102/20

Jugement commercial II No 260a /05

Audience publique du vendredi, 25 février deux mille cinq

A

Numéros 48 909, 72 565 et 77 467 du rôle

Composition:

Maryse WELTER, 1ère vice-présidente,
Paule MERSCH, 1er juge,
Nadine WALCH, juge,
Michel Patrick GLOD, greffier assumé.

I) (48 909)

E n t r e :

1) la société anonyme SCC1A) **S.A.**, en faillite, ayant eu son siège social à L-ADR1), actuellement établie auprès de la société anonyme (...), établie à L- (...), représentée par ses curateurs actuellement en fonctions,

2) la société à resonsabilité limitée SCC1B) **s.à r.l.**, en faillite, ayant eu son siège social à L- ADR1), actuellement établie auprès de la société anonyme (...), établie à L- (...), représentée par ses curateurs actuellement en fonctions,

3) Maître **Paul MOUSEL**, avocat, demeurant à L-1717 Luxembourg, 8-10, rue Mathias Hardt, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société SCC1A) S.A. préqualifiée et de la société SCC1B) s.à r.l. préqualifiée,

4) le sieur **Jean-Jacques SOISSON**, réviseur d'entreprises, demeurant à L-1359 Luxembourg, boulevard de la Pétrusse, actuellement établie auprès de la société anonyme (...), agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société SCC1A) S.A. préqualifiée et de la société SCC1B) s.à r.l. préqualifiée

élisant domicile en l'étude de Maître Paul Mousel, avocat, susdit,

demandeurs, comparant par Maître Glenn MEYER, avocat, en remplacement de Maître Paul MOUSEL, avocat constitué,

e t :

1) le sieur G.) , administrateur de sociétés, demeurant à (Irlande), (...) ;

défendeur, défaillant,

2) le sieur K.) , professeur d'université, demeurant à D- (...)

défendeur, comparant par Maître Pierre THIELEN, avocat, demeurant à Luxembourg,

3) le sieur O.) , homme d'affaires, demeurant à USA- (...)

défendeur, défaillant.

4) Maître E.) , avocat, demeurant à USA- (...)

défendeur, défaillant.

II) (72 565)

E n t r e :

1) la société anonyme SCC1A.) **S.A.**, en faillite, ayant eu son siège social à L- , actuellement établie auprès de la société anonyme ADR1.) (...) , établie à L- (...) , représentée par ses curateurs actuellement en fonctions,

2) la société à resonsabilité limitée SCC1B.) **s.à r.l.**, en faillite, ayant eu son siège social à L- ADR1.) , actuellement établie auprès de la société anonyme (...) , établie à L- (...) , représentée par ses curateurs actuellement en fonctions,

3) Maître **Paul MOUSEL**, avocat, demeurant à L-1717 Luxembourg, 8-10, rue Mathias Hardt, agissant en sa qualité des faillites des demandeurs sub 1) et 2),

élisant domicile en l'étude de Maître Paul MOUSEL, avocat, susdit,

demandeurs, comparant par Maître Glenn MEYER, avocat, en remplacement de Maître Paul MOUSEL, avocat constitué,

e t :

le sieur G.) , administrateur de sociétés, demeurant à NL- (...) ;

défendeur, défaillant,

Faits :

I) (48 909)

Par exploit de l'huissier de justice Georges NICKTS de Luxembourg en date du 1er décembre 1998, les demandeurs ont fait donner assignation aux défendeurs à comparaître le vendredi, 26 février 1999 à 9.00 heures devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, au Palais de Justice à Luxembourg, 2e étage, salle d'audience 35, pour y entendre statuer sur le mérite de la demande contenue dans ledit exploit d'huissier ci-après reproduit :

II) (72 565)

Par exploit de l'huissier de justice Georges NICKTS de Luxembourg en date du 20 novembre 2001, les demandeurs ont fait donner assignation au défendeur à comparaître le vendredi, 11 janvier 2002 à 9.00 heures devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, au Palais de Justice à Luxembourg, 2e étage, salle d'audience 35, pour y entendre statuer sur le mérite de la demande contenue dans ledit exploit d'huissier ci-après reproduit :

III) (77 467)

E n t r e :

le sieur K.) , professeur d'université, demeurant à D- (...)

élisant domicile en l'étude de Maître Pierre THIELEN, avocat, demeurant à Luxembourg,

partie demanderesse, aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre KREMMER de Luxembourg en date du 3 septembre 2002,

comparant Maître Pierre THIELEN, avocat, susdit,

e t :

1) la société civile SOC2.) , anciennement SOC2'.)
, établie et ayant son siège social à L- (...)
représentée par ses gérants actuellement en fonctions,

partie défenderesse, aux fins du prédit exploit KREMMER,

comparant par Maître André ELVINGER, avocat, demeurant à Luxembourg,

2) Maître C.) , notaire, résidant profesionnellement à L- (...)

partie défenderesse, aux fins du prédit exploit KREMMER,

comparant par Maître Edmond LORANG, avocat, demeurant à Luxembourg,

L'affaire introduite par exploit du 1er décembre 1998 fut inscrite sous le numéro 48 909 du rôle pour l'audience publique du 26 février 1999 devant la deuxième chambre, siégeant en matière commerciale.

L'affaire introduite par exploit du 20 novembre 2001 fut inscrite sous le numéro 72 565 du rôle pour l'audience publique du 11 janvier 2002 devant la deuxième chambre, siégeant en matière commerciale.

