Jugement commercial 2019TALCH15/00796

Audience publique du mercredi, vingt-neuf mai deux mille dix-neuf.

Numéro TAL-2018-04327 du rôle

Composition :

Françoise WAGENER, Vice-présidente ;
Katia FABECK, 1er juge ;
Anne FOEHR, juge ;
Jessica DA SILVA ANTUNES, greffière assumée.

E n t r e :

la masse en faillite de la société anonyme de droit suisse **SWISSTV SA, en liquidation**, établie et ayant son siège social à CH-1204 Genève, 14, rue du Rhône, représentée par l'administration de la faillite, l'Office des faillites de la République et canton de Genève, 54, route de Chêne, Case postale 1211 Genève 6, inscrite au Registre du commerce du canton de Genève sous le numéro CHE-115.643.265 (numéro fédéral CH-660.1.136.010-6),

élisant domicile en l'étude de la société anonyme **Arendt & Medernach**, inscrite au barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-1468 Luxembourg, 14A, avenue J.F. Kennedy, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 186 371, représentée aux fins de la présente par Maître François KREMER, avocat à la Cour,

demanderesse, comparant par Maître François KREMER, avocat à la Cour, assisté par Maître Céline TRITSCHLER, avocat à la Cour, tous deux demeurant à Luxembourg,

e t :

1) la société anonyme **NIEL NATURAL RESOURCES INVESTMENTS SA**, établie et ayant son siège sociale à L-1660 Luxembourg, 60, Grand-Rue, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 169 421,

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

2) Maître **Evelyne KORN**, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à Luxembourg, agissant et prise en sa qualité de curateur de la société anonyme NIEL TELECOM SA, établie et ayant son siège social à L-1660 Luxembourg, 60, Grand-Rue, représentée par son curateur actuellement en fonctions, inscrite au Registre de

Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 178 110, déclarée en état de faillite sur assignation par jugement n°1306/2015 du 26 octobre 2015, rendu par la 15ème section du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg dans l'affaire inscrite sous le numéro de rôle 171 969, confirmé par un arrêt n°158/16 IV-COM rendu le 19 octobre 2016 par la Cour d'appel de Luxembourg dans l'affaire sous le numéro de rôle 43 141,

défenderesse, comparant en personne,

3) la société anonyme **NIEL TELECOM SA,** établie et ayant son siège social à L-1660 Luxembourg, 60, Grand-Rue, représentée par son curateur actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 178 110, déclarée en état de faillite sur assignation par jugement n°1306/2015 du 26 octobre 2015, rendu par la 15ème section du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg dans l'affaire inscrite sous le numéro de rôle 171 969, confirmé par un arrêt n°158/16 IV-COM rendu le 19 octobre 2016 par la Cour d'appel de Luxembourg dans l'affaire sous le numéro de rôle 43 141,

défenderesse, défaillante.

F a i t s :

Par acte de l'huissier de justice suppléant Christine KOVELTER, en remplacement de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg, en date du 27 juin 2018, la demanderesse a fait donner assignation aux défendeurs à comparaître le vendredi 6 juillet 2018 à 09.00 heures devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, Cité Judiciaire, Bâtiment CO, 1er étage, salle CO1.01, pour y entendre statuer sur le mérite de la demande contenue dans ledit acte d'huissier ci-après reproduit :

L'affaire fut inscrite sous le numéro TAL-2018-04327 du rôle pour l'audience publique du 6 juillet 2018 devant la deuxième chambre, siégeant en matière commerciale.

La cause fut renvoyée devant la quinzième chambre.

L'affaire fut utilement retenue à l'audience du 9 janvier 2019 lors de laquelle les débats eurent lieu comme suit :

Maître Céline TRITSCHLER donna lecture de l'assignation introductive d'instance et exposa ses moyens.

Maître François KREMER compléta l'assignation introductive d'instance et exposa ses moyens.

Maître Sylvie DENAYER répliqua et exposa ses moyens.

Maître Evelyne KORN répliqua et exposa ses moyens.

Sur ce, le tribunal prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique de ce jour le

j u g e m e n t q u i s u i t :

Le 29 avril 2013, la société anonyme de droit suisse SWISSTV SA (ci-après « **SWISSTV** ») a signé, en tant que prêteur, un contrat de prêt intitulé *Senior Loan Agreement* (ci-après le « **Contrat de Prêt** ») avec la société en voie de formation NIEL TELECOM SA (ci-après « **NIEL TELECOM** »), en tant qu'emprunteur, et la société anonyme NIEL NATURAL RESOURCES INVESTMENTS SA (ci-après « **NNRI** »), en tant que *« escrow agent »*.

En vertu du Contrat de Prêt, SWISSTV a accordé à NIEL TELECOM 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, NIEL TELECOM, pour investir dans des opérateurs de télécommunication. L'Annexe 1 précisait encore que le premier investissement à réaliser était l'acquisition des actions de la société de droit maltais Telecel Globe Limited (ci-après « **Telecel** »), qui détenait, en tant que maison-mère, les sociétés U-Com Burundi SA, opérateur de téléphonie en République du Burundi, et Telecel Centrafrique, opérateur de téléphonie en République centrafricaine. Les actions Telecel étaient à l'époque détenues par la société de droit égyptien Orascom Telecom Holding SAE (ci-après « **Orascom** »).

Le Contrat de Prêt a été signé par **C.)** et **D.)**, agissant, d'une part, en tant que fondateurs de la partie emprunteuse NIEL TELECOM, en formation, et, d'autre part, en tant que représentants légaux du *« escrow agent »*, NNRI. **A.)**, administrateur-délégué (*CEO and Director*) de SWISSTV, et **B.)**, administrateur (*Director*) de SWISSTV ont signé le Contrat de Prêt pour le prêteur, SWISSTV.

NIEL TELECOM a été constituée le 13 juin 2013 et est détenue indirectement par **C.)** et **D.)**, par le biais d'une société holding, la société anonyme Niel Finances & Services SA.

Le prêt n'a été utilisé qu'en partie et SWISSTV a transféré à NNRI un montant total de 36.963.169,71 USD en deux tranches :

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

NIEL TELECOM était tenue de payer des intérêts sur le montant des fonds prêtés par SWISSTV au 15 avril et au 15 octobre de chaque année conformément aux dispositions du Contrat de Prêt. NIEL TELECOM n'ayant pas honoré cet engagement, SWISSTV lui a adressé plusieurs mises en demeure la sommant de payer les intérêts dus.

Le mandataire de SWISSTV a adressé deux mises en demeure supplémentaires à NIEL TELECOM les 14 août 2015 et 19 août 2015, précisant 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 prévue au Contrat de Prêt.

Les mises en demeure adressées à NIEL TELECOM étant toutes restées infructueuses, SWISSTV a assigné NIEL TELECOM en faillite. NIEL TELECOM a été déclarée en faillite sur assignation suivant jugement du 26 octobre 2015 par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, 15e chambre, siégeant en matière commerciale et ce jugement a été confirmé en appel, par arrêt de la Cour d'appel, 4e chambre, du 19 octobre 2016.

Le 28 mars 2013, soit un mois avant la signature du Contrat de Prêt, NNRI, détenue par **C.)** et **D.)**, a signé avec Orascom une convention de cession d'actions intitulée *Agreement for the Sale and Purchase of Telecel Globe Limited* (ci-après le « **SPA** »), portant sur la vente par Orascom à NNRI des actions Telecel pour un prix de cession de 100.000.000.- USD.

Le transfert des actions Telecel à NNRI devait, sous réserve de l'accomplissement de certaines conditions suspensives, avoir lieu le 25 avril 2013. Cette date a été reportée par voie de trois avenants signés par NNRI et Orascom en date du 25 avril 2013 (*Deed of Amendment*), du 31 mai 2013 (*Second Deed of Amendment*) et du 24 août 2013 (*Third Deed of Amendment*).

En contrepartie du report de la date de cession initialement prévue, NNRI s'est engagée, suivant les trois avenants aux SPA mentionnées ci-avant, à payer à Orascom trois avances sur le prix de cession des actions Telecel.

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 Orascom, avec la référence « Telecel GLOBE – DEPOSIT », par NIEL TELECOM, en formation ;

- le 31 mai 2013, un montant de 10.000.000.- USD a été transféré à Orascom, avec la référence « SELON SHARE PURCHASE AGREEMENT », par NNRI ; et

- le 10 septembre 2013, un montant de 25.000.000.- USD a été transféré à Orascom, avec la référence « SPA DTD, MARCH 28, 2013 AS AMENDED APRIL 25TH, 2013 AND MAY 21ST, 2013 » par NIEL TELECOM, désormais constituée.

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

Cependant, Orascom 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 en ce sens lui adressée par NIEL TELECOM le 22 octobre 2014.

Par la suite, Orascom a cédé les actions Telecel à un tiers, la société Econet Wireless Global Ltd et, le 17 mars 2015, la société-mère de NIEL TELECOM, la société Niel Finance & Services SA, a acquis 99,99% des actions de Telecel Centrafrique pour un prix de 8.800.000.- USD.

En vertu des dispositions du SPA, celui-ci est soumis au droit anglais et tout litige y relatif doit être soumis à la *London Court of International Arbitration*. À la date de l'audience des plaidoiries, aucun arbitrage n'a été initié en vue de récupérer le montant des trois avances payées à Orascom.

