

22 / 12 / 98 (A)

Jugement civil no 2098/ 98 (1ère chambre)

Audience publique du mardi, vingt-deux décembre mil neuf cent quatre-vingt-dix-huit

Numéro civil 56450 du rôle

Numéro commercial 45858 du rôle

Composition:

M. Etienne SCHMIT, premier vice-président,
Mme Marie-Laure MEYER, premier juge,
Mme Malou THEIS, juge,
Mme Monique BARBEL, greffier.

E N T R E

la société anonyme X.) S.A., établie et ayant son siège social à (...)

partie demanderesse aux termes d'un exploit d'assignation en matière civile de l'huissier de justice Georges NICKTS de Luxembourg du 27 novembre 1995 et d'un exploit d'assignation en matière commerciale du même huissier du 27 novembre 1995,

partie défenderesse sur reconvention.

comparant par Maître Patrick KINSCH, avocat, demeurant à Luxembourg,

E T

1) M. P.) ; architecte, demeurant à (...)

partie défenderesse aux fins des prédicts exploits NICKTS,

partie demanderesse par reconvention.

comparant par Maître Laurent MOSAR, avocat, demeurant à Luxembourg,

2) M. H.) , ingénieur, demeurant à (...)

partie défenderesse aux fins des prédicts exploits NICKTS,

comparant par Maître Laurent MOSAR, avocat, demeurant à Luxembourg,

3) M. K.) , homme d'affaires, demeurant à D- (...)

partie défenderesse aux fins des prédicts exploits NICKTS,

comparant par Maître Patrick BIRDEN, avocat, demeurant à Luxembourg.

LE TRIBUNAL :

Où la société anonyme X.) S.A. par l'organe de Maître Patrick KINSCH, avocat constitué.

Où M. P.) et M. H.) par l'organe de Maître Jerry MOSAR, avocat, en remplacement de Maître Laurent MOSAR, avocat constitué.

Où M. K.) par l'organe de Maître Patrick BIRDEN, avocat constitué.

Où le ministère public par M. Robert BIEVER, procureur d'Etat.

1. L'objet du litige

Le 27 novembre 1995, la société X.) S.A. (la société X.) a assigné M. P.) , M. H.) et M. K.) à comparaître devant ce tribunal pour les voir condamner solidairement, sinon in solidum à lui payer la somme de 80.000.000.- francs avec les intérêts au taux légal à compter du 28 novembre 1990 sur la somme de 30.000.000.- francs et à compter du 6 mars 1991 sur la somme de 50.000.000.- francs.

La société X.) expose que les trois défendeurs engageraient leur responsabilité en tant qu'administrateurs de la société principalement sur base de l'article 59 alinéa 2 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales et subsidiairement sur base de l'article 59 alinéa 1er de cette loi. Les trois administrateurs auraient abusé de leur mandat en opérant les 28 novembre 1990 et 6 mars 1991 des paiements de 30.000.000.- francs respectivement de 50.000.000.- francs contrairement aux intérêts sociaux.

2. Le défaut de mention du numéro du registre de commerce

MM. P.) et H.) opposent l'irrecevabilité de l'assignation au motif qu'elle ne mentionnerait pas le numéro du registre de commerce de la société X.) M. K.) se rallie à ce moyen.

Le défaut de mention du numéro du registre de commerce dans l'acte d'assignation donné par une société anonyme n'est pas sanctionné de la nullité de l'assignation. De toute manière, les trois parties défenderesses, anciens administrateurs de la société X.), n'établissent pas que l'absence de mention du numéro du registre leur cause grief, de sorte que l'article 173 alinéa 2 du code de procédure civile ne permet pas de prononcer la nullité de l'assignation en raison d'un tel vice de forme.

Le moyen d'irrecevabilité n'est pas fondé.

3. Le défaut de mention du conseil d'administration

MM. P.) et H.) opposent l'irrecevabilité de l'assignation en raison du défaut d'indication, dans l'assignation, que la société agit par son conseil d'administration. Or l'article 53 de la loi sur les sociétés précise que c'est le conseil d'administration qui représente la société. M. K.) soulève également ce moyen.

L'assignation est donnée au nom de la société anonyme X.), ayant son siège à (...)

