

Arrêt N° 31/20 – VII – CIV

Audience publique du vingt-six février deux mille vingt

Numéro CAL-2018-00209 du rôle.

Composition:

Karin GUILLAUME, président de chambre;
Elisabeth WEYRICH, premier conseiller;
Yola SCHMIT, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

J),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick MULLER de Luxembourg en date du 2 novembre 2017,

comparant par Maître Philippe-Fitzpatrick ONIMUS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

e t :

1. C),

2. R),

intimés aux fins du susdit exploit MULLER du 2 novembre 2017,

comparant par Maître Bertrand COHEN-SABBAN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

3. la société anonyme E), en liquidation volontaire, représentée par son liquidateur Maître Tania HOFFMANN, avocat à la Cour, demeurant à L-1341 Luxembourg, 7, Place Clairefontaine,

intimée aux fins du susdit exploit MULLER du 2 novembre 2017,

comparant par Maître Tania HOFFMANN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier de justice du 13 janvier 2014, J), comparant par Maître Philippe-Fitzpatrick ONIMUS, a fait donner assignation à C), à R) et à la société E) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de ce siège pour C) et R) s'entendre condamner solidairement sinon in solidum à payer à la société E) le montant de 122.629,94.- euros au titre de remboursement de frais inutiles ou en tout état de cause non exposés dans l'intérêt de la société, ainsi qu'à rembourser à la société E) tous les frais de liquidation.

J) demandait encore à voir condamner la société E) à payer exclusivement entre ses mains le boni de liquidation et à voir mettre à charge de C) et de R) tous les frais exposés par la société E) ne résultant pas de la conduite normale et paisible de la vie de la société.

Il demandait enfin, à voir condamner C) et R) à lui payer la somme de 100.000.- euros en réparation de son préjudice moral ainsi qu'une indemnité de procédure de 10.000.- euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

A l'appui de ses demandes, J) a exposé avoir constitué en date du 12 décembre 2002 la société E) ensemble avec C) et R). Suivant un pacte d'actionnaires oral, ils auraient convenu entre eux de la répartition des coûts et bénéfices de la société suivant une comptabilité analytique.

J) reprochait à C) et R) d'avoir en leur qualité d'administrateurs de la société E), fait procéder à la résiliation de tous les contrats commerciaux en cours et d'avoir ainsi causé un préjudice certain à la société E).

En agissant dans un objectif personnel à l'encontre des intérêts de cette dernière, C) et R) auraient violé le pacte d'actionnaires conclu entre parties

et abusé de leur statut d'actionnaires majoritaires, causant ainsi un préjudice certain à la société E) et à J).

Leurs agissements constitueraient des infractions aux dispositions de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (ci-après « la LSC du 10 août 1915 »), et notamment aux articles 59, alinéa 2 et 171-1 de ladite loi.

Le préjudice financier en résultant se composerait, d'une part, de frais de comptabilité et de domiciliation à hauteur de 50.904,50 euros inutilement générés, et de la dilapidation d'une partie non négligeable des avoirs financiers de la société E) détenus sur un compte banque X), à savoir la somme de 71.725,44 euros. Les frais de liquidation de la société, qui auraient pu être évités si ces derniers lui avaient proposé le rachat de ses parts, devraient être mis à leur charge.

Les agissements de C) et de R) lui auraient causé un préjudice moral évalué à 100.000.- euros, eu égard aux tracas conséquents par lui subis, à l'atteinte à son image de marque, à sa réputation et à ses économies.

Se basant sur l'article 1166 du Code civil, J) entendait principalement exercer l'action oblique en sa qualité d'actionnaire et, partant, de créancier de la société E), contre les actionnaires et administrateurs fautifs de la société.

Subsidiairement il entendait exercer une action paulienne dans la mesure où certaines fautes reprochées à C) et à R) seraient des actes posés au nom de la société E) à son préjudice.

C) et R) ont conclu à voir débouter J) de l'ensemble de ses demandes, contestant la version des faits présentée par ce dernier et en particulier l'existence d'un pacte d'actionnaires quant à la distribution des bénéfices ainsi que le principe et le quantum des préjudices réclamés.

Ils contestaient encore que les conditions d'exercice des actions obliques et pauliennes soient données en l'espèce, en l'absence de toute créance de J) sur la société.

