

## **Arrêt N° 33/17 IV-COM**

Audience publique du quinze février deux mille dix-sept

Numéro 38902 du rôle

Composition :

Roger LINDEN, président de chambre;  
Marianne HARLES, première conseillère;  
Elisabeth WEYRICH, conseillère;  
Eric VILVENS, greffier assumé.

### **E n t r e**

**1) la société du droit des Iles Caïman A**, établie et ayant son siège social à , représentée par son « general partner », la société du droit des Iles Caïman B, enregistrée au Registre de Commerce sous le numéro,

**2) la société du droit des Iles Caïman B**, établie et ayant son siège social à, représentée par son « Board of Directors » actuellement en fonctions, enregistrée au Registre de Commerce sous le numéro,

**3) la société du droit des Iles Caïman C**, établie et ayant son siège social à, représentée par son « Board of Directors » actuellement en fonctions, enregistrée au Registre de Commerce sous le numéro,

**appelantes** aux termes d'actes de l'huissier de justice Patrick Kurdyban de Luxembourg des 18 mai et 22 mai 2012,

sub 1) - 3) comparant par Maître Pierre Reuter, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**e t**

**1) la société anonyme D**, établie et ayant eu son siège social à, actuellement établie et ayant son siège social, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro,

**2) E**, ancien président du conseil d'administration de D, ayant anciennement demeuré professionnellement à, demeurant actuellement professionnellement à,

**3) F**, administrateur d'D, ayant anciennement demeuré professionnellement à, demeurant actuellement professionnellement à,

**4) G**, administrateur indépendant d'D, ayant anciennement demeuré professionnellement à ..., demeurant actuellement professionnellement à ...,

**5) H**, administrateur indépendant d'D, ayant anciennement demeuré professionnellement à ..., demeurant actuellement professionnellement à ...,

**6) I**, administrateur indépendant d'D, ayant anciennement demeuré professionnellement à ..., demeurant actuellement professionnellement à ...,

**7) J**, administrateur indépendant d'D, ayant anciennement demeuré professionnellement à ..., demeurant actuellement professionnellement à ...,

**8) K**, ancien administrateur indépendant d'D, ayant anciennement demeuré professionnellement à ..., demeurant actuellement professionnellement à ...,

**9) L**, ancien administrateur indépendant d'D, ayant anciennement demeuré professionnellement à ..., demeurant actuellement professionnellement à ...,

**10) M**, ancien administrateur indépendant d'D, ayant anciennement demeuré professionnellement à ..., demeurant actuellement professionnellement à ...,

11) **N**, ancien administrateur indépendant d'D, ayant anciennement demeuré professionnellement à ..., demeurant actuellement professionnellement à ...,

12) **O**, ancien administrateur indépendant d'D, ayant anciennement demeuré professionnellement à ..., demeurant actuellement professionnellement à ...,

13) **P**, ancien administrateur indépendant d'D, ayant anciennement demeuré professionnellement à ..., demeurant actuellement professionnellement à ...,

14) **Q**, ancien administrateur indépendant d'D, ayant anciennement demeuré professionnellement à ..., demeurant actuellement professionnellement à ...,

15) **R**, héritier du défunt S, reprenant volontairement l'instance engagée contre feu S suivant acte de reprise d'instance du 2 décembre 2013, demeurant professionnellement à ...,

16) **T**, héritier du défunt S, reprenant volontairement l'instance engagée contre feu S suivant acte de reprise d'instance du 2 décembre 2013, demeurant professionnellement à ...,

17) **T2** héritier du défunt S, reprenant volontairement l'instance engagée contre feu S suivant acte de reprise d'instance du 2 décembre 2013, demeurant professionnellement à ...

18) **U**, administrateur d'D, ayant anciennement demeuré professionnellement à ..., demeurant actuellement professionnellement à ...,

19) **Son Altesse Royale PRINCE GUILLAUME DE LUXEMBOURG**, administrateur indépendant d'D, ayant anciennement demeuré professionnellement à ..., demeurant actuellement professionnellement à ...,

20) **V**, ancien administrateur indépendant d'D, ayant anciennement demeuré professionnellement à ..., demeurant actuellement professionnellement à ...,

21) **W**, industriel, administrateur d'D, demeurant à ...,

22) **X**, épouse W, sans état connu, demeurant à ...,

**23) la société à responsabilité limitée Y**, (anciennement Y), établie et ayant son siège social à , représentée par ses gérants actuellement en fonctions, enregistrée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro,

**24) la société à responsabilité limitée Z**, établie et ayant son siège social à, représentée par son gérant actuellement en fonctions, enregistrée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro,

**intimés** aux fins des prédicts actes Kurdyban,

sub 1) - 20) comparant par Maître Philippe Hoss, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

sub 21) - 24) comparant par Maître Alex Schmitt, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

## **LA COUR D'APPEL**

Les faits à la base du litige se résument comme suit :

En date du 27 janvier 2006, la société de droit néerlandais A2( ci-après la société A2) a annoncé publiquement sa décision d'initier une offre publique sur les titres de la société de droit luxembourgeois D (ci-après l'Offre). Cette offre était composée à titre principal d'une offre mixte ( la contrepartie étant représentée par des titres A2et du numéraire) et de deux offres à titre subsidiaire, à savoir une offre publique d'achat ( avec un prix exclusivement en numéraire) et une offre publique d'échange avec une rémunération exclusivement en titres A2.

