

**Arrêt N° 23/17 IV-COM**

Audience publique du premier février deux mille dix-sept

Numéro 42334 du rôle

Composition :

Roger LINDEN, président de chambre;  
Marianne HARLES, première conseillère ;  
Elisabeth WEYRICH, conseillère;  
Eric VILVENS, greffier assumé.

**E n t r e**

**la société à responsabilité limitée A**, établie et ayant son siège social à, représentée par son gérant actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro,

**appelante** aux termes d'un acte de l'huissier de justice Gilbert Rukavina de Diekirch du 16 avril 2015 et aux termes d'un acte de l'huissier de justice Yves Tapella d'Esch-sur-Alzette du 17 avril 2015,

comparant par Maître Anne-Laure Jabin, avocat à la Cour, assistée de Maître Morgane Imgrund, avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg,

**e t**

**1) B**, sans état connu, demeurant à,

**intimé** aux fins du prédit acte Tapella,

comparant par Maître Patrice Rudatinya Mbonyumutwa, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**2) C**, employé privé, demeurant à ,

**intimé** aux fins du prédit acte Rukavina,

comparant par Maître Frédéric Frabetti, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

## LA COUR D'APPEL

Par exploits d'huissier de justice des 5 et 9 novembre 2010, la société à responsabilité limitée A a assigné B et son fils C à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, pour voir condamner l'assigné B au paiement de la somme de 616.933,39 euros et l'assigné C au paiement de la somme de 65.626,55 euros, ces sommes avec les intérêts légaux jusqu'à solde. La demanderesse a requis l'octroi d'une indemnité de procédure de 15.000 euros.

A l'appui de sa demande, la A a exposé que le défendeur B était son associé et gérant uniques jusqu'au 22 mai 2008, date à laquelle l'intégralité de ses parts sociales a été cédée à la société de droit européen D (ci-après « la société D »). Suite à cette cession, elle aurait découvert des irrégularités commises dans ses comptes sociaux durant la période se situant entre le 1<sup>er</sup> juillet 2003 et le 1<sup>er</sup> août 2007. Le défendeur B aurait fait payer par la société des travaux effectués pour son compte personnel et celui de son fils. La demanderesse a versé des factures pour un total de 616.933,39 euros, dont 65.626,55 euros auraient été dépensés au profit du défendeur C.

La requérante a basé sa demande contre l'assigné B principalement sur l'article 192 de la loi de 1915 concernant les sociétés commerciales, subsidiairement, sur l'abus de biens sociaux, sinon sur l'existence de manœuvres dolosives.

La demande dirigée contre le défendeur C était basée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil. Selon la demanderesse, l'assigné C avait connaissance, respectivement ne pouvait ignorer que les travaux effectués dans sa maison privée étaient payés par la société. A titre subsidiaire, la demanderesse a soutenu que le défendeur C a profité du produit du délit commis par son père.

L'assigné B a soulevé l'irrecevabilité de la demande pour défaut d'intérêt à agir de la demanderesse. La requérante demanderait réparation d'un préjudice inexistant dès lors que les travaux auraient été amortis par leur intégration dans les comptes sociaux de la A. Lors de la négociation de la vente des titres, il aurait mis à disposition de l'acquéreur tous les documents administratifs et comptables de la société. Aucune question relative à la réelle santé financière de la société n'aurait été éludée. La plupart des travaux auraient concerné des travaux effectués pour le compte de la société.

Le défendeur C a soulevé l'irrecevabilité de l'assignation pour « *défaut d'intérêt à agir dans le chef de la demanderesse et pour défaut de qualité de la défenderesse* ». Il a invoqué l'irrecevabilité de

la demande pour libellé obscur alors que la description des faits dans l'assignation manquerait de précision et de véracité. La demanderesse resterait en défaut de prouver une faute et un préjudice en relation causale avec cette prétendue faute. Le défendeur C a affirmé n'avoir jamais géré la société ni en droit ni en fait. Il a contesté la demande tant dans son principe que dans son quantum.

Les défendeurs ont requis chacun des dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire évalués à 5.000 euros.

Par exploits d'huissier de justice des 12 et 15 novembre 2010, la société D a assigné B et E à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, pour les voir condamner solidairement au paiement des sommes de 932.093,48 euros et 700.000 euros, ainsi que pour voir confirmer que la cession d'actions intervenue à titre de garantie était définitive, partant que la propriété des actions lui était acquise. La requérante a demandé à voir déclarer nulle la clause limitative de responsabilité relative à la prescription du contrat de garantie et à voir condamner *in solidum* les défendeurs au paiement de la somme de 616.933,39 euros au titre des dépenses privées effectuées par le défendeur B avec les deniers de la société.

La société D a exposé que par contrat du 22 mai 2008, elle a racheté au défendeur B l'ensemble des parts sociales de la A. Par deux conventions de transfert de propriété de parts sociales signées le même jour, les défendeurs B et E lui auraient cédé leurs parts dans la société anonyme F afin de garantir l'actif et le passif de la A. Elle aurait fait appel à cette garantie à deux reprises pour un montant total de 932.093,48 euros.

