Arrêt commercial

Audience publique du quinze février deux mille douze.

Numéro 36645 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Eliane ZIMMER, première conseillère;
Brigitte KONZ, conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

la société de droit italien A S.S., *établie et ayant son siège social à U (Italie), inscrite au Registre des entreprises de U sous le numéro ……., agissant poursuites et diligences de ses représentants légaux domiciliés en cette qualité audit siège,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Nadine TAPELLA d'Esch-sur-Alzette du 22 septembre 2010,*

comparant par Maître Philippe MORALES, avocat à Luxembourg ;

e t :

1) B, *administrateur de sociétés, demeurant professionnellement à L-…. V, pris en sa qualité d'administrateur de la société anonyme de droit luxembourgeois dénommée C S.A., établie et ayant son siège social à L-…. V, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

2) D, *administrateur de sociétés, demeurant à F-….. W, pris en sa qualité d'administrateur de la société anonyme de droit luxembourgeois dénommée C S.A., établie et ayant son siège social à L-…. V, inscrite au registre de*

commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

***intimés** aux fins du susdit exploit TAPELLA,*

sub 1) et 2) comparant par Maître Myriam PIERRAT, avocat à Luxembourg ;

***3) la société anonyme E S.A.,** établie et ayant son siège social à L-…. V, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

***4) la société anonyme F S.A.,** établie et ayant son siège social à L-…. V, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

***intimées** aux fins du susdit exploit TAPELLA,*

sub 3) et 4) comparant par Maître Patrick KINSCH, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 20 décembre 2007 la société de droit italien A S.S. a fait comparaître B, D, la société anonyme E et la société anonyme F devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, en demandant leur condamnation conjointe et solidaire à lui payer la somme de 1.200.000.- euros à titre de dommages et intérêts.

Exposant qu'elle détient 40% des actions de la société C elle a reproché à B et à D, administrateurs de cette société, d'avoir cédé à vil prix les actions de la société G détenues par C et qui constituaient le seul actif de cette société, causant de ce fait à la société A un préjudice de 1.200.000.- euros, soit 40% du préjudice de 3.000.000 euros subis par la société C. Elle a encore reproché aux administrateurs de continuer à commettre des fautes de gestion en ne prenant aucune mesure pour recouvrer le prix des actions cédées à G. Elle a reproché aux sociétés E et F d'avoir, en leur qualité de commissaires aux comptes de la société C, failli à leurs obligations de contrôle et de surveillance en laissant les administrateurs procéder aux opérations litigieuses et en ne respectant pas les obligations légales et statutaires mises à charge du commissaire aux comptes.

La société A a basé sa demande sur les articles 59, alinéa 2, et 62 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, subsidiairement sur les articles 1382 et 1383 du Code civil.

Par jugement rendu le 7 juin 2010 le tribunal a dit la demande irrecevable tant contre les administrateurs que contre les commissaires aux comptes.

Par exploit d'huissier du 22 septembre 2010 la société A a régulièrement relevé appel de ce jugement, lui signifié le 29 juillet 2010.

Pour fonder leur décision les juges de première instance ont dit que la société A, qui n'est apparue au capital de la société C qu'à compter du 19 octobre 2004, n'était pas à l'époque de la cession litigieuse, intervenue en février 2003, actionnaire de la société et qu'elle est partant irrecevable à soulever la responsabilité des administrateurs relativement à cette cession. Ils ont ajouté qu'elle ne justifie par ailleurs d'aucun préjudice distinct de celui de la société, de sorte que sa demande est encore irrecevable à cet égard.

Ils ont dit qu'en recherchant la responsabilité des administrateurs pour fautes de gestion, la société A entend exercer l'*actio mandati*, laquelle ne peut être exercée à titre individuel par un actionnaire.

Concernant la base délictuelle, les premiers juges ont dit qu'en admettant que la société A puisse se prévaloir de la qualité de tiers au moment de l'opération litigieuse, sa demande serait encore à déclarer irrecevable, étant donné que là encore elle ne justifie d'aucun préjudice distinct de celui de la société C.

Statuant sur la demande en tant que dirigée contre les commissaires aux comptes, les premiers juges ont dit que la société A n'a pas démenti l'affirmation de la société F qu'elle n'a été nommée commissaire aux comptes qu'en 2007, que cette société n'était donc pas en fonction à l'époque de l'opération critiquée et qu'elle est à mettre hors cause, que la société E soutient à bon droit que d'après l'article 62 de la loi sur les sociétés commerciales la responsabilité des commissaires est déterminée selon les mêmes règles que celle des administrateurs et que la demande dirigée contre elle est à dire irrecevable pour les mêmes motifs que ceux développés dans le cadre de la demande dirigée contre les administrateurs.

L'appelante reproche aux premiers juges d'avoir dit la demande irrecevable en accueillant le moyen des parties défenderesses basé sur un défaut de qualité à agir dans son chef aux motifs qu'elle n'était pas encore actionnaire de la société C au moment de la cession litigieuse et qu'elle ne justifierait pas d'un préjudice personnel distinct de celui de cette société.

