

Arrêt N° 143/17 IV-COM

Audience publique extraordinaire du quatorze juillet deux mille dix-sept

Numéro 40543 du rôle

Composition :

Roger LINDEN, président de chambre;
Elisabeth WEYRICH, conseillère;
Marie-Paule BISSDORFF, conseillère;
Eric VILVENS, greffier.

E n t r e

A, administrateur de sociétés, demeurant à,

appelant aux termes d'un acte de l'huissier de justice Frank Schaal de Luxembourg du 3 octobre 2013,

comparant par Maître Alex Schmitt, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

1) B, sans état connu, demeurant à,

2) C, sans état connu, pris en sa qualité d'héritier de Monsieur D, demeurant à,

3) E, sans état connu, prise en sa qualité d'héritière de Monsieur D, demeurant à,

4) F, sans état connu, prise en sa qualité d'héritière de Monsieur D, demeurant à,

5) G, sans état connu, prise en sa qualité d'héritière de Monsieur D, demeurant à,

6) H, sans état connu, demeurant à,

7) I, sans état connu, demeurant à,

1) - 7) intimés aux fins du prédit acte Schaal,

comparant par Maître Marc Elvinger, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL

Le litige a pour objet de voir retenir la responsabilité des administrateurs de la société J en rapport avec une opération de scission de la société précitée par constitution de deux nouvelles sociétés, à savoir K et L et la cession par la société J de 1.318.668 actions d'une société de droit mozambicain dénommée « U » (ci-après U) au préjudice de B, D, H et I (ci après les consorts H-I), actionnaires minoritaires de la société J.

Par acte d'huissier de justice du 31 juillet 2008, les consorts H-I ont fait donner assignation à (1) A (ci-après A), (2) M, (3) N, (4) la société anonyme L, (5) la société anonyme K, (6) la société à responsabilité limitée O, (7) la société P et (8) Q, à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour voir annuler la décision du conseil d'administration de la société J de vendre 1.318.668 actions U au prix de 1,5 USD par action.

Ils ont demandé à voir dire que les parties assignées sub 1) - 3) ayant agi en leur qualité d'administrateurs de la société J, sinon de la société L, ont engagé leur responsabilité pour avoir vendu les actions de U au prix de 1,5 USD par action et, en tout état de cause, pour avoir procédé à une telle vente sans avoir permis aux requérants de se porter acquéreurs de ces actions audit prix.

Ils ont réclamé la condamnation de ces administrateurs solidairement sinon in solidum à leur procurer un nombre d'actions U égal au nombre d'actions U dont ils auraient pu, compte tenu de leur participation dans J/ L, se porter acquéreurs, à savoir 27.518 actions pour le requérant sub 1), 20.543 actions pour le requérant sub 2), 6.846 actions pour chacun des requérants sub 3) et 4), sous peine d'une astreinte de 1.000 € par jour de retard à partir du 1^{er} jour du deuxième mois suivant celui du mois où le jugement serait devenu exécutoire.

Les parties litigantes se sont dans un premier temps accordées à voir statuer sur la recevabilité de la demande et sur la demande en communication de pièces formulée par les demandeurs.

Les défenderesses ont soulevé en ordre principal la nullité de l'acte d'huissier de justice pour libellé obscur, sinon l'irrecevabilité de la demande pour défaut de qualité pour agir dans le chef des demandeurs.

Elles ont demandé le rejet de la demande en communication des pièces au motif que soit ces pièces n'étaient pas pertinentes pour la solution du litige, soit que les demandeurs n'auraient pas d'intérêt à les demander.

Par jugement du 7 décembre 2011, le tribunal d'arrondissement a donné acte aux demandeurs qu'ils renonçaient à leur demande pour autant qu'elle était dirigée contre l'assigné Q, a rejeté le moyen tiré de l'exception du libellé obscur, a ordonné aux défendeurs sub 1) A, 2) M, 3) N et à la société 5) K la production des pièces suivantes :

« - le ou les contrats de vente, relatifs à la cession par J (et le cas échéant L), de 1.318.668 actions U,

- les extraits bancaires renseignant le ou les paiements reçus au titre de la vente de ces 1.318.668 actions U » et rejeté la demande en communication pour le surplus ».

Statuant en continuation de ce jugement, le tribunal d'arrondissement a par jugement du 24 avril 2013 dit la demande fondée et a condamné A, M et N in solidum à payer à :

- B le montant de 212.989,32 USD, avec les intérêts légaux à dater de l'assignation respectivement la mise en paiement des dividendes si celle-ci est postérieure,
- D le montant de 159.002,82 USD avec les intérêts légaux à dater de l'assignation respectivement la mise en paiement des dividendes si celle-ci est postérieure,
- H le montant de 52.988,04 USD avec les intérêts légaux à dater de l'assignation respectivement la mise en paiement des dividendes si celle-ci est postérieure,
- I le montant de 52.988,04 USD avec les intérêts légaux à dater de l'assignation respectivement la mise en paiement des dividendes si celle-ci est postérieure.

Il a en outre condamné A, Q et N in solidum à céder ou à faire céder au prix de 1,5 USD par action :

- pour B :27.518 actions U
- pour D : 20.543 actions U
- pour H: 6.846 actions U
- pour I : 6.846 actions U

sous peine d'une astreinte de 1.000 € par jour à partir du 1^{er} jour du deuxième mois suivant celui du mois où le jugement sera devenu exécutoire,

dit que l'astreinte sera plafonnée au montant de 1.235.060 USD correspondant au nombre d'actions à céder ou à faire céder aux parties demanderesses multiplié par leur valeur unitaire telle qu'évaluée par ces derniers.

Les parties défenderesses ont encore été condamnées in solidum à payer à chacun des demandeurs une indemnité de procédure de 1.500 €.

Le tribunal a rejeté les demandes des défenderesses en allocation de dommages et intérêts et d'indemnité de procédure et condamné celles-ci aux frais et dépens de l'instance.

Par acte d'huissier de justice du 3 octobre 2013, A a relevé appel de ces deux jugements. Il a intimé les consorts H-I.

Il conclut principalement à voir prononcer la nullité de la procédure de première instance. Il conclut subsidiairement, par réformation, à voir constater l'absence de toute faute dans son chef, de tout préjudice dans le chef des consorts H-I de même que de tout lien de causalité entre une faute et un préjudice. Il demande:

- à voir constater le défaut de qualité dans son chef pour être condamné à restituer les actions U, étant donné qu'il n'en est pas propriétaire,
- à voir dire qu'il ne saurait être condamné à céder ou faire céder les actions U en l'absence des sociétés R, S et T, non parties à l'instance qui ont acquis lesdites actions U

Il réclame une indemnité de procédure de 10.000 €.

Les parties intimées concluent en ordre principal à la nullité de l'acte d'appel pour libellé obscur.

Elles concluent en ordre subsidiaire à l'irrecevabilité de l'appel pour défaut de qualité pour agir dans le chef de l'appelant en ce qu'il « *avance des moyens concernant M* ».

Elles sollicitent en ordre plus subsidiaire la confirmation du jugement de première instance ainsi qu'une indemnité de procédure de 10.000 €.

Discussion

I. Quant à l'exception du libellé obscur de l'acte d'appel

Les parties intimées concluent à la nullité de l'acte d'appel introduit par A pour libellé obscur en application des articles 585 et 154 du NCPC.

Elles soutiennent que dans la motivation de l'acte d'appel, l'appelant déclare relever appel contre le jugement du 7 décembre 2011 et contre celui du 3 octobre 2015 tandis que dans le dispositif du même acte d'appel, il se limite à voir demander la réformation du « *jugement entrepris en toutes ses dispositions en ce qu'il a rejeté les moyens développés par la partie appelante* », sans préciser de quel jugement il s'agit.

Au regard de ces contradictions, les intimées font plaider qu'elles se seraient trouvées dans l'impossibilité d'organiser convenablement leur défense.

A conclut au rejet du moyen estimant avoir suffisamment motivé ses actes d'appel. Il soutient que les intimés n'auraient pas pu se méprendre sur les moyens contenus dans les actes d'appel et qu'ils auraient été parfaitement en mesure de choisir les moyens de défense appropriés.

Aux termes de l'article 154,1 du NCPC auquel renvoie l'article 585 du même code, l'acte d'appel doit, à peine de nullité, contenir l'objet et un exposé sommaire des moyens.

L'article 586 du même code prévoit en outre que les conclusions d'appel doivent formuler expressément les prétentions de la partie appelante et les moyens sur lesquels chacune de ces prétentions est fondée.

L'assignation valant conclusions en première instance comme en instance d'appel, cette prescription s'applique à l'acte introductif de l'instance d'appel.

