

Arrêt N° 53/23 IV-COM

Audience publique du vingt-huit mars deux mille vingt-trois

Numéro CAL-2021-00971 du rôle

Composition:

Marianne EICHER, président de chambre;
Michèle HORNICK, conseiller;
Carole BESCH, conseiller;
Eric VILVENS, greffier.

E n t r e

A, administrateur de société, demeurant à, avec adresse professionnelle au siège de la société anonyme F, établie et ayant son siège social à,

appelant aux termes d'un acte de l'huissier de justice Frank Schaal de Luxembourg du 19 mai 2021 ainsi que d'un acte de réassignation du même huissier du 28 mars 2022,

comparant par Maître Pierre Reuter, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

1) B, une exempt company de droit caymanais, établie et ayant son siège social à, enregistrée aux Cayman Islands sous le numéro, représentée par C, LP, une *limited partnership* de droit du Delaware (USA), établie et ayant son siège social à, enregistrée avec la SEC sous le numéro de fichier,

2) D, LP, une limited partnership de droit du Delaware (USA), établie et ayant son siège social à, enregistrée auprès de l'Etat du Delaware sous le numéro, représentée par C, LP, une *limited*

partnership de droit du Delaware (USA), établie et ayant son siège social à, enregistrée avec la SEC sous le numéro de fichier,

3) E, une *limited partnership de droit du Delaware (USA)*, établie et ayant son siège social à, enregistrée auprès de l'Etat du Delaware sous le numéro, représentée par C, LP, une *limited partnership* de droit du Delaware (USA), établie et ayant son siège social à, enregistrée avec la SEC sous le numéro de fichier,

intimées aux fins des prédicts actes Schaal,

comparant par Maître Joram Moyal, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

4) F, société anonyme, anciennement G S.A., établie et ayant son siège social à, représentée par son conseil d'administration, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro,

5) H, administrateur de société, demeurant à, avec adresse professionnelle au siège de la société anonyme F,

intimés aux fins des prédicts actes Schaal,

comparant par la société en commandite simple Clifford Chance, établie à L-1330 Luxembourg, 10, boulevard Grande-Duchesse CharMe, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, qui est constituée et en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée par son gérant, la société à responsabilité limitée Clifford Chance GP, elle-même représentée par son gérant Maître Albert Moro, avocat à la Cour,

6) I, administrateur de société, demeurant à, avec adresse professionnelle au siège de la société anonyme F à,

intimé aux fins des prédicts actes Schaal,

comparant par la société à responsabilité limitée Pierre Thielen Avocats, établie et ayant son siège social à L-1420 Luxembourg, 5-11, avenue Gaston Diederich, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 221629, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, représentée par son gérant, Maître Peggy Goossens, avocat à la Cour,

7) J, administrateur de société, ayant demeuré à, avec adresse professionnelle au siège de la société anonyme F à, décédé,

8) K, administrateur de société, demeurant à, avec adresse professionnelle au siège de la société anonyme F à,

intimés aux fins des prédicts actes Schaal,

ne comparant pas,

9) L, administrateur de société, demeurant à, avec adresse professionnelle au siège de la société anonyme F à,

intimé aux fins des prédicts actes Schaal,

comparant par la société à responsabilité limitée NC ADVOCAT, établie et ayant son siège social à L-1222 Luxembourg, 16, rue Beck / Coin 95, Grand-Rue, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats de Luxembourg, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 236962, représentée par Maître Nadia Chouhad.

LA COUR D'APPEL

Antécédents procéduraux

Par exploit d'huissier de justice du 20 janvier 2015, B LTD, une *exempt company* de droit caïmanais, D, LP, une *limited partnership* de droit de l'Etat du Delaware (USA) et E, une *limited partnership* de droit de l'Etat du Delaware (ci-après les parties BDE), ont assigné A, M, H, I, N, J, K, L, la société anonyme G SA, actuellement F SA (ci-après F) et la société anonyme O SA, anciennement P, anciennement Q SA (ci-après R) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour y voir :

- * principalement, constater la responsabilité des parties défenderesses sur base de l'article 59 alinéa 2 (actuellement l'article 441-9) de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (ci-après Loi de 1915),
- * sinon, subsidiairement constater l'abus de majorité dans le chef des parties défenderesses,
- * sinon, plus subsidiairement encore, constater la responsabilité des parties défenderesses sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil,
- * et, en tout état de cause, condamner les parties défenderesses solidairement, sinon in solidum, sinon chacune d'elles pour le tout, à payer aux parties demanderesses le montant de 14.485.111,13 euros au titre du préjudice matériel, avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde, ainsi que le montant de 5.000.000 euros au titre du préjudice moral, avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice, jusqu'à solde,

* sinon, encore plus subsidiairement, annuler les résolutions prises par le conseil d'administration de R les 27 et 29 novembre 2013 et par l'assemblée générale du 6 janvier 2014.

Elles ont sollicité en outre l'allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile de 50.000 euros ainsi que la condamnation des parties adverses aux frais et dépens de l'instance, et elles ont demandé au tribunal d'ordonner l'exécution provisoire du jugement à intervenir nonobstant appel, opposition ou toute autre voie de recours, et sans caution.

Par jugement du 19 février 2016, le tribunal a ordonné aux parties demanderessees de fournir une caution judiciaire aux parties défenderesses.

