Texte pseudonymisé

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

Arrêt commercial

Audience publique du neuf février deux mille.

Numéro 22242 du rôle.

Composition :

Andrée WANTZ, présidente de chambre;
Edmond GERARD, premier conseiller;
Carlo HEYARD, conseiller;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

la société anonyme de droit norvégien SOCIETE1.) A/S, *anciennement SOCIETE2.), établie et ayant son siège social à ADRESSE1.) (Norvège), ADRESSE1.), inscrit au registre de commerce et des sociétés sous le numéroNUMERO1.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Georges NICKTS de Luxembourg des 2 et 3 juin 1997,*

comparant par Maître Patrick KINSCH, avocat à Luxembourg ;

e t :

1) la société anonyme SOCIETE3.) S.A., *anciennement la société anonyme SOCIETE4.) S.A., anciennement SOCIETE5.) S.A., établie et ayant*

son siège social à L-ADRESSE2.), actuellement ADRESSE3.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

2) la société anonyme SOCIETE6.) S.A., *anciennement SOCIETE5.) S.A., établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

intimées *aux fins du prédit exploit NICKTS,*

comparant par Maître Alex SCHMITT, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Suivant contrat du 5 octobre 1989, la SOCIETE5.) S.A. reprise par SOCIETE4.) S.A. et actuellement SOCIETE3.) S.A. (en abrégé SOCIETE5.)) a accordé un prêt de 26.400.000.- DEM à une société de droit de l'Isle of Man, SOCIETE8.) LTD (en abrégé SOCIETE8.)). Le prêt a été déboursé le 30 octobre 1989. Les fonds ont été reprêtés par SOCIETE8.) à sa filiale SOCIETE9.) pour financer l'acquisition et la transformation d'un ensemble immobilier à ADRESSE4.) en Allemagne. Le marketing et la gestion des appartements étaient confiés à SOCIETE10.) UNTERNEHMENSBERATUNG AG.

En novembre 1989, SOCIETE5.) a proposé à la société de droit norvégien SOCIETE1.) (en abrégé) SOCIETE1.) une sous-participation occulte de 15,152 %, soit de 4.000.000.- DEM dans le prêt.

Les 24 et 27 avril 1990, le « subparticipation agreement » est signé par les deux parties.

Dans ce contrat (article 2.4), SOCIETE5.) confirme que toutes les conditions des articles 4 et 8 du contrat de prêt avec SOCIETE8.) sont réunies et que SOCIETE5.) tiendrait SOCIETE1.) au courant des informations relevantes en relation avec la participation de SOCIETE1.) dans le prêt.

Le 7 mai 1991, SOCIETE5.) a averti SOCIETE1.) du défaut de SOCIETE8.) de payer les intérêts et de ce que les négociations en vue de la vente du complexe immobilier sont en train d'être opérées.

Par acte d'huissier du 6 décembre 1993 SOCIETE1.) a assigné SOCIETE4.) S.A. qui a repris la SOCIETE5.) et la société SOCIETE6.) S.A. devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg siégeant en matière commerciale pour

aux termes de l'assignation et des conclusions subséquentes de la société demanderesse :

- quant à l'assignée SOCIETE5.) :

- en ordre principal

1) entendre prononcer l'annulation du contrat de sous-participation conclu entre parties les 24/27 avril 1990 sur base de l'article 1116, sinon de l'article 1110 du Code civil, sinon sur base du principe de bonne foi, sinon pour avoir induit SOCIETE1.) à entrer dans un contrat non conforme dans ses éléments essentiels à l'attente que SOCIETE1.) pouvait légitimement avoir,

2) s'entendre condamner à la restitution de la somme de 4.000.000.- DEM, et

3) au paiement de dommages et intérêts ;

- en ordre subsidiaire pour le cas où le contrat de sous-participation était jugé valable, entendre prononcer la résolution de ce même contrat sur base de l'article 1184 du Code civil, et s'entendre condamner à la restitution des 4.000.000.- DEM à SOCIETE1.) et au paiement de dommages et intérêts,

- en ordre plus subsidiaire s'entendre condamner à l'indemnisation du préjudice subi, c.-à-d. au paiement de 1.746.256,12.- DEM équivalant au montant redû par SOCIETE8.) sur la part du prêt sous-participé et non encore remboursé, sur base de la responsabilité contractuelle,

- en ordre encore plus subsidiaire s'entendre condamner à l'indemnisation du préjudice subi, c.-à-d. au paiement de 1.746.256,12.- DEM, équivalant au montant redû par SOCIETE8.) sur la part du prêt sous-participé et non encore remboursé, sur base de la responsabilité délictuelle,

- en ordre très subsidiaire s'entendre condamner au paiement du préjudice souffert sur la base du principe de bonne foi,

- quant à l'assignée SOCIETE6.) S.A., s'entendre condamner solidairement, sinon in solidum, avec SOCIETE4.) S.A..