Lesdites dispositions ont pour but de faire connaître à la partie intimée les critiques émises par l'appelant à l'encontre de la décision de première instance et ceci avec suffisamment de précision pour lui permettre de préparer sa défense au fond, au vu du seul acte d'appel.

L'appelant doit donc exprimer ses moyens spécialement dans l'acte d'appel même, sous forme sommaire, mais précise.

Force est de constater que l'appelant réitère en page 7 de son acte d'appel son moyen tiré de l'exception du libellé obscur de

l'assignation introductive d'instance pour conclure à la page 9 dudit acte « *que le jugement avant dire droit du 7 décembre 2011 devra être réformé en ce qu'il a rejeté la nullité de l'assignation pour libellé obscur* ».

L'appelant fait également en page 9 de son acte d'appel grief au tribunal de première instance d'avoir violé les règles de procédure inscrites à l'article 223 du NCPD, et de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme pour conclure en page 10 qu'« *il convient de prononcer l'annulation des jugements du 7 décembre 2011 et du 24 avril 2013* ».

Les reproches tirés de l'irrecevabilité de la demande des parties intimées pour défaut de qualité dans le chef de l'appelant de même que ceux se rapportant à la responsabilité des administrateurs sur le fondement de l'article 59 alinéa 2 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales (ci-après LSC), la violation du principe de l'égalité des actionnaires, les prétendues fautes et le dommage subi par les intimées, plus amplement détaillés aux pages 10 à 22 de l'acte d'appel concernent le jugement rendu par le tribunal d'arrondissement le 24 avril 2013.

Il résulte enfin sans équivoque du dispositif de l'acte d'appel qu'en demandant principalement à « *voir prononcer la nullité de la procédure de première instance* » et subsidiairement « *la réformation du jugement entrepris pour défaut de qualité dans le chef de l'appelant, l'absence de faute, de préjudice et de tout lien de causalité entre une faute et un préjudice* », l'appelant a incontestablement relevé appel des deux jugements des 7 décembre 2011 et 24 avril 2013.

Les parties intimées n'ont pas pu se méprendre sur la nature et la portée de l'appel dirigé à leur encontre, de sorte que le moyen basé sur le libellé obscur de l'appel n'est pas fondé.

Le moyen d'irrecevabilité de l'appel tiré du défaut de qualité à agir dans le chef d'A en ce qu'il « *avance des moyens concernant M* » est également à rejeter, motif pris que la qualité à agir n'est pas une condition de recevabilité d'une prétention, mais relève du fond du droit.

L'appel d'A est dès lors recevable pour avoir été interjeté dans les formes et délais de la loi.

II. Quant à l'appel dirigé contre le jugement du 7 décembre 2011

A. Quant au moyen tiré de l'exceptio obscuri libelli

A a en première instance conclu à la nullité de l'assignation introductive d'instance arguant qu'on ne sait pas qui des

administrateurs ou des liquidateurs de quelle société étaient poursuivis et à quel titre. De même, les demandeurs n'auraient pas imputé directement et précisément les prétendues fautes à l'un ou l'autre défendeur. Ils n'auraient pas non plus précisé le fondement juridique de la demande.

Le tribunal de première instance a rejeté le moyen tiré de l'exception *obscuri libelli*.

Pour statuer ainsi, il a considéré que même si l'exposé des faits est touffu et se perd dans des éléments non pertinents pour la solution du litige, il résultait à suffisance des faits exposés dans l'exploit introductif que l'action des demandeurs visait à voir sanctionner moyennant l'annulation des décisions critiquées et l'engagement de la responsabilité des administrateurs une opération de cession d'actif d'une société dont ils étaient actionnaires minoritaires, au motif que cette opération serait intervenue dans des conditions violant le principe du traitement égalitaire des actionnaires alors qu'il ne leur aurait pas été rendu possible d'acheter les actions U au même prix favorable que les autres actionnaires.

Il a encore retenu que l'action des demandeurs était clairement basée sur la rupture de l'égalité entre actionnaires, l'abus de droit des actionnaires majoritaires et la fraude aux droits des requérants.

A réitère le moyen tiré de l'exception du libellé obscur. Il fait grief au tribunal de première instance de ne pas avoir retenu que les demandes des parties requérantes n'ont jamais été clairement définies et n'ont cessé de varier selon les écritures. Il ajoute que tant « *l'assignation comme les écritures des parties intimées furent extrêmement longues, se perdant en conjectures et autres imputations infondées* ». Il aurait été impossible de savoir quelle était exactement la demande, respectivement le fondement de celle-ci.

En vertu de l'article 154 du NCPC, l'indication exacte des prétentions de la partie demanderesse et la désignation des circonstances de fait qui forment la base de la demande, sont requises. La description de fait doit être suffisamment précise pour permettre au juge de déterminer le fondement juridique de la demande et pour ne pas laisser le défendeur se méprendre sur l'objet de celle-ci, ainsi que de lui permettre le choix des moyens de défense appropriés (J.-Cl. Wiwinius, Mélanges dédiés à Michel Delvaux : L'exceptio *obscuri libelli*, p. 290).

Il convient tout d'abord de relever que le moyen de l'exception du libellé obscur est à analyser au regard de l'acte introductif d'instance seul, de sorte que les développements de l'appelant au sujet des montants figurant dans les conclusions postérieures à l'assignation sont à écarter (Cour d'appel 5 juillet 2007, n° 30520 du rôle; Cour d'appel 27 février 2013, n° 37883 du rôle).

C'est encore l'acte introductif d'instance qui doit fournir au défendeur les données pour qu'il ne puisse se méprendre quant à la portée, la cause et le fondement juridique de l'action dirigée contre lui et pour le mettre en mesure de choisir les moyens de défense appropriés.

Le demandeur n'est obligé ni de préciser le texte de loi sur lequel il base sa demande, ni par ailleurs, de qualifier juridiquement les faits invoqués à l'appui de sa demande.

Il appartient au juge d'apprécier souverainement si un libellé donné est suffisamment précis et explicite et ne prête pas à équivoque. Il ressort également des pouvoirs et devoirs du juge de procéder à la qualification, voire à la requalification juridique de celle que les parties ont pu conférer à leurs rapports, soit dans une convention, soit dans la demande en justice.

S'il appartient ainsi au juge de toiser le litige moyennant les règles de droit objectivement applicables, encore faut-il, dans le souci des principes du contradictoire et du respect des droits de la défense, que la demande contienne une structure des faits claire ne prêtant pas à équivoque.

Quant aux faits à la base de la demande, les intimés ont fait exposer ce qui suit :

Jusqu'à sa scission, suite à une délibération de son assemblée générale du 30 juin 2006, il existait une société de droit luxembourgeois J. L'actif de cette société comportait, entre autres, un certain nombre de participations dans des sociétés mozambicaines, et notamment une participation majoritaire de 71,5 % dans une société de droit mozambicain dénommée U (U).

Le principal passif de la société J était constitué par une dette bancaire d'un montant de près de 1.888.000 USD envers la banque portugaise V (ci-après la banque V).

A, M et N auraient détenu ensemble une participation majoritaire de 73,95 % dans la société J tandis que les parties actuellement intimées auraient détenu au total 4,16 % des parts dans cette société, dont 1,56 % par B et par D, et 0,52% par Het I.

Le reste des actions dans la société J aurait été détenu par une société de droit du Liechtenstein, dénommée W.

Le conseil d'administration de la société J aurait été composé d'A, M, N et de Q.

Par courrier postal du 1^{er} juin 2006, les actuels intimés auraient été informés de ce qu'une assemblée générale extraordinaire de J

serait convoquée pour le 6 juin 2006 et que l'objet de ladite assemblée serait l'approbation d'un projet de scission prévoyant la scission de la société par la constitution de deux nouvelles sociétés, les sociétés anonymes K et L.

Ce même courrier aurait précisé que « *pour éviter que de la liquidation du patrimoine de L puisse résulter la répartition de la dette à X par [entre] tous les actionnaires, quelques-uns d'entre eux viennent de nous communiquer qu'ils sont disposés à acquérir de la part de L des actions de U, en nombre suffisant pour, au prix de USD 1,5 par action, doter L des fonds nécessaires pour régler avant l'extinction de la société, la dette vis-à-vis de X* ».

Les destinataires dudit courrier se seraient vu accorder un délai « *jusqu'au 8 juin, à 13 heures pour préciser le nombre d'actions qu'ils se proposent d'acquérir et (pour procéder au dépôt du montant correspondant au compte (...)) auprès de X* ».

Il y aurait été précisé « *qu'au cas où les actionnaires se proposent d'acquérir un total d'actions supérieur au nombre nécessaire pour la réalisation de l'opération, il sera effectué un partage (distribution au prorata) tenant compte de la participation de chaque actionnaire au capital social* ».

