

**N° 75 / 16.
du 7.7.2016.**

Numéro 3662 du registre.

**Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg
du jeudi, sept juillet deux mille seize.**

Composition:

Georges SANTER, président de la Cour,
Romain LUDOVICY, conseiller à la Cour de cassation,
Nico EDON, conseiller à la Cour de cassation,
Rita BIEL, conseiller à la Cour d'appel,
Marie MACKEL, conseiller à la Cour d'appel,
John PETRY, premier avocat général,
Viviane PROBST, greffier à la Cour.

Entre:

Maître Evelyne KORN, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-2240 Luxembourg, 8, rue Notre Dame, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme SOC1), ayant été établie à (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...), déclarée en faillite par jugement du tribunal de commerce de Luxembourg du 3 mars 2000,

demanderesse en cassation,

comparant par Maître Cathy ARENDT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, en l'étude de laquelle domicile est élu,

et:

la société de droit américain SOC2), incorporée le (...), établie et ayant son siège social à (...), représentée par son board of directors, Monsieur A), demeurant à la même adresse que la société, Monsieur B) demeurant à (...), et Monsieur C), demeurant à la même adresse que la société,

défenderesse en cassation,

comparant par Maître Gaston STEIN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, en l'étude duquel domicile est élu,

en présence de :

la société coopérative SOC3), établie et ayant son siège social à (...), représentée par ses administrateurs, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...).

LA COUR DE CASSATION :

Vu l'arrêt attaqué rendu le 15 juillet 2015 sous le numéro 35831 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 27 octobre 2015 par Maître Evelyne KORN agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme SOC1) à la société de droit américain SOC2), déposé au greffe de la Cour le 30 octobre 2015 ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 28 janvier 2016 par la société de droit américain SOC2) à Maître Evelyne KORN, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme SOC1) et à la société coopérative SOC3), déposé au greffe de la Cour le 29 janvier 2016 ;

Sur le rapport du président de chambre Nico EDON et sur les conclusions du premier avocat général Jeanne GUILLAUME ;

Sur les faits :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait déclaré fondée la demande en paiement du chef du prix de souscription de 12.800 actions, dirigée par Maître Evelyne KORN, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme SOC1) contre la société de droit américain SOC2) ; que la Cour d'appel a, par réformation, accueilli la demande de la société SOC2) en annulation, pour dol, du contrat de souscription d'actions et débouté Maître Evelyne KORN, agissant ès-qualités, de sa demande ;

Sur le premier moyen de cassation, pris en sa première branche :

tiré « *de la violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application, sinon de la mauvaise interprétation de l'article 89 de la Constitution et de l'article 249 alinéa 1^{er} du Nouveau code de procédure civile.*

En ce que la Cour d'appel n'a pas motivé sa décision, sur base des éléments de preuve, pour pouvoir aboutir à la conclusion que la société SOC2) a été victime des manœuvres dolosives des consorts D), entraînant ainsi la nullité de la souscription des actions.

Pour aboutir à cette conclusion, la Cour d'appel s'est référée à l'arrêt correctionnel de la Cour d'appel du 13 juin 2012, et plus précisément aux pages 51 et suivantes dudit arrêt, ayant retenu l'infraction d'escroquerie à charge des consorts D) concernant les investisseurs privés qui ont été trompés, au moyen de mensonges et de fausses informations, lors de la conclusion des mandats fiduciaires.

Les juges d'appel ont purement et simplement transposé dans le présent litige cette décision correctionnelle rendue dans une affaire à laquelle la société SOC2) n'était pas partie.

Les juges d'appel ont ainsi tenu pour établi, en procédant par voie de simple affirmation, en transposant donc cette décision correctionnelle rendue dans un contexte différent, que si d'autres investisseurs ont été trompés par les consorts D), alors forcément la société SOC2) aurait elle aussi été victime des manœuvres dolosives commises par ces derniers.

Selon la Cour d'appel, la société SOC2) ignorait la situation financière réelle de la société SOC1). Elle retient à la page 16 de l'arrêt que << Il leur aurait partant appartenu d'en informer A) au moment de lui proposer de souscrire au capital social de cette société. En ne dévoilant pas la situation financière réelle de la société SOC4) à A), et à travers lui à la société SOC2), les consorts D) doivent être considérés comme ayant agi intentionnellement, avec mauvaise foi, en vue de tromper leur interlocuteur. Ils ont partant commis une omission fautive constitutive du dol. Il ne peut par ailleurs être mis en doute que si A) respectivement la société SOC2), avait connu la situation financière réelle de la société SOC1), il se serait certainement abstenu de souscrire au capital social de cette société. >>

Alors que les articles 89 de la Constitution et 249 alinéa 1^{er} du Nouveau code de procédure civile disposent que les jugements doivent être motivés, sous peine de nullité.

