
Jugement civil n° 358 / 2006 (première chambre)

Audience publique du lundi trente octobre deux mille six.

Numéro 67414 du rôle

Composition:

M. Etienne SCHMIT, premier vice-président,
Mme Martine DISIVISCOUR, juge,
Mme Françoise WAGENER, juge
M. David BOUCHE, greffier.

E n t r e :

la société anonyme **SOC.1.)** S.A., en abrégé **SOC.1.)** S.A., établie et ayant son siège social à L-(...) **LIEU.1.)**, **ADR.1.)**, représentée par son conseil d'administration, inscrite au registre du commerce de Luxembourg sous le numéro (...),

partie demanderesse aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Roland FUNK de Luxembourg des 19 et 21 septembre 2000,

comparant par Maître Gerry OSCH, avocat, demeurant à Luxembourg,

e t

1. M. **A.1.)**, comptable, demeurant à L-(...), (...), actuellement détenu au Centre Pénitentiaire de Givenich, à L-6666 Givenich,

partie défenderesse aux fins du prédict exploit FUNK,

comparant par Maître Fernand ENTRINGER, avocat, demeurant à Luxembourg,

2. M. **A.2.**), comptable, demeurant à B-(...), (...),

partie défenderesse aux fins du prédit exploit FUNK,

comparant par Maître Marc BADEN, avocat, demeurant à Luxembourg,

3. Maître Marguerite RIES, avocat à la cour, demeurant à L-1027 Luxembourg, 50, avenue de la Gare, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société à responsabilité limitée **SOC.2.)** SARL, établie et ayant son siège social à **LIEU.2.)**, **ADR.2.)**, déclarée en état de faillite par jugement du tribunal de commerce de Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale en date du 18 mai 2001,

partie défenderesse aux fins du prédit exploit FUNK,

comparant par Maître Marguerite RIES, avocat, demeurant à Luxembourg.

LE TRIBUNAL :

1. Les indications de procédure

Le 19 et 21 septembre 2000, la société anonyme **SOC.1.)** S.A. (ci-après **SOC.1.)**) a donné assignation à M. **A.1.)**, M. **A.2.)** et à la société à responsabilité limitée **SOC.2.)** à se faire représenter par un avocat devant ce tribunal, aux fins de les entendre condamner au paiement de la somme de 3.756.816.- francs, soit 93.129,04.- euros.

L'affaire a été déposée au greffe le 11 octobre 2000.

L'instruction a été clôturée et Mme le juge Françoise WAGENER a fait son rapport oral.

Maître Guillaume MARY, avocat, en remplacement de Maître Gerry OSCH, avocat constitué, a conclu pour la société anonyme **SOC.1.)** S.A..

Maître Claude VERITER, avocat, en remplacement de Maître Fernand ENTRINGER, avocat constitué, a conclu pour M. **A.1.)**.

Maître Christophe THILL, avocat, en remplacement de Maître Marc BADEN, avocat constitué, a conclu pour M. **A.2.)**.

Maître Marguerite RIES, avocat constitué, a conclu pour elle-même, pris en sa qualité de curateur de la faillite de la société à responsabilité limitée **SOC.2.)** SARL.

2. La position de la société **SOC.1.)**

- les reproches formulés à l'égard de MM. **A.1.)** et **A.2.)**

La demanderesse expose que le 8 mars 2000, la société **SOC.1.)** a été constituée avec un capital en numéraire de 124.000.- euros, soit 5.002.148.- francs, entièrement libéré. MM. **A.1.)** et **A.2.)** auraient été, lors de la constitution de la société, les prête-noms des véritables actionnaires et qu'ils auraient été nommés au conseil d'administration de la société **SOC.1.)**.

Le 3 août 2000, une assemblée générale extraordinaire aurait révoqué avec effet immédiat les administrateurs MM. **A.1.)** et **A.2.)**, étant donné qu'ils auraient à d'itératives reprises refusé, sous de vains prétextes, d'informer les actionnaires sur la situation financière de la société **SOC.1.)** et plus particulièrement sur ses avoirs bancaires.

Le relevé du compte demandé auprès de la BANQUE **BQUE.1.)** aurait révélé que MM. **A.)** ont vidé le compte dès la constitution de la société **SOC.1.)**. En effet, les 9, 15 et 16 mars 2000, MM. **A.)** ont effectué deux virements de 3.000.000.- francs et de 500.000.- francs au profit de la société **SOC.2.)** et un virement de 256.816.- francs au profit de la société **SOC.3.)**.

MM. **A.)** seraient les actionnaires et les seuls gérants de la société **SOC.2.)**. Ils seraient de même les seuls associés et les administrateurs de la société **SOC.3.)** et ils « seraient aussi derrière » le troisième administrateur de la société **SOC.1.)**, la société (...) HOLDINGS. Ils auraient ainsi eu le contrôle absolu de la société **SOC.1.)** et « n'auraient pas eu de problèmes » avec le commissaire aux comptes **SOC.2.)**.

En prélevant les fonds de la société **SOC.1.)** et en les continuant à leurs propres sociétés, MM. **A.)** auraient violé les statuts et la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales. Les commissions pour « factures ou honoraires » seraient fantaisistes. Les défendeurs auraient engagé leur responsabilité et seraient tenus d'indemniser le préjudice occasionné.

Dans ses conclusions déposées le 8 juin 2004, la société **SOC.1.)** soutient que suivant arrêt de la Cour d'appel siégeant en matière correctionnelle du 11 mai 2004, M. **A.1.)** aurait été convaincu d'escroquerie, de faux et d'usage de faux à raison des faits lui reprochés par la demanderesse dans le présent litige. M. **A.2.)** aurait été convaincu à raison des mêmes faits, du chef d'abus de biens sociaux. Cette décision aurait autorité au civil et constituerait les défendeurs en faute, de sorte qu'il y aurait lieu de condamner M. **A.1.)**

et M. **A.2.)** à payer à la société **SOC.1.)** la somme de 93.129,04.- euros, somme retenue également par la juridiction répressive.

La société **SOC.1.)** recherche la responsabilité de M. **A.1.)** et de M. **A.2.)** principalement sur base de l'article 59 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, subsidiairement sur de base l'article 100 alinéa dernier de la même loi, encore plus subsidiairement sur base des articles 1991 et suivants du code civil, sinon des articles 1382 et 1383 du code civil.

- les reproches formulés à l'égard de la société **SOC.2.)** S.à r.l.

La demanderesse soutient que la société **SOC.2.)**, en sa qualité de commissaire aux comptes, aurait manqué à ses obligations de surveillance et de contrôle. Elle aurait dû contrôler et empêcher les agissements des administrateurs, agissements qui lui auraient été connus, puisqu'elle a bénéficié des paiements effectués.

La société **SOC.1.)** recherche la responsabilité de la société **SOC.2.)** principalement sur base de l'article 62 alinéa 3 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, subsidiairement sur base des articles 1991 du code civil et sinon sur base des articles 1382 et 1383 du code civil.

La société **SOC.1.)** demande outre la condamnation de la société **SOC.2.)** sur base de la responsabilité engagée, l'annulation sinon la résolution des deux paiements qui lui ont été faits et en tout état de cause, la condamnation de la société **SOC.2.)** au remboursement de la somme de 3.500.000.- francs, soit 86.762,73.- euros, sur base de l'article 60bis de la loi sur les sociétés commerciales, dans la mesure où, au regard de la qualité de ses associés et de ses gérants et de sa propre qualité de commissaire aux comptes, elle n'aurait pas pu ignorer que les paiements lui ont été faits en violation de l'objet social de la société **SOC.1.)**.

En dernier ordre de subsidiarité, la demanderesse conclut à la condamnation de la société **SOC.2.)** au paiement de la somme de 3.500.000.- francs sur base de l'enrichissement sans cause, sinon de la répétition de l'indû.

3. La position de M. **A.1.)**

M. **A.1.)** soutient que tous les transferts de fonds à la société **SOC.1.)** auraient puisé leur origine dans le contrat « Mandats- und Verwaltungsvertrag » du 10 janvier 2000. Les fonds transférés grâce au capital de la société **SOC.1.)** auraient été dus et auraient été justifiés sur base de factures et de mémoires d'honoraires. Les prestations effectuées dans le cadre dudit contrat dépasseraient largement les montants facturés.