Par conclusions notifiées le 23 octobre 2018, les parties demanderessees ont augmenté leurs demandes aux montants de 82.195.174,60 euros au titre du préjudice matériel, 28.000.000 euros au titre du préjudice moral et 200.000 euros au titre de la demande sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile. Elles ont par ailleurs ventilé les demandes en fonction des participations respectives qu'elles avaient dans R.

Par jugement du 21 juin 2019, rendu suite à des débats limités à la question de la recevabilité de la demande, le tribunal a déclaré nulle l'assignation en ce qu'elle a été dirigée contre M, N et la société anonyme R, ces parties étant désormais hors cause dans le cadre du litige soumis.

Dans son prédict jugement du 21 juin 2019, le tribunal a notamment retenu que « *si le tribunal a actuellement limité les débats sur la question de la recevabilité de la demande introduite par les parties BDE, toujours est-il que celles-ci n'ont pas pris position concernant d'éventuelles conséquences résultant des irrégularités commises lors de la signification des exploits sur la validité des demandes tendant à l'annulation des résolutions prises par le conseil d'administration d'OPG en date des 27 et 29 novembre 2013 et de l'assemblée générale d'OPG du 6 janvier 2014. Il convient dès lors de réserver ce volet afin de permettre aux parties demanderessees de prendre position* ».

L'analyse soumise au tribunal s'est dès lors limitée à la recevabilité des demandes formulées par les parties BDE au regard de la nullité de l'assignation envers certaines parties défenderesses.

Par jugement du 4 décembre 2020, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, en statuant en continuation des jugements des 19 février 2016 et 21 juin 2019, a rejeté les moyens d'irrecevabilité basés sur l'absence dans la procédure de plusieurs administrateurs de F, et a ordonné aux parties de conclure suivant l'échéancier leur soumis.

Instance d'appel

Par exploit d'huissier de justice du 19 mai 2021, A a interjeté appel contre ce jugement.

° L'appelant A conclut, par réformation, à voir dire que la nullité de l'assignation introductive des parties BDE, nullité prononcée suivant le jugement du 21 juin 2019, en ce qu'elle a été dirigée contre certains des administrateurs a pour conséquence l'irrecevabilité de l'action et des demandes des parties BDE tel qu'introduites par exploit d'huissier de justice du 20 janvier 2015.

Il sollicite en outre l'allocation d'une indemnité de procédure de 10.000 euros pour l'instance d'appel.

° Les parties intimées, la société F et H, I, ainsi que L, concluent également à la réformation du jugement déféré.

Elles sollicitent, chacune, l'allocation d'une indemnité de procédure, L concluant en outre à la condamnation des parties BDE à lui payer le montant de 5.000 euros au titre d'honoraires d'avocat, sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil.

° Les parties intimées BDE concluent à la confirmation du jugement déféré.

Elles sollicitent en outre l'octroi d'une indemnité de procédure de 15.000 euros pour l'instance d'appel.

° L'intimé J est décédé.

° L'intimé K n'a pas constitué avocat.

Il convient, dès lors, en premier lieu, d'analyser les significations faites à la partie K.

Quant à l'acte d'appel, il résulte de l'attestation/certificate du 17 juin 2021 que « *the document has been served the 28-05-2021 at, in accordance with the following particular method, The documents were served by posting them through the defendant's letterbox. This method is good service under rule 6.3 (1) (c) of the Civil Procedure Rules of England and Wales* ».

Quant à l'acte de réassignation, il résulte de l'attestation/ certificate du 29 septembre 2022 que « *the document has not been served, by reason of the following facts: it is an empty building and is undergoing construction* ».

Il s'ensuit que les démarches effectuées par l'appelant en vue de la réassignation de K n'ont pas été utiles.

L'acte de réassignation n'ayant pas été valablement signifié à K, la procédure de l'article 84 du Nouveau Code de procédure civile n'a partant pas été valablement suivie.

Il s'ensuit que l'appel en ce qu'il est dirigé contre K doit être déclaré irrecevable.

Bref résumé des faits, tel que présenté par l'appelant et les intimés F et H

Les parties BDE étaient détenteurs de 12,52 % des actions de F (anciennement G ou OPG), elle-même actionnaire majoritaire à 88,22 % d'Q, actuellement O, active dans le domaine immobilier.

Le conseil d'administration de F était composé de 9 membres : M, A, N, H, I, J, S, K et L.

S représentait les parties BDE au sein du conseil d'administration et ensemble avec K et L, ils représentaient les intérêts des actionnaires minoritaires.

A l'occasion d'un conseil d'administration tenu le 27 novembre 2013, prorogé au 29 novembre 2013, il a été statué, entre autres, sur l'augmentation du capital d'Q, par l'émission de nouvelles actions pour un montant maximal de 100 millions d'euros à 0,47 euros l'unité.

Cette démarche a suscité les protestations de plusieurs administrateurs, mais une émission de 114.600.000 nouvelles actions dans Q a néanmoins été décidée, portant le nombre d'actions de 230.056.445 à 344.656.445.

Le 2 décembre 2013, Q a annoncé l'augmentation du capital pour un montant maximal de 100 millions d'euros.

Toutes les actions nouvellement émises ont été souscrites au prix de 0,47 euros l'unité par la société de droit tchèque T, dont A est actionnaire.

Par cette opération, la participation de F dans Q est passée de 88,22 % à 65,25 %.

