Arrêt commercial

Audience publique du vingt-six octobre deux mille onze.

Numéro 35784 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Marie-Anne STEFFEN, première conseillère;
Eliane ZIMMER, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

***la société anonyme AAA S.A., anciennement AAA1 S.A.**, établie et ayant son siège social à UUU, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

***appelante** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 10 février 2010,*

comparant par Maître Jean-Jacques SCHONCKERT, avocat à Luxembourg ;

e t :

***BBB**, expert fiscal, demeurant à VVV,*

***intimé** aux fins du prédit exploit ENGEL,*

comparant par Maître Gerry OSCH, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 29 octobre 2008 la société anonyme AAA S.A. a fait donner assignation à BBB à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, pour voir constater qu'il a engagé sa responsabilité en sa qualité de mandataire de la société AAA par le fait d'avoir commis des fautes dans la gestion en autorisant 4 virements vers une société CCC portant sur un montant total de 59.949 €, pour le voir condamner au paiement du montant de 32.000 € à titre de capital de la société au motif que le capital social n'aurait pas été mis à disposition de la société et au paiement du montant de 750 € à titre d'amendes pour le non dépôt des déclarations de TVA.

Par jugement du 17 décembre 2009 le tribunal a déclaré la demande irrecevable, a rejeté la demande d'AAA en paiement d'une indemnité de procédure et a condamné AAA au paiement d'une indemnité de procédure de 1.000 €.

Pour déclarer la demande irrecevable le tribunal a dit que l'action intentée s'analyse en une actio mandati qui doit être autorisée par une décision prise par l'assemblée générale des actionnaires, autorisation qui fait défaut en l'espèce.

De ce jugement, signifié le 4 janvier 2010, la société AAA a régulièrement relevé appel par acte d'huissier du 10 février 2010.

Sans contester la qualification d'actio mandati retenue par les premiers juges, AAA fait valoir aux termes de son acte d'appel que le conseil d'administration a agi dans l'intérêt de la société et que le conseil d'administration de la société n'avait partant pas besoin d'une délibération spéciale de l'assemblée générale des actionnaires pour engager l'action en responsabilité ; pour appuyer ses prétentions elle invoque les dispositions de l'article 53 de la loi sur les sociétés commerciales.

Subsidiairement elle soutient que DDD est le seul et unique actionnaire d'une société anonyme EEE, laquelle serait l'unique actionnaire de la société AAA et que DDD pouvait dès lors valablement engager l'action en responsabilité sans convoquer au préalable l'assemblé générale dans la mesure *« où il aurait statué comme associé et président du conseil d'administration et administrateur-délégué pour se donner mandat à lui-même »*.

Par ailleurs elle indique que *« le 26 janvier 2010 le conseil d'administration d'AAA s'est réuni et a donné mandat au conseil d'administration pour interjeter le présent appel ainsi qu'a confirmé - pour autant que besoin - le mandat du conseil d'administration pour introduire une action en justice contre l'ancien administrateur BBB…) »*.

Dans ses conclusions ultérieures AAA allègue avoir disposé *« d'un pouvoir tacite de l'assemblée générale des actionnaires quand bien même ce mandat n'aurait pas été formalisé ab initio par un procès-verbal de tenue d'assemblée*

générale » et que l'assemblée générale des actionnaires du 27 janvier 2010 aurait servi à formaliser l'accord qu'elle avait préalablement donné au conseil d'administration.

Elle fait encore valoir qu'aucune décision de l'assemblée générale ne serait requise en cas d'action engagée contre les anciens administrateurs de la société.

La société AAA demande dès lors à la Cour de dire, par réformation du jugement entrepris, que l'action est recevable, d'évoquer et de statuer sur le tout par un seul et même arrêt ; en ordre subsidiaire elle conclut au renvoi devant le tribunal autrement composé.