Les termes de l'Offre ont été améliorés à deux reprises et aux termes d'un protocole d'accord ( *Memorandum of Understanding*) conclu le 25 juin 2006 entre les sociétés D et A2et l'Actionnaire de Contrôle, la contrepartie finalement offerte par la société A2à l'ensemble des actionnaires était la suivante :

- pour l'offre mixte à titre principal, 150,60 € et 13 actions A2pour 12 actions D,
- pour l'offre d'achat à titre subsidiaire, 40,40 € pour une action D,

- pour l'offre d'échange à titre subsidiaire, 11 actions A2 pour 7 actions D.

Au regard de l'évolution boursière de l'action A2, l'Offre d'échange s'est en définitive avérée plus favorable aux actionnaires de la société D à la date du premier règlement-livraison intervenu le 1<sup>er</sup> août 2006.

Aux termes du Protocole d'Accord du 25 juin 2006, les sociétés A2 et D s'étaient engagées à mettre en œuvre, dès que possible après la fin de l'Offre, un processus de fusion à l'issue duquel la société D serait la seule société cotée à la tête du groupe D, A2 ayant été préalablement absorbée et que le rapport d'échange soit en ligne avec la valeur de l'action D résultant de l'Offre, cette valeur étant déterminée à la date du règlement-livraison du 1<sup>er</sup> août 2006 sur la base de la parité de l'Offre d'Echange, soit 11 actions A2 pour 7 actions D.

Les conseils d'administration des sociétés D et A2 ont décidé, en date du 2 mai 2007 de mettre en œuvre le processus juridique de la fusion en deux étapes :

- dans une première étape, absorption de la société A2 par sa filiale sans activités, la société B2, renommée D. Cette absorption a pris effet le 3 septembre 2007.
- dans une deuxième étape, absorption de la société de droit luxembourgeois D par la société D.

Par décision du 15 mai 2007, les conseils d'administration des sociétés A2 et D ont arrêté à l'unanimité que le rapport d'échange destiné à être soumis au vote des actionnaires des sociétés D et D dans le cadre du vote sur la seconde étape de la fusion interviendra sur la base d'une parité d'échange de 7 actions D pour 8 actions D.

Par résolution du 5 novembre 2007, les assemblées générales extraordinaires des sociétés D et D ont approuvé cette deuxième étape de la fusion.

Cette fusion a pris effet le 13 novembre 2007 et à la suite de cette fusion, les actionnaires de D sont automatiquement devenus actionnaires de la société D.

Par actes d'huissier de justice des 21 décembre 2007 et 8 janvier 2008, les sociétés de droit des îles Caïman A, B, C ainsi que le fonds commun de droit néerlandais C2 ont fait donner assignation à la société anonyme D ainsi qu'à Joseph KINSCH, président du conseil

d'administration de la société D et à E-W, tous administrateurs de la société D, ainsi qu'à X, à la société unipersonnelle de droit espagnol Y et à la société à responsabilité limitée A2 aux fins de voir :

1. prononcer l'annulation de toutes les délibérations des conseils d'administration des sociétés D et D qui ont pris les décisions suivantes :

- celle de charger les sociétés ... de rédiger des « fairness opinions »,
- celle de procéder à la fusion en deux étapes selon les modalités annoncées dans le communiqué de presse du 16 mai 2007,
- celle d'approuver et de faire voter par les assemblées générales des deux sociétés en date du 28 août 2007 le projet de fusion des sociétés A2et D,
- celle de faire voter par les assemblées générales des deux sociétés le 5 novembre 2007 le projet de fusion des sociétés D et D dans la mesure où ce projet de fusion propose un rapport d'échange de 8 actions D pour 7 actions D.

2. Les sociétés demanderesse ont encore demandé l'annulation de toutes les décisions de l'assemblée générale extraordinaire de la société D du 5 novembre 2007 ayant pour but et conséquence de valoriser les actions détenues par les actionnaires d'D à un rapport de 7 actions D pré-restructuration pour 8 actions D post-restructuration.

Elles ont en conséquence demandé en ordre principal à voir modifier les décisions de l'assemblée générale d'D en ce sens que le rapport d'échange devra être de 7 actions D pré-restructuration pour 11 actions D post-restructuration et que toutes les modifications apportées aux statuts par l'assemblée générale extraordinaire du 5 novembre 2007 par les résolutions 2 à 6 de ce jour reflètent ce ratio d'échange de 7 actions D pré-restructuration pour 11 actions D post-restructuration et de prononcer l'annulation de la décision de l'assemblée générale extraordinaire de la société D d'approuver la fusion avec D telle qu'annoncée et notamment en utilisant un rapport d'échange de 8 pour 7.

Elles ont demandé en ordre subsidiaire à voir condamner les défendeurs, solidairement, sinon in solidum, sinon chacun pour sa part à payer aux sociétés A, B et C des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi du fait du non-respect de la parité d'échange définie dans le Memorandum of Understanding du 25 juin 2006.

Elles ont réclamé une indemnité de procédure globale de 50.000 €.

Les défendeurs ont contesté la capacité d'agir des sociétés demanderessees pour défaut de personnalité juridique.

Ils ont encore dénié toute qualité pour agir aux dites sociétés pour solliciter l'annulation des décisions prises par les conseils d'administration des sociétés D et D et les assemblées générales extraordinaires de ces sociétés, arguant qu'elles n'auraient pas été actionnaires des sociétés D et D au moment où les décisions ont été prises.

Par jugement du 30 novembre 2011, le tribunal a relevé que le fonds commun de droit hollandais C2 ne dispose pas de la personnalité morale, tandis que les trois autres sociétés demanderessees n'ont pas qualité pour agir. Les demandes ont par conséquent été déclarées irrecevables. Le tribunal a dit non fondées les demandes en allocation d'une indemnité de procédure formulée par toutes les parties litigantes.

