

Audience publique du vingt-sept octobre deux mille vingt-et-un

Numéro CAL-2019-00826

Composition:

Thierry HOSCHEIT, président de chambre ;
Françoise SCHANEN, conseiller ;
Joëlle DIEDERICH, conseiller ;
André WEBER, greffier.

E n t r e :

la société en commandite par actions SOC.1.) HOLDING, société de gestion patrimoniale (SPF), établie et ayant son siège social à L-(...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B(...), représentée par son gérant commandité actuellement en fonctions, la société anonyme **SOC.2.)**, ayant son siège social à la même adresse,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Luana COGONI, en remplacement de l'huissier de justice Véronique REYTER d'Esch/Alzette en date du 22 juillet 2019,

comparant par la société en commandite simple KLEYR GRASSO, établie et ayant son siège social à L-2361 Strassen, 7, rue des Primeurs, inscrite sur la liste V de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, qui est constituée et en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée par son gérant, la société à responsabilité limitée KLEYR GRASSO GP, établie à la même adresse, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B220442 , représentée aux fins de la présente procédure par Maître Marc KLEYR, avocat à la Cour, demeurant à professionnellement à la même adresse,

assisté de Maître Patrick KINSCH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1. A.), pris en sa qualité d'ancien administrateur de la société anonyme **SOC.3.),** demeurant à L-(...),

2. B.), pris en sa qualité d'ancien administrateur de la société anonyme **SOC.3.),** demeurant à B-(...),

3. C.), pris en sa qualité d'ancien administrateur de la société anonyme **SOC.3.),** demeurant à B-(...),

intimés aux fins du susdit exploit COGONI du 22 juillet 2019,

comparant par la société en commandite simple BONN STEICHEN & PARTNERS, établie et ayant son siège social à L-2370 Howald, 2, rue Peternelchen, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B211933, représentée par son gérant actuellement en fonctions, à savoir la société à responsabilité limitée BONN STEICHEN & PARTNERS, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B211880, elle-même représentée aux fins de la présente procédure par Maître Fabio TREVISAN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg

4. la société anonyme SOC.3.), établie et ayant son siège social à L-(...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B(...), représentée par son administrateur provisoire actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit COGONI du 22 juillet 2019,

comparant par Maître Yann BADEN, avocat à la Cour, demeurant à Gonderange, pris en sa qualité d'administrateur provisoire de la société anonyme **SOC.3.),**

5. la société anonyme SOC.4.), établie et ayant son siège social à L-(...), , inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit COGONI du 22 juillet 2019,

comparant par Maître Nicolas THIELTGEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 8 juin 2018, la société en commandite par actions **SOC.1.) HOLDING** (ci-après la société **SOC.1.)**) a fait donner assignation à **A.)**, à **B.)** et à **C.)** (ci-après les ADMINISTRATEURS) pour voir dire qu'ils ont engagé leur responsabilité en tant qu'administrateurs de la société anonyme **SOC.3.)** (ci-après la société **SOC.3.)**) pour avoir commis au cours des années 2012 et 2013 des fautes de gestion et des violations de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales et pour les voir condamner solidairement sinon in solidum à payer à la société **SOC.3.)** la somme de 2.784.733.- euros à augmenter des intérêts légaux à partir de l'assignation.

La société **SOC.1.)** a encore demandé à ce que les ADMINISTRATEURS soient condamnés solidairement sinon in solidum à lui payer une indemnité de procédure de 7.500.- euros et au paiement des frais et dépens de l'instance.

La société **SOC.1.)** a encore fait donner assignation à la société **SOC.3.)** et à la société anonyme **SOC.4.)** (ci-après la société **SOC.4.)**), avec laquelle elle détient à parts égales le capital social de la société **SOC.3.)**, pour leur voir déclarer commun le jugement à intervenir.

La société **SOC.1.)** a finalement demandé à voir ordonner l'exécution provisoire du jugement à intervenir.

Par jugement du 13 juin 2019, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a déclaré irrecevable la demande ainsi introduite.

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal d'arrondissement, après avoir écarté l'exception du libellé obscur soulevée par les ADMINISTRATEURS, a reconnu le bien-fondé de leur moyen d'irrecevabilité qualifié de défaut de qualité à agir dans le chef de la société **SOC.1.)**. A cet effet, le tribunal d'arrondissement a considéré que les dispositions de l'article 444-2 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (ci-après la LSC) étaient claires en ce qu'elles réservaient l'action y consacrée telle qu'introduite par la loi du 10 août 2016 aux seuls actionnaires minoritaires considérés comme étant ceux qui disposent de moins de 50% des droits de vote, et que la société **SOC.1.)** ne remplissait pas cette condition pour détenir exactement 50% des droits de vote. Un actionnaire égalitaire ne remplirait pas la condition d'être un actionnaire minoritaire.

Pour répondre au moyen d'inconstitutionnalité de l'article 444-2 LSC en ce que cette disposition serait contraire au principe d'égalité, le tribunal

d'arrondissement a considéré que même si ce reproche devait être reconnu comme étant fondé, il n'en résulterait pas la reconnaissance du droit d'agir au profit de l'actionnaire égalitaire, de sorte que la réponse à la question soulevée ne serait pas nécessaire pour rendre un jugement.

De ce jugement, signifié par exploit d'huissier du 4 juillet 2019, la société **SOC.1.)** a relevé appel dans les forme et délai de la loi suivant exploit d'huissier du 22 juillet 2019.

A travers son acte d'appel, la société **SOC.1.)** demande en ordre principal à voir dire, à travers une interprétation non pas littérale mais téléologique de l'article 444-2 LSC, que tout comme l'actionnaire minoritaire, l'actionnaire égalitaire dispose du droit d'action consacré par cette disposition légale. En ordre subsidiaire, et pour le cas où il faudrait admettre que l'article 444-2 LSC devait signifier que l'actionnaire égalitaire était exclu du droit d'action afférent, la société **SOC.1.)** demande à voir constater que de ce fait la loi serait affectée d'une lacune et à voir dire par voie de raisonnement par analogie que le même droit d'action devait être reconnu à l'actionnaire égalitaire. En dernier ordre de subsidiarité, et pour le cas où ni le raisonnement téléologique, ni le raisonnement par analogie devait conduire à voir reconnaître le droit d'action de l'article 444-2 LSC à l'actionnaire égalitaire, la société **SOC.1.)** demande à voir constater que cette situation pose problème au regard du principe constitutionnel d'égalité et à voir soumettre cette problématique par voie de question préjudicielle à la Cour constitutionnelle.

Par ordonnance du magistrat de la mise en état du 27 janvier 2021, l'instruction a été clôturée.

Par avis du 30 avril 2021, l'affaire a été renvoyée à l'audience des plaidoiries du 29 septembre 2021.

