

Arrêt civil.

Audience publique du vingt et un novembre deux mille douze.

Numéro 30531 du registre.

Composition:

*Étienne SCHMIT, président de chambre;
Gilbert HOFFMANN, premier conseiller;
Brigitte KONZ, conseillère, et
Jean-Paul TACCHINI, greffier.*

E n t r e :

1) SOC.1.) société anonyme, établie et ayant son siège social à L-(...),
2) SOC.2.) société à responsabilité limitée, établie et ayant son siège social à L-(...),
*appelantes aux termes d'exploits des huissiers de justice Pierre Kremmer de Luxembourg en date du 19 avril 2005 et Alex Mertzig de Diekirch en date du 20 avril 2005,
comparant par Maître Jean-Paul Noesen, avocat à Luxembourg,*

e t :

1) A.), expert-comptable, demeurant à L-(...),
*intimé aux fins du susdit exploit Alex Mertzig,
comparant par Maître Gaston Vogel, avocat à Luxembourg,*
2) B.), administrateur de sociétés, demeurant à L-(...),
*intimée aux fins du susdit exploit Pierre Kremmer,
comparant par Maître Gaston Vogel, avocat à Luxembourg,*
3) C.), employée, demeurant à L-(...),
4) D.), employé, demeurant à L-(...),
5) E.), commissaire aux comptes, demeurant à L-(...),
*intimés aux fins du susdit exploit Pierre Kremmer,
comparant par Maître Lydie Lorang, avocat à Luxembourg.*

LA COUR D'APPEL:

Vu l'appel relevé par actes séparés des 19 et 20 avril 2005 par les sociétés SOC.1.) SA et SOC.2.) SARL (ci-après la société SOC.2.)) du jugement rendu le 9 février 2005 entre, d'une part, les appelantes susnommées et SOC.3.) SA (ci-après SOC.3.)), et, d'autre part, A.), B.), épouse ..., C.), D.) et E.).

Revu l'arrêt de la présente chambre de la Cour d'appel du 16 mars 2011, qui, après avoir exposé les deux affaires distinctes opposant les parties – soit l'affaire du prêt de la société SOC.2.) et l'affaire dite SOC.4.) SA – a prononcé la révocation de l'ordonnance de clôture pour leur permettre d'instruire le dossier plus amplement.

Quant aux faits et rétroactes procéduraux, la Cour rappelle que, suivant assignation du 22 décembre 1999 devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, le litige oppose SOC.1.) demandant condamnation *in solidum* de A.), B.), C.), D.) et E.) au paiement de dommages-intérêts de 140.084.565 frs, soit un principal de : 31.000.903 + 45.000.000 + 27.228.216, moins les paiements de 11 x 356.000, plus les intérêts du 14 juillet 1991 jusqu'au 30 décembre 1999, ce montant avec les intérêts légaux comme il est précisé dans ladite assignation. Suivant assignation des 27 et 28 mars 2001, dite subsidiaire à celle antérieure, le litige oppose comme parties demanderesses SOC.1.), SOC.3.) et la société SOC.2.) aux parties défenderesses susnommées.

Avant d'entamer les actions devant le tribunal civil, SOC.1.) avait porté plainte contre A.) devant le juge d'instruction près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg par lettre déposée le 20 décembre 1999 avec constitution de partie civile. Le Ministère public, de son côté, avait requis le 9 mars 2000 contre A.) l'ouverture d'une information pour « abus de biens sociaux, escroquerie, abus de confiance, faux en écritures ». L'information judiciaire, tout comme le litige civil, portait sur des détournements frauduleux de sommes d'argent au préjudice de la société SOC.1.) survenus en 1991 et 1993 et à l'occasion de la vente d'un immeuble le 2 octobre 1998. Il est reconnu en cause que les mêmes faits gisent à la base tant de l'instruction pénale que du litige civil.

Le 16 décembre 2009, le juge d'instruction avait rendu une ordonnance de non-inculpation dont SOC.1.) avait relevé appel.

Par arrêt du 18 mai 2010, la chambre du conseil de la Cour d'appel avait confirmé ladite ordonnance aux motifs que, la plainte ayant été déposée longtemps après les faits en question, bon nombre de documents bancaires et comptables qui auraient permis de retracer les flux d'argent entre les diverses sociétés impliquées dans les opérations litigieuses et d'en déterminer les causes exactes n'existent plus à l'heure actuelle à telle enseigne que les seuls éléments de preuve rassemblés en cause manquent de fiabilité et ne permettent pas de prouver les faits délictueux allégués.

D'emblée, la Cour note que, contrairement aux conclusions des parties appelantes, c'est à juste titre qu'il a été sursis à statuer sur les conclusions d'appel, ce en vertu de la règle d'ordre public de l'article 3, al. 2 CIC disposant à propos de l'action civile exercée séparément de l'action publique que « l'exercice en est suspendu tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique intentée avant ou pendant l'action civile ». Cela vaut aussi, dans l'affaire dite SOC.4.) SA, pour la question de savoir qui, de SOC.1.) ou de F.), a droit à indemnisation, car il s'agit là non pas d'une question de qualité procédurale, comme le soutient la partie SOC.1.), mais de fond.

Dans le même contexte, les parties avaient été invitées à conclure sur les conséquences à tirer, le cas échéant, sur le plan de la régularité du jugement déféré rendu nonobstant l'action pénale en cours, question que la présente juridiction est nécessairement amenée à résoudre. D'un autre côté, il y a lieu de statuer sur le moyen d'irrecevabilité de l'action civile, tiré de la règle « *una via electa, non datur recursus ad alteram* » soulevée par le litismandataire des parties A.) et B.). Les intimés ont opposé l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil. Le litismandataire des parties C.), D.) et E.) a encore opposé la prescription de l'article 157 de la loi sur les sociétés.

Ces questions ne peuvent être examinées au degré d'appel qu'au cas où l'appel a été régulièrement interjeté. Il y a donc lieu d'examiner d'abord les moyens de nullité et d'irrecevabilité de l'appel opposés par les parties intimées. En troisième lieu, le litige sera examiné au point de vue de la prescription et au fond.

1) La régularité de l'appel

D'emblée la Cour relève que si le litismandataire des parties C.), D.) et E.) a évoqué le libellé obscur de l'acte d'appel pour

ce qui concerne les faits reprochés à ses parties et les bases juridiques invoquées, il n'a pas pour autant conclu à la nullité de l'acte d'appel, mais s'est réservé de conclure plus amplement après d'éventuels éclaircissements à apporter par les parties appelantes.

a) Le litismandataire des parties A.) et B.) a conclu à l'irrecevabilité de l'appel interjeté par SOC.1.) au motif que cette dernière y figure comme société à responsabilité limitée alors qu'elle a la forme sociale d'une société anonyme ; il y aurait défaut de qualité. Pour le même motif, le litismandataire des parties C.), D.) et E.) a conclu à la nullité de l'acte d'appel.

SOC.1.), à l'origine une société à responsabilité limitée, était devenue une société anonyme par décision du 27 novembre 2000. Le jugement dont appel a été relevé a été rendu contre SOC.1.) SA.

Le moyen est à écarter en application de l'article 264 NCPC, s'agissant, non pas d'un défaut de qualité, mais simplement d'une nullité de forme qui n'a pu porter atteinte aux droits de la défense des parties adverses ; celles-ci ne pouvaient pas se méprendre sur l'identité de la personne appelante en question.

b) Le litismandataire des parties A.) et B.) a encore conclu à l'irrecevabilité de l'appel pour défaut de mise en cause de la société SOC.3.).

A ce propos, il faut rappeler que par décision du 30 mai 2002, SOC.1.) SA avait procédé à une augmentation de capital moyennant apport en nature de l'actif et du passif des trois sociétés SOC.5.) SA, SOC.3.) SA et SOC.2.) SARL avec stipulation que « tous les procès en cours dans lesquels les sociétés SOC.3.), SOC.5.) et SOC.2.) seraient impliquées seront également repris par la société SOC.1.) SA ». Le même jour, les sociétés SOC.3.) et SOC.5.) avaient été mises en liquidation et leur liquidation avait été clôturée par acte notarié du 3 juin 2002. La société SOC.2.) n'avait pas été formellement liquidée nonobstant l'apport en nature à SOC.1.) de l'universalité de son patrimoine d'entreprise. SOC.3.), après son absorption par SOC.1.), a cessé de figurer au procès de première instance. Le tribunal d'arrondissement a noté que les sommes qui seraient éventuellement à allouer pour compte de SOC.3.) devront revenir à SOC.1.). SOC.3.) n'a donc pas à figurer dans l'instance d'appel. A noter que la société SOC.2.) avait été maintenue dans la procédure pour se voir allouer, le

cas échéant, les sommes dont elle serait déclarée créancière. Le moyen ne porte pas.

c) Concernant le volet du procès relatif au prêt de la société SOC.2.), les parties A.) et B.) ont soulevé l'irrecevabilité de l'appel en déclarant que le tribunal d'arrondissement n'a pas statué au fond sur ce volet. Les autres parties intimées se sont ralliées à ces conclusions pour autant qu'elles soient concernées.

