat de Prêt, mais d'un tiers et que SOC 2) n'aurait de toute façon rien à se reprocher.

L'appelante aurait été informée des conditions du SPA, dès avant sa signature.

SOC 2) conteste s'être rendue coupable de manœuvres dolosives ou d'une réticence dolosive.

Quant à la mise en cause de sa responsabilité civile, SOC 2) conteste tout manquement contractuel dans son chef, de même que toute faute délictuelle et tout préjudice indemnisable dans le chef de la partie appelante.

SOC 2) conteste en particulier avoir été tenue de veiller à son remplacement par SOC 3) dans le SPA.

Du reste, l'échec de la transaction avec SOC 6) serait dû à la « *défaillance* » de SOC 1) qui n'aurait pas été capable d'honorer l'intégralité du financement.

Concernant la mise en cause de sa responsabilité délictuelle, SOC 2) fait valoir que l'appelante reste en défaut d'établir que le prétendu manquement qui lui est reproché « *constitue une faute délictuelle indépendamment du contrat* ».

Concernant la « *confusion de patrimoines* » alléguée par l'appelante, SOC 2) oppose à l'appelante une absence de qualité pour agir, au motif qu'une telle demande ne pourrait émaner que du curateur, en tant que représentant de l'ensemble des créanciers, eu égard à la suspension des poursuites individuelles découlant de l'article 452 du Code de commerce.

En outre, l'appelante invoquerait ce concept d'origine prétorienne en dehors de ses deux domaines d'application.

Aucune des sociétés intimées ne serait par ailleurs fictive et les conditions requises pour que le juge puisse constater une confusion de patrimoines ne seraient pas données.

SOC 2) conclut à l'obtention d'une indemnité de procédure de 5.000 euros pour l'instance d'appel.

Le curateur de la faillite de SOC 3) conclut principalement à l'irrecevabilité de l'appel.

Celui-ci serait tardif pour n'avoir été interjeté qu'en date du 4 septembre 2019, alors que le jugement dont appel a été signifié le 12 juillet 2019.

Dans un ordre subsidiaire, SOC 3) se rapporte à prudence de justice quant à la recevabilité et au bien-fondé des demandes adverses.

### **Appréciation de la Cour**

Si le délai ordinaire pour interjeter appel est de quarante jours, en vertu de l'article 571 du Nouveau Code de procédure civile, ce délai doit être augmenté de quinze jours pour les personnes résidant à l'étranger, « *dans un autre territoire situé en Europe* », en vertu des articles 573 et 157 du même Code.

Le siège social de SOC 1) est situé en Confédération helvétique.

Par conséquent, le délai dont disposait SOC 1) pour relever appel était de cinquante-cinq jours.

Comme la Confédération helvétique ne fait pas partie de l'Union européenne et ne relève dès lors pas du champ d'application du règlement (CE) 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007, relatif à la signification et à la notification dans les Etats membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale, la signification de l'acte d'appel est réputée intervenue à la date de l'accomplissement des formalités prévues par la loi luxembourgeoise (cf. not. Cour d'appel, 07.12.1993, Pas. 29, 308 ; 21.02.2001, n° du rôle 24 191 ; 12.12.2012, n° du rôle 36 618).

En l'espèce, les formalités prévues par la loi luxembourgeoise en vue de la signification de l'acte d'appel ont été accomplies le 12 juillet 2019.

Il y a partant lieu de considérer que la signification du jugement dont appel est intervenue le même jour et que le délai d'appel est venu à expiration le 5 septembre 2019, à minuit.

L'appel, relevé en l'occurrence le 4 septembre 2019, n'est dès lors pas tardif.

Il s'ensuit que le moyen d'irrecevabilité de l'acte d'appel est à rejeter.