Pour qu'une faute au sens de l'article 59 de la loi sur les sociétés commerciales puisse être reprochée à un administrateur de société, il faudrait un acte positif ou négatif contraire aux obligations de son mandat,

qu'il en soit résulté un dommage immédiat et direct pour la société, et qu'il existe un rapport de causalité entre la faute et le préjudice.

M. **A.1.)** conclut qu'il n'aurait commis aucune faute de gestion. Il aurait en tant qu'administrateur payé des factures adressées à la société **SOC.1.)**, factures dont il aurait connu la contrepartie. Il aurait d'ailleurs été convenu entre les véritables responsables de la société **SOC.1.)** et la société **SOC.2.)** que les montants seraient payés par le biais du capital de la société **SOC.1.)**. Il n'y aurait eu aucun dommage, étant donné que les factures correspondaient à des prestations fournies à la société **SOC.1.)**. En l'absence de faute et de dommage la question du lien de causalité ne se poserait pas.

La sanction visée par l'article 100 de la loi sur les sociétés commerciales ne saurait pas non plus trouver application, étant donné que les administrateurs ne pourraient être déclarés personnellement responsables que dans le cas de l'accroissement de la perte du capital social de par leurs faits. En l'espèce, aucun accroissement de perte n'aurait été causé.

Etant donné qu'aucune faute ne pourrait être établie à l'encontre de M. **A.1.)**, sa responsabilité ne pourrait pas non plus être retenue, en application de l'article 1991 du code civil, respectivement en vertu des articles 1382 et 1383 du code civil.

Par voie de conclusions du 2 mai 2001, M. **A.1.)** demande à ce que la société **SOC.2.)** soit condamnée à le tenir quitte et indemne de toute condamnation qui pourrait être prononcée à son encontre. Il fait valoir qu'il aurait procédé, en sa qualité d'administrateur de la demanderesse, au paiement des factures lui soumises par la société **SOC.2.)** et la société **SOC.2.)** aurait encaissé les montants facturés. Une condamnation au remboursement devrait dès lors être prononcée à l'encontre de la société **SOC.2.)** et non contre M. **A.1.)** en nom personnel.

4. La position de M. **A.2.)**

M. **A.2.)** soutient qu'il n'aurait jamais été actif dans le dossier **SOC.1.)**. Son intervention passive se limiterait à sa nomination en tant qu'administrateur de la société **SOC.1.)**, à la détention, à titre fiduciaire, de cinquante actions de la société **SOC.1.)** et à la co-signature de certains virements sur base de factures de la société **SOC.2.)** et de la société **SOC.3.)**. Les virements auraient été établis dans le cadre du « Mandats- und Verwaltungsvertrag » et auraient été faits après de nombreuses réunions de travail.

Afin de pouvoir retenir la responsabilité du défendeur sur base de l'article 59 de la loi sur les sociétés commerciales, il ne suffirait pas de se prévaloir d'un arrêt de la cour d'appel qui le condamnerait pour abus de biens sociaux. En effet, M. **A.2.)** ne se serait jamais immiscé dans la gestion de la société **SOC.1.)** et le fait d'avoir cosigné des virements afin de payer des factures ne saurait être considéré comme faute de gestion pouvant engager sa responsabilité. Les paiements auraient d'ailleurs été prévus dès avant la création de la société **SOC.1.)**.

La société **SOC.1.)** n'aurait d'ailleurs subi aucun dommage par le fait de M. **A.2.)**, les fonds ayant été destinés à la réalisation du projet « **PRO.1.)** ». Or, le fait que ce projet a échoué ne saurait être reproché à M. **A.2.)**.

En ordre subsidiaire, pour le cas où une quelconque faute de gestion serait retenue dans son chef, M. **A.2.)** soutient qu'il se serait très largement exonéré de sa responsabilité par la preuve des fautes des autres protagonistes, M. **A.1.)**, M. **B.)** et M. **C.)**, de sorte qu'au maximum 1/10e de responsabilité pourrait être mis à sa charge.

En l'absence de preuve d'une violation de la loi ou des statuts par M. **A.2.)**, respectivement à défaut de lien de causalité entre les prétendues fautes et le préjudice allégué, la demande sur base de l'article 59 alinéa 2 de la loi sur les sociétés commerciales devrait être également déclarée non fondée.

Aucun reproche fondé sur la prétendue violation de l'article 57 de la loi sur les sociétés commerciales ne serait justifié à défaut de conflit d'intérêts entre la société **SOC.1.)** et M. **A.2.)**. Il en serait de même du reproche tiré de l'article 53 de la loi sur les sociétés commerciales, étant donné que les paiements effectués se seraient situés dans le cadre de l'objet de la société et plus particulièrement de la réalisation du projet « **PRO.1.)** ».

La responsabilité de M. **A.2.)** ne pourrait pas non plus être recherchée sur base de l'article 100 de la loi sur les sociétés commerciales alors qu'aucun accroissement de la perte ne se serait produit après les paiements effectués.

Dans cet ordre d'idées, les demandes de la société **SOC.1.)** basées sur les articles 1991 et suivants du code civil, respectivement sur les articles 1382 et 1383 du code civil, seraient à déclarer non fondées en absence de preuve d'une violation de la loi ou des statuts de la part de M. **A.2.)**.

En ordre tout à fait subsidiaire, M. **A.2.)** conteste les montants réclamés par la société **SOC.1.)**.

5. La position de la société **SOC.2.)**

La société **SOC.2.)** soutient que le fait de ratifier le paiement de factures dues pour des prestations et des services effectués ne saurait être qualifié de faute ou de négligence pouvant engager la responsabilité d'un commissaire aux comptes, en application l'article 62 alinéa 3 de la loi sur les sociétés commerciales.

En l'absence de preuve d'une faute ou négligence, les demandes basées sur l'article 1991 du code civil, respectivement les articles 1382 et 1383 du code civil seraient également à déclarer non fondées.

Les paiements litigieux auraient été dus et auraient eu pour cause des services et des prestations effectués en faveur de la société **SOC.1.)** ainsi que le contrat du 10 janvier 2000, de sorte que la demande fondée sur l'enrichissement sans cause et sur la répétition de l'indu serait à rejeter.

Dans ses conclusions déposées le 3 mai 2001, la société **SOC.2.)** demande reconventionnellement la condamnation de la société **SOC.1.)** au paiement du montant de 250.000.- DEM pour prestations et services effectués sur base du contrat intitulé « Mandats- und Verwaltungsvertrag » signé le 10 janvier 2000.

Dans ses conclusions déposées le 29 novembre 2004, la défenderesse soutient qu'elle a été déclarée en état de faillite par jugement du 18 mai 2001. La procédure de faillite rendrait impossible une condamnation à l'égard du failli, de sorte qu'il appartiendrait uniquement au tribunal saisi du présent litige de déterminer la créance éventuelle de la société **SOC.1.)** à l'égard de la société **SOC.2.)**.

Par ailleurs, il s'avérerait que MM. **A.1.)** et **A.2.)** auraient eu le contrôle exclusif des opérations qu'ils exécutaient. La société **SOC.2.)** n'aurait pu honorer ses obligations de commissaire aux comptes qu'à travers ses gérants qui étaient MM. **A.1.)** et **A.2.)**. Ceux-ci auraient dû contrôler les opérations qu'ils effectuaient sous le couvert d'une autre société. La société **SOC.2.)** devrait ainsi s'effacer derrière les personnes de MM. **A.1.)** et **A.2.)** et la responsabilité recherchée par la société **SOC.1.)** devrait dès lors être celle de MM. **A.1.)** et **A.2.)**. Aucune responsabilité ne serait établie dans le chef de **SOC.2.)**.

Dans cet ordre d'idées, la société **SOC.2.)** soutient également que la demande de M. **A.1.)** à son égard serait non fondée, mais qu'au contraire, il y aurait lieu de dire que MM. **A.1.)** et **A.2.)** devraient tenir la société **SOC.2.)** quitte et indemne de toute condamnation à son encontre.

6. La demande dirigée par la société **SOC.1.)** contre MM. **A.1.)** et **A.2.)**

6.1. L'autorité de chose jugée du pénal sur le civil

La société **SOC.1.)** soutient que suivant un arrêt du 11 mai 2004, MM. **A.1.)** et **A.2.)** ont été convaincus d'escroquerie, de faux et d'usage de faux respectivement d'abus de biens sociaux, à raison des faits faisant l'objet du présent litige. Cette décision aurait autorité au civil et constituerait les défendeurs en faute. Le montant réclamé aurait été confirmé par l'arrêt et ne saurait dès lors plus être contesté.