Par acte d'assignation du 7 mars 2018, SWISSTV a assigné NNRI en faillite, invoquant à l'appui de sa demande que NNRI lui est redevable des sommes prêtées en vertu du Contrat de Prêt. Le tribunal de céans a rejeté la demande de SWISSTV au motif que, face aux contestations de NNRI, la certitude de la créance invoquée par SWISSTV et par conséquent la cessation de paiement dans le chef de NNRI n'étaient pas établies, de sorte que les conditions de la faillite n'étaient pas réunies.

Procédure

Par acte d'huissier de justice du 27 juin 2018, la masse en faillite de SWISSTV, en liquidation, représentée par l'administration de la faillite, l'Office des faillites de la République et Canton de Genève, a assigné NNRI, NIEL TELECOM, en faillite, et Maître Evelyne KORN, en sa qualité de curateur de NIEL TELECOM, en faillite, à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, selon la procédure commerciale.

Prétentions des parties

A l'appui de son assignation du 27 juin 2018, **SWISSTV** demande au tribunal saisi :

(1) **principalement**, (i) de constater que NNRI a pris pour NIEL TELECOM, 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 NNRI solidairement responsable des engagements de NIEL TELECOM 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 suivant les dispositions de l'article 8 du Contrat de Prêt ;

(2) **subsidiairement**,

(a) (i) d'annuler le Contrat de Prêt pour dol alors que le consentement de SWISSTV au Contrat de Prêt a été soustrait par NNRI au moyen de manœuvres dolosives, (ii) de constater que l'obligation de restitution découlant de la nullité du Contrat de Prêt incombe à NNRI et NIEL TELECOM solidairement, sinon *in solidum*, (iii) de déclarer le jugement à intervenir opposable au curateur de la faillite de NIEL TELECOM, (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 NIEL TELECOM, (v) de condamner NNRI 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 considérait NNRI comme tiers au prêt, (i) de constater que NNRI s'est rendue coupable de manœuvres dolosives envers SWISSTV en tant que tiers au contrat et (ii) de condamner NNRI 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 NNRI 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 NNRI à rembourser à SWISSTV le montant principal de 36.963.167,71 USD, outre les intérêts, en vertu d'un contrat de prêt non documenté conclu entre SWISSTV et NNRI et soumis au droit suisse ;

(5) **en dernier ordre de subsidiarité**, de condamner NNRI, sur base de la confusion de patrimoines entre NNRI et NIEL TELECOM, à lui payer le montant principal de 36.963.167,71 USD, outre les intérêts, ainsi qu'une pénalité conventionnelle suivant les dispositions de l'article 8 du Contrat de Prêt.

La demanderesse sollicite 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 ; la condamnation de NNRI aux frais et dépens de l'instance, avec distraction pour son mandataire affirmant en avoir fait l'avance ; l'exécution provisoire sans caution du présent jugement ; et la déclaration de jugement commun au curateur de NIEL TELECOM et à NIEL TELECOM.

Dans sa note de plaidoiries du 13 décembre 2018, SWISSTV a modifié l'ordre de subsidiarité des demandes présentées dans l'assignation du 27 juin 2018 en ce sens, que le moyen tiré de la confusion de patrimoines précède désormais le moyen tiré du prêt non matérialisé, qui est invoqué en dernier ordre de subsidiarité.

Dans cette même note, SWISSTV a augmenté sa demande du chef du préjudice moral et matériel qu'elle prétend avoir subi pour faire valoir ses droits en justice et fait valoir, 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 de 150.000.- EUR qu'elle a demandé à ce titre dans son assignation).

Finalement, SWISSTV demande le rejet de la demande de NNRI en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

NNRI se rapporte à prudence de justice quant à la recevabilité de l'assignation en la pure forme et, au fond, conclut au rejet de l'intégralité des demandes de SWISSTV.

Elle sollicite 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 NIEL TELECOM** se rapporte à prudence de justice quant à la recevabilité et au bien-fondé de l'ensemble des demandes des deux autres parties.

Motifs de la décision

À titre préliminaire, il y a lieu de préciser que le tribunal ne tient pas compte du courrier du 16 janvier 2019 reçu du mandataire de SWISSTV en cours de délibéré, qui n'a pas été soumis au débat contradictoire entre parties.

1. Quant à la demande basée sur l'article 100-17 de la loi de 1915

1.1. Position des parties

SWISSTV demande au tribunal de céans de constater que NNRI a pris pour NIEL TELECOM, en formation, un engagement au sens de l'article 100-17 alinéa premier de la loi de 1915. Sur cette base, elle demande que NNRI soit déclarée solidairement responsable des engagements de NIEL TELECOM contenus au Contrat de Prêt et condamnée à lui payer le montant principal de 36.963.167,71 USD, outre les intérêts, ainsi qu'une pénalité conventionnelle suivant les dispositions de l'article 8 du Contrat de Prêt.

A l'appui de sa demande, **SWISSTV** fait valoir que NNRI est intervenue au Contrat de Prêt en qualité de porte-fort ou comme gérant d'affaires de NIEL TELECOM, en formation, et conclut qu'en vertu des dispositions de l'article 100-17 alinéa premier de la loi de 1915, le défaut de reprise par NIEL TELECOM des engagements du Contrat de Prêt dans les deux mois de sa constitution a pour conséquence que NNRI est tenue solidairement des engagements de NIEL TELECOM sous le Contrat de Prêt.

Elle précise qu'elle ne remet pas en cause la qualité de débiteur de NIEL TELECOM, mais qu'elle entend faire reconnaître la qualité de débiteur solidaire de NNRI.
Le champ d'application de l'article 100-17 de la loi de 1915 inclut, selon SWISSTV, non seulement le promoteur, au sens strict, mais également toute personne qui effectue des opérations préalables et nécessaires à la constitution de la société en formation et au lancement de son activité ou qui prête aux fondateurs une coopération assez directe, étroite et constante pour qu'elle implique une acceptation consciente des responsabilités inhérentes à la constitution de la société. La demanderesse plaide que NNRI tombe dans le champ d'application de cette disposition, alors qu'elle a la double qualité de dépositaire et de représentant de NIEL TELECOM pour les paiements à effectuer sous le Contrat de Prêt.

SWISSTV considère que la reprise des engagements par NIEL TELECOM fut tardive en ce qu'elle a eu lieu plus de deux mois après la constitution de NIEL TELECOM. Citant une jurisprudence belge, elle soutient que celui qui s'engage au nom d'une société en formation est immédiatement tenu, sous réserve de la reprise de l'engagement par la société dans les délais légaux. En l'absence de reprise par NIEL TELECOM des engagements du Contrat de Prêt dans les deux mois de sa constitution, SWISSTV estime qu'elle dispose, en tant que créancière sous le Contrat de Prêt, de deux débiteurs : NIEL TELECOM et NNRI.

SWISSTV fait encore valoir qu'à supposer que les dispositions de l'article 100-17 de la loi de 1915 soient supplétives, l'article 11.7 du Contrat de Prêt, qui ne vise pas explicitement la responsabilité des fondateurs, ne saurait valoir dérogation à ces dispositions.

NNRI réplique qu'elle a agi comme simple dépositaire sous le Contrat de Prêt et qu'elle a

été nommée à cet effet conjointement par le prêteur, SWISSTV, et l'emprunteur, NIEL TELECOM, en formation. Par conséquent, NNRI ne saurait être considérée ni comme promoteur au sens de l'article 100-17 de la loi de 1915, ni comme porte-fort, ni comme gérant d'affaires de NIEL TELECOM, de sorte que la solidarité prévue par la disposition citée ci-avant ne saurait jouer à son égard.

Elle ajoute que pour que l'article 100-17 de la loi de 1915 s'applique, le promoteur doit avoir déclaré agir au nom et pour le compte de la société en formation et non en son nom personnel. Dans la mesure où NNRI n'a fait aucune déclaration en ce sens, cette disposition ne lui serait pas applicable.

NNRI fait encore valoir que NIEL TELECOM a repris les engagements d'emprunteur sous le Contrat de Prêt par ratification tacite dès sa constitution, sinon ultérieurement, invoquant pour preuve la confirmation par NIEL TELECOM de la réception des fonds prêtés par SWISSTV et précisant que NIEL TELECOM a pu valablement reprendre ces engagements par ratification tacite, alors qu'aucune forme particulière n'est exigée à cet effet.

Enfin, NNRI soutient que les dispositions de l'article 100-17 alinéa premier de la loi de 1915 sont des dispositions supplétives qui peuvent être écartées par la convention des parties et qu'en vertu de l'article 11.7 du Contrat de Prêt, les parties ont convenu de les écarter.

1.2. <u>Appréciation</u>

L'article 100-17 (ancien article 12bis) de la loi de 1915 dispose que :

« 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.

Lorsque les engagements sont repris par la société, ils sont réputés avoir été contractés par elle dès l'origine. »

Afin que cette disposition s'applique, il est indispensable que le signataire du contrat ait clairement indiqué à son cocontractant qu'il agit pour le compte d'une société en formation, en fournissant les renseignements permettant d'identifier cette dernière (dénomination, futur siège) (*cf*. Cour d'appel, 6 mai 1998, Pasicrisie 31, p.34).

