Arrêt – référé commercial

Audience publique du vingt-neuf février deux mille douze.

Numéro 37705 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Annette GANTREL, première conseillère;
Eliane ZIMMER, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

la société anonyme A S.A., *établie et ayant son siège social à U, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Martine LISÉ d'Esch-sur-Alzette du 18 août 2011,*

comparant par Maître Albert MORO, avocat à Luxembourg ;

e t :

B, *salarié, demeurant à V, pris en sa qualité de représentant de la masse des obligataires des émissions obligataires enregistrées sous le code E (les Obligations 2010), sous le code F (les Obligations 2013) et sous le code G et H (les Obligations 2014),*

intimé *aux fins du susdit exploit LISÉ,*

comparant par Maître Romain ADAM, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

A S.A. est une société de droit luxembourgeois, créée en 1993, spécialisée dans les investissements et opérations de promotion immobilières. Afin de financer ces activités, elle a réalisé de 2000 à 2007, entre autres, les émissions obligataires suivantes :

- contrat d'émission du 14 novembre 2005 : émission de 73.273 obligations à bon de souscription d'actions remboursables (BSAR) pour un montant de 50.000.029,74 € et à échéance au 18 novembre 2010 (Obligations 2010) ;
- contrat d'émission du 17 mai 2006 : émission de 1.379.310 obligations convertibles pour un montant de 199.999.950 € et à échéance au 31 mai 2013 (Obligations 2013) ;
- contrat d'émission du 22 mars 2007 : émission de 119.544 obligations (BSAR) pour un montant de 175.000.461,60 € et à échéance au 27 mars 2014 (Obligations 2014).

La crise dans le secteur immobilier ayant connu ses débuts en 2007 et ayant gelé le marché du crédit et des transactions financières en 2009, le tribunal de commerce de Paris a, par jugement du 25 mars 2009, fait bénéficier la société A S.A. de la procédure de sauvegarde prévue aux articles L. 620-1 et suivants du Code de commerce français.

A cette époque, la dénommée C, épouse de B, était représentante de la masse des obligataires des émissions obligataires. Elle quitta ses fonctions en 2009 et fut remplacée par son époux B.

Le plan de sauvegarde élaboré par l'administrateur judiciaire et la société A S.A., prévoyant le remboursement intégral du passif sur 10 ans, fut approuvé par la majorité des créanciers de la société émettrice ainsi que par le tribunal de commerce de Paris en date du 19 mai 2010.

Le 28 mai 2010, B, nouveau représentant de la masse des obligataires des émissions obligataires, fit tierce-opposition à la décision d'homologation du tribunal de commerce de Paris.

Se basant sur l'article 87 (4) de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, la société A S.A. a, par exploit d'huissier du 29 juin 2011, fait donner assignation à B à comparaître devant le président de la chambre du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale et comme en référé, *pour l'y déclarer révoqué pour justes motifs de ses fonctions de représentant de la masse des obligataires des émissions obligataires (Obligations 2010, Obligations 2013 et Obligations 2014), ce sous peine d'astreinte de 100.000 € par infraction constatée, soit par acte qui serait posé par B, personnellement ou par interposition de personne, pour y désigner Monsieur D représentant de la masse des obligataires des émissions obligataires dont s'agit, fixer les pouvoirs de Monsieur D en cette qualité, déclarer que celui-ci dispose des pouvoirs prévus à l'article 88 (1) de la*

loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales et des pouvoirs octroyés au représentant des obligataires des émissions obligataires par les assemblées générales des obligataires tenues le 15 septembre 2009, déclarer que Monsieur D aura, en sa qualité de représentant de la masse des obligataires des émissions obligataires tous pouvoirs pour gérer, au nom et pour le compte des obligataires, le litige qui oppose l'actuel représentant de la masse des obligataires des émissions obligataires à la société A S.A., litige qui a été introduit par actes de tierce-opposition du 18 mai 2010 devant le tribunal de commerce de Paris.

La société A S.A. a fait plaider que sa demande en révocation de B est basée sur deux catégories de justes motifs, tirés, d'une part, des engagements contractuels pris par B envers la société requérante et, d'autre part, de l'attitude adoptée par B dans le cadre de sa mission de représentant des obligataires des émissions obligataires.