La fonction essentielle de l'autorité de la chose jugée au pénal est probatoire, en ce sens que le plaideur qui invoque en sa faveur les affirmations du juge pénal ayant autorité de chose jugée, possède des éléments de preuve que le juge civil ne peut ni méconnaître, ni remettre en question.

En effet, le juge civil est tenu par ce qui a été nécessairement et certainement jugé par le juge répressif, soit quant à l'existence du fait qui constitue la base commune de l'action publique et de l'action civile, soit quant à la qualification légale, soit quant à la participation du prévenu.

Le critère principal de la portée de l'autorité absolue de la chose jugée au pénal sur le civil réside dans la notion des constatations nécessaires du juge répressif, pour parvenir à sa décision, qu'elle retienne une culpabilité ou aboutisse à un acquittement. L'autorité de la chose jugée ne s'attache pas aux constatations surabondantes.

Constituent des constatations nécessaires, celles relatives à la participation du prévenu au fait délictueux ou sur l'existence du fait matériel de l'infraction, la gravité des faits si elle influe sur la qualification de l'infraction, spécialement l'existence d'un dommage, ainsi que la relaxe pour absence de faute pénale du prévenu.

6.2. La responsabilité des administrateurs MM. A.1.) et A.2.)

Dans son assignation, la société **SOC.1.)** reproche à M. **A.1.)** et M. **A.2.)** d'avoir commis les infractions à la loi et aux statuts suivantes :

- d'avoir ni convoqué ni tenu aucune réunion du conseil d'administration en bonne et due forme et de n'avoir ni pris ni acté aucune délibération en rapport avec les actes et paiements critiqués. Ils auraient plus particulièrement manqué de dresser le procès-verbal prévu à l'article 57 alinéa 1er de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales à propos du conflit d'intérêt.
- d'avoir violé l'article 100 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales alors qu'ils auraient eux-mêmes prélevé plus de la moitié du capital social sans convoquer l'assemblée générale extraordinaire exigée par la loi.
- d'avoir violé l'article 57 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales alors qu'ils auraient eu dans les actes et paiements critiqués, un intérêt opposé à celui de la société pour le compte de laquelle ils agissaient.
- d'avoir violé l'article 53 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales et l'article 2 des statuts de la société **SOC.1.)** définissant l'objet social comme la prise de participations dans d'autres sociétés, en détournant plus de 75% du capital de la société à d'autres fins que la réalisation de l'objet social.

Dans ses conclusions ultérieures, la société **SOC.1.)** fait valoir que les faits et agissements retenus par l'arrêt du 11 mai 2004 à charge de MM. **A.1.)** et **A.2.)** constitueraient les défendeurs en faute et engageraient leur responsabilité.

La société **SOC.1.)** recherche la responsabilité de M. **A.1.)** et de M. **A.2.)** principalement sur base de l'article 59 alinéa 2 et subsidiairement sur base de l'article 59 alinéa 1er de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales.

Il est établi que M. **A.1.)** et M. **A.2.)** étaient les administrateurs de la société **SOC.1.)** au moment des transferts de fonds remis en cause par la demanderesse.

L'article 59 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales dispose :

« Les administrateurs sont responsables envers la société conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion.

Ils sont solidairement responsables soit envers la société, soit envers tous les tiers, de tous dommages intérêts résultant d'infractions aux dispositions de la présente loi ou des statuts sociaux. Ils ne seront déchargés de cette responsabilité, quant aux infractions auxquelles ils n'ont pas pris part, que si aucune faute ne leur est imputable et s'ils ont dénoncé ces infractions à l'assemblée générale la plus prochaine après qu'ils en auront eu connaissance».

6.2.1. Les circonstances de fait retenues par les juridictions répressives

Le jugement du 4 juillet 2002 intégré dans la décision d'appel du 11 mai 2004 et confirmé en ces points par la Cour a relevé les considérations suivantes : « (page 7 de l'arrêt) (...), les sieurs **B.)** et **C.)** ont contacté **A.1.)**, en vue du financement d'un projet d'une centrale bio thermique (Bioheizkraftwerk) à réaliser en Allemagne. (...) Le contrat de mandat est signé en date du 10 janvier 2000 prévoyant (...) le paiement d'une provision de 5000 DM à charge de **SOC.4.)** et à charge pour eux de recueillir 250.000 DM (...) en vue du capital de constitution de la société à créer. (...) (page 8 de l'arrêt) Le 7 mars le compte de la **SOC.1.) SA** est ouvert auprès de la Caisse **BQUE.1.)** et le 8 mars sont signés les papiers relatifs aux bénéficiaires économiques de cette société en l'occurrence **A.1.)** et **A.2.)**. (...) Suivant extraits bancaires saisis, en date du 9 mars 2002, 3 millions sont virés du compte de la **SOC.1.) SA** sur un compte de **SOC.2.)** sans que la raison de ce transfert ait pu être révélée par l'enquête. Le 16 mars 256.816.- francs sont transmis à un compte de la **SOC.3.)** et le 17 mars un montant de 500.000.- francs est viré à un compte de la **SOC.2.)** S.à r.l. Les enquêteurs n'ont pas pu déterminer par la suite ce qui est devenu des ces montants totaux de 3.756.816.- francs (...) (page 9 de l'arrêt) Le 17 mars et le 18 mars, 4,9 millions y compris les virements de 30.000 DM aux sieurs **B.)** et **C.)** sont partis sans raison et contrepartie sérieuse dans un but autre que celui projeté par les sieurs **B.)** et **C.)**. (...) (page 10 de l'arrêt) Selon le témoin **D.)** aucune démarche réelle et sérieuse n'a été entreprise par **A.1.)**. Il a parlé aux sieurs **B.)** et **C.)** de plusieurs groupes d'investisseurs potentiels, sans que des pièces concrètes attestant des efforts en ce sens aient pu être trouvées par les enquêteurs, ce qui est d'ailleurs confirmé par le témoin **E.)**, (...).

Les relations entre **A.1.)** et les sieurs **B.)** et **C.)** ayant pris fin en juillet 2001 [2000] au moment de l'AGE du 31 juillet 2001 [2000]. Cette AGE n'a existé et eu lieu que sur le papier, fait confirmé tant par **A.2.)** que par **E.)** (...). Selon les enquêteurs le 8 et le 15 mars 2000, 2 factures avaient été émises par **SOC.2.)**, qui ne correspondent pas au format normal de **SOC.2.)** pour un montant respectivement de 3 millions et de 500.000.- francs. Le 10 janvier 2001 [2000], une facture avait été émise pour un montant de 5000 DM tel que convenu au ° 1 du contrat de mandat ».

Le jugement retient : « (...) (page 15 de l'arrêt) que le rôle de **A.2.)** se limitait dans l'affaire des sieurs **B.)** et **C.)** (...), à intervenir après coup, lorsque les fonds étaient parvenus entre les mains de **A.1.)** ou sur les comptes des différentes sociétés gérées par les prévenus, qu'il n'avait aucune part active, contrairement aux allégations accusatoires de son père, dans les manœuvres et autres subterfuges utilisés par **A.1.)**, lors des entretiens préalables avec ces clients **B.)** et **C.)** (...) avant d'obtenir les fonds confiés par la suite, (...) qu'il n'a pas contribué aux faux et aux escroqueries reprochées à son père, aucune participation active au sens de l'article 66 du code pénal, et en connaissance de cause ne peut être retenue à sa charge pour ces infractions. (...). Il n'est passé à l'acte qu'après l'arrivée des fonds détournés par la suite ».