Dans le jugement déféré, les défendeurs B.), C.), D.) et E.) ont été mises hors de cause pour l'intégralité du procès. Dans l'acte d'appel, les sociétés appelantes critiquent cette mise hors de cause. Pour ce qui concerne spécialement le volet du prêt de la société SOC.2.), les demandes en indemnisation ont été rejetées à l'égard de B.), C.) et E.) au fond. D.) n'avait rien à voir dans l'affaire du prêt de la société SOC.2.). En mettant hors de cause B.), C.), D.) et E.), le tribunal d'arrondissement a donc régulièrement, quant à ceux-ci, tranché au dispositif du jugement déféré une partie du principal du litige du prêt de la société SOC.2.). A ce point de vue, l'appel relevé contre eux est recevable en application des articles 579 et 580 NCPC.

Il reste à examiner si le tribunal d'arrondissement a tranché une partie du principal envers A.) dans le volet du prêt de la société SOC.2.). Pour la compréhension de ce qui va suivre, il faut connaître les faits à la base de l'affaire du prêt de la société SOC.2.).

Le nommé F.) est le bénéficiaire économique de la société SOC.1.). SOC.1.) contrôle à 99 % la société SOC.5.) et SOC.3.). La société SOC.5.) contrôle la société SOC.2.) était expert-comptable des sociétés de F.) impliquées dans l'affaire du prêt de la société SOC.2.), à savoir SOC.1.), SOC.5.), SOC.3.) et SOC.2.). Il était aussi administrateur des trois dernières sociétés. Par ailleurs, B.) et C.) étaient également administrateurs de SOC.3.) et de SOC.5.), E.) était commissaire aux comptes des sociétés SOC.5.), SOC.3.) et SOC.2.).

La société SOC.2.) avait contracté le 29 janvier 1991 un prêt hypothécaire de 36.600.000 frs à la B.1.). SOC.1.) avait décidé de rembourser le solde de ce prêt qui était alors de 31.000.903 frs. A la même époque, par avenant du 12 août 1993 audit contrat de prêt, la société SOC.5.) avait repris le prêt à son nom

avec stipulation que SOC.5.) et la société SOC.2.), dans leurs relations avec la B.1.), étaient débitrices solidaires.

Le montant 31.000.903 frs avait été viré le 14 juillet 1993 (donc avant l'avenant) par SOC.1.), non pas sur le compte débiteur de la société SOC.2.) à la B.1.) comme il aurait été normal, mais sur un compte bancaire de SOC.3.), comme A.) l'aurait conseillé à F.). A.), en tant qu'administrateur de SOC.3.), au lieu d'affecter les fonds reçus au remboursement du prêt de la société SOC.2.), avait transféré le 29 juillet 1993 par chèque bancaire le montant de 31 millions sur le compte de SOC.6.) SA à la B.2.), sous son contrôle, et de là, il aurait transféré les fonds à la société SOC.7.) également sous son contrôle apparemment en difficultés financières ou encore à d'autres sociétés. D'après les défendeurs, l'argent aurait dû être versé directement par SOC.1.) à la société SOC.5.), mais que cela aurait été par erreur que SOC.1.) avait versé l'argent sur le compte bancaire de la société SOC.3.). Par la suite, le prêt avait été remboursé un certain temps par la société SOC.5.) moyennant des fonds provenant de SOC.6.) jusqu'à ce que cette dernière arrêtât les paiements. A.) aurait « occulté ces paiements dans les livres de SOC.5.) ». Le prêt n'étant plus remboursé, la B.1.) avait le 27 août 1997 fait un commandement à la société SOC.2.), représentée par A.), et à SOC.5.) de lui payer la somme de 36.910.809 frs, valeur au 30 juin 1997. F.) aurait découvert la fraude à ce moment-là.

SOC.1.) avait recherché la responsabilité de A.) sur le fondement du mandat de droit commun des articles 1991 et 1992 C. civ. pour son intervention de conseiller comptable, et sur le fondement de la loi sur les sociétés commerciales, article 59, al. 2 relatif aux sociétés anonymes et article 192 relatif aux sociétés à responsabilité limitée, en tant qu'administrateur de SOC.5.), de SOC.3.) et de SOC.2.), et, en dernière subsidiarité, sur le fondement de l'article 1382 C. civ. L'article 59, al. 2 dispose que : « (Les administrateurs) sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers tous tiers, de tous dommages-intérêts résultant d'infractions aux dispositions de la présente loi ou des statuts sociaux. Ils ne seront déchargés de cette responsabilité, quant aux infractions auxquelles ils n'ont pas pris part, que si aucune faute ne leur est imputable et s'ils ont dénoncé ces infractions à l'assemblée générale la plus prochaine après qu'ils en auront eu connaissance ». L'article 192 rend les gérants responsables conformément à l'article 59.

SOC.3.) avait recherché la responsabilité, entre autres, de A.) en précisant « qu'elle invoque les mêmes bases légales que la requérante *sub* 1) (*soit* SOC.1.)), sauf à préciser qu'elle invoque à l'égard de ses administrateurs l'article 59, al. 1^{er}» (de la loi sur les sociétés commerciales). L'article 59, al. 1^{er} dispose que : « Les administrateurs sont responsables envers la société conformément au droit commun de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion ».

La société SOC.2.) avait recherché la responsabilité de A.) en précisant « qu'elle agit contre celui-ci sur les mêmes bases légales que la requérante *sub* 1) et sur la base de l'article 192 de la loi sur les sociétés en lieu et place de l'article 59, alors que A.) est gérant de cette société ».

Il convient encore de préciser qu'il ressort de la combinaison des deux assignations de première instance que les parties demanderesses avaient conclu principalement à voir dédommager SOC.1.) dans les deux volets (prêt de la société SOC.2.), l'affaire dite SOC.4.) SA), et subsidiairement, dans le volet du prêt de la société SOC.2.), à voir dédommager SOC.3.), sinon la société SOC.2.).

Quant à la demande de SOC.1.), les premiers juges ont, dans les seuls motifs du jugement déféré, retenu à charge de A.) d'avoir commis une faute dans l'exercice de ses fonctions d'administrateur de SOC.3.) consistant à avoir détourné le montant de 31.000.903 frs qui devait servir au remboursement du prêt de la société SOC.2.) auprès de la B.1.), faute de nature à engager sa responsabilité sur base de l'article 1382 C. civ.

Dans les seuls motifs du jugement déféré, ils ont dit la demande non fondée en tant que basée sur le mandat de droit commun pour son intervention de conseiller comptable au motif que l'activité d'expert-comptable ne s'analyse pas juridiquement en un mandat au sens strict du terme, mais en un contrat de louage d'industrie. Suivant les premiers juges, dans la version des faits donnée par SOC.1.), un mandat avait donné à la société SOC.3.) en la personne de son représentant A.) de transmettre l'argent à la B.1.) aux fins de solder le prêt de la société SOC.2.) et que SOC.3.) devait donc rendre compte comme mandataire à SOC.1.), que dans la version des faits donnée par les défendeurs, la société SOC.3.) avait perçu un paiement indu et que SOC.3.) était donc débitrice envers

SOC.1.) d'un paiement perçu indûment, mais que dans l'un ou l'autre cas, SOC.1.) avait subi un préjudice du fait du détournement commis par A.) en sa fonction d'administrateur de SOC.3.).

La demande de SOC.1.) contre A.), en tant que fondée sur l'article 59, al. 2 susvisé, a été rejetée dans les seuls motifs au motif que les prétendues violations de la loi (dysfonctionnements dans les prédites sociétés « consistant, selon les demandeurs, en ce que le conseil d'administration n'a tenu aucune assemblée générale, n'a pas tenu de comptabilité régulière, n'a jamais présenté le moindre bilan aux actionnaires, respectivement aux associés, a dressé de fausses écritures comptables permettant d'occulter les détournements commis par lui ») auraient tout au plus permis de dissimuler le détournement pendant un certain temps, mais n'auraient pas été directement à l'origine du détournement commis par l'administrateur A.).

