

COUR DE CASSATION

Audience publique du **21 octobre 2014**

Cassation partielle

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 911 F-P+B

Pourvoi n° A 13-11.805

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE,
FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par :

1^o/ M. Simon Laure, domicilié 347 rue de Paradis,
13417 Marseille cedex 08, pris en qualité de liquidateur judiciaire à la
liquidation judiciaire de la société Suberdine Electronic communication,

2^o/ Mme Alexandra Chaudon, domiciliée 30 rue Charpentier,
33200 Bordeaux, prise en qualité de liquidateur amiable de la société
Suberdine Electronic communication,

contre l'arrêt rendu le 22 janvier 2013 par la cour d'appel de Montpellier
(2e chambre), dans le litige les opposant à la société Artifax Trading Limited,
société de droit chypriote, dont le siège est Lordos Center Block A 5th flat
502 Arch Makarios III avenue, Limassol (Chypre),

défenderesse à la cassation ;

Les demandeurs invoquent, à l'appui de leur pourvoi, les cinq
moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 16 septembre 2014, où étaient présents : Mme Mouillard, président, M. Le Dauphin, conseiller rapporteur, Mme Riffault-Silk, conseiller doyen, Mme Arnoux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Le Dauphin, conseiller, les observations de la SCP Delaporte, Briard et Trichet, avocat de M. Laure et de Mme Chaudon, ès qualités, de la SCP Spinosi et Sureau, avocat de la société Artifax Trading Limited, l'avis de M. Debacq, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation (1^{re} chambre civile, 12 octobre 2011, pourvoi n° 10-18.423), que, par acte du 11 avril 2001, la société Artifax Trading Limited (la société Artifax) a cédé à la société Suberdine Electronic communication (la société Suberdine) la totalité des actions représentant le capital de la société Univercell Telecom (la société Univercell), le prix, étant stipulé payable au 1^{er} avril 2013 ; que par un autre acte du même jour, le vendeur a consenti à l'acquéreur une garantie d'actif et de passif ; qu'après s'être prévalu de cette garantie, la société Suberdine a fait assigner la société Artifax en paiement d'une certaine somme à ce titre ; que par jugements des 4 septembre et 18 décembre 2003 du tribunal de commerce saisi de cette action, la société Suberdine et ses filiales, dont la société Univercell, ont été mises en redressement puis en liquidation judiciaires ; que le 29 septembre 2003, la société Artifax a déclaré une créance de 3 658 776,40 euros correspondant au montant du prix de cession des actions de la société Univercell ; que par jugement du 30 avril 2007, le tribunal a fixé la créance de la société Artifax à ce montant, condamné celle-ci, en exécution de la convention de garantie, à payer à la société Suberdine une certaine somme au titre d'un redressement de TVA et rejeté le surplus des demandes de cette dernière ; qu'en appel, M. Laure, agissant en qualité d'organe de la procédure de liquidation judiciaire, et Mme Chaudon, agissant en qualité de liquidateur amiable de la société Suberdine (les liquidateurs), soutenant que le siège social indiqué dans les conclusions de la société Artifax était fictif, ont demandé que ses écritures soient déclarées irrecevables en application des articles 960 et 961 du code de procédure civile ; que faisant, en outre, valoir que la société Artifax était fictive, ils ont soutenu que celle-ci n'avait ni qualité, ni intérêt à agir et que sa déclaration de créance devait, en conséquence, être déclarée nulle ;

Sur le premier moyen :

Attendu que les liquidateurs font grief à l'arrêt de déclarer recevables les conclusions de la société Artifax alors, selon le moyen :

1°/ que toute société figurant à une instance d'appel doit indiquer l'adresse de son siège réel dans ses conclusions, s'agirait-il d'une société de droit étranger ; que le siège réel d'une société s'entend de son lieu de direction effective ; que, si ce lieu est présumé correspondre au siège statutaire, il ne s'agit cependant que d'une présomption simple pouvant être combattue par tous moyens ; qu'au cas présent, il ressort des propres constatations de l'arrêt attaqué que le siège statutaire de la société Artifax était fixé à l'adresse du cabinet d'avocat chypriote de M. Yioula Fryda ; qu'en refusant néanmoins de reconnaître un caractère fictif à ce siège statutaire, sans préciser en quoi le cabinet d'avocat au sein duquel il était localisé pouvait correspondre à un lieu de direction effective, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 960 et 961 du code de procédure civile ;

2°/ que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ; qu'il résulte de l'article 10 de la convention de garantie du 11 avril 2001 que, pour l'exécution de cette convention, chaque partie « élisait » domicile en son siège social, et s'engageait à faire connaître tout changement éventuel dans l'adresse de ce siège ; qu'en relevant, pour dénier toute portée à la lettre expédiée le 1er avril 2003 par la société Artifax en provenance du cabinet d'avocats parisien de M. Schwarzmans, qu'il était conforme à l'article 10 de la convention de garantie d'élire domicile en ce cabinet, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;

3°/ que les juges du fond sont tenus d'analyser, même sommairement, les éléments de preuve versés aux débats par les parties ; qu'en refusant de reconnaître un caractère fictif au siège statutaire d'Artifax, fixé à l'adresse du cabinet d'avocat chypriote de M. Fryda, sans s'expliquer sur les énonciations du certificat du 16 mars 2012 régulièrement produit par les liquidateurs, dans lequel M. Lycourgos soulignait que le nom de la société Artifax ne figurait pas à l'extérieur des locaux considérés, comme l'exigeait pourtant la loi chypriote, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu que pour apprécier l'exactitude du siège social indiqué dans les conclusions d'une personne morale, il y a lieu de se référer à la loi dont dépend la société en cause ; qu'ayant relevé que la société Artifax produisait plusieurs documents datés des 2 juin 2011 et 16 novembre 2012, qui émanaient du « département » du registre des sociétés, dépendant du ministère du commerce de la république de Chypre, établissant que son siège était situé à Limassol, à une adresse qui était celle du cabinet d'une avocate, inscrite au barreau de Chypre depuis 1985, et précisé que celle-ci avait attesté que la fixation du siège de la société Artifax à son bureau était conforme à la législation chypriote, et ayant jugé, par une appréciation souveraine de la valeur probante des éléments qui lui étaient soumis, sans violer l'article 1134 du code civil et sans être tenue de suivre

les liquidateurs dans le détail de leur argumentation, que le caractère fictif de ce siège social, lequel était celui figurant dans tous les actes de la procédure depuis l'introduction de l'instance, n'était pas démontré, la cour d'appel en a exactement déduit, sans avoir à faire d'autre recherche, que les conclusions de la société Artifax étaient recevables ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que les liquidateurs font encore grief à l'arrêt de rejeter les fins de non-recevoir tirées du défaut de qualité et d'intérêt à agir de la société Artifax et, en conséquence, de la déclarer recevable en ses demandes alors, selon le moyen :