En ce qui concerne M. **A.1.**) le jugement retient : « (page 18 de l'arrêt) (...) les victimes s'étaient vues proposer des investissements avec soit des commissions et rendements intéressants notamment pour les sieurs **B.)** et **C.)** (...) (page 19 de l'arrêt) Le sérieux de la firme était miroité par le fait que les victimes devaient signer des documents intitulés « Mandatsvertrag » pour les sieurs **B.)** et **C.)**. (...) **A.1.)** affirmait de même que les sociétés disposaient de toutes les autorisations requises par la législation luxembourgeoise (...). Des taux de rendements importants étaient promis et même assurés contractuellement aux clients respectivement allégués par **A.1.)**, (...). Or ni **A.1.)** ou **A.2.)**, ni la ou les sociétés, ne disposaient de capitaux propres suffisants à la hauteur de ces promesses, n'étaient à même d'honorer dès le départ ces engagements. Ces promesses n'avaient donc été faites que dans le but de rassurer les sieurs **B.)** et **C.)** (...) et de les inciter, poussés par la certitude du gain, à remettre de l'argent au prévenu. Le prévenu remettait ou montrait une documentation spécialisée et des graphiques à ses victimes. Ainsi les clients non professionnels pouvaient légitimement croire que leur gain, sinon du moins leur mise initiale, était à cent pour cent garanti, respectivement investis aux fins prévus dans les contrats. Cette manière d'agir était destinée à berner les clients soucieux ou soupçonneux. (page 20 de l'arrêt) Le client pouvait vérifier personnellement que la société de même que la société, avaient une existence bien réelle et faisait d'autant plus confiance à **A.1.)**. Les clients étaient cependant laissés dans l'ignorance que les affaires du groupe **A.)** allaient de mal en pis. Il ne résulte par ailleurs d'aucun document que **A.1.)** avait placé l'argent remis par les sieurs **B.)** et **C.)** (...) aux fins voulus par les clients. (...) Après avoir remis ou viré l'argent à **A.1.)**, les clients **B.)** et **C.)** étaient faussement avertis que l'argent n'était pas arrivé et dissuadés pour cette raison de venir à la constitution de la **SOC.1.)** S.A., afin de permettre à **A.1.)** d'en faire l'utilisation contrairement à l'accord contractuel, pour payer ses frais personnels ou ceux de ses sociétés. Les allégations du prévenu que l'investissement était fortement rentable et ne présentait aucun risque constituaient une contradiction au sens financier et étaient destinées à induire en erreur ses clients et émises dans le but de les convaincre de lui remettre les sommes d'argent. L'argent investi par les clients aurait dû être enregistré sur les comptes à dépôt individuel (...) celui de la société **SOC.1.)** S.A. afin de pouvoir identifier la mise et les bénéfices réalisés par les clients séparément. Toute cette mise en scène était destinée à créer la certitude auprès des différents clients qu'ils avaient découvert une des rares opportunités d'un investissement très lucratif dans le secteur d'un marché en pleine expansion, opportunités d'or dont les médias font de temps en temps état. Le but de l'opération était d'amener des personnes non spécialistes en la matière à lui confier en espèces ou par virement des sommes importantes en vue d'un investissement déclaré très lucratif et sans risques, pour lui permettre de s'approprier les fonds. (...) Les perquisitions (...) ne permettaient toutefois pas de découvrir des documents ou une preuve quelconque que **A.1.)** aurait continué les fonds confiés par les clients à un courtier boursier, respectivement à la destination prévue aux contrats respectifs de mandat ou de fiduciaire ou aurait lui-même recherché des investisseurs. Aucune correspondance avec des investisseurs étrangers ou des reçus de remise de fonds en espèce à un investisseur ou courtier étranger n'a pu être découverte. (...) (page 21 de l'arrêt) L'absence au siège à **LIEU.2.)** de pièces corroborant l'utilisation de fonds remis selon la destination du contrat ou des débuts de commencement de preuve que la recherche des investisseurs promis aux sieurs **B.)** et **C.)**, ensemble avec les manœuvres commises en vue de tromper les clients démontrent à suffisance que **A.1.)** n'avait pas respecté ses engagements vis-à-vis des clients et n'en avait même jamais l'intention, mais il projetait dès le départ de s'approprier les fonds lui remis par les personnes crédules. L'usage à titre personnel ou à l'usage de la société des fonds déposés par les clients est encore prouvé par le relevé des opérations sur les comptes saisis auprès de la Caisse **BQUE.1.)** et les déclarations de **A.2.)**. Une grande partie des fonds avait été retirée en espèces. (...) (page 22 de l'arrêt)

En l'espèce, il est établi à l'exclusion de tout doute que le prévenu a voulu s'approprier l'argent appartenant à autrui. Aucune recherche d'investisseurs potentiels pour le projet des sieurs B.) et C.) n'a été commencée par A.1.), l'argent remis par F.) a été dépensé tout de suite sans que l'argent ait été placé en vue d'un rendement sur le compte auprès de la Caisse BQUE.1.) indiqué dans le contrat, le prévenu avait prélevé en grande partie les fonds déposés sur le compte ouvert auprès de la Caisse BQUE.1.) au nom de la société SOC.1.) pour subvenir à ses besoins personnels et aux besoins courants des sociétés gérées par lui. Au lieu de verser l'argent sur les comptes de la société SOC.1.) S.A. ou de la société SOC.3.) S.A., il les a utilisés pour les besoins de ses sociétés (...) Il s'ensuit que tous les éléments constitutifs de l'infraction d'escroquerie sont remplies en l'espèce (...) ».

En ce qui concerne M. A.2.) le tribunal retient : « Le prévenu en sa qualité d'administrateur, de gérant sinon de comptable devait gérer les fonds sur des comptes des sociétés SOC.3.) S.A., SOC.2.) s.à r.l. et de SOC.1.) S.A. selon les buts définis dans le contrat de mandat conclu avec les sieurs B.) et C.), notamment pour l'investissement projeté par SOC.1.) S.A. et les frais de fonctionnement de cette société (...) en bon père de famille et non pas pour prendre en charge, par l'utilisation des fonds des clients leurs dépenses personnelles et professionnelles. Le prévenu était le mandataire social des diverses sociétés et le mandataire des clients et en vertu de son pouvoir de signature et de décision détenait et gérait précieusement les fonds à sa disposition sur les comptes des diverses sociétés ou entre ses mains. En sa qualité de comptable et de responsable des diverses sociétés, A.2.) ne détenait pas ces fonds à titre personnel, mais les gérait pour le compte des clients B.) et C.) (...) selon l'objet et le but des contrats conclus avec eux. A.2.) les a utilisés de connivence et sur instigation de A.1.) pour payer des factures, respectivement pour rembourser les frais encourus par eux dans le cadre de leurs activités professionnelles en dehors des mandats reçus par les sieurs B.) et C.) (...). (...) (page 30 de l'arrêt) A.2.) est le mandataire, des sociétés gérées par lui et des clients. Soumis dès lors à l'obligation de se renfermer dans les limites de ses attributions et ayant pour premier devoir de ne faire emploi des valeurs appartenant aux diverses sociétés respectivement aux clients que dans l'intérêt de leur objet social et de leur but, il en dispose sans droit lorsqu'il les emploie en dehors des conditions des statuts et des contrats conclus avec les clients et les affecte à d'autres besoins que ceux de la société SOC.1.) S.A. (...). En affectant les fonds destinés à la SOC.1.) S.A. (...) en les prélevant en vue du paiement des frais de fonctionnement et des dettes pour boucher les trous selon l'expression de A.2.), A.2.) a outrepassé le mandat, interverti la possession des fonds sociaux et gérés pour le compte des clients et a détourné les montants au préjudice de ces clients et de la SOC.1.) S.A. (...) (page 31 de l'arrêt) le prévenu savait pertinemment qu'il utilisait les fonds sociaux et privés en dehors de son mandat. (...) Il ne pouvait ignorer en utilisant les fonds destinés à la SOC.1.) S.A. pour les virer sur les comptes des autres sociétés du groupe A.), qu'il violait les contrats conclus avec les sieurs B.) et C.) (...). (...) les fonds remis ou à disposition du prévenu dans le cadre de ses fonctions dans un but bien précis, se sont envolés dans la nature sans chance de retour. (...) Il y a lieu de retenir que les infractions d'abus de confiance ont été également commises par le prévenu en ses qualités d'administrateur de la SOC.1.) S.A. et de la société SOC.3.) et de gérant de la SOC.2.) S.à r.l. (...) ».