Quant à la demande de SOC.3.), le tribunal d'arrondissement a jugé, dans les seuls motifs du jugement déféré, que la demande de SOC.3.) envers A.) était fondée sur le plan de la faute « sous réserve des autres conditions de cet article ». A noter que SOC.3.) est fondée à agir en responsabilité au cas où elle a subi un préjudice personnel dans l'affaire du prêt de la société SOC.2.), c'est-à-dire si elle a fait des remboursements sur ses propres fonds.

Quant à la demande de la société SOC.2.), le tribunal d'arrondissement a jugé dans la seule partie motivation que cette demande n'est pas fondée au motif que A.) n'aurait causé aucun préjudice à cette société.

Quant au préjudice causé du fait du non-remboursement du prêt SOC.2.) (ou plutôt du fait du détournement), SOC.1.) avec les autres parties demanderesses avait requis, suivant le décompte joint à l'assignation de première instance, le paiement de dommages-intérêts de 31.000.903 frs avec les intérêts légaux à partir du 14 juillet 1991, sous déduction de onze versements de 356.000 frs chacun. A noter que ledit détournement eut lieu, non pas le 14 juillet 1991, mais le 14 juillet 1993, respectivement le 29 juillet 1993. A.) avait opposé que le préjudice serait inexistant étant donné que la société SOC.6.) aurait remboursé un total de 32.125.000 frs à la société SOC.5.) (venue à la place de l'emprunteur société SOC.2.) aux termes du prêt avenant) entre 1993 et janvier 2000. SOC.1.) avait reconnu le paiement des prêts onze

versements faits à partir du 22 décembre 1998, ce apparemment par A.) à SOC.1.).

Au dispositif du jugement, le tribunal d'arrondissement avait institué une expertise pour contrôler si les extraits de compte produits « correspondent à des remboursements de la somme de 31.000.903 frs ... ».

Dans ses conclusions d'appel, « la partie appelante » dit critiquer le jugement déféré pour avoir « débouté de l'action en responsabilité contractuelle générale en dehors de celle des articles 59 et 1792 (*il faut lire 192 de la loi sur les sociétés commerciales*) contre A.) au motif, (*suivant les premiers juges*) que la relation contractuelle entre lui et les demanderesse s'analyserait en un contrat d'entreprise » et pour avoir « institué une expertise pour déterminer l'imputation de certains paiements, qui (*suivant les appelants*) n'avait pas lieu d'être alors que l'imputation résulte des pièces du dossier ».

La « partie appelante » conclut principalement à voir retenir à l'endroit de A.), pour son intervention de conseiller comptable, la qualification de mandat, sinon celle de contrat d'entreprise en faisant grief aux premiers juges de ne pas avoir dit la demande fondée sur la base du contrat d'entreprise « pour autant que (la responsabilité contractuelle générale) ne soit pas couverte par les articles 59 et 192 de la loi sur les sociétés commerciales » (p. 3 et 16 de l'acte d'appel). Elle conclut à voir dire « A.) responsable envers les parties concluantes en vertu de sa responsabilité contractuelle générale et de l'obligation de loyauté qui en découle ».

A noter d'abord qu'en première instance, les parties demanderesse n'avaient pas fondé l'action en responsabilité sur le contrat d'entreprise. Il s'agit là d'une demande nouvelle en appel par sa cause. Par ailleurs, le tribunal d'arrondissement avait bien retenu la responsabilité de A.) envers SOC.3.) en tant qu'administrateur de celle-ci sur le fondement de l'article 59, al. 1^{er} précité qui, justement, fait application à l'administrateur de la responsabilité du mandataire telle qu'elle est régie par les articles 1991 et s. C. civ. La partie appelante estime que « dans la mesure où une décision de première instance contient certains chefs appelables, elle peut et elle doit être entreprise pour le tout ..., tous les points du dispositif étant alors appelables ».

D'après l'article 579 NCPC, les jugements ordonnant une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ne peuvent être frappés d'appel que si, dans leur dispositif, ils tranchent une partie du principal.

A propos de cet article, la Cour de cassation au Luxembourg a statué par arrêt du 26 février 1998 en ces termes, à savoir que « pour justifier la recevabilité du recours immédiat, l'élément de décision définitive devant trancher une partie du principal, doit être formulé de manière formelle et explicite dans le dispositif » (P. XXX, 417).

En plus, si le jugement porte sur des chefs distincts, comme c'est le cas en l'espèce qui traite de deux volets séparés, à savoir l'affaire du prêt de la société SOC.2.) et l'affaire dite SOC.4.), il faut examiner ceux-ci de façon séparée pour savoir si les décisions prises sur ces chefs sont susceptibles d'appel.

En l'espèce, si dans l'affaire dite SOC.4.) SA le tribunal d'arrondissement a pris une décision définitive au fond à l'égard de tous les assignés, tel n'est pas le cas dans l'affaire du prêt de la société SOC.2.) où, concernant A.), il n'a pas tranché au dispositif du jugement déféré la question de la responsabilité de A.), ni même sur la base du mandat de droit commun invoquée en appel, mais le tribunal d'arrondissement s'est limité à instituer une expertise aux fins de déterminer le préjudice subsistant éventuellement après les paiements destinés au remboursement du prêt en question. Il est en effet évident que sans préjudice, il ne peut y avoir de responsabilité.

L'appel est donc irrecevable pour autant qu'il est fait grief au tribunal d'arrondissement de ne pas avoir retenu la responsabilité de A.) sur la base du mandat de droit commun, aucune décision sur la responsabilité de A.) n'ayant été prise dans le dispositif du jugement déféré de façon formelle et explicite. La demande nouvellement fondée en appel sur le contrat de louage d'industrie est également irrecevable, une demande incidente ne pouvant pas se greffer sur un appel irrecevable.

II) Les moyens procéduraux d'ordre pénal

a) La règle « *una via electa, non datur recursus ad alteram* » signifie que si la victime a entamé un procès devant la juridiction civile, elle n'est plus recevable à porter sa demande devant le juge répressif. Cette règle est à sens unique. Elle

n'empêche pas la victime d'abandonner la voie pénale pour se pourvoir au civil.

En l'espèce, il suit de ces principes, d'une part, que la règle intéresse les seules parties SOC.1.) comme demanderesse au pénal et A.) contre qui plainte a été déposée avec constitution de partie civile. D'autre part, SOC.1.) a pu se tourner du pénal vers le civil, auquel cas le juge civil devait surseoir à statuer en application de l'article 3, al. 2 CIC. que résume l'adage « le criminel tient le civil en état ». Le moyen d'irrecevabilité n'est donc pas fondé.

b) Les parties intimées ont conclu à la nullité « de toutes les décisions intervenues au civil en violation de l'article 3 CIC, et en particulier de celle du 9 février 2005 ».

Le juge civil doit surseoir d'office à statuer sur l'action civile visant à réparer le dommage causé par une infraction du moment qu'une action pénale est en cours de ce chef et qu'elle est susceptible d'influer sur le sort de l'instance civile. L'identité des parties n'est pas une condition d'application de la règle du sursis à statuer. Il suffit que le juge d'instruction soit saisi. Le sursis doit se prolonger aux termes de l'article 3, al. 2 « tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile ». Il est admis qu'une ordonnance de non-lieu met fin au sursis à statuer. Le moyen tiré de l'inobservation de l'article 3, al. 2 précité est d'ordre public judiciaire. L'inobservation de la règle est une cause de nullité absolue du jugement rendu sur l'action civile.

Les mêmes faits gisant à la base tant de l'instruction pénale que du litige civile, la juridiction de 1^{re} instance devait donc surseoir à statuer jusqu'à l'arrêt de la chambre du conseil de la Cour d'appel du 18 mai 2010 ayant confirmé l'ordonnance de non-lieu.

Par un premier jugement rendu le 28 janvier 2003, les assignations avaient été annulées pour cause de libellé obscur. Par arrêt de la Cour d'appel du 24 mars 2004, ce jugement avait été réformé au motif que l'exception avait été soulevée tardivement.