En l'espèce, le Contrat de Prêt a été signé pour le compte de (*« for and on behalf of »*) NIEL TELECOM en formation (*« in process of being incorporated »*) par **C.)** et **D.)**.

NNRI, représentée par ses administrateurs, **C.)** et **D.)**, a signé le Contrat de Prêt en sa qualité de *« escrow agent »* et le Contrat de Prêt ne contient aucune mention ou indication aux termes de laquelle NNRI aurait agi au nom et pour le compte de NIEL TELECOM en formation, de sorte que NNRI ne saurait être considérée comme ayant agi au nom et pour le compte de la société en formation au sens de l'article 100-17 de la loi de 1915.

Le demande sur cette base n'est partant pas fondée et il y a lieu de la rejeter.

2. <u>Quant à la demande basée sur le dol</u>

2.1. Position des parties

SWISSTV invoque des manœuvres dolosives dans le chef de NNRI et demande l'annulation du Contrat de Prêt pour dol, la constatation que l'obligation de restitution résultant de la nullité incombe solidairement, sinon *in solidum*, à NIEL TELECOM et à NNRI, ainsi que la condamnation de NNRI à lui restituer le montant principal emprunté de 36.963.167,71 USD, outre les intérêts.

Elle demande encore acte qu'elle se réserve le droit de déposer une déclaration de créance rectificative dans la faillite de NIEL TELECOM basée sur la restitution des fonds prêtés en vertu d'un prêt nul, alors que sa déclaration de créance actuelle, qui n'a pas encore fait l'objet d'une vérification, a pour cause une obligation de remboursement sur base d'un contrat de prêt que SWISSTV croyait valable au moment du dépôt de cette déclaration de créance.

Acte lui en est donné.

Dans un ordre plus subsidiaire, SWISSTV demande, pour le cas où le tribunal considérait NNRI comme *« tiers par rapport à SWISSTV dans son volet prêt du Contrat »*, que le tribunal constate que NNRI s'est rendue coupable de manœuvres dolosives à son encontre en tant que tiers au contrat et la condamne à lui payer le montant de 36.963.167,71 USD, outre les intérêts, à titre de dommages et intérêts sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Dans ces deux hypothèses, SWISSTV demande en outre la condamnation de NNRI à lui payer un montant de 10.000.- EUR en réparation de son préjudice moral et un montant de 144.705,73 EUR en réparation de son préjudice matériel subi pour faire valoir ses droits en justice, sinon tous autres montants à arbitrer.

Concernant la recevabilité de son action en nullité, elle précise que le mandat conféré par le représentant de la masse en faillite de SWISSTV au mandataire luxembourgeois, en vue du recouvrement de sa créance envers NIEL TELECOM et NNRI, permet à ce dernier d'agir en nullité du Contrat de Prêt. Elle conteste aussi que le représentant de la masse en faillite de SWISSTV ait expressément reconnu la validité du Contrat de Prêt.

SWISSTV plaide encore que la prescription quinquennale de l'article 1304 du Code civil prend cours *« dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts »*. Elle indique qu'elle n'avait pas connaissance du SPA avant qu'une copie ne lui soit transmise au mois d'août 2015 et que ce n'est que par voie du courrier du curateur de NIEL TELECOM du 24 mars 2017 qu'elle a été informée que NIEL TELECOM ne s'était pas substituée à NNRI au SPA. Elle conclut que la prescription de l'article 1304 du Code civil n'est pas accomplie à son égard et que son action en annulation est recevable.

Quant au fond, SWISSTV fait valoir que NNRI a employé des manœuvres dolosives pour se voir remettre et utiliser les fonds prêtés à son seul profit, en faisant obstacle à tout moyen d'action de SWISSTV à son encontre. Elle soutient qu'au moment de la signature du Contrat de Prêt, elle n'avait pas connaissance de la signature antérieure du SPA par NNRI, ni du contenu du SPA et que si elle avait eu connaissance de ces éléments, elle n'aurait jamais contracté avec NIEL TELECOM et NNRI dans les conditions stipulées au Contrat de Prêt et sans que n'y soit incluse une clause obligeant NIEL TELECOM à se substituer à NNRI au SPA.

La réticence dolosive a, selon SWISSTV, porté sur le bénéficiaire du prêt et la destination des fonds prêtés, telle que stipulée à l'Annexe 1 du Contrat de Prêt.

SWISSTV conclut que ses deux cocontractantes, à savoir NIEL TELECOM qui a emprunté les fonds sous le Contrat de Prêt et NNRI, à laquelle elle a remis les fonds et qui les a encaissés, ont *« vicié de concert son consentement »* et sont, par conséquent, tenues solidairement, sinon *in solidum* d'une obligation de restitution à son égard. Elle ajoute qu'en matière commerciale, la solidarité est présumée et s'étend à l'obligation de restitution en cas de nullité.

NNRI réplique que la demande en annulation du Contrat de Prêt conclu le 29 avril 2013 est irrecevable, alors que les actions en nullité se prescrivent par cinq ans et que par conséquent l'action introduite par l'assignation du 27 juin 2018 est tardive.

Elle soutient que l'Office des faillites de la République et Canton de Genève, en sa qualité de représentant de la masse en faillite de SWISSTV, aurait expressément reconnu la validité du Contrat de Prêt et que le mandat conféré par ce dernier à son mandataire luxembourgeois porterait sur le recouvrement du Prêt ou l'obtention de dommages et intérêts et non pas sur l'annulation du Contrat de Prêt.

Par ailleurs, NNRI conteste s'être rendue coupable de manœuvres dolosives.

Selon NNRI, en cas d'annulation du Contrat de Prêt, la créance de restitution de SWISSTV concernerait *« la personne morale ayant effectivement reçu les fonds, soit NIEL TELECOM et non NNRI »*, cette dernière ayant agi en qualité de simple dépositaire.

NNRI plaide qu'aucune base légale ne justifie une solidarité entre NNRI et NIEL TELECOM, ni d'ailleurs une condamnation *in solidum* : d'une part, l'adage que la solidarité se présume en matière commerciale est d'application stricte et ne saurait s'appliquer en l'espèce, alors que NNRI n'a pas la qualité d'emprunteur et, d'autre part, cette présomption de solidarité est supplétive et ne s'applique qu'à défaut de convention contraire. Or, selon NNRI, la clause 11.7 du Contrat de Prêt, qui exclut qu'on mette à la charge de NNRI d'autres engagements que ceux stipulés au Contrat de Prêt, vaut convention contraire, de sorte que la présomption de solidarité ne saurait s'appliquer.

Dans le même ordre d'idées, NNRI fait encore valoir qu'en l'absence de dol prouvé, le principe jurisprudentiel de la responsabilité *in solidum* ne saurait trouver application.

NNRI s'oppose finalement à la demande en dommages et intérêts sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil. Dans la mesure où elle a été nommée *« escrow agent »* conjointement par SWISSTV et NIEL TELECOM, elle assume une responsabilité contractuelle pour l'accomplissement de ses fonctions et non une responsabilité délictuelle à l'égard de la demanderesse.

2.2. Appréciation

Le dol dans la formation du contrat peut être défini comme une tromperie destinée à surprendre le consentement du cocontractant, à provoquer chez lui une erreur qui le détermine à contracter (*cf*. JurisClasseur Civil Code – Art. 1116, Fasc. unique *« Contrats et obligations - Dol »*, édition 2014 (dernière mise à jour : 19 avril 2017), N°1 s. ; Olivier Poelmans (2013) *Droit des obligations au Luxembourg*, Larcier, N°69 s.).

La nature du dol est double : il est un vice du consentement, mais il constitue également un délit civil.

En tant que vice du consentement, le dol est une cause de nullité de la convention en vertu de l'article 1116 du Code civil ; en tant que délit civil, il ouvre à la victime une action en réparation du préjudice subi sur base de l'article 1382 du Code civil.

Le choix de l'action appartient au cocontractant victime du dol : il peut agir uniquement en nullité, superposer une action en dommages et intérêts à son action en nullité, ou n'agir qu'en responsabilité, sans demander l'annulation de la convention (*cf*. JurisClasseur Civil Code – Art. 1116, op.cit., N°41 s. ; Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil, V° « Nullité », édition mars 2013 (actualisation : mai 2018), N°3).

En l'espèce, SWISSTV agit, en premier lieu, en annulation du Contrat de Prêt et demande la restitution de la somme prêtée, ainsi que des dommages et intérêts en réparation du préjudice matériel et moral qu'elle a subi pour faire valoir ses droits en justice.

Dans un second temps, et pour le cas où NNRI était considérée comme *« tiers par rapport à SWISSTV dans son volet prêt du Contrat »*, SWISSTV agit en réparation de son préjudice sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil et demande la condamnation de NNRI à lui payer le montant prêté à titre de dommages et intérêts et à réparer le préjudice matériel et moral supplémentaire qu'elle a subi pour faire valoir ses droits en justice.

Il s'agit de deux actions distinctes qu'il convient d'analyser séparément.

2.2.1. <u>Quant à l'action en annulation du prêt pour dol et la demande en restitution des sommes prêtées et en allocation de dommages et intérêts</u>

En tant que vice du consentement, le dol est sanctionné par une nullité relative ; l'action en annulation est soumise aux règles inhérentes à ce type de nullité et, à ce titre, se prescrit par cinq ans à compter de la découverte du vice conformément à l'article 1304 du Code civil.