La personne morale demanderesse est suffisamment désignée dans l'assignation par son nom, sa forme juridique et son siège. L'organe social par lequel elle agit est déterminé par l'article 53 de la loi sur les sociétés, et l'acte d'assignation ne doit pas viser l'organe qui représente la société en justice au sens de cette disposition légale. L'article 53 alinéa 2 précise expressément que les assignations sont valablement faites au nom de la société seule.

L'assignation est dès lors régulière et le moyen d'irrecevabilité n'est pas justifié.

4. La recevabilité de l'assignation civile et de l'assignation commerciale

Le 27 novembre 1995, la société X.) a assigné les trois défendeurs suivant la procédure civile.

A titre subsidiaire, elle a assigné le même jour les défendeurs suivant la procédure commerciale aux mêmes fins, pour le cas où l'assignation civile devait être déclarée irrégulière pour une raison de procédure ou d'organisation judiciaire.

Aux termes des règles de procédure, les assignations en matière commerciale se font devant le tribunal d'arrondissement, qui a compétence pour statuer en matière civile et commerciale, à date fixe et sans invitation à se faire représenter par un avocat, les parties pouvant se défendre personnellement.

La demande est donc introduite dans la forme civile dans une affaire de nature commerciale.

La loi du 11 août 1996 sur la mise en état en matière de procédure civile et portant introduction et modification de certaines dispositions du code de procédure civile a complété l'article 414 du code de procédure civile, qui prévoit que les parties peuvent se présenter personnellement devant le tribunal d'arrondissement dans les affaires commerciales et ne sont pas obligées de se faire représenter par un avocat, par un alinéa 2 qui a la teneur suivante: "Néanmoins, le demandeur peut, en matière commerciale, introduire sa demande selon la procédure applicable en matière civile, auquel cas il doit en toute hypothèse supporter les frais supplémentaires occasionnés par ce choix ". Cette disposition est entrée en vigueur dès la publication de la loi.

L'article 414, alinéa 2, a confirmé que les assignations commerciales se font normalement à date fixe et sans invitation à se faire représenter par un avocat. La loi permet l'assignation dans la forme civile, à charge du demandeur de supporter les frais supplémentaires occasionnés par la procédure civile.

Par cette disposition, le législateur signifie sans ambiguïté que l'introduction d'une demande de nature commerciale dans la forme commerciale n'est pas une règle d'ordre public et que son inobservation n'est pas sanctionnée d'une nullité de fond. La règle et sa nature n'ont pas été modifiées par la loi de 1996, en sorte que l'assignation civile antérieure donnée dans une affaire commerciale n'est pas à sanctionner d'une nullité de fond.

L'assignation civile étant recevable, l'assignation commerciale donnée à titre subsidiaire est sans objet et est dès lors irrecevable.

5. La prescription de l'action

MM. P.) et H.) soulèvent la prescription de l'action en responsabilité dirigée contre les administrateurs, l'article 157 de la loi sur les sociétés imposant d'engager une telle action dans les cinq ans.

Suivant l'article 157 de la loi sur les sociétés, sont prescrites par cinq ans à partir des faits les actions contre les administrateurs du fait de leurs fonctions.

La demande en responsabilité dirigée contre les parties défenderesses est fondée sur des paiements effectués les 28 novembre 1990 et 6 mars 1991. L'assignation du 27 novembre 1995 est donc donnée dans les cinq ans à partir du fait de l'administrateur et l'action n'était pas prescrite le jour de l'assignation.

6. La responsabilité des administrateurs

6.1. La qualité d'administrateur de M. P.)

M. P.) soutient qu'il ne serait pas responsable sur base de l'article 59 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés, étant donné qu'il aurait vendu ses actions dans la société X.) le 22 juin 1989 et aurait ensuite démissionné du conseil d'administration de la société. Sa démission aurait été « entérinée » à l'assemblée générale extraordinaire du 2 novembre 1989.

N'ayant pas eu la qualité d'administrateur au moment des opérations critiquées des 28 novembre 1990 et 6 mars 1991, sa responsabilité ne saurait être recherchée sur base de cette disposition légale.

Dans ses conclusions du 30 mars 1998, M. P.) prend appui sur un procès-verbal d'une assemblée générale d'actionnaires du 2 novembre 1989 (fardes non numérotées de trois pièces de Maître MOSAR, pièce 1, original; fardes non numérotées de dix pièces de Maître MOSAR, pièce 1, copie).