La demande formée par SOC 1) est basée principalement sur l'article 100-17 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, lequel est conçu comme suit : « *Ceux qui pour une société en formation, avant l'acquisition par celle-ci de la personnalité juridique, ont pris un engagement à quelque titre que ce*

*soit, même en se portant fort ou comme gérant d'affaires, en sont personnellement et solidairement responsables, sauf convention contraire, si ces engagements ne sont pas repris par la société dans les deux mois de sa constitution, ou si la société n'est pas constituée dans les deux ans de la naissance de l'engagement. »*

C'est à tort que la juridiction du premier degré a estimé que cette disposition ne pouvait pas recevoir application, au motif que le Contrat de Prêt ne renseigne « aucune mention aux termes de laquelle SOC 2) aurait agi au nom et pour le compte de SOC 3) ».

La disposition citée ci-dessus requiert seulement que la personne qu'il est convenu de nommer le promoteur ait agi « pour » une société en voie de formation, autrement dit dans l'intérêt de cette société, et non qu'il ait déclaré agir au nom et pour compte de celle-ci.

La disposition légale citée ci-dessus résulte de la transposition en droit luxembourgeois de la « première directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées des sociétés au sens de l'article 58 du traité pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers ».

Il importe de relever qu'à la différence de ladite directive et des dispositions correspondantes française et belge, le législateur luxembourgeois n'a pas repris les termes « au nom d'une société en formation ».

D'autre part, il ressort non seulement des travaux préparatoires, mais aussi des termes mêmes de l'article 100-17 cité ci-dessus, que celui-ci a vocation à recouvrir les hypothèses dans lesquelles le promoteur d'une société en formation a agi comme porte-fort ou comme gérant d'affaires.

Il s'agit là d'une deuxième différence notable que la loi luxembourgeoise présente avec la directive susmentionnée et les dispositions légales correspondantes française et belge.

Or, le porte-fort ne promet pas le fait d'autrui, mais le sien propre puisqu'il s'engage, en son propre nom, à fournir une prestation consistant à faire en sorte que le tiers désigné dans le contrat prenne un engagement déterminé.

Quant au gérant d'affaires, lequel agit toujours dans l'intérêt d'autrui, le géré ou maître de l'affaire, il est lui-même obligé envers le tiers dès lors qu'il a traité avec lui en son nom personnel (gestion sans représentation), mais n'assume aucune obligation personnelle envers le tiers lorsqu'il a déclaré agir au nom du géré (gestion avec représentation).

Dans la première hypothèse, le maître de l'affaire se trouve alors dans l'obligation d'indemniser le gérant de tels engagements, au vœu de l'article 1375 du Code civil qui dispose que le maître dont l'affaire a été bien administrée doit indemniser le gérant « *de tous les engagements personnels qu'il a pris* ».

Aussi la jurisprudence luxembourgeoise tend-t-elle à admettre, au sujet de la disposition précitée, qu'à défaut de reprise de l'engagement par la société nouvellement constituée dans les deux mois, la personne qui a traité avec le tiers et qui est contrainte de s'exécuter, peut exercer un recours contre la société nouvellement formée, sur base de la gestion d'affaires ou de l'enrichissement sans cause, si elle estime que la société a profité de ses démarches (cf. not. Cour d'appel, IV, 20.03.2019, n° du rôle CAL-2018-00472 ; IX, 12.01.2022, n° du rôle CAL-2020-00694).

Par conséquent, si la jurisprudence admet que le gérant d'affaires puisse être condamné, sur le fondement de l'article 100-17 précité, à exécuter lui-même l'engagement non repris dans le délai légal, elle admet implicitement que l'application de cette base légale ne suppose pas nécessairement une déclaration du promoteur de la société en formation, selon laquelle il agirait au nom et pour compte de celle-ci.

En revanche, le prescrit de l'article 100-17 précité exclut expressément tout engagement solidaire dudit promoteur en cas de « *convention contraire* », de sorte que cet engagement solidaire est à écarter lorsque les parties au contrat ont exclu l'engagement personnel de la personne agissant « *pour* » la société en formation.