L'affaire introduite par exploit du 3 septembre 2002 fut inscrite sous le numéro 77 467 du rôle pour l'audience publique du 1er avril 2004 devant la deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, et instruite selon la procédure civile.

Après plusieurs devoirs et remises, les affaires furent utilement retenues à l'audience publique du 1er avril 2004, lors de laquelle les débats eurent lieu comme suit :

(48 909 et 72 565)

Maître Glenn MEYER, avocat, en remplacement de Maître Paul MOUSEL, avocat constitué, donna lecture de l'assignation introductive d'instance ci-avant reproduite et exposa les moyens de ses parties.

Maître Pierre THIELEN, mandataire du sieur K.), répliqua et exposa ses moyens.

Les autres parties ne se présentèrent pas à l'audience.

(77 467)

Le Tribunal:

Ouï la partie demanderesse Monsieur K.) par l'organe de son mandataire Maître Pierre THIELEN, avocat, demeurant à Luxembourg.

Ouï la partie défenderesse la société civile SCC2.) par l'organe de son mandataire Maître Marc ELVINGER, avocat, demeurant à Luxembourg.

Ouï la partie défenderesse Maître C.) par l'organe de son mandataire Maître Edmond LORANG, avocat, demeurant à Luxembourg.

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 1er avril 2004.

Entendu Madame Maryse WELTER, 1ère vice-présidente, en son rapport oral à l'audience du 1er avril 2004.

Sur ce, le tribunal prit les affaires en délibéré et ordonna en date du 17 décembre 2004 la rupture du délibéré.

jugement qui suit:

Par exploit de l'huissier de justice Georges NICKTS du 1er décembre 1998, la société anonyme SOC1A.) en faillite (ci-après dénommée « S1A.) »), la société à responsabilité limitée SOC1B.) en faillite (ci-après dénommée « S1B.) »), et Me Paul MOUSEL et Monsieur Jean-Jacques SOISSON en leur qualité de curateurs des faillites S1A.) et S1B.) ont fait donner assignation à G.) , K.) , O.) et E.) à comparaître devant le tribunal de ce siège pour les voir s'entendre déclarer responsables solidairement sinon *in solidum* du préjudice causé à S1A.) et à S1B.) par leurs fautes respectives, principalement pour les voir condamner solidairement à supporter le montant total des dettes d' S1A.) et d' S1B.) conformément à l'article 495-1 du code de commerce, et, subsidiairement pour les voir condamner à payer aux demandeurs le dommage subi par les créanciers suite aux agissements fautifs des défendeurs. Etant donné que le procès-verbal de vérification des créances d' S1A.) n'était pas encore finalisé au moment de l'introduction en justice de cette action, les demandeurs évaluent l'insuffisance d'actif sinon le dommage occasionné aux créanciers à un montant de 25.000.000,- FLUX, soit 619.733,81,- EUR. Par ailleurs, les demandeurs réclament la condamnation des défendeurs au paiement des intérêts légaux sur le montant de la condamnation à partir de la date des faits fautifs, sinon à partir du 29 octobre 1993, date du prononcé de la faillite de la société S1A.) , sinon à partir de la demande en justice, et jusqu'à solde. Enfin, les demandeurs demandent la condamnation des défendeurs au paiement de l'entièreté des frais et dépens de l'instance et réclament une indemnité de procédure de 250.000,- FLUX, soit 6.197,34,- EUR.

Monsieur G.) n'ayant pas été touché par deux assignations successives dirigées contre lui à deux adresses différentes en Irlande, Me MOUSEL, en sa qualité de curateur des faillites des sociétés S1A.) et S1B.) , l'a fait réassigner par un exploit de l'huissier de justice Georges NICKTS du 20 novembre 2001. Cette réassignation commerciale fut enrôlée sous le numéro de rôle n° 72565. Au premier appel de cette affaire, Me Alex KRIEPS s'est présenté pour Monsieur G.)

A l'appui de leurs demandes, les demandeurs exposent que la société anonyme S1A.) , constituée le 19 septembre 1986 pour exercer l'activité de réassurance, a rencontré, vers la fin de l'année 1991, de graves difficultés financières dues largement à une importante sous-capitalisation, auxquelles elle a envisagé de faire face par un plan de restructuration prévoyant une augmentation de son capital social.

L'augmentation de capital a eu lieu le 12 août 1992 moyennant l'apport par de nouveaux investisseurs de la somme de 20.000.000,- USD sous forme d'un apport en nature de l'intégralité du capital social de trois sociétés des Bahamas, qui étaient censées posséder des droits d'exploitation de ressources charbonnières au LIEU1.) (Etats-Unis d'Amérique).

Les demandeurs font plaider que cette augmentation de capital aurait permis la continuation des affaires d' S1A.) ainsi que la conclusion de nombreux contrats de réassurance au courant des années 1992 et 1993.

~~nouveaux contrats,~~ S1A.)

Les demandeurs exposent que malgré la conclusion de ces nouveaux contrats, S1A.) connut, en été 1993, de nouvelles difficultés financières qui ont abouti au retrait de son agrément en date du 16 septembre 1993 ainsi qu'à sa mise en liquidation avec comme liquidateurs Me MOUSEL et Monsieur Jean-Jacques SOISSON. Les demandeurs soutiennent par ailleurs qu'il s'est avéré que les droits d'exploitation charbonnière n'avaient pas la valeur certifiée voire étaient inexistants, de sorte que la valeur des actions apportées à S1A.) en 1992 avait été pratiquement nulle.