Conformément aux dispositions de l'article 2, (2) de la loi modifiée du 19 décembre 2020 portant adaptation temporaire de certaines modalités procédurales en matière civile et commerciale, les mandataires des parties ont été informés par écrit le 17 septembre 2021 de la composition du siège.

Les mandataires des parties ont été entendues en leurs plaidoiries à l'audience du 29 septembre 2021.

Les mandataires des parties ont été informés par écrit de la date du prononcé.

Remarques liminaires

Pour répondre aux moyens et arguments des parties, la Cour fera abstraction de l'intégralité des longs développements consacrés dans leurs écritures à l'historique de leurs relations et au fond du litige qui les oppose, tout comme elle fera abstraction des supputations des ADMINISTRATEURS et de la société SOC.4.) sur les motifs étrangers au fonctionnement de la société SOC.3.) qui animent la société SOC.1.) pour entamer et poursuivre son action, dans la mesure où la connaissance et l'appréciation de ces éléments sont étrangers à la question de la recevabilité de la demande initiale de la société SOC.1.) telle que débattue devant la Cour.

En fait, la Cour retient qu'il n'est pas discuté entre parties que la société SOC.1.) et la société SOC.4.) détiennent chacune 50% des actions de la société SOC.3.).

Il n'est pas non plus discuté que lors des assemblées générales des 14 juin 2013, 10 mars 2014 et 30 octobre 2014, tant l'approbation des comptes sociaux des années 2012 et 2013 que la décharge aux administrateurs a été refusée, et que les administrateurs n'ont pas à ce jour obtenu décharge de leur gestion.

En droit, la question de recevabilité de l'action de la société SOC.1.) fait appel à l'application de l'article 444-2 LSC (initialement numéroté 63bis), rédigé comme suit :

Une action peut être intentée contre les administrateurs ou membres du directoire ou du conseil de surveillance, selon le cas, pour le compte de la société par des actionnaires minoritaires ou titulaires de parts bénéficiaires.

Cette action minoritaire est intentée par un ou plusieurs actionnaires ou titulaires de parts bénéficiaires possédant, à l'assemblée générale qui s'est prononcée sur la décharge, des titres ayant le droit de voter à cette assemblée représentant au moins dix pour cent des voix attachées à l'ensemble de ces titres

Cette disposition légale a été introduite par la loi du 10 août 2016 portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et modification du Code civil et de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises.

Application de la loi dans le temps

Positions des parties

La société SOC.3.), représentée par son administrateur provisoire, soulève la question de savoir si la disposition légale en cause, introduite en 2016, est susceptible de s'appliquer à des faits antérieurs à son entrée en vigueur.

La société SOC.1.) estime qu'en l'absence de dispositions transitoires particulières dans la loi du 10 août 2016, les dispositions sur le droit d'action nouvellement créé au profit des actionnaires minoritaires par l'article 444-2 LSC seraient directement applicables à partir de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi et pourraient bénéficier aux actionnaires minoritaires pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de cette loi pour autant que les administrateurs à mettre en cause n'auraient pas bénéficié d'une décharge régulièrement votée et que la mise en cause de leur responsabilité ne serait pas affectée de prescription.

Appréciation de la Cour

L'article 444-2 LSC introduit par la loi du 10 août 2016 ne crée pas un nouveau cas de responsabilité à charge des administrateurs de sociétés. Il s'inscrit dans le cadre de l'*actio mandati* qui était et continue à être à disposition de la société en cas de fautes commises par les administrateurs dans le cadre de la gestion qui leur a été confiée. Le nouvel article 444-2 a seulement pour effet de conférer le droit d'agir au nom et pour compte de la société à de nouveaux acteurs, les actionnaires minoritaires, qui en étaient auparavant exclus. En ce, il s'agit d'une loi de procédure gouvernant l'introduction de l'action en justice. Or, les conditions requises pour agir en justice devant être appréciées d'après la loi en vigueur au jour où l'action est intentée (P. Roubier, *Les conflits de lois dans le temps*, Editions Dalloz et Sirey, 2^e édition, 1960), la société **SOC.1.)** peut se prévaloir des nouvelles dispositions légales pour introduire son action en 2018, nonobstant le fait qu'elle porte sur des faits antérieurs à l'adoption de la nouvelle règle de procédure.

Droit d'action de l'actionnaire paritaire

La société **SOC.1.)** fait valoir par ordre croissant de subsidiarité que l'interprétation téléologique doit l'emporter sur l'interprétation littérale mise en œuvre par les premiers juges, que la solution retenue par les premiers juges révélerait une lacune de la loi qu'il appartiendrait à la Cour de combler par voie d'interprétation par analogie et que la solution retenue par les premiers juges aboutirait à une interrogation par rapport au principe constitutionnel d'égalité qu'il conviendrait de soumettre à la Cour constitutionnelle sans pouvoir l'écarter pour défaut de pertinence tel que l'ont fait les premiers juges.

Interprétation littérale v. interprétation téléologique

Il est constant en cause que les juges de première instance ont fait une interprétation littérale de l'article 444-2 en décidant que la notion de « *actionnaires minoritaires* » devait être appliquée comme se rapportant à l'actionnaire qui détient moins que 50% des droits de vote, condition qui n'est pas remplie dans le chef de l'actionnaire qui détient exactement 50% des droits de vote. Le fondement du raisonnement des premiers juges est clairement exprimé à travers l'utilisation itérative aux pages 9 à 11 de leur jugement du terme de « clair » et de la référence à la théorie du texte clair.

Positions des parties

La société SOC.1.) reproche aux premiers juges d'avoir fait application de la théorie de l'acte clair, alors qu'une telle théorie souffrirait d'importantes lacunes et imperfections. Ainsi, il n'existerait pas de critère pour déterminer la clarté d'un texte¹. Une application littérale d'un texte à la lumière de sa prétendue clarté 1/ risquerait encore d'aboutir à des résultats absurdes, illogiques, déraisonnables, incohérents ou non rationnellement justifiés, 2/ ne tiendrait pas compte de ce que le langage juridique ne serait au Luxembourg qu'un usage particulier de la langue française ordinaire et que les termes juridiques n'auraient pas dans l'absolu un sens clair et 3/ prendrait appui sur la prémisse que le texte n'aurait pas besoin d'interprétation, alors que l'affirmation de sa clarté procéderait déjà d'une interprétation². Pour appuyer son argumentation, la société **SOC.1.)** cite encore un jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg (« s'il est bien vrai qu'une loi dérogative au droit commun, comme la loi de 1955, est à interpréter restrictivement, il n'en reste pas moins que toute loi, fut-elle d'exception, doit être interprétée aussi selon sa ratio legis et qu'en cas de conflit entre ces deux règles d'interprétation, c'est la dernière qui doit prévaloir »)³ et un arrêt de la Cour administrative (« Lorsque les termes employés par un texte légal est susceptible de plusieurs acceptions – ce qui est toujours le cas lorsque les parties au litige ne s'accordent pas sur une signification unique, sauf argument manifestement déraisonnable – il appartient au juge de l'interpréter, c'est-à-dire de déterminer sa ou ses significations concrètes à partir de sa formulation générale. Le langage, véhicule de la pensée, n'est pas à ce point précis que tous les mots soient susceptibles d'avoir un seul sens. L'on ne saurait s'en tenir à qualifier un texte de clair lorsque plusieurs significations peuvent rationnellement lui être attribuées. Même l'application du texte légal le plus clair en apparence peut nécessiter une démarche d'interprétation lorsqu'une application