1°/ que l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties, telles qu'elles résultent de leurs dernières conclusions ; que la fictivité d'une société, découlant de son absence de réalité concrète, n'est pas assimilable à une inexistance juridique ; qu'en énonçant que M. Laure et Mme Chaudon contestaient l'existence juridique de la société Artifax, quand seule la réalité concrète de cette société était remise en cause par ces parties, la cour d'appel a modifié l'objet du litige, en violation de l'article 4 du code de procédure civile ;

2°/ que, pour contester le droit à agir de la société Artifax, M. Laure et Mme Chaudon faisaient observer, pièces à l'appui, que cette société était fictive, dans la mesure où elle n'avait pas d'activité sociale, ni d'organes de direction véritables, où elle n'avait pas publié de comptes sociaux ni de rapport annuel depuis 1997, et où il n'existait aucun affectio societatis entre ses associés ; qu'en relevant, pour écarter cette contestation, qu'il n'était pas établi qu'Artifax était dépourvue de toute existence juridique à la date d'introduction de son action, la cour d'appel, qui a confondu l'existence formelle et la réalité concrète de la société, a violé les articles 31 et 32 du code de procédure civile ;

3°/ que l'immatriculation et la personnalité morale d'une société sont des éléments impropres à établir son caractère non fictif ; qu'en se fondant sur de tels éléments pour écarter la contestation tirée de la fictivité de la société Artifax, et reconnaître à cette société le droit d'agir en fixation de la créance résultant du prix de cession des actions d'Univercell Telecom, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des mêmes textes ;

4°/ qu'il n'est pas permis au juge de dénaturer les documents de la cause ; qu'en énonçant que la société Artifax était toujours en activité selon les certificats émis par le département du registre des sociétés chypriote, notamment ceux datés du 16 novembre 2012, quand ces documents se bornaient à certifier l'immatriculation de la société, l'identité de

ses représentants, et l'adresse de son siège statutaire, la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis desdits certificats, en violation de l'article 1134 du code civil ;

5°/ que M. Laure et Mme Chaudon, ès qualités, se prévalaient, à titre d'élément de preuve du caractère fictif de la société Artifax, d'un rapport Info Clipper du 29 janvier 2010 ; qu'en écartant ce rapport au motif qu'il y était précisé que les informations fournies l'étaient à titre indicatif et sans aucune garantie, quand nulle indication de cette nature ne figurait audit rapport, la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis de ce document, violant, de plus fort, l'article 1134 du code civil ;

6°/ que tout jugement doit être motivé ; qu'en l'espèce, M. Laure et Mme Chaudon, ès qualités, faisaient observer, sans être contredits par la société Artifax, que cette dernière, immatriculée en 1995, n'avait déposé au registre des sociétés chypriote qu'un seul rapport annuel, datant de 1997, et aucun état financier ; qu'en affirmant que les comptes sociaux et le rapport de l'année 1997 avaient été déposés par M. Fryda, en qualité de secrétaire de la société Artifax, sans préciser sur quel élément de preuve elle se fondait pour retenir que les documents déposés comprenaient les comptes sociaux, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

7°/ que dans leurs conclusions d'appel, M. Laure et Mme Chaudon, ès qualités, faisaient valoir que la société Artifax avait été créée à Chypre pour éviter à la famille Hajjar, non seulement d'être imposée sur les plus-values qui seraient réalisées à l'occasion de la cession d'Univercell Telecom, mais aussi d'avoir à répondre des conséquences d'irrégularités fiscales commises antérieurement à cette cession, dans le cadre de la gestion d'Univercell Telecom ; qu'en déclarant infondée l'allégation, toute différente, selon laquelle Artifax avait été créée « dans le seul but » de détourner les règles fiscales françaises en matière d'impositions sur les plus-values de cession, la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis desdites conclusions, en violation de l'article 4 du code de procédure civile ;

8°/ que les termes du litige, tels qu'ils sont fixés par les conclusions respectives des parties, ne sauraient être modifiés par le juge ; que la société Artifax reconnaissait elle-même, dans ses conclusions d'appel, que ses parts étaient détenues par des « nomines », ce qui correspond, en droit anglo-saxon, à la notion de prête-nom ; qu'en déclarant recevables les conclusions d'Artifax, mais en énonçant qu'il n'était pas établi que les associés apparents de cette société étaient des prête-noms, la cour d'appel a en tout état de cause méconnu les termes du litige, violant, de plus fort, l'article 4 du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'ayant relevé, d'un côté, que la société Artifax figurait en tant que vendeur à l'acte du 11 avril 2001 d'où procédait la créance qu'elle avait déclarée au passif de la liquidation judiciaire de la société Suberdine et, de l'autre, qu'étant immatriculée depuis le 22 novembre 1995 en tant que société à responsabilité limitée au registre des sociétés chypriote, elle était pourvue de la personnalité juridique, la cour d'appel, devant laquelle il n'était pas allégué que la fictivité de la société Artifax avait été judiciairement reconnue en application de la loi dont elle relève, à la date de la déclaration de créance, a, en l'état de ces seuls motifs, décidé à bon droit que les liquidateurs n'étaient pas fondés à soutenir que cette personne morale n'avait ni qualité, ni intérêt à déclarer la créance représentée par le prix de cession des actions de la société Univercell ; que le moyen, qui critique des motifs surabondants, ne peut être accueilli ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que les liquidateurs font encore grief à l'arrêt de rejeter la demande de nullité de la déclaration de créance effectuée par la société Artifax alors, selon le moyen, *que la cassation à intervenir sur le deuxième moyen, en tant qu'elle remettra en cause le rejet de la fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité et d'intérêt à agir de la société Artifax, entraînera par voie de conséquence, conformément à l'article 624 du code de procédure civile, la censure du chef de l'arrêt par lequel la cour d'appel a déduit de cette décision de rejet qu'il y avait lieu d'écarter également la demande de nullité de la déclaration de créance du 29 septembre 2003 ;*

Mais attendu que le deuxième moyen ayant été rejeté, le moyen est inopérant ;

Sur le quatrième moyen :

Attendu que les liquidateurs font encore grief à l'arrêt de rejeter leur demande tendant à la condamnation de la société Artifax au paiement de la somme de 732 000 euros au titre de créances douteuses et de sur-rémunérations relevant de la convention de garantie alors, selon le moyen :

1°/ que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ; qu'il résulte des propres énonciations de l'arrêt attaqué, reproduisant les stipulations de l'article 3 de la convention de garantie du 11 avril 2001, que seule l'inobservation du délai de quinze jours imparti au bénéficiaire pour notifier au garant tout événement susceptible de mettre en jeu la garantie était sanctionnée par une déchéance ; que cette sanction n'était pas prévue, en revanche, en cas d'abstention du bénéficiaire à communiquer les informations ou documents demandés par le garant, à la suite de la notification de l'événement considéré ; qu'en étendant malgré tout

la sanction à ce dernier cas de figure, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;