Voyant la situation financière désastreuse d' S1A.) , les liquidateurs ont déposé le bilan d' S1A.) le 28 octobre 1993. Par jugement du 29 octobre 1993, S1A.) a été déclarée en état de faillite. Le même jugement a nommé comme curateurs Me MOUSEL et Monsieur Jean-Jacques SOISSON. Par jugement du 26 novembre 1993, S1B.) a, à son tour, été déclarée en état de faillite. Le même jugement a nommé Paul MOUSEL et Jean-Jacques SOISSON curateurs de la faillite d' S1B.) et a ordonné la confusion des patrimoines d' S1A.) et de S1B.).

Les demandeurs exposent que les engagements nés des contrats conclus par S1A.) à la suite de l'augmentation de son capital social le 12 août 1992 constituent l'essentiel des dettes dans la masse.

Ils reprochent aux quatre défendeurs d'avoir, dans le cadre de leurs fonctions de dirigeants sociaux d' S1A.) , commis diverses fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite de la société.

En premier lieu, ils font grief aux défendeurs d'avoir omis de publier les bilans annuels de S1A.) .

En deuxième lieu, ils reprochent aux défendeurs d'avoir procédé à une augmentation de capital le 12 août 1992 sans avoir respecté les conditions posées par le Commissariat aux Assurances, qui exigeait que l'apport portant sur les actions des trois sociétés des Bahamas soit accompagné de l'apport d'un immeuble situé à LIEU2.).

En troisième lieu, les défendeurs n'auraient pas présenté aux actionnaires d' S1A.) un rapport honnête sur sa situation financière avant l'augmentation de capital du 12 août 1992.

En quatrième lieu, les demandeurs font grief aux défendeurs d'avoir donné une fausse évaluation des apports lors de cette augmentation de capital.

En cinquième lieu, les demandeurs reprochent aux défendeurs d'avoir continué l'activité d' S1A.) alors qu'ils savaient que l'exploitation était déficitaire et que les fonds propres de la société étaient insuffisants.

En sixième lieu, les demandeurs soutiennent que les défendeurs auraient violé l'article 4 de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances en effectuant des opérations d'assurances directes alors qu' S1A.) avait été agréée comme société de réassurances uniquement.

En septième lieu, les demandeurs exposent qu'une partie des activités d' S1A.) n'était pas reflétée dans ses comptes sociaux.

Enfin, les demandeurs font plaider que les faits reprochés aux défendeurs ont été celés par le dol et que partant les curateurs n'ont pu les découvrir que lors de la vérification des créances.

Par exploit de l'huissier de justice Pierre KREMMER du 3 septembre 2002, Monsieur K.) a fait donner assignation en intervention à la société civile SOC2.) , anciennement dénommée SOC2'.) (ci-après dénommée « S2.) »), et à Me C.) , notaire, à comparaître devant le tribunal de ce siège siégeant en matière civile pour voir ordonner la jonction de l'assignation en intervention avec l'assignation principale du 1er décembre 1998, ainsi que pour voir dire que S2.) et Me C.) sont tenus d'intervenir au litige principal pour prendre fait et cause et tenir Monsieur K.) quitte et indemne de toute condamnation pouvant intervenir à son égard suite à la demande principale du 1er décembre 1998, et ce solidairement, sinon *in solidum*. Par ailleurs, Monsieur K.) demande la condamnation solidaire, sinon *in solidum*, de S2.) et de Me C.) à tous les frais et dépens de l'instance ainsi qu'à une indemnité de procédure de 2.500,- EUR. Cette action en intervention fut enrôlée sous le numéro 77467 du rôle.

Le mandataire de Monsieur K.) invoque plusieurs moyens de nullité et d'irrecevabilité de l'action principale.

Premièrement, il soutient qu'en vertu de l'article 153 du nouveau code de procédure civile, tout exploit fait à la requête d'une société commerciale doit, à peine de nullité, désigner la personne ou l'organe qualifié pour la représenter en justice. Selon Monsieur K.) , la société S1A.) n'est pas valablement représentée en justice du fait que Monsieur SOISSON, qui a coassigné Monsieur K.) , aurait démissionné de ses fonctions de curateur.

Deuxièmement, Monsieur K.) soutient que Monsieur SOISSON, ayant démissionné de ses fonctions de curateur, il n'existe pas d'intérêt né et actuel dans son chef tel que requis par l'article 50 du nouveau code de procédure civile.

Troisièmement, Monsieur K.) fait plaider qu'il est étranger à la société S1B.) et que l'action formée par celle-ci à son encontre doit être déclarée irrecevable.

Quatrièmement, Monsieur K.) reproche aux demandeurs de ne pas avoir suffisamment précisé le fondement de leur action et soulève l'exception du libellé obscur pour ainsi conclure à la nullité de l'exploit d'assignation.

Enfin, Monsieur K.) se base sur l'article 157 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (ci-après dénommée « la loi concernant les sociétés commerciales ») pour soutenir que l'action dirigée à son encontre est prescrite.

En date du 12 mars 2004, le défendeur en intervention, Me C.) , a conclu par écrit à la prescription de l'action principale introduite par l'exploit de l'huissier de justice Georges NICKTS le 1er décembre 1998. Par ailleurs, il a demandé au tribunal de lui donner acte qu'il ne conteste pas la compétence du tribunal d'arrondissement statuant en matière civile pour connaître de la demande en intervention, de lui donner

acte qu'il se réserve expressément d'opposer à la demande en intervention tous moyens de recevabilité et notamment l'exception d'*obscuri libelli* et le défaut d'intérêt du sieur K.) pour agir en garantie, et de lui réserver tous autres droits, dus, moyens et actions, notamment celui de conclure sur l'assignation en garantie.