Lors de l'assemblée générale des actionnaires de F du 6 janvier 2014, N, L, S et K ont été révoqués de leurs fonctions.

Les parties BDE ont, depuis, revendu leurs participations dans CPI.

Appréciation de la Cour

- Quant au moyen soulevé par L concernant les conséquences du décès de J

L entend voir dire, « à titre principal, que le décès de J fut valablement notifié, partant déclarer que les actes de procédure intervenus postérieurement à la notification du décès de J sont nuls et de nul effet, notamment les jugements des 21 juin 2019 et 4 décembre 2020, et a fortiori l'acte d'appel du 19 mai 2021 et partant voir renvoyer les parties devant le tribunal statuant dans l'affaire portant le numéro 171053 du rôle ».

A titre subsidiaire, L entend voir dire que « le décès de J fut valablement notifié le 2 mars 2022, partant déclarer que les actes de procédure intervenus postérieurement à cette notification sont nuls et de nul effet, partant interrompre l'instance, et inviter l'appelant à procéder à une reprise d'instance par assignation des héritiers de J », à titre plus subsidiaire, « dire que le décès de J ne fut pas valablement notifié et inviter les parties à prendre position sur la question des conséquences de ce décès avant toute décision au fond, sinon inviter le litismandataire de J de notifier valablement le décès de ce dernier ».

En tout état de cause, voire dire que « la nullité sinon l'irrecevabilité de l'assignation du 20 janvier 2015 dirigée contre M, N et R entraîne la nullité des assignations dirigées contre l'ensemble des parties défenderesses, partant dire l'assignation du 20 janvier 2015 dirigée contre L irrecevable ».

L se prévaut des dispositions de l'article 488 du Nouveau Code de procédure civile qui énonce :

« Dans les affaires qui ne seront pas en état, toutes procédures faites postérieurement à la notification de la mort de l'une des parties seront nulles; il ne sera pas besoin de signifier les décès, démissions, interdictions ni destitutions des avocats; les poursuites faites et les décisions obtenues depuis seront nulles, s'il n'y a constitution de nouvel avocat ».

Il est admis que la notification du décès d'une partie peut être faite par l'avocat de la personne décédée à l'avocat de la partie adverse.

L'intimé L entend se prévaloir des courriers du mandataire des parties BDE des 2 mars 2022 et 15 avril 2022, pour en conclure que le décès de J a été valablement notifié par conclusions de son litismandataire déjà en première instance. Il estime que les procédures faites postérieurement à la notification du décès sont nulles de plein droit, de sorte qu'il y aurait lieu de déclarer les jugements des 21 juin 2019 et 4 décembre 2020 ainsi que l'acte d'appel nuls.

La Cour relève que nonobstant la question de savoir à quel moment le décès de J a été régulièrement notifié aux parties BDE, selon L avant le jugement du 21 juin 2019, la nullité des jugements des 21 juin 2019 et 4 décembre 2020, sinon des actes de procédure faits depuis le 2 mars 2022, ne saurait être invoquée par L, co-défendeur en première instance et co-intimé de feu J, dans la mesure où une telle nullité, qui est une nullité relative, ne saurait être invoquée que par les héritiers, créanciers et ayants-cause de ce dernier (dans ce sens Th. Hoscheit, Le droit judiciaire privé, 2^{ème} édition, n° 936).

Il n'y a partant pas lieu à annulation des jugements des 21 juin 2019 et 4 décembre 2020, ni des actes de procédure postérieurs.

Le moyen, ayant été soulevé par l'intimé L, est dans les débats, et il était loisible aux autres parties de prendre position, de sorte qu'il n'y a pas lieu non plus de faire droit à la demande subsidiaire tendant à inviter ces dernières de ce faire.

Ce moyen soulevé par L est partant inopérant.

- Quant au moyen des parties intimées tendant à l'irrecevabilité des demandes des parties BDE tenant de l'absence de la mise en cause de l'intégralité des administrateurs de F

L'appelant A conclut, par réformation du jugement entrepris, à voir dire que la nullité de l'assignation introductive des parties BDE en ce qu'elle a été dirigée contre M, N et R, a pour conséquence l'irrecevabilité de l'action et des demandes des parties BDE, telles qu'introduites par exploit d'huissier de justice du 20 janvier 2015.

Il réitère son moyen tiré de l'absence de logique juridique de l'ordre de subsidiarité choisi par les parties BDE et qui devait entraîner l'irrecevabilité de leur action.

Ainsi les parties BDE auraient pris le choix d'un ordre de subsidiarité consistant à demander à titre principal à ce que la responsabilité des administrateurs soit retenue pour prétendues irrégularités commises dans le cadre de l'adoption des résolutions litigieuses et à se voir indemniser du préjudice prétendument subi de ce fait, mais à titre subsidiaire seulement elles concluraient à la nullité desdites résolutions.

Or, l'examen de la responsabilité des administrateurs en raison de telles prétendues irrégularités commises impliquerait que soit analysé au préalable la régularité des résolutions prises par le conseil d'administration, soit la demande en nullité desdites résolutions. Cette demande en nullité requerrait, en tant que source de responsabilité des administrateurs, que tous les administrateurs ayant adopté les décisions litigieuses soient mis en cause. Les demandes principale et

subsidaire seraient intimement liées et ne sauraient être analysées et jugées séparément.