¹ Conclusions du Ministère public devant la Cour de cassation, reproduites à la suite d'un arrêt de la cour de cassation du 12 mai 2011, Pas. 35, page 797, citant P. Delnoy, *Eléments de méthodologie juridiques*, Larcier, 1^e édition, 2006, page 172

² P. Hurt, *Attendu que la loi est claire ... Propos irrévérencieux sur l'utilisation de l'argument du sens clair en jurisprudence luxembourgeoise*, JTL n° 12, décembre 2010, page 193

³ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg 29 janvier 1982, Pas. 25, page 323.

littérale conduirait à un résultat incohérent ou non rationnellement justifié, humainement ou scientifiquement. Un texte de loi tend, par nature, à exprimer la volonté du législateur qu'il faut scruter en ayant égard à sa genèse et éviter de trahir sous prétexte de sa clarté linguistique. Ainsi, la signification première d'un texte peut se révéler trop large ou trop restreinte par rapport à la véritable intention du législateur »)⁴. La Cour pourrait s'inspirer des solutions admises par les juridictions administratives sur les questions d'interprétation de la loi.

La société **SOC.1.)** reproche ensuite aux premiers juges d'avoir donné un sens erroné à la notion d'actionnaire « minoritaire » en retenant que serait minoritaire celui qui disposerait de moins de 50% des droits de vote, alors que la notion de « minoritaire » renverrait à celui qui ne détient pas de la majorité des droits de vote. Tel serait son cas en tant que détenteur de 50% des droits de vote.

La société **SOC.1.)** relève encore que la solution admise par les premiers juges conduirait à une solution incohérente et non rationnellement justifiée dans la mesure où les actionnaires détenant seuls ou à plusieurs entre 10% et 49,9% des droits de vote ainsi que les actionnaires détenant ensemble 50% des droits de vote pourraient agir en responsabilité à l'encontre des administrateurs en mettant en œuvre l'*actio mandati* des minoritaires sur base de l'article 444-2 LSC et que les actionnaires détenant seuls ou à plusieurs entre 50,1 et 100% des droits de vote pourraient déclencher l'*actio mandati* ordinaire par un vote à l'assemblée générale sur base de l'article 441-9 LSC, alors que l'actionnaire détenant 50% des droits de vote ne disposerait de la possibilité d'agir en responsabilité à l'encontre des administrateurs qu'au prix d'importantes démarches (mise à l'ordre du jour de l'assemblée générale de l'*actio mandati*, action en annulation du refus de voter l'*actio mandati*, action en vue de voir nommer un mandataire ad hoc pour intenter l'*actio mandati*).

La société **SOC.1.)** souligne enfin que la solution retenue par les premiers juges omettrait de tenir compte de la finalité de la loi, alors cependant que celle-ci devrait être le critère primordial à prendre en considération pour interpréter les textes de loi. La prise en compte de cette finalité dans une approche téléologique devrait conduire à retenir que l'objectif du législateur de 2016 était de favoriser la mise en cause de la responsabilité des administrateurs en permettant aux actionnaires ne disposant pas de la majorité des droits de vote de se substituer à la majorité défaillante pour défendre l'intérêt social. La « défaillance » de la majorité pourrait se manifester soit à travers le refus de la majorité existante de voter en faveur de l'*actio mandati*, soit à travers l'inexistence d'une majorité en

⁴ Cour administrative 7 juin 2012, JTL 2013, 5 juin 2013, n° 27, page 85, commenté par P. Hurt, *Quamvis clara lex sit, interpretanda est*. La Cour administrative condamne la doctrine du sens clair des lois, JTL 2013, 5 juin 2013, n° 27, page 65.

cas de répartition paritaire des droits de vote, tel qu'en l'espèce. Face à cet objectif, la notion d'actionnaire « minoritaire » devrait être interprétée comme englobant l'actionnaire détenant 50% des droits de vote, qui de ce fait ne serait pas en mesure de faire voter l'assemblée générale en faveur de l'*actio mandati*.

La société **SOC.1.)** cite enfin la jurisprudence belge qui, statuant sur base d'une disposition légale dont l'article 444-2 LSC s'était inspiré et à laquelle il était substantiellement identique, aurait statué dans le sens préconisé par elle. En se prononçant sur le fond des actions introduites, ces décisions auraient nécessairement, ne serait-ce qu'implicitement, admis la recevabilité de ces actions.

En cours d'instance, la société **SOC.1.)** a encore opéré un parallèle avec l'article 1400-3 LSC, instituant la possibilité pour les actionnaires d'imposer la confection d'un rapport de gestion, pour souligner que cette disposition a été introduite ensemble avec l'article 444-2 LSC pour renforcer les droits des actionnaires minoritaires et que l'action aux fins d'expertise de gestion a été reconnue au profit de l'actionnaire détenant 50% des droits de vote. Il conviendrait d'interpréter l'article 444-2 LSC à l'identique pour lui conférer sens plein, entier et logique, alors même que l'article 1400-3 LSC ne contient pas le terme « minoritaire ».

Les ADMINISTRATEURS concluent à la confirmation du jugement de première instance. Ils soutiennent par principe que les dispositions législatives claires devraient être appliquées dans le sens de leurs termes, sans qu'on ne puisse procéder à une quelconque interprétation. Elles citent un jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg en ce sens (« L'interprétation de la loi par le juge doit se fonder sur la volonté du législateur telle qu'elle est formulée dans le texte de loi. Si le texte est clair, le juge n'a pas la mission de chercher les intentions du législateur et, le cas échéant, de les faire prévaloir sur le texte légal »)⁵. La rédaction de l'article 444-2 LSC serait claire en ce que la notion d'actionnaire « minoritaire » ne viserait que l'actionnaire détenant moins que 50% des droits de vote. Le législateur ayant pris soin de préciser que l'action était aussi ouverte aux détenteurs de parts bénéficiaires, il n'aurait pas manqué de préciser qu'elle était aussi ouverte à l'actionnaire paritaire si tel avait été sa volonté. L'objectif poursuivi par le législateur aurait été « de permettre à la minorité de se substituer à une majorité défaillante pour prendre en charge l'intérêt social sacrifié par celle-ci », situation qui ne se présenterait pas en l'espèce en l'absence d'actionnaire majoritaire.