Ce courrier aurait été signé par deux administrateurs de la société J, à savoir A et N.

Selon le projet de scission, la société L allait recueillir d'une part toutes les participations détenues par la société J dans la société U, et d'autre part, la dette bancaire de la société J à l'égard de la banque portugaise V.

Les statuts de la société L auraient d'ores et déjà prévu la dissolution de cette société cinq jours après sa constitution.

L'article 14, alinéa 2 du projet de scission aurait disposé que sauf décision contraire, « *la liquidation s'opérera par les soins des membres du conseil d'administration* ».

L'assemblée générale ayant dû se tenir le 6 juin 2006 aurait été reportée au 30 juin 2006. Le 6 juin 2006, une société dénommée O se serait présentée en qualité de « *propriétaires* » de 213.018 actions au porteur de la société J, ce quantum englobant l'ensemble des actions antérieurement détenues par A et N et la société de droit du Liechtenstein W.

Par courrier du 27 juin 2006, B aurait fait savoir au conseil d'administration de la société J qu'il entendait acquérir le nombre d'actions U « *lui revenant en sa qualité d'actionnaire à titre individuel de J* » .

Par courrier en réponse du 28 juin 2006, A, en sa qualité d'administrateur de la société J, lui aurait répondu « *qu'il considèrerait ne pas commenter les pré-supposés dont vous partez pour faire la proposition que vous venez de nous communiquer et, par conséquence, la proposition elle-même* ».

Par décision du 30 juin 2006, l'assemblée générale de la société J aurait approuvé la scission de ladite société par constitution de deux nouvelles sociétés, les sociétés K et L.

A, N et Q auraient été nommés au conseil d'administration de la société L et seraient par la suite devenus liquidateurs de cette société.

En introduction de ladite assemblée générale du 6 juin 2006 (ou 30 juin 2006), le mandataire des actionnaires minoritaires de la société J aurait fait acter une déclaration suivant laquelle « *les actionnaires majoritaires font un abus de leurs droits en procédant à la scission projetée suivie de la liquidation de la société L* » et « *qu'il s'agit d'une manœuvre destinée à s'approprier les actifs de la société scindée au détriment des minoritaires (...)* ».

Les demandeurs ont ensuite renvoyé à une déclaration faite par l'actionnaire O - qui n'est pas partie à la présente instance -, actée au procès-verbal de l'assemblée générale, disant que « *la situation réelle démontre que, au contraire, l'opération a été effectuée dans l'intérêt de tous les actionnaires qui ont fait l'objet d'un traitement paritaire* ».

Ils se sont emparés de cette déclaration pour soutenir qu'au moment d'assister à l'assemblée générale du 30 juin 2006, la décision relative à la scission avait déjà été prise.

Par courriers du 3 juillet 2006, expédiés en teneur identique par chacune des parties intimées, celles-ci ont confirmé à la société L leur « *intérêt à l'acquisition des actions de U, en nombre proportionnel à ma position actionnaire en ..., selon les termes proposés, c'est-à-dire au prix de 1,5 USD chacune* ».

Les actuels intimés ont indiqué dans l'acte introductif d'instance avoir par ce même courrier informé la société L que les fonds nécessaires à l'acquisition desdites actions lui seraient transférés immédiatement sur le compte bancaire renseigné à cet effet dans le courrier de J du 1^{er} juin 2006.

Ils ont soutenu avoir procédé aux paiements en question.

L'assemblée générale extraordinaire de la société L aurait eu lieu le 8 septembre 2006. Cette assemblée générale aurait entre autres

eu pour objet de constater la dissolution de la société au 5 juillet 2006 et la nomination de Messieurs A, N et Q comme liquidateurs de la société conformément à l'article 14 des statuts de la société, avec effet au 5 juillet 2006.

Il résulterait en outre du rapport de gestion présenté par le conseil d'administration de la société lors de l'assemblée générale extraordinaire que « *suite à une décision du Conseil d'administration du 31 mai 2006 d'J, la société a vendu 1.318.668 actions U au prix unitaire de USD 1,50, soit à un prix de vente global de USD 1.978.002,00* ». (...) Selon ladite décision du Conseil d'Administration du 31 mai 2006, « *cette opération aurait pu se réaliser avant ou après la scission. Dans un premier moment, elle fut prévue pour être concrétisée par notre société c.-à-d. après la scission. Toutefois, l'ajournement forcé par la non-comparution du notaire - non-comparution à l'heure actuelle toujours inexpliquée - de l'assemblée générale du 6 juin 2006 contraignait ... à aller de l'avant dû aux engagements préalablement pris auprès de l'institution bancaire où les deux prêts, dont sera question devant, avaient été contractés* ».

Après avoir exposé ces faits, les parties requérantes se sont emparées de ce dernier document pour conclure qu'elles n'auraient pas été informées de quelque manière que ce soit de la vente des actions U qui avait d'ores et déjà eu lieu, sans que tous les actionnaires de J (respectivement L), et en particulier les intimés, aient eu l'occasion d'acheter ces actions au prorata de leur participation dans la société et ce en dépit du fait que cela leur avait été offert par courrier du 1^{er} juin 2006.

Les demandeurs ont ajouté avoir demandé, lors de l'assemblée générale du 8 septembre 2006, à obtenir des renseignements quant à l'identité des acquéreurs de titres U. Aucune information ne leur aurait été communiquée à ce sujet par les liquidateurs de la société L, ni le 8 septembre 2006, ni à une date postérieure.

Une nouvelle assemblée générale de la société L se serait tenue le 26 septembre 2006 lors de laquelle A aurait déclaré « *que les opérations de liquidation ont été faites de façon régulière* ». Il aurait confirmé « *qu'aucun des liquidateurs n'a un intérêt ni direct, ni indirect dans la vente réalisée* ».

Les demandeurs ont encore avancé qu'il se dégagerait du procès-verbal de l'assemblée générale du 26 septembre 2006 que Maître Hoss, en sa qualité de mandataire des actionnaires minoritaires, avait réitéré sa demande en communication du nom des acheteurs des actions U ayant permis à la société d'obtenir les liquidités nécessaires au remboursement de sa dette bancaire, afin de s'assurer que le prix de vente était cohérent.

Ils ont ajouté que dans le passé, l'article 5 des statuts de la société U aurait stipulé un droit de préemption en cas de cession d'action par l'un des actionnaires au bénéfice des actionnaires existants (pièce n° 35). Compte tenu du fait que la vente des actions U était intervenue entre le 31 mai et le 30 juin 2006, l'article 5 précité n'aurait pas été respecté.

Ils ont finalement argué n'avoir obtenu qu'à l'occasion d'une assemblée générale de la société U du 10 mai 2007 une liste des actionnaires de la société et pu constater à ce moment que les nouveaux actionnaires de la société U ayant acquis les actions de la part de la société L étaient les sociétés Y avec 833.058 actions, Ss avec 420.279 actions, et Z avec 420.279 actions.

Le nombre d'actions U détenues par les trois sociétés citées aurait correspondu exactement à la somme des actions recueillies par A, ... et N respectivement dans la liquidation de L et des actions vendues par J (ou L).

D'après les demandeurs, A serait le bénéficiaire économique de la société Y, tandis que les deux autres défendeurs seraient les bénéficiaires économiques des sociétés Ss et.... Ils se sont prévalus d'extraits de comptes bancaires pour établir que les dividendes payables dans le passé aux trois parties assignées avaient été versés sur les comptes des sociétés précitées (pièces 38 et 39).

Après avoir exposé ces faits, les demandeurs ont expliqué que *« l'assigné A est assigné en ses qualités actuelles ou passées d'actionnaire majoritaire ensemble avec les assignés sub 2) et 3) de la société J, de ... et (au besoin) de K, d'administrateur de J et de L, de liquidateur de L, et de détenteur nominatif de l'intégralité des Gründerrechte de W ».*

Concernant le fondement juridique de leur demande, les requérants ont exposé en page 23 de l'acte introductif d'instance, *«qu'une cession des actions U à un prix de 1,5, USD par action à un tiers (...) constituerait donc, en principe, une faute grave de gestion engageant la responsabilité des administrateurs ou liquidateurs ayant procédé à cette vente (...). En l'occurrence cependant, on ne se trouve pas en présence d'une simple faute de gestion, fut-elle grave. On se trouve ici en présence à la fois d'une violation grave et délibéré du principe d'égalité des actionnaires et d'une véritable fraude aux droits des requérants, à l'initiative des actionnaires majoritaires et personnes en charge de l'administration, respectivement de la liquidation de la société ».*

Selon les requérants, *« la rupture de l'égalité est évidente entre les requérants et les assignés sub 1 à 3, puisque ces derniers se sont véritablement emparés, à un prix dérisoire, d'un élément d'actif majeur de la société ».*

Les demandeurs ont encore soutenu en page 24 de leur assignation « *avoir également qualité pour engager la responsabilité des administrateurs et/ou liquidateurs de J et/ou L alors qu'ils subissent, du fait de l'opération critiquée, évidemment fautive dans le chef des administrateurs et/ou liquidateurs, un préjudice spécial (...)* ».