Elle fait valoir que la qualité n'est pas une condition particulière de recevabilité de l'action en justice lorsque l'action est exercée par celui-là même qui se prétend titulaire du droit car, en principe, le fait de se prétendre titulaire d'un droit donne nécessairement le pouvoir d'en obtenir la sanction. Elle ajoute qu'elle est à ce jour actionnaire de C et dispose donc incontestablement d'un intérêt et d'une qualité à agir à ce titre et qu'en toute hypothèse elle ne pourrait se voir reconnaître moins de droit qu'un simple tiers à la société.

Ainsi que le font valoir à juste titre les parties intimées, lorsque la loi désigne elle-même le titulaire exclusif de l'action, celle-ci ne peut être exercée par une personne qui n'en est pas le titulaire légal, la loi lui déniant le pouvoir de saisir le juge pour obtenir sa consécration judiciaire (Solus, Droit judiciaire privé, T. I, n° 268).

D'après l'article 59 de la loi du 10 août 1915 les administrateurs sont responsables envers la société ou envers les tiers. L'article 62, alinéa 3, de la loi dispose que la responsabilité des commissaires est déterminée d'après les mêmes règles que celle des administrateurs.

La société anonyme jouit d'une personnalité juridique propre, indépendante de celle de ses actionnaires et elle a seule qualité pour intenter une action en réparation d'un préjudice subi par la société elle-même, c'est-à-dire par l'ensemble des actionnaires (C.A. 30.11.2011, n° 36253 du rôle et les références y citées).

Le préjudice invoqué par la société A n'est autre que sa quote-part du préjudice social et elle ne peut exercer à titre individuel l'action en réparation de ce préjudice. Il en est ainsi du préjudice invoqué au titre d'une diminution de sa participation dans C du fait d'une cession à vil prix des actions G et encore de celui résultant d'une absence de règlement de la créance de C résultant de la cession des actions.

La société A soutient que si elle devait se voir refuser la possibilité d'agir en sa qualité d'actionnaire, elle doit toutefois se voir reconnaître le droit d'agir en qualité de tiers sur base de la responsabilité de droit commun.

C'est à tort que B et D concluent à l'irrecevabilité d'une demande formée en qualité de tiers pour être nouvelle en appel, cette demande ayant déjà été formée en première instance et toisée dans le jugement entrepris.

La société A, qui n'était pas actionnaire de C au moment de la cession litigieuse, peut en principe agir contre les administrateurs et commissaires aux comptes en une qualité de tiers à la société pour préjudice subi par elle du fait de cette cession, mais elle doit se prévaloir d'un préjudice qui lui est personnel et qui est distinct du préjudice social.

L'appelante fait plaider que si elle subit un préjudice résultant de ce que sa participation dans C a une valeur moindre que ce qu'elle estimait lors de son acquisition, son préjudice résulte également de ce qu'elle a acquis les actions de cette société et en est devenu consécutivement actionnaire, alors que si elle avait eu connaissance de la cession litigieuse elle ne se serait pas portée acquéreuse et ce préjudice est distinct de celui de la société.

La cause de ce préjudice invoqué par l'appelante n'est toutefois pas la cession litigieuse, mais l'ignorance par la société A de cette cession, ce qui est chose différente.

De toute façon le préjudice que la société A dit avoir subi du fait de l'acquisition des actions de la société C réside dans la diminution de la valeur que, selon elle, sa participation dans la société a subie du fait de la cession litigieuse, et ce préjudice est encore sa quote-part du préjudice social.

L'appelante reste donc irrecevable à agir, tant en une qualité de tiers qu'en sa qualité d'actionnaire de la société C.

La société A reproche encore aux premiers juges d'avoir dit que la société F devait être mise hors cause au motif qu'elle n'était pas encore commissaire aux comptes lors de la cession litigieuse.

Dans le jugement du 7 juillet 2010 cette mise hors cause n'est pas reprise au dispositif où la demande a été déclarée irrecevable tant à l'égard des administrateurs qu'à l'égard des commissaires aux comptes.

Le jugement étant à confirmer sur ce point, la Cour n'a pas besoin d'examiner les arguments invoqués par l'appelante contre une mise hors cause de la société F, laquelle intéresse le fond du litige, qui en raison de l'irrecevabilité de la demande n'a pas à être abordé.

L'appel n'est dès lors pas fondé.

La société A, qui succombe dans son appel, est à débouter de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure.

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 en la forme;

le dit non fondé et confirme le jugement entrepris;

déboute la société de droit italien A S.S. de sa demande basée sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile;

condamne la société A S.S. aux frais et dépens de l'instance d'appel, dont distraction au profit de Maître Myriam Pierrat et de Maître Patrick Kinsch, sur leurs affirmations de droit.