

Arrêt N°36/18 – II – REF

Audience publique du quatorze février deux mille dix-huit

Numéro 44567 du rôle

Composition:

Christiane RECKINGER, présidente de chambre,
Karin GUILLAUME, premier conseiller,
Carine FLAMMANG, conseiller, et
Christian MEYER, greffier assumé.

E n t r e :

La société SOC1, agissant en sa qualité de trustee de TRUST1, un trust constitué sous l'empire des lois d'Angleterre et du Pays de Galles (England & Wales), ayant son siège social au (...), enregistrée auprès du registre de commerce de (...) sous le numéro (...),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg en date du 28 février 2017,

comparant par Maître Fabio TREVISAN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1) La société SOC2, agissant en sa qualité de trustee de TRUST2, ayant son siège social au (...), représentée par son dirigeant actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit BIEL,

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

2) La société SOC2, agissant en sa qualité de trustee de TRUST3, ayant son siège social au (...), représentée par son dirigeant actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit BIEL,

comparant par Maître Max MAILLIET, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

3) La société anonyme SOC3, ayant son siège social au (...) Luxembourg, inscrite auprès du Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit BIEL,

comparant par Maître André LUTGEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

LA COUR D'APPEL:

Vu l'arrêt rendu par la Cour d'appel en date du 11 octobre 2017 ayant, avant tout autre progrès en cause, ordonné à la société SOC1 (ci-après SOC1) de fournir auprès de la Caisse de Consignation la somme de 10.000,00 euros à titre de cautio judicatum solvi afin de garantir le paiement des frais et d'éventuels dommages et intérêts et indemnité de procédure.

Un courrier de la Caisse de Consignation du 5 décembre 2017 renseigne qu'en date du 1^{er} décembre 2017 la somme de 10.000,00 euros a été déposée.

Il est rappelé que l'appel de SOC1 tend, par réformation de l'ordonnance entreprise du 2 décembre 2016, à voir procéder sur base de l'article 933, sinon 932, alinéa 1, du nouveau code de procédure civile à la nomination d'un administrateur provisoire de la société SOC3, au motif de l'existence d'un péril imminent résultant du fonctionnement anormal de la société et des agissements irréguliers, voire illégaux du conseil d'administration.

A l'appui de son appel SOC1, détenant 49% du capital social de la société SOC3, invoque un abus de majorité commis à son insu par les deux autres actionnaires de la société SOC3 à savoir la société SOC2, agissant en qualité de trustee de TRUST3 (ci-après TRUST3), détenant 2% du capital social, et la société SOC2 agissant

en qualité de trustee de TRUST2 (ci-après TRUST2), détenant 49% du capital social, ces deux sociétés faisant systématiquement bloc ensemble de manière à exercer le contrôle sur la société SOC3 en écartant l'appelante de la gouvernance.

L'appelante souligne que la société SOC3 détient comme seul actif 25% du capital social de la société de droit luxembourgeois SOC4 et 55,76% du capital social de la société de droit italien SOC5, constituée à des fins d'investissements, laquelle détient à son tour 24% du capital social de la société SOC4. La société SOC3 détiendrait dès lors indirectement 49% du capital social de la société SOC4 ainsi que 100% du capital social de la société de droit italien SOC6, active dans le domaine de la métallurgie et censée générer des profits importants destinés de manière égalitaire aux bénéficiaires du groupe qui a un caractère familial et qui a été conçu par le père, respectivement l'époux (décédé en 1999) des bénéficiaires économiques des trois sociétés actionnaires de la société SOC3 en vue de protéger et de faire fructifier le patrimoine familial.

L'appelante donne à considérer qu'elle se voit imposer, contre son gré, des administrateurs dont elle ne veut pas, que l'expert Laplume a relevé l'absence de transparence dans la gestion et un manque flagrant d'information et de coopération, les administrateurs n'ayant pas été en mesure de fournir des documents et explications concernant certaines dépenses de la société ainsi que la distribution des bénéfices d'une filiale, que le conseil d'administration a caché des informations concernant la vente d'une autre filiale et a manqué à l'article 70 de la loi sur les sociétés en s'abstenant de convoquer dans le délai légal une assemblée générale des actionnaires demandée par SOC1.