Se fondant sur l'article 1382 du Code civil, C) et R) ont demandé reconventionnellement à voir condamner J) à la somme de 83.200.- euros à titre d'indemnisation pour le temps consacré par R) pour la réalisation d'un audit interne de la société E), audit devenu nécessaire suite au comportement de J) et ont réclamé chacun une indemnité de procédure de 15.000.- euros.

La société E), après avoir soulevé l'exception du libellé obscur, s'est rapportée à prudence de justice quant au fond de l'affaire, concluant à se voir allouer une indemnité de procédure de 2.000.- euros.

Par jugement du 5 juillet 2017, le tribunal d'arrondissement, après avoir écarté le moyen de nullité tiré du libellé obscur, a dit irrecevables l'action oblique et l'action paulienne intentées par J), a dit recevable mais non fondée la demande dirigée contre la société E) et a dit recevable mais non fondée la demande en indemnisation de J) contre C) et R) et non fondée la demande reconventionnelle formulée par ces derniers contre J).

J) a été condamné à payer une indemnité de procédure de 500.- euros à C), de 500.- euros à R) et de 500.- euros à la société E) S.A.

Le jugement a été signifié par un huissier de justice de Luxembourg en date du 11 septembre 2017 et délivré à J) le 15 septembre 2017 et ce dernier a régulièrement relevé appel en date du 31 octobre 2017 compte tenu du délai de distance de 15 jours qui s'ajoute, suivant l'article 167 du NCPC, au délai d'appel de 40 jours.

J) reproche aux magistrats de première instance de lui avoir refusé l'exercice des actions obliques et paulienne au motif qu'il ne serait pas créancier de la société E), faisant valoir que sa qualité d'actionnaire de la société ne serait pas contestée et que les caisses de la société en liquidation étant bien approvisionnées, il ne ferait pas de doute qu'il serait bien créancier de la société. L'inactivité de son débiteur, la société E), serait également donnée, le liquidateur se refusant à toute action.

L'appelant conclut encore à se voir allouer une indemnité de procédure de 1000.- euros.

Il maintient sa demande contre la société E) qui serait liée par le pacte d'actionnaires pour l'avoir accepté, la mise en œuvre du pacte d'actionnaires s'étant, selon l'appelant, faite avec la pleine connaissance et l'approbation de la société.

Les intimés contestent l'existence d'un pacte d'actionnaires et font valoir que l'existence de ce dernier ne résulterait nullement de la correspondance invoquée par l'appelant. Ils contestent que les conditions de l'action oblique soient données et concluent en ordre subsidiaire à voir la demande déclarée non fondée.

Ils formulent appel incident pour autant qu'ils ont été déboutés de leur demande reconventionnelle en dommages et intérêts portant principalement sur le temps consacré à l'audit interne de la société auquel ils ont dû se

livrer (83.200.- euros) et subsidiairement sur les frais d'avocat qu'ils ont été contraints d'exposer (soit 7.850,45 euros chacun) et concluent à se voir allouer chacun une indemnité de procédure de 1.500.- euros pour l'instance d'appel.

Le magistrat instructeur ayant révoqué l'ordonnance de clôture pour permettre aux différentes parties de justifier de leur qualité d'actionnaire, dès lors qu'il ressortait des pièces versées que les actions ont été initialement souscrites par des personnes morales, Maître Tania HOFFMANN a versé à la demande des parties une copie du registre des actionnaires de la société E) dont il résulte que J), C) et R) étaient initialement titulaires d'actions au porteur de la société, à raison de 22 parts chacun. J) a demandé la conversion de 11 de ces actions en titre nominatifs et a déposé les 11 autres actions entre les mains d'un dépositaire en la personne de Maître Philippe-Fitzpatrick ONIMUS.

Soutenant que C) et R) n'auraient pas procédé à cette formalité endéans les délais légaux, J) demande à voir constater la suppression de leur droit de vote, sur base de l'article 6 de la loi du 28 juillet 2014 relative à l'immobilisation des actions et parts au porteur et à la tenue du registre des actions nominatives et du registre des actions au porteur entrée en vigueur le 17 août 2014.

C) soulève l'irrecevabilité de cette demande au motif qu'il s'agirait d'une demande nouvelle, subsidiairement il en demande le débouté, les actions ayant été déposées entre ses mains.