La justification de l'obligation de motiver est évidente alors que << l'obligation de motiver les jugements est pour le justiciable la plus précieuse des garanties, elle le protège contre l'arbitraire, lui fournit la preuve que sa demande et ses moyens ont été sérieusement examinés et en même temps elle met obstacle à ce que le juge puisse soustraire sa décision au contrôle de la Cour de Cassation >> (Jurisclasseur Procédure Fascicule 208 n°3, citation du conseiller Faye 1903).

Pour satisfaire à cette obligation il ne suffit pas que le jugement comporte pour chaque chef de dispositif des motifs qui lui sont propres, il faut aussi que les motifs énoncés puissent être considérés comme justifiant la décision.

L'exigence d'une motivation précise a pour conséquence de refuser le caractère d'une motivation véritable à l'énoncé d'une simple affirmation ou à des motifs d'ordre général.

Or, il échet de constater que la motivation de la Cour d'appel ne repose sur aucun élément de preuve. Elle se base sur de simples suppositions, en transposant une partie de l'arrêt correctionnel précité rendue dans une affaire où il existait des preuves réelles des manœuvres frauduleuses commises par les consorts D) à l'égard des investisseurs privés (comme mensonge et documents ne faisant pas état de la situation financière réelle de la société).

Dans le présent litige, il n'est ni allégué par la société SOC2) ni établi qu'elle, respectivement son Président, A), aurait demandé des renseignements à la société SOC1), respectivement aux consorts D), sur la situation financière et que ces derniers lui aient opposé un refus à cet égard.

De même, il n'existe aucune preuve d'une réticence dolosive de la part des consorts D) à l'égard de la société SOC2).

Le sieur A) est, en effet un homme d'affaires avisé ayant une longue expérience dans le domaine des affaires, de sorte qu'il est difficile de croire qu'il se soit engagé en qualité d'administrateur dans la société SOC1) sans vérifier la situation financière réelle de celle-ci.

C'est à tort que les magistrats de la Cour d'appel en aient déduit que si les autres investisseurs privés ont été trompés par les consorts D), il en serait forcément ainsi pour la société SOC2).

Tel n'est pourtant pas le cas, alors que la société SOC2), contrairement aux autres investisseurs privés, était parfaitement au courant de la situation financière réelle de la société SOC1), notamment par l'intermédiaire de son Président, A) qui était également administrateur de la société SOC1) à partir du 28 juin 1999, donc avant l'augmentation du capital du 19 juillet 1999.

Il ressort de l'arrêt correctionnel de la Cour d'appel du 13 juin 2012 que A) et E)) étaient en relation d'affaires depuis 1978 et qu'ils ont réalisé plusieurs projets ensemble.

Tous les administrateurs étaient au courant que la société SOC1) manquait cruellement de moyens financiers et ceci dès le début de sa création.

La demanderesse, en sa qualité de curateur de la société SOC1), a pu constater qu'à compter de septembre ou octobre 1998, la société n'avait plus les fonds nécessaires pour faire face à ses obligations, et que partant au bout de deux mois d'existence, la société aurait déjà été << virtuellement en faillite >>.

C'est d'ailleurs, en raison de la situation financière de la société SOC1), que l'objectif des administrateurs était de trouver des investisseurs potentiels.

Au moment où le sieur A) est devenu administrateur de la société SOC1), il était parfaitement au courant de la situation financière réelle de la société, ce qui explique la raison pour laquelle il a déclaré dans son attestation testimoniale versée lors de l'instruction pénale << qu'une participation financière de SOC2) n'avait jamais été envisagée >>.

Il était parfaitement au courant, tel qu'il résulte de la télécopie du 15 juillet 1999, qu'au moment de la souscription des actions, la société SOC2) n'allait pas libérer.

Le sieur A) était donc au courant des intentions des consorts D), et qu'il a activement contribué, certainement dans un objectif de fraude, pour faire apparaître de la sorte << gratuitement >> la société SOC2) comme actionnaire (substantiel) de la société SOC1).