Dans un souci d'efficacité procédurale, le tribunal n'analyse pas, à ce stade, les développements des parties relatifs à la prescription de l'article 1304 du Code civil, ni ceux concernant la reconnaissance de la *« validité du prêt »* par le représentant de la masse en faillite de SWISSTV, dont fait état NNRI.

L'article 1116 du Code civil dispose que :

« Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.

Il ne se présume pas, et doit être prouvé. »

Aux termes de cet article, qui vise *« les manœuvres pratiquées par l'une des parties »*, le dol n'est sanctionné par la nullité de la convention que s'il a pour auteur le cocontractant lui-même, l'article 1116 du Code civil excluant de son domaine les agissements des tiers (*cf*. JurisClasseur Civil Code – Art. 1116, op.cit., N°4 s.).

Un contrat qui associe plusieurs obligations relevant de différentes qualifications juridiques,

de différents contrats nommés par le Code civil, encore appelés contrats spéciaux ou contrats-types, est complexe et sujet à une qualification mixte ou distributive (*cf*. Jacques Ghestin et al. (2001) *Traité de droit civil – Les effets du contrat*, 3e édition, LGDJ, n°87 s. ; Marcel Planiol (1904) « Classification synthétique des contrats », Revue critique de législation et de jurisprudence, p.486).

En l'espèce, le Contrat de Prêt contient des obligations relevant du prêt à charge de SWISSTV et de NIEL TELECOM en formation ; il contient des obligations relevant à la fois du dépôt et du mandat à charge de NNRI. Le Contrat de Prêt est partant à qualifier de contrat complexe.

Dès lors que SWISSTV se limite à demander *« la restitution découlant de la nullité »*, le tribunal retient que l'action en annulation de la demanderesse vise uniquement le prêt, à l'exclusion des autres volets de ce contrat complexe.

Les obligations au titre du prêt lient uniquement SWISSTV et NIEL TELECOM en formation, respectivement les fondateurs de celle-ci qui se sont engagés pour la société en formation, NNRI étant tiers par rapport à ce lien juridique et ne pouvant être considérée comme partie au prêt.

L'action en nullité sur base de l'article 1116 du Code civil étant réservée aux parties d'un contrat, SWISSTV, en tant que prêteur, ne peut agir en nullité du prêt sur cette base qu'à l'encontre de la partie ayant la qualité d'emprunteur.

En l'espèce, la partie emprunteuse est une société, NIEL TELECOM, qui au moment de la conclusion du Contrat de Prêt, était une société en formation, pour laquelle se sont engagés **C.)** et **D.)** en leur qualité de fondateurs, au sens de l'article 100-17 de la loi de 1915.

L'action en nullité pour dol intentée par la victime du dol à l'encontre d'un cocontractant personne morale ne peut être accueillie, qu'à condition que le dol soit imputable à la personne morale.

Une société, dotée d'une volonté propre, peut parfaitement commettre une faute – ou, comme en l'espèce, un dol – par l'intermédiaire de ses organes, qui ne servent qu'à exprimer sa volonté, et sa responsabilité peut être engagée par les actes accomplis en son nom (*cf*. Georges Ravarani (2014) *La responsabilité civile*, 3e édition, Pasicrisie luxembourgeoise, n°40 s.).

S'agissant d'une société en formation, il faut encore qu'il y ait eu reprise au sens de l'article 100-17 de la loi de 1915. Or, seuls les actes juridiques, les engagements contractuels souscrits pour le compte d'une société en formation avant sa constitution, peuvent être repris par celle-ci ; les obligations nées de faits délictuels ou quasi-délictuels ne sauraient faire l'objet d'une reprise (*cf*. JurisClasseur Commercial, Fasc. 1019 *« Société en Formation »*, édition 2012 (dernière mise à jour : 17 janvier 2019), N°16 s. ; Encyclopédie Dalloz, Répertoire des sociétés, V° *« Constitution de sociétés »*, édition Septembre 2004 (actualisation : Novembre 2017), N°180 s.).

En l'espèce, le dol allégué par la partie demanderesse ne saurait être imputé à NIEL TELECOM, alors que le dol n'est pas un acte juridique pouvant faire l'objet d'une reprise au sens de l'article 100-17 de la loi de 1915.

Au vu des développements ci-avant, il y a lieu de déclarer non fondée et de rejeter la

demande de SWISSTV en annulation du prêt dirigée contre NNRI et NIEL TELECOM, auxquelles elle reproche d'avoir *« vicié de concert son consentement »*, la demande en constatation que l'obligation de restitution résultant de la nullité incombe solidairement, sinon *in solidum*, à NIEL TELECOM et à NNRI, ainsi que la demande en condamnation de NNRI à lui restituer le montant principal emprunté sous le Contrat de Prêt.

L'annulation de la convention de prêt sur base du dol n'étant pas justifiée, il n'est pas pertinent d'analyser autrement les développements des parties relatifs à la prescription de l'article 1304 du Code civil, ni ceux concernant la reconnaissance par l'Office des faillites de la République et Canton de Genève, représentant de la masse en faillite de SWISSTV, de la *« validité du prêt »*, dont fait état NNRI.

2.2.2. Quant à l'action en réparation pour dol

En tant que délit civil, le dol, s'il est établi, ouvre à la victime une action en réparation du préjudice subi contre l'auteur du dol – ce qui suppose évidemment que soit rapportée la preuve d'un tel préjudice. Il s'agit d'une action en responsabilité délictuelle, la faute retenue étant par hypothèse antérieure à la conclusion du contrat.

Au vu des développements au point précédent, la demande de SWISSTV en dommages et intérêts basée sur le dol ne saurait être accueillie à l'encontre de NIEL TELECOM, à laquelle le dol de ses fondateurs, à supposer qu'il soit établi, ne saurait être imputé.

Dès lors, il y a lieu d'apprécier uniquement la demande dirigée de ce chef contre NNRI.

La demanderesse fonde cette demande sur le silence gardé par NNRI, au moment de la conclusion du Contrat de Prêt, sur la signature antérieure du SPA et sur le contenu de celui-ci. Elle reproche ainsi à NNRI d'être l'auteur d'une réticence dolosive à son encontre.

A l'instar de la Cour de cassation française, qui, en 1958, admet de façon incontestable que l'existence d'un dol peut être *« déduite du silence volontairement gardé »* par un contractant, la jurisprudence luxembourgeoise considère que *« la réticence qui consiste à garder volontairement le silence sur un fait que l'autre partie aurait intérêt à connaître peut constituer un dol »* (*cf*. Cour de cassation française (civ.) 19 mai 1958, Bull. civ. I, n°251 ; TAL (1e chambre) 24 juin 1959, Pasicrisie 17, p.495).

Le dol repose en effet sur une faute intentionnelle : il faut que l'auteur des manœuvres, mensonges ou réticences ait agi *« intentionnellement pour tromper le cocontractant »* (*cf*. JurisClasseur Civil Code – Art. 1116, op.cit., N°28).

La réticence dolosive implique, d'une part, que le contractant réticent ait réellement su ce qu'il lui est reproché d'avoir tu, et d'autre part, que le cocontractant victime l'ait ignoré, alors que, par ailleurs, cette information était de nature soit à le dissuader de contracter, soit à l'inciter à traiter à d'autres conditions (*cf*. Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil, V°*« Dol »*, édition juin 2014 (actualisation : mai 2018), N°81).

La charge de la preuve de la réticence dolosive pèse, en principe, comme pour le dol, sur la partie demanderesse, c'est-à-dire la victime de cette réticence (*cf*. JurisClasseur Civil Code – Art. 1116, op.cit., N°38).

Lorsque l'auteur du dol est une société, il est admis que celle-ci se trouve engagée par la

réticence dolosive commise par son dirigeant, dès lors que celui-ci a agi dans l'exercice de ses fonctions, en tant que mandataire de la personne morale, dans l'intérêt de cette dernière et non à titre personnel (*cf*. Thibaut Massart (2015) *« Preuve de la réticence dolosive de la société cédante d'un bloc de contrôle »*, Note sous Cour de cassation française (com.) 31 mars 2015, n°14-10.965, Revue des sociétés 2015 p.504).

Lorsque la victime de la réticence est également une personne morale, elle doit – pour établir son ignorance de l'information qu'elle reproche à sa cocontractante de lui avoir cachée – prouver que son ou ses « dirigeants » n'avaient pas connaissance de cette information.

En effet, la société, personne morale, ne peut exprimer sa volonté et agir que par l'intermédiaire de représentants, ses dirigeants, qui constituent l'*« organe »* de la société, son incarnation légale, et qui ont le monopole de la gestion sociale (à l'exclusion des associés ou actionnaires et des employés de la société).

La théorie de l'organe, consacrée en jurisprudence, postule que l'organe ne représente pas la personne morale, il « est » la personne morale, il l'incarne et s'identifie à elle, de sorte que les actes accomplis par l'organe sont directement imputés à la société. Le concept d'organe étant une création législative, seule la loi peut déterminer les organes légaux d'une société, leur nature (individuelle ou collégiale) et leurs attributions.