⁵ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg 29 septembre 1982, Pas, 25, page 453.

Les ADMINISTRATEURS indiquent erronément comme date du jugement le 29 janvier 1982 et omettent d'indiquer des références de publication précises et complètes, ce qui a pu induire la société **SOC.1.)** en erreur sur la décision visée.

Les parties défenderesses invoquent encore différentes références lexicales pour soutenir que la notion de « minoritaire » s'appliquerait à celui qui détiendrait moins que la moitié des droits de vote, ce qui ne serait pas le cas de l'actionnaire paritaire. Il serait sans incidence de constater que ce dernier ne serait pas non plus actionnaire majoritaire.

Dans la mesure où le but de l'article 444-2 LSC serait de pallier à la carence du ou des actionnaires majoritaires, il ne pourrait pas trouver à s'appliquer en l'espèce en l'absence d'actionnaire majoritaire. L'article 444-2 LSC visant à remédier aux défaillances de la majorité ne pourrait trouver à s'appliquer qu'en cas de faute commise par la majorité, et non pas en cas d'absence de majorité.

L'exclusion de l'actionnaire paritaire du champ d'application de l'article 444-2 LSC ne serait pas non plus contraire au bon sens, puisqu'une telle exclusion ne priverait pas la disposition légale de toute portée et que l'actionnaire paritaire disposerait d'autres voies de droit pour agir *in fine* en responsabilité à l'encontre des administrateurs. Dans ce cadre, ils relèvent encore que le fait d'être actionnaire paritaire relèverait du choix dudit actionnaire dont il devrait supporter les conséquences.

La référence faite par la société **SOC.1.)** à l'article 1400-2 LSC serait sans pertinence, en raison justement de ce que cette disposition légale ne contiendrait pas de référence à l'actionnaire « minoritaire ».

Les ADMINISTRATEURS réfutent encore toute pertinence aux jurisprudences belges invoquées par la société **SOC.1.)** au motif que ces décisions ne se prononceraient pas sur une question de recevabilité de l'action de l'actionnaire minoritaire et que les décisions des juridictions belges rendues sur base d'un texte de loi belge ne s'imposeraient pas aux juridictions luxembourgeoises.

La société **SOC.4.)** conclut de même à la confirmation des premiers juges en estimant que la rédaction de l'article 444-2 LSC serait claire en ce que l'intention du législateur aurait été de ne viser que l'actionnaire minoritaire compris comme étant celui qui détient moins de 50% des droits de vote, et que la démarche de la société **SOC.1.)**, visant à ajouter un cas d'ouverture de l'action minoritaire au profit de l'actionnaire paritaire non prévu par la loi ne saurait être admise. A l'appui de la défense de la théorie de l'acte clair, la société **SOC.4.)** invoque le même jugement que les parties défenderesses⁶. Le texte clair de l'article 444-2 LSC énoncerait l'intention claire du législateur qui aurait été « de permettre à un actionnaire

⁶ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg 29 septembre 1982, Pas, 25, page 453 : « L'interprétation de la loi par le juge doit se fonder sur la volonté du législateur telle qu'elle est formulée dans le texte de loi. Si le texte est clair, le juge n'a pas la mission de chercher les intentions du législateur et, le cas échéant, de les faire prévaloir sur le texte légal ».

Les parties défenderesses indiquent erronément comme date du jugement le 29 janvier 1982.

minoritaire d'introduire une action pour le compte de la société dans l'hypothèse où la société se trouverait empêchée d'agir contre un administrateur (fautif) en raison de la décharge accordée par l'actionnaire majoritaire à cet administrateur ». Le législateur aurait voulu protéger l'actionnaire minoritaire contre les décisions infondées de l'actionnaire majoritaire, situation qui ne se présenterait pas en présence de deux actionnaires paritaires.

Sur la portée linguistique du terme « minoritaire », la société **SOC.4.)** souligne que, s'agissant de la fraction « la moins importante », cette notion ne saurait s'appliquer à l'actionnaire paritaire qui par définition ne détiendrait pas la fraction la moins importante des droits de vote, mais une fraction égalitaire avec le second actionnaire. Elle fait encore valoir que la « minorité » se définirait par opposition à la « majorité », à savoir la fraction la plus importante en nombre, et qu'en l'absence de majorité, il ne saurait y avoir de minorité. La société **SOC.4.)** cite encore un certain nombre d'autres références lexicales pour soutenir que l'actionnaire minoritaire devrait nécessairement être celui qui détient moins que la moitié des droits de vote.

La société **SOC.4.)** conteste encore que la solution retenue par les premiers juges soit contraire au bon sens. Dans ce cadre, elle relève que l'actionnaire paritaire aurait accepté cette situation en toute connaissance de cause, en vue de promouvoir l'unanimité dans la décision, et qu'il devrait assumer les conséquences de son choix sans pouvoir invoquer à son profit les droits ni des actionnaires majoritaires, ni des actionnaires minoritaires. Si la société **SOC.1.)** estimait subir une injustice de ce fait, ce ne serait pas pour autant contraire au bon sens. La société **SOC.1.)** invoquerait encore à tort le respect du bon sens en disant vouloir se substituer à la majorité défaillante pour prendre en charge l'intérêt social sacrifié par la majorité, alors que justement dans une situation paritaire il n'y aurait pas de majorité à laquelle il conviendrait de se substituer. La société **SOC.1.)** tracerait elle-même les voies de droit qui seraient à sa disposition pour défendre l'intérêt social qu'elle prétendrait menacé.

La société **SOC.4.)** rejette encore tout raisonnement par analogie à l'article 1400-3 LSC en raison essentiellement de ce que cet article ne réserverait pas l'action en question aux actionnaires minoritaires.

La société **SOC.4.)** dénie aussi toute pertinence aux jurisprudences belges citées par la société **SOC.1.)**, dans la mesure où ces décisions ne se seraient pas prononcées sur la question de la recevabilité de l'action de l'actionnaire paritaire. L'interprétation d'un texte de loi belge serait encore sans pertinence pour toiser l'application d'un texte de loi luxembourgeois.

Appréciation de la Cour

Les positions antagonistes présentées par les parties amènent la Cour à prendre position sur les principes devant la guider dans l'application des textes de loi. A cet égard, la Cour relève dans un premier temps à l'attention des parties que si elle n'est de toute évidence pas liée par les décisions rendues par les autres juridictions judiciaires, par les juridictions administratives ou par les juridictions étrangères, de telles décisions peuvent par contre servir d'antécédents pour nourrir la réflexion intellectuelle. A ce titre, elles sont examinées avec attention et intérêt.