Dans ses conclusions écrites du 17 mars 2004, S2.) , défenderesse en intervention, s'est ralliée aux arguments exposés par Monsieur K.) et Me C.) pour demander au tribunal de déclarer irrecevables l'action principale comme étant prescrite et l'action en intervention comme étant sans objet. Par ailleurs, elle demande la jonction des affaires inscrites sous les rôles numéros 48909, 72565 et 77467 et se réserve tous autres droits et actions.

Lors de l'audience du 26 février 2004, le tribunal a invité les parties à conclure par écrit sur la recevabilité de l'action principale, surtout sur la question de la prescription éventuelle de celle-ci. Il y a dès lors lieu de toiser, dans un premier temps et avant tout examen au fond, la question de la recevabilité de l'action principale.

Par ailleurs, il y a lieu de statuer sur la demande en jonction des instances n° 48909, n°72565 et n° 77467 du rôle. La jonction des causes étant un acte de pure instruction qui laisse en principe à chaque cause son individualité propre et n'en préjuge pas plus la recevabilité que le fondement, il y a lieu de statuer sur la jonction des instances avant de toiser la question de la recevabilité de l'action principale (voir en ce sens, cour supérieure de justice, 24 février 1988, n° 9753 du rôle).

MOTIFS DE LA DECISION

1°/ Quant à la compétence du tribunal d'arrondissement pour connaître de la demande en intervention (rôle n° 77467).

Dans ses conclusions du 12 mars 2004, le mandataire de Me C.) , défendeur sur intervention, demande au tribunal de lui donner acte qu'il ne conteste pas la compétence du tribunal d'arrondissement statuant en matière civile pour connaître de la demande en intervention.

Le tribunal se reconnaît compétent pour connaître aussi bien des instances enrôlées sous les numéros 48909 et 72565, que de l'action en intervention enrôlée sous le numéro 77467. Par rapport aux deux premières instances le tribunal siège en matière commerciale. Pour ce qui est de la demande en intervention il s'agit d'une matière civile ; à cet égard le tribunal siège conformément à la nature de l'affaire.

2°/ Quant à la jonction des affaires principales (rôles n° 48909 et n° 72565) et en intervention (rôle n° 77467).

(a) Sur la jonction des affaires enrôlées sous les numéros 48909 et 72565.

Me MOUSEL demande la jonction des affaires enrôlées sous les numéros 48909 et 72565 en vue d'une bonne administration de la justice.

Les autres parties ne s'étant pas opposées à une telle jonction, il y a eu lieu de prononcer, dans l'intérêt d'une saine administration de la justice, la jonction des instances enrôlées sous le numéro 48909 du rôle et le numéro 72565, ces deux affaires étant connexes du fait de leur identité d'objet.

Si, en principe, la jonction est une mesure d'administration qui n'a pas pour effet d'amalgamer les demandes jointes au sein d'une même instance, il est admis que chacune des instances perd son autonomie propre si les parties ont adhéré à la jonction en prenant des conclusions uniques pour l'ensemble des demandes. En l'espèce, aucune partie ne s'est opposée à la jonction des instances enrôlées sous les numéros 48909 et 72565. De plus, chaque partie a pris des conclusions globales relativement à ces demandes prises dans leur ensemble. Par conséquent, il y a lieu de retenir que chacune des deux instances a perdu son autonomie propre. Dans les développements qui suivront, les termes « instance principale » et « demande principale » viseront l'instance unique qui résulte de la jonction des rôles numéros 48909 et 72565. Si cette instance principale est déclarée recevable, il y aura lieu de prononcer un jugement unique sur son bien-fondé.

Les quatre défendeurs ont été touchés par les assignations principales. Monsieur K.) a comparu dès le début par Me Pierre THIELEN. Monsieur G.) fut représenté par Me Alex KRIEPS à l'appel de l'instance enrôlée sous le numéro 72565. Il y a dès lors lieu de statuer contradictoirement à leur égard.

Monsieur O.) a été touché à son adresse aux Etats-Unis, ce qu'il reconnaît dans sa lettre du 11 février 1999 à l'huissier NICKTS et dans sa lettre à Me MOUSEL du 19 mars 2004. Monsieur E.) a également été touché à son adresse aux Etats-Unis, ce qu'il reconnaît dans sa lettre du 14 janvier 1999 à l'huissier NICKTS et dans sa lettre à Me MOUSEL du 20 mars 2004. Ils ne se sont cependant pas fait représenter aux audiences du tribunal ni n'y ont comparu en personne. Conformément à l'article 79 alinéa 2 du nouveau code de procédure civile, il y a partant lieu de statuer par jugement réputé contradictoire à l'encontre de Monsieur O.) et de Monsieur E.).

(b) Sur la jonction de l'instance principale et de la demande en intervention enrôlée sous le numéro 77467.

S2.), défendeur en intervention, demande la jonction de l'instance principale et de la demande en intervention enrôlée sous le numéro 77467, afin de permettre aux parties assignées en intervention de conclure relativement à la prescription de la demande principale.

L'assignation en intervention ayant été enrôlée sous un numéro de rôle séparé, le numéro 77467, le tribunal prononce la jonction de l'action en intervention à l'instance principale.