Le tribunal retient également : « (page 32 de l'arrêt) A.2.) (...) en tant que membre du conseil d'administration de la SOC.1.) S.A., avait la qualité de dirigeant de droit et de fait au moment des faits. Il s'occupait en cette qualité de la gestion journalière des affaires de la société et virait en cette qualité les montants litigieux sur les comptes respectifs auprès de la Caisse BQUE.1.) des sociétés SOC.2.) S.à

*r.l. également gérée par lui et son père, société qui est encore commissaire aux comptes de la société **SOC.1.) S.A.** et de la société **SOC.3.) S.A.** dont il est également membre du comité d'administration. (...). (...) **A.2.)** a sciemment fait un usage contraire des fonds virés par **SOC.5.)** en vue de la constitution de la société **SOC.1.) S.A.** L'argent détourné frauduleusement était destiné à constituer l'actif social de cette société respectivement à financer les activités futures et les frais de fonctionnement dans la limite de l'objet social défini dans les statuts. Le capital social de la **SOC.1.) S.A.** a été utilisé pour financer les activités courantes des sociétés **SOC.3.) S.A.** et **SOC.2.) S.** à r.l. sinon d'autres frais du groupe **A.)**, et des frais privés tant de **A.2.)** que de **A.1.)**. (...) Il convient de relever que **A.2.)** a agi de mauvaise foi, en connaissance de cause et de concert avec son père pour satisfaire ses intérêts personnels ainsi qu'en vue de boucher les trous des sociétés administrées par lui et de la fiduciaire exploitée à **LIEU.2.)**. (...). »*

La Cour retient dans son arrêt du 11 mai 2004 à propos de M. **A.1.)** : « (page 53 de l'arrêt) Il ressort notamment du contrat conclu entre la société **SOC.2.)** de **A.1.)** et la société **SOC.4.)** des demandeurs au civil signé le 10 janvier 2000 que **A.1.)** ne s'était non seulement chargé de la création et de la gestion d'une société de financement mais également de rechercher les fonds nécessaires au financement de la centrale thermique et ce dans les 6 mois à venir. (...) Selon le même contrat **SOC.2.)**, avait droit à titre d'honoraires (...) à 5.000 DM. Les 250.000 DM avaient été prévues par contre à titre de frais (...) pour la création et le fonctionnement de la société de financement (la **SOC.1.) S.A.**). Or, force est de constater que cette société de financement n'avait guère eu d'activité, **A.1.)** n'ayant pas, dans le délai imparti, trouvé, voire cherché à trouver, les fonds nécessaires au financement du projet. L'argent détourné avait servi largement à des fins étrangères à l'objet social. S'il est vrai que le jour-même de la conclusion du contrat, l'une des sociétés de **A.)**, en l'occurrence **SOC.3.)** établissait trois factures sur respectivement 5.000, 245.000 et 58.000 DM (...). Or, seul le montant de 5.000 DM était exigible. Il ressort clairement de la correspondance échangée entre parties que les 250.000 DM étaient à affecter au capital social de la société **SOC.1.)** (...) qui par ailleurs n'était constituée qu'en mars 2000. Force est encore de constater que le jour de sa constitution (8 mars 2000), la **SOC.1.)** se voyait déjà réclamer, par **SOC.2.)** cette fois-ci, une première provision de 3.000.000 Luf, « conformément à notre contrat de mandat » et sept jours après une deuxième provision de 500.000 Luf pour « frais et débours » conformément à ce même contrat sans qu'apparaissent parmi les pièces auxquelles la Cour pourrait avoir égard à quelle prestation dépassant l'arrangement arrêté au point 2.2. cette demande se rapporte. Ces factures étaient à l'évidence fictives, adressées en réalité par **A.1.)** à soi-même pour tenter de justifier ses prélèvements. (...) ».

6.2.2. Les préventions retenues par les juridictions répressives

Sur base de circonstances de fait décrites au point 6.2.1. du jugement les juridictions répressives ont retenu les préventions suivantes :

- à charge de M. **A.1.)**

Le tribunal correctionnel a retenu l'infraction d'escroquerie « Betrug (Artikel 496 des Strafgesetzbuches) » à charge de M. **A.1.)**. Le jugement retient (p. 36) : « Unter den sub (1) und

(2) erwähnten Umständen die Kläger dazu bewogen zu haben dem Beschuldigten eine Geldsumme von DM 250.000.- zukommen zu lassen, von welcher sich er, unter den, sub (3) und (4) erwähnten Umständen, den grössten Teil aneignete, im Besonderen:

(...) einen Betrag von LUF 3.000.000.-, welcher am 9. März 2000 durch einen von dem Beschuldigten unterschriebenen Überweisungsauftrag von dem Konto der Gesellschaft **SOC.1.)** S.A. auf jenes dem Beschuldigten gehörenden und von ihm geführten, Gesellschaft **SOC.2.)** S.A.R.L. überwiesen wurde;

einen Betrag von LUF 256.816.-, welcher am 16. März 2000 durch einen von dem Beschuldigten unterschriebenen Überweisungsauftrag von dem Konto der Gesellschaft **SOC.1.)** S.A. auf jenes dem Beschuldigten gehörenden und von ihm geführten, Gesellschaft **SOC.3.)** S.A. überwiesen wurde; sowie

einen Betrag von LUF 500.000.-, welcher am 17. März 2000 durch einen von dem Beschuldigten unterschriebenen Überweisungsauftrag von dem Konto der Gesellschaft **SOC.1.)** S.A. auf jenes dem Beschuldigten gehörenden und von ihm geführten, Gesellschaft **SOC.2.)** S.A.R.L. überwiesen wurde; folglich insgesamt einen Betrag von LUF 3.756.816.-.

mithin um sich eine einem Anderen gehörende Sache anzueignen, sich

Gelder, in spezie die Gesamtsumme von LUF 3.756.816.-,

aushändigen und ausliefern liess, indem er entweder falsche Eigenschaften annahm, und indem er betrügerische Kunstgriffe angewendet hat, um das Bestehen nicht vorhandener Unternehmen und eine vorgebliche Gewalt und einen vorgeblichen Kredit glaubhaft zu machen, um die Hoffnung und die Furcht eines Erfolges, und irgendeines anderen Ereignisses zu erwecken, und um in sonstiger Weise des Vertrauen oder die Leichtgläubigkeit zu missbrauchen (...) ».

Dans son arrêt du 11 mai 2004, « la Cour, à l'instar des juges de première instance, arrive à la conclusion que toutes les affirmations et manœuvres utilisées par **A.1.)** étaient destinées à faire croire à ses partenaires **B.)** & **C.)** qu'il recherchait activement les fonds nécessaires pour la réalisation de leur projet. Ceux-ci étaient induits en erreur par les différents écrits servant à prouver ses efforts et les capacités financières des sociétés de son groupe, agissements qui avaient amené ses partenaires à se dessaisir des fonds détournés. Le prévenu **A.1.)** est par conséquent à maintenir dans les liens de l'infraction basée sur l'article 496 du code pénal telle que retenue par la juridiction de première instance ».

· à charge de M. **A.2.)**

Le tribunal correctionnel a retenu à charge de M. **A.2.)** l'infraction d'abus de biens sociaux (Missbrauch von Gesellschaftsgütern (Artikel 171-1 des abgeänderten Gesetzes vom 10. August 1915 betreffend die Handelsgesellschaften)

Le jugement retient (p. 39) : « Am 9., 16. und 17. März 2000 in **LIEU.2.)**, **ADR.2.)**,

Als Verwaltungsratsmitglied und als tatsächlicher Leiter der Gesellschaft **SOC.1.)** S.A., mit Sitz in **LIEU.2.), ADR.2.)**, als Täter, welcher die

Tat selbst ausführte,

böswillig von den Gütern und dem Ansehen der Gesellschaft einen Gebrauch gemacht zu haben von dem er wusste dass er dem Interesse der Gesellschaft entgegengesetzt ist, sei es zu seinem persönlichen Vorteil und um eine andere Gesellschaft und ein anderes Unternehmen zu begünstigen an der und dem er unmittelbar und mittelbar beteiligt war,

indem er ohne hinreichenden Grund unmittelbar nach der, am 8.März 2000 erfolgten Gründung der vorbenannten Gesellschaft, den grössten Teil des Gesellschaftskapitals, welches LUF 5.000.000.betrug, auf Konten von Gesellschaften überwiesen hat von denen er fast alleiniger Anteilseigner und wirtschaftlicher Berechtigter, sowie verantwortlicher Leiter war, und zwar

- am 9. März 2000 den Betrag von LUF 3.000.000.- auf ein Bankkonto der Gesellschaft **SOC.2.)** S.A.R.L., mit Sitz am gleichen Ort wie die geschädigte Gesellschaft;
- am 16. März 2000 den Betrag von LUF 256.816.- auf ein Bankkonto der Gesellschaft **SOC.3.)** S.A., mit Sitz am gleichen Ort wie die geschädigte Gesellschaft;
- am 17. März 2000 den Betrag von LUF 500.000.- auf ein Bankkonto der vorbenannten Gesellschaft **SOC.2.)** S.A.R.L.,

folglich insgesamt einen Betrag von LUF 3.756.816.- ».