La Cour retient ensuite, sur base des arguments échangés et des références doctrinales et jurisprudentielles citées, qu'elle ne saurait souscrire à l'application de la théorie de l'acte clair telle que préconisée par les ADMINISTRATEURS et la société **SOC.4.)** en raison des difficultés conceptuelles à la mettre en œuvre. La notion de clarté évoquée dans cette théorie fait appel à une approche purement littérale, formaliste, du texte tel que rédigé par le législateur en ce que le texte est supposé clair si sa portée s'ouvre avec évidence et de façon identique à tout un chacun qui en fait lecture. Une telle approche de la clarté se heurte toutefois à deux écueils majeurs, qui se combinent entre eux pour se potentialiser. D'une part, les mots et le langage sont polymorphes. Les mots sont susceptibles de revêtir différentes significations et la portée envisagée par le législateur ne se dégage souvent que de la prise en considération du contexte dans lequel ils sont utilisés. D'autre part, la loi exprime par des normes générales et abstraites les règles gouvernant les interactions économiques, juridiques et sociales, sans que le législateur ne puisse imaginer lors de son œuvre rédactionnelle toutes les situations auxquelles pourra donner lieu la vie réelle et sans que la norme du fait de son abstraction et de sa généralité ne puisse adéquatement couvrir toutes ces situations individuelles.

Il appartient au juge d'appliquer la norme générale et abstraite aux cas particuliers qui lui sont soumis. S'il devait se limiter à faire une application littérale du texte de loi tel que rédigé, il risquerait de manquer de donner à la loi son effet utile.

Les problèmes pratiques, théoriques et conceptuels auxquels donne lieu la théorie de l'acte clair ont encore été longuement exposés en doctrine luxembourgeoise⁷ et étrangère⁸ pour que la Cour puisse se limiter à y renvoyer sans en détailler de façon exhaustive la trame de raisonnement.

⁷ P. Hurt, Attendu que la loi est claire ... Propos irrévérencieux sur l'utilisation de l'argument du sens clair en jurisprudence luxembourgeoise, JTL n° 12, décembre 2010, page 193.

P. Hurt, Quamvis clara lex sit, interpretanda est - La Cour administrative condamne la doctrine du sens clair des lois, JTL 2013, 5 juin 2013, n° 27, page 65, note sous Cour administrative 7 juin 2012, JTL 2013, 5 juin 2013, n° 27, page 85.

⁸ Voir notamment les références citées dans les contributions citées à la note précédente.

Il ne peut être exclu que dans son activité d'application de la loi, le juge soit amené à l'appliquer dans le sens clair qui s'en dégage, mais pareille clarté ne peut résulter de sa simple lecture formelle. Le constat éventuel de la clarté de la loi doit prendre en compte tous les éléments de réflexion et d'appréciation avancés par les parties dans le cadre de la présentation de leurs perceptions divergentes de sa portée. Si ces développements ne font pas naître un doute raisonnable sur le sens dans lequel il faut appliquer la loi, elle doit être considérée comme étant claire et comme ne requérant pas d'interprétation. Si par contre les positions divergentes des parties ne sont ni l'une ni l'autre déraisonnables, il appartient au juge de procéder à l'interprétation de la loi en ayant recours aux techniques d'interprétation que sont entre autres la recherche de la volonté du législateur et du but poursuivi par la loi en discussion, la prise en compte des impératifs de justice, le souci d'éviter des solutions incohérentes ou rationnellement non justifiées et la préservation de l'effet utile de la loi.

Cette approche conduit en l'espèce à devoir rejeter une recherche purement linguistique de la signification du terme « minoritaire » par référence à différentes définitions lexicales. L'article 444-2 LSC constitue une norme juridique construite autour d'un langage auquel les lexiques ordinaires ne rendent pas toujours justice. S'il est exact que les ADMINISTRATEURS et la société **SOC.4.)** évoquent également des lexiques économiques, financiers et juridiques pour appuyer leur lecture du sens du mot « minoritaire », la Cour est néanmoins amenée à ne pas retenir comme seul élément de référence ces définitions eu égard à l'argumentation raisonnable et non dénuée de sens développée par la société **SOC.1.)** qui amène à pouvoir considérer que le mot « minoritaire » ne doit pas être compris en l'espèce dans son acception usuelle comme désignant celui qui dispose de moins de droits de vote que le « majoritaire », mais qu'il faut le considérer plus largement dans le cadre de la loi qui a conduit à l'introduction de l'article 444-2 LSC dans sa rédaction sous examen, guidée par le souci de renforcer les droits de certains acteurs de la vie sociale. Il doit en être ainsi d'autant plus que les ADMINISTRATEURS et la société **SOC.4.)**, tout en invoquant la théorie de l'acte clair, font néanmoins elles aussi appel à la volonté du législateur pour cerner la portée de l'article 444-2 LSC et procèdent à une interprétation du terme d'actionnaire « minoritaire » par rapprochement avec d'autres termes de cet article. Même à leurs yeux, la notion ne semble partant pas aussi évidente à cerner sans être mise en rapport avec son contexte et les intentions du législateur.

La nécessité d'une approche plus globale de l'appréciation de la portée de la loi résulte encore de la jurisprudence d'autres juridictions et n'est pas mise en cause par les précédents jurisprudentiels invoqués par les ADMINISTRATEURS et la société **SOC.4.)**.

Au titre d'autres jurisprudences, il convient de faire état, au-delà de l'arrêt de la Cour administrative du 7 juin 2012⁹, tout d'abord d'un arrêt de la Cour de cassation du 12 mai 2011 et des conclusions du Ministère public publiées à sa suite¹⁰. Ayant eu à connaître de la question de la délimitation dans le temps de la protection contre le licenciement du salarié qui s'est déclaré candidat aux élections sociales, limitée d'après la loi à une durée de trois mois à partir de la présentation de la candidature, dans une situation où les élections n'avaient pas pu avoir lieu endéans ce délai de trois mois, la Cour de cassation, suivant en cela les conclusions exhaustives du Ministère public sur les principes gouvernant l'application et l'interprétation de la loi, décide en fin de compte que « la protection spéciale contre le licenciement dont bénéficie le délégué du personnel vise à protéger les salariés qui manifestent leur désir de représenter le personnel ; qu'elle n'a un effet utile que si elle est maintenue au profit du candidat aux fonctions de membre de la délégation du personnel jusqu'à la fin de la procédure électorale » pour étendre la protection au-delà de la durée littéralement fixée dans la loi de trois mois. La Cour de cassation se prononce ainsi explicitement contre une application littérale des termes de la loi pour en rechercher une application utile.

Dans un arrêt du 30 novembre 2017, ayant trait aux cas d'exclusion du bénéfice d'une prestation sociale, la Cour de cassation¹¹ écarte certes une application au-delà des termes de la loi, mais non sans analyser au préalable la stratégie poursuivie par le législateur dont la Cour ne pouvait déduire un principe général d'exclusion. La Cour de cassation se prononce ainsi implicitement contre une simple application littérale des termes de la loi.