La société A S.A. a souligné que B aurait agi au mépris d'une transaction signée entre parties pour mettre fin à un différend ayant existé entre A S.A. et B du temps où il exerçait encore les fonctions d'administrateur-délégué au sein de ladite société ; qu'aux termes de cette transaction, B n'aurait droit de rédiger le moindre écrit ou participer à quelque communication que ce soit qui porterait atteinte à la réputation de la société.

La société A S.A. a en outre fait plaider que B aurait déclaré agir sur instruction de certains obligataires représentant environ 15% des obligataires des emprunts obligataires, alors qu'un représentant de la masse des obligataires devrait agir dans l'intérêt commun de tous les obligataires ; qu'ainsi la tierce-opposition aurait été formée contre le jugement du Tribunal de commerce ayant homologué le plan de sauvegarde sans consultation préalable des obligataires des émissions obligataires ; que cette tierce-opposition ne serait certainement pas de l'intérêt de tous les obligataires des émissions obligataires.

La société A S.A. a encore reproché à B un détournement de ses pouvoirs, illustré plus particulièrement par les convocations aux assemblées générales des émissions obligataires des 13 et 26 avril 2011 ; que l'objet des ces convocations, par ailleurs très vague, aurait été d'inviter les obligataires de statuer sur la création d'un fonds prétendument destiné à assurer la défense des intérêts communs des obligataires, à déterminer la façon dont ce fonds sera financé, à déterminer les pouvoirs du représentant de la masse des obligataires des émissions obligataires en relation avec ce fonds et à déterminer la rémunération du représentant de la masse des obligataires des emprunts obligataires pour la gestion du litige relatif à la tierce-opposition ; que le prélèvement d'importantes sommes sur les montants revenant aux autres obligataires aux fins de financement des actions que B et ses commanditaires avaient décidé d'entamer et de poursuivre, constituerait une attitude déloyale à l'égard de ces autres obligataires.

La société A S.A. a soutenu, d'une manière générale, que B utiliserait sa fonction afin de favoriser quelques obligataires minoritaires sans égard à

l'ensemble des autres obligataires qu'il représente, notamment en excédant et détournant les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi.

La société A S.A. a en outre réclamé une indemnité de procédure de 5.000 € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Par ordonnance du 15 juillet 2011, Madame la 1ière vice-présidente du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, présidant la chambre commerciale du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, statuant contradictoirement, a reçu la demande en la forme, l'a déclarée non fondée, a déclaré non fondées les demandes respectives des parties en obtention d'une indemnité de procédure et a laissé les frais de l'instance à charge de la société A S.A..

Cette ordonnance a été signifiée à la requête de B à la société A S.A. par exploit d'huissier du 11 août 2011.

Par exploit d'huissier du 18 août 2011, la société A S.A. a relevé appel de l'ordonnance du 15 juillet 2011.

L'appelante déclare entreprendre cette ordonnance dans son intégralité, faisant plaider que ce serait à tort que le premier magistrat a décidé de ne pas révoquer pour justes motifs B de ses fonctions de représentant de la masse des obligataires des émissions obligataires (Obligations 2010, Obligations 2013 et Obligations 2014) et de ne pas pourvoir au remplacement de B en nommant représentant de la masse des obligataires le sieur D.

Elle conclut, par réformation de l'ordonnance entreprise, aux mêmes fins que l'acte introductif d'instance.

B conclut à *l'irrecevabilité sinon la nullité de l'appel du 18 août 2011* au motif que les dispositions de l'article 87 (2) et (4) sur lesquelles se base la société A S.A. ne prévoient *à aucun moment la possibilité de faire appel contre la décision rendue par le magistrat présidant la chambre du tribunal d'arrondissement en cette matière spécifique* et que *s'il avait été dans l'intention du législateur de permettre de relever appel, une telle disposition aurait été prévue.* B ajoute que *si la Cour devait estimer qu'un appel serait néanmoins possible en cette matière, il convient de constater que l'appel aurait dû être formé comme en matière de référé et donc devant la septième chambre de la Cour supérieure de justice connaissant des affaires de référés et non devant la chambre de la Cour* connaissant des affaires commerciales. B conclut donc également à voir dire que *la Cour, siégeant en matière commerciale, n'est pas compétente pour statuer sur l'appel introduit par acte d'huissier du 18 août 2011.*