A ce stade de la procédure, le tribunal se limitera à toiser la question de la recevabilité de l'action principale. Il ne tranchera ni bien-fondé de l'action principale, ni la recevabilité et le bien-fondé de la demande en intervention.

3°/ Quant à la recevabilité de l'action principale.

(a) Sur le moyen de nullité tiré de l'article 153 du nouveau code de procédure civile.

En ce qui concerne la représentation en justice des personnes morales, l'article 153 du nouveau code de procédure civile dispose que tout acte d'huissier de justice indique, à peine de nullité, indépendamment des mentions prescrites par ailleurs, la forme, la dénomination et le siège social de la personne morale requérante.

Il est donc faux de prétendre, comme le fait le mandataire de Monsieur K.) , que l'article 153 du nouveau code de procédure civile exige que l'exploit fait à la requête d'une société commerciale désigne, à peine de nullité, la personne ou l'organe qualifié pour la représenter en justice.

De plus, Monsieur K.) n'indique pas à quelle date Monsieur SOISSON aurait démissionné de ses fonctions de curateur. Il n'est dès lors pas prouvé qu'au moment de l'assignation du 1er décembre 1998, Monsieur SOISSON n'ait plus été curateur des faillites des sociétés S1A.) et S1B.).

Accessoirement il y a lieu de constater que, même s'il était prouvé que Monsieur SOISSON n'était plus curateur au moment de la première assignation, les sociétés S1A.) et S1B.) auraient néanmoins été valablement représentées en justice par Me MOUSEL, en sa qualité de seul curateur de ces faillites.

Toutes les mentions requises par l'article 153 du nouveau code de procédure civile figurant dans l'exploit d'assignation du 1er décembre 1998, le moyen de nullité opposé à cet exploit sur base de l'article 153 du nouveau code de procédure civile n'est pas fondé et partant à rejeter.

(b) Sur l'exception du libellé obscur.

L'article 154 (1) du nouveau code de procédure civile dispose que l'assignation doit contenir l'objet et un exposé sommaire des moyens.

Monsieur K.) reproche aux demandeurs de ne pas avoir suffisamment précisé le fondement de leur action et soulève l'exception du libellé obscur pour ainsi conclure à la nullité de l'exploit d'assignation du 1er décembre 1998.

La disposition prévue à l'article 154 (1) du nouveau code de procédure civile exige l'indication exacte des prétentions et la désignation des circonstances de fait qui forment la base de la demande. La description des faits doit être suffisamment précise pour mettre le juge en mesure de déterminer le fondement juridique de la demande, pour ne pas laisser le défendeur se méprendre sur l'objet de celle-ci et pour lui permettre le choix des ses moyens de défense.

En l'espèce, l'assignation du 1er décembre 1998 et celle du 20 novembre 2001 décrivent clairement les faits reprochés aux défendeurs et les prétentions que les demandeurs font valoir sur base de ces faits. Au vu des conclusions et des plaidoiries des défendeurs, ils ne se sont mépris ni sur l'objet de la demande ni sur le choix des moyens de défense.

L'exception de nullité tirée du libellé obscur est partant à rejeter.

(c) Sur la fin de non recevoir tirée de l'article 50 du nouveau code de procédure civile.

L'article 50 du nouveau code de procédure civile dispose que « seules les parties introduisent l'instance, hors les cas où la loi en dispose autrement. Elles ont la liberté d'y mettre fin avant qu'elle ne s'éteigne par l'effet du jugement ou en vertu de la loi ».

Monsieur K.) soutient qu'il n'existe pas d'intérêt né et actuel dans le chef de Monsieur SOISSON, puisque celui-ci aurait démissionné de ses fonctions de curateur.

Les juges du fond ont un pouvoir souverain pour apprécier l'existence de l'intérêt à agir. Cet intérêt doit être apprécié au jour de l'engagement de l'action.

Monsieur K.) n'indique pas à quelle date Monsieur SOISSON aurait démissionné de ses fonctions de curateur. Il ne prouve dès lors pas qu'au moment de l'assignation du 1er décembre 1998 Monsieur SOISSON n'ait plus été curateur des faillites des sociétés S1A.) et S1B.).

Il y a également lieu de constater que même si Monsieur SOISSON n'était plus curateur au moment de l'assignation, en cas de nomination de deux curateurs, celui qui, avec son collègue, aurait introduit une action en justice, a qualité pour poursuivre seul la procédure, si son cocurateur a démissionné. (I. Verougstraete, Manuel du curateur, 5ème édition, p. 64, n° 66).

La fin de non recevoir tirée du défaut d'intérêt né et actuel dans le chef de Monsieur SOISSON est partant non fondée et à rejeter.

(d) Sur la fin de non recevoir tirée du défaut d'intérêt à agir de la société S1B.) en faillite contre Monsieur K.)

Monsieur K.) expose qu'il n'a jamais été ni administrateur ni actionnaire de la société S1B.). Il insiste sur le fait qu'il n'a jamais exercé de fonctions pour cette société, pour en conclure que l'action formée par S1B.) en faillite à son encontre doit être déclarée irrecevable pour défaut d'intérêt à agir.

Il n'est pas contesté que Monsieur K.) n'ait jamais exercé de fonctions pour la société S1B.).

Lorsqu'une action en justice est exercée par un représentant judiciaire, régulièrement habilité, c'est en la personne du représenté que doit s'apprécier l'intérêt à agir.