Les antécédents invoqués par les ADMINISTRATEURS et la société **SOC.4.)** ne sont pas de nature à inverser ces conclusions.

Ces parties s'emparent tout d'abord de la référence invoquée par les premiers juges comme étant les conclusions du 1^{er} février 2008 du Parquet général dans l'affaire de cassation n° 2528 du registre¹². Par ces conclusions, le Parquet général avait conclu au rejet du pourvoi en cassation qui soutenait que la loi était à appliquer en ce sens que la tentative de blanchiment en matière de stupéfiants n'était pas incriminée. Cette affaire n'est toutefois pas de nature à appuyer l'argument d'une nécessaire application littérale des textes de loi, puisque que le moyen du pourvoi cherchait à démontrer à travers une certaine lecture de la loi sur les stupéfiants telle qu'applicable au litige que la tentative de blanchiment

⁹ Cour administrative 7 juin 2012, JTL 2013, 5 juin 2013, n° 27, page 85, commenté par P. Hurt, *Quamvis clara lex sit, interpretanda est*. La Cour administrative condamne la doctrine du sens clair des lois, JTL 2013, 5 juin 2013, n° 27, page 65.

¹⁰ Cour de cassation 12 mai 2011, Pas. 35, page 797.

¹¹ Cour de cassation 30 novembre 2017, JTL 2019, page 113, commentaire P. Hurt.

¹² La Cour note qu'il s'agit en réalité d'un extrait de la motivation des juges d'appel (Cour d'appel 4 juillet 2007, n° 353/07 X) qui est reproduit dans les conclusions du Parquet général.

n'était pas punissable dans ce cadre, et que les conclusions du Parquet général démontraient à travers une lecture littérale de la loi confirmée par la présentation de l'objectif poursuivi par les modifications successives de la loi sur les stupéfiants que tel était certainement le cas. Les conclusions du Parquet général doivent tout au plus être lues comme affirmation de l'idée qu'il n'y a lieu à interprétation que si les positions divergentes présentées par les parties ne sont pas déraisonnables, et qu'il n'ait le caractère d'être raisonnable aux soutènements du demandeur en cassation. Cette affaire a été toisée par un arrêt de la Cour de cassation du 8 mai 2008 sans que cet arrêt ne permette une conclusion formelle sur son approche de la question de l'interprétation de la loi¹³. Par ailleurs, même s'il fallait considérer ces conclusions et arrêts d'appel et de cassation comme emportant affirmation de la nécessité d'une lecture littérale du texte de la loi, force est de constater que cette approche a été entretemps abandonnée par la Cour de cassation dans ses arrêts plus récents cités ci-dessus.

Ces mêmes parties s'emparent ensuite d'un jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 29 septembre 1982 qui a énoncé en termes explicites la théorie de l'acte clair à propos de la disposition du Nouveau Code de Procédure Civile conférant compétence exclusive au tribunal de paix pour connaître des litiges de bail à loyer, peu importe qu'il s'agisse d'un bail d'immeubles ou de meubles¹⁴. Le caractère relatif de la notion de clarté invoquée par le tribunal dans ce jugement se révèle au constat de l'existence d'une divergence de jurisprudence fondamentale à cette époque, les tribunaux de paix et la Cour d'appel interprétant la disposition légale afférente comme ne visant que les baux d'immeuble, tandis que les tribunaux d'arrondissement y voyaient un renvoi à tous les baux¹⁵. A cela s'ajoute que la solution affirmée par la juridiction de première instance presque 40 années en arrière est aujourd'hui contredite par les positions les plus récentes de la Cour de cassation citées ci-dessus.

La Cour retient dès lors au bout du compte que la loi ne peut faire l'objet d'une application littérale lorsque les parties présentent des interprétations divergentes dont aucune ne peut a priori être écartée comme étant manifestement déraisonnable, mais que dans ce cas de figure, la portée de la loi doit faire l'objet d'une interprétation prenant en compte le contexte global dans lequel elle s'inscrit.

Or, sur ce dernier point, les parties sont implicitement d'accord pour admettre que certaines nouvelles dispositions de la LSC introduites par la loi du 10 août 2016 sont destinées, afin de préserver au mieux l'intérêt social, à renforcer le rôle de certains acteurs de vie sociétale autres que ceux

¹³ Cour de cassation 8 mai 2008, n° 2528 du registre, arrêt n° 29/2008 pénal.

¹⁴ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg 29 septembre 1982, Pas, 25, page 453.

¹⁵ Voir J. Bour, La loi modifiée du 14 février 1955 en matière de baux à loyer, Bulletin du Cercle François Laurent, 1989-II, page 1, n° 199 et suivants.

qui dirigent les affaires pour détenir la majorité des droits de vote. L'article 444-2 LSC participe à ce mouvement en ouvrant plus largement le droit d'introduire une action en responsabilité civile à l'encontre des administrateurs. Ce nouveau droit d'action se caractérise par la circonstance qu'il ne s'agit pas un droit d'action individuel accordé aux actionnaires minoritaires, mais le droit d'intenter l'*actio mandati*, à savoir « *pour le compte de la société* ». Cette action a donc pour finalité de préserver l'intérêt social, c'est-à-dire les intérêts de la société.

Si les ADMINISTRATEURS et la société **SOC.4.)** sont d'accord, tel que relevé ci-dessus, à admettre que l'article 444-2 LSC est destiné à assurer la défense de l'intérêt social, leur position revient à soutenir que cette action serait conditionnée par le constat que cet intérêt social serait menacé par un vote de la majorité contraire à l'intérêt social. Cette approche ne saurait être admise, alors que l'intérêt social peut être mis en cause autrement que par une action délibérée des actionnaires majoritaires. Tel est certainement le cas lorsque la société a subi un préjudice du fait de fautes de gestion de ses administrateurs et que les voies de droit ordinaires n'offrent pas de faculté d'agir en responsabilité à leur encontre.

Or, l'intérêt social commande certainement que la responsabilité des administrateurs puisse être mise en cause lorsqu'ils ont commis des fautes de gestion, respectivement que les juridictions compétentes puissent être saisies d'une action en ce sens. La voie normale pour y parvenir consiste à voter l'*actio mandati* en assemblée générale, sinon de voter la décharge au profit des administrateurs afin qu'ils soient en principe à l'abri de toutes poursuites ultérieures.

En l'espèce, la situation au sein de la société **SOC.3.)** est bloquée, tant dans un sens que dans l'autre, en ce qu'aucune majorité ne se dégage ni pour voter la décharge, ni pour voter en faveur de l'*actio mandati*. Si ce blocage laisse les administrateurs dans l'indécision sur la décharge de leur gestion, il leur confère aussi une immunité de fait les mettant à l'abri d'une mise en cause de la responsabilité qu'ils encourent le cas échéant légalement dans le cadre d'une *actio mandati* décidée en assemblée générale. Cette immunité de fait est de nature à porter atteinte à l'intérêt social.

