

Arrêt civil

Audience publique du 15 juillet deux mille trois

Numéros 25282 et 25348 du rôle.

Composition:

Eliette BAULER, président de chambre;
Marie-Anne STEFFEN, conseiller;
Eliane EICHER, conseiller;
Martine SOLOVIEFF, avocat général;
Daniel SCHROEDER, greffier.

D) E n t r e :

1. la société anonyme ARDENIA, en faillite, ayant eu son siège social à L-2320 Luxembourg, 43, bd. de la Pétrusse, actuellement établie auprès de la Compagnie Fiduciaire, rue Richard Coudenhove-Kalergi, L-1359 Luxembourg, représentée par ses curateurs actuellement en fonctions,

2. la société à responsabilité limitée ARDENIA UNDERWRITING MANAGEMENT, en faillite, ayant eu son siège social à L-2320 Luxembourg, 43, bd. de la Pétrusse, actuellement établie auprès de la Compagnie Fiduciaire, rue Richard Coudenhove-Kalergi, L-1359 Luxembourg, représentée par ses curateurs actuellement en fonctions,

3. Maître Paul MOUSEL, avocat à la Cour, demeurant à L-1717 Luxembourg, 8-10, rue Mathias Hardt, agissant en sa qualité de curateur de la faillite des requérantes sub 1 et 2,

4. A.), réviseur d'entreprises, demeurant à L-(...),

appelants aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Georges NICKTS de Luxembourg, en date du 30 avril 1999,

comparant par Maître Paul MOUSEL, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1. la société civile KPMG Audit, anciennement dénommée KPMG Peat Marwick Inter-Revision, établie et ayant son siège social à L-2520 Luxembourg, 31, Allée Scheffer, représentée par ses gérants actuellement en fonctions,

2. B.), réviseur d'entreprises, demeurant à L-(...),

3. C.1.), demeurant à D-(...), en sa qualité d'héritière de feu le sieur **D.)**, décédé le 3 février 1993 à Luxembourg,

4. C.2.), demeurant à D-(...), en sa qualité d'héritière de feu le sieur **D.)**, décédé le 3 février 1993 à Luxembourg,

5. C.3.), demeurant à D-(...), en sa qualité d'héritier de feu le sieur **D.)**, décédé le 3 février 1993 à Luxembourg,

intimés aux fins du susdit exploit NICKTS du 30 avril 1999,

comparant par Maître André ELVINGER, assisté de Maître Marc ELVINGER, avocats à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

II) E n t r e :

1. la société civile KPMG Audit, anciennement dénommée KPMG Peat Marwick Inter-Revision, établie et ayant son siège social à L-2520 Luxembourg, 31, Allée Scheffer, représentée par ses gérants actuellement en fonctions,

2. B.), réviseur d'entreprises, demeurant à L-(...),

3. C.1.), demeurant à D-(...), en sa qualité d'héritière de feu le sieur **D.)**, décédé le 3 février 1993 à Luxembourg,

4. C.2.), demeurant à D-(...), en sa qualité d'héritière de feu le sieur **D.)**, décédé le 3 février 1993 à Luxembourg,

5. C.3.), demeurant à D-(...), en sa qualité d'héritier de feu le sieur **D.),** décédé le 3 février 1993 à Luxembourg,

demandeurs aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch/Alzette, en date du 12 mai 1999,

comparant par Maître André ELVINGER, assisté de Maître Marc ELVINGER, avocats à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

e t :

1. la Compagnie Fiduciaire, société civile, établie et ayant son siège social à L-1528 Luxembourg, 5, bd. de la Foire,

défenderesse aux fins du susdit exploit STEFFEN du 12 mai 1999,

comparant par Maître André LUTGEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

2. A.), réviseur d'entreprises, demeurant à L-(...),

défendeur aux fins du susdit exploit STEFFEN du 12 mai 1999,

comparant par Maître René FALTZ, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Aux termes d'une lettre du 3 juillet 1992, COMPAGNIE FIDUCIAIRE S.C. adresse à la société de réassurance ARDENIA S.A. un courrier, dont l'extrait suivant :

« Please find enclosed a draft of our auditor's report and of the financial statements to which it relates of Ardenia S.A. as at December 31, 1990 ... ».

L'extrait dudit « auditor's report » daté du 14 juin 1991, comporte l'extrait suivant :

« ... The Company's recurring losses from operations raise substantial doubt about its ability to continue as a going concern ».

« Negotiations are currently underway for the sale and/or reorganisation of the company during 1991, and the company is not expected to continue under its present form and/or ownership ». « ... ».

Aux termes d'un « Heads of Agreement » du 3 juillet 1992, INVESTMENTS INTERNATIONAL (1990) LIMITED, une société des Bahamas, **E.)** and **F.)**, y désignés comme « the New Investors », s'engagent envers ARDENIA S.A. comme suit:

« 4.3. The New Investors shall, as soon as possible but not later than 30 December 1992, contribute to the Company property having a value of not less than US\$ 20,000,000 in exchange for shares in the capital of the company... ».

« 4.4. ... the New Investors shall, ..., contribute to the Company the entire issued share capital of the following companies : »

« (a) Fidelity General Insurance Company Limited, ... Bahamas »

« (b) Churchill International Fund Limited, ... Bahamas »

« (c) Paradigm Resource Corporation, ... Delaware ».

Dans le cadre de cette augmentation de capital à concurrence de \$ 20.000.000.-, le réviseur d'entreprises KPMG Peat Marwick Inter-Revision établit le 29 juillet 1992 à la demande du conseil d'administration de ARDENIA S.A. un rapport tel que prévu par les articles 26-1 et 32-1 de la loi modifiée concernant les sociétés commerciales du 15 août 1915 en cas d'augmentation de capital par une société anonyme moyennant des apports autres qu'en numéraire.

Ce rapport du 29 juillet 1992 du réviseur d'entreprise KPMG Peat Marwick Inter-Revision, signé par ses associés-gérants **B.)** et **D.)**, est de la teneur suivante :

« In accordance with your instructions, we have prepared this report on the issuance of 10.000.000 shares by Ardenia S.A. for non-cash consideration which will consist of 1000 shares in Paradigm Resource Corporation (a Delaware company), 5000 shares in Fidelity General Insurance Company and 5000 shares in Churchill International Fund Limited (both Bahamian companies). ... ».

« CONSIDERATION OFFERED »

« The proposed transaction requires the issuance of 10.000.000 fully paid shares of par value USD 2 each (i.e. a total of USD 20.000.000) by Ardenia S.A. in exchange for a non-cash consideration of fully paid shares of par value ».

« USD 1 each in Paradigm Resource Corporation
BHD 1 each in Fidelity General Insurance Company Limited
BHD 1 each in Churchill International Fund Limited ».

« (BHD 1 = USD 1) ». « ... ».

« METHOD OF VALUATION OF THE CONSIDERATION »

« The value of the shares to be acquired has been determined by the Directors of Ardenia S.A. as the number of the shares to be acquired (being 1000 shares in Paradigm Resource Corporation, 5000 shares in Fidelity General Insurance Company Limited and 5000 shares in Churchill International Fund Limited) at their nominal value plus the contributed surplus.

In the opinion of the directors, this valuation is reasonable as Paradigm has a net asset value of USD 18.617.500, Fidelity has a net asset value of USD of BHD 9.365.836 and Churchill has a net asset value of BHD 18.617.500 ».

« PROCEDURES PERFORMED »

« We have reviewed the basis of the Directors' valuation of the shares to be acquired in Paradigm Resource Corporation, Fidelity General Insurance Company Limited and Churchill International Fund Limited and have compared the value obtained by the Directors with the value of the consideration required for the issuance of 10.000.000 fully paid shares in Ardenia S.A., being USD 20.000.000 ».

« Such procedures do not constitute an audit of, nor an independent valuation of the shares to be acquired and consequently we express no such opinions on the value of these shares ».

« CONCLUSIONS »

« On the basis of the work we have undertaken as described above, our conclusions are as follows :

- the consideration to be received by Ardenia S.A. for the issuance of 10.000.000 fully paid shares will be 1000 fully paid shares in Paradigm Resource Corporation, 5000 fully paid shares in Fidelity General Insurance Company Limited and 5000 fully paid shares in Churchill International Fund Limited :

- the Directors of Ardenia S.A. have valued the consideration offered on the basis described in the paragraph “ Method of Valuation of the Consideration” above

- the value produced by the method of calculation used by the Director of Ardenia S.A. to value the shares to be acquired is not less than the total value of the shares to be issued and paid in Ardenia S.A. under the terms of the transaction identified above, being USD 20.000.000 ».

« This report has been prepared solely to satisfy the requirements of Articles 26-1 and 32-1(5) of the law of August 10, 1915 (as amended) and should not be reproduced, in part or in full, or distributed, except as required by the law, without our prior written consent ».