Après l'expiration du délai de garantie, elle aurait découvert de nouvelles irrégularités. Celles-ci lui auraient été dissimulées par des manœuvres dolosives de la part du défendeur B de sorte que la clause limitant la garantie à dix-huit mois serait à annuler. Compte tenu de la solidarité existant entre les défendeurs, E serait à condamner solidairement avec B au remboursement des sommes nées de ces irrégularités. Pour autant que de besoin, la demanderesse a requis la nomination d'un expert.

Le défendeur E a soulevé le défaut de qualité à agir de la société européenne D dès lors que les documents versés au soutien de sa demande mentionneraient une société anonyme de droit allemand D. Quant au fond, les prétendues irrégularités ne rentreraient pas dans les garanties énoncées au point 3.3 de l'article 3 du contrat de cession. Les revendications de la demanderesse ne seraient établies par aucune pièce probante. En ordre subsidiaire, il a soutenu qu'il s'agissait de travaux d'amélioration pour le compte de la société. Le dol laisserait d'être établi. Quant à la qualification de contrat de

garantie, il a affirmé qu'il s'agissait d'un engagement séparé, limité à la valeur des 10.000 actions en faisant l'objet.

A titre reconventionnel, le défendeur E a conclu à voir constater que les conditions de transfert des actions n'étaient pas remplies de sorte qu'il serait en droit de reprendre la pleine propriété des 10.000 actions. La demanderesse serait forclosée à invoquer des irrégularités en dehors du délai conventionnel de dix-huit mois. Les contestations basées sur les prétendues manœuvres dolosives commises par le défendeur B lui seraient inopposables.

Le défendeur B a soulevé l'irrecevabilité de l'assignation pour libellé obscur. L'assignation ne contiendrait pas un descriptif suffisamment clair des faits, omettant notamment de mentionner qu'à côté de la cession des parts sociales de la A, le défendeur B a vendu à Ulf D, à travers la société G, un complexe immobilier pour le prix de 2.600.000 euros. La majeure partie du prix de vente, à savoir 1.865.200 euros, aurait été réinvestie dans la A au moyen d'une augmentation du capital social. La société G aurait par ailleurs acquis de la société F un autre immeuble pour le prix de 2.381.923 euros dont seul un acompte de 1.100.000 euros aurait été payé. Le solde, payable endéans 18 mois, n'aurait jamais été payé.

Le défendeur B a soulevé le défaut d'intérêt et de qualité à agir de la demanderesse au motif que ses prétentions ne seraient pas nées et actuelles. Au bout de la période de garantie de dix-huit mois, elle ne lui aurait pas payé les sommes dues au titre du prix de vente, sinon du moins le solde non contesté. La demanderesse ne saurait dès lors invoquer la garantie de passif de la société cédée. La demande de la société D serait encore irrecevable par rapport aux manœuvres dolosives reprochées au défendeur B, ces manœuvres étant contestées.

Le défendeur B a fait état de pressions et de manœuvres dolosives commises par Ulf D au cours des négociations relatives à la cession des parts sociales. Il a requis des dommages-intérêts évalués à 2.500.000 euros sur base des articles 1116 et 1134 du Code civil. A titre subsidiaire, il a formulé une demande reconventionnelle à hauteur du même montant au titre du prix de vente non payé. Il a sollicité la désignation d'un expert-comptable aux fins de voir déterminer le prix réel de la vente.

Finalement, le défendeur B a insisté pour dire que les bilans précédant la vente de l'entreprise étaient connus de la demanderesse et qu'ils donnaient une image fidèle de la valeur de la société. Il a contesté l'existence de « passifs non déclarés » au sens de la garantie d'actif et de passif.

Par jugement contradictoire du 12 mars 2015, le tribunal a joint les deux affaires. Il a rejeté les moyens tirés du libellé obscur et des défauts d'intérêt et de qualité à agir.

Quant au fond, concernant la demande introduite par la A, le tribunal a retenu qu'à défaut de dépôt d'une plainte pénale et de constatation d'une infraction pénale, les développements de la demanderesse relatifs au principe d'identité des fautes pénale et civile étaient à rejeter. Le tribunal a constaté ensuite que la société a approuvé les comptes annuels dans lesquels figuraient les travaux litigieux et qu'en les amortissant, elle a profité du fait qu'ils étaient inscrits dans ses comptes. Il ne serait partant pas établi que la société a subi un préjudice. Elle ne saurait dès lors remettre en cause ces dépenses. Le changement d'actionnaire ne saurait permettre à la demanderesse de revenir sur ses décisions. A titre superfétatoire, le tribunal a ajouté que la charge de la preuve du caractère privé des dépenses incombait à la demanderesse et que cette preuve n'était pas rapportée. Au contraire cette affirmation serait contredite par l'amortissement des dépenses. Le tribunal en a conclu que la demande de la A n'était pas fondée.

Concernant l'action de la société D et la demande reconventionnelle formulée par le défendeur B, le tribunal a ordonné, avant tout autre progrès en cause, une expertise afin de :

- déterminer le prix d'achat des 6.163 parts sociales de la A par application des règles et principes définis à l'article 2 du contrat de cession du 22 mai 2008, en spécifiant l'état de l'actif et du passif au Bilanzstichtag pris en compte en vue de la détermination du prix,
- faire une évaluation actualisée des 15.000 actions de la société anonyme F qui ont été transférées à titre de garantie par B et E à la société D conformément aux conventions de transfert de propriété à titre de garantie signées le 22 mai 2008.