Il en résulte que tant l'objectif poursuivi par la loi du 10 août 2016, à savoir une meilleure prise en charge de l'intérêt social, que l'effet utile de la LSC, à savoir la possibilité dans l'intérêt de la société d'engager la responsabilité personnelle des administrateurs en cas de faute de gestion, conduisent à devoir admettre l'action de l'article 444-2 LSC, au-delà du seul actionnaire minoritaire pris au sens littéral, au profit de l'actionnaire paritaire.

C'est à tort que les ADMINISTRATEURS et la société **SOC.4.)** soutiennent que le droit commun mettrait à disposition de l'actionnaire paritaire les moyens juridiques pour actionner les administrateurs en responsabilité, tant il est vrai que d'après les propres explications de ces parties, ces moyens sont difficiles et longs à mettre en œuvre. De ce fait, ils ne correspondent pas aux nécessités d'une gestion saine et efficace des affaires de la société. La Cour retient encore avec la société **SOC.1.)** qu'il serait illogique que les actionnaires détenant entre 10% et 49,9% des droits de vote puissent agir sur base de l'article 444-2 LSC, et non pas l'actionnaire qui détient 50% des droits de vote. La Cour ajoute que la solution préconisée par les ADMINISTRATEURS et la société **SOC.4.)** pourrait encore conduire à reconnaître le droit d'action à un actionnaire détenant entre 0,1% et 49,9% des droits de vote en cas d'une égalité de voix à l'assemblée générale suite à l'absence de certains actionnaires (par exemple lorsque seuls 80% des droits de vote sont présents ou représentés et que le vote sur la décharge et/ou l'*actio mandati* se solde par un vote 40%/40%), conduisant à la même situation de blocage que celle de l'espèce. Or, il serait inique de refuser le droit d'action à l'actionnaire à 50% qui se retourne en situation de blocage et de le reconnaître à l'actionnaire détenant moins de 50% des droits de vote en présence de la même situation de blocage.

La décision des premiers juges est partant à réformer en ce qu'ils ont exclu l'actionnaire paritaire du champ d'application de l'article 444-2 LSC.

Nécessité du vote d'une décharge

Positions des parties

La société SOC.3.), représentée par son administrateur provisoire, soulève la question de savoir si la disposition légale en cause peut être mise en œuvre en l'absence du vote d'une décharge effective au profit des administrateurs.

La société SOC.4.) fait valoir expressément que le droit d'action de l'actionnaire minoritaire sur base de l'article 444-2 LSC ne serait ouvert qu'à condition que l'assemblée générale des actionnaires ait effectivement voté une décharge au profit des administrateurs. Le droit d'action ne serait ouvert qu'aux actionnaires qui auraient refusé de donner décharge aux administrateurs afin de leur permettre de défendre l'intérêt social contre une décharge indue. La raison d'être de l'action minoritaire de l'article 444-2 LSC résiderait dans le souci de « permettre à la minorité de se substituer à une majorité défaillante pour prendre en charge l'intérêt social sacrifié par celle-ci », de sorte que la recevabilité de l'action minoritaire nécessiterait l'existence d'une majorité qui aurait agi contre l'intérêt social. Dans la

mesure où une telle décharge n'aurait pas été votée, la société **SOC.1.)** ne pourrait pas invoquer à son profit l'article 444-2.

La société **SOC.1.)** y oppose qu'il suffirait pour que le droit d'action basé sur l'article 444-2 soit ouvert que la question de la décharge à accorder aux administrateurs ait été à l'ordre du jour d'une assemblée générale et ait fait l'objet d'un vote, sans qu'il ne soit besoin qu'elle ait effectivement été accordée. Dans la mesure où le point avait été porté à l'ordre du jour et soumis à vote à plusieurs reprises, sans aboutir à un vote ni en faveur ni en défaveur de la décharge en raison de la répartition paritaire du capital social entre deux actionnaires, la condition de la loi serait ouverte.

La société **SOC.1.)** souligne encore d'une part que les ADMINISTRATEURS et la société **SOC.4.)** tenteraient ici d'ajouter un élément à la loi en dehors de ses exigences textuelles tout en plaçant par ailleurs la théorie de l'acte clair, et d'autre part que le refus de reconnaître le droit d'action à l'actionnaire minoritaire dans une situation de blocage aboutirait à mettre les administrateurs à l'abri de toutes poursuites, à défaut de pouvoir voter soit la défiance avec une action corrélative de la société, soit la décharge avec une action corrélative de l'actionnaire minoritaire se sentant spolié.

Appréciation de la Cour

La Cour constate que le libellé de l'alinéa 2 de l'article 444-2 LSC, en ce qu'il se réfère à « à l'assemblée générale qui s'est prononcée sur la décharge », n'affirme pas expressément que la décharge ait dû être votée pour que l'action y visée soit ouverte. L'utilisation du verbe « prononcer » peut aussi bien signifier qu'il suffit qu'un vote ait eu lieu, et que celui-ci n'ait pas permis d'aboutir soit à une décharge, soit à un refus de décharge. Dans la mesure toutefois où le législateur n'avait manifestement pas entrevue la situation d'une réparation égalitaire des droits de vote, respectivement un vote égalitaire à l'assemblée générale, faute de quoi il aurait certainement utilisé dans le 1^{er} alinéa de la disposition un terme autre que « actionnaire minoritaire », il ne peut pas non plus être affirmé que le législateur ait visé dans l'alinéa 2 une situation ou un vote paritaires.

Les interprétations proposées de part et d'autre sont partant plausibles, et il appartient à la Cour de prendre position sur la façon dont il convient d'appliquer cette disposition légale, en la situant dans son contexte global et l'objectif poursuivi. A cet égard, il convient de renvoyer aux développements consacrés ci-dessus au champ d'application de l'article 444-2 LSC pour décider que l'effet utile de l'alinéa 2 commande à ce qu'il faille écarter la nécessité du vote d'une décharge pour que l'action dite minoritaire de l'article 444-2 LSC soit ouverte. Cette situation étant

réalisée, l'action de la société **SOC.1.)** doit être déclarée recevable au regard de cette disposition légale.

Effet dévolutif ou renvoi en première instance

Positions des parties

Dès son acte d'appel, la société SOC.1.) demande en cas de réformation du jugement de première instance à voir renvoyer l'affaire devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg autrement composé. En cours d'instruction, la société **SOC.1.)** précise que de l'accord des parties, les débats étaient limités en première instance aux questions tenant à l'exception du libellé obscur et à la recevabilité de la demande au regard de l'article 444-2 LSC, sans qu'il n'y ait eu une quelconque instruction au fond. Elle soutient que de ce fait, la réformation du jugement de première instance ayant mis fin à l'instance afférente n'opérerait pas dévolution du litige à la Cour. En l'absence d'instruction du fond devant la Cour d'appel, celle-ci ne saurait pas non plus évoquer le fond. Il conviendrait partant de renvoyer le différend devant le tribunal de première instance.