Suivant acte notarié du 12 août 1992, qui sera publié le 15 décembre 1992 au Mémorial C ARDENIA S.A. procède à ladite augmentation de capital de USD 20 millions.

Cet acte notarié se réfère expressément au rapport des réviseurs établi le 29 juillet 1992 par KPMG Peat Marwick Inter-Revision conformément à l'article 26-1. de la loi sur les sociétés commerciales en ce qu'il atteste que les nouvelles actions ont été libérées par les souscripteurs, reproduit pour le surplus le texte des conclusions de ce rapport des réviseurs parmi lesquelles celle selon laquelle « la valeur obtenue par la méthode de calcul utilisée par les administrateurs d'ARDENIA S.A. pour l'évaluation des actions à recevoir n'est pas moindre que le total de la valeur des actions à émettre et à libérer dans le capital d'ARDENIA S.A. dans les conditions des transactions définies ci-dessus, à savoir \$ US 20.000.000.- ».

Ce même 12 août 1992, KPMG Peat Marwick Inter-Revision, agissant par l'intermédiaire de **B.)** et de **D.)**, fait tenir la lettre suivante aux actionnaires de ARDENIA S.A. :

« On August 12 Ardenia increased its share capital by \$ 20.000.000. The consideration for the capital increase took the form of a contribution of assets by the new investors. In accordance with Luxembourg legal requirements we issued a report under section 26-1 of Luxembourg Company Law on the capital increase ».

Conformément à l'accord afférent lui conféré par lettre du 7 août 1992 par KPMG Peat Marwick Inter-Revision, ARDENIA S.A. intégra dans sa

brochure publicitaire la teneur de la lettre que KPMG Peat Marwick Inter-Revision avait le 12 août 1992 fait parvenir aux actionnaires de ARDENIA S.A..

Par arrêté ministériel du 16 septembre 1993, l'agrément délivré à ARDENIA S.A. pour faire des opérations de réassurance est retiré avec effet immédiat, aux motifs suivants :

« ... malgré plusieurs avertissements adressés à l'entreprise par les soins du Commissariat aux Assurances, ARDENIA S.A. n'a pas remédié ni aux problèmes d'ordre financier ni aux manquements particulièrement graves révélés par l'enquête administrative menée par le Commissariat ».

ARDENIA S.A. est déclarée en état de faillite par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 29 octobre 1993.

Par jugement du 26 novembre 1993, le même tribunal prononce la faillite de la société ARDENIA UNDERWRITING MANAGEMENT S.AR.L., en abrégé ARDENIA MANAGEMENT S.AR.L., dans laquelle ARDENIA S.A. détient 99% des parts sociales, ce jugement prononçant en outre la confusion des patrimoines et des masses des faillites ARDENIA S.A. et ARDENIA UNDERWRITING MANAGEMENT S.AR.L..

Se prévalant de ce que du fait de l'augmentation de capital du 12 août 1992, certifiée par le rapport du 29 juillet 1992 et par la lettre du 12 août 1992 de KPMG Peat Marwick Inter-Revision, ARDENIA S.A. a pu conclure en 1992 et 1993 un nombre important de contrats de réassurance, qu'il devait s'avérer par la suite que les droits d'exploitation charbonnières n'avaient pas la valeur certifiée par KPMG Peat Marwick Inter-Revision, la valeur des actions apportées à ARDENIA S.A. en 1992 étant même pratiquement nulle, que de nouvelles difficultés financières de ARDENIA S.A. en été 1993 se soldèrent par l'arrêté ministériel ci avant du 16 septembre 1993, ainsi que par les faillites de ARDENIA S.A. et de sa filiale ARDENIA UNDERWRITING MANAGEMENT S.AR.L., soutenant encore que les créances nées des contrats de réassurance conclus suite à l'augmentation de capital du 12 août 1992 constituent l'essentiel des dettes des masses, les curateurs des faillites Paul MOUSEL et A.), déclarant agir, tant pour compte des sociétés faillies que pour compte de la masse des créanciers des sociétés faillies, assignent par exploit d'huissier signifié les 11 et 12 décembre 1997 la société civile KPMG Audit, anciennement KPMG Peat Marwick Inter-Revision, B.) ainsi que C.1.), C.2.) et C.3.) en leurs qualités d'héritiers de D.), décédé le 3 février 1993, à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg afin de voir retenir sur la base des articles 1137, 1142, 1149, 1184, 1382, 1383 et 1384 du code civil leurs responsabilités contractuelle, sinon quasi-délictuelle et les voir

condamner au paiement in solidum du montant de \$ US 15.194.269,36 avec les intérêts légaux, ce montant -résultant des déclarations de créance déposées jusqu'au 14 octobre 1997 et acceptées par les curateurs-correspondant à l'augmentation du passif d'ARDENIA S.A. découlant des actes intervenus après l'augmentation de capital litigieuse et qui n'ont été possibles que du fait de cette augmentation de capital.

Les demandeurs font grief à KPMG Audit de ne pas avoir suffi à ses obligations lui incombant en sa qualité de réviseur d'entreprise aux termes des articles 32-1. 5. et 26-1. (2., 3.) de la loi sur les sociétés commerciales.

Plus précisément, les fautes lui reprochées consistent en ce que KPMG a manqué à son obligation d'évaluation telle que libellée aux articles 26-1 et 32-1(5) de la loi sur les sociétés commerciales pour les cas d'augmentation de capital par voie d'apports en nature, puisque s'étant cantonnée à simplement constater l'évaluation des apports telle qu'adoptée par le conseil d'administration de ARDENIA S.A. et à entériner la valeur des apports telle que retenue par les administrateurs, sans vérifier le caractère approprié ou non de la méthode d'évaluation appliquée par le conseil d'administration, et sans procéder elle-même à une évaluation des apports, se cantonnant à adopter les données fournies par les nouveaux actionnaires apporteurs, alors que le but principal du contrôle des apports en nature par un réviseur d'entreprise au sens des articles 32-1. 5. et 26-1. (2., 3.) précités serait précisément de prévenir les fraudes de la part des apporteurs pour protéger les droits de la société, des autres actionnaires ainsi que des tiers créanciers de la société, et n'ayant pas examiné la question de l'opportunité et du caractère approprié pour une société de réassurance de recevoir des apports en nature de manière générale, et des apports en nature portant indirectement sur des droits d'exploitation de charbon en particulier, ARDENIA S.A. estimant que si KPMG Audit avait établi le rapport des réviseurs correctement, l'augmentation de capital n'aurait pas eu lieu et ARDENIA S.A. aurait par voie de conséquence dû cesser ses activités en 1992 déjà, de sorte que toutes les créances nées postérieurement à l'augmentation de capital n'existeraient pas et que le passif social actuel s'en trouverait diminué.

La seconde faute reprochée à KPMG Audit consiste en ce que, par le fait d'avoir adressé aux actionnaires de ARDENIA S.A. la lettre du 12 août 1992 et d'avoir autorisé ARDENIA S.A. à la publier dans sa brochure publicitaire distribuée par ARDENIA S.A. lors de la conférence de Monte-Carlo en septembre 1992 pendant laquelle les traités annuels de réassurance pour l'année à venir sont traditionnellement négociés ou renouvelés, KPMG a induit en erreur les futurs cocontractants de ARDENIA S.A. en les amenant à contracter avec elle du fait de cette apparence de capitalisation

alors que, sans cette lettre dans la brochure publicitaire, ARDENIA S.A. n'aurait pas réussi à trouver de nouveaux clients.

Tout en émettant leurs réserves, principalement quant à la recevabilité de l'action intentée à leur encontre les 11 et 12 décembre 1997, subsidiairement quant à l'existence d'une responsabilité quelconque dans leur chef, KPMG Audit, **B.**), **C.1.)**, **C.2.)** et **C.3.)** assignent par exploit d'huissier du 9 octobre 1998 COMPAGNIE FIDUCIAIRE S.C., en sa qualité de réviseur externe de ARDENIA S.A. jusqu'en 1992, et **A.)** y employé, à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg afin de voir ceux-ci, sur la base des articles 1213, 1251 3° ou 1382 et 1383 du code civil, condamner à les tenir quittes et indemnes de toute éventuelle condamnation pouvant être prononcée à leur encontre dans le cadre de l'action en indemnisation dirigée contre eux les 11 et 12 décembre 1997.

A l'appui de leur action en intervention, KPMG Audit, **B.**), **C.1.)**, **C.2.)** et **C.3.)** se prévalent essentiellement du fait que COMPAGNIE FIDUCIAIRE S.C. a attendu le mois de juillet 1992 pour établir, par l'intermédiaire de **A.)** qui l'a signé, un rapport concernant les comptes sociaux d'ARDENIA S.A. de l'année 1990, rapport qui serait par ailleurs antidaté au 14 juin 1991, et qui porte une appréciation des plus négatives quant à la situation financière de ARDENIA S.A., émettant expressément toutes réserves quant à sa viabilité future, soutenant que par ailleurs COMPAGNIE FIDUCIAIRE S.C. et **A.)** ont omis de transmettre ce rapport au Commissariat aux Assurances, que par ces faits, les assignés en intervention ont, à suivre l'argumentation -contestée- des curateurs, empêché que le retrait de l'agrément de ARDENIA S.A. en tant qu'entreprise de réassurance n'eût lieu dès le premier semestre de 1992.