Ainsi, le conseil d'administration de la société SOC3 aurait perdu toute indépendance, étant entièrement soumis à la volonté de la majorité. Suite à la démission d'anciens administrateurs en date du 11 février 2011, au transfert du siège de la société SOC3 vers la société SOC7 en date du 10 mars 2011 et à une cooptation intervenue le 17 janvier 2012 à l'insu de l'appelante, les mandats des administrateurs seraient systématiquement reconduits en dépit d'un vote défavorable de l'appelante.

SOC1 reproche plus particulièrement au conseil d'administration de la société SOC3 des irrégularités au niveau des comptes sociaux au sujet desquelles elle avait demandé des explications dès l'assemblée extraordinaire du 10 juillet 2012 (honoraires pour frais de consultant ; frais de gestion ; dette envers les établissements de crédit à hauteur de 6.000,00,00 euros ; dette envers des entreprises à hauteur de 171.005,00 euros ; utilisation du bénéfice réalisé non distribué ni réinvesti ; absence de remontée de dividendes de la filiale SOC5) restées sans réponses satisfaisantes.

Lors des assemblées générales ultérieures en date des 30 octobre 2012 et 2 mai 2013, aucune explication satisfaisante par rapport aux questions émises n'aurait été fournie à l'appelante.

L'appelante relève que suite au rapport Laplume du 20 avril 2014, elle a fait part de ses désapprobations en votant, lors de l'assemblée générale du 27 avril 2014, contre l'approbation des bilans, seuls les autres actionnaires ayant voté en faveur de l'approbation des comptes sociaux.

L'appelante fait valoir que dans son rapport, l'expert Laplume note qu'en ce qui concerne les honoraires pour frais de consultants, le détail des heures prestées est manquant pour deux factures, de sorte qu'il n'est pas à même de confirmer la réalité du travail effectué, qu'en ce qui concerne les frais de gestion il n'est, en l'absence de documents probants quant au nombre d'heures prestées, pas en mesure de déterminer si le travail effectué par SOC7 aboutit aux heures facturées (400 heures), qu'en ce qui concerne le bénéfice de la filiale SOC5 il n'a reçu aucune explication en matière de politique de placement et qu'il n'est pas en mesure de vérifier le taux du rendement annuel des liquidités de SOC5 en 2012, qu'en ce qui concerne la politique de distribution des dividendes de la société SOC5 l'essentiel des résultats est constitué par les dividendes provenant de la société SOC4, les bénéfices étant thésaurisés auprès de la société SOC5 pour des raisons fiscales.

La société SOC5 apparaîtrait dès lors comme un instrument visant à priver la société SOC3 de la remontée de dividendes.

Si pour les prêts A et B, le commissaire vérificateur n'a pas relevé d'irrégularités apparentes, ce serait parce qu'il ne disposait pas de toutes les informations requises.

Compte tenu du rapport Laplume, il serait étonnant que les comptes de la société SOC3 audités par Ernst & Young aient été approuvés par la majorité des actionnaires depuis 2011.

SOC1 reproche au conseil d'administration de la société SOC3 de ne pas respecter les obligations légales lui incombant, l'appelante se prévalant à ce titre du fait que, suite à sa demande du 26 janvier 2016, la convocation de l'assemblée générale n'a été faite qu'en date du 21 juillet 2016, soit 6 mois plus tard, ce en violation de l'article 70, alinéa 2 de la loi modifiée du 10 août 1915, disposition qui serait d'ordre public.

SOC1 fait finalement grief à la majorité des actionnaires et au conseil d'administration de retenir des informations à son insu, manquant ainsi de transparence, SOC1 se prévalant à ce titre de la vente de la filiale américaine de la société SOC4, à savoir SOC8. Le préjudice

résultant de l'absence d'information relative à cette vente serait évident tant pour la société SOC3 que pour elle-même.

Sur base des considérations qui précèdent, SOC1 estime qu'il existe une crise sociale et, partant, un péril imminent pour la société SOC3 dont le fonctionnement normal serait compromis.

Les précédentes considérations reflèteraient par ailleurs l'existence d'un abus de la majorité des actionnaires qui auraient le contrôle sur le conseil d'administration en lui imposant leurs décisions, au détriment tant de la société SOC3 que de l'appelante.