Il y aurait par ailleurs violation des droits de la défense des administrateurs qui ne figurent pas en la cause.

Ce serait encore à tort que le tribunal ait rejeté le moyen tiré de la théorie de l'estoppel. Les parties BDE ayant attiré en justice dans le cadre de leur assignation introductive d'instance tous les administrateurs concernés par les résolutions litigieuses, et ayant réassigné les parties M et N en 2015 et 2019, elles auraient affiché une volonté et position claire qu'il était requis et indispensable que celles-ci figurent à la cause et que partant tous les administrateurs concernés en charge à l'époque devaient figurer à la procédure. Or, en 2020, les parties BDE auraient soudainement changé de position et auraient estimé qu'il n'était plus nécessaire de mettre en cause les parties M et N.

L'appelant fait encore grief au tribunal d'avoir rejeté le moyen de l'irrecevabilité de la demande en annulation des résolutions du conseil d'administration et de l'assemblée générale, dès lors qu'il serait de jurisprudence constante que le demandeur à une action en nullité d'une délibération d'un organe social devrait mettre à la cause « *tous ceux qui veulent faire usage de la délibération litigieuse et la société elle-même* », ce afin de permettre à chaque partie intéressée de faire valoir ses moyens de défense concernant la validité des décisions litigieuses, une telle action étant susceptible de leur causer grief.

L'appelant critique encore la juridiction de première instance en ce qu'elle a considéré que l'actuel article 100-22 (3) de la Loi de 1915, introduit par la loi du 10 août 2016, entrée en vigueur le 23 août 2016, soit postérieurement aux résolutions litigieuses et à l'action des parties BDE qui remonte au 25 janvier 2015, soit applicable.

Ce serait à tort que le tribunal ait considéré ladite disposition comme règle de procédure qui s'appliquerait aux situations juridiques en cours et qui régulariserait ex post une éventuelle irrecevabilité. Cette loi constituerait une loi sur le fonctionnement des sociétés commerciales et aucune application immédiate ne saurait être retenue.

Il estime encore que dès lors que les résolutions d'un conseil d'administration d'une société anonyme seraient mises en cause dans le cadre d'une action en nullité, non seulement la société devrait être partie à l'instance, mais également les administrateurs en charge ayant adopté les résolutions en question. Il s'agirait du corollaire du principe de collégialité d'un conseil d'administration et d'une question élémentaire des droits de la défense.

Les intimés F et H concluent également à la réformation du jugement déféré, en discutant la motivation par laquelle le tribunal a rejeté leurs moyens présentés en première instance.

Ils considèrent que lorsqu'une personne intente une action qui tend à remettre en cause la validité d'une délibération d'une assemblée générale ou d'un conseil d'administration, comme c'est le cas en l'espèce, elle devrait mettre en cause la société ainsi que les actionnaires ou administrateurs concernés par cette délibération sous peine d'irrecevabilité de la demande.

L'éventuel constat d'une illégalité des décisions sociales litigieuses constituerait le fait générateur de la responsabilité recherchée par les parties BDE. Ce ne serait que si les décisions sociales litigieuses encourent l'annulation que le fait générateur du prétendu préjudice pourrait être établi.

L'ordre de subsidiarité présenté par les parties demanderesses à l'instance n'aurait pas de caractère impératif et le juge ne serait pas obligé de suivre l'ordre indiqué par les parties.

Les intimés estiment encore que la faute de régularité devrait être établie au préalable, pour pouvoir raisonner sur le terrain de la responsabilité solidaire des administrateurs, de sorte qu'il faudrait mettre à la cause les dirigeants et actionnaires impliqués dans cette décision sous peine d'irrecevabilité de la demande.

Le jugement ne tiendrait pas compte de la logique de l'article 441-9 de la Loi de 1915 qui serait d'établir, dans un premier temps, une faute de régularité engageant solidairement la responsabilité de l'ensemble des administrateurs, qui peuvent démontrer, dans un second temps, qu'ils ne sauraient être tenus solidairement de la réparation du prétendu préjudice. Le principe applicable en droit des sociétés qui voudrait que toutes les parties concernées par une décision soient mises à la cause en cas de litige relatif à une décision ne ferait pas obstacle à l'application des règles de la solidarité.

Ce serait encore à tort que le tribunal a retenu que les administrateurs auraient la possibilité de faire valoir leurs moyens relatifs à l'absence de faute dans le cadre d'une éventuelle action récursoire engagée par les coresponsables à leur égard. Le jugement de première instance aurait, de ce fait, opéré une confusion entre l'obligation à la dette et la contribution à la dette. La division entre obligation à la dette et contribution à la dette ne serait préservée que dans le cas où l'ensemble des administrateurs serait représenté à une action tendant à engager leur responsabilité sur base de l'article 441-9 de la Loi de 1915, ce ne serait que dans ce cas que le « *périmètre de la solidarité exacte* » entre les différents administrateurs pourrait être déterminé. Un administrateur non représenté à la présente instance ne pourrait échapper ultérieurement, au stade de la contribution à la dette, à son

obligation à la dette, de sorte qu'il y aurait atteinte aux droits de la défense.

Le tribunal aurait considéré à tort, que les administrateurs non représentés seraient adéquatement défendus par les administrateurs présents et que ces derniers pourraient apporter tant l'absence de leur propre faute que celle d'un administrateur non représenté à l'instance. Une telle appréciation porterait atteinte au caractère équitable du procès consacré par l'article 6 de la CEDH, de même qu'aux articles 63 et 65 du Nouveau Code de procédure civile consacrant le principe du contradictoire. Les administrateurs non représentés seraient privés d'un débat contradictoire ce qui leur porterait préjudice.