En l'espèce, il résulte du préambule du Contrat de Prêt que SOC 2) a pris l'engagement d'agir comme « *agent fiduciaire* » (cf. pièce n° 62 de la farde II de Me TRITSCHLER).

Les droits et obligations en résultant pour SOC 2) ont été définis limitativement à l'article 11, les parties ayant expressément stipulé, au point 7 de ce même article, en des termes clairs et dépourvus de la moindre équivoque, que « *l'agent fiduciaire n'aura aucune obligation à l'exception de celles spécifiquement énoncées dans le présent contrat* ».

Or, ces obligations « *spécifiquement énoncées* » sont celles d'un intermédiaire et sont parfaitement étrangères à toute obligation de remboursement du prêt.

Il s'ensuit que la demande n'est pas fondée sur la base principale.

En ordre subsidiaire, la demande est basée sur la nullité pour dol, prévue par l'article 1116 du Code civil.

SOC 2) soulève, en premier lieu, l'irrecevabilité de cette demande, principalement, pour être tardive au regard du délai de prescription quinquennal de l'article 1304 du Code civil et, subsidiairement, pour se heurter à l'autorité de la chose jugée du jugement de faillite et pour être contraire au principe dit de l'estoppel.

Aux termes de l'article 1304, alinéa 2 du Code civil, le délai de prescription de l'action en nullité pour dol, action en nullité relative, est de cinq ans et commence à courir le jour où le dol a été découvert.

SOC 2) soutient que le délai de prescription de cinq ans a commencé à courir le 29 avril 2013, date de la conclusion du contrat litigieux, et que « *l'appelante a agi tardivement en introduisant son action le 27 juin 2018 seulement* ».

SOC 1), au contraire, affirme, dans un premier temps, n'avoir « *eu connaissance du SPA tel que signé que dans le courant du mois d'août 2015, sans préjudice quant à la date exacte* », avant de soutenir, dans un deuxième temps, que « *la réalité de la supercherie n'a finalement été mise à jour que le 25 mars 2017* », à la lecture du courrier de Maître KORN, dans lequel celle-ci affirme ne pas pouvoir recourir à l'arbitrage « *au vu de l'absence de signature du SPA par SOC 3* » (cf. conclusions notifiées le 30 octobre 2020, page 12), pour en tirer, dans un troisième temps, la conclusion que « *le délai de 5 ans a commencé à courir à compter du 26 mars 2017, sinon à compter du mois d'août 2015* » (cf. conclusions notifiées le 30 octobre 2020, page 13).

S'agissant de la détermination du point de départ du délai de prescription quinquennal, il incombe à la partie qui se prétend victime d'un dol de prouver à quelle date celui-ci a été découvert, faute de quoi la prescription court du jour de la conclusion de l'acte (cf. Jurisclasseur, Civil, art. 1178 à 1185, fasc. 30, 2018, n° 80 ; J. Ghestin, Le contrat : formation, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., n° 863).

Par ailleurs, la jurisprudence retient que la prescription commence à courir, au cas de dol ou d'erreur, à compter du jour où le demandeur en nullité avait tous les moyens de découvrir la vérité, sanctionnant ainsi le caractère inexcusable de l'erreur (cf. Jurisclasseur, *op. cit.*, n° 81).

L'appelante reste en défaut d'établir qu'elle n'aurait « *eu connaissance du SPA tel que signé que dans le courant du mois d'août 2015, sans préjudice quant à la date exacte* », et même de donner de plus amples précisions à ce sujet, outre que cette affirmation de l'appelante n'est guère cohérente avec l'affirmation selon laquelle « *la réalité de la supercherie n'a finalement été mise à jour que le 25 mars 2017* ».