2°/ qu'il résulte des propres énonciations de l'arrêt attaqué, reproduisant les stipulations de l'article 3 de la convention de garantie du 11 avril 2001, que la déchéance encourue par le bénéficiaire, en cas d'inobservation du délai de notification lui étant imparti, ne s'appliquait qu'« à hauteur du préjudice effectivement subi par le garant par suite d'absence de son information dans ledit délai » ; qu'en déclarant le bénéficiaire déchu du droit d'obtenir paiement de la somme de 732 000 euros, correspondant au montant intégral de la réclamation visée, sans préciser dans quelle mesure le défaut de communication des justificatifs demandés par la société Artifax avait porté préjudice à cette dernière, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du code civil ;

Mais attendu, d'une part, que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de la volonté des parties, rendue nécessaire par l'imprécision du contrat, que la cour d'appel a dit que la sanction de la déchéance du droit d'obtenir paiement des sommes dues au titre d'un événement entrant dans le champ de la garantie de passif était applicable en cas d'inexécution par le bénéficiaire de son obligation de communiquer au garant, dans le délai convenu, les informations ou documents demandés par ce dernier à la suite de la notification de l'événement considéré ;

Et attendu, d'autre part, que la cour d'appel n'avait pas à procéder à la recherche invoquée par la seconde branche, qui ne lui était pas demandée ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Mais sur le cinquième moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 455 du code de procédure civile ;

Attendu que pour limiter à la somme de 39 533,92 euros l'indemnité allouée à la société Suberdine au titre de sa demande, d'un montant de 422 842,89 euros, fondée sur un redressement de TVA opéré par l'administration fiscale à la charge de la société Univercell pour les exercices 1996 à 1999, l'arrêt retient qu'une provision a été constituée sur les redressements de TVA en cours à hauteur de 383 308,97 euros et qu'il en est fait mention dans les annexes du bilan de l'exercice 2000, porté à la connaissance de la société Suberdine ;

Attendu qu'en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions des liquidateurs qui faisaient valoir que la garantie consentie à la société

Suberdine ne s'appliquait pas seulement en cas de révélation d'un passif non provisionné ou insuffisamment provisionné au bilan arrêté au 31 décembre 2000 mais qu'elle prévoyait aussi, de manière complémentaire, que seraient indemnisées toutes les conséquences dommageables pour le bénéficiaire de l'inexactitude de l'une des déclarations du garant et que celui-ci avait déclaré qu'il n'existait aucune dette fiscale, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la seconde branche du cinquième moyen :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a rejeté la demande de M. Laure, agissant en qualité de liquidateur de la société Suberdine, en liquidation judiciaire, tendant à la condamnation de la société Artifax au paiement de la somme de 422 842,89 euros en exécution de la convention de garantie du 11 avril 2001, l'arrêt rendu entre les parties, le 22 janvier 2013, par la cour d'appel de Montpellier ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Montpellier, autrement composée ;

Condamne la société Artifax aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du vingt et un octobre deux mille quatorze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Delaporte, Briard et Trichet, avocat aux Conseils, pour M. Laure et Mme Chaudon, ès qualités.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré recevables les conclusions de la société Artifax ;

Aux motifs que « l'action engagée par la société Suberdine par exploit du 28 avril 2003 est fondée sur l'exécution de la convention de garantie conclue le 11 avril 2001, concomitamment à l'acte de cession des actions détenues par la société Artifax au sein de la société Univercell Telecom ; que ces deux conventions prévoient que tout différend concernant leur exécution serait résolu conformément à la loi française et soumis au tribunal de commerce de Marseille ; qu'en conséquence et en premier lieu, ce sont les règles du droit français qui sont applicables, en l'espèce, et non la loi chypriote ; que la société Artifax produit plusieurs documents datés des 2 juin 2011 et 16 novembre 2012, émanant du département du registre des sociétés et du receveur officiel de Nicosie dépendant du ministère du commerce, de l'industrie et du commerce de la République de Chypre, établissant que la société Artifax est immatriculée en qualité de société à responsabilité limitée depuis le 22 novembre 1995 et que son siège social est situé : Arch. Makariou III, 244 P. Lordos Center Block A, Flat/office 502 à Limassol ; que ce siège social est bien celui figurant sur tous les actes de procédure depuis l'introduction de l'action ; que toutefois, les appelantes considèrent que tant le siège social que l'existence même de la société Artifax sont fictifs dans la mesure où :

*les conventions ont été signées à Paris par Mme Baladi, résidant à Saint Cloud ;

*les courriers émanant de la société Artifax n'ont pas été envoyés de Chypre et leur en-tête ne comporte aucun numéro de téléphone ou de fax ;

*les lettres adressées par la société Suberdine sont revenues avec la mention "non réclamée" ;

*la notification de l'option de paiement a été faite par un cabinet d'avocats alors qu'aucune clause d'élection de domicile n'a été convenue entre parties ;

*l'entrée de l'immeuble où est situé le siège social comporte une plaque mentionnant le nom de Mme Fryda, avocate, mais pas celui de la société Artifax, contrairement aux prescriptions de la loi chypriote ;

*les comptes sociaux et les rapports annuels ne sont pas publiés depuis 1997, ce qui révèle une absence d'activité et n'est pas conforme aux obligations mises à la charge des sociétés commerciales chypriotes depuis 2003 ;

*le correspondant de la société Artifax, en l'occurrence, Mme Fryda, secrétaire, n'a pas pu être jointe en octobre 2010 et le 1er mars 2012 ;