Par actes d'huissier de justice des 18 et 22 mai 2012, les sociétés A, B et C ont relevé appel du jugement du 30 novembre 2011. La date de la signification effective du jugement précité aux parties appelantes n'est pas établie.

Elles concluent, par réformation, à voir déclarer recevables leurs demandes formulées dans l'assignation introductive d'instance. Elles sollicitent le renvoi de l'affaire devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, autrement composé pour entendre statuer sur le fond et réclament une indemnité de procédure globale de 10.000 €.

Les parties intimées sub 1) - 20) interjettent appel incident contre le jugement de première instance en ce que le tribunal a dit non fondée leur demande tendant à voir allouer à chacune des parties défenderesses une indemnité de procédure de 3.000 €.

Les parties intimées sub 21) - 24) interjettent également appel incident contre le jugement de première instance et réclament, par réformation, à se voir allouer chacune une indemnité de procédure de 2.500 €.

Suivant acte de reprise d'instance du 2 décembre 2013, r, t, t2, en leur qualité d'héritiers de feu S ont déclaré intervenir volontairement dans la présente instance d'appel.

I) Quant aux moyens de nullité et d'irrecevabilité soulevés par les parties intimées sub 21)- 24)

W, X de même que les sociétés Y et A2 soulèvent in limine litis la nullité de l'acte d'appel pour défaut d'indication exacte du siège social de la société de droit espagnol Y. L'adresse de ladite société renseignée dans l'acte d'appel ne serait pas celle du siège social statutaire de la société intimée.

Selon ces intimés, ce vice, qu'ils qualifient de fond, serait à sanctionner par la nullité de fond de l'acte d'appel et ne serait par conséquent pas soumis aux exigences de l'article 264 alinéa 2 du NCPC.

Arguant ensuite que la société A serait dépourvue de la capacité d'ester en justice, les intimés demandent à voir déclarer irrecevable l'action introduite par cette société.

Les parties intimées sub 1) - 20) déclarent se rapporter à la sagesse de la Cour concernant le moyen de nullité de l'acte d'appel signifié à la société Y (anciennement Y). Elles n'ont pas pris position par rapport au moyen tiré du défaut de capacité d'ester en justice dans le chef de la société A.

Dans un souci de logique juridique, il convient d'examiner au préalable le moyen d'irrecevabilité tiré du défaut de capacité pour ester en justice dans le chef de la société A.

A) Quant à la capacité d'ester en justice de la société A

La société A expose être une société dite « *exempted limited partnership* », établie dans les îles Caïman. Les intimés argumentent qu'en application de la loi des îles Caïman, les « *exempted Limited partnership* » ( ci-après « *ELP* ») constitueraient seulement une association informelle de plusieurs individus et seraient par conséquent dépourvues de toute personnalité juridique. A défaut de personnalité morale, ils ne pourraient agir en justice.

Les intimés se réfèrent à la « *Exempted Limited Partnership Law-2007 Revision* » ( version 2007 ) ( ci-après « *ELP LAW* ») et notamment à l'article 13(1) de cette loi, créant une distinction entre le « *general partner* » et les « *limited partners* » d'une « *ELP* » pour

soutenir que toute action en justice au bénéfice d'une telle entité ne peut être introduite que par le « *general partner* ».

A l'appui de leur argumentation, les intimés se prévalent d'un « *affidavit* » établi le 28 août 2013 par John Ross Mc Donough, avocat établi dans les îles Caïman.

La société A fait valoir que suivant le droit procédural des îles Caïman, les « *exempted limited partnership* » disposeraient du droit d'agir en justice et pourraient le faire en leur nom. Elle se prévaut d'un « *affidavit* » établi le 17 janvier 2014 par E2, avocat établi aux îles Caïmans.

La Cour note que le moyen d'irrecevabilité de l'action tiré du défaut de capacité d'ester en justice de la société précitée a été invoqué par les parties défenderesses en première instance.

Le tribunal a rejeté l'exception tirée du défaut de capacité pour agir dans le chef de la société A, motif pris que les intimés W, X et les sociétés Y et A2 n'ont pas établi que cette société ne bénéficiait pas de la personnalité juridique au regard du droit des îles Caïman.

Les intimés réitèrent ce moyen en instance d'appel.

Avant d'examiner le moyen au regard de l'action introduite par la société appelante sub 1), la Cour, saisie d'un acte d'appel de la part de cette société, est au préalable amenée à se prononcer sur la capacité de la société A pour relever appel.

Le statut des personnes morales est, de par l'effet de la loi, assimilé à celui des personnes physiques en ce qui concerne la capacité d'être titulaires de droits et d'obligations. Il est d'usage de parler de statut personnel ou de nationalité des sociétés et autres associations bénéficiant de la personnalité juridique ou du moins d'attributs équivalents.

En droit luxembourgeois, l'aptitude à agir en justice ne se conçoit que de la part d'une personne qui existe juridiquement. Une demande en justice devrait par conséquent être déclarée irrecevable si elle est formée au nom d'une personne physique décédée ou par un organisme, national ou étranger, dépourvu de personnalité morale.

L'appelante A étant une société de droit des îles Caïman, c'est la loi des îles Caïman qui régit la constitution de l'être moral et délimite

sa capacité d'être titulaire de droits et d'obligations et d'exercer les droits et actions correspondants (J.-Cl. Wiwinius, Le droit international au Grand-Duché de Luxembourg, 3<sup>ème</sup> éd. n° 234).