La partie intimée conclut à la confirmation du jugement par adoption des motifs des premiers juges en se prévalant entre autres de l'article 67 de la loi sur les sociétés commerciales. Elle conteste par ailleurs l'existence de la tenue d'une assemblée générale antérieure à l'exercice de l'actio mandati et estime que *« celle qui se déroula le 27 janvier 2010 constitue un faux grossier dont il est fait usage en justice »* ; elle qualifie ce faux de faux intellectuel au sens de la loi pénale et demande la communication de l'affaire au ministère public par application de l'article 183 du nouveau Code de procédure civile. Elle fait plaider que les assemblées générales doivent faire l'objet de procès-verbaux, procès-verbal qui fait défaut en l'espèce en ce qui concerne l'assemblée générale prétendument tenue antérieurement à l'assignation en justice. En ce qui concerne la prétendue confirmation des délibérations d'une assemblée générale antérieure par l'assemblée générale tenue le 27 janvier 2010, cette confirmation ne saurait avoir d'effet rétroactif à l'égard de tiers, de sorte qu'au jour de l'assignation il n'existait de toute façon pas d'autorisation de l'assemblée générale. BBB conteste finalement que DDD soit l'unique actionnaire de EEE.

La partie intimée demande encore la communication forcée sous peine d'astreinte par la société AAA d'une plainte au pénal portant le no *« 26742-08CD »* que la société appelante aurait pu déposer contre lui en rapport avec la société AAA S.A. ou toute(s) autre(s) société dont Philippe ou DDD serai(en)t le(s) bénéficiaire(s) économique(s) et conclut au prononcé de la surséance conformément à l'article 3 du code d'instruction criminelle. Aux termes de ses dernières conclusions elle demande la communication sous peine d'astreinte par Richard et/ou FFF d'une plainte par eux déposée.

La partie appelante, ayant soulevé une prétendue contradiction entre l'article 53 de la loi sur les sociétés commerciales – cet article étant issu selon elle d'une Directive européenne, soit d'une source hiérarchiquement supérieure à la loi nationale – et l'article 67 de la même loi, précise qu'elle n'entend pas poser une question préjudicielle à la Cour de Justice des Communautés européennes, tel que suggéré par la partie intimée, dans la mesure où il ne s'agit pas d'une question de validité et d'interprétation d'actes pris par les institutions de la Communauté.

Quant à la recevabilité de l'action en responsabilité engagée à l'encontre de l'administrateur de société.

Il est constant en cause et il se dégage des pièces versées que BBB a été l'administrateur de la société AAA et qu'il n'a plus été en fonction au jour de l'assignation en date du 29 octobre 2008.

L'action a été qualifiée à juste titre par les premiers juges d'actio mandati, cette qualification n'ayant pas été contestée.

Il est de principe que c'est la société qui donne mandat à ses administrateurs de la représenter et d'agir en son nom. C'est au mandant et à lui seul que le mandataire doit rendre compte de l'exécution de son mandat (art. 59 al. Ier de la loi sur les sociétés commerciales) et c'est en principe au mandant qu'appartient l'actio mandati.

C'est à l'assemblée générale des actionnaires à décider l'intentement de l'action en responsabilité contre les administrateurs. Elle est l'émanation la plus directe de la société, elle se confond avec elle, peut-on dire, et c'est à elle d'ailleurs que les mandataires ont, à des périodes déterminées, à rendre compte de leur gestion. L'intervention de l'assemblé générale est donc nécessaire pour autoriser l'intentement de l'action.

Le conseil d'administration n'aurait pas de pouvoirs suffisants pour prendre une semblable décision vis-à-vis d'anciens administrateurs ; il représente la société vis-à-vis des tiers mais il ne la représente pas vis-à-vis d'elle-même (Resteau, traité des sociétés anonymes, éd. 1982, no 943 et suiv. p. 187 et 188 ; Frédéricq, traité de droit commercial belge, tome V, no 438 ; Van Ryn et Ommeslaghe, Rev. crit. Jur. belge, 1973, n° 43, p.405-406) ; Steichen, précis de droit des sociétés, no 278, p. 263 ; RPDB, sociétés anonymes, n° 861).