En vertu de l'adage « voies de nullité n'ont pas lieu contre les jugements » – qui signifie que la nullité d'un jugement ne peut être demandée que par les voies de recours prévues par la loi

et que donc seules les voies de recours enfermées dans des limites précises permettent de remettre en cause la validité du jugement – la demande en nullité des décisions du 28 janvier 2003 et du 24 mars 2004 est irrecevable. D'ailleurs, ces décisions ne portant pas sur le fond du litige n'étaient pas concernées par le sursis à statuer.

Le tribunal d'arrondissement avait statué à nouveau par jugement du 9 février 2005 dont la Cour a actuellement à connaître.

Ce dernier jugement a théoriquement été rendu en violation de la règle sur le sursis à statuer dans la mesure où il porte sur le fond du litige. Toutefois, le moyen d'inobservation de l'article 3, al. 2 est devenu sans cause dès lors que, par après, l'action pénale a abouti à une décision de non-lieu à suivre dont la portée est précisée ci-dessous (v. Cass. soc., 3.11.1988, Bull. civ. 1988, V, n° 555 ; cf. Cass. soc. 12.2.1985, Bull. civ. 1985, V, n° 98). La demande en nullité est donc à écarter.

c) Les décisions rendues par les juridictions d'instruction, y compris, comme en l'espèce, une décision de non-informer, n'ont aucune autorité au civil. Contrairement aux conclusions des parties intimées, le procès civil en indemnisation peut donc se poursuivre et, sous le rapport de la chose jugée au pénal, l'offre de preuve formée par les appelants est recevable, nonobstant que le non-lieu à suivre ait été motivé par l'insuffisance des éléments de preuve qu'il a été possible de recueillir au pénal.

III) La prescription et le fond du litige

1) Dans les assignations de première instance les demandeurs avaient exposé que les assignés B.), C.), D.) et E.) « travaillaient pour le sieur A.) dans sa fiduciaire et jouèrent tous un rôle actif dans les deux fraudes commises à titre de mandataires dans les sociétés concernées ». En fait, D.) n'avait rien à voir dans le litige du prêt de la société SOC.2.) ; B.) n'avait rien à voir dans le litige concernant SOC.4.).

SOC.1.) avait recherché la responsabilité de B.) et de C.) en tant qu'administrateurs des sociétés SOC.5.) et SOC.3.) et celle de D.) en tant qu'administrateur de SOC.4.) SA « sur base de l'article 59 de la loi sur les sociétés, sinon des articles 1382 et 1383 C.civ. », au motif qu'ils « avaient nécessairement connaissance dans l'exercice de leurs mandats sociaux des

fraudes commises et, s'ils n'y avaient pas activement participé, ils les ont couvertes par leur silence ».

SOC.1.) avait recherché la responsabilité de E.) en tant que commissaire aux comptes des sociétés SOC.5.), de SOC.3.) et de SOC.4.) sur base de l'article 62, al. 3 de la loi sur les sociétés, et subsidiairement, des articles 1382 et 1383 C. civ. pour avoir failli à sa mission de surveillance et de contrôle et pour « n'avoir à aucun moment attiré l'attention ni de l'actionnariat, ni du bénéficiaire économique sur les irrégularités commises ». L'article 62, al 3 étend le régime de la responsabilité des administrateurs aux commissaires en tant que leur responsabilité dérive de leur devoir de surveillance et de contrôle.

SOC.3.) avait recherché la responsabilité des assignés en précisant « qu'elle invoque les mêmes bases légales que la requérante sub 1), sauf à préciser qu'elle invoque à l'égard de ses administrateurs l'article 59, al. 1^{er}» (de la loi sur les sociétés commerciales).

La société SOC.2.) SARL avait recherché la seule responsabilité de A.) (assignation des 27 et 28 mars 2001, *in fine*), et ce dans le seul volet du prêt de la société SOC.2.).

Du chef de l'affaire du prêt de la société SOC.2.), condamnation solidaire des cinq défendeurs avait été requise principalement au bénéfice de SOC.1.) et subsidiairement au bénéfice de SOC.3.), sinon de la société SOC.2.).

Dans le volet du prêt de la société SOC.2.), le tribunal d'arrondissement avait retenu pour ce qui concerne la responsabilité recherchée par SOC.1.) sur base des articles 59, al. 2 et 192 précités, que les prétendues violations de la loi (non-publication des comptes des sociétés, absence d'assemblées générales) auraient tout au plus permis de dissimuler le détournement pendant un certain temps, mais n'auraient pas été directement à l'origine du détournement commis par l'administrateur A.). A défaut de relation causale, la base de l'article 59, al. 2 de la loi sur les sociétés avait été rejetée ;

quant à la responsabilité de droit commun de B.), C.) et de la commissaire E.), pris en tant qu'administrateurs, respectivement commissaire aux comptes des sociétés SOC.5.) et SOC.3.), le tribunal d'arrondissement l'avait écartée

au motif que SOC.1.) n'avait pas établi de manquements précis à leur charge.

Toujours dans le volet du prêt de la société SOC.2.), quant à la demande de SOC.3.) formée contre B.), C.) et E.), le tribunal d'arrondissement, retenant qu'aucune faute de gestion n'était établie à leur encontre, avait dit non fondée la demande de SOC.3.) à leur encontre sur la base de l'article 59, al. 1^{er} prévisé et des articles 1382 et 1383 C. civ.

Les faits à la base de l'affaire dite SOC.4.) SA sont les suivants.

SOC.4.) SA avait été constituée le 4 octobre 1990 avec un capital social de 1.250.000 frs. Les actions, nominatives, avaient été souscrites par D.) (99 actions sur 100) et C.) (1 action). Ces derniers faisaient aussi partie du conseil d'administration, ce avec A.) comme administrateur délégué ayant pouvoir de représenter et d'engager la société. E.) avait été nommée commissaire aux comptes.

Aux termes d'une convention du 11 novembre 1991, signée de A.) et de F.), ceux-ci avaient pris l'accord suivant : « Ils vont reprendre les actions de la société SOC.4.). Chacun prendra 50 % des actions. Les actionnaires peuvent prendre leurs actions soit pour leur compte, soit pour le compte d'une de leurs sociétés holdings. Les actionnaires feront exploiter la société SOC.4.) SA pour la construction d'un immeuble à usage mixte, c.-à-d. rez-de-chaussée commercial, sous-sol garage, le reste du bâtiment appartements, respectivement bureaux. Les appartements ainsi que les bureaux seront vendus, ce qui financera le rez-de-chaussée ainsi que le sous-sol ... Si un associé désire vendre ses parts, il doit en informer l'autre qui peut acheter les parts à la valeur bilan. La société SOC.4.) SA est actuellement gérée par son administrateur A.) qui va prendre toute décision avec F.) ... ». Suivant le jugement déféré, D.) aurait également été administrateur. L'immeuble en question constitue un terrain à (...).

Dans les assignations de première instance, SOC.1.) soutenait que « F.) décida de faire détenir ces actions par la société SOC.1.) ». Par virement du 11 octobre 1991, SOC.1.) avait viré sur le compte d'une société s'appelant Soc.8.) 4,5 millions de francs avec la référence « 10 % acompte pour actions » et le 13 novembre 1991, 40,5 millions de francs. Ladite société aurait été la prétendue actionnaire de SOC.4.) dont SOC.1.) aurait repris les actions, mais qui, suivant SOC.1.), « semble être une

société off-shore appartenant au patrimoine du sieur A.) » et SOC.1.) d'en conclure que « A.) a donc mis dans sa poche 45 millions de francs ».

Par la suite il se serait révélé que A.) aurait trompé F.) dans la mesure où la société SOC.4.) aurait eu à sa charge un passif hypothécaire d'approximativement 46 millions de francs caché à F.). Finalement, le projet n'ayant pas été mené à bien, l'immeuble en question appartenant à la société SOC.4.) avait été vendu le 2 octobre 1998 au prix de 78 millions de francs, soit 75 millions en espèces et 3 millions en nature moyennant livraison d'un appartement.

La Cour constate que, suivant décompte de la société SOC.4.) du 10 décembre 1998, après déduction de divers frais dont le solde du prêt hypothécaire B.2.) de 40.681.403 frs, il restait un crédit de 32.441.454 frs. Suivant le décompte, SOC.1.) et de A.) avait chacun droit à 1,9 million de francs comme « avance profit net associé ». En plus, dans ledit décompte, F.) avait été crédité de 21 millions et A.) débité du même montant.

SOC.1.) se voyait virer le montant de 1,9 million de francs par virement de SOC.4.) SA du 9 décembre 1998, mais à la même date, le compte courant de « l'actionnaire R » indique un débit de 1,9 million de francs avec mention « avance SOC.1.) cc ».