L'appelante se prévaut de trois lettres, adressées entre le 27 mars et le 9 mai 2017, par Me Evelyne KORN à Me François KREMER, qui était à l'époque le mandataire de l'appelante, dans lesquelles celle-ci soutient que SOC 3) n'a pas

qualité pour engager un arbitrage à l'encontre de « *SOC 9* », le « *cocontractant* » de celle-ci étant, non pas *SOC 3*), mais *SOC 2*) (cf. pièces 17 à 19 du classeur de Me TRITSCHLER).

Force est de constater que la partie appelante ne verse pas les courriers de son propre mandataire, auxquels Me KORN a donné les réponses susmentionnées, de sorte que le contexte dans lequel se situent ces réponses est insuffisamment éclairé ; que les réponses de Me KORN manquent de précision à cet égard ; que celle-ci se réfère à une entité dénommée « *SOC 9* », et non pas à la société *SOC 6*), partie venderesse des actions *SOC 4*), et qu'elle ne mentionne nullement le contrat de vente conclu en date du 28 mars 2013 entre *SOC 6*) et *SOC 2*), sauf à évoquer, de façon lapidaire, un « *SPA* », auquel *SOC 3*) ne serait pas partie.

Ces pièces n'établissent pas que *SOC 1*) n'aurait découvert l'existence du *SPA* signé le 28 mars 2013 qu'à la lecture de la lettre de Me KORN du 27 mars 2017.

D'autre part, il résulte de l'attestation testimoniale établie en date du 16 avril 2018 par T1 (cf. pièce n° 14 de la farde I de Me DENAYER) et d'un échange de messages électroniques intervenus entre janvier et avril 2013 (cf. pièce n°s 26 et 27 de la même farde) que le dénommé E, dont il est constant en cause qu'il était, de manière indirecte, l'actionnaire largement majoritaire et le bénéficiaire économique de *SOC 1*) était tenu informé des conditions et modalités du *SPA*, dès avant sa signature.

*SOC 1*) n'oppose d'ailleurs pas de contestation proprement dite sur ce point.

L'appelante ne se prévaut, dans ce contexte, que d'une attestation testimoniale de D, son administrateur (cf. pièce n° 38 du même classeur).

Cette attestation testimoniale ne permet pas de contredire l'affirmation de *SOC 2*), selon laquelle E et C, administrateur délégué de la société appelante, auraient été informés des conditions et modalités du *SPA*, dès avant sa signature.

Aucune pièce versée au dossier ni aucune offre de preuve ne permet de contredire cette affirmation.

Dans ces circonstances, l'appelante n'a pas établi qu'elle n'aurait découvert l'existence du *SPA* qu'au courant de l'année 2017.

Il y a partant lieu de retenir que le délai de prescription de cinq ans a commencé à courir le jour de la conclusion du Contrat de Prêt, soit le 29 avril 2013, et qu'il était venu à expiration au moment de l'introduction de la demande, le 27 juin 2018.

Il s'ensuit que l'appelante est irrecevable à demander la nullité du contrat pour dol, de sorte qu'il convient de réformer le jugement déféré sur ce point, conformément aux conclusions de SOC 2).

Dans un ordre subsidiaire, l'appelante demande réparation à SOC 2) pour cause de dol, sur base de la responsabilité délictuelle.

Concernant cette base subsidiaire, l'appelante précise qu'elle n'est présentée que dans l'hypothèse où « *par impossible la Cour venait à retenir, à l'instar du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, quod non, que la demande en nullité de SOC 1) devrait se restreindre au volet prêt du Contrat et que, de ce fait, SOC 2) devrait être considérée comme étant un tiers par rapport à SOC 1), quod non* » et renvoie, « *quant aux manœuvres dolosives* », à ses développements résumés ci-dessus, relatifs à la demande en nullité du contrat du 29 avril 2013.

La Cour ne peut que constater, à l'instar de la juridiction de première instance, que SOC 2) est certes « *un tiers par rapport à SOC 1)* », mais que, loin d'être un tiers par rapport à la convention signée le 29 avril 2013, intitulée « *Senior Loan Agreement* », ce que les parties s'accordent à traduire par « *contrat de prêt* », elle est partie à ce contrat, en tant que « *escrow agent* », ce que les parties s'accordent à traduire par « *agent fiduciaire* », et qu'elle y a contracté certaines obligations.