Ils ont invoqué dans la motivation de leur acte d'assignation les alinéas 1^{er} et 2 de l'article 59 de LSC pour expliquer qu'en application de l'article 59 alinéa 2 de cette loi, les administrateurs engagent leur responsabilité à l'égard de la société et des tiers « *et qu'une action en responsabilité peut pareillement être exercée par les tiers, y compris les actionnaires, sur base de l'article 1382 du Code civil pour la réparation du préjudice qu'ils ont subi personnellement* ».

Quant au préjudice subi, les requérants ont soutenu « *poursuivre la réparation du préjudice qu'ils ont subi personnellement pour ne pas s'être vu donner l'occasion-contrairement aux autres actionnaires de la société d'acquérir (et ce au moins au prorata de leur participation dans le capital de J/ L) des actions U au prix de faveur de 1,5 USD)* ».

Ils ont demandé aux termes du dispositif de l'assignation entre autres à voir « *dire que les administrateurs de J, sinon ceux de L, sinon les liquidateurs de L engagent leur responsabilité pour avoir vendu les actions de U à un prix de 1,5 USD, et en tout état de cause d'avoir procédé à une telle vente sans avoir permis aux requérants de se porter acquéreurs de ces actions audit prix* » et à voir « *dire qu'ils engagent leur responsabilité pour n'avoir pas ménagé aux requérants le même droit que celui apparemment ménagé à W, à savoir une option pour le rachat, au prix de 1,5 USD, et sans frais supplémentaires pour eux, des actions U cédées en vue de l'apurement de l'emprunt V BCP* ».

Ils ont précisé à cet égard que « *la rupture de l'égalité est évidente entre les requérants et les assignés sub 1) à 3) puisque ces derniers se sont véritablement emparés, à un prix dérisoire, d'un élément d'actif majeur de la société* ».

Ils ont expliqué avoir subi du fait des agissements des administrateurs un préjudice personnel et distinct de celui subi par la société J et ont demandé à voir engager la responsabilité des administrateurs, dont l'appelant, sur base de l'article 59 LSC.

Quant à la définition du préjudice personnel subi, les requérants ont expliqué en page 25 de leur assignation que leur préjudice consiste à ne pas pouvoir acquérir eux aussi des actions U au prix faveur de 1,5 USD par action.

Ils ont finalement évalué provisoirement à 20 USD la valeur de chaque action U vendue, et par conséquent à respectivement 550.360 USD, 420.860 USD et 136.920 USD les préjudices subis par chacun d'eux du fait de ne pas avoir pu acquérir lesdites actions à un prix de 1,5 USD par action.

La Cour adopte la motivation du tribunal pour dire que l'assignation du 31 juillet 2008 comprenait tous les éléments ayant permis au défendeur de préparer utilement sa défense.

Au regard des développements qui précèdent, l'actuel appelant n'a pas pu se méprendre sur l'objet de la demande dirigée contre lui.

C'est dès lors à juste titre que le tribunal de première instance a rejeté le moyen tiré du libellé obscur et dit recevable la demande des consorts CORREIA-PALHINHA.

B. Quant au moyen tiré de la violation de l'article 223 du NCPC et de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme

L'appelant argumente qu'à l'audience publique du tribunal de première instance du 12 octobre 2011, date à laquelle l'affaire avait été fixée pour rapport et plaidoiries, l'ordonnance de clôture du 27 avril 2011 aurait été révoquée oralement « pour permettre aux parties de Maître Elvinger de présenter un désistement à l'égard du défendeur Q » et pour permettre à Maître Kinsch de se constituer pour la société W et d'assister aux plaidoiries de ce jour, sans qu'une ordonnance de révocation de l'ordonnance de clôture écrite n'ait cependant été communiquée aux parties.

De même, reproche-t-il au tribunal d'avoir le jour même du 12 octobre 2011 prononcé à nouveau oralement la clôture de l'instruction et retenu l'affaire pour rapport et plaidoiries au fond, sans avoir rendu une nouvelle ordonnance de clôture écrite, en violation de l'article 223 du NCPC.

L'appelant estime en outre que le principe du contradictoire, inscrit à l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme n'aurait pas été respecté.

La nullité ayant entaché le jugement du 7 décembre 2011 pour violation des dispositions précitées affecterait également le jugement du 24 avril 2013, de sorte que les deux jugements devraient être annulés.

Force est de constater que la procédure de première instance n'est pas versée aux débats. Il résulte du jugement du 7 décembre 2011 que l'ordonnance de clôture de l'instruction a été rendue le 27 avril 2011. Le jugement ne fait mention ni d'une révocation de cette

ordonnance de clôture, ni d'un désistement d'instance à l'encontre de Q. Le tribunal s'est limité à donner acte aux parties requérantes qu'elles renoncent à leur demande pour autant qu'elle est dirigée contre l'assigné Q. Il s'ajoute que l'appelant était représenté à l'audience et ne s'est à aucun moment opposé à la demande des parties requérantes.

Le reproche fait au tribunal de ne pas avoir respecté les dispositions des articles 223 du NCPC et 6 de la CEDH est dans ces conditions à rejeter.

Force est ensuite de constater qu'aucune critique n'est émise à l'encontre du jugement de première instance en ce que le tribunal a ordonné entre autres à A de produire le ou les contrats de vente, relatifs à la cession par la société J et le cas échéant L de 1.318.668 actions U et les extraits bancaires renseignant le ou les paiements reçus au titre de la vente de ces actions.

Le jugement entrepris du 7 décembre 2011 est dès lors à confirmer.

III. Quant à l'appel contre le jugement du 24 avril 2013

En première instance, les parties litigantes se sont accordées à voir limiter les débats à la question de la responsabilité des administrateurs. Les requérants ont basé leur demande principalement sur les dispositions de l'article 59 LSC et subsidiairement sur celles des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Il appartient au juge qui tranche le litige de donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée.

Le tribunal a rejeté le moyen soulevé par A consistant à dire que l'action des demandeurs ne pourrait être intentée que par la société J. Il a retenu à ce sujet que lorsque l'actionnaire recherche la responsabilité de ses organes pour un préjudice qu'il a personnellement et directement subi, comme en l'espèce, il peut valablement baser sa demande sur l'article 59 LSC.

L'appelant reproche à la juridiction de première instance de ne pas avoir dit clairement sur quel fondement de l'article 59 LSC elle a rendu sa décision. Il soutient ignorer sur quelle base légale il a été condamné et « encore moins quels seraient les éléments nécessaires à cette condamnation ». Le jugement entrepris devrait en conséquence être annulé pour défaut de motivation.

Ce moyen est à rejeter, étant donné que le tribunal a retenu que les actionnaires qui font état d'un préjudice qui leur est propre à savoir d'avoir été privés de la possibilité d'acquérir les actions U

dans les mêmes conditions favorables que les autres actionnaires peuvent valablement agir en responsabilité contre les administrateurs sur le fondement de l'article 59 LSC.

- Quant au bien-fondé de la demande au regard de l'article 59 alinéa 1^{er} LSC

La demande des requérants a été examinée au regard des dispositions de l'article 59 alinéa 1^{er} LSC. Le tribunal a retenu que la faute des défendeurs a consisté dans le fait de ne pas avoir mis tous les actionnaires sur un pied d'égalité en leur offrant d'acquiescer en proportion de leurs parts dans la société J des actions de la société U à des conditions particulièrement avantageuses, préférant se privilégier eux-mêmes en leur qualité d'actionnaire.

L'appelant reprend son argumentation que la responsabilité pour faute basée sur l'article 59 alinéa 1^{er} LSC ne peut être exercée que par la société.

L'article 59 de la loi de 1915 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.

Ils 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 ont eu connaissance ».

La loi distingue dès lors entre les *fautes de gestion* qui engendrent la responsabilité individuelle et personnelle de chaque dirigeant envers la seule société (alinéa 1^{er}) et la *faute commise par infraction à la loi* (sur les sociétés) ou *des statuts sociaux*, susceptible d'engager la responsabilité solidaire des administrateurs tant envers la société qu'à l'égard des tiers (alinéa 2).

Dans la mesure où l'article 59 alinéa 1^{er} LSC ne rend les administrateurs que contractuellement responsables à l'égard de la société qu'ils dirigent, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion, la demande des consorts H-I pour autant qu'elle est basée sur l'article 59 alinéa 1^{er} LSC est à rejeter.