SOC.1.) se voyait virer les 21 millions de francs le 11 décembre 1998 de la part de la société SOC.5.) qui, elle, aurait perçu ledit montant de la part de SOC.6.) contrôlée par A.). La cause de ce paiement est controversée.

Dans les assignations de première instance, Soc.1.) faisait grief à A.) d'avoir « encaissé sur le produit de la vente réalisée à (...) ... 27.228.216 frs dont la moitié aurait dû constituer le bénéfice de l'actionnaire SOC.1.) dans SOC.4.) ».

Estimant avoir été victime de manœuvres frauduleuses, SOC.1.) avait déploré la perte « des sommes investies » de 45 millions de francs et en même temps du prédit bénéfice de 27.228.216 francs.

Dans l'exposé consacré à A.), les demandeurs avaient exposé que les sociétés SOC.5.), SOC.3.), SOC.2.) et la société SOC.4.) SA présentaient des dysfonctionnements « consistant en que le conseil d'administration n'a tenu aucune assemblée générale, n'a pas tenu de comptabilité régulière, n'a jamais

présenté le moindre bilan aux actionnaires, respectivement aux associés, a dressé de fausses écritures comptables permettant d'occulter les détournements commis par lui ».

Dans l'affaire SOC.4.) SA, les demandeurs avaient paru élever les mêmes griefs et invoquer les mêmes causes de responsabilité que dans l'affaire du prêt de la société SOC.2.) envers A.), envers B.) et C.) en tant qu'administrateurs des sociétés SOC.5.) et SOC.3.), envers D.) en tant qu'administrateur de SOC.4.), et envers E.) en tant que commissaire aux comptes des sociétés SOC.5.) et SOC.3.) et SOC.4.).

Les seules conclusions compréhensibles auraient été les suivantes : la demande en responsabilité est dirigée contre A.) et D.) (et C.) ?) en tant qu'administrateurs de SOC.4.), et contre E.) en tant que commissaire aux comptes de ladite société.

Les bases juridiques de la demande en responsabilité formée par SOC.1.) seraient donc, pour ce qui concerne A.), le mandat de droit commun en sa fonction de conseiller comptable et fiscal de SOC.1.) et l'article 59, al. 2 de la loi sur les sociétés, en sa qualité d'administrateur de la société SOC.4.), et subsidiairement, les articles 1382 et 1383 C. civ. ; pour ce qui concerne D.) et E.), respectivement les articles 59, al. 2 et 62, al. 3 précités, en leurs qualités respectivement d'administrateur et de commissaire de la société SOC.4.), et, subsidiairement, les articles 1382 et 1383 C. civ.

Du chef de l'affaire SOC.4.) SA, condamnation solidaire des cinq défendeurs avait été requise au bénéfice de SOC.1.). A noter toutefois que B.) n'a rien à voir dans l'affaire SOC.4.). La demande en indemnisation visait un montant global, les deux affaires confondues, de 140.084.565 frs. Les demandeurs avaient conclu à la responsabilité solidaire de tous les assignés au paiement de 140.084.565 frs, outre les intérêts comme il est indiqué dans les assignations. Subsidiairement, les demandeurs avaient conclu à la condamnation des assignés « pour telle quote-part de responsabilité et de préjudice que le tribunal déterminera ».

Le tribunal d'arrondissement avait dit la demande non fondée au motif que SOC.1.) n'était pas actionnaire. Cette décision se trouve transposée au dispositif du jugement.

SOC.1.), au cas où elle ne serait pas actionnaire de SOC.4.), avait conclu envers les assignés au remboursement de son paiement de 45 millions de francs pour avoir été trompée par ceux-ci sur sa qualité d'actionnaire.

Le tribunal d'arrondissement a rejeté cette demande nouvelle au motif que, F.) ayant acquis les actions sans que les éléments de la cause n'indiquent que celui-ci ait cédé les actions à SOC.1.), il appartient à F.) d'agir en remboursement s'il estime que la vente a été irrégulière, respectivement à SOC.1.) de demander des comptes à F.) sur l'acquisition des actions qui lui reviendraient.

Le tribunal d'arrondissement en a tiré la conclusion suivante : « La demande de SOC.1.) en responsabilité à l'encontre des administrateurs et du commissaire aux comptes de la société SOC.4.) n'est fondée ni sur la base des dispositions de la loi sur les sociétés commerciales ni sur la base des articles 1382 et 1383 C. civ. Elle est également à déclarer non fondée pour autant qu'elle a été introduite par les parties SOC.3.) et SOC.2.), ces dernières sociétés étant complètement étrangères à l'affaire SOC.4.) ...il y a lieu de mettre hors de cause les défendeurs B.), C.), D.) et E.) ».

2) Les appelantes SOC.1.) et société SOC.2.) indiquent dans l'acte d'appel « renvoyer à l'exposé des moyens des demanderesses telles que faites par les premiers juges ainsi qu'à l'assignation introductive d'instance ». Ces renvois ne sont pas valables, étant donné que l'article 586 NCPD prescrit que « les conclusions d'appel doivent formuler expressément les prétentions et les moyens sur lesquels chacune de ces prétentions est fondée ». Cette disposition est d'ordre public judiciaire.

Les appelants indiquent dans l'acte d'appel que « les intimés autres que A.) étaient administrateurs, respectivement, en ce qui concerne E.), commissaire de SOC.3.) et de SOC.5.) ». En fait, la Cour répète que, dans les sociétés SOC.3.) et SOC.5.), les administrateurs, en dehors de A.), étaient B.) et C.), donc à l'exclusion de D.), avec E.) comme commissaire aux comptes.

Dans leurs conclusions du 11 juillet 2011, les appelants indiquent que « la responsabilité des parties de Maître Lydie Lorang (*soit C.), D.) et E.)*) est recherchée en raison de leur rôle de mandataires sociaux dans la société SOC.2.) dont SOC.1.) est l'ayant cause en raison de la fusion intervenue ».

Or, il faut savoir que la société SOC.2.) est une SARL constituée par acte notarié du 27 avril 1978. Suivant extrait du 12 septembre 1990, les parts sociales en sont réparties entre SOC.5.) à raison de 799 parts sur 800 parts, et à A.) pour la part restante. A l'assemblée extraordinaire du 4 septembre 1990, A.) fut nommé gérant unique pour une durée indéterminée avec la précision que « la société se trouve valablement engagée en toutes circonstances par la seule signature de A.) ».

Sur ce, les parties de Maître Lydie Lorang ont conclu à voir dire « irrecevable l'action introduite par les parties adverses » au motif qu'elles n'assumaient aucune fonction dans la société SOC.2.).

Les sociétés appelantes SOC.1.) et SOC.2.) critiquent le jugement déféré pour avoir « mis hors de cause les défendeurs B.), C.), D.) et E.) ». La mise hors de cause prononcée par le tribunal d'arrondissement concerne à la fois l'affaire du prêt de la société SOC.2.) et l'affaire SOC.4.). Les appelants critiquent cette mise hors de cause, expliquant d'abord que « les assignés sont soit des employés de A.), soit son épouse séparée de fait, donc des personnes sur lesquelles A.) a une emprise non négligeable » et ils enchaînent par dire en substance que dans les sociétés anonymes les administrateurs et commissaires aux comptes doivent assumer une responsabilité collective et ne sont déchargés de leur responsabilité que si aucune faute ne leur est imputable et s'ils ont dénoncé les infractions ». La Cour en déduit que les appelants se réfèrent implicitement à l'article 59, al. 2 précité de la loi sur les sociétés commerciales pour fonder l'appel.