Par jugement du 29 novembre 1996, le tribunal a reçu la demande de la SOCIETE1.) et :

- a déclaré la demande dirigée contre SOCIETE4.) S.A. non fondée sur base du dol par réticence (article 1116 du Code civil), de l'erreur (article 1110 du Code civil) et de la résolution judiciaire (article 1184 du Code civil) ;

- l'a dit partiellement fondée sur base de la responsabilité contractuelle ;

- a condamné la société anonyme SOCIETE4.) S.A. à payer à la société anonyme SOCIETE1.) A/S le somme de 177.581.- DEM (cent soixante-dix-sept mille cinq cent quatre-vingt-un DEM) avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde ;

- a dit qu'il n'y a pas lieu à majoration du taux de l'intérêt légal ;

- a déclaré la demande non fondée pour le surplus ;

- a déclaré la demande non fondée contre SOCIETE6.) S.A. ;

- a condamné la société anonyme SOCIETE4.) S.A. à payer à la société anonyme SOCIETE1.) A/S la somme de 50.000.- francs (cinquante mille francs) sur base de l'article 131-1 du Code de procédure civile ;

- a débouté SOCIETE4.) S.A. et SOCIETE6.) S.A. de leur demande en obtention d'une indemnité de procédure ;

- a condamné SOCIETE4.) S.A. aux frais de la demande dirigée contre elle ;

- a laissé les frais de la demande dirigée contre SOCIETE6.) S.A. à charge de la partie demanderesse.

Par actes d'huissiers signifiés les 2 et 3 juin 1997 la SOCIETE1.) A/S a relevé appel de ce jugement.

Au dispositif de son acte d'appel elle conclut, par réformation du jugement entrepris,

Principalement

voir déclarer nul le contrat de sous-participation du 27 avril 1990 ;

condamner les intimées solidairement, sinon in solidum, à restituer à la SOCIETE1.) la somme de 4.000.000.- DEM;

les condamner encore solidairement, sinon in solidum, à payer à l'appelante à titre de dommages-intérêts une somme équivalente à 11 % (taux moyen) du montant de la sous-participation à partir du 2 mai 1990, date de la mise à disposition des fonds par la SOCIETE1.) à la SOCIETE5.) jusqu'à solde ; subsidiairement voir allouer à l'appelante, à titre de réparation forfaitaire du préjudice ainsi subi, les intérêts au taux légal sur la même somme et pour la même période ;

Subsidiairement

voir déclarer le contrat de sous-participation du 27 avril 1990 résolu *ex tunc*;

condamner les intimées solidairement, sinon in solidum, à restituer à la SOCIETE1.) la somme de 4.000.000.- DEM;

les condamner encore solidairement, sinon in solidum, à payer à l'appelante à titre de dommages-intérêts une somme équivalente à 11 % (taux moyen) du montant de la sous-participation à partir du 2 mai 1990 date de la mise à disposition des fonds par la SOCIETE1.) à la SOCIETE5.) jusqu'à solde; subsidiairement voir allouer à l'appelante, à titre de réparation forfaitaire du préjudice ainsi subi, les intérêts au taux légal sur la même somme et pour la même période ;

Plus subsidiairement

voir déclarer le contrat de sous-participation du 27 avril 1990 résilié *ex nunc;*

condamner les intimées solidairement, sinon in solidum, à payer à la requérante à titre de dommages-intérêts la somme de 2.598.942,25.- DEM représentant le solde impayé de la sous-participation de la SOCIETE1.) au 22 mai 1997 plus les intérêts conventionnels normalement dus par SOCIETE8.) jusqu'à solde;

Encore plus subsidiairement

condamner les intimées solidairement, sinon in solidum, à payer à l'appelante à titre de dommages-intérêts contractuels la somme de 2.598.942,25.- DEM représentant le solde impayé de la sous-participation de la SOCIETE1.) au 22 mai 1997 plus les intérêts conventionnels normalement dus par SOCIETE8.) jusqu'à solde ;