Le jugement entrepris est à réformer de chef.

Il convient d'examiner le bien-fondé de la demande au regard de la base subsidiaire tirée des articles 1382 et 1383 du Code civil.

- Quant au bien-fondé de la demande au regard des articles 1382 et 1383 du Code Civil

Concernant la faute de l'appelant, le tribunal de première instance a retenu ce qui suit :

« Nonobstant les moyens modernes de communication, les demandeurs ont été avisés de la possibilité d'acquérir les titres U par courrier postal daté du 1^{er} juin 2006, reçu selon les défendeurs en date du 5 juin 2006, soit la veille de la date de l'assemblée générale extraordinaire devant approuver la scission de ... Holding en deux nouvelles entités, dont l'une L devait recueillir les participations U, avec un délai qui expirait le 8 juin 2006 à 13 heures, les éventuels intéressés étant par le même courrier invités à déposer le montant correspondant à l'achat d'actions souhaités sur un compte au nom de la société L auprès de la Banco commercial Português.

Or, il résulte des pièces versées que le 6 juin 2006, l'assemblée générale extraordinaire devant aboutir à la création de la société L n'a pu être tenue à cette date, le notaire instrumentant ne s'étant pas présenté.

Il fut décidé qu'une nouvelle assemblée générale serait convoquée pour statuer sur l'ordre du jour prévu pour l'AGE du 6 juin 2006.

Ayant reçu la convocation pour l'assemblée du 30 juin 2006, l'un des requérants fit savoir au conseil d'administration que si la scission était approuvée, il ferait valoir son intérêt à acquérir les parts U aux conditions offertes dans le courrier du 1^{er} juin 2006.

Il ressort encore des pièces versées que lors de l'assemblée générale extraordinaire du 30 juin 2006, la scission a été réalisée et le patrimoine actif et passif sans exception de J a été transféré aux deux sociétés issues de cette scission K et L, cette dernière devant faire l'objet d'une liquidation immédiatement après la vente d'un nombre suffisant d'actions de la U (destinée à apurer la dette auprès de la banque).

Lors de cette AGE, le mandataire des requérants avait d'ailleurs dénoncé cette façon de procéder, qu'il estimait constituer une manœuvre des actionnaires majoritaires pour s'approprier les actifs de la société scindée au détriment des minoritaires, ce qui fut contesté par l'actionnaire O qui fit valoir « que la situation réelle démontrerait qu'au contraire l'opération a été effectuée dans l'intérêt de tous les actionnaires qui ont fait l'objet d'un traitement paritaire ».

En date du 3 juillet 2006 l'ensemble des requérants, partant du principe que la proposition restait valable, ont fait part de leur intérêt à acquérir les titres en nombre proportionnel à leurs participations dans J, consignant le même jour le montant requis sur le compte indiqué.

Il leur fut répondu laconiquement suivant courrier du 11 juillet 2006 par M. A en sa qualité d'administrateur, « que compte tenu du temps passé le présumé que la proposition était maintenue ne correspondait en rien à la réalité, ce qu'il déplorait ».

Il ressort par ailleurs des pièces versées que les actions U correspondantes avaient déjà été vendues dès le 9 juin 2006, soit avant la scission et la création de L à trois sociétés dont il n'est pas contesté qu'elles appartiennent aux trois défendeurs.

C'est en vain que les défendeurs font plaider qu'ils n'auraient pas eu d'autre choix, la banque créancière de J faisant pression pour que la dette de cette société soit remboursée avant sa disparition par scission.

Même à supposer vraie cette affirmation (on s'étonne dans ce contexte que la banque n'ait pas manifesté par écrit son opposition) rien n'empêchait à ce moment les administrateurs de réitérer immédiatement leur offre à tous les actionnaires, en les informant que les modalités de la vente étaient changées alors que J serait désormais le vendeur et non L, et à repousser l'assemblée devant voter la scission.

La faute des défendeurs qui n'ont pas mis tous les actionnaires sur pied d'égalité en leur offrant d'acquérir en proportion de leurs parts dans J des actions de la société U à des conditions particulièrement avantageuses, préférant se privilégier eux-mêmes en leur qualité d'actionnaire, est dès lors établie ».

L'appelant ne conteste ni le déroulement des faits ci-avant décrits, ni le contenu des différents courriers auxquels le tribunal s'est référé dans son jugement, ni que les actions U litigieuses avaient été vendues en date du 9 juin 2006.

Il ne conteste pas non plus que les parties intimées en tant qu'actionnaires de la société J sont à qualifier de tiers et partant recevables à agir contre un administrateur de société sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil. Il y a également lieu de rejeter le moyen d'irrecevabilité tiré du défaut de mise en cause de l'administrateur Q, au motif que la responsabilité des administrateurs n'est, au regard de l'article 1382 du Code civil, pas solidaire.

A fait principalement grief à la juridiction de première instance de ne pas avoir caractérisé la faute.

Subsidiairement, l'appelant se réfère à la jurisprudence de la Cour de Cassation française du 20 mai 2003, n° 99-17.092 pour conclure que les intimés n'auraient pas rapporté la preuve d'une faute détachable, séparable des fonctions de dirigeant, partant une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice des fonctions sociales.

Il fait plaider plus subsidiairement encore, à admettre l'existence d'une faute dans son chef, que face à la pression de la banque V de voir obtenir le remboursement du prêt accordé à la société J avant la date de la liquidation de la société L prévue pour le 11 juin 2006, les administrateurs de cette société auraient tout mis en œuvre pour trouver une solution à ce problème et été obligés de réagir très vite, raison pour laquelle ils auraient adressé un courrier à tous les actionnaires le 1^{er} juin 2006 et fixé la date pour le rachat des actions U au 8 juin 2006.

La date du 11 juin 2006 aurait été fixée péremptoirement par la banque. Le délai imparti par le conseil d'administration aux actionnaires aurait été parfaitement suffisant au regard des impératifs de la société vis-à-vis de l'un de ses créanciers.

Aucune faute ne saurait en conséquence être retenue à sa charge.

A fait dans ce contexte grief au tribunal de ne pas avoir pris en compte l'inaction fautive des parties intimées qui n'auraient à aucun moment sollicité une prolongation du délai pour acquérir les parts U. Le fait d'avoir attendu un mois après la proposition d'achat du 1^{er} juin 2006 pour manifester leur intérêt à l'acquisition des actions serait constitutif d'une faute dans leur chef de nature à exonérer l'appelant de sa responsabilité. A fait encore valoir que comme les intimés ont mis plus d'un mois avant de manifester leur intention d'acquérir les actions U, « *ils n'auraient vraisemblablement pas eu la volonté d'acheter les actions U dans le délai imparti compte tenu des profondes incertitudes, liées à ces actions* » dues notamment à la situation économique désastreuse qui régnait au Zimbabwe à l'époque.

Du fait de leur attitude passive, les intimés auraient largement contribué à leur préjudice de nature à l'exonérer au moins partiellement de sa responsabilité.

Les consorts H-I renvoient à l'exposé des faits pour conclure que les fautes commises par l'appelant seraient constitutives « *de manœuvres dolosives de l'administrateur, qui «tout au long, n'avait d'autre objet que de priver les intimés de la possibilité effective*

d'acheter leur quota des actions U appelées à être cédées et à rompre ainsi l'égalité de traitement entre les différents actionnaires de la société ».

La circonstance que les administrateurs et gérants de société sont soumis du fait de leurs fonctions à des responsabilités particulières définies par des lois spéciales, ne les soustrait pas à la responsabilité de droit commun résultant de l'application des articles 1382 et 1383 du Code civil qui oblige toute personne qui, par sa faute, cause un dommage à autrui, à réparer ce dommage.

Une faute dite « aquilienne » ou de droit commun engage la responsabilité individuelle du dirigeant auquel elle peut être imputée à l'égard de la société et des tiers. Les dirigeants commettent une faute « aquilienne » lorsqu'ils ont un comportement que n'aurait pas eu un chef d'entreprise normalement prudent et diligent. L'acte fautif peut constituer la violation d'une obligation légale bien précise ou un manquement à la norme générale de comportement prudent et diligent (Jean-François Goffin, Responsabilité des dirigeants de sociétés, n°83, p. 126 suiv, 3^{ième} édition).

Si les principes d'appréciation sont similaires, la faute « aquilienne » présente une différence de nature et de degré, par rapport à la simple « faute de gestion » : tout manquement à ses obligations contractuelles envers la société dont il est le mandataire ne constitue pas nécessairement une faute aquilienne. Inversement, toute faute aquilienne ne constitue pas nécessairement une faute de gestion ; le dirigeant peut accomplir des actes préjudiciables pour des tiers, tout en gérant la société avec le plus grand soin. La responsabilité aquilienne des dirigeants sociaux ne peut être engagée que si leur comportement peut être jugé fautif indépendamment de leur position de mandataire de la société (Jean-François Goffin précité, n°83).

