

Arrêt référé

Audience publique du 21 avril deux mille dix

Numéro 35723 du rôle.

Composition:

Julien LUCAS, président de chambre;
Marie-Anne STEFFEN, premier conseiller;
Théa HARLES-WALCH, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

la société anonyme S) INTERNATIONAL,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg en date du 12 février 2010,

comparant par Maître Stéphane LE GOUEFF, assisté de Maître Murielle OMPRARET, avocats à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1. la société anonyme A), représentée par son administrateur provisoire Maître Yann BADEN,

intimée aux fins du susdit exploit KURDYBAN du 12 février 2010,

comparant par Maître Yann BADEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2. la société de droit américain J), établie aux Etats-Unis,

intimée aux fins du susdit exploit KURDYBAN du 12 février 2010,

comparant par Maître Patrick GEORTAY, assisté de Maître Guy LOESCH, avocats à la Cour, demeurant à Luxembourg,

3. la société anonyme M),

intimée aux fins du susdit exploit KURDYBAN du 12 février 2010,

comparant par Maître Jérôme BACH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Se basant sur la cession par J) de 420 actions de A) et des dispositions contenues aux articles 40 et 51 de la loi du 10 août 1915, la société S) International a assigné les 11 et 18 décembre 2009 les sociétés A), M) et J) devant le juge des référés pour voir enjoindre à A), sous peine d'astreinte, de procéder à la transcription sur le registre des actionnaires de sa qualité d'actionnaire et voir suspendre la nomination par cooptation de deux nouveaux administrateurs .

A) et M) se sont opposées à la demande en exposant que le créancier gagiste J) avait cédé les actions en question à un vil prix, en violation des stipulations du contrat de gage. Qualifiant cette contestation de sérieuse, le juge des référés a dit la demande irrecevable sur base des articles 932 et 933 du NCPC.

Par exploit d'huissier du 12 février 2010, S) International a régulièrement relevé appel de l'ordonnance du 18 janvier 2010. Comme en première instance, son recours a un double objet, à savoir la transcription sur le registre des actionnaires et la suspension de la nomination de deux administrateurs d'A). Il échet d'examiner les deux demandes séparément.

Concernant la première demande, l'appelante expose qu'avant la vente de gré à gré des actions de A), le créancier gagiste J) a procédé à une évaluation des actions par un expert indépendant, à savoir la société KPMG, laquelle a conclu à une valeur de 100% des actions entre 0 et 1,7 millions d'euros. Comme elle n'a acquis que 32 % d'actions d'A), le prix payé, à

savoir 1 million d'euros, équivaut au double de la valeur maximale fixée par l'expert. On ne saurait donc parler d'un prix vil. Elle ajoute que son droit de propriété sur les actions cédées existe du seul fait de la convention conclue entre le cédant et le cessionnaire, cession qui fut en outre notifiée à la société conformément à l'article 1690 du code civil. Comme elle est tiers au contrat de gage, la sanction du non respect des dispositions en matière de gage serait non la nullité de l'acte de vente, mais la responsabilité du créancier gagiste. Elle conclut sur ce volet de sa demande à la réformation de l'ordonnance attaquée.

Tout en se rapportant à prudence de justice quant au bien-fondé de l'appel, l'administrateur provisoire de la société A) fait valoir que les actions litigieuses semblent appartenir à l'appelante.

L'intimée J) déclare soutenir la position développée par l'appelante. Elle rappelle que la vente des 420 actions A) s'est faite dans des conditions commerciales normales, en parfait accord avec le contrat et la loi du 5 août 2005. Seul le cocontractant lésé pourrait contester la régularité de la vente pour vil prix. Elle conclut également à la réformation de la première ordonnance.

Munus State confirme que la banque américaine J) a accordé le 24 avril 2008 deux prêts à la société A) de respectivement 10 et 15 millions d'euros. Pour garantir le remboursement de ces prêts, un contrat de nantissement fut signé le 30 avril 2008 en faveur de la banque, qui portait sur les 420 actions détenues par Munus dans la société A). Elle admet que A) connaît des difficultés de trésorerie et n'est pas en mesure de rembourser les prêts. Elle déclare que la vente par J) des actions de gré à gré au prix de 1 million d'euros ne correspond pas aux évaluations effectuées un an plus tôt. Elle qualifie le rapport d'évaluation de la société KPMG de hâtif, d'incomplet et de peu fiable. Elle ajoute dans ce contexte que le prix en question serait contraire aux dispositions du contrat de nantissement.