Très subsidiairement

condamner les intimées solidairement, sinon in solidum, à payer à l'appelante à titre de dommages-intérêts délictuels la somme de 2.598.942,25.- DEM représentant le solde impayé de la sous-participation de la SOCIETE1.) au 22 mai 1997 plus les intérêts conventionnels normalement dus par SOCIETE8.) jusqu'à solde ;

En dernier ordre de subsidiarité

condamner les intimées solidairement, sinon in solidum, à payer à l'appelante en vertu de l'apparence trompeuse de solvabilité créée par eux la somme de 2.598.942,25.- DEM représentant le solde impayé de la sous-participation de la SOCIETE1.) au 22 mai 1997 plus les intérêts conventionnels normalement dus par SOCIETE8.) jusqu'à solde;

dire que le taux d'intérêt sera majoré de trois points à l'expiration d'un délai de trois mois à partir de la signification de l'arrêt à intervenir;

condamner les intimées solidairement, sinon in solidum, à tous les frais et dépens des deux instances avec distraction au profit de l'avocat concluant, qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance ;

Les parties intimées concluent comme suit :

donner acte à la SOCIETE5.), qu'elle se rapporte à prudence de justice quant à la recevabilité en la forme de la demande ;

déclarer la demande dirigée contre la SOCIETE5.) S.A. non fondée sur base du dol et du dol par réticence (article 1116 Code civil), de l'erreur (article 1110 Code civil), et de la résolution judiciaire (article 1184 Code civil) ;

donner acte à SOCIETE5.) qu'elle interjette appel incident en ce que le tribunal de première instance l'a condamnée à payer le montant de 177.581.- DEM à titre de dommages-intérêts à la société SOCIETE1.) sur base de la responsabilité contractuelle ;

déclarer la demande dirigée contre la SOCIETE5.) S.A. non fondée sur base de la responsabilité contractuelle, sinon délictuelle ;

en tout état de cause, lui donner acte qu'elle conteste formellement les montants qui lui sont réclamés, et dire qu'il n'y a pas majoration du taux d'intérêt légal ;

déclarer la demande introduite contre SOCIETE6.) irrecevable pour défaut de qualité ;

à titre subsidiaire, la déclarer non fondée ;

la partie appelante s'entendre condamner à tous les frais et dépens de l'instance ;

donner acte aux parties intimées qu'elle formulent appel incident en ce que le tribunal de première instance ne leur a pas alloué d'indemnité de procédure ;

partant, la partie appelante s'entendre condamner, en outre, aux termes de l'article 131-1 du Code de procédure civile à payer partie des frais exposés par les parties défenderesses, non compris dans les dépens, et qu'il est inéquitable de laisser à leur charge, évalués à 150.000.- LUF ;

donner acte aux parties intimées qu'elles entendent dire qu'il n'y a pas lieu à condamnation des parties intimées en vertu des dispositions de l'article 131-1 du Code de procédure civile.

La partie appelante critique le jugement entrepris en ce qu'il a seulement jugé fondée la demande en dommages et intérêts sur base de la responsabilité contractuelle de SOCIETE5.) et en ce qu'il a fait une évaluation dérisoire de ses dommages et intérêts, alors que sa demande aurait due être accueillie après l'annulation du contrat de sous-participation pour dol ou erreur sinon suite à la résolution du contrat de sous-participation.

Elle reproche aux premiers juges de s'être efforcés d'envisager isolément les différents faits reprochés à SOCIETE5.) et les avoir rejetés à titre isolé comme étant insuffisants pour justifier une annulation ou résolution du contrat de sousparticipation. Ce faisant, les premiers juges n'auraient pas recherché si, dans leur ensemble, ces différents faits n'étaient pas de nature à constituer la preuve d'un dol, sinon d'une erreur, sinon d'une inexécution contractuelle.

Elle reproche encore aux premiers juges d'avoir commis un nombre important d'erreurs de fait et même de droit dans son appréciation.