Le seul problème qu'il y a c'est que le sieur A), respectivement sa société SOC2), qui n'a jamais eu l'intention de payer elle-même la libération du capital qu'elle souscrivait, a commis l'erreur de droit de penser qu'elle n'aurait pas à payer, en raison de l'accord conclu avec la société SOC5) qui était censée de libérer à la place de cette dernière.

Or, l'engagement de la société SOC5) et la société SOC2) n'est aucunement opposable à la société SOC1), respectivement au curateur de celle-ci.

Par ailleurs, il convient de rappeler que le sieur A), après la souscription au capital social du 19 juillet 1999, et sachant que la libération n'avait pas eu lieu, n'a démissionné du conseil d'administration de SOC1) qu'en date du 29 février 2000, respectivement juste avant que la faillite ne soit prononcée début mars 2000.

Ni lui, ni la société SOC2) n'ont jamais demandé la nullité de la souscription pour cause de dol.

En tout état de cause, le principe de motivation doit être strictement respecté alors que ce principe est celui selon lequel les juges doivent s'expliquer sur les documents de la cause et notamment préciser les éléments de preuve dont ils ont fait usage pour déduire l'existence du fait contesté (Cassation française 2ème civile 14.02.1974, Bulletin civil II, n°63, Cassation civile 1ère, 15.12.1976, Bulletin civil V, n°459).

En procédant par voie de simples affirmations, voire suppositions en se référant à la décision correctionnelle précitée, pour en conclure que la société SOC2), victime des manœuvres dolosives de la part des consorts D), n'avait pas connaissance de la situation financière réelle de la société SOC1) et que si elle en avait eu connaissance elle se serait certainement abstenue de souscrire, la Cour d'appel ne permet pas de vérifier sur quels éléments de preuve, elle s'est basée pour en tirer cette conclusion.

La motivation de la Cour d'appel n'est dès lors pas une motivation circonstanciée, propre au présent cas d'espèce.

L'arrêt doit encourir la cassation de ce chef. » ;

Attendu qu'en tant que tiré de la violation de l'article 89 de la Constitution et de l'article 249 alinéa 1^{er} du Nouveau code de procédure civile, le moyen de cassation, en sa première branche, vise le défaut de motifs qui est un vice de forme ;

Qu'une décision judiciaire est régulière en la forme dès qu'elle comporte une motivation, expresse ou implicite, sur le point considéré ;

Attendu qu'il résulte de l'énoncé même du moyen, pris en sa première branche, que la Cour d'appel a motivé sa décision de déclarer nulle la souscription, par la société SOC2), d'actions de la société SOC1), à raison des manœuvres dolosives des consorts D) à l'égard de la société SOC2) ;

Qu'il s'ensuit que le moyen, pris en sa première branche, n'est pas fondé ;

Sur le premier moyen de cassation, pris en sa deuxième branche :

tiré « de la violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application, sinon de la mauvaise interprétation de l'article 89 de la Constitution et de l'article 249 alinéa 1^{er} du Nouveau code de procédure civile, en ce que la Cour d'appel n'a pas répondu à des moyens déterminants pour la solution du litige contenus dans les conclusions de la demanderesse.

En ce que la Cour d'appel n'a pas suffisamment motivé son arrêt en retenant l'existence de dol commis par les consorts D) à l'encontre de la société SOC2), malgré les relations que les cocontractants entretenaient et la qualité d'administrateur de A) dans la société SOC1).

Elle a ainsi retenu à la page 17 que << Quant à la circonstance que A) était administrateur de la société SOC1) entre le 28 juin 1999 et le 29 février 2000, il faut constater que A) a été amené à siéger au conseil d'administration de la société SOC1) dans les mêmes circonstances que celles qui l'ont conduit à souscrire au nom de la société SOC2) les actions de la société SOC1), c'est-à-dire sans avoir les informations concernant la situation financière réelle de la société. Au cours du court laps de temps qui a séparé sa nomination au conseil d'administration de la société SOC1) (28 juin 1999) et la souscription au capital social de cette société (19 juillet 1999), il ne saurait lui être reproché de ne pas avoir connu la véritable situation financière de la société SOC1) à la date du 19 juillet 1999. Il faut ajouter qu'il résulte de l'arrêt correctionnel du 13 juin 2012 que les consorts D), qui avaient le contrôle de la société SOC1) depuis avril 1998, ont tout fait pour cacher la situation financière de la société aux autres administrateurs. Finalement, il faut rappeler que la réticence dolosive, à la supposer établie, rend toujours excusable l'erreur provoquée. Le curateur de la société SOC1) ne saurait partant se prévaloir de la qualité d'administrateur de A) pour dire qu'il n'y a pas pu y avoir dol. >>

Les juges d'appel n'ont examiné que de manière sommaire le principe selon lequel << le dol provoque une erreur excusable dans le chef du contractant trompé >> ne s'applique pas << lorsque l'erreur alléguée est trop grossière pour être

vraisemblable au vu des relations que les cocontractants entretenaient ou de la qualité des cocontractants >>.