Le jugement du 26 novembre 1993 qui a prononcé la faillite de la société S1B.) a ordonné la confusion des patrimoines d' S1A.) et d' S1B.). Cette jonction des masses s'est justifiée en raison de l'absence totale d'autonomie financière, administrative et commerciale dans le chef d' S1B.) vis-à-vis d' S1A.), laquelle a conduit à la confusion de leurs avoirs et dettes, et par l'impossibilité de circonscrire deux masses distinctes et de les liquider séparément.

En intentant l'action principale contre les quatre défendeurs, les curateurs ne représentent pas la faillite d' S1A.) et celle d' S1B.) séparément, mais ils agissent en représentation de la masse unique qui existe pour ces deux faillites.

La fin de non recevoir tirée du défaut d'intérêt à agir de la société S1B.) en faillite contre Monsieur K.) n'est dès lors pas fondée.

(e) Sur la fin de non recevoir tirée de la prescription de l'action principale.

Il résulte de l'exploit d'assignation du 1er décembre 1998 et des conclusions de Me MOUSEL du 29 mars 2004 que l'action des demandeurs est principalement basée sur l'article 495-1 du code de commerce. A titre subsidiaire, les demandeurs invoquent la responsabilité contractuelle des défendeurs sur base des articles 59, 60 et 192 de la loi concernant les sociétés commerciales et des articles 1992 et suivants du code civil. Dans un dernier degré de subsidiarité, les demandeurs invoquent la responsabilité délictuelle des défendeurs sur base des articles 1382 et 1383 du code civil.

Il y a lieu d'analyser la prescription de l'action principale au regard de chacune des bases juridiques invoquées par les demandeurs en vue d'engager la responsabilité des défendeurs.

(i) <u>La base principale : l'action en comblement du passif</u>.

L'article 495-1 du code de commerce dispose ce qui suit : « Lorsque la faillite d'une société fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut décider, à la requête du curateur, que les dettes doivent être supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par les dirigeants sociaux, de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non, à l'égard desquels sont établies des fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite. L'action se prescrit par trois ans à partir de la vérification définitive des créances. En cas de résolution ou d'annulation du concordat, la prescription, suspendue pendant le temps qu'a duré le concordat, recommence à courir, sans toutefois que le délai pour exercer l'action puisse être inférieure à un an. »

L'article 495-1 fut inséré dans le code de commerce par une loi du 21 juillet 1992. Cette loi fut publiée au Mémorial A - N°58 du 10 août 1992. Au moment des prononcés de la faillite des sociétés S1A.) et S1B.), soit le 29 octobre 1993 respectivement le 26 novembre 1993, l'article 495-1 du code de commerce était donc déjà entré en vigueur.

L'action en comblement du passif peut être déclenchée aussi bien contre les dirigeants en exercice au moment où la faillite a été prononcée que contre ceux qui dans le passé ont contribué à la situation qui a abouti à l'insuffisance d'actif. Il n'est pas contesté que Monsieur K.) ait été dirigeant de droit de la société S1A.) . En ce qui concerne les trois autres défendeurs, il n'est pas non plus contesté qu'ils aient été dirigeants de droit ou de fait d' S1A.) et/ou d'S1B.) .

Aux termes de l'article 495-1 alinéa 2 du code de commerce l'action en comblement du passif se prescrit trois ans à partir de la vérification définitive des créances.

Il n'est pas contesté que la plupart des déclarations de créance relatives aux faillites des sociétés S1A.) et S1B.) sont parvenues au greffe en 1995 et 1996 et que les vérifications des créances ont eu lieu successivement, à savoir les 4 février 1997, 4 mars 1997, 3 juin 1997, 14 octobre 1997, 9 mai 2000 et 26 juin 2001. D'autre part, il appert tant du tableau des créanciers que des jugements de contestation de créances rendus par le

tribunal que la vérification définitive des créances d' S1A.) et d' S1B.), telle que visée par l'article 495-1 alinéa 2 du code de commerce n'est pas intervenue à ce jour.

Par conséquent l'action en comblement du passif, introduite le 1er décembre 1998 à l'encontre de Monsieur K.), Monsieur E.) et Monsieur O.), et le 20 novembre 2001 à l'encontre de Monsieur G.), n'est pas prescrite et elle est partant recevable sous ce rapport.

(ii) Les autres bases invoquées par les demandeurs: la responsabilité contractuelle et délictuelle des mandataires.

Les actions basées sur les articles 59 de la loi concernant les sociétés commerciales et les articles 1382 et suivants du code civil sont invoquées à titre subsidiaire respectivement à titre très subsidiaire.

❖ Non-cumul de l'action tirée de l'article 495-1 du code de commerce avec d'autres actions en responsabilité.

Le commentaire des articles de la loi du 21 juillet 1992 portant adaptation de la réglementation concernant les faillites et nouvelle définition des actes de commerce et créant l'infraction d'abus de biens sociaux indique que « l'action spéciale en comblement de passif, qui est une action née de la faillite, tout en présupposant un comportement fautif, ne se recouvre pas avec l'action en responsabilité de droit commun qui peut toujours être exercée contre le dirigeant coupable de fautes personnelles dans sa gestion, d'ailleurs abstraction de toute faillite » (voir projet de loi n°3381/00).