À côté des organes légaux, les sociétés à risques limités (comme les sociétés anonymes ou les sociétés à responsabilité limitée) peuvent avoir des organes statutaires, auxquels le pouvoir de représenter (seul ou conjointement) la société peut être conféré par les statuts. Ces derniers peuvent représenter la société, sans avoir à établir de procuration ou de décision préalable d'un organe légal de la société, à condition que leur pouvoir de représentation ait fait l'objet d'une publication officielle.

Enfin, l'organe légal ou statutaire d'une société peut déléguer certains de ses pouvoirs ou conférer un mandat pour la réalisation d'une opération déterminée à un tiers (*cf*. Alain Steichen (2014) *Précis de droit des sociétés*, 4e édition, Editions Saint-Paul, N°203, 213, 214 et 217).

Au vu des développements ci-avant, il faut entendre par « dirigeant », l'organe légal, respectivement statutaire de la société ou, le cas échéant, les délégués ou mandataires de l'organe légal ou statutaire de celle-ci.

La demanderesse reproche à NNRI d'être l'auteur d'une réticence dolosive à son encontre. Cette réticence dolosive porte sur le silence gardé volontairement par NNRI sur le fait qu'au moment de la signature du Contrat de Prêt, elle avait déjà signé le SPA suivant lequel elle se portait acquéreuse des actions TELECEL de ORASCOM, alors qu'aux termes de l'Annexe 1 du Contrat de Prêt, NIEL TELECOM devait s'engager à utiliser les fonds prêtés par SWISSTV pour acquérir ces mêmes actions TELECEL de ORASCOM. Elle précise que si elle avait eu connaissance de cette information, elle *« n'aurait jamais contracté avec [NIEL TELECOM et NNRI] dans les conditions stipulées au Contrat [de Prêt] sans que ne soit spécifiquement incluse une clause obligeant [NIEL TELECOM] à se substituer à [NNRI] au SPA »*.

NNRI résiste à cette demande, en faisant valoir que SWISSTV ne pouvait ignorer l'information litigieuse, alors que celle-ci était connue de **A.)** qui, à l'époque de la signature du Contrat de Prêt, était administrateur-délégué de SWISSTV et a signé le Contrat de Prêt

pour celle-ci, ensemble avec **B.)**. Elle ajoute que **E.)**, dont elle indique qu'il était *« bénéficiaire économique et gérant de fait de SWISSTV »*, avait également connaissance de l'existence et de la teneur du SPA au moment de la signature du Contrat de Prêt.
A l'appui de son argumentaire, concernant notamment le rôle joué par **E.)**, NNRI verse l'attestation testimoniale de **F.)**, fondateur de la société Iota, qui est intervenue en tant que consultant sur l'acquisition des actions TELECEL et le financement de cette acquisition et elle offre de prouver par l'audition de témoins les faits suivants :

*« Que notamment le Share Purchase agreement conclu en date du 28 mars 2013 entre NIEL NATURAL RESOURCES INVESTMENTS et ORASCOM TELECOM HOLDING a été communiqué à Monsieur **E.)** et Monsieur **A.)**, avant même sa signature et avant la conclusion du Senior Loan Agreement entre NIEL TELECOM et SWISSTV.*

*Que l'implication de NIEL NATURAL RESOURCES INVESTMENTS en qualité d'acheteur au sein dudit Share Purchase agreement était connue de Messieurs **E.)** et **A.)** alors qu'elle constituait le fruit d'une stratégie marketing commune vis-à-vis de VIMPELCOM. »*

A l'appui de ses prétentions, et pour établir son ignorance de la signature antérieure du SPA, SWISSTV verse une attestation testimoniale de **B.)**, administrateur de SWISSTV, qui a signé le Contrat de Prêt, en tant que représentant de SWISSTV, ensemble avec **A.)**, administrateur-délégué (*CEO and Director*) de SWISSTV à l'époque.

Dans cette attestation, **B.)** écrit ce qui suit :

*« Sometime in April 2013 I received a draft of the Loan Agreement under which SWISSTV was to lend nearly USD 37M to [Niel Telecom ("NT")]. In the draft, I saw that the funds were to be wired to an entity called Niel Natural Resources Investments S.A. ("NNR"), acting as an escrow agent. I inquired why the funds could not be wired to NT, who was the borrower. Messrs **D.)** and **C.)** explained that NT was still in the process of formation and did not yet have a bank account to receive the funds. Both I and Mr **A.)** requested that an additional Annex be added to the Loan Agreement. This document specified that the funds being loaned by SwissTV could only be used for the purchase of the two African telecom assets specifically by the Borrower, i.e. NT. The purpose of the Annex was to prohibit NT from using the funds for any other purpose, and to prohibit NNR from using the funds for its own purposes.*

*At no point did Messrs **D.)** and **C.)** disclose that NNR had already entered into an agreement to purchase the two African telecom assets in its own name and for its own benefit. The Agreement for the Sale and Purchase of Telecel Globe Limited signed on 28 March 2013 between Niel Natural Resources Investments S.A. and Orascom Telecom Holding S.A.E., was never disclosed or produced to me, or other directors of SwissTV, prior to or during the signing of the Loan Agreement in April 2013. »* (*cf*. pièce n°39 de SWISSTV).

Si les faits que le contenu et la teneur du SPA n'ont pas été révélés à **B.)** et qu'aucune copie ne lui a été fournie avant la signature du Contrat de Prêt peuvent être déduits de l'attestation produite en cause, la circonstance que les autres administrateurs de SWISSTV n'auraient pas eu connaissance du SPA ne peut, en application de l'article 399 du Nouveau Code de procédure civile, être retenue au vu de cette seule attestation, alors que la déclaration de **B.)** en ce sens ne porte pas sur un fait dont il pouvait avoir personnellement connaissance.

Il y a partant lieu de rechercher si l'ignorance de l'information litigieuse, établie dans le chef de **B.)**, peut être reconnue dans le chef de SWISSTV, de manière à établir que celle-ci

n'avait pas connaissance de cette information au moment de la signature du Contrat de Prêt.

Le tribunal relève dans ce contexte, que **B.)** indique dans son attestation testimoniale qu'il était membre du conseil d'administration de SWISSTV de mars 2012 à février 2016. Il précise aussi qu'il avait, en sa qualité d'administrateur de SWISSTV, un pouvoir de signature conjointe avec d'autres membres du conseil d'administration de SWISSTV, mais qu'il n'était pas impliqué dans la gestion opérationnelle de la société (*« In my capacity as director of SWISSTV, from March 2012 to February 2016, I had a joint power of signature with other members of the board. I was never involved in the operational management of SWISSTV. »*).

Il n'est pas contesté que **B.)** a signé le Contrat de Prêt en tant qu'administrateur de SWISSTV, ensemble avec **A.)**, en sa qualité d'administrateur-délégué (*CEO and Director*) de SWISSTV à l'époque.

Toutefois, la demanderesse ne fournit pas d'éléments concernant « l'organe dirigeant » de SWISSTV, société de droit suisse ; elle ne fournit aucune indication quant à la composition de cet organe, quant à sa nature collégiale ou individuelle, ni quant à ses attributions et pouvoirs. Elle n'explique et ne documente pas non plus le fonctionnement de cet organe, son processus décisionnel, et ne fournit aucun élément au sujet des décisions prises par cet organe en rapport avec la signature du Contrat de Prêt. Elle n'apporte par ailleurs aucune précision concernant l'ignorance – contestée – de l'information litigieuse par le cosignataire du Contrat de Prêt, **A.)**, respectivement par les autres membres du conseil d'administration de SWISSTV ayant, le cas échéant, été impliqués dans les négociations de la convention litigieuse.

Dans ces conditions, le tribunal ne dispose pas d'éléments suffisants pour pouvoir apprécier si, à l'époque de la négociation et de la signature du Contrat de Prêt, **B.)** avait, à lui seul, la qualité d'« organe » de SWISSTV, en ce sens qu'il pouvait agir seul au nom et pour le compte de SWISSTV en vue de l'engager.

Il s'en suit qu'en l'absence d'autres éléments, il ne peut être déduit de la seule ignorance de l'information litigieuse par **B.)** que SWISSTV, agissant et incarnée par son organe dirigeant, ignorait l'information que la demanderesse reproche à NNRI de lui avoir cachée et que, par voie de conséquence, elle n'agissait pas en connaissance de cause.

Au vu de ces considérations et alors que l'ignorance de l'information litigieuse n'est pas établie à suffisance de droit dans le chef de la demanderesse, les conditions de la réticence dolosive dans le chef de NNRI ne sont pas données et la demande en dommages et intérêts de SWISSTV basée sur la réticence dolosive doit être rejetée pour n'être pas fondée.

3. Quant à la demande basée sur la violation par NNRI de ses obligations de mandataire

3.1. Position des parties

A titre plus subsidiaire, **SWISSTV** demande la condamnation de NNRI à lui payer des dommages et intérêts d'un montant de 36.963.167,71 USD, outre les intérêts, ainsi qu'un montant de 10.000.- EUR en réparation de son préjudice moral et un montant de 144.705,73 EUR en réparation de son préjudice matériel subi pour faire valoir ses droits en justice, sinon

tous autres montants à arbitrer.

Elle fait valoir que NIEL TELECOM et SWISSTV ont conjointement nommé NNRI, non seulement comme dépositaire (*escrow agent*), mais également comme mandataire sous le Contrat de Prêt et que NNRI a violé les obligations qui lui incombaient à ce titre en vertu des articles 1989, 1991, 1992 et 1993 du Code civil.