Appréciation de la Cour

Quant à la recevabilité de la demande en suppression du droit de vote de C) et R) sur base de la loi du 17 août 2017 précitée

Aux termes de l'article 592 du NCPC, il ne sera formé en cause d'appel, aucune nouvelle demande, à moins qu'il ne s'agisse de compensation, ou que la demande nouvelle soit la défense à l'action principal.

Ne constitue pas une demande nouvelle une demande additionnelle connexe à la demande principale ayant identité de cause et d'origine.

En l'espèce la demande tendant à voir les intimés privés de leur droit de vote dans la société en liquidation diffère par sa cause de la demande originaire qui tend à voir engager leur responsabilité. C'est dès lors à bon droit que les intimés en soulèvent l'irrecevabilité.

Quant à l'appel principal

1) *Quant aux actions intentées au nom et pour le compte de la société E)*

- quant à l'action oblique intentée par J)

Faisant état des préjudices occasionnés à la société E) par les agissements reprochés aux intimés, à savoir frais de fiduciaire inutilement causés à la société et dilapidation des actifs de la société à hauteur de 122.629.- euros et frais de liquidation de la société (non chiffrés), J) a exposé exercer l'action oblique en sa qualité de créancier de la société E).

Conformément à l'article 1166 du Code civil, les créanciers sociaux peuvent exercer, par la voie oblique, les droits et les actions de la société : le créancier se substitue à la personne morale défaillante. L'action oblique constitue une action attitrée que la loi attribue au créancier, pour reconstituer l'actif de la société débitrice (G. Cornu et J. Foyer, Procédure civile, op. cit. n° 77, p. 336). L'action oblique est en principe ouverte aux créanciers sociaux qui remplissent les conditions dégagées par la jurisprudence en droit commun (Sur les conditions de l'action oblique, V. JCl. Civil Code, Art. 1166 ou Notarial Répertoire V° Contrats et obligations, fasc. 38. – adde F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, Les obligations : Dalloz, 8e éd. 2002, n° 1141 s.).

Un arrêt ancien de la Cour de cassation a refusé aux associés le bénéfice de l'action oblique dans le cadre d'une liquidation de société (Cass. com., 2 mai 1968 : Bull. civ. 1968, IV, n° 144 ; D. 1968, somm. p. 111 ; RTD com. 1968, p. 1087, obs. R. Houin). Cette jurisprudence a été récemment réaffirmée par la Haute juridiction au motif que « si les associés ont un droit ouvert au partage à l'issue de la liquidation, ils ne sont pas pour autant des créanciers pouvant exercer l'action oblique au lieu et place de la société » (Cass. 1re civ., 2 oct. 2002, Lévi c/ Scamps : Bull. Joly 2002, p. 1340, obs. P. Le Cannu).

Il a été soutenu que l'action oblique pourrait être ouverte aux actionnaires en tant que créanciers du boni de liquidation : certes, ils ne viennent qu'en rang hypo-chirographaire, mais, comme l'a relevé un auteur (M. Le Cannu) nul n'a jamais songé à dénier l'action oblique d'un créancier à raison de la seule présence d'un créancier de rang préférable (Cass. 1re civ., 2 oct. 2002, préc.), cependant, la jurisprudence exige que le demandeur à l'action oblique puisse invoquer une créance certaine liquide et exigible : or, les créances des actionnaires ne deviennent exigibles qu'après l'achèvement des opérations de liquidation de la société. Cette constatation éclaire la référence à un droit ouvert au partage dans les décisions qui

refusent l'action oblique aux associés : faute de pouvoir invoquer une créance exigible, les actionnaires ne peuvent agir par la voie oblique.

J) n'ayant pas établi que les opérations de liquidation seraient achevées et qu'il serait à ce titre titulaire d'une créance, il n'a pas justifié d'une créance certaine, liquide et exigible.

Il résulte de ces développements que c'est à bon droit que les juges de première instance ont dit irrecevable l'action oblique introduite par J).