I) Quant à la demande en annulation pour cause de dol

Pour écarter la demande en annulation du contrat de sous-participation pour cause de dol le tribunal

- a constaté que SOCIETE5.) n'avait pas contesté avoir confirmé à SOCIETE1.) que toutes les garanties étaient en place au moment de la signature du contrat de sous-participation, mais que SOCIETE1.) n'avait pas rapporté la preuve de la mauvaise foi de SOCIETE5.) quant à ses affirmations : SOCIETE5.) se serait fiée elle-même à son client en opérant une cession de loyer indirecte par l'intermédiaire du compte de PERSONNE1.) ;

- a retenu que SOCIETE1.) n'avait pas rapporté la preuve de ce qu'elle n'aurait pas conclu le contrat de sous-participation si elle avait su que les assurances-vie n'étaient pas en place ;

- a, en ce qui concerne les intérêts du prêt qui aux termes de la « Transaction Outline » auraient dus être couverts jusqu'à concurrence de 1.172.000.- DEM par les loyers, dit que le fait que les intérêts étaient prélevés sur un compte bloqué auprès de SOCIETE5.) au lieu d'être payés par la rentrée des loyers ne saurait être retenu comme un élément du dol alors que SOCIETE1.) n'avait pas prouvé qu'avant la signature du contrat de sous-participation SOCIETE5.) savait déjà que les intérêts ne pourraient être financés en partie par des loyers ;

- a, en ce qui concerne les renseignements sur l'évolution des loyers, constaté que SOCIETE5.) s'était fiée aux informations reçues par les emprunteurs et qu'elle ne s'était elle-même pas doutée d'une quelconque irrégularité sinon elle n'aurait pas accordé le prêt, et retenu que l'intention frauduleuse de SOCIETE5.) restait à être prouvée ;

- a, en ce qui est de la solvabilité des promoteurs, dit que SOCIETE1.) n'a pas prouvé la mauvaise foi de SOCIETE5.) qui à ses dires ne savait pas que M. (...) était un escroc.

Celui qui demande l'annulation d'un contrat pour dol doit prouver non seulement l'existence de manoeuvres, c.-à-d. de mensonges ou réticences dolosives de son cocontractant, mais encore la mauvaise foi de ce dernier ainsi que le caractère déterminant de l'erreur provoquée par les manoeuvres dans la conclusion du contrat.

Pour justifier sa demande en annulation du prêt pour dol, l'appelante affirme avoir exigé de SOCIETE5.), avant de répondre à son offre de participer au crédit accordé à SOCIETE8.), qu'elle lui garantisse la validité et l'efficacité de la structure juridique mise en place pour cette opération et des sûretés prises.

Elle fait valoir à cet égard qu'elle avait refusé de signer un premier modèle du contrat de sous-participation et que les négociations sur la finalisation de son engagement avaient seulement été achevées en avril 1990, après que SOCIETE5.) eût accepté certaines modifications au contrat de sous-participation, en particulier l'insertion d'une clause 2.4 rédigée comme suit :

« The Bank (SOCIETE5.)) represents and warrants to the Participant (SOCIETE2.)) that prior to the payment of any amounts to the Borrower under the Loan Agreement :

a) All conditions precedent referred to in Article 4 of the Loan Agreement have been fulfilled and all documents referred to in said Article have been duly executed, and

b) All securities referred to in Article 8 of the Loan Agreement have been duly executed and received by the Bank. »

L'appelante en tire argument pour dire que les sûretés attachées au prêt avaient été essentielles pour elle pour s'engager dans une sous-participation qui, en raison de son caractère occulte, ne devait lui donner aucun droit à l'encontre de l'emprunteur.

Elle fait valoir qu'il a été établi par la suite que les sûretés telles que prévues dans l'article 8 du contrat de prêt n'avaient pas toutes été mises en place au moment de son engagement.

Elle affirme par ailleurs qu'elle avait été induite en erreur sur les modalités de remboursement de la dette par SOCIETE8.), que la SOCIETE5.) lui avait donné une fausse impression en ce qui concerne le soin avec lequel elle avait vérifié le sérieux et la solvabilité des investisseurs qui étaient derrière la structure SOCIETE8.)/SOCIETE9.) et elle ajoute qu'elle avait été laissée dans l'ignorance sur ce que les loyers ne pouvaient être adaptés dans un proche avenir.

Elle fait plaider que le tribunal aurait dû apprécier tous ces éléments dans leur ensemble pour dire que SOCIETE5.) lui avait sciemment menti pour l'amener à s'engager et que SOCIETE5.) lui avait caché des informations essentielles dans ce contrat de sous-participation.

La Cour constate que deux des sûretés prévues à l'article 8 du « Loan Agreement » ont fait défaut lors de la signature du contrat de sous-participation dans lequel SOCIETE5.) a cependant confirmé le contraire (article 2.4.).