Alors que la partie demanderesse avait soulevé dans ses conclusions du 12.08.2014 en citant la jurisprudence française << qu'un dirigeant de société ne peut alléguer sa méconnaissance de la situation sociale à l'appui de l'annulation du cautionnement donné par la société >>.

Cette jurisprudence est cohérente avec le principe précité selon lequel l'erreur est inexcusable << lorsque l'erreur alléguée est trop grossière pour être vraisemblable au vu des relations que les cocontractants entretenaient ou de la qualité des cocontractants >>.

En l'espèce, la Cour d'appel n'a pas sérieusement examiné ce moyen, en omettant de prendre position sur la jurisprudence citée par la demanderesse.

Pourtant, << l'obligation de motiver les jugements est pour le justiciable la plus précieuse des garanties, elle le protège contre l'arbitraire, lui fournit la preuve que sa demande et ses moyens ont été sérieusement examinés et en même temps elle met obstacle à ce que le juge puisse soustraire sa décision au contrôle de la Cour de Cassation >> (Jurisclasseur Procédure Fascicule 208 n°3, citation du conseiller Faye 1903).

Pour satisfaire à cette obligation il ne suffit pas que le jugement comporte pour chaque chef de dispositif des motifs qui lui sont propres, il faut aussi que les motifs énoncés puissent être considérés comme justifiant la décision.

Pour justifier la décision, la motivation doit notamment être précise.

Il est entendu par motivation précise une motivation circonstanciée, propre à l'espèce, dans laquelle le juge s'explique sur les éléments de preuve sur lesquels il s'est fondé et qui ne laisse aucun doute sur le fondement juridique de la décision (Jurisclasseur Procédure Fascicule 508 n°33).

Concernant la qualité et les relations des sociétés en cause, il est relevant de préciser que le sieur A) est un homme d'affaires averti, et que partant en raison de cette qualité (homme d'affaires avisé et administrateur de la société SOC1)) il ne peut valablement prétendre avoir méconnu la situation sociale de la société SOC1) à l'appui de sa demande en nullité de la souscription litigieuse pour cause de dol.

En outre, A) était certes administrateur de la société SOC1) depuis le 28 juin 1999, mais il fut contacté par les consorts D) déjà courant novembre 1998.

Par ailleurs, A) et E) étaient en relation d'affaires depuis 1978 et ont réalisé plusieurs projets ensemble.

Le raisonnement de la Cour d'appel suivant lequel l'on ne saurait reprocher au sieur A) de ne pas avoir connu la véritable situation financière de la société SOC1) à la date du 19 juillet 1999 en raison du court laps de temps entre sa

nomination au conseil d'administration et l'augmentation de capital est dénué de fondement juridique.

La jurisprudence constante de la Cour de Cassation française retient que : << les arrêts qui ne contiennent pas de motifs sont déclarés nul ; le défaut de réponse à conclusion constitue un défaut de motifs >> (Cass. soc. 17 février 1960, Bulletin civil IV, n°193 ; Cass. com. 17 mars 1965, Bulletin civil III, n° 203).

Le principe rappelé par la Cour d'appel selon lequel la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée ne vaut motif suffisant pour justifier sa décision, d'autant plus que la réticence dolosive n'est pas établie/prouvée dans le présent cas d'espèce.