*la société Artifax ne dispose pas d'une ligne téléphonique et d'un fax ;

qu'il y a lieu d'observer, en premier lieu, que les appelantes qui contestent l'existence juridique de la société Artifax ne remettent pas en cause la validité de l'acte de cession des actions et de la convention de garantie conclues avec cette société puisque leur demande tend à obtenir une compensation entre le prix de cession et l'indemnité due au titre de la garantie de passif et d'actif ; que de plus, et en vertu du principe selon lequel l'intérêt et la qualité à agir ou défendre en justice s'apprécient au jour de l'introduction de la demande, l'existence juridique de la société Artifax doit être appréciée au 9 septembre 2005, date à laquelle elle a formulé une demande de fixation de sa créance au passif de la procédure collective de la société Suberdine ; qu'il n'est nullement établi par les pièces produites, notamment le rapport "Info Clipper" en date du 29 janvier 2010 qui précise que "les informations sont fournies à titre indicatif et sans aucune garantie" et les constatations faites par un avocat du cabinet de M. Lycourgos, le 1er mars 2012, que la société Artifax était dépourvue de toute existence juridique en septembre 2005 alors même qu'elle est immatriculée depuis 1995 et qu'elle est toujours en activité selon les certificats émis par le département du registre des sociétés et notamment ceux datés du 16 novembre 2012 ; que sur ce point, il convient de rappeler qu'aux termes de l'article L. 210-6 du code de commerce, les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés ; que le défaut d'accomplissement des obligations mises à leur charge au titre de la publicité des comptes sociaux et rapports annuels n'a pas pour effet de les priver automatiquement de toute capacité juridique ; que sur ce point, l'absence de publicité des documents sociaux de la société Artifax depuis 1998 n'a pas eu d'incidence sur la personnalité morale de celle-ci et sur la réalité de son siège social, tant au regard de la législation française qu'au regard de législation chypriote ; qu'aucune décision de radiation de cette société n'a été prise par l'autorité compétente à Chypre pour non-respect des dispositions du "Company Laws", énoncées dans le certificat de coutume établi par M. Lycourgos, le 16 mars 2012 ; que la convention de garantie dont la société Suberdine sollicite la mise en oeuvre prévoit en son article que, pour son exécution et ses suites, les parties font élection de domicile en leur domicile tel que figurant en en-tête et dans le cas où le domicile élu viendrait à changer, la société Artifax s'engage à communiquer à la société Suberdine, sous quinzaine par lettre recommandée avec accusé de réception, la nouvelle adresse choisie ; que dans le courrier du 1er avril 2003, la société Artifax, représentée par Mme Baladi, a précisé à la société Suberdine que le règlement du prix de cession ainsi que toutes les correspondances à venir relatives à cette affaire devaient être adressées à M. Schwarzmann, avocat au Barreau de Paris ; qu'il ne peut donc être déduit de cette élection de domicile prévue par le contrat de garantie, une fictivité du siège social de la société Artifax ; que le fait que les correspondances adressées par Mme

Baladi, en sa qualité de représentante de la société Artifax, ne mentionnent pas de numéro de fax et de téléphone et que Mme Fryda, enregistrée en qualité de secrétaire de la société Artifax sur le registre des sociétés, n'ait pas pu être jointe les 27 janvier 2010 et 1er mars 2012 ne démontrent pas que le siège social n'est pas réel ; que Mme Fryda, avocate au barreau de Chypre depuis 1985, a attesté le 27 novembre 2003 que la société Artifax a son siège social à la même adresse que son cabinet et qu'elle a qualité pour recevoir tous les documents concernant cette société dont l'adresse doit être complétée d'un numéro de boîte postale (54327) afin d'éviter les dysfonctionnements récurrents du service des postes chypriote ; que dans un courrier du 16 novembre 2012, elle précise qu'elle exerce en toute légalité les fonctions de secrétaire de la société Artifax, tel que cela résulte des certificats émanant du "Registrar of companies" et que la fixation du siège social à son bureau depuis l'immatriculation est conforme à la législation chypriote ; qu'il y a lieu de souligner que les comptes sociaux et le rapport de l'année 1997 ont été déposés par Mme Fryda en sa qualité de secrétaire de la société Artifax et que la légalité dont elle se prévaut n'est pas remise en cause par M. Lycourgos dans les certificats de coutume qu'il a rédigés ; que la référence à un numéro de boîte postale ne signifie pas que le siège social de la société Artifax se limite à une boîte postale, comme il est prétendu, alors que l'en-tête du courrier de Mme Fryda porte le même numéro dans le cadre des informations relatives l'adresse de son cabinet et qu'elle rappelle qu'une telle précision s'impose pour assurer un acheminement correct du courrier ; que le lien de parenté existant entre certains associés de la société Artifax avec Mme Fryda ne saurait établir qu'il s'agit de prête-noms n'étant liés par aucun affectio societatis, étant observé que l'allégation selon laquelle la société Artifax aurait été créée dans le seul but de détourner les règles fiscales françaises en matière d'impositions sur les plus-values de cession est totalement injustifiée puisque son immatriculation date de 1995 et que la cession de la totalité des actions formant le capital social de la société Univercell Telecom a été conclue en avril 2001 ; qu'en l'état de tous ces éléments, la fictivité tant du siège social que de la société Artifax, invoquée par les appelantes, n'est pas caractérisée ; que les fins de non-recevoir fondées sur les articles 122 et 961 du code de procédure civile doivent être rejetées » (arrêt attaqué, p. 15, § 4 à p. 18, 1er §) ;

Alors d'une part que toute société figurant à une instance d'appel doit indiquer l'adresse de son siège réel dans ses conclusions, s'agirait-il d'une société de droit étranger ; que le siège réel d'une société s'entend de son lieu de direction effective ; que, si ce lieu est présumé correspondre au siège statutaire, il ne s'agit cependant que d'une présomption simple pouvant être combattue par tous moyens ; qu'au cas présent, il ressort des propres constatations de l'arrêt attaqué (p. 17, § 3) que le siège statutaire de la société Artifax était fixé à l'adresse du cabinet d'avocat chypriote de Me Yioula Fryda ; qu'en refusant néanmoins de reconnaître un caractère fictif à ce siège statutaire, sans préciser en quoi le cabinet d'avocat au sein

duquel il était localisé pouvait correspondre à un lieu de direction effective, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 960 et 961 du code de procédure civile ;

Alors d'autre part que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ; qu'il résulte de l'article 10 de la convention de garantie du avril 2001 que, pour l'exécution de cette convention, chaque partie « élisait » domicile en son siège social, et s'engageait à faire connaître tout changement éventuel dans l'adresse de ce siège ; qu'en relevant, pour dénier toute portée à la lettre expédiée le 1er avril 2003 par la société Artifax en provenance du cabinet d'avocats parisien de Me Schwarzmann, qu'il était conforme à l'article 10 de la convention de garantie d'élire domicile en ce cabinet, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;

Alors en outre que les juges du fond sont tenus d'analyser, même sommairement, les éléments de preuve versés aux débats par les parties ; qu'en refusant de reconnaître un caractère fictif au siège statutaire d'Artifax, fixé à l'adresse du cabinet d'avocat chypriote de Me Fryda, sans s'expliquer sur les énonciations du certificat du mars 2012 régulièrement produit par les liquidateurs, dans lequel Me Lycourgos soulignait que le nom de la société Artifax ne figurait pas à l'extérieur des locaux considérés, comme l'exigeait pourtant la loi chypriote, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir écarté la fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité et d'intérêt à agir de la société Artifax, et d'avoir, en conséquence, déclaré recevables les prétentions de cette société ;