L'action commune des actionnaires majoritaires nuirait gravement à l'équilibre voulu par le fondateur ayant mis en place la structure, SOC1 et TRUST2 étant censées avoir un pouvoir égalitaire au sein de la société SOC3, alors qu'en fait l'appelante se retrouve « sans voix et sans bénéfice ». De par l'alliance entre SOC3 et TRUST3, il y aurait atteinte au droit de propriété de l'appelante consacré par l'article 16 de la Constitution.

Il y aurait, partant, lieu de nommer un administrateur provisoire du moins jusqu'à ce que la Cour d'appel saisie du fond de la demande en dissolution, respectivement en nomination d'un administrateur provisoire se soit prononcée.

La société SOC3 conclut à voir confirmer l'ordonnance entreprise et sollicite l'allocation d'une indemnité de procédure de 5.000,00 euros pour l'instance d'appel.

La partie intimée souligne le caractère familial du groupe détenu indirectement à hauteur de 2% par l'épouse et de manière égalitaire par les deux filles de feu le fondateur de la structure, chacune détenant indirectement 49% du capital social de la société SOC3.

En relevant que l'expert Laplume a été nommé d'un commun accord des actionnaires, la société SOC3 donne à considérer qu'il ressort du rapport de l'expert que même s'ils ne sont pas entièrement distribués, il y a toutefois des remontées de dividendes, un montant de 3,3 millions d'euros ayant été distribué à ce titre par la société SOC3 aux actionnaires entre 2012 et 2016.

La partie intimée conteste qu'il y ait urgence ainsi que l'existence d'un dysfonctionnement au niveau de ses organes sociaux, le conseil d'administration fonctionnant normalement, la circonstance que les administrateurs aient été désignés par la majorité des actionnaires étant sans incidence sur le présent litige.

La société SOC3 expose que depuis une assemblée générale qui s'est tenue le 24 juillet 2017, elle n'est plus domiciliée auprès de la société SOC7, mais dispose de son propre siège social et que dans

la mesure où le mandat des administrateurs en fonctions était venu à expiration, ils ont été remplacés par de nouveaux administrateurs sur base d'une désignation par la majorité des actionnaires.

Aucun élément de la cause ne justifierait la nomination d'un administrateur provisoire.

L'argumentation faite par la partie appelante en rapport avec la convocation tardive de l'assemblée générale s'étant tenue le 21 juillet 2016 ne serait pas pertinente et ne permettrait en tout état de cause pas de retenir l'existence d'un dysfonctionnement des organes sociaux.

La partie intimée TRUST2 conclut à la confirmation de l'ordonnance entreprise et sollicite l'allocation d'une indemnité de procédure de 15.000,00 euros pour l'instance d'appel.

TRUST2 expose qu'il résulte des éléments de la cause que la société SOC3 est gérée de manière diligente en toute transparence, la société SOC1 n'étant pas privée de la distribution de dividendes. Le conseil d'administration de la société SOC3 aurait satisfait à ses obligations légales dont notamment celle relative à la convocation d'assemblées générales, la tenue de la comptabilité serait régulière, la circonstance que les bilans approuvés jusqu'en 2011 à l'unanimité le sont, depuis 2012, à la majorité des actionnaires étant sans incidence sur le présent litige et ne justifiant pas la nomination d'un administrateur provisoire.

La partie intimée fait valoir que toutes les questions soulevées par l'actionnaire SOC1 ont reçu des réponses, que la nomination du commissaire vérificateur Laplume a été ordonnée sur base d'un commun accord des actionnaires, l'expert Laplume n'ayant constaté aucune irrégularité pertinente concernant les frais de gestion ni les prêts (B et A) inscrits dans les comptes sociaux ni concernant la société de droit italien SOC5 qui n'est pas obligée de distribuer les dividendes, sa politique de thésaurisation étant légale.

TRUST2 fait en tout état de cause souligner, que la question relative à l'opportunité de la distribution ou non de dividendes concerne le fond et échappe partant à la compétence du juge des référés.

La partie intimée rejoint par ailleurs les conclusions de la société SOC3 quant au montant des dividendes distribué par celle-ci entre 2012 et 2016.