L'arrêt n'est dès lors pas motivé et doit encourir la cassation de ce chef. » ;

Attendu que le moyen de cassation, pris en sa deuxième branche, est tiré d'un défaut de réponse à conclusions, valant absence de motifs sur le point considéré ;

Attendu que par les motifs reproduits au moyen de cassation, pris en sa deuxième branche, les juges d'appel ont expressément répondu au moyen du curateur de la faillite de la société SOC1) tendant à voir dire qu'en raison du fait que A), président de la société SOC2), était administrateur de la société SOC1), il n'a pas pu y avoir dol à l'égard de la société SOC2) ;

Que les juges d'appel n'étaient pas tenus d'examiner dans tous ses détails l'argumentation développée par l'actuelle partie demanderesse en cassation à l'appui de son moyen ;

Qu'il s'ensuit que le moyen, pris en sa deuxième branche, n'est pas fondé ;

Sur le premier moyen de cassation, pris en sa troisième branche :

tiré « de la violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application, sinon de la mauvaise interprétation de l'article 89 de la Constitution et de l'article 249 alinéa 1^{er} du Nouveau code de procédure civile, en l'occurrence une motivation insuffisante.

En ce que la Cour d'appel a retenu par des motifs insuffisants que le dol allégué par la société SOC2) est opposable à la société SOC1), en ce qu'il émanerait des consorts D) qui auraient agi en leur qualité d'administrateurs de la société SOC1) et dans l'intérêt de cette dernière.

Elle retient ainsi (pages 18-19) que << Les manœuvres frauduleuses ont été accomplies par les consorts D) qui étaient administrateurs de la société SOC1) au moment de démarcher A) en vue de la souscription des actions. Suivant les juges pénaux, dès le mois d'avril 1999, les consorts D) avaient en outre le contrôle absolu de la société SOC1) en tant qu'actionnaires par l'intermédiaire des actions détenues par des sociétés qu'ils contrôlaient. Il faut déduire de cette situation

particulière des consorts D) au sein de la société SOC1) et de leur attitude prise dans les pourparlers avec la société SOC2), qu'au moment de démarcher cette société, ils se comportaient comme agissant au nom de la société SOC1) et dans l'intérêt de celle-ci. Les manœuvres dolosives commises par eux doivent partant être imputées à la société SOC1), de sorte que la société SOC2) est en droit de s'en prévaloir à l'encontre de cette société. >>.

Les juges d'appel n'ont pas suffisamment motivé leur décision.

Alors qu'en principe pour que le dol soit opposable à la société, la personne qui se dit victime d'un dol doit prouver que celui-ci émane de la société.

Les juges d'appel ont retenu que le dol qui émane d'un dirigeant ayant agi en cette qualité et dans l'intérêt de la société serait également opposable à la société.

Or, les consorts D) n'ont aucunement agi dans l'intérêt de la société SOC1).

Pour arriver à la conclusion que les consorts D) auraient agi dans l'intérêt de la société, la Cour d'appel retient que << l'augmentation de capital de la société SOC1) a été décidée lors de l'assemblée générale des actionnaires du 19 juillet 1999 qui a également retenu la souscription de 12.280 actions par la société SOC2) >>

Il aurait été dans l'intérêt de la société SOC1) que les actions souscrites par la société SOC2) soient réellement libérées.

En l'occurrence, il n'y a pas eu libération.

D'ailleurs, les consorts D) ainsi que la société SOC2) savaient dès le début que la libération n'aurait pas lieu.

La société SOC1) n'a tiré et n'était jamais censé tirer un quelconque avantage de cette libération fictive.

En se bornant à affirmer que les consorts D) auraient agi dans l'intérêt de la société SOC1), au motif que l'augmentation de capital avait été décidée lors de l'assemblée générale, les juges d'appel se sont prononcés par des motifs insuffisants sans examiner sérieusement, sur base des éléments de preuve, cette question.

Partant, l'arrêt doit encourir la cassation de ce chef. » ;

Attendu que le moyen de cassation, en sa troisième branche, est tiré d'une insuffisance de motifs ;

Attendu que l'insuffisance de motifs est constitutive d'un défaut de base légale, partant d'un vice de fond;

Qu'en tant que basé sur la violation des articles 89 de la Constitution et 249, alinéa 1, du Nouveau code de procédure civile, qui visent le défaut de motifs en tant

que vice de forme, le moyen de cassation, pris en sa troisième branche, est dès lors irrecevable ;

Sur le premier moyen de cassation, pris en ses quatrième et cinquième branches réunies :

quatrième branche, tirée « de la violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application, sinon de la mauvaise interprétation de l'article 89 de la Constitution et de l'article 249 alinéa 1^{er} du Nouveau code de procédure civile, en ce que l'arrêt de la Cour d'appel contient des motifs contradictoires.