Aux motifs que « l'action engagée par la société Suberdine par exploit du 28 avril 2003 est fondée sur l'exécution de la convention de garantie conclue le 11 avril 2001, concomitamment à l'acte de cession des actions détenues par la société Artifax au sein de la société Univercell Telecom ; que ces deux conventions prévoient que tout différend concernant leur exécution serait résolu conformément à la loi française et soumis au tribunal de commerce de Marseille ; qu'en conséquence et en premier lieu, ce sont les règles du droit français qui sont applicables, en l'espèce, et non la loi chypriote ; que la société Artifax produit plusieurs documents datés des 2 juin 2011 et 16 novembre 2012, émanant du département du registre des sociétés et du receveur officiel de Nicosie dépendant du ministère du commerce, de l'industrie et du commerce de la République de Chypre, établissant que la société Artifax est immatriculée en qualité de société à responsabilité limitée depuis le 22 novembre 1995 et que son siège social est situé : Arch. Makariou III, 244 P. Lordos Center Block A, Flat/office 502 à Limassol ; que ce siège social est bien celui figurant sur tous les actes de procédure depuis

l'introduction de l'action ; que toutefois, les appelantes considèrent que tant le siège social que l'existence même de la société Artifax sont fictifs dans la mesure où :

*les conventions ont été signées à Paris par Mme Baladi, résidant à Saint Cloud ;

*les courriers émanant de la société Artifax n'ont pas été envoyés de Chypre et leur en-tête ne comporte aucun numéro de téléphone ou de fax ;

*les lettres adressées par la société Suberdine sont revenues avec la mention "non réclamée" ;

*la notification de l'option de paiement a été faite par un cabinet d'avocats alors qu'aucune clause d'élection de domicile n'a été convenue entre parties ;

*l'entrée de l'immeuble où est situé le siège social comporte une plaque mentionnant le nom de Mme Fryda, avocate, mais pas celui de la société Artifax, contrairement aux prescriptions de la loi chypriote ;

*les comptes sociaux et les rapports annuels ne sont pas publiés depuis 1997, ce qui révèle une absence d'activité et n'est pas conforme aux obligations mises à la charge des sociétés commerciales chypriotes depuis 2003 ;

*le correspondant de la société Artifax, en l'occurrence, Mme Fryda, secrétaire, n'a pas pu être jointe en octobre 2010 et le 1er mars 2012 ;

*la société Artifax ne dispose pas d'une ligne téléphonique et d'un fax ;
qu'il y a lieu d'observer, en premier lieu, que les appelantes qui contestent l'existence juridique de la société Artifax ne remettent pas en cause la validité de l'acte de cession des actions et de la convention de garantie conclues avec cette société puisque leur demande tend à obtenir une compensation entre le prix de cession et l'indemnité due au titre de la garantie de passif et d'actif ; que de plus, et en vertu du principe selon lequel l'intérêt et la qualité à agir ou défendre en justice s'apprécient au jour de l'introduction de la demande, l'existence juridique de la société Artifax doit être appréciée au 9 septembre 2005, date à laquelle elle a formulé une demande de fixation de sa créance au passif de la procédure collective de la société Suberdine ; qu'il n'est nullement établi par les pièces produites, notamment le rapport "Info Clipper" en date du 29 janvier 2010 qui précise que "les informations sont fournies à titre indicatif et sans aucune garantie" et les constatations faites par un avocat du cabinet de M. Lycourgos, le 1er mars 2012, que la société Artifax était dépourvue de toute existence juridique en septembre 2005 alors même qu'elle est immatriculée depuis 1995 et qu'elle est toujours en activité selon les certificats émis par le département du registre des sociétés et notamment ceux datés du 16 novembre 2012 ; que sur ce point, il convient de rappeler qu'aux termes de l'article L. 210-6 du code de commerce, les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés ; que le défaut d'accomplissement des obligations mises à leur charge au titre de la publicité des comptes sociaux et rapports annuels n'a pas pour effet de les priver automatiquement de toute capacité juridique ; que sur ce point, l'absence de

publicité des documents sociaux de la société Artifax depuis 1998 n'a pas eu d'incidence sur la personnalité morale de celle-ci et sur la réalité de son siège social, tant au regard de la législation française qu'au regard de législation chypriote ; qu'aucune décision de radiation de cette société n'a été prise par l'autorité compétente à Chypre pour non-respect des dispositions du "Company Laws", énoncées dans le certificat de coutume établi par M. Lycourgos, le 16 mars 2012 ; que la convention de garantie dont la société Suberdine sollicite la mise en oeuvre prévoit en son article que, pour son exécution et ses suites, les parties font élection de domicile en leur domicile tel que figurant en en-tête et dans le cas où le domicile élu viendrait à changer, la société Artifax s'engage à communiquer à la société Suberdine, sous quinzaine par lettre recommandée avec accusé de réception, la nouvelle adresse choisie ; que dans le courrier du 1er avril 2003, la société Artifax, représentée par Mme Baladi, a précisé à la société Suberdine que le règlement du prix de cession ainsi que toutes les correspondances à venir relatives à cette affaire devaient être adressées à M. Schwarzmann, avocat au Barreau de Paris ; qu'il ne peut donc être déduit de cette élection de domicile prévue par le contrat de garantie, une fictivité du siège social de la société Artifax ; que le fait que les correspondances adressées par Mme Baladi, en sa qualité de représentante de la société Artifax, ne mentionnent pas de numéro de fax et de téléphone et que Mme Fryda, enregistrée en qualité de secrétaire de la société Artifax sur le registre des sociétés, n'ait pas pu être jointe les 27 janvier 2010 et 1er mars 2012 ne démontrent pas que le siège social n'est pas réel ; que Mme Fryda, avocate au barreau de Chypre depuis 1985, a attesté le 27 novembre 2003 que la société Artifax a son siège social à la même adresse que son cabinet et qu'elle a qualité pour recevoir tous les documents concernant cette société dont l'adresse doit être complétée d'un numéro de boîte postale (54327) afin d'éviter les dysfonctionnements récurrents du service des postes chypriote ; que dans un courrier du 16 novembre 2012, elle précise qu'elle exerce en toute légalité les fonctions de secrétaire de la société Artifax, tel que cela résulte des certificats émanant du "Registrar of companies" et que la fixation du siège social à son bureau depuis l'immatriculation est conforme à la législation chypriote ; qu'il y a lieu de souligner que les comptes sociaux et le rapport de l'année 1997 ont été déposés par Mme Fryda en sa qualité de secrétaire de la société Artifax et que la légalité dont elle se prévaut n'est pas remise en cause par M. Lycourgos dans les certificats de coutume qu'il a rédigés ; que la référence à un numéro de boîte postale ne signifie pas que le siège social de la société Artifax se limite à une boîte postale, comme il est prétendu, alors que l'en-tête du courrier de Mme Fryda porte le même numéro dans le cadre des informations relatives l'adresse de son cabinet et qu'elle rappelle qu'une telle précision s'impose pour assurer un acheminement correct du courrier ; que le lien de parenté existant entre certains associés de la société Artifax avec Mme Fryda ne saurait établir qu'il s'agit de prête-noms n'étant liés par aucun affectio societatis, étant observé que l'allégation selon laquelle la société Artifax aurait été créée dans le seul but de détourner les règles

fiscales françaises en matière d'impositions sur les plus-values de cession est totalement injustifiée puisque son immatriculation date de 1995 et que la cession de la totalité des actions formant le capital social de la société Univercell Telecom a été conclue en avril 2001 ; qu'en l'état de tous ces éléments, la fictivité tant du siège social que de la société Artifax, invoquée par les appelantes, n'est pas caractérisée ; que les fins de non-recevoir fondées sur les articles 122 et 961 du code de procédure civile doivent être rejetées » (arrêt attaqué, p. 15, § 4 à p. 18, 1er §) ;