Le jugement a été signifié par B à la A et à la société D en date du 11 mars 2015.

Par exploits d'huissier de justice des 16 et 17 avril 2015, la A a interjeté appel contre le jugement en ce qu'il a rejeté sa demande.

A l'appui de son recours, l'appelante a reproché aux premiers juges de s'être bornés à constater qu'aucune infraction pénale n'était établie, sans rechercher si les faits reprochés à l'intimé B étaient constitutifs d'une faute de gestion au sens des articles 192 et 59 de la loi sur les sociétés commerciales. Il résulterait de l'aveu de l'intimé B et du libellé des factures que celles-ci se rapportaient à des travaux exécutés dans l'intérêt privé des intimés B et C. L'appelante a encore critiqué les premiers juges en ce qu'ils ont nié l'existence d'un préjudice dans son chef. La comptabilisation et l'amortissement des dépenses ne compenseraient pas la perte qu'elle a subie. Le

résultat comptable de la société aurait été faussé par les fausses dépenses y intégrées. Les premiers juges auraient fait l'amalgame entre l'intérêt de la société et celui de son associé. A titre subsidiaire, elle a soutenu que l'intimé s'est rendu coupable de manoeuvres dolosives à son égard, respectivement d'abus de biens sociaux au sens de l'article 171-1 de la loi sur les sociétés commerciales.

Concernant la demande dirigée contre l'intimé C, l'appelante lui a reproché de pas avoir vérifié l'origine des deniers ayant servi à payer les travaux réalisés à son profit. L'intimé n'aurait pu ignorer l'origine des fonds. Sa responsabilité serait engagée sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil.

L'intimé B a soulevé l'irrecevabilité de l'appel au vu de l'indivisibilité existant entre les deux affaires tranchées par les premiers juges et de ce que l'appelante A n'a pas intimé la société D. A titre subsidiaire, l'intimé B a demandé à voir surseoir à statuer en attendant que l'affaire introduite par la société D soit définitivement tranchée par les premiers juges.

Pour le surplus, l'intimé B a contesté les faits allégués par l'appelante. Il a soutenu que lors des négociations relatives à la cession des parts de la A, la société D lui a imposé une réduction du prix de près de 1.000.000 euros pour tenir compte des travaux actuellement critiqués. Par ailleurs, elle lui aurait imposé le transfert des titres de la société Immo à titre de garantie. Aucun des montants au paiement desquels la société D s'était engagée n'aurait été payé et aucune promesse de celle-ci n'aurait été tenue. La société D aurait eu un accès illimité aux documents et aux installations de la A.

En droit, quant à sa responsabilité comme gérant, l'intimé B a conclu à la confirmation du jugement au vu de la décharge votée par les actionnaires et au vu de l'absence de faute dans son chef. Quant au dol, il a soutenu que cette demande était irrecevable pour être nouvelle, dès lors que l'appelante invoquerait le dol incident et qu'en première instance, seul le dol aurait été discuté. Les conditions du dol ne seraient pas réunies, puisque ce ne serait pas lui qui a agi de mauvaise foi, mais la société D. Quant à l'abus de biens sociaux, l'intimé B a estimé que les tribunaux civils n'étaient pas compétents à en connaître. En tout état de cause, cette infraction serait prescrite. L'intimé a réitéré sa demande formulée en première instance à se voir accorder des dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire.

L'intimé C a repris le moyen d'irrecevabilité de l'appel au vu de l'absence d'intimation de la société D, sinon à voir prononcer le sursis à statuer. Quant au fond, il a contesté avoir commis une faute ou un fait susceptible de fonder sa responsabilité sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil. Il a insisté sur le fait qu'il était salarié de la société et qu'il n'avait aucun pouvoir de décision. Il

aurait légitimement pu penser que les fonds qui lui étaient donnés étaient des fonds propres de son père B. L'appelante ne prouverait pas en outre l'existence d'un préjudice dans son chef.

### **Quant à la recevabilité de l'appel :**

Les parties intimées B et C ont soulevé l'irrecevabilité de l'appel pour défaut d'intimation de la société D dont l'affaire avait été jointe à l'affaire introduite par la A en première instance. Ils ont soutenu que les deux affaires étaient indivisibles. Faute par la société D d'être intimée, l'appel serait irrecevable. Il existerait un risque de contrariété des décisions judiciaires à intervenir, les manœuvres reprochées aux intimés B et C étant les mêmes dans les deux affaires. Le sort réservé à l'affaire introduite par la société D serait de nature à influencer sur le sort à réserver à l'affaire soumise à la Cour dans la mesure où la détermination de la juste valeur des parts sociales y demandée aurait son incidence sur les sommes réclamées aux intimés par l'appelante A. Il existerait par ailleurs un risque de double condamnation des intimés dans la mesure où dans les deux affaires, le remboursement des sommes qu'ils ont prétendument détournées leur serait réclamé.