En ce que la Cour d'appel pour arriver à la conclusion que les consorts D) auraient agi en leur qualité et dans l'intérêt de la société SOC1) lors des pourparlers avec la société SOC2), a retenu que << l'augmentation de capital de la société SOC1) a été décidée lors de l'assemblée générale des actionnaires du 19 juillet 1999 qui a également retenu la souscription de 12.280 actions par la société SOC2). >>

A la lecture de cette motivation, en retenant que l'augmentation de capital de la société a été décidée lors de l'assemblée générale, les juges d'appel entendent que les consorts D) ont agi à l'égard de la société SOC2) avec l'accord et conformément à l'assemblée générale, raison pour laquelle le dol serait opposable à la société SOC1).

Or, les juges d'appel retiennent également à la page 21 de l'arrêt que la décision d'augmentation du capital de l'assemblée générale des actionnaires est étrangère aux relations entre la société SOC2) et la société SOC1).

Il y a là manifestement une contradiction des motifs.

Alors que selon la jurisprudence constante de la Cour de cassation française << les arrêts qui ne contiennent pas de motifs sont nuls ; la contradiction de motifs équivaut à un défaut de motifs >> (Civ. 7 janv. 1891, DP 1891.1.51. - Cass., ch. mixte, 21 juin 1974, Bull. civ. N° 2. - Civ. 2^e, 25 oct. 1995, n° 93.14.077 et n° 93-14.079, Bull. civ. II, n° 252).

En effet, << les motifs contradictoires se détruisent et s'annihilent réciproquement, aucun d'eux ne pouvant alors être retenu comme fondement de la décision >>.

La jurisprudence française retient que << la censure est certainement encourue lorsque l'arrêt considère un document comme dépourvu de valeur probante, mais le retient ensuite comme présomption à l'appui de sa décision. (Com. 5 janv. 1966, Bull. civ. III, n° 4) >>.

La contradiction de motifs est une erreur de droit.

Il y a indubitablement incompatibilité entre les deux motifs, alors que d'une part la Cour d'appel estime que les consorts D) ont agi à l'égard de la société

SOC2) conformément à la décision de l'assemblée générale des actionnaires et d'autre part elle retient que cette décision de l'assemblée générale est étrangère aux relations entre la société SOC2) et la société SOC1).

Partant, l'arrêt doit encourir la cassation de ce chef. »

cinquième branche, tirée « de la violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application, sinon de la mauvaise interprétation de l'article 89 de la Constitution et de l'article 249 alinéa 1^{er} du Nouveau code de procédure civile, en ce que l'arrêt de la Cour d'appel contient des motifs contradictoires.

En ce que la Cour d'appel a retenu que la nullité résultant du dol serait opposable aux tiers, en se référant à l'article 12 quater § 1 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales qui dit que la nullité du contrat de société dans son ensemble est opposable aux tiers à partir de la publication de la décision la constatant.

A la lecture de l'arrêt, il ressort que les juges d'appel ont considéré que si la publication de la décision de l'assemblée générale pour l'augmentation de capital du 19 juillet 1999 est opposable aux tiers, il en serait ainsi de la nullité du contrat d'apport pour cause de dol.

Cependant, force est de constater que la Cour d'appel se contredit, puisque d'un côté elle prétend que la décision de l'assemblée générale est opposable et à la société SOC1) et aux tiers, et d'un autre côté elle affirme que cette décision est étrangère aux relations entre la société SOC2) et la société SOC1).

Alors que selon la jurisprudence constante de la Cour de cassation française << les arrêts qui ne contiennent pas de motifs sont nuls ; la contradiction de motifs équivaut à un défaut de motifs >> (Civ. 7 janv. 1891, DP 1891.1.51. - Cass., ch. mixte, 21 juin 1974, Bull. civ. N° 2. - Civ. 2^e, 25 oct. 1995, n° 93.14.077 et n° 93-14.079, Bull. civ. II, n° 252).

En effet, << les motifs contradictoires se détruisent et s'annihilent réciproquement, aucun d'eux ne pouvant alors être retenu comme fondement de la décision >>.

La jurisprudence française retient que << la censure est certainement encourue lorsque l'arrêt considère un document comme dépourvu de valeur probante, mais le retient ensuite comme présomption à l'appui de sa décision. (Com. 5 janv. 1966, Bull. civ. III, n° 4)>>.

En effet, si la décision de l'assemblée générale n'est même pas opposable à la société SOC2), souscripteur des actions, et la société SOC1), comment pourrait-elle être opposable aux tiers.