Cette règle qui donne compétence à l'assemblée générale des actionnaires se trouve d'ailleurs confirmée par les dispositions de l'article 63 de la loi sur les sociétés commerciales qui dit que *« L'assemblé générale qui a décidé d'exercer contre les administrateurs, les membres du directoire, du conseil de surveillance ou les commissaires en fonction l'action sociale des articles 59, 60bis-10, 60bis-16 et 62 al.3, peut charger un ou plusieurs mandataires de l'exécution de cette délibération. »*

La Cour constate que cet article vise entre autres les administrateurs en fonction. Il n'est cependant pas à interpréter dans le sens préconisé par la partie appelante, à savoir que la décision de l'assemblée générale ne serait requise qu'au cas où l'action est introduite contre les administrateurs en fonction et ne serait dès lors pas requise s'il s'agit d'agir contre les anciens administrateurs. En effet cet article dit que s'il s'agit d'entamer des poursuites contre les mandataires encore en fonctions, l'assemblée générale peut charger un ou plusieurs mandataires de l'exécution de cette décision. Il est impossible que les administrateurs, en tant que représentants de la société, se poursuivent eux-mêmes en leur nom personnel (Frédéricq, op. cit. no 438, p. 627). A

l'évidence l'assemblée générale n'a pas à charger des mandataires spéciaux pour l'exécution de sa décision de poursuites au cas où l'action en responsabilité vise ses anciens administrateurs (Resteau, op. cit. n° 948, p.190).

Contrairement aux allégations de la partie appelante, l'article 53 de la loi précitée n'est pas en contradiction avec l'article 67 de la même loi. L'article 67 dispose que l'assemblée générale des actionnaires a les pouvoirs les plus étendus pour faire les actes qui intéressent la société et l'article 53, en disposant que le conseil d'administration a le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social, à l'exception de ceux que la loi ou les statuts réservent à l'assemblé générale, renvoie expressément aux pouvoirs de l'assemblée générale des actionnaires fixés par la loi et excepte ces pouvoirs du champ d'action du conseil d'administration.

La Cour constate dès lors, avec les premiers juges, que l'exercice de l'actio mandati doit être autorisé par l'assemblée générale des actionnaires. Dans la mesure où les conditions de recevabilité de la demande s'apprécient au jour de l'introduction de celle-ci, la décision de l'assemblée générale doit en principe exister au jour de l'assignation (Cour d'appel Anvers, 1er mars 1999, R.D.C. 2000, p. 615 confirmé par Cass., 25 septembre 2003, R.D.C. 2005, p. 382).

La Cour constate qu'il n'a existé en l'occurrence aucun empêchement pour ne pas convoquer l'assemblée générale des actionnaires en vue de solliciter une décision pour l'exercice de l'action et que les explications de la partie appelante quant à la composition de l'actionnariat de la société sont restées à l'état de pure allégation.

Aux termes du procès-verbal de la décision de l'assemblée générale de la société AAA du 27 janvier 2010 – procès-verbal versé en copie à la Cour et ne portant pas de signature lisible – l'assemblée générale dit *« confirmer le mandat du conseil d'administration pour introduire une action en justice contre l'ancien administrateur BBB en vu de sa condamnation à des dommages et intérêts »*.

La production de procès-verbaux des assemblées générales constitue l'un des modes par lequel l'on peut prouver les faits qui se sont passés à l'assemblée générale ; la preuve outre et contre les procès-verbaux est permise (Resteau, précité, n° 1266, page 464).

La décision précitée du 27 janvier 2010 est rédigée de façon extrêmement imprécise en ce qu'elle n'indique même pas la date de la prétendue décision prise antérieurement en vue d'autoriser l'exercice de l'actio mandati ; par ailleurs cette décision n'a pas fait l'objet d'un procès-verbal, tel que reconnu par l'appelante, et étant contestée par la partie intimée quant à son existence, la preuve de son existence respectivement l'existence d'un pouvoir tacite donné au conseil d'administration, n'est pas établie en l'absence d'éléments probants produits par la partie appelante.

Le fait que la partie appelante déclare confirmer une décision antérieure n'est dans ces circonstances pas suffisant pour établir l'existence de cette décision.

Il résulte de ce qui précède que la décision des premiers juges en ce qu'ils ont déclaré la demande irrecevable est à confirmer.