D'autre part, le jugement dont appel ne retient nullement que « *la demande en nullité devrait se restreindre au volet prêt du Contrat* ».

Les juges de première instance ont simplement retenu que la demande en nullité telle que formulée par SOC 1) dans ses écritures, était à interpréter comme visant « *uniquement le prêt à l'exclusion des autres volets de ce contrat complexe* ».

Il s'ensuit que la Cour n'a pas à examiner davantage cette base subsidiaire.

Cependant, pour autant que les développements précités de l'appelante signifient que la demande en réparation sur la base délictuelle n'est présentée que dans l'hypothèse où la Cour partagerait la position de la juridiction de première instance, selon laquelle la demande de l'appelante se rapporte exclusivement aux relations contractuelles engendrées par le prêt et que SOC 2) est étrangère à ces relations contractuelles, la Cour examinera néanmoins cette base subsidiaire.

Il est vrai que le droit de demander la nullité d'un contrat pour dol, par application de l'article 1116 du Code civil, n'exclut pas l'exercice par la victime d'un dol d'une action en responsabilité délictuelle pour obtenir de son auteur réparation du préjudice subi, laquelle action est soumise à la prescription trentenaire, et non à la prescription quinquennale de l'article 1304 du Code civil (cf. Cass. 1<sup>re</sup> civ.

04.02.1975, n° 72-13217, Bull. civ. 1975, I, n° 43 ; JCP 1975, II, 18100, note Ch. Larroumet ; RTD civ. 1975, 537, obs. G. Durry).

En effet, comme le dol survient à un moment où le contrat ne s'est pas encore formé, il est constitutif d'une faute précontractuelle et donc délictuelle (cf. not. J. GHESTIN, op. cit, n° 439).

Cependant, en l'espèce, l'appelante ne prouve pas l'existence de manoeuvres dolosives ou d'une réticence dolosive dans le chef des intimées, ainsi que cela ressort des motifs adoptés plus haut concernant l'information des dénommés E et C, de sorte que la demande en réparation de l'appelante n'est pas fondée sur la base délictuelle.

Plus subsidiairement encore, SOC 1) invoque la violation par SOC 2) de ses obligations contractuelles, telles qu'elles résultent de la convention signée en date du 29 avril 2013.

Il est reproché en particulier à SOC 2) d'avoir méconnu ses obligations de mandataire à l'égard de l'appelante.

Il résulte de la convention signée le 29 avril 2013 que SOC 2) s'est obligée à agir en tant que représentant de « l'Emprunteur », autrement dit de SOC 3) (article 11.11), après avoir reçu les fonds empruntés sur son compte.

En ce sens, SOC 2) s'est obligée à exécuter les instructions de SOC 3) (article 11.12) et lui a reconnu le droit de la « *décharger de ses fonctions* » (article 11.14).

Ledit contrat ne contient aucune stipulation qui imposerait à SOC 2) une obligation envers SOC 1).

L'annexe I, invoquée dans ce contexte par l'appelante, contient l'engagement de « l'Emprunteur », autrement dit, de SOC 3), d'utiliser le prêt pour des investissements déterminés, et ne stipule aucune obligation à charge de SOC 2).

Il est rappelé qu'aux termes de l'article 11.7, les parties ont convenu que SOC 2) n'aurait « *aucune obligation à l'exception de celles spécifiquement énoncées* » dans le Contrat de Prêt.

Enfin, l'appelante reste en défaut d'établir l'existence d'une obligation expresse ou même implicite de SOC 2) de « *modifier le SPA* » ou de veiller à une substitution, dans la transaction, entre les parties intimées.

C'est donc également à juste titre que les juges de première instance ont déclaré la demande infondée, en ce qu'elle est basée sur une violation par SOC 2) du contrat signé le 29 avril 2013.