Elle soutient qu'aux termes de l'article 11.11 du Contrat de Prêt, NNRI agissait comme mandataire de NIEL TELECOM pour le transfert des fonds reçus de SWISSTV à Orascom et considère qu'en vertu de cette disposition contractuelle, NNRI avait l'obligation d'informer SWISSTV de l'existence du SPA.

Par ailleurs, selon SWISSTV, l'obligation d'effectuer ces paiements tant que NIEL TELECOM n'était pas constituée *« impliquait nécessairement que le SPA soit* in fine *conclu au nom de NIEL TELELCOM »* ou qu'il soit modifié en ce sens, afin de substituer NIEL TELECOM à NNRI, conformément aux stipulations de l'Annexe 1 du Contrat de Prêt.

Elle fonde cet argument sur l'article 1135 du Code civil qui dispose que les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ; sur l'article 1160 du Code civil qui dispose qu'il y a lieu de suppléer par les clauses d'usages ce qui n'est pas exprimé dans les conventions ; ainsi que sur l'obligation d'exécuter les conventions de bonne foi.

SWISSTV fait valoir que NNRI n'a pas respecté ses obligations et a, au contraire, détourné la somme prêtée pour en tirer un profit personnel, engageant, de ce fait, sa responsabilité envers SWISSTV.

Elle conclut que son préjudice découle du défaut de substitution de NNRI par NIEL TELECOM au SPA. Ce préjudice est personnel et direct dans son chef, alors que la créance de SWISSTV sur NIEL TELECOM sous le Contrat de Prêt reste à ce jour impayée, ce qui, selon SWISSTV, résulte directement du défaut de substitution précité qui a pour effet de priver NIEL TELECOM de la qualité à agir nécessaire pour récupérer les avances payées à Orascom, tandis que NNRI elle-même est, jusqu'au jour de l'audience des plaidoiries, restée passive.

D'après SWISSTV, ce préjudice est certain, alors que l'actif de la faillite de NIEL TELECOM n'est pas suffisant pour apurer la dette de SWISSTV en vertu du Contrat de Prêt.

La demanderesse expose encore que la non-substitution de NNRI par NIEL TELECOM au SPA entraîne pour elle la perte d'une chance, alors que la substitution, si elle avait eu lieu comme prévue à l'Annexe 1 du Contrat de Prêt, aurait permis au curateur de NIEL TELECOM d'introduire une procédure d'arbitrage contre Orascom pour récupérer les avances payées en vertu des avenants au SPA.
Finalement, SWISSTV plaide l'irrecevabilité de l'attestation testimoniale de **F.)**, invoquée par NNRI à l'appui de ses contestations, au motif que celle-ci ne remplit pas le critère d'impartialité de son auteur posé par l'article 402 du Nouveau Code de procédure civile.

NNRI conteste l'existence d'une faute dans son chef ainsi que l'existence d'un préjudice indemnisable dans le chef de SWISSTV.

Elle soutient qu'elle a rempli sa mission de *escrow agent*, en ce qu'elle n'a pas conservé les fonds prêtés par SWISSTV, qui ont été transférés à Orascom pour ou par NIEL TELECOM.

NNRI fait encore valoir que SWISSTV ne prouve ni un manquement de NNRI dans l'exercice de sa mission de *escrow agent*, ni des actes de mauvaise foi ou frauduleux dans son chef.

Elle ajoute que **E.)** qui, selon elle, était le bénéficiaire économique et le gérant de fait de SWISSTV, était concrètement impliqué dans la mise en place de la structure de financement et dans l'opération d'acquisition des actions Telecel, de sorte que l'allégation de SWISSTV qu'elle n'aurait pas eu connaissance du SPA avant août 2015 n'est pas prouvée. NNRI avance pour preuve de ces éléments l'attestation testimoniale de **F.)**, dirigeant de la société Iota, qui était consultant sur l'opération d'acquisition des actions Telecel d'Orascom.

NNRI conteste également le caractère certain, direct et personnel du préjudice allégué par SWISSTV. Selon elle, le préjudice allégué est incertain, dès lors qu'il est fonction du dividende qui pourrait être réglé à SWISSTV au titre de sa déclaration de créance dans la faillite de NIEL TELECOM, qui n'est au demeurant pas encore vérifiée.

3.2. Appréciation

Dans l'acte d'assignation, SWISSTV indique que NIEL TELECOM, en tant qu'emprunteur sous le Contrat de Prêt, et elle-même, en tant que prêteur, ont *« tous deux donné à [NNRI] mandat de payer »* et conclut que *« [d]e ce fait, [NNRI] est tenue de respecter ses obligations en tant que mandataire, simultanément envers le prêteur et l'emprunteur »*.

Dans sa note de plaidoiries du 13 décembre 2018, la demanderesse précise qu'elle *« recherche la violation par NNRI d'une obligation implicitement contenue au contrat de prêt »*, suivant laquelle NNRI était tenue *« avec NIEL TELECOM – de modifier le SPA et de substituer NIEL TELECOM à NNRI au titre d'acquéreur afin de faire concorder les écrits en présence avec la volonté réelle des parties »*.

Elle déduit l'existence de cette *« obligation implicite »* des dispositions de l'article 1135 du Code civil, d'une part, suivant lesquelles *« [l]es conventions obligent non-seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature »* et, d'autre part, de l'article 1160 du Code civil qui dispose que l'*« [o]n doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage quoiqu'elles n'y soient pas exprimées »*.

Enfin, la demanderesse plaide que *« [s]i le Tribunal venait à considérer que NNRI n'est pas un mandataire au sens du Code civil, il conviendrait alors de considérer le [Contrat de Prêt] comme une convention tripartite sui generis ayant notamment imposé à NNRI l'obligation de payer l'argent à [Orascom] et de modifier le SPA en y substituant NIEL TELECOM à sa propre personne »*.

Ce chef de demande vise partant à mettre en jeu la responsabilité contractuelle de NNRI – à l'exclusion de toute responsabilité délictuelle – soit au titre du mandat lui conféré conjointement par SWISSTV et NIEL TELECOM, soit au titre d'une obligation implicitement contenue dans le Contrat de Prêt à charge de NNRI envers SWISSTV.

Afin de toiser le moyen tiré de la violation par NNRI de ses obligations de mandataire envers SWISSTV, il convient d'abord d'analyser la portée du mandat confié à NNRI sous le Contrat de Prêt.

Au vu des développements au point 2. ci-avant, le Contrat de Prêt est un contrat complexe,

sujet à une qualification mixte ou distributive. Il contient des obligations relevant du prêt, des obligations relevant du dépôt et des obligations relevant du mandat.

En l'espèce, l'article 11 du Contrat de Prêt prévoit ce qui suit :

> *« 11.4 The Escrow Agent shall act hereunder as a depositor only (…). (…)*
>
> *11.6 The Escrow Agent shall have no duties except those specifically set forth in this Agreement. (…)*
>
> *11.9 The mission of the Escrow Agent will begin after receipt by the Escrow Agent of the amounts borrowed by the Borrower.*
>
> *11.10 The Facility Amount shall be transferred by the Lender in whole or in several amounts on the account of the Escrow Agent, which will be solely responsible for the use to be made of the funds granted by the Lender.*
>
> *11.11 The Escrow Agent shall be deemed to represent the interests of the Borrower when proceeding with payments from the escrow account. (…) »*

Suivant les stipulations contractuelles citées ci-dessus, le mandat confié à NNRI porte sur l'utilisation des fonds prêtés et les paiements à effectuer depuis le *« escrow account »*, missions dans le cadre desquelles NNRI doit être considérée comme représentant les intérêts de NIEL TELECOM *(« shall be deemed to represent the interests of the Borrower »*).

Suivant ces mêmes stipulations, la mission du *« escrow agent »* ne débute qu'à compter de la réception par NNRI des fonds empruntés par NIEL TELECOM (*« The mission of the Escrow Agent will begin after receipt by the Escrow Agent of the amounts borrowed by the Borrower »*).

Dès lors que la mission de NNRI débute au moment de la réception des fonds prêtés par SWISSTV et consiste à effectuer des paiements dans l'intérêt de NIEL TELECOM, il convient de retenir qu'un mandat n'a pu, tout au plus, se créer qu'entre NNRI, en tant que mandataire, et NIEL TELECOM, en formation, en tant que mandant, tandis que SWISSTV est tiers par rapport à ce lien juridique et ne peut être considérée comme partie au mandat.

Par conséquent, SWISSTV ne saurait invoquer une violation par NNRI de ses obligations de mandataire à son encontre.

Par ailleurs, SWISSTV ne fournit pas d'éléments à l'appui de son allégation de l'existence d'une obligation implicite à charge de NNRI *« de modifier le SPA en y substituant NIEL TELECOM à sa propre personne »*.

Dès lors que l'existence d'une telle obligation implicite ne saurait être déduite de la seule application des articles 1135 et 1160 du Code civil, cette allégation laisse d'être établie.

Dans ces conditions et en l'absence d'autres éléments, la demande de SWISSTV basée sur la violation par NNRI de ses obligations de mandataire, sinon sur l'inexécution d'une obligation contractuelle implicite à sa charge est à rejeter comme non fondée.