Aux termes de cet acte sous seing privé, qui n'a pas été enregistré, l'assemblée a révoqué M. P.) de ses fonctions d'administrateur. Contrairement à l'argumentation de M. P.), l'assemblée n'a donc pas acté sa démission, mais l'a révoqué. La révocation de M. P.) est mentionnée comme seul point de l'ordre du jour de l'assemblée. Ce procès-verbal est signé de MM. K.) et H.)

M. P.) expose que par courrier du 12 juillet 1990, la société X.) aurait demandé au notaire A.) de (...) de préparer une convention. A l'appui, elle aurait transmis l'acte de cession des parts de M. P.) et le procès-verbal de l'assemblée du 2 novembre 1989. Elle aurait précisé la nouvelle répartition du capital et indiqué M. S.) comme nouvel administrateur (fardes de dix pièces de Maître MOSAR, pièce 2). En réponse, Maître A.) aurait fait parvenir une préparation d'un procès-verbal de l'assemblée générale contenant la mention de l'année 1990. Le procès-verbal du 2 novembre 1989 aurait été établi à l'aide de cette préparation, l'année correcte 1989 étant inscrite par modification de l'année initialement prévue au texte.

Cet exposé correspond aux pièces versées et à la confirmation, par le notaire, de la préparation du procès-verbal.

Aux termes du procès-verbal de l'assemblée générale du 2 novembre 1989, dressé dans la forme proposée par le notaire, l'assemblée révoque M. P.) et nomme en remplacement M. S.) (v. l'une des fardes de sept pièces de Maître BIRDEN, pièce 5, original). Cet acte porte également la signature de MM. K.) et H.); il n'a pas non plus fait l'objet d'un enregistrement.

Au vu des pièces et plus particulièrement du courrier échangé en 1990 avec le notaire A.), le tribunal admet l'authenticité des deux actes sous seing privé. En effet, un procès-verbal est transmis au notaire et un deuxième procès-verbal dans la forme préparée par le notaire est établi dans la suite. Ce deuxième procès-verbal inclut également la nomination du nouvel administrateur. Le tribunal ne retient pas les critiques de Maître Patrick KINSCH quant à l'authenticité du deuxième procès-verbal. L'offre de preuve par les témoignages de M. S.) et de Maître A.) quant à l'assemblée du 2 novembre 1989 est dès lors superflue.

La société X.) soutient que la date de signature du procès-verbal ne serait ni connue ni certaine. Elle relève que le procès-verbal de l'assemblée générale du 2 novembre 1989 ne lui aurait pas été connu avant la communication en cours de procédure et ne figurerait pas dans ses archives laissées par MM. K.), H.) et P.). Contrairement aux prescriptions légales, le départ en 1989 de M. P.) n'aurait jamais été publié au registre du commerce ni au Mémorial. Contrairement aux affirmations et aux pièces de M. P.), celui-ci aurait été

révoqué par l'assemblée des actionnaires du 30 août 1991 (farde de 26 pièces de Maître MOSAR, pièce 5c). D'ailleurs, M. P.) aurait endossé le chèque litigieux du 6 mars 1991, ensemble avec l'administrateur H.) Le 27 mai 1991, M. P.) aurait signé, en tant qu'administrateur de la société X.) un acte de vente immobilière dressé devant notaire. Il serait dès lors établi que M. P.) était administrateur les 28 novembre 1990 et 6 mars 1991.

Par conclusions du 8 janvier 1998, M. P.) soutient avoir démissionné et ne plus avoir été administrateur suite à la cession de ses actions le 22 juin 1989. Subsidiairement, il affirme avoir reçu décharge par l'assemblée générale du 30 août 1991. Il soutient cependant avoir démissionné plus tôt. Pour autant que de besoin, il offre de prouver par comparution des parties avoir eu décharge lors de cette assemblée.

Le 8 janvier 1998, M. P.) n'invoque pas le procès-verbal de l'assemblée générale du 2 novembre 1989 au cours de laquelle sa démission aurait été actée. Il reconnaît la tenue de l'assemblée générale du 30 août 1991, mais affirme que des décisions différentes de celles actées au procès-verbal y auraient été prises.

Le chèque du 28 novembre 1990 sur le montant de 30.000.000.-francs est établi par la U.) à l'ordre de la société X.) . L'endos est signé de deux administrateurs, MM. K.) et H.) .

