

Arrêt référé

Audience publique du 17 mars deux mille dix

Numéro 35721 du rôle.

Composition:

Julien LUCAS, président de chambre;
Marie-Anne STEFFEN, premier conseiller;
Jean-Paul HOFFMANN, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

la société anonyme F),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Martine LISE d'Esch/Alzette en date du 5 février 2010,

comparant par Maître Pit RECKINGER, assisté de Maître Myriam PIERRAT, avocats à la Cour, demeurant à Luxembourg, ainsi que de Maître Pierre LEVEQUE, avocat au barreau de Paris,

e t :

la société en commandite par actions de droit français T) & Cie S.C.A., établie et ayant son siège social en France, représentée par son gérant commandité actuellement en fonctions, la société à responsabilité limitée A) établie et ayant son siège social en France, représentée par son cogérant M. Jean-Eudes T),

intimée aux fins du susdit exploit LISE du 5 février 2009,

comparant par Maître Nikolaus BANNASCH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, assisté de Maître Arnaud INGEN-HOUSZ, avocat au barreau du département des Hauts-de-Seine (Paris-La Défense).

LA COUR D'APPEL :

Statuant sur une demande formée par la société en commandite par actions de droit français T) ET COMPAGNIE S.C.A. (ci-après « T) ») contre la société de droit luxembourgeois F) S.A. (ci-après « F) »), le juge des référés de Luxembourg, par une ordonnance du 21 janvier 2010, a suspendu de tout effet la résolution prise par le conseil d'administration de F) en date du 23 décembre 2009 tendant à l'émission privée de l'emprunt obligataire convertible 2010-2011 d'un montant principal de 5.100.000.- euros, et a suspendu par ailleurs de tout effet l'émission privée de l'emprunt obligataire convertible 2010-2011 d'un montant principal de 5.100.000.- euros, lancée par F) le 23 décembre 2009, le tout en attendant de voir la justice luxembourgeoise et/ou française se prononcer définitivement, d'une part, sur la valeur effective des biens composant son actif C) S.A. et, d'autre part, sur la légitimité de l'augmentation de capital dans C) S.A., sinon pour le moins, jusqu'à la signature en bonne et due forme d'une convention telle que prévue à l'article 5.2 du protocole d'accord du 31 juillet 2000 ou de tout autre accord substitutif. Il a finalement condamné F) à payer à T) une indemnité de procédure de 1.500.- euros, en rejetant la demande de F) en paiement d'une telle indemnité.

Pour statuer ainsi, le juge de première instance a d'abord déclaré irrecevable la demande sur base de l'article 933 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure civile, estimant que la contestation touchait au principal, et qu'il n'était pas établi, à ce stade, qu'il y avait violation évidente, illégale et intolérable d'un droit certain et évident du chef de l'émission de l'emprunt obligataire convertible. Il a toutefois considéré que les mesures de suspension provisoires demandées par la requérante rentraient dans le cadre des mesures conservatoires que le juge des référés pouvait ordonner en présence de l'existence d'un différend, et qu'il y avait urgence, de sorte qu'il a reçu la demande sur base de l'article 932 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure civile.

Par exploit d'huissier du 5 février 2010, F) a régulièrement relevé appel de cette ordonnance. Elle en requiert la réformation et sollicite une décision jugeant que la juridiction de référé est incompétente pour connaître de la demande, sinon que cette demande est irrecevable ou non fondée. Elle demande par ailleurs une indemnité de procédure de 5.000.- EUR.

A l'appui de son appel, elle fait d'abord valoir que les droits invoqués par la requérante pour obtenir la suspension de l'émission obligataire décidée le 23 décembre 2009 sur base de l'article 933 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure civile (à savoir les résolutions de l'assemblée générale ordinaire du 10 juillet 2009, la décision du Tribunal de Commerce de Paris du 21 juillet 2009 et la clause 5.2. du Protocole d'accord), seraient incertains, voire inexistantes.

En ce qui concerne les mesures à prendre sur base de l'article 932 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure civile, d'après l'appelante, le différend invoqué par T) sur la violation de la résolution prise lors de son AG du 10 juillet 2009 serait artificiel et factice. Cette résolution qui décidait de libérer à hauteur de 6.524.250.- EUR le capital de la société C) (détenue à 88,06% par F)) était conditionnée au financement par les actionnaires de F) de 100% du montant à libérer avant le 17 juillet 2009. Elle était destinée à éviter la vente aux enchères de ses actions dans C).

En effet, en raison du non paiement par F) du solde à libérer sur les actions nouvelles souscrites par elle dans le cadre de l'augmentation de capital décidée le 29 juin 2004 par l'AG extraordinaire de C), cette dernière avait décidé de procéder à une vente aux enchères, devant avoir lieu le 22 juillet 2009, des actions détenues par F). Or, puisque le 17 juillet 2009, C) aurait été assigné en référé devant le Président du Tribunal de Commerce de Paris par son actionnaire minoritaire MAALDRIFT (détenteur de 11,94% des parts), aux fins de suspendre cette vente aux enchères, procédure dans laquelle T) est intervenue volontairement, et que cette vente aux enchères a été suspendue par ordonnance du Président de la juridiction saisie du 21 juillet 2009, la résolution du 10 juillet 2009, et sa condition, n'auraient plus d'effet.