L'appelante A a contesté ce moyen en soutenant qu'il n'existait pas d'indivisibilité entre les deux affaires, une telle indivisibilité n'étant retenue par la jurisprudence que lorsqu'il existe une impossibilité matérielle d'exécuter simultanément les deux décisions judiciaires en cause.

Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, un litige est à considérer comme indivisible en ce qui concerne l'appel lorsque l'objet de l'instance n'est pas susceptible de division, de telle sorte que si l'arrêt à intervenir sur l'appel n'intimant pas toutes les parties en cause en première instance était contraire au jugement de première instance, il y aurait impossibilité absolue d'exécuter simultanément le jugement à l'égard des parties non intimées et l'arrêt à l'égard des parties présentes en instance d'appel (Cass. 13 novembre 2008, P. 34, p. 310 ; Cass. 14 mai 2009, n° 32/09 cités dans : Th. Hoscheit : L'indivisibilité procédurale, JTL 2010/2, n° 8, p. 54).

La doctrine a déduit de ces décisions que la Cour de cassation établit une définition de l'indivisibilité qui se réfère aux seuls problèmes d'exécution matérielle, à l'exclusion de toute incompatibilité, incohérence ou contradiction juridique. Selon cette doctrine, dans la mesure où la Cour de cassation se serait référée à la seule impossibilité absolue d'exécuter simultanément une décision de première instance à l'encontre d'une partie et une décision d'appel contraire à l'encontre d'une autre partie, en renforçant ce critère par une référence à une impossibilité matérielle, elle aurait clairement écarté toute argumentation prenant appui sur des problèmes de

logique juridique pouvant résulter de décisions contradictoires. En se plaçant sur le terrain de l'exécution, la Cour de cassation écarterait implicitement mais nécessairement toutes considérations tirées d'une connexité des affaires ou d'une obligation purement procédurale de présence en appel de toutes les parties qui avaient figuré en première instance (Th. Hoscheit : L'indivisibilité procédurale, JTL 2010/2, n° 8, p. 54, n° 19 et s.).

Il y a lieu de suivre cette interprétation des arrêts de la Cour de cassation. Seule entre donc en ligne de compte l'impossibilité matérielle d'exécuter deux décisions contradictoires rendues en appel et en première instance.

Les demandes en cause en l'espèce étant deux demandes en paiement, elles pourront être exécutées en faveur de chacune des parties demanderesse, sans incidence de l'une sur l'autre. Le critère d'indivisibilité n'est partant pas donné. Le moyen d'irrecevabilité en déduit par les intimés est à rejeter.

#### **Quant à la demande en surséance :**

Les intimés se sont prévalus de l'indivisibilité du litige, sinon de la connexité entre les deux affaires entraînant un risque de contrariété de jugement pour conclure à la surséance de l'appel en attendant que l'affaire pendante en première instance soit définitivement tranchée.

Quant à l'indivisibilité, par renvoi aux développements faits plus haut, l'argumentation en déduite est à rejeter, aucune indivisibilité n'étant donnée.

Pour le surplus, il est de principe qu'en matière de sursis à statuer non prévu par une disposition légale, tel que c'est le cas en l'espèce, le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier l'opportunité d'ordonner le sursis ou de le refuser. Dans l'appréciation de cette opportunité, le juge doit être guidé par le souci d'une bonne administration de la justice.

En l'espèce, il n'appert pas de l'analyse des deux demandes qu'il existe un motif suffisant justifiant d'attendre que l'affaire introduite par la société D soit définitivement tranchée en première instance avant de vider l'appel interjeté par la A. Si certes les faits se trouvant à la base des deux demandes se recoupent partiellement, il n'existe pas d'éléments suffisants imposant qu'elles soient jugées ensemble, partant imposant d'attendre l'issue de l'une avant de trancher l'autre. Chaque affaire répond à ses règles de droit et à ses éléments de fait propres. Il n'y a partant pas lieu de surseoir à statuer.

### **Quant à la recevabilité de la demande :**

L'intimé B a soulevé l'irrecevabilité de la demande dirigée contre lui, basée sur les dispositions de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales relatives à la responsabilité du gérant, en raison du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle. L'appelante invoquerait pêle-mêle les différents régimes de responsabilité.

Ce moyen de l'intimé doit être rejeté, l'appelante invoquant les différentes bases légales en ordre de subsidiarité l'une par rapport à l'autre. Elle n'a partant pas cumulé les différentes bases légales invoquées, ni ne les a invoquées pêle-mêle.

L'intimé B a encore soutenu que la demande adverse était irrecevable, faute de production par l'appelante de la décision de l'assemblée générale des actionnaires de la A l'autorisant à engager la procédure contre lui. Ce serait à tort que les premiers juges ont retenu qu'une telle autorisation avait été accordée en se basant sur un procès-verbal d'une assemblée générale des associés du 12 novembre 2013, une telle autorisation n'existant pas.

C'est à bon droit que l'intimé B a critiqué les premiers juges de s'être déterminés sur base d'un procès-verbal d'une assemblée générale des associés du 12 novembre 2013, un tel procès-verbal n'étant pas versé au dossier et n'étant même pas invoqué par l'appelante pour justifier la régularité de son action.