Le défaut des deux contrats d'assurances-vie n'est pas contesté par SOCIETE5.). Celle-ci essaie cependant de mettre en doute l'importance de ces sûretés en disant que ces garanties n'auraient pas pu jouer en faveur des prêteurs au motif que les deux personnes responsables de la gestion du projet financé, qui n'avaient pas fait cette assurance, étaient toujours en vie. SOCIETE5.) ajoute que de toute façon ces mêmes personnes ainsi que PERSONNE1.) s'étaient personnellement portées caution pour la société emprunteuse.

Ces explications ne font cependant pas disparaître le mensonge de SOCIETE5.) sur l'existence de ces deux assurances-vie. L'engagement personnel des promoteurs responsables, dont la solvabilité reste à être garantie, ne peut par ailleurs pas remplacer les sûretés manquantes.

La prétendue cession des loyers générés par le complexe immobilier fut en fait réalisée sous la forme d'une cession de loyers nets, en ce sens que les loyers étaient payés au compte de la SOCIETE10.) UNTERNEHMENSBERATUNGS AG à la SOCIETE11.), qui devait retenir les montants nécessaires à la gestion avant de reverser le surplus à SOCIETE5.) pour payer les intérêts du prêt.

Cette cession n'en était pas une. La banque, au profit de laquelle cette cession avait été faite, ne pouvait en effet pas disposer des sommes déposées sur un compte intermédiaire. En tant que professionnel elle aurait dû savoir qu'elle allait courir le risque de ne pas pouvoir toucher les loyers qui devaient cependant, d'après le « Transaction Outline » soumis à SOCIETE1.),

représenter 5,75 % des intérêts à rembourser et qui devaient s'élever à 1.172.000.- DEM par an.

C'est en vain que la banque intimée fait plaider qu'elle disposait encore d'un compte gagé de 4.350.000.- DEM pour couvrir les loyers manquants aux termes prévus pour le paiement des intérêts.

Ce dépôt, qui aux termes du « Transaction Outline » avait été fait pour couvrir un déficit de loyers, ne devait cependant pas être considéré comme source de financement des intérêts. Il constituait une sûreté supplémentaire d'ailleurs énumérée en tant que telle à l'article 8 du « Loan Agreement ».

L'affirmation de la banque intimée que les deux sûretés ne représentaient qu'une part infime des sûretés mises en place, à savoir 1/10 des garanties énoncées à l'article 8 du Loan Agreement, ne tire pas à conséquence. D'une part, la représentativité des sûretés manquantes n'est pas forcément celle qu'énoncée (voir l'hypothèque sur l'immeuble évaluée à 26.400.000.- francs et le prix de vente réalisé de 13.000.000.- francs) et d'autre part, les sûretés énoncées à l'article 8 doivent être considérées comme un ensemble destiné à garantir le prêt. Aucune de ces sûretés ne peut faire défaut au risque de perturber l'équilibre contractuel.

La Cour constate encore que les deux premières échéances de remboursement du prêt n'étaient pas respectées et que SOCIETE5.) n'en a pas informé sa cocontractante au moment de la signature du contrat de sous-participation.

L'intimée s'en défend en disant que si elle a montré une certaine flexibilité dans le paiement des intérêts « en décalant le premier paiement et en reculant le deuxième paiement d'un mois », cela ne prouve en rien qu'elle ait eu connaissance des difficultés financières de l'emprunteur. Elle ajoute que dans ce genre de prêt immobilier « il est normal de laisser un certain de démarrage à l'emprunteur ... ».

Cette explication de SOCIETE5.) n'excuse cependant en rien le fait qu'elle n'a pas renseigné son cocontractant avant la signature du contrat de ce décalage des échéances du remboursement. SOCIETE1.) avait ainsi été laissée dans la croyance que les échéances prévues au Loan Agreement avaient été respectées de sorte qu'il n'y avait pour elle aucune raison de douter de la solvabilité des emprunteurs qui l'aurait obligée de s'informer de plus près sur leur situation.

Il y a eu dans ces conditions réticence mensongère de la part de SOCIETE5.).

Cette réticence était impardonnable, au regard de l'importance que l'appelante, comme tout prêteur, attachait au remboursement régulier des intérêts.

L'appelante ne saurait cependant affirmer que la SOCIETE5.) lui avait sciemment menti sur le sérieux et la solvabilité des promoteurs et sur la possibilité d'adapter dans le futur les loyers. Il résulte en effet des pièces du dossier qu'au moment de la signature du contrat de sous-participation SOCIETE5.) n'était pas au courant de ce que les loyers étaient bloqués et qu'elle n'avait aucune raison de ne pas se fier à l'expertise B.) UND PARTNER.