L'argument tenant au défaut de convocation par le conseil d'administration des actionnaires à l'assemblée générale, dans le délai légal, ne serait, à l'heure actuelle, pas pertinent.

La cession de la filiale SOC8 se serait faite en toute transparence et dans le respect des règles légales, la filiale ayant été cédée en août 2016 moyennant un prix de cession important, le procès-verbal de l'assemblée générale du 24 juillet 2017 renseignant sur les délibérations y relatives.

En soulignant l'absence d'existence d'un péril imminent mettant en danger les organes sociaux et en l'absence d'un dysfonctionnement de ceux-ci, la partie intimée considère partant que les conditions requises pour procéder à la nomination d'un administrateur provisoire ne sont pas données.

TRUST3 se rapporte aux conclusions des deux autres parties intimées et sollicite l'allocation d'une indemnité de procédure de 5.000,00 euros pour l'instance d'appel.

Appréciation de la Cour

A titre préliminaire la Cour note que même si la formulation du dispositif de l'acte d'appel peut paraître lacunaire, il tombe néanmoins sous le sens que de par le recours exercé, l'appelante demande, par réformation de l'ordonnance entreprise, à ce qu'il soit fait droit à sa demande en nomination d'un administrateur provisoire.

Il est admis qu'il n'appartient pas au juge des référés d'intervenir, même temporairement, dans le fonctionnement d'une société commerciale, alors qu'il appartient aux seuls organes de la société tels qu'ils sont institués par la loi, de gérer la société et de mettre tout en œuvre pour assurer son fonctionnement. Cette règle ne saurait fléchir que dans des circonstances exceptionnelles, lorsque le fonctionnement normal n'est plus assuré et que la société est menacée dans son existence, le juge des référés devant, en effet, refuser son intervention dans le cas où tous les organes de la société sont en place et fonctionnent, son rôle n'étant pas d'apprécier ou de prendre des décisions qui relèvent de la politique commerciale d'une société. Pour que l'intervention du juge des référés dans la vie des sociétés se justifie, il faut dès lors que les droits de la société ou de certains de ses associés soient sérieusement menacés et que l'intervention du juge soit rigoureusement nécessaire pour pourvoir à leur protection.

Quant à l'abus de majorité dont la partie appelante fait état, il est rappelé que les décisions de la majorité, pourvu qu'elles soient régulièrement prises s'imposent à la minorité. Le juge ne peut ni les critiquer, ni les modifier, si les prescriptions légales ont été respectées. Il en est ainsi même lorsqu'un actionnaire possède à lui seul cette majorité et peut faire prévaloir son opinion à l'encontre des autres actionnaires. L'abus de majorité peut être soulevé quand les actionnaires minoritaires se plaignent d'une décision abusive prise par les actionnaires majoritaires. L'existence de cet abus est

conditionnée par la réunion de deux éléments, d'une part une atteinte portée à l'intérêt social par la décision adoptée et d'autre part, une rupture d'égalité entre des actionnaires, au profit des majoritaires. L'action fondée sur l'abus de majorité doit néanmoins demeurer exceptionnelle afin de ne pas entraver le fonctionnement de la société et de ne pas faire obstacle à l'application de la règle de la majorité. La rupture d'égalité ne suffit pas à elle seule, car elle peut aller dans l'intérêt de la société. La seule violation de l'intérêt social ne suffit pas non plus à entraîner la remise en cause de l'opération critiquée, car il n'y a pas lieu d'apprécier l'opportunité des orientations stratégiques économiques des sociétés. C'est à l'associé qui se prétend victime d'un abus de majorité, d'en prouver l'existence (JCL Commercial, fasc.1419, sociétés anonymes, assemblées des actionnaires, règles communes à toutes les assemblées, n° 147).

Dans la mesure où, d'une part, un abus de majorité n'est en l'espèce pas établi, la circonstance que les décisions critiquées par la partie appelante soient prises à la majorité des parties intimées n'étant pas à elle seul constitutive d'un tel abus, et, où d'autre part, le fonctionnement des organes sociaux de la société SOC3 n'est, tel qu'il sera dit ci-après, pas compromis, les organes sociaux fonctionnant normalement, c'est à bon droit que le juge des référés a rejeté la demande de la société SOC1.