Pour voir rejeter le moyen de l'intimé relatif à l'absence d'autorisation de l'assemblée générale des actionnaires d'introduire l'action, l'appelante s'est basée sur les dispositions des articles 193 alinéa 2 et 200-2 de la loi sur les sociétés commerciales. Elle a soutenu que d'après l'article 193 alinéa 2, la tenue d'une assemblée générale des actionnaires n'est pas obligatoire pour les sociétés dont le nombre d'associés ne dépasse pas vingt-cinq. Or la société appelante aurait un seul associé, la société D. L'article 200-2 de son côté prévoirait que l'associé unique exerce les pouvoirs attribués à l'assemblée des actionnaires, lesdites décisions étant inscrites sur un procès-verbal ou établies par écrit. L'appelante s'est référée à des mails émanant de la société D pour établir l'existence d'une autorisation en bonne et due forme d'introduire l'action en justice contre l'intimé B.

L'intimé B n'a pas pris position par rapport à cette argumentation de l'appelante.

Concernant les textes légaux invoqués par l'appelante, c'est à bon droit que cette partie a soutenu que sur base de l'application cumulée des articles 193 alinéa 2 et 200-2 de la loi sur les sociétés commerciales, la tenue d'une assemblée générale des actionnaires

n'était pas nécessaire pour l'autoriser à agir en justice contre l'intimé, dans la mesure où elle n'a qu'un seul actionnaire. C'est encore à bon droit que l'appelante s'est basée sur le mail envoyé en date du 23 août 2010 par la société D, son actionnaire unique, à son mandataire de l'époque pour établir la preuve de la décision de cet actionnaire d'agir en justice contre l'intimé B. Pareillement, il est établi par l'écrit signé en date du 26 août 2014 par l'actionnaire unique de l'appelante, la société D, que celle-ci a décidé d'interjeter appel contre le jugement du 12 mars 2014.

Aucun moyen d'irrecevabilité ne saurait partant être invoqué de ce chef par l'intimé B.

### **Quant au fond :**

#### Demande introduite à l'encontre de l'intimé B :

L'appelante A a invoqué à titre principal les règles relatives à la responsabilité du gérant d'une société déduites des articles 192 et 59 de la loi sur les sociétés commerciales pour requérir la condamnation de l'intimé B, par réformation du jugement de première instance. Selon l'appelante, les trois conditions requises pour voir prononcer une condamnation de l'intimé B sur cette base sont données, à savoir l'existence d'une faute dans le chef de l'intimé, d'un préjudice dans le chef de l'appelante et d'un lien de causalité entre ces deux éléments.

Concernant la faute reprochée à l'intimé, ce dernier serait en aveu d'avoir financé les travaux critiqués par des deniers de la société. Ces travaux ayant été exécutés dans l'intérêt privé de l'intimé, la faute commise par cette partie serait manifeste. Quant au préjudice né dans son chef, ce serait à tort que les premiers juges se seraient cantonnés à une analyse comptable des montants en cause. D'abord, il faudrait constater que les déductions dont a pu profiter la société en raison des écritures comptables ne couvriraient pas la totalité des dépenses incriminées et, d'autre part, la société serait en train de redresser ses comptes de sorte à remettre sa situation en conformité avec la réalité. La faute commise par l'intimé serait manifestement à l'origine de l'appauvrissement subi par la A, de sorte que le lien causal entre la faute et le préjudice serait donné.

L'intimé B a requis la confirmation du jugement pour les motifs y exposés. Aucune faute ne saurait lui être reprochée et décharge aurait été accordée pour les dépenses alléguées. Les bilans n'auraient contenu aucune fausse information. En tout état de cause, il y aurait prescription au regard de l'article 157 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, plus de cinq ans s'étant écoulés depuis la commission, respectivement la découverte des prétendus faits.

Concernant le moyen de la prescription, l'appelante a répliqué que l'intimé n'ayant pas invoqué ce moyen en première instance, il ne saurait l'invoquer en appel. A titre subsidiaire, elle a soutenu que les faits incriminés lui ayant été cachés par l'intimé, le délai de prescription n'a commencé à courir qu'à la date de leur découverte intervenue en septembre/novembre 2009. L'assignation ayant été signifiée le 9 novembre 2010, aucune prescription ne serait acquise à l'intimé.

*Quant à la prescription :*

Quant au moyen que la prescription n'a pas été invoqué par l'intimé en première instance, ce fait ne saurait priver l'intimé de l'invoquer en instance d'appel. S'agissant d'un simple moyen et non pas d'une demande nouvelle, l'intimé était parfaitement en droit de l'invoquer pour la première fois en instance d'appel.

C'est à bon droit que l'appelante s'est référée à une décision de la Cour d'appel du 7 juillet 2010 (P. 35, p. 251) pour rappeler les principes régissant la prescription quinquennale prévue à l'article 157 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales. Suivant cette décision, le délai de prescription de cinq ans commence en principe à courir à la date d'accomplissement des faits sur base desquels l'action est intentée, la prescription commençant à courir même si les faits n'ont pas été découverts. L'article 157 s'écarte ainsi du principe que la prescription ne court pas contre celui qui n'est pas en état d'agir. Ce n'est qu'au cas où les faits ont été celés par dol que le point de départ est déplacé jusqu'au moment où les faits ont été découverts.