En tout état de cause, il y a contradiction flagrante des motifs, et partant l'arrêt doit encourir la cassation de ce chef. » ;

Attendu que le moyen de cassation tient grief aux juges d'appel, en sa quatrième branche, d'avoir rejeté le moyen du curateur de la faillite de la société SOC1) tendant à voir dire que le dol allégué par la société SOC2) n'est pas opposable à la société, en faillite, SOC1), et, en sa cinquième branche, d'avoir rejeté le moyen du même curateur tendant à voir dire que le dol allégué est inopposable aux tiers, partant également au curateur en ce qu'il ne représente pas seulement la société, mais également les créanciers, c'est-à-dire des tiers, sur base de motifs critiqués de contradictoires, consistant à dire, d'une part, que « *l'augmentation de capital de la société SOC1) a été décidée lors de l'assemblée générale des actionnaires du 19 juillet 1999 qui a également retenu la souscription de 12.280 actions par la société SOC2)* », et, d'autre part, que « *la décision d'augmentation du capital de l'assemblée générale des actionnaires (qui) est étrangère aux relations entre la société SOC2) et la société SOC1)* » ;

Attendu que le motif énoncé par l'arrêt attaqué que « *la décision d'augmentation du capital de l'assemblée générale des actionnaires est étrangère aux relations entre la société SOC2) et la société SOC1)* », en ce qu'il a trait à la détermination du moment où les relations contractuelles se sont formées entre ces deux sociétés, est un motif de droit qui ne peut constituer un des termes d'une contradiction donnant ouverture à cassation au titre du contrôle de la motivation;

Qu'il s'ensuit que le moyen de cassation, en ses quatrième et cinquième branches, est irrecevable ;

Sur le deuxième moyen de cassation :

tiré « *des fausses analyses et applications juridiques par les magistrats de la Cour d'appel, en ce que la Cour d'appel a retenu que la partie SOC2) n'était pas forclosée à invoquer l'exception de nullité pour dol dans la mesure où le contrat n'avait pas encore commencé à s'exécuter, sans prendre en considération l'article 32-1 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales*

En ce que la Cour d'appel a estimé que << c'est à tort que le curateur de la société SOC1) a fait valoir qu'en souscrivant au capital social, la société SOC2) a commencé à exécuter ses obligations. En effet, le contrat dont la société SOC2) a soutenu qu'il est affecté de dol, est justement le contrat de souscription des actions conclu entre la société SOC2) et la société SOC1). Ce contrat a été précédé de la décision d'augmentation du capital de l'assemblée générale des actionnaires qui est étrangère aux relations entre la société SOC2) et la société SOC1). Cette décision a rendu possible la souscription des actions par la société SOC2), mais elle n'a pas créé de liens contractuels entre les deux sociétés. C'est le contrat de souscription qui constitue le contrat conclu entre la société SOC2) et la société SOC1), de sorte qu'il ne saurait être considéré comme un élément d'exécution des obligations contractuelles nées entre les deux sociétés. L'obligation qui en est découlée pour la société SOC2) était de libérer le capital souscrit. Dans la mesure où le capital social n'a pas été libéré par la société SOC2), il n'y a pas eu exécution du contrat, ni même un début d'exécution. Le moyen soulevé par le curateur de la société SOC1) ne saurait partant valoir. La société SOC2) est partant en droit d'invoquer

le dol commis à son encontre dans le cadre de la souscription des actions le 19 juillet 1999. >>

Les juges d'appel n'ont aucunement pris en considération l'article 32-1 de la loi sur les sociétés commerciales concernant les formalités à remplir pour la réalisation de l'augmentation de capital.

Alors que l'article 32-1 (4) de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales précise que << La réalisation de l'augmentation est constatée par un acte notarié, dressé à la requête du conseil d'administration, sur présentation des documents justificatifs des souscriptions et des versements, lorsque l'augmentation a lieu par souscription ou lorsqu'elle est faite en vertu de l'autorisation prévue à l'article 32. L'acte notarié doit être dressé dans le mois de la clôture de la souscription ou dans les trois mois à partir du jour de l'ouverture de la souscription. >>.

L'augmentation de capital est donc parfaite dès qu'il y a souscription.

Les formalités prévues dans l'article 32-1 de la loi précitée ont été respectées.

En l'occurrence, la société SOC2) est consciemment intervenue à l'acte d'augmentation de capital et s'est valablement engagée : les 12.280 actions d'une valeur de 2.500.- LUF chacune ont été entièrement souscrites.