Le chèque du 6 mars 1991 sur le montant de 50.000.000.-francs est établi par la même banque à l'ordre de la société X.) . L'endos est également signé par deux personnes: M. H.) et M. P.) .

M. P.) soutient avoir signé ce chèque en tant que bénéficiaire et non en tant qu'administrateur.

Aux termes des statuts de la société X.) (farde bleue de Maître KINSCH, pièce 1), la société est engagée par la signature conjointe de deux administrateurs ou par celle de l'administrateur délégué agissant dans les limites des pouvoirs lui délégués.

Les deux chèques sont encaissés via la chambre des compensations existant entre banques et sont munis de deux signatures de représentants de la société bénéficiaire du chèque. La signature de l'endos est une formalité usuelle de l'encaissement d'un chèque. Il ne résulte d'aucune indication que la signature de M. H.) engagerait la société, tandis que celle de M. P.) concernerait la personne qui touche finalement les fonds. Les endos des deux chèques sont donc signés par deux administrateurs de la société X.) à l'ordre de laquelle les chèques ont été établis.

M. P.) , en signant l'endos du chèque du 6 mars 1991 portant sur 50.000.000.-francs conjointement avec l'administrateur H.) a agi en tant qu'administrateur de la société X.) . Le chèque a été émis le 6 mars 1991 par la U.) et a été présenté à la chambre des compensations le 7 mars 1991. A ce moment, M. P.) a donc agi en sa qualité d'administrateur de la société X.) .

Le 27 mai 1991, la société X.) fait dresser un acte de vente immobilière par-devant notaire (farde de treize pièces de Maître KINSCH, pièce 7; farde de neuf pièces de Maître MOSAR, pièce 6). Suivant les constatations du notaire D.) la société X.) est engagée

par la signature conjointe de deux administrateurs et est représentée à l'acte par M. H.) , M. P.) et M. K.) . MM. H.) et P.) comparaissent personnellement devant le notaire, tandis que M. K.) est représenté par M. H.) en vertu d'une procuration. La représentation de la société par M. P.) fait l'objet d'un ajout manuscrit et il est précisé que M. P.) , architecte diplômé et ingénieur, agit en sa qualité de membre du conseil d'administration de la société X.) . L'ajout manuscrit et l'acte ont été signés par les comparants, dont M. P.) , et le notaire. Contrairement aux affirmations de M. P.) d'être intervenu en qualité d'intermédiaire, l'acte ne précise en aucune manière son intervention en cette qualité.

Il résulte donc d'un acte authentique auquel est intervenu M. P.) qu'il avait la qualité d'administrateur de la société X.) le 27 mai 1991.

L'offre de preuve par le témoignage du notaire D.) que « M. P.) a vendu le terrain appartenant à la société X.) sis à (...) en tant qu'agent immobilier » est irrecevable, étant donné qu'elle tend à prouver outre le contenu de l'acte authentique analysé ci-dessus.

Par ses conclusions du 8 janvier 1998, M. P.) soutient avoir reçu décharge lors de l'assemblée générale du 30 août 1991 (farde de 26 pièces de Maître MOSAR, pièce 5c). Aux termes de cette assemblée générale invoquée par M. P.) avant la communication en cause du procès-verbal de l'assemblée du 2 novembre 1989, il a été décidé de « discharge » - le terme anglais sera discuté ci-après - les administrateurs K.) , H.) et P.) et de nommer en remplacement les trois personnes désignées. La « discharge » est décidée « as from september 1, 1991 ». Dans ses conclusions, M. P.) invoque donc expressément cette assemblée sans émettre de réserve quant à la date de sa démission.

Il ne résulte par ailleurs d'aucune pièce versée qu'en novembre 1990 et en mars 1991 que la démission de M. P.) comme administrateur aurait été déposée au registre du commerce en vue de sa publication au Mémorial. La nomination des nouveaux administrateurs par l'assemblée générale du 30 août 1991 est enregistrée le 28 octobre 1991 et déposée au registre du commerce le 29 octobre 1991. L'extrait publié au Mémorial ne vise que cette nomination, sans faire expressément état de la cessation des fonctions des anciens administrateurs (farde bleue de Maître KINSCH, pièce 17).

Par ses conclusions du 12 janvier 1998, M. P.) invoque l'assemblée générale du 2 novembre 1989 qui fait l'objet de deux procès-verbaux signés de MM. K.) et H.) et qui constituent de simples actes sous seing privé n'ayant pas été enregistrés.