La charge de la preuve du cel dolosif incombe à celui qui s'en prévaut. Pour le prouver, il lui suffit d'établir l'existence de la fraude, de l'artifice ou de la tromperie volontaire. Si le dol peut être constitué par le mensonge, il n'est pas constitué par la simple non-révélation des faits. Constitue néanmoins un dol, le silence gardé par celui qui a l'obligation morale ou légale de renseigner.

Pour contrer l'application de la prescription quinquennale, l'appelante A doit partant établir que les dépenses critiquées lui ont été dolosivement celées par l'intimé B.

Il n'est pas contesté que les paiements en tant que tels figuraient dans les comptes de la société et que les factures faisaient partie des pièces comptables de la société. Aucun acte de dissimulation ne saurait partant être imputé à l'intimé B. Ces pièces et les comptes ayant été à disposition de la A, l'intimé n'était titulaire d'aucune obligation spéciale de renseigner la société sur ces dépenses. Aucun cel dolosif ne saurait partant être retenu contre lui. La prescription quinquennale de l'article 157 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales a partant vocation à s'appliquer.

En l'espèce, les dépenses incriminées par l'appelante ont été effectuées entre juin 2003 et août 2007. L'assignation a été signifiée le 9 novembre 2010. L'action relative aux dépenses effectuées avant le 9 novembre 2005 est partant en principe prescrite.

Pour contrer l'application de la prescription, l'appelante a soutenu que les dépenses incriminées constituent des faits indivisibles de sorte que la prescription n'aurait commencé à courir qu'à partir du dernier paiement.

Le caractère indivisible de ces dépenses ne résulte pas des éléments soumis à la Cour. Les paiements incriminés se sont échelonnés entre juin 2003 et août 2007. Aucun lien entre les factures les plus anciennes et les plus récentes ne résulte des éléments de la cause. Aucun lien concret n'a d'ailleurs été avancé par l'appelante, celle-ci se bornant à invoquer le caractère indivisible des dépenses. En l'absence du caractère indivisible des dépenses, l'intimé B peut valablement invoquer la prescription quinquennale pour les factures et les paiements antérieurs au 9 novembre 2005, partant par rapport aux factures suivantes :

facture du 10 mai 2005 ( ) : 601,59 euros  
facture du 10 septembre 2003 ( ) : 24.885,25 euros  
facture du 23 mai 2005 ( ) : 21.070,05 euros  
facture du 30 juillet 2003 ( ) : 19.317,12 euros  
facture du 1<sup>er</sup> juin 2003 ( ) : 39.609,17 euros  
facture du 1<sup>er</sup> juillet 2003 ( ) : 54.009,20 euros.

*Quant à la base principale déduite des dispositions de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, relatives à la responsabilité du gérant :*

Il convient de préciser d'emblée que les longs développements de l'intimé concernant l'attitude de la société D au cours des négociations ayant mené à l'acquisition par cette entité des parts de l'intimé B dans la A, ainsi que ceux relatifs aux contrats de garantie ayant accompagné le contrat de cession et ceux relatifs aux prétendues inexécutions de ses obligations contractuelles dans le cadre de ces contrats, ne sont d'aucune pertinence dans l'affaire soumise à la Cour. Ces développements ne seront partant pas pris en considération.

Pour échapper à toute condamnation fondée sur l'existence d'une faute de gestion dans son chef, l'intimé B a soutenu que les dépenses critiquées étaient reprises dans les comptes annuels, que les comptes ont été approuvés et que décharge lui a été accordée, de sorte que sa responsabilité ne saurait plus être recherchée en relation avec ces faits.

L'appelante a répliqué que l'intimé n'apportait pas la preuve que la décharge a été votée. Elle a contesté, même à supposer qu'elle lui ait été accordée, qu'elle fût de nature à la priver de son droit d'agir en responsabilité contre l'intimé du fait de sa responsabilité de gérant.

En principe, la décharge prévue à l'article 74 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales a pour effet de libérer les administrateurs et les gérants de leur responsabilité contractuelle vis-à-vis de la société en ce qui concerne leur gestion relative à l'exercice clôturé. La décharge est votée par l'assemblée générale des actionnaires à l'occasion de l'approbation des comptes annuels. La seule approbation des comptes n'entraîne pas automatiquement la décharge, cette dernière devant faire l'objet d'une délibération séparée. Suivant l'article 74, la décharge n'est valable que si le bilan ne contient ni omission, ni fausse indication de nature à dissimuler la situation réelle de la société. Le vote de la décharge est sans effet lorsque le bilan a été dressé de telle manière qu'il dissimule l'état réel des affaires de la société et que partant le vote de l'assemblée qui a approuvé la gestion n'a pas eu lieu en connaissance de cause. La décharge n'est valable dans ce cas que s'il est établi que l'assemblée des actionnaires avait été informée des inexacitudes, omissions et irrégularités des comptes annuels et qu'elle a donné décharge en toute connaissance de cause (J.-Fr. Goffin : Responsabilités des dirigeants de société, 3ème éd., Larcier, n° 208).