Par exploit d'huissier du 30 avril 1999, ARDENIA S.A. en faillite, ARDENIA MANAGEMENT S.AR.L. en faillite, Paul MOUSEL et **A.)** en leurs qualités de curateurs des faillites, interjettent appel contre le jugement rendu le 13 janvier 1999 par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg déclarant la demande irrecevable pour être prescrite sur la base de l'article 5 alinéa 3 de la loi du 28 juin 1984 portant organisation de la profession de réviseur d'entreprises.

Par exploit d'huissier du 12 mai 1999, KPMG Audit, **B.)** et les consorts **C.)** dénoncent à COMPAGNIE FIDUCIAIRE S.C. et à **A.)** l'acte d'appel du 30 avril 1999 afin de les voir intervenir dans ladite instance d'appel et se voir déclarer commun l'arrêt à intervenir.

Les intimés concluent à l'irrecevabilité de l'appel pour inobservation de l'article 167 du Nouveau code de procédure civile selon lequel le délai

d'assignation de personnes demeurant en République Fédérale d'Allemagne tels les consorts C.), est augmenté de 15 jours.

La nullité pouvant être déduite de l'inobservation de l'article 167 du Nouveau code de procédure civile constitue une nullité de forme, partant une nullité tenant aux formalités matérielles de l'acte, non une nullité de fond.

Or, ayant dans leurs conclusions du 15 mars 2001 conclu au caractère non fondé de l'appel dirigé contre eux, pour ne soulever l'irrecevabilité litigieuse qu'en leurs conclusions subséquentes du 27 novembre 2001 après que COMPAGNIE FIDUCIAIRE S.C. en avait excipé dans ses conclusions du 2 mai 2001, les consorts C.) sont forclos à s'en prévaloir aux termes de l'article 264 du Nouveau code de procédure civile selon lequel toute nullité d'exploit ou d'acte de procédure est couverte, si elle n'est proposée avant toute défense au fond notamment.

Par ailleurs, ayant comparu et ayant pu préparer leur défense en temps utile, les consorts C.) restent encore en défaut de justifier du grief qui leur serait accru du fait de l'irrégularité incriminée.

Les intimés entendent encore déduire l'irrecevabilité de l'appel de ce que ce recours a été signifié à la requête de ARDENIA S.A. et de ARDENIA UNDERWRITING MANAGEMENT S.AR.L., les deux en état de faillite, ainsi que par Maître Paul MOUSEL et A.) y indiqués comme agissant en leur qualité de curateurs des faillites, alors que A.) avait à la date de la signification de l'acte d'appel déjà démissionné de ses fonctions de curateur.

Les appelants n'étant partant pas valablement représentés, l'acte d'appel serait nul pour violation de l'article 153 du Nouveau code de procédure civile.

Or, aux termes de l'article 153 du Nouveau code de procédure civile auquel se réfèrent les intimés, les mentions devant figurer à peine de nullité dans un acte d'ajournement sont la forme, la dénomination et le siège social de la personne morale requérante, mentions figurant à l'acte d'appel.

Par ailleurs, Maître Paul MOUSEL a en tout état de cause, en tant que curateur des deux sociétés faillies, à lui seul qualité pour les représenter valablement en justice.

Le moyen de nullité opposé à l'acte d'appel du 30 avril 1999 est partant non fondé.

L'appel est cependant à déclarer irrecevable pour être sans objet en tant qu'il est interjeté par A.), les frais afférents étant à laisser à charge de la masse des faillites.

Répondant pour le surplus aux autres conditions légales de forme et de délai, l'appel est à déclarer recevable.

Il découle des développements mêmes qui précèdent que les moyens tirés par COMPAGNIE FIDUCIAIRE S.C. et A.) du non respect des articles 167 et 153 du Nouveau code de procédure civile pour, par déduction, conclure de la nullité de l'acte d'appel à la nullité de l'acte de leur mise en intervention du 12 mai 1999, sont également à rejeter.

COMPAGNIE FIDUCIAIRE S.C. conclut encore à la nullité de l'acte de dénonciation de l'acte d'appel du 12 mai 1999 pour non respect de l'article 163 du Nouveau code de procédure civile en ce qu'il se limite à la désigner par sa seule dénomination, sans mentionner l'organe ou le gérant ayant pouvoir de la représenter.

Si l'article 163 précité prévoit que les sociétés sont assignées en la personne ou en l'organe qualifié pour les représenter en justice, la mention dans l'acte d'ajournement de la personne ou de l'organe représentant une personne morale atraite en justice n'est exigée par aucun texte à peine de nullité de l'acte.

Par ailleurs, l'identité de la personne morale COMPAGNIE FIDUCIAIRE S.C. est suffisamment précisée dans l'acte incriminé du 12 mai 1999, qui indique sa dénomination, sa nature juridique et son siège social.

L'omission incriminée n'étant finalement qu'une nullité de forme au sens de l'article 264 du Nouveau code de procédure civile, et COMPAGNIE FIDUCIAIRE S.C. ne se prévalant d'aucun grief lui accru du fait de l'absence de la mention litigieuse, le moyen tiré de la nullité est de ce fait encore à rejeter.

A.) conclut encore à l'irrecevabilité de l'acte de dénonciation du 12 mai 1999, motif déduit de ce que en première instance, les actuels intimés l'avaient par exploit d'huissier du 9 octobre 1998 assigné à intervenir dans l'instance dirigée à leur encontre par exploit d'huissier signifié les 11 et 12 décembre 1997 par les sociétés faillies et leurs curateurs afin, entre autres, de le voir condamner à les tenir quittes et indemnes de toute condamnation éventuelle pouvant intervenir à leur encontre.

Le présent appel porte uniquement sur le jugement du 13 janvier 1999 rendu dans le cadre de la seule demande dirigée les 11 et 12 décembre 1997 par ARDENIA et par les curateurs contre KPMG Audit, **B.)** et les consorts **C.)**, la demande en intervention n'ayant pas encore été toisée en première instance.

Il est vrai qu'aux termes de l'article 594 du Nouveau code de procédure civile aucune intervention ne sera reçue, si ce n'est de la part de ceux qui auraient le droit former tierce opposition.

L'exploit du 12 mai 1999 querellé d'irrecevable ne formant cependant, contrairement à la demande de première instance, qu'une simple assignation conservatoire en déclaration d'arrêt commun, et non une mise en cause proprement dite ou un appel en garantie, le moyen d'irrecevabilité y opposé par **A.)** est à déclarer non fondé.

La demande en intervention du 12 mai 1999 est par conséquent à déclarer recevable, sauf à donner acte à **A.)** et à COMPAGNIE FIDUCIAIRE S.C. qu'ils ne comparaissent dans le cadre de cette instance que sous la réserve que l'arrêt à intervenir ne comporte pas de condamnation à leur encontre.

Les appelants font grief aux premiers juges de retenir que leur action en responsabilité dirigée contre KPMG Audit, **B.)** et les consorts **C.)** est prescrite aux termes de l'article 5 alinéa 3 de la loi modifiée du 28 juin 1984 portant organisation de la profession de réviseur d'entreprises, libellé comme suit :

« Les actions en responsabilité civile et professionnelle dirigées contre un réviseur d'entreprises se prescrivent par cinq ans à compter de la date du rapport de révision ».

Les appelants entreprennent le jugement du 13 janvier 1999 plus particulièrement en ce qu'il retient que le rapport de KPMG Audit du 29 juillet 1992 constitue un rapport de révision au sens de l'article 5 alinéa 3 précité.

L'article 5 alinéa 3 de la loi du 28 juin 1984 viserait en effet uniquement les fautes commises par le réviseur d'entreprises dans ses activités ayant trait à la révision des comptes annuels de l'entreprise, seule la révision des comptes annuels donnant, selon les appelants, lieu à l'établissement d'un rapport de révision.

La responsabilité du réviseur d'entreprises étant en l'espèce recherchée en raison de fautes commises par lui lors de l'élaboration d'un rapport autre

qu'un rapport de révision, l'article 5 alinéa 3 ne trouverait pas à s'appliquer, à défaut d'existence d'un rapport de révision, respectivement, s'il devait trouver à s'appliquer, le délai de prescription y prévu ne prendrait jamais cours, à défaut d'existence d'un rapport de révision.