En effet, quant à l'analyse par l'expert Laplume des griefs invoqués par l'appelante, la Cour renvoie à la motivation exhaustive de l'ordonnance entreprise, étant observé que c'est à bon droit que le juge des référés a retenu que le fait que l'expert Laplume n'ait pas eu à sa disposition toutes les pièces requises pour vérifier certains postes facturés ne permettait pas de conclure à l'existence d'un acte manifestement illicite mettant en péril les intérêts de la société et que le constat fait par l'expert par rapport à la société SOC5 (à savoir qu'il n'a pas été en mesure de confirmer le taux de rendement des liquidités de la société) ne portait pas à conséquence dans la mesure où l'expert a dit que la gérance de la société SOC5 a pu légitimement décider de ne pas distribuer les dividendes.

Comme aucune irrégularité n'a été relevée par l'expert Laplume au niveau des prêts B et A, c'est encore à juste titre que le juge des référés a dit qu'un dysfonctionnement de la société SOC3 n'était, à ce titre, pas non plus établi.

Quant au reproche tenant à la violation de l'article 70 de la loi sur les sociétés du 10 août 1915, il est à noter que même si cette disposition, qui oblige le conseil d'administration, en cas de demande des actionnaires représentant au moins 10% du capital social, de convoquer l'assemblée générale dans les trois semaines, de façon à ce qu'elle soit tenue dans les quatre semaines de la réception de la demande par les actionnaires, est d'ordre public, il n'en reste pas

moins qu'en l'espèce le défaut de convocation de l'assemblée générale par le conseil d'administration, suite à la demande de la société SOC1 du 26 janvier 2016, de manière à ce que les actionnaires se réunissent quatre semaines après la formulation de la demande, alors que l'assemblée ne s'est tenue qu'en date du 21 juillet 2016, n'est pas, à l'heure des débats, de nature à justifier la demande de l'appelante. Il reste à souligner que face à l'inaction du conseil d'administration, il aurait été loisible à la société SOC1 de saisir à cette époque le tribunal compétent pour qu'il soit enjoint aux organes sociaux de procéder à cette convocation, procédure qu'elle n'a pourtant pas entamée.

Quant à l'absence de distribution de dividendes, il résulte des débats menés qu'entre 2012 et 2016, la société SOC3 a procédé à la distribution de dividendes, la partie appelante ne le contestant pas, de sorte que l'argumentation faite à ce titre par l'appelante est vaine.

Quant à la société SOC5, la Cour ne peut que constater, à l'instar du juge des référés que dans la mesure où il n'y a pas d'obligation légale imposant la distribution des dividendes, la thésaurisation des bénéfices engendrés est légitime et ne saurait partant servir de base à la demande de l'appelante.

Dans la mesure où il résulte du procès-verbal de l'assemblée générale du 24 juillet 2017 que suivant assemblée générale de la société SOC4 du 2 juin 2016, la majorité avait décidé de charger le conseil d'administration de procéder aux démarches nécessaires à la vente de la filiale SOC8, réalisée le 3 août 2016, et où la société SOC1 ne justifie, ni n'établit un quelconque préjudice que cette cession causerait à la société SOC3, respectivement à l'appelante, c'est à bon droit que le juge des référés a rejeté l'argumentation faite à ce titre par la société SOC1.

C'est, partant, à juste titre qu'après avoir constaté que toute preuve quant à un quelconque acte manifestement illicite ou contraire à l'intérêt social, commis par les actionnaires majoritaires, sinon par les organes sociaux de la société SOC3 laissait d'être établie, le juge des référés a rejeté la demande de SOC1 tant sur base de l'article 933, que de l'article 932, alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile.

L'appel n'est partant pas fondé.

L'iniquité requise pour l'application de l'article 240 du nouveau code de procédure civile n'étant pas donnée, les demandes en obtention d'une indemnité de procédure formulées par les partes intimées respectives sont à rejeter.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, deuxième chambre, siégeant en matière de référé, statuant contradictoirement,

en continuation de l'arrêt rendu en date du 11 octobre 2017,

dit l'appel non fondé,

confirme l'ordonnance entreprise,

déboute les parties intimées de leurs demandes respectives en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne SOC1 aux frais et dépens de l'instance d'appel.