En raison de la force probante attachée à l'acte authentique du 27 mai 1991 et de la corroboration par les éléments relevés ci-dessus, et notamment l'endos du chèque du 6 mars 1991 par M. P.) , il est établi que celui-ci était administrateur de la société X.) en novembre 1990 et mars 1991. L'offre de preuve par les témoignages de M. S.) et de Maître A.) quant à l'assemblée est dès lors irrecevable.

6.2. La décharge des administrateurs K.) , H.) et P.)

Les parties défenderesses soutiennent avoir obtenu décharge pour leur gestion par l'assemblée générale du 30 août 1991. En effet, lors de cette assemblée, il aurait été décidé « to discharge » les trois administrateurs. Le terme anglais « discharge » signifierait décharger, donner quitus.

Maître KINSCH relève à juste titre que le terme « discharge » signifie révoquer, démettre de ses fonctions. Cette traduction est confirmée par la structure et le contenu même du procès-verbal. La même phrase contient la proposition du président de séance de « discharge » les trois administrateurs K.) , H.) et P.) à partir du 1er septembre 1991 et de nommer en remplacement à partir du 1er septembre 1991 trois autres administrateurs. Cette proposition est adoptée à l'unanimité et l'assemblée décide ainsi que proposé. L'assemblée démet à partir de la même date trois administrateurs pour en nommer trois nouveaux. La décharge en raison de la gestion des trois anciens administrateurs devrait être donnée pour la période de leur mandat qui s'achève et non dans le futur à partir du 1er septembre 1991.

M. H.) soutient avoir reçu décharge le 31 décembre 1991 à l'occasion de la cession des parts de la T.) à M. H.) (farde de 26 pièces de Maître MOSAR, pièce 25). M. R.) , en tant que fondé de pouvoirs des sociétés O.) SA, X.) SA et L.) accorde décharge à M. H.) pour sa gestion de trois sociétés.

Aux termes de l'article 74 de la loi sur les sociétés, c'est l'assemblée générale d'une société qui accorde décharge de leur gestion aux administrateurs. La validité du vote de la décharge est soumise aux conditions qu'un bilan soit soumis à l'assemblée, que le bilan soit une image fidèle de la situation de la société et qu'il soit approuvé par l'assemblée. La décharge donnée le 31 décembre 1991 par M. R.) n'émane pas de l'assemblée générale et ne constitue pas une décharge valable de la société X.)

Il résulte de ces développements que les parties défenderesses n'ont pas reçu décharge de leur gestion de la part de la société X.)

6.3. Les actes engageant la responsabilité des administrateurs

La société X.) soutient que les administrateurs ont fait émettre les chèques du 28 novembre 1990 sur le montant de 30.000.000.- francs et du 6 mars 1991 sur le montant de 50.000.000.- francs pour en faire bénéficier indûment M. P.)

M. P.) reconnaît, notamment par ses conclusions du 22 septembre 1997, avoir obtenu paiement de 80.000.000.- francs. Il soutient cependant que le paiement était justifié en raison de créances sur la société A.) . Il invoque une transaction intervenue le 28 novembre 1990 entre lui-même et la société T.) GmbH (...) agissant en sa qualité de fondé de pouvoir et de propriétaire des sociétés I.) S.A. , O.) S.A. et B.) S.A. suivant laquelle il dispose d'une créance de 80.000.000.- francs en raison de trois factures (farde bleue de Maître KINSCH, pièce 19; farde de 26 pièces de Maître MOSAR, pièce 4).

Ainsi que le relève Maître KINSCH, cette transaction n'est pas signée au nom de la société X.). Il y est précisé que la facture no 024/90 sur 15.789.400.- francs est réduite au montant « brut » de 15.000.000.- francs. La facture no 031/90 sur le montant de 16.584.120.- francs est également réduite au montant de 15.000.000.- francs. La facture no 30/90 sur le montant de 79.266.510.- francs est provisoirement réduite à la somme de 50.000.000.- francs. Ce montant sera payé comme prêt sous certaines conditions. La société X.) n'est mentionnée ni comme signataire de l'acte, ni comme destinataire des trois factures, ni comme débiteur de la somme totale de 80.000.000.- francs à l'égard de M. P.) , ni à un autre titre. Cette transaction porte la signature de M. K.) au nom de la T.)