Quant au fond, B conclut à la confirmation de l'ordonnance entreprise. Il réclame en outre une indemnité de procédure de 5.000 € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

DISCUSSION

A) quant au moyen d'irrecevabilité sinon nullité de l'acte d'appel et quant à la compétence de la Chambre de la Cour d'appel, connaissant des affaires commerciales

L'article 87 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales est de la teneur suivante :

(1) *Un ou plusieurs représentants de la masse des obligataires peuvent être désignés par la société lors de l'émission ou, pendant la durée de l'emprunt, par l'assemblée générale des obligataires.*

(2) *Si aucun représentant n'a été désigné de la manière prévue à l'alinéa précédent, le magistrat présidant la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale et comme en matière de référés dans le ressort duquel la société a son siège peut, en cas d'urgence, à la requête de la société, ou de tout obligataire ou de tout intéressé désigner un ou plusieurs représentants dont il fixe les pouvoirs.*

(3) (… …).

(4) *L'assemblée générale des obligataires peut révoquer les représentants de la masse. Ils peuvent être révoqués également pour justes motifs par le magistrat présidant la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale et comme en matière de référés dans le ressort duquel la société a son siège, à la requête de la société ou de tout obligataire.*

La procédure prévue par ces dispositions appartient – à l'instar des dispositions de la loi du 30 juillet 2002 sur les pratiques commerciales, la concurrence déloyale et la publicité trompeuse – à la catégorie des référés au fond, terme qui désigne les instances poursuivies en la forme de référé mais tendant en réalité à obtenir une décision au principal et en tout cas une décision autre que provisoire.

Le président se voit ainsi attribuer le pouvoir de trancher le fond du droit et statuer définitivement mais « *comme en matière de référé* ». Il statue en la forme des référés tout en étant juge du fond et non juge des référés (en ce sens : TIJSSEN Théa c/ BALJET Marcelino, arrêt civil, n° 33 965 du rôle).

Conformément à l'article 578 du Nouveau Code de procédure civile, *la voie de l'appel est ouverte en toutes matières même en matières gracieuses contre les jugements de première instance s'il n'en est autrement disposé.*

L'article 939 du Nouveau Code de procédure civile dit que « *l'ordonnance de référé peut être frappé d'appel* (… …) ».

A défaut de disposition expresse de la loi interdisant de procéder par la voie de l'appel contre la décision rendue sur base de l'article 87 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales par *le magistrat présidant la chambre du tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé*, il y a lieu de dire que pareille décision est appelable et que l'appel sera porté devant la Cour supérieure de Justice siégeant en matière d'appels d'ordonnances et comme en matière de référé.

La Cour rejoint les observations de la société A S.A. aux termes desquelles l'attribution des affaires aux différentes chambres de la Cour n'est qu'une formalité administrative ne pouvant être sanctionnée par une quelconque nullité ou irrecevabilité de l'appel ou aboutir à une incompétence de la Cour.

Il en découle que les moyens soulevés par B, tirés de l'irrecevabilité sinon de la nullité de l'acte d'appel sinon de l'incompétence de la Cour d'appel, siégeant en matière commerciale, sont à déclarer non fondés.

B) <u>quant au fond</u>

La société A S.A. a basé sa demande, en premier lieu, sur *la catégorie de justes motifs, tirés des engagements contractuels de B envers la société A S.A.*, et plus particulièrement sur l'article 8 de la transaction signée entre l'appelante et B le 3 février 2009 pour mettre fin au différend ayant existé entre eux dans le cadre de leurs relations employeur/employé.

L'article 8 de cette transaction se lit comme suit :

« (… …)

Chacune des parties s'engage ainsi à l'autre à ne tenir aucun propos, ne rédiger aucun écrit, et ne participer à quelque communication ou quelque parole que ce soit, qui serait de nature à porter atteinte à la réputation et/ou nuire aux entreprises et intérêts de l'autre partie.