Les appelants recherchent la responsabilité du réviseur d'entreprises pour avoir violé les obligations lui imposées par les articles 32-1. 5. et 26-1. (2., 3.) de la loi sur les sociétés commerciales, plus particulièrement celles de l'article 26-1. (3.) au vœu duquel le rapport à établir par le réviseur d'entreprises en cas d'augmentation de capital moyennant des apports autres qu'en numéraire « doit porter sur la description de chacun des apports projetés ainsi que sur les modes d'évaluation adoptés et indiquer si les valeurs auxquelles conduisent ces modes correspondent au moins au nombre et à la valeur nominale, ou, à défaut de valeur nominale, au pair comptable et, le cas échéant, à la prime d'émission des actions à remettre en contrepartie. ... ».

Le rapport de KPMG Audit du 29 juillet 1992 ne répondrait pas à ces exigences de l'article 26-1. (3.) de la loi du 28 juin 1984.

Les fautes incriminées en l'espèce ayant trait non à la révision des comptes annuels, mais aux établissements, d'une part, d'un rapport non conforme à l'article 32-1. 5. de la loi sur les sociétés commerciales concernant des apports en nature, d'autre part, d'une lettre établie en faveur du client ARDENIA S.A., et destinée à être publiée dans sa brochure publicitaire, la prescription applicable au litige serait celle trentenaire.

L'affirmation contestée de ARDENIA S.A. selon laquelle KPMG Audit aurait procédé à la publication du rapport du 29 juillet 1992 au Mémorial C, n'est pas à examiner autrement, restant à l'état de simple allégation.

Pour déterminer le champ d'application de la responsabilité professionnelle et civile au sens de l'article 5 alinéa 3 et, par là-même le champ d'application litigieux de l'article 5 alinéa 3 et de la prescription y prévue, il y a lieu de relever, d'une part, qu'aucune disposition de la loi du 28 juin 1984, ni aucun autre texte légal ou réglementaire ne définissent la notion de rapport de révision, à fortiori ne restreignent cette notion au seul rapport établi par le réviseur d'entreprises lors du contrôle des comptes annuels.

Il y a d'autre part lieu de se reporter à l'article 1^{er} alinéa 1^{er} de la loi de 1984 définissant le réviseur d'entreprises « au sens de la présente loi comme étant celui qui fait profession habituelle de faire le contrôle légal des comptes des entreprises et organismes auxquels il n'est pas lié par un

contrat d'emploi et d'accomplir toutes autres missions qui lui sont confiées par la loi ».

Il résulte de cette définition claire et précise de la loi même portant création et organisation de la profession de réviseur d'entreprises que, contrairement à ce que soutiennent les appelants, le domaine d'activité légal réservé au réviseur d'entreprises par le législateur englobe, outre le contrôle légal des comptes annuels, et au même titre, toute autre mission confiée par la loi au réviseur d'entreprises.

Telle celle dont le législateur charge précisément les réviseurs d'entreprises aux termes de l'article 32-1. 5. de la loi sur les sociétés commerciales relatif aux augmentations de capital opérées par des sociétés anonymes moyennant des apports autres qu'en numéraire :

« Pour les apports ne consistant pas en numéraire, ... un rapport est à établir par un réviseur d'entreprises conformément à l'article 26-1 ; ... ».

Par ailleurs, en son avis du 12 avril 1984 émis dans le cadre de l'élaboration de la loi de 1984 portant création de la profession de réviseur d'entreprises, le Conseil d'Etat indique suite à la reproduction de l'alinéa 1^{er} de l'article 1^{er} que « Les activités confiées dès lors à la nouvelle profession ont pour origine une disposition légale et plus précisément le droit des sociétés », s'empressant d'ajouter que « Leur liste va d'ailleurs en s'allongeant au fur et à mesure que sont transposées dans le droit national les différentes directives du Conseil des Communautés Européennes prises ou à prendre en la matière et qui comportent notamment le contrôle des apports en nature, la vérification des projets de fusions ou de scissions de sociétés, le contrôle des comptes annuels des sociétés de capitaux prises isolément et celui des comptes consolidés des groupes de sociétés etc », visant ainsi, entre autres, l'article 10 de la 2^e directive CEE du 15 décembre 1976 concernant la constitution et le capital de la société anonyme, ou encore l'article 51 de la 4^e directive CEE du 25 juillet 1978 concernant les comptes annuels qui oblige les sociétés y visées à <faire contrôler les comptes annuels par une ou plusieurs personnes habilitées en vertu de la loi nationale au contrôle des comptes> (Documents Parlementaires N° 2734 1, page 5, Examen des Articles et N° 2734, Exposé des Motifs, page 7).

De même, l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de la loi du 28 juin 1984 prévoit explicitement la possibilité pour le réviseur d'entreprises non, tel que l'affirment les appelants, d'accomplir des tâches autres que celles tenant au contrôle annuel des comptes, mais d'accomplir des tâches autres que celles inhérentes aux activités énoncées à l'alinéa 1^{er} de l'article 1^{er} de la loi du 28 juin 1984 à titre de monopole légal assigné aux réviseurs d'entreprises par la

loi, et qui consistent dans le contrôle légal annuel des comptes ainsi que dans toutes les autres activités attribuées par la loi au réviseur d'entreprises.

L'argumentation des appelants se heurte encore aux termes clairs de l'article 5 alinéa 3 qui porte de manière générale sur « les actions en responsabilité civile et professionnelle dirigées contre les réviseurs d'entreprises... », sans énoncer de limitation par rapport à l'une ou à l'autre des activités légales caractéristiques des réviseurs d'entreprises émargées à l'alinéa 1^{er} de l'article 1^{er} de la loi de 1984.

Il résulte de l'ensemble de ces développements que si l'article 5 alinéa 3 de la loi du 28 juin 1984 prévoit que les actions en responsabilité civile et professionnelle dirigées contre un réviseur d'entreprises se prescrivent par cinq ans « à compter de la date du rapport de révision », cette référence faite au rapport de révision n'a pas pour objectif de délimiter le champ d'application de l'article 5 alinéa 3, mais de déterminer explicitement le point de départ de la prescription quinquennale.

Les documents parlementaires ne permettent par ailleurs le moindre doute quant à cette intention du législateur :

« Les actions en responsabilité civile se prescrivent par cinq ans, c'est-à-dire le délai de prescription prévu par le droit des sociétés » (cf Documents Parlementaires N° 2734, page 9, Examen des Articles, sous article 4 -qui par la suite deviendra l'article 5 actuel-).

Au regard du libellé clair des articles 5 alinéa 3 et 1^{er} alinéa 1^{er} de la loi du 28 juin 1984 et du caractère clair des documents parlementaires, il n'y a pas lieu à interprétation de cet article, à fortiori n'y a-t-il pas lieu de procéder par voie d'interprétation restrictive.

En effet, en présence des libellés des articles 1^{er} alinéa 1^{er} et 5 alinéa 3 de la loi du 28 juin 1984 on ne saurait -en l'absence par ailleurs de la moindre indication contraire dans les documents parlementaires- retenir que cette loi, dont l'objet est précisément de créer et d'organiser la profession nouvelle de réviseur d'entreprises, et qui définit de manière claire les activités caractérisant cette nouvelle profession, en en déterminant le monopole légal à l'article 1^{er} alinéa 1^{er} précité, qui règle ensuite la question de la responsabilité de ces mêmes réviseurs d'entreprises, et plus particulièrement celle concernant « les actions en responsabilité civile et professionnelle dirigées contre un réviseur d'entreprises ... » ait, parmi les multiples activités caractéristiques de la profession du réviseur d'entreprise et malgré ces termes généraux de l'article 5 alinéa 3, entendu viser par cette disposition uniquement une seule de ces activités légales.

Le terme réviser se comprend en ses premières acceptions comme « 1. Examiner de nouveau, pour modifier s'il y a lieu... ; 2. Examiner en vue de réparer ; remettre en bon état de marche ... » (le Petit Larousse illustré, édition 1999) ou « 1. Examiner de nouveau pour changer, corriger. ... 2. ... Vérifier le bon état, le fonctionnement de ... » (Le Petit Robert 1, édition avril 1988), étant réviseur la « personne qui revoit après une autre pour corriger, vérifier » (le Petit Larousse précité).

Par ailleurs, à s'en tenir aux directives CEE auxquelles se réfèrent les documents parlementaires, qui visent également des activités légales autres que celles ayant trait au contrôle des comptes annuels, la description-même des devoirs y visés implique une révision, un contrôle, puisque s'agissant de vérifier des données préétablies, comme celle de vérifier lors d'augmentations de capital moyennant des apports autres qu'en numéraire, les données afférentes fournies par le conseil d'administration.

De toute façon, même si le rapport que le réviseur d'entreprises est légalement chargé d'établir dans le cadre de ses différentes activités légales, peut impliquer des révision ou contrôle dont la nature, la portée ou la complexité sont susceptibles de varier d'une mission à l'autre, il s'agit toujours d'un rapport de révision au sens de l'article 5 alinéa 3 de la loi du 28 juin 1984, puisque participant des activités visées par l'article 1^{er} alinéa 1^{er} de cette loi.