La facture 24/90 du 11 juin 1990 a été adressée par M. P.) à la I.) . Par courrier du 19 juin 1990, signé de M. M.) , la facture est contestée par la société destinataire (farde bleue de Maître KINSCH, pièces 9 et 10).

La facture 30/90 du 9 août 1990 été adressée à la société O.) qui l'a contestée par courrier du 29 août signé par MM. M.) et E.) (pièces 11 et 12).

La facture 31/90 du 10 août a été adressée à la société B.) et contestée par courrier du 13 août 1990 signé par M. M.) et J.) (pièces 13 et 14).

Sous la date du 5 novembre 1990, M. P.) établit les mêmes factures 24 et 31 à charge de la société X.), en retenant le même libellé de prestations, et en réduisant les montants dus chaque fois au forfait de 15.000.000.- francs (pièces 15 et 16).

M. P.) soutient que ses créances seraient justifiées par les prestations effectuées au-delà de ce qui était convenu au contrat de service qui le liait au groupe. Le principe d'une obligation de rémunérer des prestations au-delà du contrat de service et une obligation quelconque de la société X.) en raison de telles prestations sont contestés.

Les trois factures litigieuses de juin et août 1990 ont été contestées sans délai et de manière catégorique par les trois sociétés destinataires des factures. Ces courriers ont été signés par des dirigeants autres que les trois parties défenderesses. Il ne peut pas être ajouté foi au bien-fondé de la transaction signée en novembre 1990 pour les trois sociétés concernées par M. K.) seul. La transaction ne lie d'ailleurs aucunement la société X.)

L'offre de prouver par la comparution personnelle de MM. S.) , N.) et R.) , anciens dirigeants du groupe B.) , que cette transaction a été approuvée par les dirigeants du groupe B.) n'est pas recevable. Le groupe B.) n'est pas partie au litige, de sorte que les dirigeants du groupe B.) ne peuvent pas être entendus dans le cadre d'une comparution personnelle des parties. L'approbation de la transaction par les dirigeants du groupe est sans pertinence quant à la société X.) qui n'est pas partie ni mentionnée à la transaction et ne constitue pas une approbation par les organes sociaux.

En novembre 1990, M. P.) établit les mêmes factures à charge de la société X.) en réduisant les factures initiales des montants de 1.736.764.-, 24.022.500.- et 2.579.167.- francs. Les chèques qui réalisent les paiements de 80.000.000.- francs à M. P.) sont établis sans intervention d'un dirigeant autre que les trois parties défenderesses. Il ne résulte d'aucune pièce du dossier émanant de la société X.) qu'elle serait redevable des prétendues dettes initiales des trois autres sociétés et que celles-ci ont contestées. Il ne résulte d'aucune pièce du dossier que les

prétentions de M. P.) reposeraient sur un engagement par contrat ou seraient autrement justifiées à l'égard tant des sociétés initialement destinataires des factures qu'à l'égard de la société X.). Les paiements de la somme totale de 80.000.000.- francs par la société X.) ne sont pas justifiés par l'intérêt social de celle-ci. Ils ont été faits par pure faveur à M. P.) et contrairement à l'intérêt social.

M. H.) a endossé les deux chèques et il a reçu celui sur 50.000.000.- francs de la banque émettrice. M. K.) a endossé le chèque sur 30.000.000.- francs, a demandé à la banque d'établir le chèque sur 50.000.000.- francs et de le remettre à M. H.) . M. P.) a endossé le chèque sur 50.000.000.- francs, a établi les factures à charge de la société X.) et a touché la somme de 80.000.000.- francs.

Les chèques ont été établis par la U.) auprès de laquelle la société X.) bénéficiait d'une ouverture de crédit du 19 octobre 1988 de 200.000.000.- francs destinée à financer l'achat d'un terrain à (...) et la construction projetée sur ce terrain. Cette ouverture de crédit était signée par MM. K.) et P.) qui en connaissaient donc la finalité. M. H.) par ses conclusions du 12 janvier 1998, invoque les décisions du conseil d'administration et de l'assemblée générale du 21 novembre 1990. Suivant ces pièces, le conseil d'administration à la réunion duquel M. H.) aurait participé à cette date a décidé de payer les factures de M. P.) par le biais du crédit ouvert auprès de la U.) . M. H.) , administrateur de la société X.) depuis sa constitution le 30 septembre 1988 connaissait nécessairement la destination du crédit auprès de cette banque. L'utilisation du crédit destiné au financement d'un important projet immobilier de la société au paiement de créances totalement étrangères à la fin du crédit et étant sans rapport avec l'utilité que doit présenter le crédit pour la société constitue un acte contraire à l'intérêt social.