Quant au fond, elle fait valoir que le juge des référés n'aurait pas pouvoir pour ordonner une inscription au registre des actionnaires. Seul le juge du fond pourrait prendre une mesure qui aurait un effet déclaratif ou constitutif de droit. La propriété des 420 actions étant litigieuse, le juge des référés ne saurait statuer sur cette question. Elle conclut au rejet de l'appel.

La Cour rappelle que la demande de S) est basée principalement sur l'article 932 alinéa 1^{er} du NCPC, qui autorise le juge des référés, dans les cas d'urgence, à prendre toutes sortes de mesures qui ne se heurtent pas à une contestation sérieuse. Les mesures en question sont très variées dans leur nature et leur portée. Elles sont à moduler par le juge en fonction de la situation conflictuelle opposant les parties. Il s'agit de mesures provisoires

de nature à remédier à une situation conflictuelle, sans pour autant trancher le fond du litige ni fixer le droit des parties.

Dans le cadre de pareils litiges, le juge des référés se base sur une apparence de régularité et de droit avant de statuer. Il est acquis en cause que la débitrice A) n'a pas honoré ses engagements à l'égard de la banque J) de sorte que celle-ci était en droit de réaliser le gage donné en garantie de sa créance. L'article 11 de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière dispose en effet qu'en cas de survenance d'un fait entraînant l'exécution de la garantie, le créancier gagiste peut, sauf convention contraire, céder ou faire céder les avoirs nantis de gré à gré à des conditions commerciales normales. Le contrat de gage du 30 avril 2008 conclu entre M) et J) est libellé de façon conforme à cette disposition légale. Il s'agit là d'une dérogation aux règles établies par le code civil (art. 2078).

L'obligation d'une vente à des conditions normales a pour objet de protéger les intérêts du constituant du gage et d'éviter des collusions frauduleuses entre le créancier et l'acquéreur. Il existe en l'espèce un ensemble d'éléments qui font apparaître que cette règle de conduite fut respectée. Avant la réalisation du gage, le créancier a chargé un réviseur d'entreprise de la mission d'évaluer la valeur des actions données en gage. L'estimation établie fin novembre 2009 se situe entre 0 et 1,7 millions d'euros. A cela s'ajoute que la société A) a connu à cette époque de sérieux problèmes financiers non pris en considération par le consultant KPMG. Il est ainsi acquis en cause que A) a une dette de 25 millions d'euros envers la société de droit italien Credito Industriale Sammarinese. Il est encore vrai que la société Erlandson Investments lui réclame paiement de la somme de 1.011.565.- euros.

La vente de 420 actions A) s'est faite au prix de 1 million d'euros. Compte tenu des éléments susindiqués, il existe une apparence de droit suffisante permettant de dire que la réalisation du gage s'est faite dans des conditions commerciales normales et que le prix convenu reflète objectivement la valeur réelle au jour de la vente des actions en question. Le constituant du gage, qui se borne à affirmer de façon théorique que le prix de vente serait vil, ne produit aucun élément concret à l'appui de ses contestations. L'affaire intentée au fond par le constituant du gage pour voir prononcer la nullité de la vente est à cet égard sans influence sur les pouvoirs du juge des référés qui peut se prononcer sur base des éléments d'ores et déjà acquis en cause, sans devoir se laisser influencer par le résultat hypothétique de l'action intentée au fond. Dans les conditions données, les contestations produites par M) quant à une prétendue violation de la loi précitée de 2005 et du contrat de nantissement sont à écarter pour ne pas être sérieuses.

Aucune des intimées ne conteste le droit de J) de réaliser le gage. Le constituant du gage s'est formellement engagé (article 7.3 du contrat) à renoncer à tout droit ou objection s'opposant au transfert des actions nominatives gagées. Or une réalisation complète d'un transfert d'actions comporte entre autres l'octroi du droit de vote au nouveau propriétaire, donc l'inscription de ce dernier au registre dont question à l'article 39 de la loi sur les sociétés.