Alors premièrement que l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties, telles qu'elles résultent de leurs dernières conclusions ; que la fictivité d'une société, découlant de son absence de réalité concrète, n'est pas assimilable à une inexistance juridique ; qu'en énonçant que Me Laure et Mme Chaudon contestaient l'existence juridique de la société Artifax, quand seule la réalité concrète de cette société était remise en cause par ces parties, la cour d'appel a modifié l'objet du litige, en violation de l'article 4 du code de procédure civile ;

Alors deuxièmement que, pour contester le droit à agir de la société Artifax, Me Laure et Mme Chaudon faisaient observer, pièces à l'appui, que cette société était fictive, dans la mesure où elle n'avait pas d'activité sociale, ni d'organes de direction véritables, où elle n'avait pas publié de comptes sociaux ni de rapport annuel depuis 1997, et où il n'existait aucun affectio societatis entre ses associés (conclusions d'appel des liquidateurs, p. 23, § 3 à p. 31, § 6) ; qu'en relevant, pour écarter cette contestation, qu'il n'était pas établi qu'Artifax était dépourvue de toute existence juridique à la date d'introduction de son action, la cour d'appel, qui a confondu l'existence formelle et la réalité concrète de la société, a violé les articles 31 et 32 du code de procédure civile ;

Alors troisièmement que l'immatriculation et la personnalité morale d'une société sont des éléments impropres à établir son caractère non fictif ; qu'en se fondant sur de tels éléments pour écarter la contestation tirée de la fictivité de la société Artifax, et reconnaître à cette société le droit d'agir en fixation de la créance résultant du prix de cession des actions d'Univercell Telecom, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des mêmes textes ;

Alors quatrièmement qu'il n'est pas permis au juge de dénaturer les documents de la cause ; qu'en énonçant que la société Artifax était toujours en activité selon les certificats émis par le département du registre des sociétés chypriote, notamment ceux datés du 16 novembre 2012, quand ces documents se bornaient à certifier l'immatriculation de la société, l'identité de ses représentants, et l'adresse de son siège statutaire, la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis desdits certificats, en violation de l'article 1134 du code civil ;

Alors cinquièmement que Me Laure et Mme Chaudon se prévalaient, à titre d'élément de preuve du caractère fictif de la société Artifax, d'un rapport Info Clipper du 29 janvier 2010 ; qu'en écartant ce rapport au motif qu'il y était précisé que les informations fournies l'étaient à titre indicatif et sans aucune garantie, quand nulle indication de cette nature ne figurait audit rapport, la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis de ce document, violant, de plus fort, l'article 1134 du code civil ;

Alors sixièmement que tout jugement doit être motivé ; qu'en l'espèce, Me Laure et Mme Chaudon faisaient observer, sans être contredits par la société Artifax, que cette dernière, immatriculée en 1995, n'avait déposé au registre des sociétés chypriote qu'un seul rapport annuel, datant de 1997, et aucun état financier (conclusions d'appel des liquidateurs, p. 23, § 5 et 6, p. 28, § 7 à p. 29, § 7, p. 31, § 1 à 4) ; qu'en affirmant que les comptes sociaux et le rapport de l'année 1997 avaient été déposés par Me Fryda, en qualité de secrétaire de la société Artifax, sans préciser sur quel élément de preuve elle se fondait pour retenir que les documents déposés comprenaient les comptes sociaux, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Alors septièmement que, dans leurs conclusions d'appel (p. 27, § 4), Me Laure et Mme Chaudon faisaient valoir que la société Artifax avait été créée à Chypre pour éviter à la famille Hajjar, non seulement d'être imposée sur les plus-values qui seraient réalisées à l'occasion de la cession d'Univercell Telecom, mais aussi d'avoir à répondre des conséquences d'irrégularités fiscales commises antérieurement à cette cession, dans le cadre de la gestion d'Univercell Telecom ; qu'en déclarant infondée l'allégation, toute différente, selon laquelle Artifax avait été créée « dans le seul but » de détourner les règles fiscales françaises en matière d'impositions sur les plus-values de cession, la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis desdites conclusions, en violation de l'article 4 du code de procédure civile ;

Alors huitièmement que les termes du litige, tels qu'ils sont fixés par les conclusions respectives des parties, ne sauraient être modifiés par le juge ; que la société Artifax reconnaissait elle-même, dans ses conclusions d'appel (p. 10 numérotée 11, § 3), que ses parts étaient détenues par des "nominees", ce qui correspond, en droit anglosaxon, à la notion de prête-nom ; qu'en déclarant recevables les conclusions d'Artifax, mais en énonçant qu'il n'était pas établi que les associés apparents de cette société étaient des prête-noms, la cour d'appel a en tout état de cause méconnu les termes du litige, violant, de plus fort, l'article 4 du code de procédure civile.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté la demande de nullité de la déclaration de créance effectuée le 29 septembre 2003 par la société Artifax ;

Au motif que « la demande de nullité de la déclaration de créance de la société Artifax au passif de la procédure collective de la société Suberdine, qui est une défense au fond et non une exception de procédure, est inopérante en l'état du rejet de la fin de non-recevoir tenant au défaut de qualité et d'intérêt à agir » (arrêt attaqué, p. 18, § 4) ;

Alors que la cassation à intervenir sur le deuxième moyen, en tant qu'elle remettra en cause le rejet de la fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité et d'intérêt à agir de la société Artifax, entraînera par voie de conséquence, conformément à l'article 624 du code de procédure civile, la censure du chef de l'arrêt par lequel la cour d'appel a déduit de cette décision de rejet qu'il y avait lieu d'écarter également la demande de nullité de la déclaration de créance du 29 septembre 2003.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION (subsidaire par rapport au deuxième moyen)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué, confirmatif de ce chef, d'avoir rejeté la demande de condamnation de la société Artifax à payer la somme de 732 000 € au titre de créances douteuses et de sur-rémunérations relevant de la convention de garantie du avril 2001 ;