- quant à l'action paulienne dirigée par J) contre les intimés

La première condition pour exercer l'action paulienne étant d'avoir la qualité de créancier de celui qui s'est appauvri frauduleusement et J) n'ayant pas, aux termes des développements qui précèdent, établi l'existence d'une créance certaine dans son chef, c'est encore à bon droit que les premiers juges ont déclaré sa demande irrecevable sur cette base, abstraction faite du fait que les autres conditions d'application de cet article ne sont pas données en l'espèce.

2) *Quant aux actions intentées par J) à titre personnel*

- quant à la demande dirigée contre la société E)

J) a demandé à voir condamner la société E) à lui payer l'intégralité du boni de liquidation sur base du pacte d'actionnaires non écrit qu'il invoque.

Le tribunal ayant à bon droit relevé qu'en vertu de l'effet relatif des conventions découlant de l'article 1165 du Code civil, la société, dès lors qu'elle n'est pas signataire d'un pacte conclu entre certains de ses associés, doit être considérée comme un tiers aux pactes extrastatutaires et qu'il en résulte comme conséquence immédiate, l'inopposabilité de ces pactes à la société (JurisClasseur Commercial, Fasc. 1486 : SOCIÉTÉS ANONYMES – Pactes d'actionnaires, n° 84), à moins qu'il ne soit établi que la société ait accepté le pacte litigieux, J) fait actuellement valoir que la société aurait accepté le pacte d'actionnaire suivant lequel les parties auraient convenu de se distribuer entre eux les bénéfices en fonction des revenus générés par l'activité de chacun.

J) soutient à l'appui de cette affirmation que les décisions du conseil d'administration en auraient tenu compte dans la répartition des frais et produits dans le chef des actionnaires chaque année, plus précisément dans la prolongation ou résiliation des contrats de travail des actionnaires.

Les intimés contestent toujours l'existence d'un pacte d'actionnaire affirmant qu'aucune règle de distribution des bénéfices n'aurait existé et se prévalant de la distribution égalitaire par la fiduciaire Y) en décembre 2005, soit après le mail du 5 juin 2005 (pièce 2 Maître ONIMUS) par lequel J) avait proposé à ses associés un système de prime lorsque l'affaire était conclue par le biais de l'un d'entre eux.

L'appelant entend établir l'existence du Pacte par présomptions, invoquant la liberté de preuve en matière commerciale.

Il soutient que les échanges de correspondance versés démontreraient à suffisance la volonté des actionnaires de se répartir par voie de salaire ou de primes les bénéfices éventuels générés uniquement en fonction du travail de chacun et non sur base de dividendes globaux en fin d'exercice.

Aux termes de l'article 1853 du Code civil, lorsque l'acte de société ne détermine point la part de chaque associé dans les bénéfices ou pertes, la part de chacun est en proportion de sa mise de fond dans la société.

A défaut pour J) d'avoir justifié de l'insertion dans les statuts d'une clause prévoyant une distribution inégalitaire des bénéfices entre associés, il est à débouter de sa demande en allocation de l'intégralité du boni de liquidation de la société E).

Tant les mails postérieurs aux statuts, invoqués en l'espèce par l'appelant, que son offre de preuve tenant à établir l'existence d'une comptabilité analytique sont dès lors à écarter des débats pour défaut de pertinence.

- quant à la demande en indemnisation dirigée par J) contre C) et R)

Le tribunal avait analysé cette demande sur base de la responsabilité contractuelle et en a débouté J) au motif qu'il serait resté en défaut d'établir les préjudices invoqués.

C'est à juste titre que le tribunal a considéré que J) n'avait pas établi l'atteinte apportée à sa réputation par le comportement des intimés dès lors qu'il a reconnu dans l'assignation avoir retrouvé un emploi.

Il fait encore état du tracas subi du fait qu'il a été le seul à travailler pour la société E) les dernières années et que s'il avait eu conscience du fait qu'il devait in fine partager le fruit de son travail avec les intimés, il aurait pris d'autres dispositions en temps utile. Se retrouver dans une situation ou

une grande partie du travail fourni allait profiter à ses associés lui causerait un grand tracasserie de nature à qualifier de préjudice moral.

Force est de constater que l'appelant a choisi d'exercer son activité dans le cadre d'une société. S'il avait entendu déroger au principe d'une répartition des bénéfices proportionnelle aux apports des associés, il lui aurait appartenu d'en aviser ses associés lors de l'adoption des statuts de la société.