Cette position correspondait à la solution retenue par la jurisprudence française jusqu'en 1995. En 1995, la cour de cassation française a renversé cette position et a clairement posé le principe de la primauté du droit des procédures collectives et le principe du non-cumul de l'action en comblement du passif avec les actions en responsabilité du droit des sociétés et les actions de droit commun (Cass. com., 31 janvier, 1995 ; 28 février 1995 ; 21 mars 1995 ; 9 mai 1995 ; 6 juin 1995 et 20 juin 1995. V. M.C. Piniot, « Responsabilité civile des dirigeants sociaux, non-cumul des actions du droit des sociétés et du droit des procédures collectives » : RJDA, 1995, p. 639). En France, la jurisprudence admet désormais largement que l'action en comblement du passif est une action spécifique, qui, en cas de faillite d'une société, est la seule action pouvant être exercée contre les dirigeants.

Le texte de l'article 495-1 du code de commerce ayant été repris de la loi française du 13 juillet 1967, il n'est pas surprenant de voir la jurisprudence luxembourgeoise suivre l'évolution jurisprudentielle de notre pays voisin (voir jugement commercial n° 141/2003 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 12 février 2003). Dès l'ouverture d'une procédure collective, l'action en comblement du passif se substitue totalement aux actions en responsabilité du droit des sociétés et aux actions de droit commun, sans pouvoir s'accommoder de la concurrence de ces actions, même si elles ne sont invoquées qu'à titre subsidiaire. A la différence de l'action en responsabilité de droit commun qui impose au juge d'ordonner une réparation couvrant l'intégralité du préjudice, le tribunal dispose, dans le cadre de l'action en comblement du passif, d'une totale liberté d'appréciation pour décider du quantum de la condamnation et pour répartir les responsabilités entre les dirigeants poursuivis, eu égard de la gravité de la faute commise et à l'insuffisance d'actif

qui en a résulté. Admettre le maintien des actions de droit commun aboutirait à vider l'action en comblement de toute effectivité, puisqu'à conditions identiques de mise en œuvre il serait préférable d'invoquer le droit commun garantissant une réparation intégrale et certaine du préjudice.

Partant il échet de constater que les actions des demandeurs basées sur la responsabilité contractuelle ainsi que sur la responsabilité délictuelle des mandataires sont irrecevables puisqu'elles ne peuvent pas être cumulées avec l'action en comblement du passif, même à titre subsidiaire.

❖ Superfétatoirement : prescription des bases subsidiaires.

Comme le montreront les développements ci-dessous, les actions basées sur la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle des défendeurs sont par ailleurs irrecevables comme étant prescrites.

a) La responsabilité contractuelle.

➢ Article 59 alinéa 1 de la loi concernant les sociétés commerciales.

L'article 59 alinéa 1 de la loi concernant les sociétés commerciales dispose que 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.

L'action basée sur l'article 59 alinéa 1 se prescrit conformément aux principes établis à l'article 157 alinéa 4 de la loi concernant les sociétés commerciales. Selon cet article, sont notamment prescrites par cinq ans toutes actions contre les gérants, administrateurs, commissaires, liquidateurs, pour faits de leurs fonctions, à partir de ces faits, ou, s'ils ont été celés par dol, à partir de la découverte de ces faits.

Me MOUSEL soutient que, même si l'augmentation de capital litigieuse fut décidée par l'assemblée générale en date du 12 août 1992, le délai de prescription n'a pas pu prendre cours à cette date, le dol dans le chef des administrateurs d' S1A.) ayant fait remonter le début de la prescription au jour de la découverte des faits celés par ce dol.

D'après Me MOUSEL, le dol des administrateurs résulterait de leurs agissements ou leur manque d'agir par rapport à l'augmentation de capital litigieuse et du fait qu'ils ont demandé et obtenu le quitus par l'assemblée générale des actionnaires du 18 novembre 1992.

Il échet cependant de constater que les demandeurs ne prouvent pas à suffisance l'existence, dans le chef des défendeurs, d'un dol ayant camouflé d'éventuelles fautes de gestion.

En effet, même à supposer que l'attitude des administrateurs d' S1A.) par rapport à l'augmentation de capital litigieuse était d'une légèreté inexcusable, voire d'une incurie totale, non compatible avec la saine gestion d'une société de

réassurance, comme l'affirme Me MOUSEL, cette attitude constituerait une faute de gestion plutôt qu'un dol.

Par ailleurs, le fait que les administrateurs d' S1A.) ont demandé et obtenu le quitus par l'assemblée générale annuelle des actionnaires du 18 novembre 1992 ne prouve pas qu'ils aient voulu celer d'éventuelles fautes de gestion commises dans le cadre de l'augmentation de capital du 12 août 1992.

Le procès-verbal de cette assemblée générale suggère en effet que le quitus donné aux administrateurs se rapporte au bilan de l'année 1991 et au compte pertes et profits au 31 juillet 1992, sans cependant couvrir l'augmentation de capital litigieuse intervenue le 12 août 1992.

En l'absence d'un dol qui aurait celé d'éventuelle fautes commises par les administrateurs dans leur gestion d' S1A.) , l'action basée sur l'article 59 alinéa 1 de la loi concernant les sociétés commerciales s'est prescrite au plus tard cinq ans après la date de la mise en faillite de la société, soit le 29 octobre 1998.

Or, les demandeurs n'ont introduit leur action contre les défendeurs que les 1er décembre 1998 et 20 novembre 2001.

Il résulte de ce qui précède que l'action en responsabilité contractuelle des défendeurs sur base de l'article 59 alinéa 1 de la loi concernant les sociétés commerciales est irrecevable comme étant prescrite.

➢ Article 59 alinéa 2 de la loi concernant les sociétés commerciales.