D'une manière générale, la capacité d'ester est reconnue à un groupement étranger lorsqu'il est régulièrement constitué selon la loi qui le régit et que cette loi lui confère la personnalité morale : c'est qu'en effet la capacité d'ester en justice est un attribut normal de la personnalité morale (JCL Droit International, Fasc. 582-10, Procédure civile et commerciale, Domaine de la « lex fori »- Action en justice, éd.num. 18 avril 2012, n° 38).

De même, c'est la loi nationale qui décide si cette capacité est subordonnée à l'existence de la personnalité morale.

C'est ainsi l'application de la loi de la nationalité qui justifie qu'une personne, même dotée par la loi de sa nationalité de la personnalité morale, ne pourra agir en justice si cette même loi ne lui reconnaît pas ce droit ( CA de Paris, 17 mars 1960, Rev. crit. DIP 1961. ) A l'inverse, un organisme étranger dépourvu de personnalité morale dans son pays d'origine, mais néanmoins susceptible d'agir en justice, pourra exercer ce droit en France ( CA Paris, 8 février 1991, Rev.crit. DIP 1993, p. 736 )

La loi des îles Caïman relative aux "ELP", version 2007, dispose dans son article 13 (1) que « *Subject to subsection (2), legal proceedings by or against an exempted limited partnership may be instituted by or against any one or more of the general partners only, and no limited partner shall be a party to or named in such proceedings* » ( pièce n° 5 de Maître Schmitt).

Selon M. E2, dont l'avis a été sollicité par l'appelante, l'objectif central de la "ELP Law" est "*the limitations upon, and the protections granted to a limited partner as a means of encouraging investors with limited liability in businesses whilst offering protection to those dealing with them*".

Aussi l'objectif de l'article 13 (1) "*was to be accorded protection against suit to a limited partner in an ELP*", "*its purpose is not to constrain the general right to bring proceedings in the name of the firm*" ( point 15 de l'affidavit de Mr. E2).

Selon cet avocat, au moment de l'introduction de la loi relative aux ELP en 1991, "*partners in an ordinary partnership and limited partnership could sue in the name of their firm i.e. in the latter case in*

*the name of the limited partnership*". Aussi, afin de protéger les "limited partners", il aurait été nécessaire de les mentionner dans l'article 13 de la loi sur les ELP " *as the exceptions to the general rule that limited partners should not be parties or named and identify the circumstances in which a limited partner in an ELP, as opposed to a GP, might be named or joined to proceedings*".

Selon M. E2, si le législateur avait voulu "to provide that an action on behalf of an ELP could only be brought in the name of the GP, he would have made that abundantly clear ». Aussi, estime-t-il que le législateur aurait "have used clear language that the purpose of the legislation was now to distinguish the position of the ELPs from ordinary partnerships and limited partnerships. He must at least have used mandatory language such as "legal proceedings by an exempted limited partnership shall be in the name of one or more of the general partners". He would probably have expressly drafted it to prohibit proceedings in the name of the ELP itself. (..)

Il ajoute encore que "the section uses the discretionary word "may" rather than an imperative word".

La seule intention du législateur aurait été celle de distinguer entre les droits et responsabilités des « *general partner* » et ceux des « *limited partners* ».

Aussi l'auteur est-il d'avis qu'aux termes de l'article 13 (1) de la loi sur les ELP une « *discretionary alternative to proceedings in the firm's name ( the limited partnership) is suit by or against the GP but not suit by or against a limited partner ( unless the exceptional circumstances apply )* »: (note de la Cour, ces circonstances exceptionnelles sont prévues à l'article 13 (2) de la loi sur les ELP).

Dans son affidavit du 28 août 2013, John Ross F2, dont l'avis est invoqué par les intimés 21) - 24), indique quant à la personnalité morale d'une "exempted limited partnership", que " *a limited liability partnership remains merely a loose association of individuals carrying on business with a view to profit (...)*" ( voir page 3 de l'affidavit, pièce n° 6 de Maître Schmitt).

*No provision is introduced by the ELP Law which might deem an exempted limited partnership to be a body corporate with a separate existence from its member.*

*However, the ELP Law maintains the distinction between general and limited partners, with the further qualification that the limited*

*partners are prohibited from acting on behalf of the exempted limited partnership”.*

Il s’y ajoute qu’aux termes de l’article 7 de la “*ELP LAW*”, “*(...) all letters, contracts, deeds, instruments or documents whatsoever shall be entered into by or on behalf of the general partner on behalf of the exempted limited partnership*”.

Conformément à l’avis versé par les parties intimées, la Cour retient que l’article 13 (1) de la « *ELP LAW* » est à interpréter en ce sens que les actions à introduire pour ou contre une « *exempted limited partnership* » ne peuvent être introduites qu’au nom, voire contre le « *general partner* », qui a seul la capacité d’ester en justice.

L’argumentation de la société A que l’introduction d’une action en justice au nom du « *general partner* » ne constitue qu’une « *discretionary alternative to proceedings in the firm’s name* » est contredite par le libellé clair de l’article 13 (1) de la *ELP Law*.

Il s’ensuit que l’appel pour autant qu’il a été introduit au nom de la société A est à déclarer irrecevable pour défaut de capacité d’ester en justice dans le chef de cette société.

#### B. La signification de l’acte d’appel à la société de droit espagnol Y (actuellement Y)

La signification d’actes à l’étranger est en l’espèce régie par le règlement CE n° 1393/2007 du 13 novembre 2007 du Parlement et du Conseil, relatif à la signification et à la notification dans les Etats membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale.