Par ailleurs, la résolution de souscrire à l'augmentation de capital de C) prise lors de l'AG de F) du 13 décembre 2004 n'aurait à aucun moment été contestée par T) de sorte que l'interprétation faite par l'ordonnance de première instance, d'après laquelle la résolution de juillet 2009 aurait eu pour effet de révoquer la matérialité de la décision de décembre 2004, serait complètement extravagante.

L'appelante critique encore la décision de première instance pour avoir admis, sans l'identifier, l'éventuelle violation des droits et intérêts de la requérante en sa qualité d'actionnaire de F). Elle conteste pareillement la violation du principe de loyauté en matière contractuelle en ce que le juge de première instance n'aurait pas précisé en quoi l'objet du différend invoqué par T) était en lien avec celui que la mesure conservatoire avait pour but d'empêcher.

Elle s'insurge contre la mesure, dite conservatoire, prise en première instance puisque le premier juge aurait tout simplement forcé F) à adopter une attitude que le protocole d'accord de 2000 non seulement ne lui aurait pas imposé mais ne lui aurait même pas permis et l'aurait ainsi condamné, en dépassant sa compétence, à exécuter en nature une obligation de faire qu'elle n'aurait pas.

F) dénie par ailleurs, à titre subsidiaire, tout caractère d'urgence dans le chef de T). La seule urgence qui existerait, résiderait dans la nécessité impérative pour F) de respecter ses obligations vis-à-vis de C) en se donnant les moyens de le faire. Pour T) par contre, il n'y aurait pas d'urgence puisque rien ne l'empêcherait de souscrire à l'émission d'obligations convertibles et de négocier, comme elle dirait le souhaiter, sa sortie du capital de F).

L'intimée soulève la nullité, sinon l'irrecevabilité de l'appel au motif que l'arrêté ministériel du 14 juillet 2009 portant fixation des audiences des juridictions judiciaires pendant l'année judiciaire 2009/2010 prévoit que les affaires de référé-ordinaires doivent être enrôlées pour l'audience du mardi à 15h00 heures. D'après T), par analogie à la procédure de première instance, l'ordonnance du 2 février 2010, fixant une audience extraordinaire, aurait dû être prise par la Présidente de la Cour supérieure de justice ou par le magistrat siégeant en son remplacement de sorte que l'ordonnance prise par le Président de la 7^e chambre, ne précisant pas qu'il siégerait en remplacement de la Présidente de la Cour, serait nulle ce qui rendrait nulle, sinon irrecevable l'assignation lancée à la suite de cette ordonnance.

T), après avoir rappelé l'historique des litiges entre parties, estime que ses intérêts vitaux seraient en jeu dans le présent litige.

Elle admet n'avoir jamais mis directement en cause la deuxième résolution de l'AGE de F) du 13 décembre 2004 puisque cette résolution n'appelait qu'un vote à majorité simple. Elle fait toutefois valoir que si elle devait participer au refinancement de F) par l'émission obligataire convertible votée contre sa volonté dans la troisième résolution, elle se verrait placée devant l'impasse suivante : En souscrivant à concurrence de 49% à l'émission, elle conserverait certes ses droits dans F) mais elle resterait plus qu'incertaine quant à l'aboutissement d'une convention de sortie convenable puisque l'émission fixerait la valeur de F) faussement à 5.- EUR. En ne souscrivant pas à concurrence de la totalité de 49% du montant de l'émission, T) perdrait ipso facto son droit de sortie puisque sa participation tomberait en dessous de 49% par le jeu de la conversion.

Elle estime donc qu'il faudrait prendre en compte la valeur réelle de C) pour ne pas mettre en péril sa possibilité de sortie et elle considère que l'émission de l'emprunt obligataire ne serait pas nécessaire et préjudicierait donc ses intérêts.

T) souligne que les conditions d'application de l'article 932, alinéa 1^{er} sont réunies et demande en conséquence la confirmation. Elle demande par ailleurs une indemnité de procédure de 5.000.- EUR.

Quant à la recevabilité de l'appel

Aux termes de l'article 150 de la loi sur l'organisation judiciaire, l'année judiciaire commence le 16 septembre et se termine le 15 juillet.

Indépendamment des audiences ordinaires de la Cour, à fixer par le Ministre de la Justice sur l'avis de la Cour, chaque Chambre de la Cour peut fixer les audiences extraordinaires exigées par les besoins du service (Cour 28 octobre 1961 et Cass. 20 décembre 1962, P. 19, 23).

Le fait pour le Président de la 7^e Chambre de la Cour, siégeant en matière d'appel de référé ordinaire, d'autoriser l'appelante à assigner pour une audience publique du mercredi après-midi, réservée principalement aux affaires civiles, et pour l'appelante de donner assignation à la date désignée, n'ont créé aucun préjudice dans le chef de l'intimée et n'ont entraîné aucune nullité ou irrecevabilité de sorte que l'appel est recevable en la forme.

Quant au bien-fondé de l'appel.