En particulier, Monsieur B s'engage à ne pas porter atteinte à la réputation et/ou à ne pas dénigrer A ou toute autre société du groupe auquel elle appartient, ainsi que ses dirigeants et leurs collaborateurs, à titre professionnel et/ou personnel, tant en interne qu'en externe, de quelque manière que ce soit, orale, écrite, formelle ou informelle, ou par le biais de « chatroom » sur site internet avec pseudo.

A ce titre, Monsieur B ne tiendra aucun propos négatif ni ne fera aucun commentaire sur la société A et/ou les sociétés du groupe auquel elle appartient et/ou ses dirigeants ».

A ce propos, le magistrat de première instance a dit que *la notion de juste motif s'analyse dans le cadre du mandat confié par les masses des obligataires à leur représentant* ; que *la notion même de juste motif repose essentiellement*

sur la faute du mandataire, sans toutefois bannir le concept d'intérêt des masses des obligataires, notamment de mésentente entre mandant et mandataire ; que *le fait constitutif de juste motif doit trouver son origine dans un conflit relevant du mandat de représentant des masses des obligataires* ; que *l'inobservation de la transaction mettant fin au mandat d'administrateur de B ne constitue pas un juste motif de révocation du mandat de représentant des masses des* obligataires ; que *l'inobservation reprochée présente un problème d'exécution de ladite transaction, respectivement de sa sanction, mais elle se situe en dehors du cadre du mandat liant le représentant aux masses des obligataires.*

La société A S.A. reproche au magistrat de première instance d'avoir *enfermé la notion de juste motif dans le cadre du mandat confié par les obligataires à leur représentant*, alors que la notion de juste motif devrait être entendue plus largement.

Elle fait valoir qu'une personne qui a souscrit à des engagements envers A S.A. tels qu'ils ressortent de l'article 8 de la transaction du 3 février 2009 ne saurait, *par nature,* être *la bonne personne pour représenter la masse des obligataires des emprunts obligataires émis par la société*, étant précisé que le représentant de la masse des obligataires sera nécessairement amené à faire des commentaires ou à tenir des *propos négatifs* sur la société émettrice si les circonstances l'exigent ; que cette obligation contractuelle à laquelle B se serait engagé aux termes de la transaction signée entre parties, constituerait, à elle seule, un juste motif pour révoquer B de sa fonction de représentant de la masse des obligataires des émissions obligataires émises par la société A S.A..

L'intimé B réplique, en substance, qu'il exerce la fonction de représentant de la masse des trois souches obligataires depuis le 15 septembre 2009 et que, par ailleurs, il l'aurait exercée officieusement de 2005 à 2007, date où cette charge était confiée à son épouse, la dame C ; que la société A S.A. aurait été parfaitement au courant qu'il assurait donc en fait la fonction de représentant de la masse des trois souches obligataires depuis 2005 ; qu'il ne saurait être sérieusement mis en doute que depuis sa nomination en 2009, B a toujours agi au mieux des intérêts de la masse des obligataires.

Présentement, il ne s'agit pas d'analyser si B a agi en tant que représentant de la masse des trois souches obligataires dans l'intérêt de celles-ci, mais de savoir si les actes qu'il devra poser et les propos qu'il sera amené à employer en sa qualité de représentant de ces masses sont compatibles avec les termes de la transaction signée entre parties le 3 février 2009.

Dans la notion de cause légitime et juste motif – expressions tenues pour synonymes dans le langage courant – il faut inclure des considérations tirées de l'intérêt général, c'est-à-dire, également des révocations destinées à assurer la stabilité sociale et à protéger l'intérêt social, sans que pour autant l'intéressé (à lire : le représentant de la masse des obligataires) ait démérité (Précis de droit des sociétés par Alain STEICHEN, édition revue et actualisée en 2011, page 199). On admet que le juste motif se rapporte également à des circonstances extérieures à la personne et à l'activité du dirigeant (RTD com.,

1983, p. 395). La notion de juste motif ne se définit non pas seulement en fonction de l'activité ou du comportement de celui à révoquer mais aussi en fonction de l'intérêt social réel et certain (Cour d'appel de Paris, 20 novembre 1980, Gaz. Pal. 1981, I, p. 300).