De même, l'absence de mise en cause de l'ensemble des administrateurs, et a fortiori de celui à l'encontre duquel les allégations de fautes de régularité sont dirigées, mettraient les concluants dans une situation de net désavantage « *par rapport aux défendeurs en première instance* ».

Les intimés font en outre grief au tribunal d'avoir rejeté leur moyen tiré de la théorie de l'estoppel. Le jugement aurait correctement exposé les principes applicables mais en aurait tiré les mauvaises conclusions. En assignant les parties M et N, les parties BDE auraient manifesté leur volonté d'assigner tous les administrateurs, pour prétendre par la suite, dans leurs conclusions du 7 janvier 2020, que tel n'était plus nécessaire. Ce comportement contraire à leur attitude et dires antérieurs devrait entraîner l'irrecevabilité de leur demande.

Ils critiquent encore le raisonnement des juges de première instance en ce qui concerne l'application de la loi nouvelle dans le temps et du rapprochement fait par le tribunal entre le nouvel article 100-22 de la Loi de 1915 et la qualité à agir qui serait infondé. Le nouvel article 100-22 exprimerait une règle particulière que le demandeur à l'instance devrait respecter pour que son action soit recevable, et serait à rattacher aux irrecevabilités procédurales.

L'action des parties BDE aurait été intentée par assignation du 20 janvier 2015, soit à une époque où le principe exprimé par l'actuel article 100-22 de la Loi de 1915 ne s'appliquait pas, époque où l'action des parties BDE devait être intentée contre les administrateurs ou les actionnaires ayant participé aux décisions litigieuses sous peine d'irrecevabilité.

En outre, même l'article 100-22 de la Loi de 1915 ne régirait pas la demande en nullité des décisions d'un conseil d'administration.

Finalement, les intimés font valoir que le tribunal aurait, de facto, caractérisé une absence de leur intérêt à agir, or il reviendrait aux juges du fond de tirer les conséquences légales qui découlent de leurs propres constatations de fait.

L réitère le moyen tiré de la théorie de l'estoppel, et relève que c'étaient les administrateurs S, K et lui-même, qui auraient émis des protestations, de sorte que les parties BDE n'auraient aucun intérêt à l'assigner.

I se rallie tant aux conclusions et demandes présentées par l'appelant tendant à réformer le jugement entrepris en ce qu'il a rejeté les moyens d'irrecevabilité soulevés, qu'aux moyens développés par les parties A, F, H et L.

Il estime que le tribunal, tout en ayant correctement rappelé qu'en application d'une jurisprudence constante, il était admis que dans les actions tendant à remettre en cause la validité d'une délibération d'une assemblée générale devaient être mis en cause non seulement la société, mais également les actionnaires concernés par cette délibération, sous peine d'irrecevabilité, aurait dû appliquer cette jurisprudence sous peine de mettre à néant les droits acquis des parties au jour de l'action en nullité. La recevabilité d'un acte de procédure serait déterminée en fonction et en conformité avec la loi applicable au moment de cet acte.

La Cour tient à rappeler les dispositions de l'article 441-9 de la Loi de 1915, invoqué à l'appui de leur demande principale par les parties BDE, et qui se lit comme suit :

« 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 en ont eu connaissance ».

Afin de déterminer si la demande en responsabilité des administrateurs peut être valablement tranchée sans qu'il ne soit au préalable statué sur la demande en nullité des résolutions prises en conseil d'administration et en assemblée générale, le tribunal a retenu à bon droit que dans la mesure où la responsabilité des dirigeants peut être engagée à l'égard des tiers, qui peuvent n'avoir aucun intérêt à voir annuler des résolutions des organes de la société, même si celles-ci peuvent être à l'origine de préjudices dans leur chef, l'annulation préalable des décisions susceptibles d'engager la responsabilité de ceux qui les ont prises, n'est pas juridiquement obligatoire, de sorte que la recevabilité des différentes demandes doit être analysée suivant la spécificité de chacune d'elles.

En outre, l'ordre de subsidiarité de la demande des parties BDE ne manque pas de logique dans la mesure où l'annulation des différentes décisions dont elles contestent la régularité, n'est pas forcément susceptible de réparer le préjudice causé, tandis que leur action en responsabilité, dans l'hypothèse où l'augmentation de capital serait qualifiée de contraire aux lois et aux statuts, est susceptible, le cas échéant, de les voir indemniser de leur préjudice éventuel en résultant.

Il est certes vrai que l'analyse de la validité des résolutions de l'assemblée générale voire du conseil d'administration s'impose afin qu'une responsabilité des administrateurs puisse être retenue, cette analyse n'implique pas pour autant que la demande en nullité desdites résolutions doive nécessairement être prononcée.

En ce qui concerne la solidarité entre administrateurs pour fautes de régularité (alinéa 2 de l'article 441-9 de la Loi de 1915), le tribunal a correctement relevé que la charge de la preuve de l'absence de faute et de la dénonciation incombe aux administrateurs qui peuvent, chacun individuellement, se décharger de la responsabilité solidaire pesant sur eux par l'absence de faute dans leur chef.