Elle n'avait pas non plus de raison à ce moment de mettre en doute le sérieux de ses partenaires qu'elle connaissait en tant que clients.

La garantie sur l'existence de toutes les sûretés et la croyance sur ce que le paiement des intérêts était intervenu aux échéances prévues au contrat de prêt, avaient nécessairement été déterminantes pour l'appelante pour entrer en tant que prêteur occulte dans une opération de crédit d'une envergure telle que proposée par SOCIETE5.).

La Cour renvoie aux développements de l'appelante sur les pourparlers ayant précédés son choix de s'engager et notamment au fait qu'elle a insisté pour que SOCIETE5.) lui confirme formellement dans le contrat de sous-participation que toutes les garanties étaient sur place.

L'appelante reste cependant en défaut de prouver que la banque intimée a agi avec une intention dolosive c.-à-d. que les fausses affirmations et les réticences sur des détails essentiels étaient des manoeuvres employées intentionnellement pour attirer le capital de l'appelante et diminuer ainsi son propre risque déjà prévisible au moment de la signature du contrat de sous-participation.

Il résulte en effet du dossier que le prêt a été accordé en octobre 1989 et que la banque SOCIETE1.) a déjà été contactée en novembre 1989 pour participer à l'opération. A ce moment-là la partie intimée n'avait aucune raison pour douter du succès de l'opération. Elle ne disposait que de l'expertise de « Wertermittlungen des Sachverständigenbüros für Bauwesen und Bautechnik B. UND PARTNER » du 1er septembre 1989 qui entre autre ne l'a pas renseigné sur l'impossibilité d'augmenter les loyers dans un proche avenir et qui avait avisé favorablement le projet.

Les trois promoteurs derrière la structure de sociétés mises en place étaient des clients de la banque intimée.

Ils ont dû être solvables à ce moment-là, sinon la banque intimée n'aurait pas elle-même engagé autant de millions de DEM dans le projet immobilier de ces personnes.

Il n'est pas prouvé non plus qu'elle voulait tromper SOCIETE1.) sur la cession de loyer. Se fiant à ses interlocuteurs qu'elle croyait honnêtes et solvables, elle a certes agi sans professionnalisme aucun, mais en confirmant expressément ladite sûreté dans les termes de son propre contrat, elle n'a pas forcément agi de mauvaise foi.

La preuve du dol restant à être rapportée, le contrat de sous-participation n'est pas à annuler pour cette cause.

II) Quant à la demande en annulation pour cause d'erreur

Pour écarter la nullité du contrat pour cause d'erreur (art. 1110 du Code civil) le tribunal a retenu « qu'il n'y avait pas de doute quant à l'étendue et la nature des garanties qu'avait demandées la SOCIETE1.) » et « qu'au moment de la signature du contrat, les deux parties savaient pertinement quelles garanties étaient requises » et enfin « que SOCIETE1.) connaissait parfaitement l'objet et

la nature du contrat et que l'erreur ne saurait être retenue comme cause d'annulation du contrat. »

Il résulte des considérations développées sub I), que les affirmations mensongères sur les sûretés et les réticences quant au décalage des échéances pour le remboursement, qui, comme il est dit ci-avant, ne sont pas à être qualifiées de manoeuvres dolosives, ont cependant induit SOCIETE1.) en erreur sur la substance de l'engagement qu'elle avait pris.

L'erreur est une cause de nullité d'une convention lorsqu'elle porte sur la substance même de la chose qui en est l'objet.

Par substance il faut entendre toute qualité dont la considération a été la cause déterminante de l'engagement.

Comme la Cour l'a déjà relevé, il ne fait pas de doute dans la présente affaire que les affirmations sur les sûretés ont été déterminantes pour SOCIETE1.) dans la décision de participer aux opérations de crédit en faveur de SOCIETE8.).

Le prêt et les sûretés y attachées forment un tout. Les sûretés font ainsi partie de la substance même de l'objet du contrat.

Dans les circonstances prédécrites, l'erreur sur une partie substantielle du contrat ainsi que sur le remboursement normal du prêt comme prévu, n'était pas facilement décelable pour SOCIETE1.) qui s'engageait d'une façon occulte dans une opération de crédit d'une banque qu'elle connaissait.