SOC2) était donc devenue propriétaire par la souscription de 12.280 actions émises en son nom.

Il fallait juste qu'elle procède au paiement du montant pour lequel les actions ont été souscrites, ce qu'elle n'a pas fait.

Partant, il y a bel et bien eu commencement d'exécution de l'augmentation de capital social au moyen de la souscription.

L'obligation qui découle de la souscription est la libération qui devait se faire immédiatement en numéraire.

Or, la libération n'est jamais intervenue, puisque les fonds n'ont jamais été transférés vers un compte de la société SOC1), malgré le certificat de blocage émis par la soc3) faisant état desdits fonds.

Suivant les jurisprudences françaises applicables également dans le présent cas d'espèce << l'exception de nullité ne peut plus être invoquée dès lors que le contrat a été exécuté, ou commencé de l'être, quelle que soit la partie qui a exécuté le contrat >>.

Un arrêt récent de la Cour de cassation française du 4 mai 2012 a confirmé << que lorsque le contrat a fait l'objet d'un commencement d'exécution, l'exception de nullité ne peut être invoquée que tant que la prescription de l'action en nullité n'est pas acquise >>.

L'augmentation du capital qui lie les parties en cause s'est réalisée par la souscription des actions de la part de SOC2).

Le contrat de souscription a été exécuté.

La décision de l'augmentation de capital telle qu'actée devant le notaire DECKER a été publiée dans le Mémorial C en date du 14 octobre 1999.

Donc au vu de l'article 32-1 de la loi sur les sociétés commerciales et de la jurisprudence française précitée, il y a bel et bien eu commencement d'exécution par la souscription de SOC2) de l'ensemble des actions, de sorte que l'exception de nullité invoquée par la partie SOC2) comme moyen de défense se trouve prescrite.

L'arrêt doit encourir la cassation de ce chef. » ;

Attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué « que la société SOC2) n'a pas allégué le caractère fictif de son engagement pour se dérober à la demande en paiement formulée à son encontre, mais elle a soutenu que son consentement a été vicié par de fausses allégations et de fausses garanties qui lui ont été données par les consorts D) » ; que l'arrêt attaqué retient encore que « les consorts D) ont non seulement tu à la société SOC2) la réalité de la situation financière de la société SOC1), mais lui ont fait miroiter que la société EFS qu'ils contrôlaient, allait prendre à sa charge l'entièreté de l'apport souscrit par la société SOC2) », et que « le fait qu'il a été promis à la société SOC2) qu'elle n'avait aucun paiement à effectuer, a été un des éléments l'ayant conduite à souscrire les actions et que, si cette assurance ne lui avait pas été donnée, elle aurait hésité à s'engager » ;

Qu'en l'état de ces énonciations et constatations, la Cour d'appel a retenu que « c'est le contrat de souscription qui constitue le contrat conclu entre la société SOC2) et la société SOC1), de sorte qu'il ne saurait être considéré comme un élément d'exécution des obligations contractuelles nées entre les deux sociétés. L'obligation qui en est découlée pour la société SOC2) était de libérer le capital souscrit. Dans la mesure où le capital social n'a pas été libéré par la société SOC2), il n'y a pas eu exécution du contrat, ni même un début d'exécution... »

Attendu que l'article 32-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales régit les formalités qui doivent être observées lors d'une augmentation de capital d'une société anonyme ;

Que le paragraphe (4) dudit article 32-1 précise que la réalisation de l'augmentation de capital au moyen de souscriptions est constatée par un acte notarié dressé à la requête du conseil d'administration de la société anonyme, en l'occurrence de la société anonyme SOC1), sur présentation des documents justificatifs des souscriptions et des versements ;

Attendu que l'article 32-1 de la loi modifiée du 10 août 1915, précitée, est étranger à la question de l'exécution, par la société SOC2), du contrat de

souscription d'actions, consistant dans la libération du capital souscrit, et partant à la question de la validité de ce contrat ;

Qu'il s'ensuit que le moyen est irrecevable

Par ces motifs,

rejette le pourvoi en cassation ;

condamne la partie demanderesse en cassation, agissant ès-qualités, aux frais de l'instance en cassation, avec distraction au profit de Maître Gaston STEIN, avocat à la Cour, sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président Georges SANTER, en présence de Monsieur John PETRY, premier avocat général, et de Madame Viviane PROBST, greffier à la Cour.