A défaut de l'avoir fait, il ne saurait invoquer à titre de préjudice le fait de devoir partager les bénéfices de la société avec ses associés, partage qui découle du choix d'exercer son activité professionnelle en société et non à titre individuel.

Quant à la prétendue atteinte à ses économies non autrement chiffrée invoquée par J), le tribunal a relevé à juste titre qu'un tel dommage, à le supposer établi, constituait en principe un dommage matériel et ne saurait être indemnisé au titre du préjudice moral réclamé.

L'appel principal est partant à déclarer non fondé et le jugement entrepris est à confirmer en ce qu'il a débouté J) de l'ensemble de ses demandes.

Quant à l'appel incident

C) et R) avaient demandé reconventionnellement la condamnation de J) au paiement de la somme de 83.200.- euros à titre d'indemnisation pour le temps consacré par R) pour la réalisation d'un audit interne de la société E) rendu nécessaire par le comportement de J).

Les juges de première instance les ont déboutés de cette demande, après avoir relevé à bon escient et par une motivation adéquate, que C) et R) restaient en défaut de démontrer qu'il y aurait un lien direct entre la faute reprochée à J), à savoir sa prétendue opposition à la mise en liquidation de la société et le dommage allégué, à savoir le temps consacré par R) à la rédaction de l'audit.

Dans leurs conclusions d'appel, les appelants sur incident se sont contentés de détailler les prestations réalisées par R) sans pour autant justifier du lien causal entre l'audit réalisé et la faute reprochée à J).

Par adoption des motifs des premiers juges, la Cour retient dès lors que cette demande est à déclarer non fondée.

En ordre subsidiaire, les intimés ont encore par conclusions du 30 avril 2018 formulé sur base de l'article 1382 du Code civil une demande tendant au remboursement des frais d'avocats exposés, se prévalant d'une décision de la Cour de cassation du 9 février 2012 invoquant le principe d'une réparation intégrale de leur préjudice faisant valoir que les honoraires et frais d'avocat ou de conseil exposés par la victime d'une faute contractuelle peuvent constituer un élément de son dommage donnant lieu à indemnisation.

Ils chiffrent leur demande à 15.700,91 euros, soit 7.850,45 euros pour chacun des intimés et versent les factures de leur avocat ainsi que les preuves de leur paiement.

A titre de faute contractuelle justifiant la mise à la charge de J) des honoraires de leur avocat, ils font état de la légèreté de l'action de ce dernier, de ses manoeuvres procédurales pour vider de sa substance une injonction délivrée le 26 octobre 2018, de sa déloyauté pour avoir versé aux juges de première instance, des pièces non communiquées à l'adversaire.

Force est de constater que les fautes invoquées constituent des incidents de procédure, mais non des fautes dans l'exécution du contrat ayant lié les parties.

Les intimés étant restés en défaut de justifier d'une faute contractuelle dans le chef de J) justifiant la mise à sa charge des frais d'avocat par eux exposés, ils sont à débouter de cette demande basée sur l'article 1382 du Code civil.

Pour autant que la demande tende en réalité à la récupération des frais d'avocat au titre de dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire, elle est à déclarer non fondée. Il est en effet de principe que pour donner lieu à des dommages et intérêts l'exercice de l'action en justice a dû constituer un acte de malice ou de mauvaise foi ou être le résultat d'une erreur grossière équipollente au dol, ce qui laisse d'être établi en l'espèce.

Les frais et indemnités de procédure

J) ayant succombé à son appel, il est à débouter de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure et à condamner aux frais et dépens de l'instance d'appel.

L'équité commande en revanche d'allouer à C) et à R) une indemnité de procédure de 1.000.- euros chacun.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel principal et l'appel incident en la forme,

les dit non fondés,

confirme le jugement entrepris,

dit la demande en suppression du droit de vote de C) et de R) sur base de la loi du 17 août 2017 précitée formulée en appel irrecevable,

dit la demande en condamnation de J) aux frais d'avocats exposés par C) et R) recevable, mais non fondée,

déboute J) de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure,

dit la demande en allocation d'une indemnité de procédure de C) et de R) fondée,

condamne J) à payer à C) et R) une indemnité de procédure de 1.000.- euros chacun,

condamne J) aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Bertrand COHEN-SABBAN, sur ses affirmations de droit.