Aux motifs propres que « l'article 2 de la convention de garantie du 11 avril 2001 dispose que "le garant s'engage à supporter si, et exclusivement si, il demande le paiement de son crédit-vendeur, tel que stipulé à l'article 4-3-1 du protocole de cession de titres du 11 avril 2001 : -toute diminution affectant un quelconque poste d'actif après amortissements et provisions de la société ou augmentation affectant un quelconque poste du passif de la société par suite de la révélation d'un passif non comptabilisé ou de l'augmentation d'un passif non provisionné ou insuffisamment provisionné par rapport au poste dudit poste de l'actif ou du passif figurant au bilan au 31 décembre 2000, dès lors que la cause ou l'origine de l'augmentation de passif ou de la diminution de l'actif serait antérieure à la date de la cession" ; que l'article 3 de la convention prévoit "qu'en cas de survenance d'un événement susceptible d'entraîner l'application de la garantie le bénéficiaire s'engage à le notifier au garant par lettre recommandée avec accusé de réception adressée au domicile ci-après élu, dans un délai de 15 jours à compter du moment où il aura connaissance de cet événement. A compter de ladite notification, le garant disposera à sa demande d'un droit de communication de toutes informations ou documents utiles ou nécessaires à la défense de ses intérêts. Il disposera d'un délai de 30 jours pour notifier au bénéficiaire ses observations ou contestations. Si aucune réponse n'intervient dans le délai

de 30 jours de la notification précitée, le garant sera réputé consentir aux événements, réclamations ou litiges et le bénéficiaire pourra considérer que le garant les juge fondées. L'inexécution par le bénéficiaire de son obligation d'information du garant dans le délai prévu à l'article 3 emportera déchéance du droit de celui-ci à obtenir paiement des sommes qui lui sont dues au titre de l'événement considéré mais seulement à hauteur du préjudice effectivement subi par le garant par suite d'absence de son information dans ledit délai. En cas de réclamation de tiers, de litige survenant avec des tiers, de vérification fiscale ou sociale, le garant s'il en a informé le bénéficiaire qu'il ne conteste pas la réclamation aura la faculté d'assurer avec tout conseil de son choix, la représentation de la société dans toutes les discussions, transactions, à ses frais exclusifs et sous sa propre responsabilité ; que les articles 4 et 5 stipulent que toute demande de paiement devra être faite par le bénéficiaire avant le 31 mars 2003 et limitent le montant garanti à 14 millions de francs ; que par lettre recommandée avec accusé de réception du 19 septembre 2002, la société Suberdine a notifié à la société Artifax sa décision de mettre en jeu la garantie de passif à hauteur de 732 000 euros, correspondant à des créances douteuses et a annexé deux tableaux intitulés respectivement "analyse de créances clients" et "analyse des sur-rémunérations" ; qu'elle a précisé qu'elle tenait à l'entière disposition de M. Hajjar (président de la société Univercell Telecom jusqu'en septembre 2001), toutes les pièces qui lui seraient nécessaires afin de vérifier ces éléments et d'y apporter toutes précisions utiles ; qu'en réponse du 27 septembre 2007, la société Artifax a rappelé les conditions de mise en oeuvre de la convention de garantie et a mis en demeure la société Suberdine de lui adresser tous les justificatifs des créances prétendument douteuses en précisant que seuls les événements antérieurs au 11 avril 2001 ayant pour effet d'augmenter le passif ou de diminuer l'actif par rapport au bilan arrêté au 31 décembre 2000, pourraient être pris en compte et que la liste des créances clients mentionnait certaines créances postérieures à la date de cession des actions ; que cette mise en demeure tendant à obtenir l'information prévue contractuellement est restée sans effet ; que les appelantes prétendent que lors de la remise de la lettre datée du 27 septembre à Mme Chaudon par M. Hajjar, le 30 septembre 2002, ce dernier, principal animateur de la société Artifax, a pris connaissance de tous les documents concernant la réclamation ; qu'elles soutiennent également qu'il appartenait, en tout état de cause, à la société Artifax de consulter les pièces justificatives dans les locaux de la société Suberdine ; qu'une telle argumentation ne saurait être retenue alors même que la lettre du 27 septembre 2002 remise le 30 septembre 2002 met en demeure la société Suberdine de remplir l'obligation d'information mise à sa charge par l'article 3 de la convention de garantie et de lui adresser toutes les informations et documents justificatifs ; que de plus, il n'est pas établi que M. Hajjar, ancien président de la société Univercell Telecom, aurait été mandaté par la société Artifax pour prendre connaissance au siège de la société Suberdine desdits documents ; que la société Artifax est donc bien fondée à invoquer la

déchéance du droit d'obtenir paiement de la somme visée (732 000 euros) dans la lettre du 19 septembre 2002 puisqu'elle n'a pas respecté l'obligation d'information conventionnellement mise à sa charge ; que le jugement sera confirmé sur ce point » (arrêt attaqué, p. 18, pénult. § à p. 20, § 5) ;

Et aux motifs réputés adoptés des premiers juges qu'« il n'est pas contesté par SUBERDINE que son envoi du 19/09/2002 à la Société ARTIFAX ne saurait constituer, à lui seul, une demande documentée selon les exigences contractuelles de la garantie d'actif et de passif, objet de la convention du 11/04/2001 ; qu'ARTIFAX, conformément à ses obligations contractuelles a répondu le 27/09/2002 ; qu'elle manifestait le besoin d'obtenir des informations complémentaires nécessaires à sa vérification de la créance ainsi invoquée par SUBERDINE ; que l'examen de la lettre et ses annexes adressées par SUBERDINE à ARTIFAX le 27/09/2002, confirme la légitimité de la demande d'ARTIFAX ; que la mise à disposition, par SUBERDINE, des documents nécessaires à la vérification sollicitée par ARTIFAX, a été proposée par courrier adressé par SUBERDINE à Monsieur Ghassan HAJJAR, Président Directeur Général. de la Société UNIVERCELL TELECOM le 19/09/2002, Société dont le capital était, en totalité, détenu à cette date par SUBERDINE, et non à la société ARTIFAX ; que SUBERDINE ne saurait se prévaloir de la proposition de mise à disposition de documents faite à Monsieur HAJJAR pour justifier de son respect des exigences contractuelles de la garantie d'actif et de passif intervenue entre elle et la Société ARTIFAX ; que de surcroît et nonobstant cette proposition de mise à disposition de documents, la Société ARTIFAX, compte tenu du peu de consistance des informations communiquées par SUBERDINE dans sa lettre du 19/09/2002 pour étayer sa demande de mise en jeu de la garantie, se trouvait parfaitement légitime à souhaiter les précisions qu'elle a réclamées le 27/09/2002 ; qu'en conséquence, SUBERDINE ne contestant pas n'avoir apporté aucune réponse écrite à la demande de ARTIFAX du 27/09/2002 ni même aucune justification à sa demande du 17/09/2002 dans le cadre de la présente procédure, il y a lieu de constater que, conformément aux termes de la convention de garantie et de son article 3, la déchéance de droit de la Société SUBERDINE à obtenir paiement des sommes qui lui sont dues en application de la convention de garantie au titre de la demande considérée » (jugement entrepris, p. 6, § 1 à 6) ;