L'article 1203 du Code civil permet au créancier d'une obligation solidaire de s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir, sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de division. Il peut agir à la fois contre tous les codébiteurs, mais il n'est pas tenu, lorsqu'il poursuit un codébiteur, de mettre en cause les autres.

Le tribunal a, par des motifs exhaustifs que la Cour fait siens, relevé que chacun des codébiteurs peut être contraint pour la totalité de la dette, sans qu'il puisse demander ni la mise en cause de ses codébiteurs, ni la division de la dette (Cass. 1^{re} civ. 28 juin 2007, n° 05-20.527 : JurisData n° 2007-039788).

Le créancier d'une obligation solidaire est toujours en droit de n'engager des poursuites qu'à l'égard de l'un ou de l'autre des codébiteurs, sans avoir à justifier son choix et il appartient le cas échéant aux défendeurs de mettre en intervention leurs codébiteurs solidaires, s'ils estiment que les droits de la défense des parties absentes du litige ne sont pas garantis. De même, les codébiteurs non poursuivis peuvent intervenir à l'instance s'ils le souhaitent (Cass. com., 18 mars 1980, n° 78-14.029 : Bull. civ. IV, n° 129. – CA Bordeaux, 19 août 1826 : DP 1830, 2, p. 46 ; Dalloz, jurispr. gén., t. 39, V° Rente viagère, n° 133. – CA Paris, 17 avr. 1992 : JCP G 1993, II, 22019, note D. Legeais ; RTD civ. 1993, n° 8, p. 127, obs. J. Mestre).

La solidarité n'affecte en effet que l'obligation à la dette envers le créancier ; elle ne modifie pas la part contributive de chaque codébiteur, qui pourra donc, s'il a payé plus que sa part, se retourner contre les autres.

L'administrateur qui aura dédommagé le créancier pourra agir contre les autres pour récupérer leur contribution à la dette chacun selon sa part (article 1213 du Code civil).

Les règles de la solidarité ont dès lors été correctement exposées par le tribunal.

Concernant l'argumentation d'une violation des droits de la défense, il convient de relever que la preuve par chacun des administrateurs de l'absence de faute dans son chef peut être rapportée dans la présente instance par les administrateurs mis en cause qui peuvent faire valoir des moyens de défense et des exceptions qui leur sont propres, alors que ceux qui ne figurent pas à la présente instance auront la possibilité de faire valoir leurs moyens dans le cadre d'une éventuelle action récursoire engagée par les coresponsables solidaires à leur égard.

L'application des principes de la solidarité tels que régis par les articles 1302 et suivants du Code civil, exposés ci-avant, ne porte pas atteinte ni au caractère équitable du procès consacré par l'article 6 de la CEDH, ni aux articles 63 et 65 du Nouveau Code de procédure civile consacrant le principe du contradictoire, les codébiteurs/administrateurs non représentés n'étant pas privés d'un débat contradictoire dans le cadre d'une action récursoire éventuelle, étant précisé en outre à ce sujet que nul ne plaide par procureur.

Il était loisible aux parties intimées de mettre en intervention les administrateurs non représentés s'ils devaient estimer que leur absence mette en péril leurs droits de la défense.

Les parties intimées F et H estiment encore que l'absence de mise en cause de l'ensemble des administrateurs, et a fortiori de celui à l'encontre duquel les allégations de fautes de régularité seraient dirigées, mettraient les concluants dans une situation de net désavantage « *par rapport aux défendeurs en première instance* ».

La Cour ne conçoit cependant pas non plus, en vertu de l'application des règles de la solidarité, que les parties F et H devaient se trouver dans une situation de net désavantage par rapport aux défendeurs en première instance.

Il s'ensuit que la nullité de l'assignation en ce qu'elle a été dirigée contre les parties M et N, de même que la nullité de l'acte d'appel en ce qu'il a été dirigé contre la partie K, n'ont pas d'incidence sur la recevabilité de l'action dirigée contre les parties toujours présentes à l'instance et tendant à voir engager leur responsabilité.

La partie appelante et les parties intimées F, H et L critiquent encore le tribunal d'avoir écarté l'irrecevabilité de la demande des parties BDE en application de la théorie de l'estoppel.

La demande des parties BDE serait incohérente en ce que ces dernières auraient estimé, au moment de l'introduction de leur demande, que tous les administrateurs devaient figurer dans la cause pour ensuite considérer que la présence de tous les administrateurs n'était pas requise.

Tel que l'a relevé à juste titre la juridiction de première instance, l'estoppel est une fin de non-recevoir fondée sur l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, autrement qualifiée d'exception d'indignité ou principe d'incohérence, tirée d'une sorte de morale ou de bonne foi procédurale. Ce principe s'oppose ainsi à ce qu'une partie puisse invoquer une argumentation contraire à celle qu'elle a avancée auparavant (Juris Classeur, procédure civile, Moyens de défense – Règles générales, fasc.128, n°75).

Le principe de l'estoppel concerne essentiellement les relations contractuelles et il implique que deux éléments au moins soient réunis: il faut que dans un même litige opposant les mêmes parties, il y ait, d'une part, un comportement sans cohérence de la partie qui crée une apparence trompeuse et revient sur sa position qu'elle avait fait valoir auprès de l'autre partie, trompant ainsi les attentes légitimes de cette dernière et, d'autre part, un effet du changement de position pour l'autre partie, qui est conduite elle-même à modifier sa position initiale du fait du comportement contradictoire de son adversaire qui lui porte préjudice.