L'article 59 alinéa 2 de la loi concernant les sociétés commerciales dispose que les administrateurs sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers tous tiers, de tous dommages-intérêts résultant d'infractions aux dispositions de la présente loi ou des statuts sociaux.

Tout comme les actions basées sur l'article 59 alinéa 1, les actions fondées sur l'article 59 alinéa 2 se prescrivent cinq ans à partir des faits, ou, s'ils ont été celés par dol, à partir de la découverte de ces faits, conformément à l'article 157 alinéa 4 de la loi concernant les sociétés commerciales.

Me MOUSEL reproche aux défendeurs d'avoir commis des infractions à la loi concernant les sociétés commerciales qui auraient été celées par dol : omissions des publications légalement requises et manipulations des comptes sociaux d'S1A.) .

Il soutient que les curateurs n'ont pu découvrir les manipulations des comptes sociaux qu'à l'occasion de la vérification des créances et en déduit que le délai de prescription quinquennal ne peut courir qu'à partir de cette vérification des créances, qui a eu lieu successivement, soit les 4 février 1997, 4 mars 1997, 3 juin 1997, 14 octobre 1997, 9 mai 2000 et 26 juin 2001. Selon Me MOUSEL l'action basée sur l'article 59 alinéa 2 de la loi concernant les sociétés commerciales ne peut dès lors pas être prescrite.

Premièrement, en ce qui concerne le défaut de publication des bilans, des comptes de profits et pertes et des actes de cessation de fonctions des administrateurs et des commissaires aux comptes, il y a lieu de constater que ces infractions à la loi modifiée sur les sociétés commerciales consistent en des omissions dont il est difficilement envisageable qu'elles puissent être celées par dol. D'ailleurs, les demandeurs n'exposent nullement en quoi elles auraient été celées par dol.

Ces omissions ayant été commises avant le prononcé de la faillite d' S1A.) le 29 octobre 1993 et n'ayant pas été celées par dol, la prescription a pris cours au plus tard le 29 octobre 1993.

Deuxièmement, Monsieur K.) conteste les manipulations des comptes sociaux invoquées par les demandeurs. Il appartient aux demandeurs de prouver tant les manipulations des comptes sociaux que leur cel par dol.

Les pièces versées par Me MOUSEL n'étayent nullement ses affirmations quant aux manipulations des comptes sociaux d' S1A.) . L'offre de preuve formulée par Me MOUSEL dans ses conclusions écrites du 29 mars 2004 ne vise pas non plus les manipulations invoquées par les demandeurs. Il y a partant lieu de la rejeter pour défaut de pertinence.

Il résulte des développements qui précèdent que l'action introduite le 1er décembre 1998 sur base de l'article 59 alinéa 2 de la loi concernant les sociétés commerciales est irrecevable comme étant prescrite.

b) La responsabilité délictuelle.

Dans un dernier degré de subsidiarité, les demandeurs invoquent la responsabilité délictuelle des défendeurs sur base des articles 1382 et 1383 du code civil.

A l'appui de ce moyen ils se réfèrent aux mêmes faits qu'ils ont soulevés pour plaider la recevabilité de l'action en comblement du passif et celle de l'action basée sur la responsabilité contractuelle des administrateurs.

La prescription quinquennale prévue à l'article 157 alinéa 4 de la loi concernant les sociétés commerciales s'applique à toutes les actions susceptibles d'être dirigées contre les administrateurs « pour faits de leurs fonctions », quel que soit le fondement juridique de ces actions. Elle couvre tant la responsabilité contractuelle que la responsabilité délictuelle des personnes visées.

Par conséquent, l'action en responsabilité délictuelle contre les défendeurs pris en leur qualité de dirigeants de la société S1A.) se prescrit cinq ans à partir des faits fautifs de leurs fonctions, ou, s'ils ont été celés par dol, à partir de la découverte de ces faits.

Au vu des développements qui ont été faits en relation avec l'article 59 de la loi concernant les sociétés commerciales il y a lieu de dire que l'action en responsabilité délictuelle dirigée contre les défendeurs est prescrite et partant irrecevable.

Par ces motifs:

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant **contradictoirement** :

donne acte à Me C.) des réserves formulées dans ses conclusions écrites du 13 mars 2004 ;
prononce la **jonction** des affaires enrôlées sous les rôles n° 48909 et n° 72565 ;

déclare l'exception de nullité tirée de l'article 153 du nouveau code de procédure civile non fondée et partant la rejette ;

déclare l'exception du libellé obscur des exploits des 1er décembre 1998 et 20 novembre 2001 non fondée et partant la rejette ;

déclare la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt dans le chef de Monsieur Jean-Jacques SOISSON non fondée et partant la rejette ;

déclare la fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité à l'égard d'SIB.) non fondée et partant la rejette ;

déclare la fin de non-recevoir tirée de la prescription de l'action basée sur l'article 495-1 du code de commerce non fondée et partant la rejette ;

déclare l'action basée sur l'article 495-1 du code de commerce recevable ;

déclare l'action basée sur la responsabilité contractuelle de Monsieur G.) , de Monsieur E.) , de Monsieur K.) et de Monsieur O.) irrecevable ;

déclare l'action basée sur la responsabilité délictuelle de Monsieur G.) , de Monsieur E.) , de Monsieur K.) et de Monsieur O.) irrecevable ;

fixe l'affaire principale et la demande en intervention au rôle général ;

réserve les frais et les indemnités de procédure.