Les différents textes légaux ne permettent pas non plus de suivre l'affirmation des appelants selon laquelle le terme rapport de révision vise uniquement le rapport à établir par le réviseur d'entreprises dans le cadre du contrôle des comptes annuels.

Ainsi, l'article 256 de la loi sur les sociétés commerciales qui charge précisément le réviseur d'entreprises dudit contrôle légal des comptes annuels, n'emploie pas le terme de rapport de révision.

Par ailleurs, tel que le soulignent à juste titre les intimés, le fait que l'article 54 (1) de la loi de 1993 sur le secteur financier -qui traite du contrôle des documents comptables annuels par le réviseur d'entreprises- se réfère au « rapport de révision des documents comptables annuels » pour désigner l'attestation délivrée par le réviseur d'entreprises après avoir procédé au contrôle légal des comptes annuels, plutôt que de venir conforter l'argumentation des appelants, contredit leur affirmation selon laquelle les termes « rapport de révision » visent nécessairement et exclusivement le rapport du réviseur d'entreprises relatif au comptes annuels, auquel cas il ne serait pas nécessaire que l'article 54 (1) en question précise qu'il s'agit du rapport de révision « des documents comptables annuels ».

A l'inverse, le fait que la loi du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances (article 35 § 2 et 100 § 1) ou encore la lettre circulaire 01/1 du Commissariat aux Assurances du 3 janvier 2001 emploient le terme de rapport de révision, ne permet pas de suivre les appelants pour en déduire que lorsque le législateur a institué en 1984 à l'article 5 alinéa 3 litigieux une prescription quinquennale, il a entendu limiter cette prescription abrégée à la seule activité de la révision légale des comptes annuels, à l'exclusion des actions en responsabilité ayant trait aux autres activités légales du réviseur d'entreprises, telle celle lui dévolue en matière d'apports en nature.

L'article 266 de la loi sur les sociétés commerciales charge les réviseurs d'entreprises d'examiner dans le cadre d'un rapport écrit destiné aux actionnaires le projet de fusion établi conformément à l'article 261 de la même loi par les conseils d'administration des sociétés qui fusionnent.

L'article 266 indique par les termes-mêmes y utilisés –« le projet de fusion doit faire l'objet d'un examen et d'un rapport écrit » (266 1), « dans le rapport ..., les experts (réviseurs d'entreprises) doivent en tout cas déclarer si, à leur avis, le rapport d'échange est ou non pertinent et raisonnable » (266 2), « chaque expert (réviseur d'entreprises) a le droit d'obtenir auprès des sociétés qui fusionnent tous les renseignements et documents utiles et de procéder à toutes les vérifications nécessaires » (266 4)-, qu'il s'agit d'un rapport de révision, même si ce terme n'y est pas textuellement repris.

Les différents textes de loi reproduits ci avant prouvent que le législateur utilise les termes de rapport ou de rapport de révision indifféremment.

Pour le surplus, la définition que le Guide des Comptes Annuels pour le Luxembourg prête au terme rapport de révision n'est ni concluante ni pertinente dans le cadre du présent litige, le Guide ayant exclusivement trait aux comptes annuels.

Il résulte de l'ensemble de ces développements que la référence faite au rapport de révision ne vient pas délimiter le champ d'application de l'article 5 alinéa 3, mais fixe de manière précise le point de départ de la prescription quinquennale à la date du rapport établi par le réviseur d'entreprises dans le cadre d'une des missions légales visées par l'article 1^{er} alinéa 1^{er} de la loi du 28 juin 1984.

Si dès lors le libellé de l'article 5 alinéa 3 de la loi modifiée du 28 juin 1984 fait courir le délai de la prescription quinquennale y instituée à partir de la date du « rapport de révision », cette terminologie vise tous les

rapports que le réviseur d'entreprises est amené à établir par le fait de la loi, partant et y compris, entre autres, le rapport établi en vertu de l'article 32 1. 5 de la loi sur les sociétés commerciales, renvoyant à l'article 26-1. 2. et 3.

Le fait que les articles 32-1. 5. et 26-1. (2., 3.) de la loi sur les sociétés commerciales utilisent le terme de rapport, et non celui de rapport de révision, ne saurait venir limiter, ni la diversité des fonctions que la loi confie à titre de monopole au réviseur d'entreprises par l'article 1^{er} alinéa 1^{er} de la loi modifiée du 28 juin 1984, ni le champ d'application de la prescription quinquennale établie en des termes généraux et visant, sans énoncer de distinction ou de restriction, « les actions en responsabilité civile et professionnelle dirigées contre un réviseur d'entreprises ... ».

Constitue par conséquent un rapport de révision au sens de l'article 5 alinéa 3 de la loi modifiée du 28 juin 1984, tout rapport établi par un réviseur d'entreprises dans l'accomplissement d'une des fonctions légales lui réservées à titre de monopole en vertu de l'article 1^{er} alinéa 1^{er} de la loi modifiée du 28 juin 1984 et qui sont caractéristiques des fonctions légales du réviseur d'entreprises.

Ces développements, qui résultent de la simple application de textes de loi clairs (cf articles 1^{er} alinéa 1^{er} et 5 alinéa 3 de la loi du 28 juin 1984), ne sauraient être affectés par l'argumentation déduite par les appelants de la doctrine belge relative à l'article 194 de la loi sur les sociétés belge, la prescription invoquée en l'espèce par les intimés étant en effet celle de l'article 5 alinéa 3 de la loi du 28 juin 1984, qui n'a pas son équivalent en droit belge.

Est pareillement sans pertinence l'argumentation des appelants ayant trait au fait que les jurisprudences et doctrines françaises opèrent une distinction quant à la prescription des actions en responsabilité ayant trait à la révision des comptes annuels et celle concernant les apports autres qu'en numéraire lors des constitutions de sociétés ou des augmentations de capital.

Plus particulièrement, l'affirmation des appelants selon laquelle la prescription prévue à l'article 5 alinéa 3 de la loi du 28 juin 1984 doit être interprétée de manière restrictive, comme ne s'appliquant qu'à l'activité de la révision des comptes annuels à l'instar de ce qui se passe en France pour la prescription triennale, est-elle à rejeter, les législations française et luxembourgeoise comportant des dispositions essentiellement divergentes à cet égard.

En effet, alors qu'au Luxembourg le réviseur d'entreprises s'occupe de par la loi tant du contrôle annuel des comptes que des apports autres qu'en numéraire, en France, la législation distingue entre commissaire aux

comptes et commissaire aux apports, ce dernier étant à désigner par l'autorité judiciaire parmi, ou les commissaires aux comptes, ou les experts judiciaires.

L'établissement d'un rapport concernant les apports autres qu'en numéraire, ne figure pas parmi les missions confiées par la loi française aux commissaires aux comptes.

Or, la prescription triennale prévue par les articles français 235 et 247 de la loi du 24 juillet 1966 vise les activités légales spécifiques du seul commissaire aux comptes «-les actions en responsabilité contre les commissaires aux comptes ...- », pas celles du commissaire aux apports.

L'action en responsabilité contre un commissaire aux apports ne fait par conséquent, contrairement à celle dirigée contre un commissaire aux comptes, pas l'objet d'une disposition légale particulière concernant la prescription, ce dont la jurisprudence française déduit que l'action en responsabilité civile contre le commissaire aux apports se prescrit par trente ans (Jurisclasseur Société Anonymes, Fasc. 117-30, no 30, édition 2002).

Pareille latitude n'existe pas au Luxembourg où précisément l'article 5 alinéa 3 de la loi du 28 juin 1984 soumet à la prescription quinquennale les activités inhérentes au monopole légal des réviseurs d'entreprises, monopole qui comporte entre autres l'établissement du rapport en cas d'augmentation de capital moyennant des apports autres qu'en numéraire.

En présence du texte clair de l'article 5 alinéa 3 de la loi du 28 juin 1984 -« les actions en responsabilité civile et professionnelle dirigées contre un réviseur d'entreprises ... »-, le délai de la prescription quinquennale y défini est applicable chaque fois qu'on est en présence d'une activité légale confiée au réviseur d'entreprises conformément à l'article 1^{er} alinéa 1^{er} de la même loi.

C'est encore à tort que les appelants soutiennent que « l'activité de révision des comptes est la seule et unique activité des commissaires aux comptes ... ».

En effet en France -où par ailleurs la mission des commissaires aux comptes est devenue permanente, s'exerçant à tout moment-, les missions légales des commissaires aux comptes se sont considérablement multipliées.