La Cour d'appel retient « à l'instar des juges de première instance la Cour est cependant convaincue qu'en tant que dirigeant responsable de la société **SOC.1.)** S.A. il avait dû savoir, même s'il avait agi sous l'influence de son père, voire sur l'instigation de celui-ci, que les montants prélevés dès sa création sur le compte de cette société pour un montant total de 3.756.816 LUF et retransférés sur les comptes d'autres sociétés de son père, que ses transferts, sans justification aucune, étaient opérés au détriment de la **SOC.1.)**.

A.2.) est donc à maintenir dans les liens de la prévention retenue sous le numéro II [abus de biens sociaux] par le tribunal ».

6.3. Appréciation

Au vu de la décision de la Cour d'appel, il est établi que MM. **A.1.)** et **A.2.)** ont géré les fonds déposés sur le compte de la société **SOC.1.)** non pas dans le but de l'investissement projeté et dans le but de faire fonctionner la société, mais pour prendre en charge, par l'utilisation des fonds appartenant à la société **SOC.1.)**, leurs dépenses personnelles et professionnelles.

Il est établi au vu de la décision répressive que les consorts **A.)** ont détourné les fonds de la société **SOC.1.)** à hauteur de la somme totale de 3.756.816.- francs et les ont transférés sur les comptes d'autres sociétés gérées par eux. Il est dès lors établi que MM. **A.1.)** et **A.2.)** ont effectué des opérations contraires à l'objet social et à l'intérêt de la société **SOC.1.)**. Ils ont dès lors, en leur qualité d'administrateur de la société **SOC.1.)**, engagé leur responsabilité sur base des dispositions de l'article 59 alinéa 2 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales.

M. **A.2.)** soutient qu'il se serait très largement exonéré de sa responsabilité par la preuve des fautes des autres protagonistes M. **A.1.)**, M. **B.)** et M. **C.)**. M. **A.2.)** n'aurait eu qu'un rôle passif dans le dossier **SOC.1.)**. L'arrêt de la Cour aurait confirmé le rôle tout à fait secondaire de M. **A.2.)** dans le dossier **SOC.1.)**. M. **A.2.)** conclut à l'exonération de sa responsabilité en raison de 9/10e de sorte qu'au maximum 1/10e de responsabilité pourrait être mis à sa charge.

Or, M. **A.2.)** a signé les virements ordonnant les transferts de fonds litigieux et contraires à l'objet et à l'intérêt de la société, au même titre que M. **A.1.)**. Il ne peut dès lors se décharger de sa responsabilité engagée en raison d'une violation des obligations lui incombant en qualité d'administrateur par le fait qu'il n'aurait joué qu'un rôle « secondaire ».

Le moyen est dès lors à rejeter et il n'y a pas lieu d'analyser les autres conclusions des parties sur ce point.

En raison de leurs agissements contraires à l'objet social de la société **SOC.1.)** et par l'utilisation des fonds de la société **SOC.1.)** à des fins contraires à l'objet et aux intérêts de la société, la responsabilité de MM. **A.1.)** et **A.2.)** est, conformément aux conclusions de la demanderesse, engagée par application de l'article 59 alinéa 2 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales et MM. **A.1.)** et **A.2.)** sont solidairement tenus d'indemniser le préjudice accru à la société **SOC.1.)**.

Les défendeurs contestent le préjudice de la demanderesse dans son principe et dans son quantum.

Il est établi au vu des préventions retenues par les juridictions pénales à charge de MM. **A.1.)** et **A.2.)**, que les consorts **A.)** ont signé trois virements, pour la somme totale de $(3.000.000 + 256.816 + 500.000) = 3.756.816.-$ francs, soit 93.129,04.- euros et ont détourné cette somme au détriment de la société **SOC.1.)**, pour la placer sur des comptes d'autres sociétés du groupe **A.)**.

Le dommage de la société **SOC.1.)** en relation causale avec les agissements et le comportement des défendeurs se chiffre partant à la somme de 3.756.816.- francs, soit 93.129,04.- euros, de sorte que la demande en indemnisation de la société **SOC.1.)** est fondée pour la somme de 93.129,04.- euros.

En application de l'article 59 alinéa 2 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, il y a en conséquence lieu de condamner MM. **A.1.)** et **A.2.)** solidairement au paiement de la somme de 93.129,04.- euros en principal.

La société **SOC.1.)** demande dans son assignation, la condamnation des défendeurs à lui payer ladite somme « avec les intérêts légaux à compter du 17 mars 2000, date du sinistre, jusqu'à solde ».

Dans ses conclusions déposées le 8 juin 2004, la société **SOC.1.)** demande « les intérêts tels que réclamés à l'assignation introductive, sinon subsidiairement à compter de cette assignation ».

Il y a lieu de rouvrir les débats afin de permettre à la demanderesse d'expliquer la nature des intérêts demandés (compensatoires, moratoires), le point de départ des intérêts et d'expliquer sa demande d'intérêts au taux légal visé au regard

- de l'article 1153 du code civil,
- de la loi du 22 février 1984 sur le taux de l'intérêt légal,
- de l'article 16 de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard,
- des articles 1, 2, 11, 12, 15-1, 16 et 18 de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard.

La responsabilité solidaire de M. **A.1.)** et M. **A.2.)** ayant été retenue sur base de l'article 59 alinéa 2 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales il devient superflu d'analyser les autres bases légales invoquées.

7. La demande de la société **SOC.1.)** dirigée contre la société **SOC.2.)**

La société **SOC.1.)** recherche la responsabilité de la société **SOC.2.)** principalement sur base de l'article 62 alinéa 3 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales.

Dans son assignation, la société **SOC.1.)** soutient que la société **SOC.2.)**, en sa qualité de commissaire aux comptes, « a manqué à ses obligations de surveillance et de contrôle ; qu'elle aurait dû contrôler et empêcher les agissements des administrateurs, dont elle était manifestement au courant puisqu'elle en a bénéficié ».

L'article 62 de la loi sur les sociétés commerciales dispose :

« Les commissaires ont un droit illimité de surveillance et de contrôle sur toutes les opérations de la société. Ils peuvent prendre connaissance, sans déplacement, des livres, de la correspondance, des procès verbaux et généralement de toutes les écritures de la société.

Il leur est remis chaque semestre, par l'administration, un état résumant la situation active et passive. Les commissaires doivent soumettre à l'assemblée générale le résultat de leur mission avec les propositions qu'ils croient convenables et lui faire connaître le mode d'après lequel ils ont contrôlé les inventaires.

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.

(...) ».

La mission d'un commissaire aux comptes est celle de surveiller les opérations de la société et de la prévenir en cas d'irrégularités. Les commissaires aux comptes doivent agir avec les soins d'un bon père de famille en veillant toutefois à ne pas s'immiscer dans la gestion de la société. Les commissaires ont pour mission permanente de vérifier les livres et les valeurs de la société et de contrôler la régularité et la sincérité des comptes sociaux. Les obligations du commissaire découlent toutes de l'idée que le commissaire doit exercer ses contrôles avec la diligence et l'impartialité que l'on est en droit d'attendre d'un professionnel qualifié.

La demanderesse reproche à la société **SOC.2.)** de ne pas avoir, dans le cadre du devoir de surveillance et de contrôle permanent à sa charge, empêché l'accomplissement par les administrateurs MM. **A.1.)** et **A.2.)** d'actes contraires à l'objet social et à l'intérêt de la société **SOC.1.)**.

Le devoir de surveillance et l'obligation de dénonciation à l'assemblée générale implique que le commissaire aux comptes ne peut accomplir des actes, respectivement contribuer ou participer à l'accomplissement d'actes qui sont contraires à l'objet social ou à l'intérêt de la société surveillée.

Dans ces conclusions déposées le 29 novembre 2004, la société **SOC.2.)** relève que la Cour a retenu que « ces factures étaient à l'évidence fictives adressées en réalité par **A.1.)** à soi-même pour tenter de justifier ses prélèvements ». En émettant des factures fictives, la société **SOC.2.)** a participé au détournement de fonds au préjudice de la société **SOC.1.)**. La société **SOC.2.)** a partant contribué à l'accomplissement d'actes contraires à l'intérêt social de la société **SOC.1.)** et à son objet social, et manqué à son obligation de surveillance et de contrôle, et à son obligation de dénoncer de tels actes, accomplis ou en voie d'accomplissement. La société **SOC.2.)** a donc manqué à ses obligations de commissaire aux comptes.