Ces deux conditions doivent être réunies pour que l'on puisse faire application de l'estoppel, car il ne peut être question d'empêcher toutes les initiatives des parties et de porter atteinte au principe de la liberté de la défense, ni d'affecter la substance même des droits réclamés par un plaideur, en demandant au juge de devenir le censeur de tous les moyens et arguments des parties.

La Cour, à l'instar de la juridiction de première instance, se doit de constater que les demandes des parties BDE sont, en substance, restées inchangées, à la seule différence qu'en raison des nullités prononcées par le tribunal concernant les assignations dirigées contre certaines des parties, celles-ci ne figurent plus à l'instance.

Les parties BDE n'ont, par ailleurs, à aucun moment, défendu la thèse suivant laquelle la présence de tous les administrateurs dans la procédure constituait une condition de recevabilité de l'action. Le fait d'avoir souhaité assigner tous les administrateurs, dans le but de se munir d'un maximum de chances pour parvenir à des condamnations à l'encontre des codébiteurs solidaires, n'est pas en contradiction avec la volonté des parties BDE de poursuivre leur action à l'encontre des parties valablement assignées, solidairement tenues, faute d'avoir réussi à trouver une adresse valable de certains administrateurs en vue d'une signification régulière de l'assignation.

Il s'ensuit que le moyen basé sur le principe de l'estoppel a été rejeté à bon droit par le tribunal.

Concernant les résolutions prises en assemblée générale, il n'existait pas, avant la réforme de 2016, de dispositions relatives aux nullités en matière de prise de résolution sociétaire.

Désormais, l'article 100-22 (2) de la Loi de 1915, tel qu'il a été introduit par la loi du 10 août 2016, entrée en vigueur le 23 août 2016, dispose que l'action en nullité d'une décision prise par une assemblée générale est dirigée contre la société.

Cette disposition est inspirée du droit belge (article 190bis introduit en droit belge en 1993, devenu article 64 du Code des sociétés, puis article 2:45 du CSA).

La partie appelante et les parties intimées F, H et L estiment que les dispositions de cette loi relatives aux actions en nullité contre les délibérations en assemblée générale ne sont pas applicables dans la présente instance introduite avant l'entrée en vigueur de la loi du 10 août 2016.

Les parties BDE concluent à la confirmation du jugement déferé, par adoption de ses motifs.

La juridiction de première instance a relevé à juste titre qu'aux termes de l'article 2 du Code civil, « *la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif* » ; que les lois de procédure sont, en l'absence de disposition spéciale, d'application immédiate ; et qu'en tant qu'acte de procédure saisissant un tribunal, la demande en justice est régie par la loi sous l'empire de laquelle elle est formée.

Nonobstant le principe de l'application immédiate de la loi de procédure nouvelle aux instances en cours, les actes déjà accomplis avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ne peuvent être atteints par celle-ci, à peine de rétroactivité.

Les actes irrégulièrement accomplis sous l'empire de la loi ancienne ne peuvent être régularisés ex post par la loi nouvelle plus favorable (Conflits de lois dans le temps, C. Malpel-Bouyjou, Répertoire de procédure civile/ Dalloz, n° 21 et 87).

La régularité d'un acte ou d'une conduite doit être appréciée au regard de la loi en vigueur au jour de cet acte ou de cette conduite.

D'où il résulte que l'application d'une loi nouvelle ne doit pas conduire à déclarer irrégulier (ou, au contraire, à déclarer régulier) un acte ou une conduite, antérieur à la date prévue normalement pour l'applicabilité de cette loi, et régulier (ou irrégulier) au regard de la loi ancienne.

Un acte juridique nul parce qu'il ne remplissait pas les conditions exigées par la loi en vigueur au jour de sa passation ne saurait être validé par la survenance d'une loi nouvelle plus libérale (Conflits de lois dans le temps, L. Bach, Répertoire de droit civil/ Dalloz, n° 257 1 et 87).

Tel que relevé ci-avant, il n'existait pas, avant la réforme de 2016, de dispositions relatives aux nullités des résolutions prises en assemblée générale.

Bien que la jurisprudence antérieure à la loi du 10 août 2016 ait admis que dans les actions tendant à remettre en cause la validité d'une délibération d'une assemblée générale devaient être mis en cause non seulement la société, mais également les actionnaires concernés par cette délibération, sous peine d'irrecevabilité, la Cour ne suit pas cette jurisprudence, qui, par la suite, en 2016, a trouvé un terme par l'introduction d'une disposition légale, en l'occurrence, l'article 100-22 (2) précité.

La société étant la principale intéressée dans l'action en nullité, l'absence de mise en cause d'autres personnes, telles que les actionnaires ou la gérance, n'est pas une cause d'irrecevabilité, tant que l'action en nullité a été dirigée contre la société (A. Steichen : Précis de droit des sociétés ; 6e éd. n° 259, p. 206 en se référant à une jurisprudence du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 7 décembre 2016).

La Cour fait sien ce raisonnement et en fait application dans le cas d'espèce.

Le moyen d'irrecevabilité tenant de l'absence des administrateurs M et N est partant à rejeter.

Concernant les résolutions prises par le conseil d'administration, c'est à juste titre que la juridiction de première instance a relevé que la réforme de 2016 ne traite que des annulations de résolutions adoptées en assemblée générale des actionnaires/associés.