4. <u>Quant à la demande basée sur la confusion de patrimoines entre NNRI et NIEL TELECOM</u>

4.1. Position des parties

A titre encore plus subsidiaire, **SWISSTV** demande la condamnation de NNRI, sur base de la confusion patrimoniale entre NNRI et NIEL TELECOM, à rembourser à SWISSTV le montant de 36.963.167,71 USD, outre les intérêts, ainsi qu'une pénalité conventionnelle suivant les dispositions de l'article 8 du Contrat de Prêt.

Elle soutient qu'il y aurait une confusion de patrimoines entre NIEL TELECOM et NNRI, que les deux sociétés ne forment en réalité qu'une seule et même entité du point de vue économique, de sorte que NNRI a la qualité d'emprunteur, sinon de co-emprunteur sous le Contrat de Prêt.

A titre d'indices précis et concordants de cette confusion de patrimoines et de la fictivité de la dualité des deux sociétés, SWISSTV cite notamment :

- les flux financiers, notamment les avances (*deposits*) transférées à Orascom en vertu des avenants au SPA, dont deux ont été transférées par NIEL TELECOM et une par NNRI ;

- la correspondance signée par **C.)** et **D.)** pour le « groupe NIEL » ou la correspondance avec Orascom émanent de NIEL TELECOM ;

- le défaut de dépôt des comptes sociaux de NIEL TELECOM et NNRI depuis leur immatriculation ;

- l'identité des actionnaires directes ou indirectes et des membres des conseils d'administration des deux sociétés ;

- la confusion entre les deux entités entretenue par NIEL TELECOM dans le cadre de sa défense à la procédure de faillite ; et

- le fait que NIEL TELECOM est seule débitrice de la dette résultant du Contrat de Prêt et ce, sans contrepartie.

SWISSTV fait valoir qu'au vu de ces éléments, NNRI se confond avec NIEL TELECOM et a la qualité d'emprunteur, sinon de co-emprunteur sous le Contrat de Prêt.

Elle ajoute que la jurisprudence française considère que *« la confusion de patrimoines de plusieurs sociétés peut se caractériser par la seule existence de relations financières anormales entre elles, sans qu'il soit nécessaire d'établir que ces relations ont appauvri la société débitrice soumise à la procédure collective dont l'extension est demandée ou de constater que les actifs et passifs des différentes sociétés en cause sont imbriqués de manière inextricable »* (*cf*. Cour de cassation française, chambre commerciale, 2 novembre 2016, N°15-13.006, cité par SWISSTV).

Finalement, SWISSTV précise qu'elle ne prétend pas que NNRI est une société fictive, mais qu'elle soutient uniquement que la distinction entre NNRI et NIEL TELECOM est fictive. Elle ne cherche pas non plus à voir étendre la faillite de NIEL TELECOM à NNRI, ni à agir en tant que représentant de la masse de la faillite de NIEL TELECOM.

Au niveau des faits, **NNRI** réplique que NIEL TELECOM était destinée à avoir une activité

réelle consistant à abriter une activité relevant du secteur de télécommunications au moyen de l'acquisition des actions Telecel auprès d'Orascom.

En droit, NNRI conteste tant la recevabilité que le bien-fondé de la demande de SWISSTV reposant sur la confusion de patrimoines entre NIEL TELECOM et NNRI.

Quant à la recevabilité, NNRI soutient que SWISSTV n'a pas qualité pour agir à ce titre, alors que seul le curateur de NIEL TELECOM a qualité pour intenter une action en extension de faillite en vertu de l'article 495 du Code de commerce, une action en comblement de passif en vertu de l'article 495-1 du Code de commerce ou toute autre action tendant à la réparation de tout préjudice collectif subi par les créanciers de NIEL TELECOM.

Elle fait encore valoir que la finalité du concept de fictivité est de permettre la percée du voile social et la mise en jeu de la responsabilité des associés de la société fictive. Etant donné que NNRI n'est pas actionnaire ou associée de NIEL TELECOM, le concept de fictivité n'est pas pertinent dans cette affaire.

Quant au fond, NNRI fait valoir que l'interdépendance économique et financière entre deux entités d'un même groupe n'est pas synonyme de confusion de patrimoines et que le concours logistique et financier prêté à NIEL TELECOM en relation avec l'opération d'acquisition des actions Telecel n'établit pas l'existence de relations financières anormales indicatives d'une confusion de patrimoines. Elle précise que l'anomalie, même avérée, d'une relation financière n'est pas suffisante pour emporter la confusion de patrimoines.

4.2. <u>Appréciation</u>

La notion de confusion de patrimoines – notion voisine et parfois indissociable de celle de fictivité – connaît deux principaux domaines d'application, celui des procédures collectives et celui des procédures civiles d'exécution.

En matière de procédures collectives, d'abord, la théorie de la confusion de patrimoines, création purement jurisprudentielle, permet d'étendre une procédure collective déjà ouverte contre une personne physique ou morale à une autre personne et de traiter ces deux personnes – physiques et/ou morales – comme si elles n'avaient qu'un seul patrimoine. Il s'agit d'un mécanisme dérogatoire qui permet de faire échec au principe de l'autonomie patrimoniale dans le cadre de la faillite (*cf*. Florence Reille (2006) *La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures collectives*, Litec, Préface de Philippe Pétel et N°3).

Consacrée par le législateur français par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, cette théorie demeure prétorienne au Luxembourg, où la jurisprudence considère que *« si (…) une confusion caractérisée d'activité et de patrimoine existe entre deux sociétés et que l'une de ces sociétés a été déclarée en état de faillite, l'action en extension de la faillite est recevable et justifiée à l'égard de l'autre société »* (*cf*. TAL (2e section) 18 février 1970, Pasicrisie 21, p. 393).

Conformément aux développements de NNRI, la qualité pour agir en extension d'une procédure de faillite appartient aux organes de la faillite, c'est-à-dire au curateur – cette action est fermée au créancier de la faillite agissant seul, tout comme aux créanciers de la personne à laquelle la procédure doit être étendue (*cf*. JurisClasseur Procédures collectives – Fasc. 2165 *« Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire »*, édition 2014 (dernière mise à jour : 18 décembre 2018), N°47 ; Reille op.cit., N°644).

Dans le domaine des procédures civiles d'exécution dirigées contre une personne morale, la notion de confusion de patrimoines permet, dans le cadre du gage général des créanciers, institué par les article 2092 et 2093 du Code civil, de faire échec au principe suivant lequel seul le patrimoine du débiteur est engagé vis-à-vis de ses créanciers.

Ainsi, il est admis qu'en cas de ficitivité de la personne morale, qui suppose que soit rapportée la preuve de la confusion des patrimoines, les créanciers de celle-ci peuvent appréhender le patrimoine du maître de l'affaire. De même, le créancier d'une personne morale peut poursuivre une procédure d'exécution sur les biens d'une autre personne morale, dès lors que les patrimoines de l'une et de l'autre se trouvent de fait confondus (*cf*. JurisClasseur Civil Code – Art. 2284 et 2285, op.cit. ; Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil, V° « Patrimoine », édition juin 2016, N°74).

En l'espèce, la demanderesse indique que sa demande *« ne concerne nullement l'extension de la faillite »* et qu'elle *« n'agit aucunement en représentant la masse des créanciers »* de NIEL TELECOM, en faillite. Elle ajoute qu'elle *« ne prétend aucunement que NNRI doive être considérée en tant que société fictive, mais s'appuie uniquement sur cette théorie afin de démontrer que la distinction entre les deux enitités (NNRI et NIEL TELECOM) est fictive »*. Enfin, SWISSTV précise que le moyen qu'elle invoque *« se fonde uniquement sur la confusion de patrimoines afin d'en tirer une obligation contractuelle dans le chef de NNRI »*.

Au vu des développements ci-avant, la notion de confusion de patrimoines a un champ d'application restreint et n'a vocation à s'appliquer qu'en matière de procédures collectives et en matière de procédures civiles d'exécution. D'ailleurs, les jurisprudences citées par la demanderesse à l'appui de sa demande ont toutes trait à l'une ou l'autre de ces procédures.

La demande de SWISSTV sur cette base ne vise pas l'extension de la faillite de NIEL TELECOM à NNRI et SWISSTV ne demande pas non plus une mesure conservatoire ou d'exécution sur les biens de NNRI au titre de sa créance sur NIEL TELECOM en vertu du Contrat de Prêt.

La demande vise en revanche, sur base du moyen tiré de la confusion de patrimoines, à voir créer une obligation personnelle dans le chef de NNRI, afin de faire reconnaître NNRI en tant que co-obligé de NIEL TELECOM sous le Contrat de Prêt.

La confusion de patrimoines n'étant pas de nature à pouvoir fonder une telle demande, celle-ci est à rejeter pour être non justifiée.

5. Demande basée sur l'existence d'un contrat de prêt non matérialisé

5.1. Position des parties

En dernier ordre de subsidiarité, **SWISSTV** demande la condamnation de NNRI à lui rembourser le montant de 36.963.167,71 USD à titre de principal en vertu d'un contrat de prêt non documenté, soumis au droit suisse, augmenté :

(a) d'intérêts au taux d'intérêt légal suisse de 5% sur le montant de 15.060.120,- USD à compter du 1 mai 2013 et sur le montant de 21.903.049,71 USD à compter du 18 mai 2013, et

(b) d'intérêts de retard au taux d'intérêt légal suisse de 5% sur le montant de 36.963.167,71 USD à compter de la date d'échéance du contrat de prêt non documenté, soit du 4 décembre 2017, sinon à compter de la demande en justice, jusqu'à solde.