La société **SOC.2.)** soutient qu'elle n'aurait pu honorer ses obligations qu'à travers ses gérants, MM. **A.1.)** et **A.2.)**, qui auraient dû contrôler leurs propres actions qu'ils auraient effectuées sous le couvert d'une autre société. Cette constellation justifierait que la société **SOC.2.)** devrait s'effacer derrière les personnes de MM. **A.1.)** et **A.2.)**.

Contrairement aux conclusions de la société **SOC.2.)**, le fait que MM. **A.1.)** et **A.2.)** étaient à la fois les administrateurs de la société **SOC.1.)** et les dirigeants de la société **SOC.2.)**, n'est pas contraire à la loi et ne permet pas à la société **SOC.2.)** de se décharger de sa responsabilité. En effet, la société **SOC.2.)** a une personnalité juridique distincte de ses dirigeants et est tenue de répondre des fautes et négligences commises dans l'exercice de son mandat de commissaire aux comptes qui lui a été confié par la société **SOC.1.)**.

La société **SOC.2.)** a agi dans un intérêt contraire à la société **SOC.1.)** et n'a pas rempli ses obligations résultant de son mandat de commissaire aux comptes, elle engage donc sa responsabilité à l'égard de la société **SOC.1.)** sur base de l'article 62 alinéa 3 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales.

Au vu des éléments du dossier il est établi que la société **SOC.2.)** a émis deux factures pour un montant de 3.000.000.- francs et 500.000.- francs à l'égard de la société **SOC.1.)** et qu'elle a bénéficié des

paiements afférents, sans qu'il ne soit établi que les paiements étaient justifiés. Le dommage en relation causale avec la faute reprochée à la société **SOC.2.)** s'élève en conséquence à la somme de 3.500.000.- francs, soit 86.762,73.- euros.

En ce qui concerne le virement effectué au profit de la société **SOC.3.)**, il n'est pas établi que la société **SOC.2.)** a participé au détournement de fonds. Il n'est pas davantage établi que ce volet du dommage de la demanderesse a été réalisé en relation avec les fautes et négligences reprochées à la société **SOC.2.)** et retenues à sa charge. Dans ces conditions il y a lieu de retenir que ce volet du dommage de la demanderesse n'est pas en lien causal avec les fautes commises par la société **SOC.2.)**. Ce volet de la demande en indemnisation n'est partant pas justifié.

Par conclusions déposées le 29 novembre 2004, la société **SOC.2.)** fait valoir qu'elle a été déclarée en faillite par jugement du 18 mai 2001. La procédure de faillite rendrait impossible une condamnation à l'égard du failli. Le tribunal saisi pourrait tout au plus déterminer la créance qu'un créancier pourrait faire valoir dans le cadre de la procédure de faillite.

A partir du jugement déclaratif de faillite toute action mobilière, toute voie d'exécution sur les meubles ou sur les immeubles ne pourra être suivie, intentée ou exercée que contre le curateur de la faillite.

Les créanciers chirographaires et ceux jouissant d'un privilège général ne sont pas recevables, durant la faillite, à assigner le failli, ni même le curateur pour demander leur condamnation, mais ne peuvent agir que par la voie de la déclaration de créance ou de l'action en admission pour faire reconnaître leur créance (voir en ce sens Cass. 13 novembre 1997, n° 1402 du registre).

Il en résulte que le tribunal ne saurait prononcer une condamnation à l'encontre de la société **SOC.2.)** en faillite, mais il ne peut que fixer le montant de la créance de la demanderesse.

La responsabilité de la société **SOC.2.)** a été retenue sur base de l'article 62 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, en raison des fautes commises lors de l'exécution de son mandat de commissaire aux comptes, de sorte que la défenderesse est responsable in solidum avec les administrateurs MM. **A.1.)** et **A.2.)** du préjudice causé à hauteur de la somme de 3.500.000.francs, soit 86.762,73.- euros.

La société **SOC.2.)** est dès lors tenue in solidum de réparer le dommage subi par la société **SOC.1.)** à hauteur de la somme de 86.762,73.- euros.

Il y a en conséquence lieu de retenir que la créance de la société **SOC.1.)** à l'encontre de la société **SOC.2.)**, en faillite, se chiffre à la somme de 86.762,73.- euros.

La société **SOC.1.)** demande dans son assignation à ce que « les assignées » soient condamnés à payer à la demanderesse des intérêts légaux sur la somme de 3.756.816.- francs.

Il y a lieu de rouvrir les débats afin de permettre à la partie demanderesse d'examiner l'incidence de la procédure de faillite de la société **SOC.2.)** sur la demande en condamnation à payer les intérêts légaux

dirigée à l'encontre de la société **SOC.2.)** et afin de permettre à la demanderesse d'expliquer la nature des intérêts demandés (compensatoires, moratoires), le point de départ des intérêts et d'expliquer sa demande d'intérêts au taux légal visé au regard

- de l'article 1153 du code civil,
- de la loi du 22 février 1984 sur le taux de l'intérêt légal,
- de l'article 16 de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard,
- des articles 1, 2, 11, 12, 15-1, 16 et 18 de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard.

Dans la motivation de l'assignation, la société **SOC.1.)** demande « dès lors, à l'encontre de la défenderesse sub 3), outre la condamnation de cette dernière sur base de la responsabilité qu'elle a engagée, l'annulation sinon la résolution des deux paiements qui lui ont été faits, et en tout cas sa condamnation au remboursement de la somme de 3.500.000.- francs qu'elle a reçue, sur base de l'article 60bis de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales ».

L'article 60bis de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales dispose : « La société est liée par les actes accomplis par le conseil d'administration, par les administrateurs ayant qualité pour la représenter conformément à l'article 53 alinéa 4, ou par le délégué à la gestion journalière, même si ces actes excèdent l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer, compte tenu des circonstances, sans que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve ».

L'article 60bis tend à garantir la sécurité juridique et retient la validité, sous certaines conditions, des actes accomplis en dehors de l'objet social par les administrateurs de sociétés commerciales. Ladite disposition permet aux tiers de se prévaloir d'un engagement de la société alors même que cet engagement a dépassé l'objet social. De même, cet article permet à la société de se décharger de l'engagement pris par ses administrateurs dans l'hypothèse où le tiers contractant avait connaissance du dépassement de l'objet social.

Ladite disposition ne permet cependant pas à la société **SOC.1.)** de réclamer le remboursement de paiements effectués par ses administrateurs sur base de factures adressées par **SOC.2.)**, en sa qualité de commissaire aux comptes, encore que ces factures aient été dépourvues de contrepartie.

Dans ces conditions la demande de la société **SOC.1.)** en annulation ou en résolution des deux paiements effectués au profit de **SOC.2.)** et en remboursement des fonds transférés n'est pas justifiée sur base de l'article 60bis de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales.

La responsabilité de la société **SOC.2.)** ayant été retenue sur base de l'article 62 alinéa 3 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales il n'y a pas lieu d'analyser les autres bases légales invoquées.

8. Les actions récursoires

8.1. La demande de M. A.1.) contre la société SOC.2.)

M. A.1.) demande à ce que la société SOC.2.) soit condamnée à le tenir quitte et indemne de toute condamnation à intervenir contre lui.

Dans ses conclusions déposées le 3 mai 2001 il fait valoir ce qui suit : « attendu que le sieur A.1.) assigné sub 1), demande acte qu'il demande que l'assigné sub 3), la S.à r.l. SOC.2.), soit condamnée de le tenir quitte et indemne de toute condamnation qui serait prononcée à son égard dans le cadre de la présente affaire, qu'en effet le sieur A.1.) n'a en tant qu'administrateur de la requérante que procédé au paiement de factures lui soumises par la S.à r.l. SOC.2.), que c'est la S.à r.l. SOC.2.) qui a encaissé les montants facturés et qu'une condamnation à un éventuel remboursement ne saurait être prononcée que contre la S.à r.l. SOC.2.) et non pas contre le sieur A.1.) à titre personnel ».

La société SOC.2.) conteste le bien-fondé de cette demande.