Pour être juste, le motif mis en avant doit présenter un certain caractère de gravité et doit reposer sur des faits précis et vérifiables par le juge, donc sur des éléments d'appréciation objectifs (RTD com., 1983, p. 395).

En l'espèce, B s'est engagé, aux termes de l'alinéa 3 de l'article 8 de la transaction du 3 février 2009, à *ne tenir aucun propos négatif ni faire aucun commentaire sur la société A S.A. et les groupes de sociétés auxquels elle appartient*.

Or, dans une société commerciale les obligataires peuvent avoir des intérêts opposés à ceux des actionnaires, puisque les obligataires sont les créanciers de la société tandis que les actionnaires sont les membres. Le représentant de la masse des obligataires doit dès lors pouvoir accomplir une mission en toute indépendance et sans possibilité de conflits d'intérêts.

Eu égard cependant à la généralité des termes de l'alinéa 3 de l'article 8 de la transaction du 3 février 2009, B – qui en sa qualité de représentant de la masse des obligataires est nécessairement amené à poser des actes et à faire des commentaires qu'il s'est engagé à ne pas poser et à ne pas faire aux termes de la prédite transaction – est à considérer comme n'étant pas la personne adéquate pour revêtir la qualité de représentant de la masse des obligataires des trois souches obligataires.

Cette considération constitue un juste motif devant aboutir, à elle seule, à la révocation de B de ses fonctions en tant que représentant de la masse des obligataires des trois souches obligataires.

L'ordonnance entreprise est partant à réformer en ce sens.

La société A S.A. conclut à la désignation d'un nouveau représentant des obligataires, en remplacement de B, en la personne de Monsieur D.

Le magistrat de première instance a déclaré la demande en remplacement du représentant des obligataires irrecevable, au motif qu'il découle des dispositions de l'article 87 (1) et (2) de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales que *le pouvoir de nomination appartient à l'assemblée générale des obligataires pendant la durée de l'emprunt, respectivement à la société pendant l'émission des obligations* ; que *ce n'est que si aucun représentant n'a été désigné par la société ou l'assemblée que le juge, en cas d'urgence, désigne un ou plusieurs représentants* ; que *la présente situation ne s'inscrit dans aucune de ces deux hypothèses.*

La société A S.A. critique le magistrat de première instance d'avoir ainsi décidé, faisant exposer que la législation luxembourgeoise s'est inspirée du droit suisse qui prévoit que *le droit pour le juge de prendre les mesures*

commandées par la situation, et notamment la désignation d'un nouveau représentant des obligataires, existe lorsque les pouvoirs du représentant s'éteignent « pour une cause quelconque » et donc également lorsque le représentant des obligataires est révoqué par le tribunal.

La Cour ne saurait partager ce point de vue et fait sienne la motivation correcte du magistrat de première instance qui s'est, à bon droit, référé au texte de l'article 87 (1) de la loi modifiée du 10 août 1915, prévoyant deux cas de désignation du représentant de la masse des obligataires, à savoir par la société lors de l'émission et par l'assemblée générale des obligataires pendant la durée de l'emprunt. L'article 87 (2) de la même loi prévoit l'intervention du magistrat présidant la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé, en cas d'urgence, au cas où aucun représentant n'a été désigné de la manière prévue à l'alinéa précédent.

La demande tendant à la nomination de Monsieur D en tant que représentant de la masse des obligataires suite à la révocation de B est partant à rejeter. Sur ce point, il y a lieu à confirmation de l'ordonnance entreprise.

Vu l'issue du présent litige, B ne saurait prétendre à l'octroi d'une indemnité de procédure.

La demande de la société A S.A., tendant à l'octroi d'une indemnité de procédure est également à rejeter, alors qu'il ne paraît pas inéquitable de laisser à charge de la société A S.A. les sommes par elle exposées et non comprises dans les dépens.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel,

le dit partiellement fondé ;

réformant :

révoque B de sa fonction de représentant de la masse des obligataires des trois souches obligataires (Obligations 2010, Obligations 2013 et Obligations 2014) ;

déboute les parties de leurs demandes respectives en obtention d'une indemnité de procédure ;

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