Toute action en responsabilité présuppose la preuve d'une faute du dirigeant, mais également d'un préjudice et d'un lien de cause à effet entre la faute et le préjudice.

Cette responsabilité peut être in solidum si les fautes commises par plusieurs dirigeants ont contribué à la réalisation du dommage.

Les développements d'A tirés de l'accord transactionnel intervenu entre N et les parties intimées rendant irrecevable la demande de celles-ci du fait de la solidarité entre les administrateurs sont par conséquent à écarter pour défaut de pertinence.

La responsabilité des dirigeants envers les tiers suppose la démonstration d'une faute séparable des fonctions, définie par la Cour de Cassation française comme « *une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions*

sociales (Cass.com. 20 mai 2003, n° 99-17092 ; JCPE, 2003, 1399, p.1580, note Hadji-Artinian). Cette position a été maintenue par la Cour de Cassation dans des arrêts postérieurs concernant la responsabilité des dirigeants de sociétés à l'égard des tiers. (Cass.com. 29 mars 2011, n° 10-11-027; Cass.com.31 janvier 2012, n° 11-14.154).

Cependant, dans un arrêt rendu le 9 mars 2010 par la chambre commerciale de la Cour de cassation française, la Cour a considéré que « *la mise en œuvre de la responsabilité des administrateurs et du directeur général à l'égard des actionnaires agissant en réparation du préjudice qu'ils ont personnellement subi n'est pas soumise à la condition que les fautes imputées à ces dirigeants soient intentionnelles, d'une particulière gravité et incompatibles avec l'exercice normal des fonctions sociales* » (Cass.com, 9 mars 2010, D. 2010, 761, obs. A. Lienhard).

Le régime de la faute des dirigeants envers les tiers et les actionnaires de la société est donc différent.

Les fautes reprochées à l'appelant sont à apprécier au regard des principes de l'arrêt du 9 mars 2010.

Il suffit en conséquence aux consorts H-I de prouver, qu'A ne les avait pas informés que l'achat des actions U qui leur avait été proposée dans le courrier du 1^{er} juin 2006 n'allait pas être reportée ensemble avec la tenue de l'assemblée générale au 30 juin 2006 et qu'elle avait déjà eu lieu le 9 juin 2006.

Il résulte du courrier de la société J du 1^{er} juin 2006, - dont il n'est pas contesté qu'il avait été réceptionné le 5 juin 2006 par les parties intimées - « *que quelques-uns d'entre nous, viennent de nous communiquer qu'ils sont disponibles pour acquérir à L des actions de U, en nombre suffisant au prix de USD 1,5 par action, pour doter L avec les fonds nécessaires pour régler la dette à Banco Comercial Portugés, avant son extinction (...)* ».

Bien que l'identité des « *quelques-uns d'entre nous* » n'ait pas été précisée dans ce courrier, les destinataires de ce courrier avaient été informés que l'objectif poursuivi par la société J était la liquidation du prêt de cette société contracté auprès de la banque V afin de permettre à la société L, nouvellement créée, de pouvoir le rembourser (pièce n° 7 de Maître Elvinger).

A cet effet, il était demandé « *aux actionnaires intéressés à ladite opération, de le transmettre jusqu'au 8 juin prochain à 13.00 heures, en précisant le nombre d'actions qu'ils se proposent d'acquérir et que, jusqu'à la même heure et date, procèdent au dépôt du montant correspondant(...). Ce compte, qui appartient aujourd'hui à notre société, sera depuis le 6 juin, un compte de L* ». Il est encore précisé

que « *la déclaration d'intérêt devra être adressé au conseil d'administration de L, à l'attention de Monsieur Alain Renard (...)* ».

Ce courrier avait été signé par deux administrateurs de la société J, à savoir A et N.

Il est vrai qu'aucune des parties intimées n'a manifesté son intérêt à l'achat desdites actions U ni lors de l'assemblée générale du 6 juin 2006, ni avant la date butoir du 8 juin 2006 à 13:00 heures.

Ce n'est qu'en date du 27 juin 2006 que B a envoyé un courrier au conseil d'administration de la société ... dans les termes suivants :

« Je confirme la réception de la lettre circulaire du 1^{er} du mois courant (...) N'ayant reçu jusqu'à ce jour aucune nouvelle de ... sur le sujet de la lettre référée, j'assume que, dans le présupposé de procédure et bonne foi, l'application du contenu de cette lettre se maintient, avec les changements qui correspondent à l'ajournement du 6 pour le 30 juin 2006 de la réunion de l'assemblée générale de ..., dont l'objectif est l'approbation du projet de sa scission en deux nouvelles sociétés.

Par conséquent, si le projet de scission est approuvé à la réunion de l'assemblée générale de ... convoquée pour le 30 juin 2006, je communiquerai au conseil d'administration de L, mon intérêt à l'acquisition, au prix unitaire de 1,5 USD, d'un nombre d'actions de U proportionnel à ma participation dans ... (...)» (pièce n° 18 de Maître Elvinger).

Dans un courrier adressé à la société L le 3 juillet 2006, il confirme son « *intérêt à l'acquisition des actions de U, en nombre proportionnel à ma position actionnaire en ... selon les termes proposés, c'est-à-dire, au prix de 1,5 USD* ». (pour 27.518 actions correspondant à une valeur de 41.277 USD) (pièce n° 21 de Maître Elvinger).

Un courrier identique avait été adressé le même 3 juillet 2006 à la société L par les intimés D, Het I pour l'acquisition de 20.543 et 6.846 actions pour les montants respectifs de 30.814,50 USD et 10.269 USD (pièces 23 de Maître Elvinger).

Il n'est pas contesté que les intimés avaient versé ces montants sur le compte de la société ... en date du 3 juillet 2006 (pièces n° 25-29 de Maître Elvinger).

Dans son courrier en réponse adressé le 28 juin 2006 à B, A s'est limité à dire « (...) *en ce qui concerne le contenu(...), nous nous situons aux antipodes. C'est la raison pour laquelle nous considérons ne pas commenter les présupposés dont vous partez pour faire la proposition que vous venez de nous communiquer et, par*

conséquence, la proposition elle-même » (pièce n° 19 de Maître Elvinger).

Dans les courriers en réponse du 11 juillet 2006 envoyés cette fois-ci par A en sa qualité « d'administrateur-liquidateur » de la société L, l'appelant ne s'était que référé à son courrier du 28 juin 2006 qu'il avait adressé en sa qualité d'administrateur de la société ... à B (pièces n° 29-32 de Maître Elvinger).

Il est acquis en cause que le 6 juin 2006, date à laquelle l'assemblée générale des actionnaires de la société J devait se prononcer sur la scission de cette société, ladite assemblée générale avait été reportée au 30 juin 2006. Au vu du contenu du courrier de B du 27 juin 2006, la Cour admet que l'appelant n'avait lors de l'assemblée générale des actionnaires du 6 juin 2006 ni fourni une quelconque information au sujet du sort de la proposition faite aux actionnaires dans le courrier du 1^{er} juin 2006, ni précisé que les modalités de la vente ne pouvaient être maintenues en raison de la pression exercée par la banque V pour obtenir le remboursement du prêt accordé à la société J.

La Cour admet que dans la mesure où l'assemblée générale devait porter sur l'approbation d'un projet de scission prévoyant la scission de la société J par la constitution de deux nouvelles sociétés, dont la société L, les intimés pouvaient à bon droit supposer que la date pour manifester leur intérêt à l'acquisition d'actions U de la part de cette société avait également été reportée à une date postérieure à celle prévue pour l'assemblée générale.

Le tribunal de première instance a en conséquence à juste titre retenu que les parties intimées ont valablement pu partir du principe que la proposition qui leur avait été faite dans le courrier du 1^{er} juin 2006 restait valable.

En s'abstenant d'informer les actionnaires minoritaires que la vente des actions U ne pouvait être reportée au-delà du 11 juin 2006 en raison de la pression exercée par la banque V relative au remboursement du prêt accordé à la société J, A a commis une faute de nature à engager sa responsabilité délictuelle sur le fondement de l'article 1382 du Code civil.

Il n'est pas contesté que les actions U dont question dans le courrier du 1^{er} juin 2006 avaient déjà été vendues dès le 9 juin 2006, soit bien avant la scission et la création de la société L, et sans que les actionnaires minoritaires en eussent été informés, à trois sociétés dont la société Y dont il n'est pas contesté qu'A est le bénéficiaire économique.