La demande de la société SOC.1.) dirigée contre M. A.1.) s'analyse en une demande en dommages et intérêts basée sur les fautes commises par M. A.1.) lors de l'exécution de son mandat d'administrateur. La responsabilité de M. A.1.) a été retenue en raison de ses agissements en qualité d'administrateur dans la société SOC.1.).

Or, la présentation de factures par la société SOC.2.) ne justifie pas en elle-même la condamnation à tenir quitte et indemne M. A.1.) d'une condamnation résultant d'une responsabilité d'administrateur de société qui se trouve engagée.

Le moyen de M. A.1.) tendant au remboursement du montant des factures est dénué de tout fondement.

La demande incidente de M. A.1.) est en conséquence à rejeter.

8.2. La demande de la société SOC.2.) contre M. A.1.) et M. A.2.)

Dans ses conclusions déposées le 29 novembre 2004, la société SOC.2.) demande que M. A.1.) et M. A.2.) soient condamnés à la tenir quitte et indemne de toute condamnation qui pourrait intervenir à son encontre.

Elle expose qu' : « il est évident, à la lecture de l'arrêt précité et de l'exposé des faits contenus dans l'assignation, que la concluante ne pouvait honorer ces obligations qu'à travers ses gérants, les sieurs A.1.) et A.2.), qui auraient dû contrôler leurs propres actions qu'ils effectuaient sous le couvert d'une autre société. Cette constellation justifie encore que la société concluante doit s'effacer derrière les personnes de Messieurs A.1.) et A.2.) ».

M. A.2.) soutient que cette demande serait irrecevable « pour être faite de défendeur à défendeur ».

En vertu de l'article 481 du nouveau code de procédure civile, les demandes incidentes sont formées par acte d'avoué à avoué.

Une demande incidente formée par un défendeur contre un co-défendeur est recevable lorsqu'elle se base sur la même cause et sur les mêmes faits que la demande principale.

La demande formée par la société **SOC.2.)** contre MM. **A.1.)** et **A.2.)** s'analyse en une action en garantie qui, en règle générale, est une action principale et doit être introduite par voie d'assignation ; elle peut toutefois être introduite par voie de conclusions lorsqu'elle est, comme en l'espèce, intentée par l'un des défendeurs contre un autre défendeur et lorsqu'elle est la conséquence de l'action principale.

La demande en indemnisation de la société **SOC.1.)** est fondée sur la responsabilité des consorts **A.)** et la société **SOC.2.)** pour violation de leur mandat d'administrateur respectivement de commissaire aux comptes de la demanderesse. La société **SOC.2.)** soutient qu'elle devrait s'effacer derrière MM. **A.1.)** et **A.2.)** et que ces derniers devraient être tenus d'indemniser le préjudice accru à la société **SOC.1.)**.

La demande principale et la demande en garantie sont basées sur les mêmes faits et la demande en garantie n'est que la conséquence de la demande principale. La demande incidente est dès lors recevable.

Ainsi que le tribunal l'a retenu au point 7 du jugement, la responsabilité de la société **SOC.2.)** est retenue sur base des fautes commises lors de l'exécution de son mandat de commissaire aux comptes de la société **SOC.1.)**. La société **SOC.2.)** ayant une personnalité distincte et autonome par rapport à ses gérants, elle doit répondre des fautes commises lors de l'exécution de son mandat de commissaire aux comptes de la société **SOC.1.)**.

La responsabilité de la société **SOC.2.)** ayant été engagée en raison de la violation de son mandat de commissaire aux comptes de la demanderesse, la défenderesse ne peut pas appeler en garantie MM. **A.1.)** et **A.2.)**, assignés en leur qualité d'administrateur de la société **SOC.1.)**, dont la responsabilité pour violation de leur mandat social de la société **SOC.1.)** se trouve également engagée.

La demande en garantie de la société **SOC.2.)** est dès lors à déclarer non fondée.

9. La demande reconventionnelle dirigée par la société **SOC.2.)** contre la société **SOC.1.)**

La société **SOC.2.)** formule une demande reconventionnelle à l'encontre de la société **SOC.1.)** pour le montant de 250.000.- DEM pour prestations et services effectués sur base du contrat intitulé « Mandats- und Verwaltungsvertrag » du 10 janvier 2000.

Le contrat intitulé « Mandats- und Verwaltungsvertrag » du 10 janvier 2000 versé aux débats a été signé entre la société **SOC.2.)** S.à r.l. et la société **SOC.4.)** FINANCE & INVESTMENT. La société **SOC.1.)**

n'est pas partie à ce contrat et il n'y est pas convenu que les frais prévus au « Pauschalkostenrahmen » à hauteur de 250.000 DM seraient à charge de la société **SOC.1.)** en voie de formation.

La demande en paiement de la société **SOC.2.)** contre la société **SOC.1.)** basée sur le contrat du 10 janvier 2000 est dès lors à rejeter.

10. Les indemnités de procédure

M. **A.1.)** et la société **SOC.2.)** succombent et doivent supporter les dépens, de sorte que leur demande d'une indemnité sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile n'est pas justifiée.

La société **SOC.1.)** demande la condamnation des défendeurs à lui payer une indemnité de procédure de 2.000.- euros.

Il est inéquitable de laisser à charge de la société **SOC.1.)** l'entièreté des sommes déboursées par elle et non comprises dans les dépens, de sorte qu'il y a lieu de faire droit à sa demande. Au regard de la nature de l'affaire, il est établi que les sommes exposées par la société **SOC.1.)** s'élèvent à 2.000.- euros.

Par ces motifs:

le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, première chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement,
reçoit les demandes,

déclare la demande de la société anonyme **SOC.1.)** S.A. fondée,

condamne M. **A.1.)** et M. **A.2.)** solidairement à payer à la société **SOC.1.)** S.A. la somme de 93.129,04.- euros,

fixe le montant de la créance de la société **SOC.1.)** S.A. à l'égard de la société **SOC.2.)** S.à r.l. en état de faillite à la somme de 86.762,73.- euros,

dît que la société **SOC.2.)** S.à r.l. en état de faillite est tenue in solidum avec MM. **A.1.)** et **A.2.)** du paiement de ce montant,

déclare non fondée la demande incidente de M. **A.1.)** dirigée contre la société **SOC.2.)** S.à r.l. en état de faillite,

déclare non fondée la demande incidente de la société **SOC.2.)** S.à r.l. en état de faillite contre M. **A.1.)** et M. **A.2.)**,

déclare non fondée la demande reconventionnelle de la société **SOC.2.)** S.à r.l. en état de faillite contre la société **SOC.1.)** S.A.,

déclare non fondée la demande de la société **SOC.1.)** S.A. en annulation sinon en résolution des paiements litigieux,

rouvre les débats 1) afin de permettre à la partie demanderesse d'examiner l'incidence de la procédure de faillite de la société **SOC.2.)** sur la demande en condamnation à payer les intérêts légaux dirigée à l'encontre de la société **SOC.2.)** en état de faillite,

et 2) afin de permettre à la demanderesse d'expliquer la nature des intérêts demandés (compensatoires, moratoires) tant à l'égard de MM. **A.1.)** et **A.2.)** que de la société **SOC.2.)** en état de faillite, le point de départ des intérêts et d'expliquer sa demande d'intérêts au taux légal visé au regard - de l'article 1153 du code civil,

- de la loi du 22 février 1984 sur le taux de l'intérêt légal,

- de l'article 16 de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard,

- des articles 1, 2, 11, 12, 15-1, 16 et 18 de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard,

condamne M. **A.1.)** et M. **A.2.)** solidairement à payer à la société **SOC.1.)** S.A. la somme de 2.000.- euros au titre d'indemnité de procédure,

fixe le montant de la créance d'indemnité de procédure de la société **SOC.1.)** S.A. à la somme de 2.000.- euros l'égard de la société **SOC.2.)** S.à r.l. en état de faillite,

dit que la société **SOC.2.)** S.à r.l. en état de faillite est tenue in solidum avec MM. **A.1.)** et **A.2.)** du paiement de ce montant,

condamne M. **A.1.)** et M. **A.2.)** aux frais et dépens de l'instance et ordonne la distraction au profit de Me Gerry OSCH,

dit que la société **SOC.1.)** S.A. dispose à l'égard de la société **SOC.2.)** S.à r.l. en état de faillite d'une créance correspondant aux frais et dépens de l'instance.

Ce jugement a été lu à l'audience publique indiquée ci-dessus par M. Etienne SCHMIT, premier vice président, en présence de M. David BOUCHE, greffier.