Quant à la demande en communication de l'affaire au ministère public présentée par BBB

BBB invoque à l'appui de la demande en communication l'article 183 du nouveau Code de procédure civile, au motif qu'une pièce invoquée par la partie appelante, à savoir la décision de l'assemblé générale des actionnaires du 27 janvier 2010, constituerait un faux intellectuel.

La société appelante s'y oppose.

La Cour constate que la présente affaire ne relève pas des cas de communication obligatoire prévus par l'article 183 précité.

Les juridictions ont certes la faculté de communiquer même d'office au ministère public toutes les causes dans lesquelles elles croient nécessaires l'intervention du ministère public en vue de prise de conclusions écrites ou orales ; en l'espèce la nécessité de la communication au ministère public n'est pas donnée dans la mesure où l'affaire a trait aux conditions de recevabilité de l'action en responsabilité engagée contre l'administrateur de société.

Il est toujours loisible à BBB de saisir le ministère public d'une plainte au pénal conformément aux règles inscrites au code d'instruction criminelle.

Quant à la demande en communication forcée des plaintes présentée par BBB et dirigée contre la société AAA, DDD et FFF

L'intimé conclut à la communication sous peine d'astreinte des diverses plaintes ci-avant précisées au motif qu'elles concerneraient toutes la situation de la société AAA qui aurait déposé plainte contre lui et qu'il y aurait lieu *« d'étudier le lien existant entre cette (ou ces) plainte (s) et la présente affaire dans le cadre de la question de la surséance à statuer »*. Sa demande dirigée à l'encontre des consorts DDD est basée sur les articles 284 et suivants du nouveau Code de procédure civile.

Il demande par ailleurs un sursis à statuer à prononcer sur la base de l'article 3 du code d'instruction criminelle invoquant le principe que *« le criminel tient le civil en état »*.

La partie appelante résiste à ces demandes au motif qu'il n'y pas de plainte déposée par AAA et qu'une plainte a été déposée par Monsieur DDD en sa qualité d'actionnaire d'une société GGG contre BBB qui ne concernerait donc

pas la société AAA. Elle invoque encore le secret d'instruction pour s'opposer aux demandes en communication forcée de la plainte.

Il est constant en cause qu'une plainte portant le numéro *« 26742-08 CD »* a été déposée et que BBB a été entendu dans le cadre de l'enquête qui a suivi le dépôt de la plainte. Apparemment les enquêteurs auraient refusé de lui communiquer la plainte.

La règle *« le criminel tient le civil en état »* est sans application lorsque la juridiction civile peut donner au litige dont elle est saisie une solution définitive, indépendamment de la décision à intervenir au pénal (Cour 24 mai 2004, Pas no 33, 20).

Tel est le cas en l'espèce dans la mesure où la Cour a été appelée à statuer en premier lieu sur la recevabilité de l'action en responsabilité dirigée à l'encontre de l'administrateur BBB. La demande en surséance est partant à rejeter.

Dans le même ordre d'idées y a-t-il lieu de rejeter les demandes en communication des plaintes, ces plaintes n'ayant aucune influence sur la décision de la Cour quant à la recevabilité de la demande.

Quant aux indemnités de procédure

La décision de première instance est à confirmer par adoption des motifs en ce que la société AAA a été condamnée au paiement d'une indemnité de procédure de 1.000 €.

La demande de la société appelante en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel est à rejeter, étant donné que la partie qui succombe et qui est condamnée au paiement des frais ne peut prétendre au paiement d'une indemnité de procédure.

Il est inéquitable de laisser à charge de la partie intimée les frais non compris dans les dépens ; l'indemnité à allouer de ce chef est fixée à 2.000 €.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement et sur le rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit l'appel ;

rejette les demandes de BBB en communication au Ministère public, en communication des plaintes et en surséance ;

déclare non fondé l'appel de la société anonyme AAA S.A.;

partant confirme le jugement entrepris ;

rejette la demande de la société anonyme AAA S.A. en paiement d'une indemnité de procédure ;

condamne la société anonyme AAA S.A. à payer à BBB une indemnité de procédure de 2.000 € ;

la condamne aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Gerry OSCH sur ses déclarations de droit.