Il ressort de la suite de l'exposé dans l'acte d'appel que les appelants parlent de l'affaire du prêt de la société SOC.2.). Ils mentionnent que « le rôle passif, voire complaisant des assignés a fourni à A.) une aide indispensable à la perpétration de ses détournements, et ceux-ci sont responsables du fait de ne pas s'être autrement étonnés de l'absence d'assemblées, de l'absence de publications de bilans, faits qui ne pouvaient pas échapper à leur attention, et de ne jamais les avoir dénoncés ». Ils reprochent en particulier à E.) d'avoir failli à sa « mission de surveillance permanente ». Le reste de l'acte d'appel est dédié au titre « débouté pour le volet de la demande SOC.4.) ». Ce débouté est critiqué quant au défendeur A.) sans que soient consacrés des développements aux autres intimés, sauf à dire

que, si SOC.1.) n'est pas actionnaire de SOC.4.), « A.) a, de concert avec les assignés, détourné 45 millions de francs appartenant à SOC.1.) », pour en déduire que « A.) doit alors tout simplement restitution de 45 millions de francs (acte d'appel, p. 8 et 10), et pour en déduire que « SOC.1.) (...) peut prétendre à des dommages-intérêts d'un montant équivalent à réclamer aux personnes qui l'ont incitée à cet investissement ou qui ont mal administré la société », et sauf à dire que « suite aux fautes des assignés, la requérante a été incitée à investir 45 millions de francs pour l'acquisition de parts dans une société à valeur négative et que SOC.1.) a été maintenue dans cette croyance jusqu'en 1999, de sorte que la responsabilité des intimés est engagée » (dispositif de l'acte d'appel, p. 18).

Le reste de l'acte d'appel porte encore sur l'instauration d'une expertise par les premiers juges relativement à l'affaire du prêt de la société SOC.2.), qui est critiquée au motif que le véritable problème serait celui de l'imputation du montant de 21 millions de francs dont il est question dans l'exposé de l'affaire SOC.4.). Les appelants forment une offre de preuve par audition de témoins portant principalement sur cette dernière affaire.

Les appelants concluent à la condamnation solidaire de tous les cinq assignés au paiement de 3.472.605,66 € (soit 140.084.565 frs comprenant les intérêts aux taux légaux respectifs ayant couru dans la période du 14 juillet 1991 au 30 décembre 1999), avec les intérêts légaux à partir de l'assignation du 22 décembre 1999 avec majoration du taux de l'intérêt légal ; subsidiairement à la condamnation solidaire, les appelants reprennent leurs conclusions de première instance exposées ci-dessus. La demande est formée en ordre principal par SOC.1.), et, subsidiairement, pour l'affaire du prêt de la société SOC.2.), par l'appelante société SOC.2.). SOC.1.) n'a pas indiqué agir au nom de SOC.3.), comme c'était le cas en première instance.

Les moyens relatifs à la prescription opposés par les parties C.), D.) et E.) et les moyens relatifs au fond du litige concernent à la fois l'affaire du prêt de la société SOC.2.) et l'affaire dite SOC.4.) SA qu'il faudra examiner séparément.

Si, comme l'ont fait remarquer les sociétés appelantes dans leurs conclusions du 11 juillet 2011, « la responsabilité des parties de Maître Lydie Lorang (soit C.), D.) et E.) est recherchée en raison de leur rôle de mandataires sociaux dans la société SOC.2.)... », le moyen de prescription opposé par les consorts C.), D.) et E.) dans les deux volets du litige est sans

objet pour la raison indiquée ci-dessus, à savoir qu'ils ne remplissent pas de fonction dans la société SOC.2.). Les développements suivants sur la prescription sont donc faits seulement pour être exhaustive.

a) L'affaire du prêt de la société SOC.2.)

Le litismandataire des parties C.), D.) et E.) a raison de conclure que la responsabilité sociale de ces derniers ne saurait pas être recherchée par SOC.1.) sur la base de l'article 59, al. 1^{er} précité, ce pour la simple raison qu'ils ne remplissent pas de fonction sociale au sein de SOC.1.), et que pour autant que la société SOC.2.) agisse en responsabilité sur base de l'article 59, al. 1^{er} précité, elle ne pourra le faire que contre A.), soit son gérant. La Cour rappelle que l'acte d'appel est irrecevable pour ce qui concerne la responsabilité de A.) dans l'affaire du prêt de la société SOC.2.).

Le litismandataire des parties C.), D.) et E.) a soulevé par appel incident la prescription de l'article 157 de la loi sur les sociétés commerciales à l'encontre de la demande en indemnisation formée à leur égard par SOC.1.) et la société SOC.2.) sur la base de l'article 59, al. 2 précité et des articles 1382 et 1383 C. civ. et par SOC.3.) sur la base de l'article 59, al. 1^{er} et des articles 1382 et 1383 C. civ.

La Cour rappelle que D.) est étranger aux sociétés impliquées dans l'affaire SOC.2.). Le moyen de prescription est donc sans intérêt pour D.). La mise hors de cause de celui-ci est à confirmer. A noter que B.), comparant par un autre litismandataire, n'a pas soulevé la prescription.

L'article 157 prévisé dispose que « sont prescrites par cinq ans : (*tiret 4*) toutes actions contre les gérants, administrateurs ... commissaires, pour faits de leurs fonctions, à partir de ces faits ou, s'ils ont été celés par dol, à partir de la découverte de ces faits ».

Le tribunal d'arrondissement a dit les actions non prescrites.

Les parties appelantes ont conclu à voir confirmer la décision par entérinement des motifs des premiers juges et en se référant à leurs conclusions de première instance « censées être reproduites ». La Cour rappelle qu'un tel renvoi aux conclusions de première instance est sans effet, étant donné

que les conclusions d'appel doivent formuler expressément tant les prétentions que les moyens (art. 586 NCPC).

Il ne fait pas de sens d'examiner le moyen de prescription si un fait précis à la base de la demande en responsabilité n'a pas été invoqué ou si le fait reproché n'est pas en relation causale avec le préjudice en cause.

Or justement, les consorts B.) et C.) (et E.)) ont été mis hors de cause quant à la base de l'article 59, al. 2 précité au motif du défaut de relation causale entre les prétendues irrégularités de fonctionnement des sociétés SOC.5.) et SOC.3.) et le détournement commis par A.).

La Cour se rallie à ce motif. Il faut se rappeler que les fonds détournés ne faisaient que transiter par SOC.3.) dont B.) était le comptable et la personne dirigeante. Si le prêt avait continué à être remboursé un certain temps par SOC.5.) (moyennant des fonds versés par SOC.6.)), cela n'avait rien d'étrange, étant donné que SOC.5.) avait, suivant l'avenant précité, pris la place de l'emprunteur société SOC.2.).

Cela dit, les prétendues irrégularités – d'ailleurs contestées par les défendeurs –, invoquées en première instance et non reprises expressément dans les conclusions d'appel – absence d'assemblées générales, absence de comptabilité régulière, non-publication des comptes des sociétés – ne sont pas en relation causale avec le détournement.

Le grief fait à A.) dans les conclusions de première instance d'avoir occulté les remboursements du prêt comme comptable de SOC.5.) moyennant une comptabilité faussée, n'engage pas de plein droit la responsabilité des administrateurs, ni même du commissaire aux comptes E.).

Le défaut de relation causale s'impose d'autant plus que, suivant les propres conclusions des appelants dans l'acte d'appel, A.) était chargé par SOC.1.) (donc, en fait, par le bénéficiaire économique F.)), entre autres, de la « mise à disposition de conseils d'administration/gérants pour ces sociétés » (à savoir notamment « les filiales SOC.3.), SOC.2.), SOC.4.) »).

Suivant la propre volonté de SOC.1.), les consorts B.), C.) et D.) étaient donc seulement des administrateurs formels et E.),

commissaire formel. Leur rôle se réduisait au fonctionnement formel des filiales précitées de SOC.1.).

D'un autre côté, quant à la responsabilité contractuelle de droit commun (article 59, al. 1^{er} précité sur la responsabilité contractuelle de l'administrateur et du commissaire suivant les règles du mandat de droit commun, invoqué par SOC.3.) en première instance) et quant à la responsabilité délictuelle pour faute invoquée en première instance, si, en première instance, les demandeurs avaient reproché aux administrateurs B.) et C.), et au commissaire E.) d'avoir « joué un rôle actif » dans la fraude et de l'avoir « couverte par leur silence », ils leur font grief en instance d'appel d'avoir joué « un rôle passif » en omettant de dénoncer les irrégularités de fonctionnement des sociétés », respectivement, concernant E.), d'avoir failli à sa « mission de surveillance permanente ». En instance d'appel, les sociétés appelantes ne formulent donc pas de faute de gestion précise ni n'indiquent d'ailleurs de base légale précise ; le reproche fait à E.) d'avoir, comme commissaire formel, failli à sa mission n'est ni précis ni en relation causale avec le détournement commis par A.).

A défaut de relation causale, respectivement à défaut de faits précis allégués, le moyen de prescription n'a pas lieu d'être analysé. Dans l'affaire du prêt de la société SOC.2.), il suffit donc de confirmer la mise hors de cause des consorts B.), C.), D.) et E.). A noter que SOC.1.) n'a pas formellement repris en instance d'appel la demande de SOC.3.).