En l'espèce, l'appelante a reproché à l'intimé B d'avoir fait passer par la comptabilité de la société des dépenses effectuées dans son intérêt privé et celui de son fils. Il est vrai qu'en l'espèce le gérant dont la responsabilité est recherchée était à l'époque des faits l'actionnaire unique de la société. Il devait partant avoir connaissance de la nature des dépenses figurant dans les comptes de la celle-ci.

Ces considérations sont néanmoins sans effet en l'espèce puisque l'intimé B n'a pas établi que décharge lui a été accordée par une décision séparée, spécifique. Tel que retenu plus haut, une telle décision s'imposait et la seule approbation des comptes, d'ailleurs pas non plus établie par les pièces, ne saurait entraîner la décharge des administrateurs ou des gérants. L'existence de la décharge ayant été contestée par l'appelante et faute par l'intimé d'en rapporter la preuve, il ne saurait s'en prévaloir pour résister à la demande de l'appelante.

Pour réussir dans son action basée sur la responsabilité du gérant, l'appelante doit rapporter la preuve d'une faute de gestion dans le chef de l'intimé B, d'un préjudice dans son chef et d'une relation causale entre ces deux éléments.

Concernant la faute, l'intimé B n'a pas contesté que le fait de faire financer des dépenses privées par la société est en principe constitutif d'une faute de gestion, mais il a contesté que les travaux réalisés et les biens acquis repris sur les factures aient servi son intérêt personnel, affirmant qu'il s'agissait de dépenses effectuées dans l'intérêt de la société.

L'appelante A, pour établir que les dépenses critiquées ont été effectuées dans l'intérêt de l'intimé B, respectivement de son fils, s'est référée aux indications portées sur les factures. Elle a estimé que la nature des travaux et des biens mis en compte établissait à elle seule que les travaux et ces biens ne pouvaient avoir servi à la société. Les travaux auraient été exécutés au domicile privé de l'intimé. Il n'y aurait nulle trace dans les locaux de la société de la réalisation des travaux. L'appelante a formulé une offre de preuve par témoins pour établir que les travaux de carrelage, de quickdrain, d'étanchéité au sol et au mur de douche ainsi que de chauffage sanitaire commandés auprès de la société ont été effectués au domicile privé de l'intimé C, mais qu'à la demande de l'intimé B, respectivement C, ils ont été facturés à la société.

Il y a lieu de remarquer d'emblée que l'argument de l'appelante qu'il n'existe nulle trace dans les locaux de la société des travaux facturés est resté à l'état de simple affirmation. La charge de la preuve que les travaux n'ont pas servi à la société incombant à l'appelante, cette simple affirmation de sa part ne saurait suffire pour établir la réalité de son argumentation.

Concernant l'offre de preuve par témoins formulée par l'appelante, l'intimé B s'y est opposé en soutenant qu'elle est contraire aux articles 402 et 410 du Nouveau code de procédure civile, que le témoin proposé manque d'objectivité, qu'elle n'est ni précise, ni pertinente, ni concluante et qu'elle ne concerne en tout état de cause qu'une seule facture. Les autres factures mentionneraient clairement qu'elles ont trait à des travaux effectués pour la société.

Concernant les articles 402 et 410 du Nouveau code de procédure civile, le premier a trait au contenu d'une attestation testimoniale et le deuxième aux déclarations que doivent faire les témoins avant d'être entendus. Il est difficilement compréhensible de quelle façon ces dispositions peuvent fonder la demande de rejet de l'offre de preuve par témoins. Quant à la prétendue impartialité du témoin proposé, un dirigeant de la société ... qui serait en relations commerciales avec l'appelante, il appartiendra à la Cour d'apprécier la crédibilité à attacher aux déclarations de ce témoin après son audition. Cet argument ne saurait partant s'opposer à l'audition de ce témoin. C'est encore à tort que l'intimé a soutenu que l'offre de preuve par témoins n'est pas précise, ni pertinente, ni concluante. L'offre de preuve tend à établir que les travaux y énumérés ont été exécutés au domicile privé de l'intimé C. Cet élément est précis et

pertinent pour décider si c'est à tort que les travaux ont été payés par la société, ce dernier fait n'étant pas contesté par l'intimé B. Il y a partant lieu d'admettre l'appelante à cette offre de preuve par témoins. Il convient de préciser que contrairement à ce qui a été soutenu par l'intimé B, l'offre de preuve ne concerne pas une seule facture, puisqu'outre la facture du 21 décembre 2006 ( pièce n° 19), elle concerne aussi les factures de la société ... des 31 mai 2006, 28 juin 2006 et 11 décembre 2006 ( pièces n° 29, 30 et 31).

Concernant les autres factures et le moyen de l'appelante consistant à dire que la nature des travaux facturés exclut qu'ils aient pu être effectués dans l'intérêt de la société, il convient de faire les remarques suivantes :

Les prétendues citations du libellé des factures reprises par l'appelante dans la liste des factures intégrée dans ses conclusions récapitulatives ne figurent pas telles quelles sur les factures. Il s'agit de commentaires ajoutés par l'appelante, ne figurant pas sur les factures. Aucune des factures ne précise par ailleurs l'adresse à laquelle les travaux ont été réalisés, ni la destination de l'immeuble dans lequel ils ont été réalisés. La nature des travaux est souvent telle qu'il ne saurait être exclu qu'ils aient pu être réalisés dans les locaux de l'appelante, dans l'intérêt de celle-ci.