Viennent ainsi s'ajouter à la traditionnelle mission du contrôle des comptes annuels, celles de la vérification des informations comptables et financières diffusées par la société, de la surveillance de certaines opérations en particulier, et finalement, celle de la prévention des difficultés

de l'entreprise dans le cadre de la mission d'alerte confiée au commissaire aux comptes français (Le Commissaire aux Comptes, Joël MONEGER, Thierry GRANIER, Dalloz, nos 17, 228 et 375, édition 1995).

Le commissaire aux comptes français peut actuellement se définir comme étant le seul professionnel habilité à exercer le contrôle légal des entreprises, partant pas seulement des comptes annuels, l'établissement d'un rapport lors de l'augmentation de capital moyennant des apports autres qu'en numéraire ne participant cependant pas du monopole légal du commissaire aux comptes, étant légalement confié au commissaire aux apports, qui pourra être soit un commissaire aux comptes, soit un expert judiciaire.

Finalement, l'argumentation des appelants consistant à distinguer entre mission légale « primaire » du réviseur d'entreprises, missions légales particulières et autres activités susceptibles d'être accomplies par le réviseur d'entreprises, n'est que pure spéculation ou supputation qui se heurte au régime de responsabilité clair tel qu'il découle des articles 5 alinéa 3 et 1^{er} alinéa 1^{er} de la loi du 28 juin 1984.

Par ailleurs, il est vrai tel que l'affirment les premiers juges que cette prescription de l'article 5 alinéa 3 précité correspond à la prescription de droit commun en matière de droit des sociétés, qui diffère de la prescription de droit commun en matière de droit civil à laquelle entendent se référer les appelants.

En retenant que « les actions en responsabilité civile se prescrivent par cinq ans, c'est-à-dire le délai de prescription prévu par le droit des sociétés » (cf Documents Parlementaires N° 2734, page 9, Examen des Articles, sous article 4 -qui par la suite deviendra l'article 5 actuel-), le législateur vise la prescription quinquennale de l'article 157 de la loi sur les sociétés commerciales qui fait partie du droit commun des sociétés auquel se réfèrent les travaux parlementaires de la loi du 28 juin 1984 et auquel le législateur n'a pas entendu déroger (cf (T. Pa. n° 2374, p. 9 et n° 2734 2 p.10 sous 3).

Il suffit à ce sujet de se reporter à l'article 59 de la loi sur les sociétés commerciales selon lequel « 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 ... ».

Pour les commissaires, l'article 62 de la loi sur les sociétés commerciales prévoit que « leur responsabilité, en tant qu'elle dérive de leurs devoirs de surveillance et de contrôle, est déterminée d'après les mêmes règles que la responsabilité des administrateurs ».

L'article 157 de la loi sur les sociétés commerciales figurant sous la section « Des actions et des prescriptions » prévoit que « toutes actions contre ... les administrateurs, commissaires, ..., pour faits de leurs fonctions », sont prescrites par cinq ans.

Il résulte de l'ensemble de ces considérations que c'est à bon droit que les premiers juges retiennent que la prescription quinquennale prévue par l'article 5 alinéa 3 de la loi du 28 juin 1984 est ainsi conforme au droit commun en matière de droit des sociétés et que, de ce fait encore, il n'y a pas lieu de procéder à une interprétation restrictive de cet article, qui est conforme et non dérogoire au droit commun.

Les textes des articles 157 de la loi sur les sociétés commerciales et 5 alinéa 3 de la loi du 28 juin 1984 ne témoignent par ailleurs d'aucune différence rédactionnelle, à fortiori pas d'une différence rédactionnelle qui aurait été voulue par le législateur.

En effet, si l'article 157 de la loi sur les sociétés commerciales prévoit que sont prescrites par cinq ans « toutes » actions contre les gérants, administrateurs, commissaires, liquidateurs, pour faits de leurs fonctions, et si l'article 5 alinéa 3 de la loi du 28 juin 1984 prévoit que « les » actions en responsabilité civile et professionnelle contre un réviseur d'entreprises se prescrivent par cinq ans à compter de la date du rapport de révision, le sens et la portée des deux dispositions ne viennent pas à changer si à l'article 157 de la loi sur les sociétés commerciales figurait le mot « les » et à l'article 5 alinéa 3 de la loi du 28 juin 1984 le mot « toutes ».

Les appelants font encore valoir que les actions en responsabilité visées par la prescription de l'article 5 alinéa 3 ne couvrent que les actions en responsabilité contractuelle, pas celles en responsabilité quasi-délictuelle.

Ils se prévalent à cet égard de ce que l'article 5 alinéa 3 de la loi du 28 juin 1984 fixe le point de départ du délai de prescription y prévu à la date du rapport de révision, pour en déduire que dès lors seule la responsabilité contractuelle peut être visée, seul le contractant du réviseur d'entreprises pouvant connaître cette date, par opposition aux tiers et aux créanciers de la société.

Or, cette argumentation part d'une application erronée du principe selon lequel la prescription ne court pas contre ceux qui ne pouvaient pas agir, étant donné notamment qu'ils ignoraient l'événement faisant courir la prescription.

Ce principe ne trouve cependant pas à s'appliquer dès lors qu'on se trouve en présence d'une disposition légale qui, telle celle de l'espèce, fixe expressément le point de départ de la prescription, et qui est, pour ce qui concerne la prescription quinquennale de l'article 5 alinéa 3 de la loi du 28 juin 1984, la date du rapport de révision (cf Encyclopédie Dalloz, Sociétés, V° Commissaire aux comptes, no 619, mise à jour octobre 1994).

D'autre part, les appelants ne se prévalent, nonobstant le caractère général du libellé de la loi -« les actions en responsabilité civile et professionnelle ... »-, d'aucune disposition légale permettant de retenir que la prescription quinquennale de l'article 5 alinéa 3, qui vise les actions en responsabilité dirigées contre le réviseur d'entreprises, sans aucune restriction ou précision, ne couvre que les actions en responsabilité contractuelle, non celles quasi-délictuelle.

Dès lors, tout comme les actions contre les administrateurs visent indifféremment celles inhérentes à leur responsabilité tant contractuelle, que quasi-délictuelle (cf VAN RYN, Tome I, numéros 612 et 636, édition 1954), les actions en responsabilité des réviseurs d'entreprises visées de manière générale à l'article 5 alinéa 3 de la loi du 28 juin 1984 sont de nature ou contractuelle ou quasi-délictuelle.

Par ailleurs, tel que le font valoir les intimés, si les appelants font grief à KPMG Audit d'avoir lors de l'établissement du rapport du 29 juillet 1992 violé les articles 32-1. 5. et 26-1. (2., 3.) de la loi sur les sociétés commerciales, leur action n'en est pas moins basée sur la responsabilité contractuelle, respectivement sur la responsabilité quasi-délictuelle, ce qui résulte d'ailleurs de manière particulièrement claire de ce que les bases légales invoquées à l'appui de la demande, à savoir les articles 1137, 1142, 1149, 1184, 1382, 1383 et 1384 du code civil, sont expressément énoncées dans l'assignation signifiée les 11 et 12 décembre 1997.

Les appelants font encore valoir que les intimés sont forclos à se prévaloir de la prescription quinquennale de la demande pour autant qu'elle repose sur la responsabilité quasi-délictuelle de KPMG Audit du fait de l'établissement et de l'autorisation de publication de la lettre de KPMG Audit du 12 août 1992.

Cette argumentation est cependant à rejeter sans autre examen au seul vu de ce que il n'est pas contesté qu'en première instance KPMG Audit, **B.)** et les consorts **C.)** avaient opposé le moyen de la prescription de l'action dirigée contre eux, qu'elle soit basée sur la responsabilité contractuelle ou sur la responsabilité quasi-délictuelle : « ...opposent la prescription de l'action des curateurs en tous ses volets ».

Le moyen de la prescription peut par ailleurs être soulevé en tout état de cause.

C'est par conséquent à bon droit que les premiers juges retiennent que, dès lors que les débats se trouvent limités à la question litigieuse de la prescription des demandes du curateur, il est indifférent au stade actuel de déterminer si l'action exercée est de nature contractuelle ou quasi-délictuelle, la prescription quinquennale de l'article 5 alinéa 3 de la loi du 28 juin 1984 s'appliquant à la responsabilité tant quasi-délictuelle que contractuelle du réviseur d'entreprises.

De même, suivre l'affirmation des appelants selon laquelle la prescription quinquennale de l'article 5 alinéa 3 de la loi modifiée du 28 juin 1984 procède du critère de la périodicité -existant pour la révision des comptes annuels, mais non pour ce qui concerne la révision des données sous jacentes à une augmentation de capital par des apports autres qu'en numéraire-, reviendrait encore à ajouter au texte de la loi tel qu'il découle des articles 1^{er} alinéa 1^{er} et 5 alinéa 3 de ladite loi et à priver d'effet le libellé pourtant explicite des articles 1^{er} alinéa 1^{er} et 5 alinéa 3 de la loi du 28 juin 1984, qui soumet sans les distinguer, de par son libellé -« les actions en responsabilité ... »- toutes les activités légales caractéristiques du réviseur d'entreprises quelles soient périodiques ou non, à la même prescription quinquennale.