Il est également acquis en cause que ce n'est qu'à l'occasion d'une assemblée générale de la société U du 10 mai 2007 que les

intimés ont pu obtenir une liste des actionnaires de la société U et pu constater à ce moment que parmi les nouveaux actionnaires de la société U ayant acquis les actions de la part de la société L figure la société Y.

L'appelant reste en défaut d'expliquer pour quelle raison il n'a à aucun moment, nonobstant d'itératives demandes à ce sujet de la part des intimés refusé de communiquer aux actionnaires minoritaires les renseignements quant à l'identité des acquéreurs des titres U et aux cessions d'actions du 9 juin 2006.

La dissimulation de toutes ces informations caractérise une réticence dolosive dans le chef d'A.

Cette réticence dolosive est d'autant plus manifeste, tel que l'a à bon droit relevé le tribunal de première instance, qu'après avoir obtenu les courriers des intimés les 27 juin et 3 juillet 2006, l'appelant n'a fait qu'indiquer de façon *laconique par courrier du 11 juillet 2006*, « *que compte tenu du temps passé le présupposé que la proposition était maintenue ne correspondait en rien à la réalité, ce qu'il déplorait* » (*pièce n° 19 de Maître Elvinger*).

Il convient encore de rappeler que ce n'est que sur injonction du tribunal prononcée par jugement du 7 décembre 2011 qu'Antonio DA CUNHA a fini par produire les pièces relatives à cette cession et que les intimés ont pu constater que la société Y avait acquis 659.334 actions de la part de la société L au prix de 989.001 USD.

Le tribunal a en outre retenu qu'A n'a pas respecté le principe d'égalité de traitement des actionnaires.

L'appelant se prévaut de l'arrêt « ... » rendu par la Cour de cassation le 23 septembre 2010 (n° 54/10) pour conclure qu'un principe d'égalité de traitement des actionnaires serait inexistant aussi bien en droit communautaire qu'en droit luxembourgeois.

Même à admettre l'existence d'un tel principe, A conteste avoir privilégié certains actionnaires au préjudice des actionnaires minoritaires, en soutenant que l'ensemble des actionnaires auraient reçu à la même date la proposition de rachat des actions U, de sorte qu'une inégalité de traitement des actionnaires ne serait pas établie en l'occurrence.

Il est vrai que dans l'arrêt précité, les actionnaires minoritaires avaient invoqué plusieurs dispositions de droit communautaire, établissant, selon eux, l'existence d'un principe général d'égalité entre actionnaires, et que la Cour de cassation, après avoir saisi la CJCE de cette question a retenu qu'il n'existe pas de principe général d'égalité entre actionnaires en droit communautaire. La Cour de cassation avait en outre été confrontée à la question de savoir si

le droit national contient l'expression d'un principe général de traitement pour refuser de reconnaître un principe général d'égalité des actionnaires tiré des dispositions communautaires telles que transposées en droit luxembourgeois (Annales du droit luxembourgeois, éd. Bruylant vol.2., 2011, Chronique Droit des sociétés 2006-2012, par F.Fayot et Cintia Martins Costa).

Ni l'arrêt de la Cour de cassation du 23 septembre 2010 ni celui de la CJCE du 15 octobre 2009 (C 101-08) ne sont cependant à interpréter dans le sens voulu par A, étant donné que le problème juridique soumis à la CJCE et à la Cour de Cassation était celui relatif à l'existence d'un principe général d'égalité de droit préexistant entre actionnaires dans leurs relations réciproques.

Tel n'est cependant pas le cas en l'espèce, où la Cour est amenée à se prononcer sur la violation par un administrateur de société qui est actionnaire majoritaire de l'égalité de traitement par rapport à un actionnaire minoritaire.

Il s'ensuit que le moyen de l'appelant tiré de l'arrêt du 23 septembre 2010 n'est pas fondé.

L'administrateur d'une société est tenu de respecter l'égalité de traitement des actionnaires. Le principe d'égalité des actionnaires n'implique pas qu'ils jouissent à tout moment de droits égaux ni même que leurs droits soient strictement proportionnels à leur mise. Il permet, en réalité, dans le cadre du fonctionnement de la société, que l'ensemble de ces droits différents et inégaux puissent être exercés dans le respect de la proportion instaurée dans les statuts. Les organes de la société doivent traiter de manière identique les actionnaires qui se trouvent dans la même situation mais ils sont également tenus de respecter les différences et les privilèges, entre actionnaires et entre actions que les parties au contrat ont souhaité créer (Y. de Cordt, L'égalité entre actionnaires, éd. Bruylant, 2004 p.302).

Une rupture d'égalité peut survenir lorsqu'au sein d'une masse homogène d'actions dont le traitement est identique, on distingue une catégorie d'actions auxquelles on attribue des droits différents. Il y a d'une rupture d'égalité particulièrement caractérisée puisqu'elle survient entre des actions appartenant à la même catégorie : alors qu'elles étaient à l'origine placées sur le même pied, un régime privilégié est réservé à certaines d'entre elles, pour favoriser tel ou tel actionnaire, en modifiant en cours d'exécution du contrat, les droits respectifs des actionnaires.

A défaut pour A d'avoir justifié en quoi les actionnaires majoritaires de la société J, dont il faisait également partie auraient pu bénéficier d'un traitement plus favorable, la Cour retient qu'il a encore, en sa

qualité d'administrateur de la société ... commis une faute pour ne pas avoir assuré un traitement égal à l'ensemble des actionnaires.

Au regard des développements qui précèdent, l'argumentation de l'appelant que les consorts H-I auraient commis une faute pour avoir été « inactifs » en ayant attendu jusqu'au 27 juin, voire au 3 juillet 2006 pour manifester leur intérêt à l'acquisition des actions U est à rejeter. (pièces 18, 21 à 24 de Maître Elvinger).

La Cour retient en conséquence qu'A a, en sa qualité d'administrateur de la société J commis une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales.

Le jugement entrepris est dès lors à confirmer de ce chef quoique partiellement pour d'autres motifs.

- quant au préjudice et au lien de causalité entre la faute et le dommage

Le tribunal a retenu dans son jugement du 24 avril 2013 que le préjudice subi par les parties intimées consistait en la privation du droit à dividende pour les actions U qu'elles auraient pu acquérir. Il a ce faisant tenu compte d'un montant cumulé de 7,74 USD versé aux actionnaires à titre de dividendes pour les exercices 2007-2012.

Concernant le lien de causalité entre la faute d'A et le préjudice subi par les parties intimées, le tribunal a retenu qu'après avoir informé l'administrateur qu'elles étaient intéressées à acquérir les actions U, elles avaient viré les fonds afférents sur le compte bancaire renseigné dans le courrier du 1^{er} juin 2006.

Tenant compte des 1.318.668 actions U mises en vente et des actions que les intimés auraient pu acquérir proportionnellement aux actions qu'ils détenaient déjà dans le capital de la société J et du montant de 7,74 USD, le tribunal a fixé le préjudice accru à 212.989,32 USD pour B, 159.002,82 USD pour D, 52.988,04 USD pour H et 52.988,04 USD pour I.

En outre, dans la mesure où il n'était pas contesté que c'étaient bien les défendeurs qui avaient acquis les actions U par l'intermédiaire de leurs sociétés respectives, le tribunal a encore condamné les quatre défendeurs in solidum à céder ou faire céder aux quatre demandeurs le nombre d'actions auquel ils pouvaient prétendre au prix de 1,5 USD par action, sous peine d'une astreinte de 1.000 € par jour de retard à partir du premier jour du deuxième mois suivant celui où le jugement serait devenu exécutoire.

L'appelant reproche à la juridiction de première instance de ne pas avoir retenu que le dommage invoqué par les intimés n'aurait été qu'hypothétique et incertain. Il critique le tribunal de ne pas avoir retenu que les intimés n'auraient pas rapporté la preuve d'un préjudice propre, personnel et distinct du préjudice subi par la société et les autres actionnaires.

Il expose que la seule activité de la société U consisterait en la gestion de sa participation dans la société ... dont l'activité unique serait l'exploitation d'un oléoduc. La valeur des actions U serait en conséquence liée au transport de produits pétroliers pour le Zimbabwe. Or à l'époque de la vente des actions U, le contrat de transport qui liait cette société au gouvernement du Zimbabwe aurait touché à sa fin, le terme ayant été prévu pour le 5 février 2007. Il n'aurait absolument pas été certain en juin 2006 que le contrat soit reconduit après cette date. Pour preuve, l'appelant se prévaut du nouveau contrat qui n'a été signé que le 9 octobre 2007. Par ailleurs, fait-il encore état de la situation économique dans laquelle le Zimbabwe était plongé à l'époque. Toutes ces circonstances expliqueraient le bas prix des actions U. Le caractère certain du préjudice subi par les intimés ne serait en conséquence pas établi.