La société SOC.4.) expose les principes procéduraux généralement admis selon lesquels la juridiction d'appel est saisie par l'effet dévolutif de l'entière du litige en cas de réformation d'une décision de première instance ayant admis le bien-fondé d'une fin de non-recevoir, mais demande néanmoins à ce que, en cas de réformation du jugement du 13 juin 2019, l'affaire soit renvoyée en première instance afin de préserver au profit des parties le bénéfice du double degré de juridiction.

Les autres parties n'ont pas pris position par écrit sur cette question, sauf à affirmer oralement à l'audience qu'elles voudraient bénéficier du double degré de juridiction.

Appréciation de la Cour

Lorsque l'appel opère dévolution, la juridiction d'appel est saisie de plein droit, de par l'effet dévolutif, de la connaissance de l'entière du litige, et elle a l'obligation de vider le litige. Il est possible aux parties (incluant l'appelante principale et l'intimée à travers un éventuel appel incident) de limiter l'effet de la dévolution en limitant les points dont la juridiction d'appel doit connaître à travers une restriction de l'appel à certains chefs de la décision de première instance. Il n'est cependant pas loisible aux parties de soustraire à l'effet dévolutif une décision à l'égard de laquelle cet effet déploie ses effets, dès lors que les règles tenant à la dévolution sont d'ordre public.

L'énoncé de ces principes conduit en l'espèce au constat que l'appel de la société **SOC.1.)** était limité à l'examen de la disposition ayant déclaré son action irrecevable sur base de l'article 444-2 LSC, sans que l'une ou l'autre partie intimée ait étendue la portée de l'appel au moyen tiré de l'exception du libellé obscur qui avait été rejeté par les premiers juges. C'est en ce sens que l'appel, et partant la dévolution, ont été limités.

La question qui se pose ensuite est celle de savoir si l'appel limité au moyen d'irrecevabilité tiré de l'article 444-2 LSC opère dévolution pleine et entière du litige à la Cour. Cette question appelle d'abord à qualifier le moyen opposé à l'action de la société **SOC.1.)**. Or, la Cour partage la qualification proposée par toutes les parties en ce que le moyen tiré de l'article 444-2 LSC constitue une fin de non-recevoir, celle-ci se définissant comme étant un moyen de défense qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir.

Or, en cas d'infirmité d'un jugement qui a accueilli l'exception péremptoire de défaut de qualité dans le chef du demandeur, il ne saurait y avoir lieu à renvoi de la cause devant les premiers juges, la Cour d'appel se trouvant en pareil cas saisie de tout le litige en vertu de l'effet dévolutif de l'appel. La raison en est que si les premiers juges admettent une exception péremptoire tenant au fond du droit litigieux, telle que celle de défaut de qualité dans le chef du demandeur, sa décision implique la négation du droit qui faisait l'objet de la demande, laquelle se trouve abjurgée définitivement¹⁶. Si la doctrine a à un certain moment opéré une distinction entre fins de non-recevoir de procédure, qui emportaient mise à l'écart de l'action parce qu'introduite de façon irrégulière d'un point de vue procédural et n'engageaient de ce fait pas le débat sur le fond, et les fins de non-recevoir liées au fond, qui emportaient négation du droit qui servait de fondement à la demande, en exposant qu'en cas d'admission de la fin de non-recevoir la dévolution ne jouait pas dans la première hypothèse et ne jouait que dans la seconde hypothèse, il était admis dans cette perception que le défaut de qualité à agir relevait du domaine des fins de non-recevoir liées au fond¹⁷.

La Cour est amenée à conclure de ce qui précède, nonobstant la volonté clairement exprimée de toutes les parties de voir renvoyer le litige devant les premiers juges, qu'elle est tenue d'y statuer sans pouvoir procéder audit renvoi.

Dans la mesure toutefois où les parties sont d'accord par ailleurs pour dire que le fond du litige n'est pas instruit, il y a lieu de rouvrir l'instruction.

¹⁶ Cour d'appel 20 juin 1995, n° 17125 du rôle.

Voir dans le même sens, Répertoire pratique du droit belge, verbo Appel en matière civile et commerciale, n° 312.

¹⁷ H. Solus et R. Perrot, Droit Judiciaire privé, Tome 1, Sirey, 1961, n° 315 à 319.

Dans le cadre de cette instruction, les parties intimées, défenderesses initiales, sont autorisées à soulever tous moyens, sans que la Cour n'ait à leur en réserver expressément le droit.

Appels incidents

Les ADMINISTRATEURS relèvent appel incident en ce que les premiers juges les ont déboutés de leur demande en dommages-intérêts pour procédure abusive et vexatoire fondée sur l'article 6-1 du Code civil. Chacune de ces trois parties demande à se voir allouer à ce titre la somme de 30.000.- euros.

La société **SOC.4.)** relève appel incident en ce que les premiers juges l'ont déboutée de sa demande en dommages-intérêts pour procédure abusive et vexatoire fondée sur l'article 6-1 du Code civil. Elle demande à se voir allouer à ce titre la somme de 25.000.- euros.

La société **SOC.1.)** conteste tout caractère abusif de son action en responsabilité dirigée contre les trois administrateurs de la société **SOC.3.)** dans le cadre de laquelle elle a mis en intervention son coactionnaire, la société **SOC.4.)**, et la société **SOC.3.)**.

Ces appels incidents sont à réserver pour être toisés ensemble avec le fond du litige.

Indemnités de procédure

La société **SOC.1.)** demande à ce que chacune des cinq parties intimées soit condamnée à lui payer une indemnité de procédure de 1.500.- euros.

Les ADMINISTRATEURS demandent à se voir allouer chacun la somme de 10.000.- euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile.

La société **SOC.4.)** demande à se voir allouer la somme de 15.000.- euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile.

Ces demandes sont à réserver pour être toisées ensemble avec le fond du litige.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

dit recevable l'appel de la société en commandite par actions **SOC.1.) HOLDING**,

dit fondé l'appel de la société en commandite par actions **SOC.1.) HOLDING**,

réformant, dit que la société en commandite par actions **SOC.1.) HOLDING** a qualité pour agir sur base de l'article 444-2 LSC et que partant l'action introduite par la société en commandite par actions **SOC.1.) HOLDING** suivant exploit d'huissier du 8 juin 2018 est recevable à cet égard,

réserve les droits des parties,

renvoie le dossier devant le conseiller de la mise en état aux fins d'instruction,

réserve les frais et les droits des parties.