Concernant la remise de l’acte au destinataire, le règlement (CE) n° 1393/2007 prévoit en son article 7, alinéa 1 : “*L’entité requise procède ou fait procéder à la signification ou à la notification de l’acte soit conformément à la législation de l’État membre requis, soit selon le mode particulier demandé par l’entité d’origine, sauf si ce mode est incompatible avec la loi de cet État membre*”.

Il en résulte que la signification d’un acte judiciaire ou extrajudiciaire s’effectue conformément au droit national de l’Etat de l’entité requise, suivant les règles en vigueur lors de la signification (J.-Cl. Wiwinius, Le droit international au Grand-Duché de Luxembourg, 3<sup>ème</sup> éd. page 412)

Suivant l'acte d'appel du 18 mai 2012, la société Y serait établie et aurait son siège à « *Espagne, Las Palmas De Gran Canaria, Avda. Alcalde Ramirez Bethencourt* ».

Il résulte des pièces soumises à la Cour et notamment d'un « *Certificacion* » établi le 28 novembre 1997 par le Registrador Mercantil que le siège social de la société Y est établi à « » ( pièce n° 1 de Maître Schmitt).

Les intimés susvisés se bornent à souligner que l'acte d'appel n'a pas été signifié au siège social de la société Y. Or, il ne résulte d'aucun élément du dossier que suivant les règles régissant la signification d'actes judiciaires en droit espagnol, la signification d'un acte doit nécessairement être faite au siège social d'une société à l'exclusion du lieu où l'activité de ladite société est effectivement exercée.

L'objectif de toute signification ne peut être autre que celui de porter un acte à la connaissance du destinataire de l'acte et de garantir son information effective et réelle concernant la procédure engagée à son égard.

L'adresse de la signification à la société de droit espagnol figurant dans l'acte d'appel est identique à celle renseignée dans les qualités du jugement de première instance.

Il ne saurait dans ces conditions être fait grief aux parties appelantes d'avoir signifié l'acte d'appel à l'adresse indiquée dans le jugement de première instance, différente de son siège social statutaire.

S'y ajoute que l'indication inexacte de l'adresse de la partie intimée n'est qu'un vice de forme qui ne peut donner lieu à la nullité de l'acte qu'en cas de preuve d'un grief en application de l'article 264 alinéa 2 du NCPC .

Dès lors que l'adresse de la société Y indiquée dans l'acte d'appel est identique à celle figurant dans le jugement de première instance et qu'un avocat s'est constitué en appel pour cette société, la nullité de l'acte d'appel ne saurait être prononcée en l'absence d'un grief invoqué par la société intimée.

L'acte d'appel du 18 mai 2012 a dès lors été valablement signifié à la société Y.

Suivant acte de reprise d'instance du 18 avril 2013, la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois Y a fait déclarer qu'elle reprend l'instance pendante devant la Cour d'Appel sous le numéro de rôle 38902 pour le compte de la société Y.

Il résulte d'un acte de reprise d'instance qu'aux termes d'un acte notarié du 28 novembre 2012, qui n'est pas versé, le siège social de la société Y a été transféré à ... et que par conséquent cette société a modifié sa nationalité ainsi que sa forme sociale, et a pris la dénomination Y s.à r.l. Cette société, nouvellement constituée a, aux termes d'un acte notarié du 31 décembre 2012, qui n'est pas non plus versé aux débats, été absorbée par son actionnaire unique, la société à responsabilité limitée Y.

## II. Quant au moyen tiré du défaut de qualité pour agir dans le chef des sociétés de droit des îles Caïman B et C

Concernant le moyen tiré du défaut de qualité et d'intérêt pour agir dans le chef des sociétés de droit des îles Caïman B et C, le tribunal a constaté à défaut de pièces que lesdites sociétés n'ont rapporté la preuve de leur qualité d'actionnaires ni au jour de l'assemblée générale extraordinaire de la société D du 5 novembre 2007, ni au jour de l'assignation en justice. Concernant plus particulièrement la société C, il a constaté que cette société avait déjà procédé, le 5 novembre 2007 à la vente de ses titres D. Suivant l'extrait du compte-titre versé, des titres D y figuraient sous la mention « *Equity-short* », signifiant « *vente à découvert* ». A défaut d'avoir rapporté la preuve de leur qualité d'actionnaires de la société D, sinon de la société D, le tribunal a déclaré la demande des sociétés demanderesses irrecevables pour défaut de qualité pour agir dans leur chef.

Les sociétés appelantes se prévalent des dispositions du Code des sociétés belge pour soutenir que l'annulation d'une délibération sociale pourrait être sollicitée « par tout intéressé ». Pour pouvoir agir en nullité d'une délibération sociale, il suffirait de disposer d'un intérêt personnel et légitime au moment où la décision sociale en cause a été prise. Aucune disposition du droit luxembourgeois n'exigerait que le demandeur agissant en nullité d'une décision sociale soit actionnaire au jour où la décision litigieuse a été prise, respectivement au jour où l'action en nullité est introduite devant le tribunal. L'action en nullité d'une délibération sociale « *ne serait pas subordonnée à la démonstration d'une qualité pour agir* ». ( conclusions récapitulatives de Maître Reuter sous A.)

Les sociétés appelantes font grief à la juridiction de première instance d'avoir retenu que le demandeur agissant en nullité d'une décision sociale doit nécessairement avoir la qualité d'actionnaire au moment de la prise de la délibération sociale litigieuse et au moment de l'introduction de l'action en nullité.

Elles se réfèrent aux pièces n° 33 et 34 afin de justifier qu'elles auraient bien été actionnaires d'D lorsque les décisions litigieuses ont été prises par les assemblées générales extraordinaires des sociétés D et D.

Elles concluent en conséquence à voir déclarer recevable leur demande.