De l'analyse des factures, il se déduit que seules les factures ... du 5 septembre 2006 ( 45.996,31 euros ) et ... du 7 juin 2006 ( 3.289 euros) ne sauraient avoir été exécutés dans l'intérêt de l'appelante, les factures spécifiant que ces travaux concernent une salle de bains et un whirlpool. L'intimé n'expliquant pas de quelle façon un whirlpool et une salle de bains ont été réalisés dans l'intérêt de l'appelante qui, il convient de le rappeler, exploitait un garage, il y a lieu de retenir que ces travaux n'ont pas été exécutés dans l'intérêt de la société. L'appelante peut partant valablement reprocher à l'intimé B d'avoir commis une faute de gestion en payant ces factures aux moyens de deniers appartenant à la société.

Si certaines factures ont trait à des travaux d'installation d'une porte d'entrée et de fenêtres ou de travaux réalisés « dans votre garage », l'appelante ne saurait en faire déduire que ces travaux ont nécessairement été effectués dans une maison privée. Ces factures ne renferment pas d'éléments excluant sans l'ombre d'un doute qu'ils aient pu être réalisés dans les locaux de la société. Il en va de même notamment des travaux de façade.

Il se déduit des développements qui précèdent qu'en l'état actuel du dossier, l'appelante a établi une faute de gestion dans le chef de l'intimé B par rapport à des dépenses s'élevant à (45.996,31 + 3.289 = ) 49.285,31 euros.

Quant au préjudice qui en est résulté pour l'appelante, l'intimé B a soutenu, suivi en cela par les premiers juges, que ce préjudice était inexistant dans la mesure où ces dépenses ont été amorties fiscalement.

C'est à bon droit que l'appelante a critiqué ce raisonnement dès lors qu'il n'est pas établi que les déductions fiscales qui ont pu profiter à la société étaient de nature à couvrir l'intégralité de ces dépenses. Au contraire, il faut estimer qu'elles sont restées du moins partiellement à charge de l'appelante. Par ailleurs, l'appelante a soutenu avoir procédé à la refonte de ses comptes sociaux et que des modifications s'en sont suivies sur le plan fiscal. En l'état actuel ni cette refonte des comptes sociaux ni une répercussion sur sa situation fiscale ne sont établies. Il convient d'attendre le résultat de l'audition du témoin avant d'instaurer, le cas échéant, une mesure d'expertise en vue de faire déterminer le montant du préjudice effectivement et définitivement resté à charge de l'appelante.

Demande introduite à l'encontre de l'intimé C :

La demande dirigée contre cette partie est basée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil.

Il y a lieu de surseoir à statuer à cette demande en attendant l'issue de l'audition du témoin ordonnée dans le cadre de la demande dirigée contre l'intimé B. En effet, il ne résulte pas des pièces versées au dossier que les travaux dont il est d'ores et déjà établi qu'ils n'ont pas pu être effectués pour le compte de l'appelante, ont été effectués dans l'intérêt personnel de l'intimé C. Il convient d'attendre l'issue des enquête et contre-enquête pour déterminer si les travaux y visés ont été réalisés pour le compte de l'intimé C.

**PAR CES MOTIFS**

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

dit l'appel recevable,

dit qu'il n'y a pas lieu à surseoir à statuer,

avant tout autre progrès en cause :

admet la société à responsabilité limitée B à prouver par l'audition du témoin

...

les faits suivants :

*« que Monsieur B, respectivement Monsieur C ont contacté le groupe de sociétés ... sis à, courant de l'année 2006, sans préjudice quant à la date exacte pour y passer commande de carrelage, d'un quickdrain de 80 cm, de travaux d'étanchéité au sol et au mur de douche et de travaux de chauffage-sanitaire,*

*que les travaux ont été effectués et les matériaux ont été posés au domicile privé de Monsieur C, soit à , et*

*qu'à la demande expresse de Monsieur B respectivement Monsieur C les travaux et matériaux ont été facturés à la A s.à r.l. »*

contre-preuve réservée ;

fixe jour et heure de l'enquête principale au **jeudi, 30 mars 2017, à 9:00 heures**, en la salle d'audience n° C.R.4.28 au quatrième étage de la Cour Supérieure de la Justice, Bâtiment C.R., Plateau du Saint-Esprit à Luxembourg;

fixe jour et heure de la contre-enquête au **jeudi, 27 avril 2017, à 9:00 heures**, en la salle d'audience n° C.R.4.28 au quatrième étage de la Cour Supérieure de la Justice, Bâtiment C.R., Plateau du Saint-Esprit à Luxembourg;

dit que B et C devront faire connaître au greffe de la Cour au plus tard le **7 avril 2017** les noms, prénoms et demeures des témoins éventuels dont elle sollicite l'audition lors de la contre-enquête ;

charge Madame la première conseillère Marianne HARLES de procéder à la mesure d'instruction ordonnée ;

réserve les droits des parties et les dépens.