Par ailleurs, l'article 5 alinéa 3 de la loi du 28 juin 1984 est pratiquement identique à l'article 235 de la loi française de 1966 sur les sociétés commerciales, selon lequel « les actions en responsabilité contre les commissaires aux comptes se prescrivent dans les conditions prévues à l'article 247 », de sorte que le délai de prescription des actions « tant sociale qu'individuelle » est de trois ans, « à compter du fait dommageable, ou s'il a été dissimulé, de sa révélation » (cf Le Commissaire aux Comptes, Joël MONEGER, Thierry GRANIER, Dalloz, édition 1995, no 613), sauf que si la loi française précise que le délai prend cours à partir du fait dommageable, la loi luxembourgeoise fixe le point de départ de la prescription quinquennale à la date du rapport de révision ou, tel qu'il découle des développements qui précèdent, du rapport établi par le réviseur d'entreprises.

A suivre l'argumentation des appelants, la prescription de trois ans concernant les actions contre les commissaires aux comptes, qui est partant également une courte prescription, concernerait nécessairement les seules activités du commissaire aux comptes qui relèvent d'une certaine périodicité.

Tel n'est cependant pas le cas, la prescription de trois ans de l'article 235 de la loi sur les sociétés françaises couvrant indifféremment toutes les activités légales des commissaires aux comptes qui, pour partie du moins, ont un caractère permanent.

Dès lors, il découle de l'ensemble de ces considérations qu'il y a lieu de suivre les premiers juges qui, s'en tenant au libellé de textes explicite et précis, et ne prêtant pas matière à interprétation, retiennent que le délai de prescription légal de l'article 5 alinéa 3 de la loi du 28 juin 1984 s'applique à la responsabilité susceptible d'être encourue par le réviseur d'entreprises du chef des rapports qu'il est amené à établir dans le cadre des différentes activités légales visées par l'article 1^{er} alinéa 1^{er} (cf article 1^{er} alinéa 1^{er} et 5 alinéa 3 de la loi du 28 juin 1984 combinés).

C'est encore à tort, et contrairement aux dispositions expresses de la loi, que les appelants voudraient voir fixer le point de départ du délai de la prescription quinquennale non à la date du rapport de révision, tel que le prévoit l'article 5 alinéa 3 précité, mais à la date de la nomination du ou des curateurs des faillites ARDENIA.

En effet, en l'absence d'un texte de loi afférent, la faillite ni n'interrompt, ni ne suspend par elle-même la prescription de quelque droit que ce soit.

La prescription, acquisitive comme extinctive, continue par conséquent de courir soit contre le débiteur failli, soit en sa faveur (cf LES NOVELLES, Les Concordats et la Faillite, CLOQUET, no 1401).

Pour le surplus, tel qu'il a été indiqué ci avant, en présence d'une disposition légale fixant, à l'instar de l'article 5 alinéa 3 de la loi du 28 juin 1984, expressément le point de départ du délai de prescription à un jour précis, les adages « actioni non natae non prescribitur » ou « contra non valentem agere non currit praescriptio », ne trouvent pas à s'appliquer (Encyclopédie Dalloz, Sociétés, Vo Commissaire aux comptes, no 619, mise à jour octobre 1994 ; Le Commissaire aux Comptes, Joël MONEGER, Thierry GRANIER, Dalloz, édition 1995, no 619).

Ce serait encore méconnaître la disposition claire de l'article 5 alinéa 3 de la loi du 28 juin 1984, qui fixe expressément le point de départ de la prescription quinquennale à la date du rapport de révision, que de suivre les appelants pour retenir à partir de l'article 9 § 4. de la loi sur les sociétés commerciales que le point de départ du délai de la prescription se situe au 15 décembre 1992, date de la publication au Mémorial C du rapport de révision prévu à l'article 32-1. 5. de la loi sur les sociétés commerciales.

Le point de départ de la prescription quinquennale de l'article 5 alinéa 3 de la loi du 28 juin 1984 se situant à la date du rapport de révision, le délai de la prescription quinquennale a en l'espèce commencé à courir suite au rapport de révision du 29 juillet 1992, avant même le prononcé des faillites les 29 octobre et 26 novembre 1993, et était partant venu à expiration à la date de l'assignation les 11 et 12 décembre 1997.

Le curateur fait en outre grief aux premiers juges de retenir que, ni l'établissement de la lettre du 12 août 1992 adressée par KPMG Audit aux actionnaires, ni l'autorisation donnée par KPMG Audit pour sa publication dans la brochure publicitaire de ARDENIA S.A., ne sauraient être dissociées du rapport de révision établi le 29 juillet 1992 et que l'établissement de cette lettre et l'autorisation de la publier ne constituent pas à proprement parler une activité autre que celle exécutée en application de l'article 32-1. 5. de la loi sur les sociétés commerciales.

Selon les appelants, l'établissement de la lettre du 12 août 1992 de même que l'autorisation de publication la concernant, constituent au contraire une cause distincte du rapport de révision, susceptible d'engager la responsabilité de KPMG Audit de manière autonome de sorte que l'action en responsabilité basée sur ces deux faits serait soumise non à la prescription quinquennale de l'article 5 alinéa 3 de la loi du 28 juin 1984, mais à la prescription trentenaire.

Les fautes ainsi reprochées à KPMG consisteraient, d'une part, dans le fait par celle-ci d'attester dans la lettre du 12 août 1992 que la valeur des apports, qu'elle n'a pas évalués, correspond à la valeur des actions nouvellement émises par ARDENIA S.A., d'autre part, dans celui de confirmer purement et simplement « dans une brochure publicitaire d'ARDENIA S.A. que celle-ci disposerait d'un capital frais de USD 20 millions induisant ainsi les contractants potentiels en erreur ... sur la véritable consistance de l'entreprise de réassurance virtuellement en faillite ».

Or, contrairement à ces affirmations, la lettre du 12 août 1992 ne renferme que des données neutres, par ailleurs beaucoup moins complètes que celles résultant du rapport de révision du 29 juillet 1992.

KPMG n'y émet plus particulièrement pas de garantie quant à la valeur des biens apportés à ARDENIA S.A. en contrepartie de l'augmentation de capital en question, la lettre ne contenant aucune « assurance de la part du réviseur d'entreprises au profit des destinataires de la lettre », KPMG Audit ne confirmant pas non plus dans cette lettre du 12 août 1992 la « réalité de l'apport ».

En effet, KPMG se cantonne à confirmer dans sa lettre du 12 août 1992 que ARDENIA S.A. a le même jour, soit le 12 août 1992, procédé à une augmentation de capital de USD 20.000.000 sous la forme d'apports en nature, qui a fait l'objet d'un rapport de KPMG Audit tel que requis par l'article 32-1. 5. de la loi sur les sociétés commerciales.

En confirmant dans cette lettre du 12 août 1992 qu'elle a procédé à l'établissement du rapport exigé aux termes de l'article 32-1. 5. de la loi sur les sociétés commerciales, KPMG Peat Marwick Inter-Revision confirme uniquement que l'augmentation de capital réalisée moyennant des apports autres qu'en numéraire répond à la condition légale de l'établissement d'un rapport de révision au sens de l'article 32-1. 5. de la loi sur les sociétés commerciales.

La lettre du 12 août 1992 adressée aux actionnaires, n'a rien pu ajouter aux éléments connus des actionnaires en raison du rapport de révision du 29 juillet 1992, à savoir la réalisation de l'augmentation de capital projetée de USD 20.000.000 moyennant des apports autres qu'en numéraire -spécifiés au rapport, pas dans la lettre- et l'existence du rapport légalement exigé en cas d'augmentation de capital moyennant des apports autres qu'en numéraire.

On ne voit pas non plus en quoi cette lettre -en raison des informations neutres- a pu tromper la confiance légitime des créanciers de ARDENIA S.A..

C'est dès lors à bon droit que les premiers juges retiennent que la lettre du 12 août 1992 et l'autorisation de la publier procèdent de la même cause, qui est l'établissement du rapport de révision critiqué dans le cadre d'une augmentation de capital par des apports autres qu'en numéraire au sens de l'article 32-1. 5..

En effet, la lettre du 12 août 1992 -qui ne fait que confirmer le fait de l'augmentation de capital, qui a eu lieu le même jour sous forme d'apports autres qu'en numéraire, et l'établissement du rapport-, ainsi que l'autorisation de la publier, procèdent des mêmes griefs que ceux imputés par les appelants au rapport du 29 juillet 1992.