Les administrateurs prennent encore appui sur une décision qui aurait été prise le 21 novembre 1990 par le conseil d'administration de la société X.) : la société X.) payerait à M. P.) les montants convenus par la transaction entre M. P.) et les sociétés O.) , I.) et B.) . Cette décision aurait été approuvée par l'assemblée générale du même jour. Les procès-verbaux des réunions tenues le même jour par ces deux organes sociaux sont signés de M. K.) seul. Ils sont versés en copie et ne sont pas enregistrés (l'une des fardes de sept pièces de Maître BIRDEN, pièces 2 et 3).

Les administrateurs ont l'obligation légale et statutaire d'agir dans l'intérêt de la société. Même si la transaction du 28 novembre 1990 entre les trois sociétés et M. P.) avait été approuvée dès le 21 novembre 1990 par le conseil d'administration, les paiements ne seraient pas justifiés et les paiements contraires à l'intérêt de la société ne seraient pas absous. La décision d'approbation de l'assemblée générale n'est pas non plus de nature à rendre licite in acte contraire à l'intérêt social.

En participant au paiement de la somme totale de 80.000.000.- francs à M. P.) pour des factures contestées et non justifiées et dans le seul intérêt de M. P.) et en entamant l'ouverture de crédit destinée à des fins autres MM. K.) , H.) et P.) ont agi contrairement à l'intérêt social. Leurs actes violent leur obligation d'agir conformément à l'intérêt social et enfreignent les dispositions de la loi sur les sociétés et des statuts. Par application de l'article 59 alinéa 2 de la loi sur les sociétés, ils sont solidairement responsables envers la société.

7. Le préjudice de la société

Les parties défenderesses offrent de prouver par témoins que la société X.) n'a pas subi de préjudice du fait des paiements des factures de M. P.) . L'argent aurait été récupéré par le biais de différents prêts accordés aux sociétés O.) , B.) et I.) et que les bilans des années 1990, 1991 et 1992 ont été approuvés par l'assemblée générale.

L'approbation des bilans par l'assemblée générale n'est pas de nature à effacer un préjudice créé à la société.

L'offre de preuve ne tend pas à établir que les bilans soumis à l'approbation comprenaient expressément les paiements du montant total de 80.000.000.- francs en faveur de M. P.) .

L'offre de preuve ne précise pas qui aurait accordé des prêts qui auraient permis à la société X.) de récupérer les sommes déboursées en faveur de M. P.) . Elle tend à prouver que les sociétés O.) , B.) et I.) auraient bénéficié de prêts et n'est dès lors pas de nature à établir que la société X.) a récupéré, par le biais de prêts, les sommes déboursées en faveur de M. P.) .

L'offre de preuve est dès lors irrecevable.

Le préjudice de la société s'établit à la totalité du montant indûment payé à M. P.) , soit à la somme de 80.000.000.- francs.

L'offre de prouver par expertise que la situation financière difficile du groupe B.) a été provoquée par les opérations financières entamées par les successeurs des parties défenderesses au conseil d'administration de la société X.) est sans pertinence. En effet, le préjudice est créé par les actes illicites, indépendamment des causes de la situation financière difficile du groupe B.) .

7. La demande de M. P.) en paiement de la commission d'agent immobilier

M. P.) forme une demande reconventionnelle tendant à la condamnation de la société X.) au paiement du montant de 6.900.000.- francs réduits à titre de commission d'intermédiaire et d'agent immobilier. Il expose être intervenu en tant qu'agent immobilier, chargé de la vente par M. S.) , dirigeant du groupe B.) dont faisait partie la société X.) , dans la vente du terrain de la société X.) . La vente se serait réalisée le 27 mai 1991 devant notaire pour le prix de 200.000.000.- francs.

La société X.) soutient que cette demande serait irrecevable par application de l'article 2 de la loi sur le registre du commerce. M. P.) ferait une demande qui trouverait sa cause dans l'activité commerciale d'agent immobilier pour laquelle M. P.) n'aurait pas été immatriculé au moment de la demande reconventionnelle par conclusions du 22 septembre 1997.