Quant à l'offre de preuve par audition de témoins formée par les sociétés appelantes et qui est transcrite dans l'arrêt antérieur du 16 mars 2011 : pour autant que cette offre de preuve concerne le litige du prêt de la société SOC.2.), elle est irrecevable en ce qui concerne les consorts B.), C.) et E.) pour ne pas être pertinente. Elle est irrecevable pour ce qui concerne D.) qui n'a rien à faire avec ce volet du litige. Pour autant que l'offre de preuve concerne les agissements de A.) dans ledit litige, elle est irrecevable au motif que l'appel en tant que dirigé contre A.) dans ledit litige est irrecevable.

Les appelants ont encore critiqué la mesure d'expertise ordonnée par les premiers juges pour des motifs difficiles à élucider. L'appel quant à ce point est irrecevable, ne serait-ce qu'au motif que la mission d'expertise est intervenue dans l'affaire du prêt de la société SOC.2.) et que l'appel interjeté dans cette affaire est irrecevable pour ce qui concerne A.) et

est mal fondé quant à la mise hors de cause de B.), C.), D.) et E.).

b) L'affaire SOC.4.) SA

1) prescription. Le litismandataire des consorts, C.), D.) et E.) a également soulevé par appel incident la prescription de l'article 157 précité à l'encontre de la demande en indemnisation formée à leur égard par SOC.1.), en indiquant que le tribunal d'arrondissement a omis de statuer sur ce moyen.

La Cour rappelle que B.) n'a rien à voir dans l'affaire SOC.4.). B.), comparant par un autre litismandataire, n'a d'ailleurs pas soulevé la prescription. Si C.) était aussi administrateur de SOC.4.) (conjointement avec D.) et A.), il demeure qu'en première instance, les demandeurs n'avaient recherché la responsabilité de C.), suivant les assignations de première instance, qu'en sa seule fonction d'administrateur de SOC.5.) et de SOC.3.).

Dans l'affaire SOC.4.), le tribunal d'arrondissement a mis hors de cause les défendeurs B.), C.), D.) et E.) au motif global que la demande à leur égard n'est pas fondée sur la base de la loi sur les sociétés commerciales ni sur la base des articles des articles 1382 et 1383 C. civ.

En instance d'appel, sous le titre, dans l'acte d'appel, « responsabilité des autres administrateurs (*que A.*) et du commissaire », SOC.1.) parle de ceux-ci seulement en tant qu' « administrateurs, respectivement, en ce qui concerne E.), commissaire de SOC.3.) et de SOC.5.) » et en se plaçant dans le cadre de l'affaire du prêt de la société SOC.2.)», sans mentionner SOC.4.). Sous le titre dans l'acte d'appel « débouté pour le volet de la demande de SOC.4.) » et dans le dispositif de l'acte d'appel, SOC.1.) fait certains griefs aux « coassignés » de A.) (v. *supra*, exposé de l'acte d'appel). SOC.1.) ne dit pas en quoi les « coassignés » de A.) auraient, en leurs fonctions sociales respectives, aidé ce dernier à détourner 45 millions de francs au préjudice de SOC.1.), par quels faits ils auraient « incité SOC.1.) à investir 45 millions de francs pour l'acquisition de parts dans une société à valeur négative et maintenu SOC.1.) dans cette croyance jusqu'en 1999 ». SOC.1.) ne précise pas par qui ou en quoi « la société a été mal administrée ».

A défaut de reprocher des faits précis de leurs fonctions aux consorts C.), D.) et E.) dans l'affaire SOC.4.), la question de la

prescription de l'action en responsabilité formée à leur égard est irrecevable. Il suffit donc de confirmer la décision de mise hors de cause prise par le tribunal d'arrondissement.

2) Fond. Pour dire la demande de SOC.1.) non fondée envers A.), le tribunal d'arrondissement a considéré que la qualité d'actionnaire de SOC.1.) est contredite, en l'état des pièces versées en cause, par le procès-verbal de l'assemblée générale de la société SOC.4.) du 24 février 1992 portant approbation du bilan de l'exercice de 1991. Aux termes de ce procès-verbal, signé de A.) et de F.), les actionnaires de la société SOC.4.) SA sont désignés par « A.), représentant la SOC.6.) et propriétaire des actions 1 à 50, soit 50 % des parts, et F.), propriétaire des parts 51 à 100, soit 50 % des parts ».

Ce procès-verbal est conforme à la convention précitée du 11 novembre 1991. Il dit de façon univoque que F.) est propriétaire de 50 % du capital de SOC.4.) SA, soit « les parts n°51 à n°100 ». Il s'agit d'un document officiel, avec en-tête de SOC.4.) SA, sujet à publication au registre du commerce et des sociétés. Les premiers juges ont souligné pertinemment que les éléments de la cause n'indiquent pas que F.) ait cédé les actions à SOC.1.). Ledit procès-verbal prévaut, en raison de son caractère officiel et explicite, sur les pièces comptables mentionnant SOC.1.) comme actionnaire aux côtés de A.). Ces errements peuvent être dus à la confusion entre SOC.1.) et son bénéficiaire économique.

SOC.1.) n'étant pas actionnaire de SOC.4.) n'est pas fondée à demander en tant qu'actionnaire de cette société des dommages-intérêts à A.).

Quant à l'offre de preuve susvisée des sociétés appelantes, déjà transcrite dans l'arrêt antérieur du 16 mars 2011, elle porte, pour ce qui concerne le volet SOC.4.), pour l'essentiel, sur la distribution prévisionnelle du prix de l'immeuble de la société. A.) aurait promis en août 1998 que « 45 millions seraient remboursés directement à SOC.1.) ». En décembre 1998, A.) aurait déclaré que les paiements de 1,9 million de francs et de 21 millions de francs seraient des « acomptes dans l'affaire SOC.4.) » et qu'il aurait utilisé une partie du prix de vente du terrain de SOC.4.) « pour rembourser un prêt B.2.) qu'il avait contracté lorsqu'il avait acquis le terrain ».

Cette offre de preuve n'est pas concluante dans le procès engagé à l'encontre de A.), puisque la promesse de rembourser

45 millions de francs a été faite au nom de SOC.4.) et non pas par A.) en nom personnel ; la mention du « prêt B.2.) qu'il avait contracté lorsqu'il avait acquis le terrain » manque de clarté. Si A.) avait détourné à des fins personnelles une partie du résultat net de 32.441.454 francs (voir *supra* décompte du notaire), A.) doit des comptes à la société.

Au dispositif de l'acte d'appel, SOC.1.) conclut à voir « dire en ordre principal que si, conformément aux conclusions de Maître Lydie Lorang, SOC.1.) n'est jamais devenue actionnaire de SOC.4.), SOC.1.) peut prétendre à un remboursement intégral d'une créance pure et simple qu'elle détient envers SOC.4.), et à des dommages-intérêts d'un montant équivalent à réclamer aux personnes qui l'ont incitée à cet investissement, ou qui ont mal administré cette société » ;

subsidiairement, elle conclut à voir « dire que suite aux fautes des assignés, la requérante a été incitée à investir 45 millions de francs pour l'acquisition de parts dans une société à valeur négative, et que SOC.1.) a été maintenue dans cette croyance jusqu'en 1999, de sorte que la responsabilité des intimés est engagée ».

Ces conclusions manquent de clarté, et, pour cette raison, il est problématique d'y répondre de façon adéquate. Il faut rappeler d'abord que le capital social de SOC.4.) a toujours été de 1.250.000 frs. Le montant en litige de 45 millions de francs pour lequel SOC.1.) aurait cru acquérir la moitié du capital social figure dans le calcul de rentabilité, soit le tableau des dépenses et recettes prévisionnelles du projet immobilier de SOC.4.), versée parmi les pièces de la partie SOC.1.). Les frais comprennent, en dehors des frais de construction, le prix du terrain évalué à 35 millions de francs et des intérêts bancaires de l'ordre de 10 millions de franc. Le prix de 45 millions de francs pour une participation à 50 % se dégage du calcul du bénéfice prévisionnel avec prise en compte de tous les frais, soit un bénéfice de l'ordre de 90 millions de francs. Le bénéfice sans prise en compte du prix du terrain et sans les intérêts bancaires est évalué à près de 136 millions de francs, ce qui donne pour F.) un bénéfice final net de l'ordre de 23 millions de francs (136 millions/2, moins 45 millions) et le même montant pour A.) au compte de qui est mis le prix du terrain et les intérêts débiteurs bancaires de l'ordre de 10 millions de francs. La Cour rappelle que, suivant la convention passée entre ces derniers le 11 novembre 1991, le projet immobilier serait financé par la vente des appartements et bureaux à construire

à l'étage de l'immeuble. F.) s'y était déclaré intéressé à installer un supermarché au rez-de-chaussée.