Alors d'une part que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ; qu'il résulte des propres énonciations de l'arrêt attaqué, reproduisant les stipulations de l'article 3 de la convention de garantie du 11 avril 2001, que seule l'inobservation du délai de quinze jours imparti au bénéficiaire pour notifier au garant tout événement susceptible de mettre en jeu la garantie était sanctionnée par une déchéance ; que cette sanction n'était pas prévue, en revanche, en cas d'abstention du bénéficiaire à communiquer les informations ou documents demandés par le garant, à la suite de la notification de l'événement considéré ; qu'en étendant malgré tout

la sanction à ce dernier cas de figure, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;

Alors subsidiairement, d'autre part, qu'il résulte des propres énonciations de l'arrêt attaqué, reproduisant les stipulations de l'article 3 de la convention de garantie du 11 avril 2001, que la déchéance encourue par le bénéficiaire, en cas d'inobservation du délai de notification lui étant imparti, ne s'appliquait qu'« à hauteur du préjudice effectivement subi par le garant par suite d'absence de son information dans ledit délai » ; qu'en déclarant le bénéficiaire déchu du droit d'obtenir paiement de la somme de 732 000 €, correspondant au montant intégral de la réclamation visée, sans préciser dans quelle mesure le défaut de communication des justificatifs demandés par la société Artifax avait porté préjudice à cette dernière, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du code civil.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION (également subsidiaire par rapport au deuxième moyen)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué, confirmatif de ce chef, d'avoir limité à la somme principale de 39 533,92 € le montant de la condamnation prononcée contre la société Artifax au titre d'un redressement de TVA relevant de la convention de garantie du 11 avril 2001 ;

Aux motifs propres qu'« en ce qui concerne le redressement de TVA émanant de la recette principale de Saint Denis, le tribunal administratif de Cergy Pontoise a, par jugement du 3 juillet 2007, rejeté le recours initié par la société Univercell Telecom et a fixé la créance à la somme de 422 842,89 euros (1996 à 1999) ; que contrairement à ce que soutiennent les appelantes, il résulte du bilan de la société Univercell Telecom arrêté au 30 décembre 2000 ayant servi de base à la convention de garantie et à la valorisation des actions cédées, qu'une provision a été constituée pour redressement de TVA des exercices 1997 et 1998 d'un montant de 2 514 342 francs soit 383 308,97 euros ; qu'il ne peut être sérieusement soutenu que cette provision sur les redressements de TVA en cours dont il est fait mention expressément dans les annexes du bilan de l'exercice comptable de l'année 2000 n'ait pas été portée à la connaissance de la société Suberdine alors même qu'il est fait référence à ce bilan dans le protocole de cession de titres et dans la convention de garantie et qu'un rapport d'audit exhaustif portant sur la situation financière, juridique et économique de la société Univercell Telecom au titre des exercices 1997 à 2000 a précédé la conclusion de ces contrats ; que la dissimulation et les manoeuvres dolosives alléguées par les appelantes sont dénuées de fondement sérieux ; que la garantie due par la société Artifax ne peut donc jouer qu'à hauteur de la somme de 39 533,92 euros (422 842,89 - 383 308,97 euros) » (arrêt attaqué, p. 20, pénult. § à p. 21, § 2) ;

Et aux motifs réputés adoptés des premiers juges que « la créance réclamée par la Recette Principale de ST DENIS le 20/01/2004 au passif de la Liquidation Judiciaire de la Société UNIVERCELL TELECOM porte sur un redressement fiscal de TVA relatif aux exercices 1996 et 1999 et 2003 ; que son montant est de 435 145,89 Euros dont 12 303,00 Euros concernent l'exercice 2003 ; que la somme due par UNIVERCELL TELECOM au titre de la période antérieure à la cession de ces titres par ARTIFAX à SUBERDINE s'élève donc à 422 842,89 Euros ; que l'extrait du bilan de l'exercice 2000 de la Société UNIVERCELL TELECOM, versé aux débats, et sur la base duquel s'est effectuée l'opération de cession de titres, fait apparaître une provision fiscale constituée pour redressement de TVA des exercices 1997 et 1998 dont le montant est de 2 514 342 F, soit 383 308,97 Euros ; qu'ainsi la réclamation faite par SUBERDINE à ce titre, en application de la convention de garantie doit être limitée au montant du redressement non provisionné dans les comptes de UNIVERCELL TELECOM au 31/12/2000 soit : 422 842,89 Euros - 383 308,97 Euros = 39 533,92 Euros » (jugement entrepris, p. 7, § 5 à 8) ;

Alors d'une part que tout jugement doit être motivé ; qu'en rejetant partiellement la demande de paiement, par la société Artifax, de la somme de 422 842,89 € au titre d'un redressement de TVA relevant de la convention de garantie du 11 avril 2001, sans répondre au chef de conclusions (p. 45, § 3 à 11) par lequel Me Laure et Mme Chaudon faisaient valoir que la garantie consentie à la société Suberdine ne portait pas seulement sur l'état du passif figurant au bilan du 31 décembre 2000, mais aussi, de manière complémentaire, sur l'exactitude des déclarations du garant relatives au respect des obligations fiscales d'Univercell Telecom, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Alors d'autre part que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ; qu'il résulte des stipulations de l'article 2 de la convention de garantie du 11 avril 2001, telles qu'elles sont reproduites par l'arrêt attaqué, que cette convention imposait une comparaison poste par poste du passif comptabilisé ou provisionné au 31 décembre 2000, d'un côté, avec le passif révélé postérieurement à la cession de titres, de l'autre ; qu'en constatant que le redressement de TVA de 422 842,89 € à raison duquel la garantie d'Artifax était sollicitée portait sur les exercices 1996 à 1999, tandis que le redressement de TVA de 383 308,97 € provisionné au bilan de l'exercice 2000 était afférent aux seuls exercices 1997 et 1998, mais en se bornant néanmoins à imputer globalement le montant provisionné, la cour d'appel, qui n'a pas recherché dans quelle proportion le redressement de 422 842,89 € se rattachait aux exercices 1997 et 1998 pour lesquels la provision avait été faite, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du code civil.