L'ordonnance de première instance fournit une relation complète des faits à laquelle il convient de se référer. Il y a juste lieu de rappeler que T) et F) sont en litige depuis des années et que leurs différends ont fait l'objet de sentences arbitrales françaises, d'ordonnances de référé françaises et luxembourgeoises de même que d'une affaire au fond au Luxembourg dont T) s'est toutefois désistée dans le cadre d'un accord résultant d'un arbitrage.

L'émission obligataire, procédant d'une résolution du conseil d'administration de F) du 23 décembre 2009, qui fait l'objet du présent litige, se fonde sur des décisions prises lors de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires de F) le 13 décembre 2004 de souscrire à l'augmentation de capital de C) et de financer cette augmentation de capital par l'émission d'obligations à hauteur de 15 millions d'EUR.

Etant donné que la Cour n'est pas saisie d'un appel quant à l'application de l'article 933 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure civile, il ne convient plus de réexaminer les motifs qui ont amené le juge des référés à déclarer la demande de T) irrecevable sur cette base.

En ce qui concerne l'article 932 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure civile, le juge de première instance a énoncé correctement les principes, à savoir l'existence d'un différend et l'urgence. Il convient toutefois d'insister sur le fait que la décision de la juridiction de référé doit avoir un caractère conservatoire. L'existence d'un différend sérieux et le caractère urgent peuvent ne pas justifier l'intervention du juge des référés dans la mesure où la décision qu'il est amenée à prendre crée une situation irrémédiable qui dépasse sa mission de préserver une situation compromise ou d'éviter qu'une partie n'obtienne un avantage indu sur l'autre.

Aux fins d'apprécier les conditions de son intervention, la Cour doit se placer au moment où elle rend son arrêt.

La décision qui fait l'objet du présent litige est celle du conseil d'administration de F) du 23 décembre 2009 de lancer un emprunt obligataire convertible 2010-2011 de 5.100.000.- EUR représenté par 1.020.000 obligations d'une valeur nominale de 5.- EUR chacune, étant précisé qu'en cas de souscription les obligations convertibles devront être libérées avant le 24 janvier 2010. La période de souscription d'un mois se terminait par conséquent le 23 janvier 2010. Au moment où la Cour se prononce, ce délai est expiré. Toutefois, la délégation de pouvoir du Conseil d'administration votée lors de l'AGE du 13 décembre 2004 pour lancer l'emprunt litigieux expire cinq ans à compter de la publication des résolutions dans le Mémorial intervenue le 31 mars 2005, c'est-à-dire le 31 mars 2010. La question de savoir si la résolution du 23 décembre 2009 est à suspendre ou non conserve donc une urgence et un intérêt suffisants dans le cadre du référé-sauvegarde, l'intimée n'ayant d'ailleurs pas contesté la régularité de l'appel sous cet aspect.

Il est indéniable qu'il existe un différend entre parties. En effet, T) estime être lésée par la mesure de mise en œuvre prise en 2009 d'une résolution de l'AGE de 2004 qu'elle ne peut plus contester en tant que telle. Son argumentaire repose toutefois davantage sur des considérations économiques que juridiques. La juridiction de référé est par ailleurs sans compétence pour fournir une appréciation détaillée des moyens juridiques avancés de part et d'autre, ces contestations touchant manifestement au principal.

Dans le cadre du référé-sauvegarde, la juridiction de référé doit apprécier si ce différend justifie les mesures de suspension demandées. A ce

propos, il convient de constater que, s'il est vrai que la mise en œuvre de la résolution risque de mettre en péril les intérêts économiques de l'intimée, la mesure de suspension risque, pour sa part, de mettre en péril les intérêts, qui ont une apparence de légitimité, de l'appelante. En effet, l'examen des éléments avancés par T) pour réclamer la suspension de la décision du Conseil d'administration, notamment la violation de la résolution prise lors de l'AG du 10 juillet 2009, ne révèle pas de motifs suffisants pour justifier la mesure sollicitée.

Il s'avère par ailleurs que le refus de la suspension de la résolution du Conseil d'administration revête davantage un caractère conservatoire que la mesure sollicitée, étant donné que s'il était jugé, au fond, que cette résolution était prise en violation des droits de l'intimée, celle-ci pourrait, le cas échéant, obtenir réparation, tandis que la suspension compromet définitivement l'emprunt tel qu'il a été voté en 2004.

Il convient par conséquent de réformer l'ordonnance dont appel.

Au vu des éléments de la cause, il ne paraît pas inéquitable de laisser les frais qui ne peuvent être répétés à charge des parties litigantes, de sorte que les demandes afférentes tant de F) que de T) sont à rejeter.

PAR CES MOTIFS :

La Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé, statuant contradictoirement,

dit recevable l'appel de la société de droit luxembourgeois F) S.A. du 5 février 2010;

réformant :

déclare irrecevable les demandes de la société en commandite par actions de droit français T) ET COMPAGNIE S.C.A.;

déboute les parties de leurs demandes sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure civile ;

condamne la société en commandite par actions de droit français T) ET COMPAGNIE S.C.A. aux frais et dépens des deux instances.