Même à admettre l'existence d'un préjudice, A invoque l'absence de causalité entre la faute dans son chef et le prétendu préjudice subi par les consorts H-I. Il argumente que si les intimés avaient réellement été intéressés à l'achat des actions U, ils auraient sollicité un nouveau délai au lieu d'attendre jusqu'au 31 juillet 2006 avant d'introduire leur action en responsabilité à son encontre.

Cette dernière critique est d'ores et déjà à rejeter au regard des développements au sujet des fautes caractérisées retenues à charge de l'appelant. Il s'ajoute que les actions U avaient été vendues dès le 9 juin 2006 à des tierces entreprises, de sorte qu'elles ne faisaient plus partie ni de l'actif de la société J, ni de celui de la société L.

A admettre que les intimés aient demandé à être indemnisés au titre de la perte d'une chance, l'appelant fait valoir que le caractère certain de leur préjudice n'aurait pas non plus été établi, au regard du prix très bas des actions U et de l'avenir hautement menacé de la société U.

L'appelant conclut en conséquence, par réformation, à voir dire que les intimés n'auraient rapporté ni la preuve d'un préjudice, ni d'un lien de causalité entre une faute dans son chef et le préjudice qu'ils disent avoir subi.

Quant au dommage subi, les consorts H-I argumentent que dans la mesure où ils « *n'ont pas pu acquérir les actions U comme ils l'auraient voulu, et n'ayant par conséquent pas pu profiter des*

dividendes découlant de l'achat compromis », ils auraient subi un préjudice personnel.

Le critère permettant de distinguer le préjudice social du préjudice individuel réparable consiste dans le fait que ce dernier va directement affecter la valeur des titres ou la situation patrimoniale de l'actionnaire sans impliquer en même temps une atteinte au patrimoine social ou un appauvrissement de ce dernier. Le préjudice individuel ne doit pas constituer une simple répercussion du préjudice social et doit, par conséquent, être déconnecté d'une perte qui affecterait l'actif social.

Même si un actionnaire dispose d'une action individuelle en réparation d'un préjudice distinct de celui de la société et des autres actionnaires, la recevabilité d'une telle action en responsabilité est soumise à l'allégation de ce préjudice personnel distinct et que le demandeur doit caractériser ce préjudice distinct (Cass. com. française, 7 mars 2006, n° de pourvoi 04 - 16536, Bulletin 2006 IV, N° 61, p. 61 ; Cour d'appel, 15 juillet 2014, n° de rôle 36516).

Le préjudice des intimés résulte du fait de ne pas avoir pu acquérir les actions U au vu du défaut d'information de la part d'A que le délai endéans lequel les actionnaires intéressés à l'acquisition des actions U devaient se manifester n'avait pas été reporté ensemble avec celui de la date de l'assemblée générale de la société J devant se prononcer sur la scission de celle-ci. Ce préjudice leur est personnel. La société n'a subi de ce chef aucun préjudice.

La Cour toise la demande au regard des principes régissant la perte d'une chance, à savoir la perte pour les intimés de se porter acquéreurs des actions U.

La perte certaine d'une chance, même faible, est indemnisable (Cass.com., 13 mai 2014, n° 13-11758 : Jurisdata n° 2014-009822 ; Resp.civ.et assur.2014, comm.216).

Il ne faut pas confondre l'indemnisation de la chance perdue avec le bénéfice que la victime aurait retiré de la survenance de l'événement favorable. La chance étant par nature aléatoire, la réparation de la perte d'une chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'elle aurait procuré si elle s'était réalisée (Cass. com. 15 février 2011, n°10-11.614 ; Cass.com. 6 septembre 2011, n° 10-15.525). L'indemnisation doit donc prendre en compte l'aléa, d'une manière plus ou moins importante selon les chances de succès qu'avait la victime. Cette appréciation relève du pouvoir souverain des juges du fond. Les dommages-intérêts ne doivent par conséquent représenter qu'une fraction, plus ou moins importante selon la probabilité, de l'avantage espéré. (JCl. Civil, Fasc.101, Droit à réparation - Condition de la responsabilité

délictuelle - Le dommage - Caractère du dommage réparable, n° 41 et suiv.éd. numérique 16 mai 2017).

Force est de constater que le tribunal n'a pas seulement indemnisé la « chance perdue » par les intimés de pouvoir investir dans les nouvelles actions, mais encore ordonné la cession auxdits intimés des actions qu'ils n'avaient pu acquérir. Or la seule chose certaine dont les intimés ont été privés était la chance d'acquérir un certain nombre d'actions U. C'est uniquement cette perte qu'il convient de réparer.

L'appelant n'est donc pas à condamner à céder aux intimés les actions qu'ils n'ont pu acquérir, le préjudice à réparer consistant précisément non pas en la réalisation de la chance, qui par hypothèse ne se reproduira plus, mais en les conséquences liées au fait de n'avoir pas pu l'exercer.

Le jugement est à réformer quant à ce volet de la condamnation.

Il importe d'autre part de rappeler que les intimés avaient versé le 3 juillet 2006 les montants de 41.277 USD, 30.814,50 USD et 10.269 USD sur le compte bancaire de la société J, ces différents montants ayant correspondu à la valeur des actions qu'ils estimaient pouvoir acquérir. A défaut de renseignement quant au sort des montants payés, la Cour admet que ceux-ci ont entretemps été restitués aux intimés.

La réparation de la perte d'une chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'elle aurait procuré si elle s'était réalisée.

D'un autre côté, la perte d'une chance, en tant que préjudice indemnisable, doit être caractérisée et réparée intégralement. Le juge doit donc mesurer la chance perdue et ne pas allouer à la victime une indemnité forfaitaire ou simplement équitable (JCI Resp. civ. Fasc. 101, n° 43). Elle doit consister en une fraction du préjudice.

La Cour note que les parties intimées se réfèrent à un courriel d'une société de droit portugais ... pour conclure que le total des dividendes distribués par la société U entre septembre 2007 et août 2012 se serait chiffré à 7,74 USD (pièce n° 41 de Maître Elvinger). C'est cette somme, multipliée par les actions que les intimés auraient pu acquérir que le tribunal a prise en compte afin d'évaluer le préjudice accru à chacun d'eux du chef de la perte des dividendes.

La Cour ne saurait suivre ce raisonnement.

Il est tout d'abord établi que les intimés auraient normalement eu la chance d'acquérir les actions dans la proportion de celles qu'elles possédaient déjà.

La chance pour les intimés d'acquérir ces actions n'est pas à elle seule créatrice d'un préjudice dans leur chef puisqu'elles auraient tout aussi bien pu acquérir des actions d'autres sociétés.

Le préjudice réside dans l'avantage que la société entendait procurer aux actionnaires de ... en leur permettant d'acquérir les actions U à un prix inférieur à la valeur réelle de l'action. Les intimés sur qui pèse la charge d'établir le préjudice subi restent cependant en défaut de fournir à la Cour des éléments lui permettant de calculer cette plus-value que les acquéreurs auraient pu réaliser de sorte que de ce chef ils ne sauraient prospérer dans leur demande.

En ce qui concerne le versement de dividendes liés à la possession des actions, élément aléatoire s'il en est, cette demande n'est pas fondée non plus. Il ne s'agit en effet pas d'indemniser la perte découlant de la possession, mais de la non-acquisition des actions U.

Il s'ensuit que les intimés sont à débouter de leur demande.

Au vu du résultat du litige, c'est encore à tort que la juridiction de première instance a condamné A au paiement d'une indemnité de procédure.

L'appel d'A est dès lors fondé.

La demande de l'appelant en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel est à rejeter, étant donné qu'il n'a pas établi l'iniquité requise par cet article.

La même demande des intimés est également à rejeter, étant donné qu'ils n'y ont pas droit au vu du sort réservé aux dépens.

PAR CES MOTIFS

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

rejette le moyen tiré de la nullité de l'acte d'appel,

dit l'appel recevable,

le dit non fondé en ce qu'il vise le jugement du 7 décembre 2011,

confirme ce jugement,

le dit fondé en ce qui concerne le jugement du 24 avril 2013,

réformant,

dit non fondées les demandes de B, C, A, E, F, H et I,

décharge A des condamnations prononcées à son encontre,

confirme le jugement entrepris pour le surplus,

rejette les demandes des parties basées sur l'article 240 du NCPC,

condamne B, C, E, F, G, H et I in solidum aux frais et dépens des deux instances, mais uniquement en ce qui concerne la demande dirigée contre A, avec distraction au profit de Maître Alex Schmitt, avocat concluant, sur ses affirmations de droit.