Dans un ordre encore plus subsidiaire, l'appelante forme à l'encontre de SOC 2) une demande en allocation de dommages et intérêts « *sur base de la responsabilité délictuelle* » et soutient que « *la violation (...) des termes du Contrat constituerait une faute civile au sens des articles 1382 du Code civil, sinon une négligence, sur base de l'article 1383 du Code civil* ».

L'appelante déclare, dans ce contexte, reprendre ses développements précédents concernant « *la réalité de la faute contractuelle* » reprochée à SOC 2).

Par cette formulation, l'appelante identifie expressément la faute délictuelle reprochée à SOC 2) à une violation par celle-ci du contrat conclu le 29 avril 2013.

Afin de ne pas bouleverser les prévisions contractuelles et en raison des différences de régime entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, il est interdit à la victime d'un dommage d'opter, au gré de ses intérêts, entre l'une ou l'autre des deux responsabilités.

Aussi les règles de la responsabilité contractuelle doivent-elles s'appliquer dès lors que le dommage apparaît à l'occasion de l'exécution d'un contrat (cf. Cass. 1<sup>re</sup> civ. 28.06.2012, n° 10-28492, Bull. civ. 2012. I. n° 147 ; Rec. Dalloz 2013, 42, obs. Ph. BRUN) peu importe qu'il ne se rattache pas à la violation d'une obligation contractuelle précise (cf. Cass. Com. 24.09.2003, n° 01-17503, Bull. civ. 2003. IV, n° 145 ; RTD civ. 2004, 94, obs. P. JOURDAIN ; B. FAGES, Les obligations, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., n° 362).

En l'espèce, la demande en réparation formée par SOC 1) contre SOC 2) sur la base délictuelle se réfère expressément à une violation par cette dernière du contrat conclu le 29 avril 2013 entre les parties au litige.

Il s'ensuit que la demande formée sur base des règles de la responsabilité délictuelle est irrecevable, en application du principe ci-dessus rappelé de l'interdiction d'opter entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle.

La Cour relève, à l'instar de la juridiction de première instance, que le contrat litigieux est un contrat complexe, dans lequel les deux parties intimées ont pris des engagements nettement distincts, de nature différente.

Le fait que SOC 2) n'ait pas contracté envers l'appelante une obligation de restitution, telle que l'a contractée SOC 3), ne rend pas l'appelante recevable à former, à l'encontre de SOC 2), une demande en réparation basée sur la

responsabilité extracontractuelle, autrement dit délictuelle, tendant à obtenir un avantage équivalent à la sanction de l'inexécution de l'obligation de restitution susmentionnée, sous peine de méconnaître la spécificité des obligations contractées par SOC 2), les termes du contrat conclu le 29 avril 2013 et sa force obligatoire.

En dernier ordre de subsidiarité, SOC 1) fonde sa demande sur la considération qu'il y aurait « *confusion* » entre les patrimoines de SOC 3) et de SOC 2) ou encore que SOC 3) n'aurait été qu'une société fictive, de sorte que SOC 2) se confondrait avec SOC 3) et qu'elle aurait « *donc la qualité d'emprunteur ou de co-emprunteur en vertu du Contrat* ».

SOC 2) fait valoir, principalement, que cette demande serait irrecevable au motif que seul le curateur de la faillite de SOC 3) aurait « *qualité pour agir sur base de la confusion des patrimoines* » et, subsidiairement, qu'elle serait infondée, les concepts invoqués étant inapplicables à la finalité poursuivie.

La qualité pour agir, peut être définie comme le titre juridique permettant à une personne d'invoquer en justice le droit dont elle demande la sanction (cf. G. Couchez, Procédure civile, Sirey, 5<sup>e</sup> éd., n° 156).

La question de savoir si cette personne est réellement titulaire du droit dont elle se prévaut relève du fond et ne se pose donc pas au stade la recevabilité.