Arguant que les parties B et C n'auraient pas été actionnaires des sociétés D, voire D, ni en date du 5 novembre 2007, ni au jour de l'introduction de l'action en justice, les parties intimées reprennent leur moyen tiré du défaut de qualité pour agir dans le chef des deux sociétés.

Elles concluent par conséquent à la confirmation du jugement de première instance en ce que le tribunal a déclaré irrecevable la demande introduite par les sociétés B et C pour défaut de qualité pour agir dans leur chef.

Soutenant que le préjudice qu'elles disent avoir subi est un préjudice d'actionnaire, les parties appelantes reconnaissent qu'il leur incombe de rapporter la preuve de leur qualité d'actionnaire des sociétés D et/ou D.

Il est vrai qu'aux termes de l'article 178 du Code des sociétés belge, l'action en annulation d'une décision irrégulière d'une assemblée générale peut être introduite par tout intéressé. Aussi, les demandes en nullité peuvent être introduites par toute personne qui peut établir un intérêt personnel, légitime et actuel au moment de l'introduction de son action. Aussi, une action en nullité d'une décision sociale peut p.ex. être introduite par un créancier, un travailleur ou un consommateur, justifiant de son intérêt actuel, personnel et légitime à agir (J. Malherbe, Y. De Cordt, Ph.Lambrecht, Ph.Malherbe, Droit des sociétés, Précis, Droit européen, droit belge, 4<sup>ème</sup> édition, éd. Bruylant, 2011 p.784).

L'actionnaire a, en cette seule qualité, un intérêt direct et personnel, né et actuel, à ce que soient respectés les statuts de la société dont il est actionnaire et à contester en justice, par voie de

suspension et d'annulation, les décisions prises par les organes de la société en violation de la loi ou des statuts ( Bruxelles, 9<sup>ème</sup> chambre, 4 mai 2001, Rev. prat.soc. 2001, p.84)

De même, en matière de fusions de sociétés, l'article 64 du Code des sociétés belges indique que l'annulation de toute décision de l'assemblée générale, et par conséquent de la fusion elle-même, peut être intentée par « tout intéressé ». Le demandeur en nullité peut donc être, tant un actionnaire minoritaire qu'un administrateur, un commissaire réviseur, un créancier ou un cocontractant d'une société concernée, une société concurrente. L'intéressé doit cependant pouvoir justifier d'un intérêt personnel et légitime, qui doit être né et actuel. Par intérêt, la loi entend tout avantage, matériel ou moral, effectif, mais non théorique que le demandeur peut retirer de la demande au moment où il la forme ( Y.de Cordt, L'égalité des actionnaires, éd. Bruylant. 2004, p. 807 et suiv.)

En droit français, le droit des sociétés n'échappe pas à la distinction entre la nullité relative et la nullité absolue qui permet de déterminer qui a intérêt à agir. Lorsque la nullité dite relative tend à protéger un intérêt particulier ou des intérêts catégoriels, seule la personne ou le groupe de personnes protégées par la loi dispose d'un intérêt légitime à agir. Il n'en est autrement que si un texte donne qualité pour agir à une personne dépourvue d'intérêt. Inversement, toute personne justifiant d'un intérêt légitime peut agir pour faire prononcer la nullité absolue d'un acte ou d'une délibération affectée d'un vice de portée générale. Ces critères permettent d'identifier les titulaires du droit d'agir en nullité ( Vincent Thomas, Sociétés et Procédure civile, Lexisnexis 2014, p. 264 et suiv.) Si leur qualité d'associé leur permet de bénéficier d'une présomption d'intérêt à agir, le juge conditionne la recevabilité de leur demande à l'existence de cet intérêt.

Lorsque la nullité encourue a un caractère absolu, il n'est guère douteux que le juge déduise l'intérêt de la qualité d'associé. La Cour de Cassation française en déduit que la nullité peut être demandée par tout associé, y compris par l'associé ayant émis un vote favorable à la résolution litigieuse. Celui-ci n'est pas, de ce seul fait, dépourvu d'intérêt à en poursuivre l'annulation ( Cass. com. 13 novembre 2003 n° 00-20.646).

Lorsque la nullité est relative, la qualité d'associé n'est pas suffisante. Le juge doit rechercher si le succès de la prétention peut procurer aux associés des avantages matériels ou moraux ( Rev. Drt des soc. 1992, p.757, Appréciation souveraine des juges du fond sur

l'intérêt des actionnaires à agir en nullité). Le juge conditionne la nullité à la démonstration d'un grief.

En droit luxembourgeois, la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales ( ci-après la LSC) n'a pas prévu de régime particulier pour les nullités des délibérations sociales, à l'exception des nullités des assemblées générales modificatrices des statuts lorsque la nullité est encourue pour vice de forme qui sont dépourvues d'effet rétroactif.

Il y a par conséquent lieu d'appliquer le droit commun aux annulations d'assemblées générales. Conformément au droit commun, il y a lieu de distinguer les nullités relatives et les nullités absolues. Les nullités relatives ont pour objet la protection d'intérêts particuliers ; elles ne peuvent être invoquées que par les personnes que la loi entend protéger et peuvent faire l'objet d'une confirmation éteignant le droit d'action en nullité. L'action en nullité absolue vise à protéger les règles d'ordre public ; elle est donnée à toute personne y trouvant un intérêt et ne peut être couverte par une confirmation. Les actions en nullité ont en commun de sanctionner tout ou partie des délibérations prises en assemblée, qu'il s'agisse de vices de fond ou de forme.