Par conclusions du 8 janvier 1998, M. P.) soutient qu'il « avait bien la qualité d'agent immobilier alors qu'il exploitait une société dénommée L.) immatriculée au

Registre de Commerce de Luxembourg sous le numéro B (.) . Il a donc parfaitement le droit de revendiquer la commission suite à la vente du terrain ».

Il résulte effectivement d'une pièce versée en cause que la société L.) SA bénéficie d'une autorisation d'établissement comme agence immobilière et que l'autorisation, établie le 25 mars 1992, n'est valable que si la gérance est assurée par M. P.)

Il ne résulte cependant d'aucune pièce que M. P.) était autorisé en nom personnel à exercer l'activité d'agent immobilier au moment de la vente litigieuse du 27 mai 1991 et son immatriculation au registre du commerce en nom personnel au moment de la demande reconventionnelle par conclusions du 22 septembre 1997, ni à un autre moment, n'est justifiée par une pièce.

Au sens de l'article 2 (1) de la loi modifiée du 23 décembre 1909 sur le registre du commerce et des sociétés, est irrecevable toute action principale ou reconventionnelle qui trouve sa cause dans une activité commerciale pour laquelle le requérant n'était pas immatriculé lors de l'introduction de l'action.

La demande reconventionnelle de M. P.) tendant au paiement d'une commission de 6.900.000.- francs réduite à l'agent immobilier intervenu dans la réalisation de la vente au prix de 200.000.000.- francs trouve sa cause dans une activité commerciale pour laquelle le demandeur ne prouve pas être immatriculé au registre du commerce et des sociétés. Le fait qu'il est gérant d'une société qui serait immatriculée ne rend pas recevable sa demande en nom personnel pour une commission qu'il revendique comme créance personnelle, bien qu'il indique aux conclusions du 8 janvier 1998 avoir droit à la commission du fait de cette vente étant donné qu'il exploite la société L.)

M. P.) n'étant pas immatriculé au registre du commerce comme agent immobilier, sa demande du 22 septembre 1997 est irrecevable.

8. L'exécution provisoire

La société X.) demande l'exécution provisoire du jugement sur base de l'article 135, alinéa 2 du code de procédure civile.

Le moyen d'irrecevabilité de la demande d'exécution provisoire qui n'était pas formulée dans l'assignation n'est pas fondé. En effet, l'exécution provisoire constitue une modalité d'exécution du jugement. Elle constitue une demande accessoire à la demande principale, dont elle ne modifie pas l'objet, et peut être formée en cours d'instance.

La demande en exécution provisoire du présent jugement n'est pas justifiée, les conditions de l'article précité n'étant pas remplies.

9. Les indemnités de procédure

Au vu de l'issue du litige, la demande introduite par MM. P.) et H.) sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile (article 131-1 du code de procédure civile) et tendant à l'allocation d'une indemnité de procédure de 50.000.-francs est à déclarer non fondée.

La demande introduite par M. K.) sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile (article 131-1 du code de procédure civile) et tendant à l'allocation d'une indemnité de procédure de 50.000.-francs doit subir le même sort, au vu de l'issue du litige.

PAR CES MOTIFS

le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, première chambre, statuant suivant la procédure civile, statuant contradictoirement, le représentant du ministère public entendu,

joint les demandes inscrites sous les numéros 45858 et 56450 du rôle,

déclare la demande introduite par assignation civile recevable,

déclare la demande introduite par assignation commerciale irrecevable,

déclare la demande de la société X.) recevable et fondée,

condamne MM. P.) , H.) et K.) solidairement à payer à la société anonyme X.) la somme de 80.000.000.- francs avec les intérêts au taux légal à partir du 28 novembre 1990 sur la somme de 30.000.000.- francs et à partir du 6 mars 1991 sur la somme de 50.000.000.- francs,

dit qu'il n'y a pas lieu à exécution provisoire,

déclare la demande de M. P.) en condamnation de la société X.) au paiement d'une commission d'agent immobilier irrecevable,

déclare les demandes de MM. P.) , H.) et K.) d'une indemnité de procédure non fondées et les rejette,

condamne MM. P.) , H.) et K.) aux dépens avec distraction au profit de Maître Patrick KINSCH qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

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