Aucune disposition de la Loi de 1915, ni antérieurement à la réforme de 2016, ni même depuis lors, ne définit les règles applicables en matière d'annulation des résolutions prises lors des réunions du conseil d'administration.

Or, il n'est pas concevable que les résolutions de l'organe de gestion échappent simplement à toute procédure d'annulation.

Comme le souligne la doctrine, les décisions irrégulièrement adoptées par cet organe sont susceptibles de causer autant de dommages, si ce n'est pas plus, que celles adoptées en assemblée (A. Steichen, Précis de Droit des Sociétés, 6ème édition, n° 917, p. 672).

En droit belge, qui tient de source d'inspiration au droit des sociétés au Luxembourg, le législateur était intervenu en 1993 en introduisant des dispositions législatives énumérant les causes de nullité des décisions des assemblées générales sans cependant prévoir de disposition spécifique régissant la nullité des décisions des autres organes de la société. Il a été retenu que les principes consacrés par l'article 64 du Code des sociétés (à l'instar de l'article 100-22 de la Loi de 1915) s'appliquent par analogie aux décisions des autres organes de la société.

La Cour se rallie encore au courant doctrinal qui relève qu'il n'y a aucune raison de faire des raisonnements différents, selon que l'opération est décidée par la gérance ou l'assemblée : elle est à annuler sur base des mêmes principes (A. Steichen, Les nouvelles règles communes à l'ensemble des sociétés, page 265).

Il convient dès lors de retenir une application par analogie des principes retenus ci-avant aux résolutions adoptées en conseil d'administration.

Tout comme pour l'assemblée générale, la société est la principale intéressée en cas d'annulation des décisions du conseil d'administration, de sorte que l'action peut être dirigée valablement contre la société seule.

Le moyen d'irrecevabilité est partant également à rejeter à cet égard.

La partie intimée I évoque encore que la jurisprudence antérieure à la réforme de 2016 était d'application en 2015, « *de sorte qu'elle doit s'appliquer à la présente procédure sous peine de mettre à néant les droits acquis des parties au jour de l'introduction de l'action* ».

Dans la mesure où ce moyen n'est pas autrement développé, et que la jurisprudence est susceptible d'évoluer dans le temps, ce moyen est inopérant.

Les parties intimées F et H font encore valoir que le tribunal aurait, de facto, caractérisé une absence de l'intérêt à agir des parties BDE, or il reviendrait aux juges du fond de tirer les conséquences légales qui découlent de leurs propres constatations de fait.

Le moyen soulevé par ces parties intimées procède néanmoins d'une lecture erronée des développements des juges de première instance qui ont estimé, dans le cadre de l'argumentation relative à l'ordre de subsidiarité des demandes des parties BDE, que ces dernières peuvent ne pas avoir un intérêt à voir annuler des résolutions adoptées par l'assemblée générale et/ou le conseil d'administration, ce constat s'étant inscrit dans le débat relatif à la nécessité ou non de solliciter, préalablement à leur demande en responsabilité des administrateurs

et en dommages et intérêts, la nullité des délibérations des organes de la société.

Le moyen tiré du défaut d'intérêt à agir des parties BDE n'est partant pas fondé.

Il s'ensuit que le jugement déféré est à confirmer, quoique partiellement pour d'autres motifs.

- Quant aux demandes accessoires

Au vu de l'issue de l'appel, la demande de A en allocation d'une indemnité de procédure n'est pas fondée.

La condition d'iniquité n'étant pas remplie, les demandes respectives des parties BDE, F, H, I et L en octroi d'une indemnité de procédure ne sont pas fondées non plus.

L sollicite en outre la condamnation des parties BDE à lui payer le montant de 5.000 euros au titre de frais d'avocat déboursés, alors qu'il devrait se défendre contre l'action des parties BDE qui « *savaient pertinemment que les demandes en réparation ne sauraient être valablement formées à son encontre* ».

Il y a lieu de rappeler que les frais et honoraires d'avocat peuvent donner lieu à indemnisation sur base de la responsabilité civile de droit commun en dehors de l'indemnité de procédure. Dans son arrêt du 9 février 2012, la Cour de Cassation a, en effet, retenu que les frais non compris dans les dépens, donc également les honoraires d'avocat, constituent un préjudice réparable sur base de la responsabilité pour faute des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Outre qu'un comportement fautif dans le chef des parties BDE n'est pas établi, L ne verse aucune pièce justificative quant à des frais d'avocat déboursés, de sorte que les conditions de la responsabilité délictuelle ne sont pas remplies.

La demande en remboursement de frais d'avocat est partant non fondée.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement à l'encontre des parties B LTD, D, LP, E, A, F SA, H, I et L,

déclare l'appel irrecevable en ce qu'il est dirigé contre K,

rejette le moyen tiré de la violation de l'article 488 du Nouveau Code de procédure civile,

rejette tous les moyens d'irrecevabilité soulevés,

dit l'appel non fondé,

confirme le jugement entrepris, quoique partiellement pour d'autres motifs,

dit les demandes des parties respectives en allocation d'une indemnité de procédure non fondées,

dit la demande de L en remboursement de frais d'avocat non fondée,

condamne A aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de la société Clifford Chance et de la société Pierre Thielen Avocats, sur leurs affirmations de droit.