Les règles de forme et de fond étant principalement sinon exclusivement destinées à protéger les intérêts des actionnaires, les nullités en matière d'assemblées d'actionnaires semblent n'être que relatives ( Alain Steichen, Précis de Droit des Sociétés, éd. Saint Paul 2014 , 4<sup>ème</sup> édition,n° 298 et suiv.).

Indépendamment de la question de savoir si l'action en nullité est à qualifier de nullité relative ou de nullité absolue, les débats sont en l'occurrence limités à la question de savoir si les parties appelantes avaient la qualité d'actionnaires de la société D le 5 novembre 2007, date des délibérations litigieuses, voire au moment de l'introduction de l'action en justice le 21 décembre 2007.

En ce qui concerne la qualité pour agir qui est contestée, il y a lieu de rappeler que celle-ci se définit comme étant la faculté légale d'agir en justice, et par suite, le titre auquel on figure dans un acte juridique ou dans un procès (Solus et Perrot, Droit judiciaire privé, tome I, n°262). Ont seuls qualité pour agir, le propriétaire du droit litigieux, son mandataire légal ou conventionnel, ou ses créanciers. Toute personne qui prétend qu'une atteinte a été portée à un droit lui appartenant et qui profitera personnellement de la mesure qu'elle réclame a un intérêt à agir en justice et qualité pour agir.

La qualité n'est donc pas une condition particulière de recevabilité lorsque l'action est exercée par celui-là même qui se prétend titulaire du droit.

Les associés ont qualité pour poursuivre la nullité des délibérations des organes délibérants de la société, des assemblées en premier lieu. La jurisprudence admet également qu'un actionnaire puisse invoquer la nullité d'une délibération du conseil d'administration (Cass.com. 4 juillet 1995, Rev. sociétés 1995, p.504, note P. le Cannu ; RTD com. 1996, p.71 note Y. Reinhard). ( JCL Sociétés Traité : Fasc.32-50 : Nullité des décisions sociales : Action en nullité, éd.numérique 6 juin 2014).

S'agissant de l'action en nullité, celui qui a qualité pour agir est le détenteur du droit de vote lui permettant de participer à la délibération litigieuse.

Le titre d'associé ou d'actionnaire donne qualité pour agir. Le demandeur doit également démontrer qu'il est susceptible de retirer un bénéfice, matériel ou moral du résultat de l'action en justice.

Les appelantes soutiennent qu'elles tirent leur droit d'agir de leur qualité d'actionnaire des sociétés D et D bien avant les délibérations sociales litigieuses du 5 novembre 2007, mais au plus tard le 21 décembre 2007, date de l'introduction de l'action en justice.

Par l'arrêt de principe du 4 juillet 1995 précitée, la Cour de Cassation française a condamné l'analyse selon laquelle le demandeur à la nullité doit être associé à la date de la décision attaquée. En l'absence de dispositions spécifiques, les conditions d'existence de l'action en nullité obéissent au droit commun de la procédure civile. En particulier, la qualité pour agir s'apprécie au moment de la demande en justice. L'acquisition de la qualité d'associé doit précéder l'exercice de l'action, mais elle ne doit pas être antérieure à la décision sociale contestée ( Cass. com, 4 juillet 1995, n° 93-17.969, JurisData 1995-001829).

La jurisprudence refuse de fixer un seuil de participation minimale : l'actionnaire titulaire d'une seule action sur plus de 100.000 a, en cette qualité, un intérêt à demander l'annulation d'assemblées générales ( CA Versailles, 9 octobre 2003 : JurisData n°2003-234341).

Pour établir la qualité d'actionnaire de la société D pré-restructuration, voire post-restructuration, la société B se réfère à un relevé d'un compte-titre dont elle dit avoir été titulaire auprès de la banque G2 (pièce n° 33 de Maître Reuter).

Les intimés argumentent que ce document fait certes référence à une opération relative à des titres D effectuée le 9 novembre 2007, mais serait étrangère à la fusion entre les sociétés D et D dans la mesure où cette fusion n'a pris effet que le 13 novembre 2007 et non pas le 5 ou le 9 novembre 2007.

La Cour note que la pièce n° 33 invoquée par la société appelante est la 127<sup>ème</sup> page d'un document intitulé « *Statement of Account with G2 International* » comportant 160 pages. Il est vrai que la page n° 127 ne mentionne pas le titulaire du compte-titre. Y sont indiqués un numéro de compte « 033-87689-7-0247 » détenu par une entité domiciliée dans les îles Caïman et un « *statement period* » se rapportant à la période entre le 1<sup>er</sup> novembre et le 30 novembre 2007. Ce même numéro de compte figure également sur la page 1 du document « *Statement of Account with G2 International* ». Cette page mentionne en outre la société B de sorte que la Cour admet que cette société était bien titulaire du compte-titres n° 033-87689-7-0247 détenu auprès de la banque G2.

La page 127 renseigne sous une rubrique « *account activity* » pour la date du 9 novembre 2007 un « *removal of securities resulting from merger* » de 1.057.549 titres D de même que pour la même date du 9 novembre 2007, la réception d'un nombre de 1.208.627 titres D avec la mention « *received from merger with D* ». La Cour retient en conséquence que du fait de la fusion, les actionnaires de la société D ont reçu, en application du rapport d'échange de 7 actions D pré-restructuration pour 8 actions post-restructuration, des actions de la société absorbante D et sont devenus actionnaires de cette société.

L'argumentation des sociétés intimées que cette opération sur les titres D serait étrangère à la fusion entre les sociétés D et D se trouve dès lors contredite par ce document.

Le droit d'agir perdure jusqu'à ce que l'associé cède ses titres sociaux. Toute action entamée pourra être poursuivie après la perte de la qualité d'associé (Cass. com. 6 décembre 2005, n° 04-10.287).