Elle soutient que les parties au Contrat de Prêt se sont *« complètement écartées des dispositions contractuelles »* et que contrairement à ce qui est stipulé au Contrat de Prêt, NNRI n'a pas agi comme simple dépositaire, mais a encaissé les fonds prêtés par SWISSTV et les a utilisés à son propre profit.

Elle conclut qu'au vu de cette réalité économique, il y lieu de retenir qu'un contrat de prêt a été conclu entre SWISSTV et NNRI – ce contrat de prêt *« non matérialisé »* étant régi par le droit suisse, par application des dispositions de l'article 4(1)(b) du Règlement CE n°593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

SWISSTV plaide qu'en vertu des règles applicables de droit suisse, NNRI lui est redevable d'intérêts annuels au taux de 5% par an sur les sommes prêtées à partir de leur remise effective, ainsi que d'intérêts moratoires au taux de 5% par an à compter de l'échéance du prêt, qu'il convient de fixer au 4 décembre 2017 conformément aux règles de droit suisse applicables, jusqu'à solde.

SWISSTV précise encore que sa déclaration de créance dans la faillite de NIEL TELECOM au titre du Contrat de Prêt – qui vaut assignation – n'a pas encore été vérifiée. Elle ajoute qu'elle considère NNRI comme un deuxième débiteur et que rien n'empêche un créancier d'assigner deux débiteurs par deux assignations séparées.

Finalement, elle conteste toute violation du principe de cohérence, appelé estoppel en droit anglo-saxon, alors que le moyen évoqué découle de la nécessité de pouvoir s'adapter à l'évolution du litige.

NNRI réplique qu'il ne peut être question d'un prêt non matérialisé entre SWISSTV et NNRI, alors qu'il existe un contrat de prêt écrit entre SWISSTV et NIEL TELECOM et que les fonds prêtés par SWISSTV ont été tirés par NIEL TELECOM, qui a également confirmé leur réception.

Elle ajoute que SWISSTV a mis NIEL TELECOM en demeure de rembourser le prêt, a obtenu la faillite de NIEL TELECOM sur cette base et a produit sa créance au passif de la faillite.

NNRI soutient que SWISSTV n'a jamais dénoncé aucun prêt auprès de NNRI et que le représentant de la masse en faillite de SWISSTV a expressément reconnu que le Contrat de Prêt a été conclu entre SWISSTV et NIEL TELECOM.

Plaidant la théorie de l'estoppel, NNRI soulève que l'assignation en faillite de NIEL TELECOM par SWISSTV et la déclaration de créance déposée par SWISSTV dans la faillite de NIEL TELECOM sont à considérer comme aveux aux termes desquels SWISSTV reconnaît à NIEL TELECOM la qualité de débitrice sous le Contrat de Prêt.

Elle ajoute que la déclaration en faillite de NIEL TELECOM sur assignation de SWISSTV a autorité de chose jugée et, qu'en vertu du principe d'estoppel, SWISSTV ne saurait aujourd'hui faire volte-face en soutenant que son débiteur sous le Contrat de Prêt n'est pas NIEL TELECOM, mais NNRI. Elle conclut que la demande de SWISSTV tendant à voir

condamner NNRI en tant que débitrice sous le Contrat de Prêt est irrecevable, sinon non fondée.

5.2. Appréciation

La demanderesse invoque, à l'appui de sa demande en remboursement, l'existence d'un prêt non documenté entre SWISSTV et NNRI, qui serait soumis au droit suisse.

Les éléments caractéristiques du prêt d'argent en droit suisse sont définis à l'article 312 A de la loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) du 30 mars 1911, tel que modifiée, en ces termes :

« Le prêt de consommation est un contrat par lequel le prêteur s'oblige à transférer la propriété d'une somme d'argent ou d'autres choses fongibles à l'emprunteur, à charge par ce dernier de lui en rendre autant de même espèce et qualité. » (*cf*. pièce n°20 de SWISSTV).

Ainsi, le prêt se caractérise, d'une part, par la remise de la chose prêtée par le prêteur à l'emprunteur et, d'autre part, par l'obligation faite à l'emprunteur de rendre les choses prêtées en même quantité et qualité, et au terme convenu.

Pour prospérer dans sa demande, la demanderesse doit partant prouver qu'elle a remis les fonds prêtés à NNRI et que cette dernière s'est engagée à les restituer.

En l'espèce, le Contrat de Prêt a été conclu entre SWISSTV, en tant que prêteur, NIEL TELECOM, en tant qu'emprunteur, et NNRI en tant que *« escrow agent »* (*cf*. pièce n°1 de SWISSTV et pièce n°1 de NNRI). En vertu du Contrat de Prêt, SWISSTV a accordé à NIEL TELECOM un prêt sous forme de ligne de crédit d'un montant maximal de 100.000.000.- USD. En vertu de l'article 5 du Contrat de Prêt, NIEL TELECOM avait la faculté d'utiliser ce prêt en procédant à des tirages (*« Drawings »*) par voie de notice de tirage (*« Drawdown Notice »*) dans laquelle elle devait indiquer notamment le montant qu'elle souhaite tirer.

Il ressort des pièces de la défenderesse que NIEL TELECOM a soumis deux notices de tirage pour un montant total de 36.963.169,71 USD :

- une première pour un montant de 18.600.000.- USD en date du 30 avril 2013 (cf. pièce n°2 de NNRI), et

- une deuxième pour un montant de 18.363.169,71 USD en date du 17 mai 2013 (cf. pièce n°3 de NNRI).

NIEL TELECOM a par ailleurs confirmé par écrit, en date du 31 décembre 2013, la réception d'un montant total de 36.963.169,71 USD, indiquant que SWISSTV lui a transféré :

- un montant de 15.060.120.- USD le 1 mai 2013, et

- un montant de 21.903.049,71 USD le 17 mai 2013 (*cf.* pièce n°40 de SWISSTV).

Outre la pièce de laquelle il ressort que NIEL TELECOM a confirmé la réception des fonds de SWISSTV (ibid.), SWISSTV ne verse aucune pièce tendant à prouver que SWISSTV a remis les fonds à NNRI à charge pour cette dernière de les lui restituer, ni d'ailleurs que NNRI aurait accepté une telle obligation de restitution.

Le fait que par la signature du SPA avec Orascom, NNRI s'est portée acquéreuse des actions Telecel, alors qu'aux termes de l'Annexe 1 du Contrat de Prêt, NIEL TELECOM s'était engagée à utiliser les fonds prêtés par SWISSTV pour acquérir ces mêmes actions Telecel de Orascom, est insuffisant à démontrer l'existence d'un prêt entre NNRI et SWISSTV.

En outre, la circonstance qu'une des trois avances transférées à Orascom en vertu des avenants au SPA datés respectivement du 25 avril 2013 (*Deed of Amendment*), du 31 mai 2013 (*Second Deed of Amendment*), et du 24 août 2013 (*Third Deed of Amendment*) a émanée de NNRI, n'est pas suffisant non plus pour retenir l'existence d'un prêt entre SWISSTV et NNRI, dans la mesure où NNRI avait, en sa qualité de *« escrow agent »* sous le Contrat de Prêt, reçu mandat d'effectuer les paiements à partir du *« escrow account »* dans l'intérêt de NIEL TELECOM.

Au vu des développements ci-avant, la demanderesse reste en défaut d'établir l'existence des éléments caractéristiques du prêt et, partant, l'existence d'un prêt soumis au droit suisse entre NNRI et elle, de sorte que la demande sur cette base doit être rejetée.

6. Quant aux demandes accessoires

SWISSTV et NNRI demandent chacune l'allocation d'une indemnité de procédure de 5.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile. Elles n'établissent cependant ni l'une, ni l'autre en quoi il serait inéquitable de laisser à leur charge l'entièreté des frais non compris dans les dépens, de sorte que leurs demandes sur base de l'article 240 NCPC sont à rejeter pour n'être pas fondées.

Il y a encore lieu de déclarer le présent jugement commun à NIEL TELECOM, en faillite, et à Maître Evelyne KORN, en sa qualité de curateur de NIEL TELECOM, en faillite.

P a r c e s m o t i f s :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, quinzième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

reçoit les demandes en la forme ;

les **déclare** recevables ;

déclare les demandes de la masse en faillite de la société anonyme de droit suisse SWISSTV SA, en liquidation, dirigées contre la société anonyme NIEL NATURAL RESOURCES INVESTMENTS SA non fondées et en **déboute** ;

dit la demande de la masse en faillite de la société anonyme de droit suisse SWISSTV SA, en liquidation, en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile non fondée et en **déboute** ;

dit la demande de la société anonyme NIEL NATURAL RESOURCES INVESTMENTS SA en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile non fondée et en **déboute** ;

déclare le présent jugement commun à la société anonyme NIEL TELECOM SA, en faillite, et à Maître Evelyne KORN, en sa qualité de curateur de la société anonyme NIEL TELECOM SA, en faillite ;

laisse les frais à charge de la masse en faillite de la société anonyme de droit suisse SWISSTV SA, en liquidation.