Il n'est pas clair pourquoi, les jours suivant ladite convention, SOC.1.) ait viré un total de 45 millions de francs « pour actions » à une société s'appelant SOC.8.), soit, apparemment, une « société de A.) », alors que les actionnaires de SOC.4.) étaient D.) (99 actions sur 100) et C.) (1 action), apparemment les actionnaires formels de la société. Il est également étrange que, dans le « commentaire » du bilan de SOC.1.) de l'exercice de 1997 figure, sous le titre « portefeuille », une participation « SOC.9.). SA : 45.000.000 ». Après le paiement de 1,9 million de francs en décembre 1998, après la vente par notaire du terrain en cause, cette participation s'était réduite du même montant. Ces opérations et inscriptions sont délibérément obscures.

Il est évident que SOC.1.) ne peut pas demander à SOC.4.) « le remboursement intégral d'une créance pure et simple qu'elle détient envers SOC.4.) » au prétendu motif qu'elle croyait erronément en devenir actionnaire, ne serait-ce que, procéduralement, SOC.4.) n'est pas partie au procès et que, d'ailleurs, le prix n'a pas été payé à cette société. Il faut aussi clarifier que le prix de 45 millions de francs n'a pas été investi dans la société, mais a été payé à SOC.8.) en paiement des actions, ce qui est bien différent.

SOC.1.) demande ensuite des dommages-intérêts pour « avoir été incitée » à investir 45 millions de francs pour l'acquisition d'actions sans qu'elle soit devenue actionnaire, sinon d'avoir été incitée à investir 45 millions de francs pour l'acquisition de parts dans une société à valeur négative. Les conclusions subsidiaires paraissent vouloir dire que SOC.1.) avait acquis des actions dans une « société à valeur négative » et, de ce fait, aurait droit à des dommages-intérêts. Ces demandes sont dirigées contre les « personnes qui l'ont incitée à cet investissement ou qui ont mal administré cette société ». En instance d'appel, la partie SOC.1.) paraît donc intervertir l'ordre de ses conclusions principales et de celles subsidiaires de première instance.

Il faut d'abord relever que, si SOC.1.) est intervenue pour le paiement, elle a agi pour le compte de F.), son bénéficiaire économique, qui, lui, s'est vu attribuer la contrepartie consistant dans la moitié des actions représentant la moitié du capital social. Si SOC.1.) a réglé le prix des actions, ce fut « à l'incitation » de son bénéficiaire économique.

Ensuite, comme le tribunal d'arrondissement l'a déjà fait remarquer, F.) étant devenu actionnaire, il appartient à celui-ci d'agir en remboursement ou en dommages-intérêts s'il estime que la vente a été irrégulière au regard de ladite valeur négative de la société, ou d'agir en dommages-intérêts si la société a été mal administrée (à supposer que tel soit le sens des conclusions de l'appelante SOC.1.)). A la limite, il est également loisible à SOC.1.) de demander des comptes à F.) sur l'acquisition des actions si les actions devaient revenir à elle. Si SOC.1.) était le commanditaire du prix de 45 millions de francs, F.) était officiellement l'actionnaire et, de ce fait, a qualité à agir et non pas SOC.1.) se prétendant actionnaire, en cas de lésion dans l'acquisition des actions, de malversation de fonds ou de faute d'administration de la société. Dans la logique de l'appelante SOC.1.), elle aurait droit à des dommages-intérêts pour avoir été trompée sur la personne à laquelle les actions seraient attribuées, donc pour avoir été amenée dolosivement à payer le prix des actions sans que celles-ci lui fussent attribuées. Elle n'a pas agi en se prétendant le bénéficiaire économique de l'investissement de 45 millions fait par F.) dans l'acquisition des actions.

Pour être exhaustive, la Cour fait encore remarquer que SOC.1.) savait nécessairement par son bénéficiaire économique F.) que celui-ci était actionnaire aux termes de la convention susvisée du 11 novembre 1991 et ensemble le procès-verbal susvisé. SOC.1.) n'y avait pas réagi. Quant à la prétendue valeur négative de la société, il ressort du bilan approuvé par F.) dans le susdit procès-verbal, qu'au terrain à (...) évalué à quelque 37 millions de francs correspondait une dette bancaire de quelque 41 millions de francs ; aussi le bilan se soldait-il par un déficit de quelque 2 millions de francs. Mais il ressort aussi du prédict calcul de rentabilité que le prix des actions a été déterminé au regard du bénéfice (spéculatif) à réaliser dans ledit projet immobilier. Il paraît que le véritable problème – non instruit en cause – était que le projet immobilier, qui devait justifier le prix d'acquisition des actions, n'avait pas été mené à bien. Il n'a pas été question d'une faute dans la réalisation du projet immobilier ; une faute déterminée d'administration n'a pas été alléguée.

Dans le volet SOC.4.), les parties appelantes ont encore demandé, dans les seuls motifs de l'acte d'appel, « qu'il soit enjoint à A.) et aux autres assignés pris en leur qualité d'administrateurs de la société SOC.4.) de produire en justice

toutes les pièces comptables de la société SOC.4.) depuis le 2 octobre 1998 à ce jour, afin de voir vers où les 32.441.445 frs versés par le notaire Metzler au compte de SOC.4.) sont repartis ».

Compte tenu de ce qui vient d'être exposé, cette demande n'est pas pertinente pour la solution du litige déféré à la Cour.

Les parties appelantes ont versé un tas d'attestations testimoniales auxquelles elles ne sont pas référées dans leurs conclusions et qui, à défaut de pertinence dans la présente instance d'appel, n'ont pas eu d'incidence dans les décisions prises dans cet arrêt.

Le litismandataire des parties B.) et A.) a conclu en instance d'appel à une indemnité de procédure de 15.000 €. Cette demande n'est pas fondée en équité pour ce qui concerne A.). Elle est fondée en équité pour ce qui concerne B.) pour le montant de 1.800 €.

Par ces motifs,

la Cour d'appel, deuxième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, le conseiller de la mise en état entendu en son rapport,

dit irrecevable l'appel pour autant qu'il vise à voir retenir la responsabilité de A.) dans l'affaire du prêt de la société SOC.2.) SARL,

dit valable et reçoit l'appel pour le surplus,

dit que la demande de la société SOC.1.) a été régulièrement engagée sous le rapport de la règle « *una via electa* »,

dit irrecevable la demande visant à l'annulation des décisions judiciaires rendues entre parties le 28 janvier 2003 et le 24 mars 2004,

dit sans cause la demande en nullité du jugement déféré sous le rapport de la violation de l'article 3, al. 2 CIC,

dit recevable l'offre de preuve des parties appelantes sous le rapport de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil,

la dit irrecevable pour les motifs de procédure civile indiqués ci-dessus,

dit irrecevable le moyen de prescription opposé par les parties C.), D.) et e.) et partant rejette l'appel incident de ces derniers,

dit irrecevable l'appel pour autant qu'il vise la mesure d'expertise ordonnée dans le jugement déféré,

dit irrecevable la demande en communication de pièces formée par les parties appelantes,

dit l'appel non fondé concernant la mise hors de cause des consorts B.), C.), D.) et E.),

dit non fondé l'appel et partant confirme le jugement déféré dans l'affaire dite SOC.4.) SA,

confirme le jugement déféré pour le surplus,

dit fondée la demande de la partie B.) en paiement d'une indemnité de procédure jusqu'à concurrence du montant de 1.800 € et prononce condamnation y afférente des sociétés SOC.1.) SA et SOC.2.) SARL,

dit non fondée la demande de la partie A.) en paiement d'une indemnité de procédure,

déboute les parties de leurs conclusions plus amples ou contraires,

condamne les sociétés appelantes SOC.1.) SA et SOC.2.) SARL aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction, pour ce qui concerne B.), à son litismandataire Maître Gaston Vogel, avocat à la Cour, sur son affirmation de droit.

La lecture de cet arrêt a été faite à l'audience publique indiquée ci-dessus par Étienne SCHMIT, président de chambre, en présence du greffier Jean-Paul TACCHINI.