La condition de l'urgence requise par la loi est donnée en l'espèce, l'acquéreur des actions en question ayant le droit d'exercer dans les plus brefs délais tous les droits inhérents aux actions transférées.

Comme le transfert des actions litigieuses s'est opéré dans des conditions de régularité apparentes et comme M) s'est engagée à ne pas s'opposer à un transfert des actions gagées, il y a lieu de faire droit à la demande sur sa base principale et d'ordonner la transcription des actions en question. Le juge des référés a pouvoir pour ordonner pareille mesure, qui ne fait pas préjudice au fond dans la mesure où il peut parfaitement être décidé par le juge du fond que la réalisation du gage s'est faite à un prix non correct tout comme la cession du 30 novembre 2009 peut être annulée.

Pour ce qui est de la seconde demande, l'appelante expose que le conseil d'administration de A) est composé de deux classes d'administrateurs, A et B. Fin novembre 2009, deux administrateurs de classe A ont démissionné; le seul administrateur restant, de classe B, aurait procédé à la nomination de nouveaux administrateurs, sans passer par une assemblée générale des actionnaires, ainsi que cela serait prévu à l'article 51 de la loi sur les sociétés et aux statuts de la société concernée. Elle sollicite la suspension de cette nomination sinon celle de toute décision prise par le conseil d'administration qualifié d'irrégulier.

J) se rallie aux développements faits par l'appelante.

Le premier juge a contesté la qualité de S) pour solliciter la suspension de la nomination des administrateurs. Ce moyen n'est pas maintenu en instance d'appel de sorte qu'il n'y a pas lieu de statuer à cet égard.

L'article 51 alinéa 3 de la loi sur les sociétés dispose qu'en cas de vacance d'une place d'administrateur, les administrateurs restants ont, sauf disposition contraire dans les statuts, le droit d'y pourvoir provisoirement. Les statuts d'A) ne s'opposent pas à la nomination provisoire d'administrateurs en remplacement d'administrateurs démissionnaires. Les statuts, libellés de façon sommaire, sont muets à ce sujet. Pour exclure formellement pareil remplacement, les statuts devraient le dire clairement,

ce qui n'est pas le cas. Bien au contraire, l'article 17 prévoit que pour tous les points non spécifiés aux statuts, les parties se réfèrent aux dispositions de la loi sur les sociétés, donc également à celle contenue à l'article 51 alinéa 3 de la loi du 10 août 1915.

Il est acquis en cause que les administrateurs Pignon et PAL Management Services ont démissionné de leur fonction d'administrateur de la société d'A). Ils ont été remplacés par Del M. et Dal L. jusqu'à la prochaine assemblée annuelle qui se tiendra en l'an 2010. Ces nominations ne sont pas contraires à la disposition légale précitée qui permet une nomination provisoire jusqu'à la prochaine assemblée générale. Il ressort des pièces versées qu'une assemblée fut convoquée pour le 6 janvier 2010 avec à l'ordre du jour entre autres la nomination d'administrateurs. Aucune décision n'a été prise le jour en question et l'assemblée fut reportée au 3 février 2010, ensuite au 6 avril 2010. Actuellement, aucune décision quant à la nomination définitive de deux nouveaux administrateurs ne fut prise.

Comme la nomination provisoire des administrateurs Del M. et Dal L. eut lieu dans des conditions apparentes de légalité, la demande de l'appelante est à déclarer irrecevable sur les deux bases.

L'appelante et M) sollicitent une indemnité de procédure. Ces demandes sont à rejeter, la condition d'iniquité posée par la loi n'étant pas remplie.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel en la forme,

le dit fondé quant au premier volet du recours,

réformant,

dit que la société A) devra transcrire dans un délai de quinze jours à partir du prononcé du présent arrêt dans son registre des actions nominatives la qualité d'actionnaire de la société S) International pour les 420 actions cédées le 10 novembre 2009, sous peine d'une astreinte de 500.- euros par jour de retard courant à partir de l'expiration du prédit délai,

confirme l'ordonnance attaquée pour le surplus,

rejette les deux demandes basées sur l'article 240 du NCPC,

fait masse des frais et dépens des deux instances et les impose pour moitié à A) et pour moitié à l'appelante.