Celui qui se prétend titulaire d'un droit litigieux a la qualité pour agir, autrement dit, le titre juridique lui permettant de saisir le juge afin qu'il se prononce sur l'existence et l'étendue de ce droit.

Comme SOC 1) se prétend titulaire du droit d'agir en remboursement sur base des notions de confusion des patrimoines et de fictivité d'une société, elle a de ce fait qualité pour agir.

Le moyen d'irrecevabilité soulevé par SOC 2) doit donc être rejeté.

L'autonomie patrimoniale dont jouit chaque personne physique ou morale empêche le créancier d'agir à l'encontre d'une personne autre que celle ayant contracté la dette.

Les articles 495 et 495-1 du Code de commerce dérogent à ce principe de l'autonomie patrimoniale.

Ils permettent de faire supporter aux dirigeants de fait ou de droit d'une société déclarée en état faillite, tout ou partie des dettes de cette dernière, ou d'étendre la faillite ainsi déclarée aux dirigeants sociaux ayant commis l'une des fautes spécifiées par ces dispositions.

L'un des comportements fautifs ainsi visés consiste à opérer une confusion des patrimoines entre différentes sociétés.

Cette confusion résulte de l'existence de relations anormales entre les sociétés d'un même groupe, de transfert d'un patrimoine à l'autre sans contrepartie (cf. A. STEICHEN, Précis de droit de sociétés, Saint-Paul, 4<sup>e</sup> éd., n° 501).

L'extension de la faillite susmentionnée a également été admise par la jurisprudence entre deux sociétés, lorsqu'il apparaît qu'une filiale en état de cessation de paiements est fictive et qu'elle n'a partant ni patrimoine ni personnalité se distinguant de ceux de la société qui en est le maître (*ibidem*).

Cependant, en dehors des champs d'application respectifs des dispositions susmentionnées, aucune base légale ne permet au juge, saisi par un bailleur de fonds d'une demande en remboursement dirigée contre une personne autre que celle ayant contracté la dette, de déroger au principe de l'autonomie patrimoniale.

Il s'ensuit que les notions de « *confusion des patrimoines* » et de « *fictivité* » ne permettent pas non plus de fonder la demande de SOC 1).

En conséquence, le jugement dont appel est à confirmer, quoique partiellement pour d'autres motifs, en ce qu'il a débouté SOC 1) de ses demandes en remboursement et en réparation dirigées contre SOC 2).

SOC 1) conclut à l'obtention d'une indemnité de procédure de 5.000 euros pour chaque instance, tandis que SOC 2) demande la condamnation de SOC 1) à lui payer une indemnité de procédure de 5.000 euros pour l'instance d'appel.

Comme l'appelante succombe dans ses prétentions et devra partant supporter la charge des dépens, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure doit être rejetée tant pour la première instance, par confirmation du jugement entrepris, que pour l'instance d'appel.

Faute par SOC 2) de justifier de l'iniquité requise par l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, il y a lieu de rejeter sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

#### **PAR CES MOTIFS :**

la Cour d'appel, troisième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

reçoit les appels principal et incident,

dit l'appel principal non fondé et en déboute,

dit l'appel incident partiellement fondé,

réformant,

déclare irrecevable la demande en annulation, pour dol, du contrat de prêt conclu le 29 avril 2013,

le dit non fondé pour le surplus et en déboute,

partant confirme le jugement entrepris dans toutes ses autres dispositions,

rejette les demandes en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel formées par la société anonyme de droit suisse SOC 1) SA, en liquidation, et la société anonyme SOC 2) SA,

met les frais et dépens de l'instance d'appel à charge de la société de droit suisse SOC 1) SA, en liquidation,

déclare le présent arrêt commun à Me Evelyne KORN, prise en sa qualité de curateur de la société SOC 3) SA, en faillite.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Alain THORN, président de chambre, en présence du greffier Isabelle HIPPERT.