La partie intimée ne peut en effet reprocher à SOCIETE1.) de n'avoir pas elle-même procédé à des vérifications élémentaires alors que c'était elle, en tant que professionnel, qui a expressément confirmé, sur insistance de SOCIETE1.), que toutes les sûretés étaient en place et qu'elle connaissait les promoteurs qui étaient ses clients et qu'elle lui avait remis la « Transaction Outline » ainsi que le « Loan Agreement » qui renseignaient sur tous les détails du prêt y compris sur les échéances du remboursement.

La demande en nullité du contrat de sous-participation pour cause d'erreur est donc justifiée et le jugement est à réformer dans ce sens.

L'annulation du contrat de sous-participation entraîne la restitution des fonds prêtés. En l'espèce la Cour constate, sur base des renseignements fournis par SOCIETE1.) au dispositif de son assignation, qu'elle a déjà obtenu des remboursements substantiels de son capital investi et qu'il reste un montant de 1.746.256,12.- DEM à rembourser.

Il y a dès lors lieu de condamner la partie intimée à la restitution de ce solde.

L'annulation d'un contrat pour cause d'erreur laisse subsister dans le chef de celui qui a enduit en erreur son cocontractant une responsabilité extracontractuelle au cas où le partenaire lésé prouve qu'il s'est trompé par la faute ou par la négligence fautive de son cocontractant et que la nullité du contrat ne suffit pas à réparer la totalité de son préjudice.

Si en l'espèce le dol n'a pas été retenu, faute de preuve sur l'intention de tromper, il reste cependant que la banque intimée a fait preuve de légèreté et de négligence fautive en ne vérifiant pas elle-même les renseignements fournis à son partenaire qui se sont révélés inexactes. Cette négligence fautive est en relation causale avec le dommage subi par l'appelante suite à l'indisponibilité de son capital.

Le montant réclamé à titre de dommages-intérêts en ordre principal, à savoir 11 % du montant de sous-participation à partir du 2 mai 1990, date de la mise à la disposition des fonds jusqu'à solde, n'est cependant pas réaliste.

L'appelante reste en effet en défaut de prouver qu'elle aurait pu investir ailleurs et sans risque les 4.000.000.- DEM au taux d'intérêt du contrat de sous-participation annulé.

Elle affirme elle-même que SOCIETE5.) lui a partiellement remboursé son capital et qu'elle redoit seulement un solde de 1.746.256,12.- DEM. La Cour estime qu'entretemps elle a pu placer utilement les sommes remboursées. Il reste qu'elle a subi une perte de revenu suite à l'indisponibilité depuis le 2 mai 1990 – jour de la mise à la disposition des fonds prêtés – du capital non encore remboursé.

La Cour évalue ex aequo et bono la perte ainsi subie au montant des intérêts au taux légal échus sur les 1.746.256,12.- DEM non remboursés et ce à partir de la mise à la disposition des fonds en date du 2 mai 1990 jusqu'à solde.

III) Quant à la demande en majoration du taux d'intérêt légal

Cette demande est à rejeter alors qu'elle n'est justifiée par aucun élément de la cause.

Il y a lieu de confirmer le premier jugement sur ce point.

IV) Quant à la demande en condamnation solidaire sinon in solidum de SOCIETE6.) S.A.

L'appelante demande la condamnation solidaire sinon in solidum de la société SOCIETE6.) S.A. au motif que suivant son objet qu'elle a pris en charge les contrats de prêt de la SOCIETE5.), que cette prise en charge s'est faite par une délégation imparfaite au sens de l'article 1275 du Code civil.

Le tribunal avait écarté la demande par la motivation suivante : « s'il ressort du Mémorial C No 457 page 21.930 qu'en date du 12 juillet 1993 a été créée une société SOCIETE6.) S.A. dont l'objet est ... la prise en charge, l'acquisition par voie de transfert, ainsi que de toute autre manière, de contrats de prêts, avances et garanties de même que des prises de participation, ainsi que d'autres opérations de banque ou actifs bancaires, meubles et immeubles actuellement existants auprès de SOCIETE5.) S.A. », il ressort également de cet objet qu'il s'agit d'une déclaration unilatérale de volonté, de laquelle ne se déduit ni une absorption complète de SOCIETE5.) par SOCIETE6.) S.A.,

laquelle continue d'exister sous le nom de SOCIETE4.), ni une reprise spécifique du prêt faisant l'objet de la présente demande. »

La société SOCIETE6.) S.A. relève appel incident en ce qui concerne la question de recevabilité de l'action de la SOCIETE1.) contre elle.

Le tribunal aurait omis de statuer sur la recevabilité de la demande.