Les parties intimées n'ont pas soutenu que la société B aurait cédé les titres D avant le 21 décembre 2007.

La Cour retient en conséquence que cette société avait bien du fait de la fusion entre les sociétés D et D, la qualité d'actionnaire de la société D en date du 21 décembre 2007, date de l'introduction de la demande en annulation des délibérations des conseils d'administration des sociétés D et D ainsi que de toutes les décisions ou résolutions de l'assemblée générale extraordinaire du 5 novembre 2007 de la société D.

Arguant que le rapport d'échange fixé dans le Memorandum of Understanding (M.O.U.) n'aurait pas été respecté, la société B fait valoir que l'objet de sa demande est d'obtenir un nombre d'actions D supplémentaires, en application du rapport d'échange initial. Le préjudice allégué de l'appelante consiste donc dans la différence entre le rapport d'échange et celui effectivement appliqué. L'appelante justifie par conséquent d'un intérêt personnel, né et actuel de sorte que sa demande est, par réformation, à déclarer recevable.

L'appel de la société B est dès lors fondé. L'affaire n'étant pas instruite au fond, il y a lieu de la renvoyer devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg.

Quant à la qualité d'actionnaire de la société D et/ou D dans le chef de la société C au moment de l'introduction de la demande en justice le 21 décembre 2007, la société appelante fait grief à la juridiction de première instance d'avoir retenu qu'elle aurait procédé en novembre 2007 à une « vente à découvert » des titres D qu'elle ne possédait pas encore.

L'appelante se borne à indiquer qu'une telle vente à découvert n'aurait pas eu lieu. Elle se réfère à la pièce n° 34 pour soutenir qu'en date du 5 novembre 2007, le portefeuille-titres de la société C aurait comporté 227,686 actions de la société D.

Le document intitulé « *IPB GLOBAL SECURITIES VALUATION* » a été établi le 5 novembre 2007 par la banque Morgan Stanley. Il retrace le contenu du portefeuille-titre de la société H2 auprès de cette banque. La Cour note que sous un intitulé « *Equities-short* » sont mentionnés « (227.686) titres D ( FRA LISTING » ) de même que « (81.808) titres D ( NET LISTING) ».

La Cour se rallie à l'argumentation des sociétés intimées et retient avec la juridiction de première instance que les termes de « *equities-short* » sont synonymes de « *short-selling* », soit, une « *vente à*

*découvert* », qui est une stratégie d'investissement, consistant à vendre des titres qu'on ne détient pas dans l'espoir de les acheter à un cours inférieur au moment de la vente et ainsi dégager une plus-value sur la différence.

Contrairement à l'argumentation de la société C, la pièce n° 34 n'est pas de nature à établir que cette société était actionnaire de la société D en date du 21 décembre 2007. A défaut d'autres éléments probants, c'est à bon droit que la juridiction de première instance a retenu que la société C n'avait pas la qualité d'actionnaire de la société D en date du 21 décembre 2007.

Le jugement entrepris est dès lors à confirmer de ce chef.

L'appel de la société C n'est dès lors pas fondé.

### III) Les indemnités de procédure

Eu égard à l'issue du litige, c'est à bon droit que le tribunal de première instance a dit non fondée la demande en allocation d'une indemnité de procédure des sociétés A et C.

L'affaire étant à renvoyer pour continuation devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, la demande de la société B en allocation d'une indemnité de procédure pour la première instance est à réserver.

Les parties intimées ont interjeté appel incident contre le jugement de première instance en ce que le tribunal n'a pas fait droit à leur demande en allocation d'une indemnité de procédure.

A défaut pour les intimés d'avoir établi l'iniquité requise par l'article 240 du NCPC, c'est à juste titre que la juridiction de première instance a rejeté leurs demandes.

Les appels incidents ne sont dès lors pas fondés.

Au vu du sort réservé à leur appel et aux dépens, les sociétés A et C n'ont pas droit à une indemnité de procédure.

Il en est de même des parties intimées qui ont formulé la même demande, étant donné qu'elles restent en défaut de justifier en quoi il serait inéquitable pour elles de devoir supporter une partie des frais, non compris dans les dépens, qu'elles ont dû exposer pour défendre leurs droits en instance d'appel.

La demande de la société B en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel est à déclarer fondée, étant donné qu'il serait inéquitable de laisser à sa charge les frais non compris dans les dépens.

La Cour lui alloue une indemnité de procédure de 1.500 €.

### **PAR CES MOTIFS**

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale statuant contradictoirement et sur le rapport du magistrat de la mise en état,

dit irrecevable l'appel de la société de droit des îles Caïman A,

reçoit les appels des sociétés de droit des îles Caïman B et C et les appels incidents,

dit les appels incidents non fondés,

dit l'appel de la société de droit des îles Caïman C non fondé,

dit l'appel de la société de droit des îles Caïman B fondé,

#### **réformant,**

dit que la société de droit des îles Caïman B a qualité pour agir,

renvoie l'affaire devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, autrement composé, pour être statué sur le fond et les demandes accessoires,

alloue à la société de droit des îles Caïman B une indemnité de procédure de 1.500 €,

condamne la société anonyme D-Z et à la société à responsabilité limitée A2 à payer à la société de droit des îles Caïman B une indemnité de procédure de 1.500 €,

dit non fondées les demandes des autres parties en allocation d'une indemnité de procédure,

condamne les sociétés de droit des îles Caïman A et C aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maîtres Philippe Hoss et Alex Schmitt, avocats concluants, sur leurs affirmations de droit.