Tel que le retient le jugement dont appel, l'établissement de la lettre du 12 août 1992 adressée aux actionnaires de ARDENIA S.A. le jour même de l'augmentation de capital, de même que l'autorisation donnée à ARDENIA S.A. de la publier dans sa brochure publicitaire s'insèrent, vu des dates d'une part, au vu du contenu de la lettre du 12 août 1992 d'autre part, dans le cadre des activités accomplies par KPMG en sa qualité de réviseur

d'entreprises chargé de l'établissement du rapport requis par l'article 32-1. 5. de la loi sur les sociétés commerciales.

En aucun cas ne constituent-ils une des activités visées par l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de la loi du 28 juin 1984 contrairement à ce que soutiennent encore les appelants.

C'est encore à juste titre que KPMG Audit, **B.)** et les consorts **C.)** font valoir par ailleurs que la confirmation de ces deux faits ainsi que l'autorisation de publication ne sauraient en soi constituer KPMG Audit en faute.

Le fait constituant la cause de la demande en responsabilité dirigée contre KPMG Audit, consiste dans les prétendus manquements de KPMG Audit lors de l'établissement du rapport prévu à l'article 32-1. 5. de la loi sur les sociétés commerciales.

La seule cause directe de la responsabilité des intimés telle que recherchée par les appelants réside dans le rapport du 29 juillet 1992 en ce qu'il ne répondrait pas aux exigences de fond posées par l'article 32-1. 5. et plus particulièrement par l'article 26-1. (3.) de la loi sur les sociétés commerciales, manquements qui auraient rendu possible une reprise des affaires en raison d'une augmentation de capital qui n'aurait été que pure fiction, et qui aurait ainsi amené ARDENIA dans la situation financière inextricable qui s'est soldée par le retrait de l'agrément ministériel le 16 septembre 1993 et par sa mise en faillite.

En effet, le fait par un réviseur d'entreprises de simplement confirmer aux actionnaires d'une société que celle-ci a procédé à une augmentation de capital de USD 20.000.000 moyennant des apports autres qu'en numéraire, et qu'il a établi le rapport légalement prescrit à cet égard, dans un cours normal des choses, n'aura pas pour effet de porter préjudice à la société concernée, d'entraîner le retrait de son agrément pour faire des opérations de réassurance, ainsi que sa mise en faillite (cf La Responsabilité Civile des Personnes Privées et Publiques, Georges RAVARANI, Pas. Lux. 2000, no 633).

Ce n'est pas la lettre adressée le 12 août 1992 aux actionnaires qui a augmenté le volume des affaires conclues par ARDENIA S.A., ni le préjudice accru aux créanciers de ARDENIA S.A., mais tout au plus sa publication dans la brochure publicitaire par ARDENIA S.A.

Or, si KPMG Audit a autorisé ARDENIA S.A. à publier la lettre du 12 août 1992 dans sa brochure publicitaire, c'est la seule ARDENIA S.A., et

non KPMG Audit, qui a pris la décision de cette publication, et qui a effectué les démarches matérielles requises à cet égard.

A suivre les appelants et à retenir que c'est la lettre du 12 août 1992 et sa publication dans sa brochure publicitaire qui lui a causé préjudice, ARDENIA S.A. serait intervenue elle-même de manière décisive dans la genèse de son préjudice.

Il en résulte que lesdits faits, à savoir l'établissement de la lettre et l'autorisation de pouvoir la publier dans son prospectus, constitueraient tout au plus une cause indirecte du dommage, partant non sa cause adéquate, étant donné que la société lésée ARDENIA S.A. aurait pu empêcher la réalisation du préjudice dont elle se prévaut (cf La Responsabilité Civile des Personnes Privées et Publiques, Georges RAVARANI, Pas. Lux. 2000, no 633).

De cette analyse par application de la théorie de la causalité adéquate, il découle encore que le fait pouvant asseoir une éventuelle responsabilité de KPMG Audit réside uniquement dans le rapport prétendument fait en violation des prescriptions des articles 32-1. 5. et 26-1. (2., 3.) de la loi sur les sociétés commerciales.

C'est par conséquent à bon droit que les premiers juges retiennent qu'en l'espèce la cause de la responsabilité éventuelle des intimés réside uniquement dans le rapport de révision du 29 juillet 1992 et en ses prétendues déficiences, et que l'action en responsabilité dirigée contre le réviseur d'entreprises, même en ce qu'elle vise plus particulièrement la lettre du 12 août 1992 et l'autorisation de la publier, est soumise aux règles de la prescription prévues pour les activités des réviseurs d'entreprises par l'article 5 alinéa 3 de la loi modifiée du 28 juin 1984.

Les appelants font finalement encore valoir que la lettre du 12 août 1992, adressée aux actionnaires de ARDENIA S.A., est adressée à une personne autre que le rapport du 29 juillet 1992 lui-même adressé au conseil d'administration de ARDENIA S.A., pour déduire de cet élément encore que la lettre du 12 août 1992 constitue un élément indépendant et détachable du rapport établi en vertu de l'article 32-1. 5. de la loi du 28 juin 1984.

Or le rapport, même s'il est adressé au conseil d'administration de ARDENIA S.A. qui en a, tel que le prescrit l'article 32-1. 5. de la loi du 28 juin 1984, sollicité l'établissement, il n'en est pas moins, comme la lettre du 12 août 1992, destiné aux actionnaires de la société qui lors d'une assemblée générale, s'exprimeront quant aux apports autres qu'en numéraire et quant à l'augmentation de capital à réaliser.

Pour le surplus, il y a lieu de renvoyer à l'arrêté ministériel du 16 septembre 1993 qui motive la décision du retrait de l'agrément délivré à ARDENIA S.A. pour faire des opérations de réassurance non seulement par l'existence de ses problèmes d'ordre financier, mais également en raison des manquements particulièrement graves révélés par l'enquête administrative menée par le Commissariat aux Assurances.

Par conséquent, le retrait de l'agrément qui selon le curateur se trouve à l'origine des mises en faillites des sociétés ARDENIA trouve sa cause non seulement dans les difficultés financières de ARDENIA S.A. -imputées par les appelants à la lettre du 12 août 1992 et à l'autorisation de publication la concernant-, mais également dans les manquements particulièrement graves révélés par l'enquête administrative menée par le Commissariat aux Assurances.

Il découle de l'ensemble de ces développements que c'est à bon droit que les premiers juges retiennent que l'action des appelants, qu'elle repose sur la responsabilité contractuelle ou quasi-délictuelle de KPMG Audit, qu'elle vise uniquement le rapport de révision du 29 juillet 1992 ou la lettre du 12 août 1992 et l'autorisation de la publier, tombe sous le champ d'application de l'article 5 alinéa 3 de la loi du 28 juin 1984, et est par conséquent prescrite.

L'appel est dès lors à déclarer non fondé.

A.) ayant par l'acte d'appel du 30 avril 1999 valablement comparu par Maître Paul MOUSEL, le présent arrêt est à rendre contradictoirement également à l'encontre de **A.)** en sa qualité d'appelant.

Conformément à la demande de KPMG Audit, des consorts **C.)** et de **B.)** le présent arrêt est à déclarer commun à COMPAGNIE FIDUCIAIRE S.C. et à **A.)**.

PAR CES MOTIFS :

La Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, le conseiller de la mise en état et le Ministère Public respectivement entendus en leurs rapport et conclusions,

reçoit les instances introduites par exploits d'huissier des 30 avril 1999 et 12 mai 1999,

joint les instances inscrites sous les numéros du rôle 25 282 et 25 348,

rejette les moyens de nullité opposés à l'acte d'appel et à l'acte de dénonciation de l'acte d'appel,

donne acte à **A.)** de ce qu'il ne revêt plus les fonctions de curateur des faillites ARDENIA S.A. et ARDENIA UNDERWRITING MANAGEMENT S.AR.L.,

dit l'appel irrecevable pour autant qu'il est interjeté par **A.)**,

dit l'appel non fondé,

partant, confirme le jugement du 13 janvier 1999,

déclare le présent arrêt commun à **A.)** et à COMPAGNIE FIDUCIAIRE S.C.,

condamne KPMG Audit, **B.)** et les consorts **C.)** aux frais et dépens inhérents à la mise en intervention dirigée le 12 mai 1999 contre COMPAGNIE FIDUCIAIRE S.C. et **A.)**, et en ordonne la distraction au profit de Maître André LUTGEN qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance,

condamne ARDENIA S.A. et ARDENIA UNDERWRITING MANAGEMENT S.AR.L., représentées par leur curateur Maître Paul MOUSEL, aux autres frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître André ELVINGER et de Maître André LUTGEN qui la demandent, affirmant en avoir fait l'avance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Madame le conseiller Marie-Anne STEFFEN, en présence du greffier Daniel SCHROEDER.

Madame la Présidente de chambre Eliette BAULER étant dans l'impossibilité de signer, la minute du présent arrêt est signée, conformément à l'article 82 de la loi du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, par le conseiller le plus ancien en rang ayant concouru audit arrêt.