Le contrat de prêt et de sous-participation aurait été conclu par SOCIETE5.) qui est devenue SOCIETE4.) S.A. et puis SOCIETE3.) S.A. et qu'elle n'avait ni participé aux prêts, ni succédé directement à la SOCIETE5.).

L'action dirigée contre elle devrait être déclarée irrecevable pour défaut de qualité.

A titre subsidiaire elle conclut à la confirmation du jugement et pour autant que de besoin elle conteste qu'il y a eu délégation imparfaite, le consentement du délégué et du délégataire n'ayant pas été prouvé par l'appelante.

L'appel incident de SOCIETE6.) S.A. sur la recevabilité pour défaut de qualité n'est pas fondé alors qu'il résulte de la définition de l'objet de SOCIETE6.) S.A. qu'elle a été constitué pour prendre en charge des contrats de prêts contractés par SOCIETE5.).

La demande de SOCIETE1.) à son encontre est dès lors recevable.

L'appel de SOCIETE1.) contre la décision du tribunal qui a dit non fondé la demande contre SOCIETE6.) S.A. n'est cependant pas fondé.

La Cour se rapporte pour décider ainsi aux motifs des premiers juges qu'elle adopte.

V) Quant à l'appel incident de SOCIETE3.) S.A., anciennement SOCIETE5.) S.A.

L'appel incident pour autant qu'il porte sur les 177.581.- DEM auquel le jugement de première instance a condamné la SOCIETE5.) n'est pas fondé eu égard aux développements de la Cour sur le bien-fondé de l'appel principal.

L'appel incident pour autant qu'il porte sur l'indemnité de procédure à laquelle SOCIETE5.) fut condamnée en première instance est cependant fondé. Il n'est en effet pas établi que la demanderesse avait en première instance motivé sa demande par l'équité.

L'appel incident n'est cependant pas fondé sur ce que le tribunal l'avait elle-même débouté de sa propre demande basée sur l'article 131-1 du Code de procédure civile alors qu'elle avait été condamné aux frais et dépens de l'instance.

VI) Quant à l'indemnité de procédure demandée en instance d'appel par l'intimée SOCIETE3.) S.A., anciennement SOCIETE5.) S.A.

Cette demande est à écarter, alors que l'appel principal est dit fondé et que SOCIETE5.) devra être condamné aux frais et dépens de l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS :

La Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel principal et les appels incidents ;

dit qu'ils sont partiellement fondés ;

réformant :

dit que la demande de SOCIETE1.), anciennement SOCIETE2.), est fondée sur base de l'article 1110 du Code civil ;

annule le contrat de sous-participation ;

condamne SOCIETE3.) S.A., anciennement SOCIETE4.) S.A., anciennement SOCIETE5.) S.A., à restituer à SOCIETE1.) A/S, anciennement SOCIETE2.), le solde non encore remboursé des fonds investis, c.-à-d. 1.746.256.- DEM ;

dit que la demande en dommages-intérêts de SOCIETE1.) A/S, anciennement SOCIETE2.), est fondée ;

fixe les dommages-intérêts ex aequo et bono au montant des intérêts échus et à échoir au taux légal sur les 1.746.256.- DEM à partir du 2 mai 1990 jusqu'à solde ;

condamne SOCIETE3.) S.A., anciennement SOCIETE4.) S.A., anciennement SOCIETE5.) S.A., à payer à SOCIETE1.) A/S, anciennement SOCIETE2.), les intérêts échus et à échoir au taux légal sur le montant de 1.746.256,25.- DEM à partir du 2 mai 1990 jusqu'à solde ;

dit non fondée la demande de SOCIETE1.) A/S, anciennement SOCIETE2.), formée en première instance sur base de l'article 131-1 du Code de procédure civile ;

en décharge SOCIETE3.) S.A., anciennement SOCIETE4.) S.A., anciennement SOCIETE5.) S.A. ;

confirme pour le surplus ;

dit que la demande en paiement d'une indemnité de procédure de SOCIETE3.) S.A., anciennement SOCIETE4.) S.A., anciennement SOCIETE5.) S.A., pour la procédure d'appel n'est pas fondée ;

en déboute ;

condamne SOCIETE3.) S.A., anciennement SOCIETE4.) S.A., anciennement SOCIETE5.) S.A., aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Patrick KINSCH, avocat concluant qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance ;

laisse les frais de l’appel dirigé contre SOCIETE6.) S.A., anciennement SOCIETE5.) S.A., à charge de l’appelante.