

Arrêt référé

Audience publique du 1^{er} février deux mille douze

Numéro 37724 du rôle.

Composition:

Marie-Anne STEFFEN, président de chambre;
Odette PAULY, conseiller;
Pierre CALMES, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

1. la société anonyme O),

2. la société anonyme I),

appelantes aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Gilles HOFFMANN, en remplacement de l'huissier de justice Martine LISE d'Esch/Alzette en date du 18 août 2011,

comparant par Maître Albert MORO, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

e t :

L), représentant la masse des obligataires des émissions obligataires enregistrées sous le code ISIN FR0010249599 (les Obligations 2010), sous le code ISIN FR0010333302 (les Obligations 2013) et sous le code ISIN XS0291838992 et XS0291840626 (les Obligations 2014),

intimé aux fins du susdit exploit HOFFMANN du 18 août 2011,

comparant par Maître Romain ADAM, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR DAPPEL :

De 2005 à 2007, la société anonyme de droit luxembourgeois O) S.A. a émis trois émissions d'obligations venant à échéance en 2010, 2013 et 2014. Suivant jugement du Tribunal de commerce de Paris du 25 mars 2009, la société anonyme O) S.A. a obtenu le bénéfice de la procédure de sauvegarde, le 19 mai 2010 le plan de sauvegarde a été approuvé par le tribunal, le 28 mai 2010 le représentant des masses des obligataires, L), a fait opposition à la décision d'homologation du tribunal, recours qui n'est pas encore vidé. Selon la société, les obligataires y demandent une augmentation de 145 millions d'euros de leur créance. Le représentant des trois masses d'obligataires a convoqué pour le 13 avril 2011, respectivement pour le 26 avril 2011, des assemblées en vue de la constitution d'un fonds pour financer les procédures judiciaires et les émoluments du représentant.

Suite à une requête déposée le 19 avril 2011, le président du tribunal d'arrondissement, a ordonné, suivant ordonnance du 20 avril 2011, à L), en sa qualité de représentant de la masse des obligataires des Obligations 2010, des Obligations 2013 et des Obligations 2014, de ne pas tenir les assemblées générales des obligataires et d'annuler les convocations à ces assemblées, sous peine d'une astreinte de 350.000.- euros par infraction constatée, soit par assemblée générale des obligataires tenue en contravention avec l'ordonnance en question.

Par exploit d'huissier de justice du 22 avril 2011, la société anonyme O) S.A. a donné assignation à L), pris en sa qualité de représentant de la masse des obligataires des émissions obligataires des Obligations 2010, des Obligations 2013 et des Obligations 2014, à comparaître devant le juge des référés, aux fins de voir ordonner à L) de ne pas tenir les assemblées générales et d'annuler les convocations pour les trois assemblées générales d'obligataires sous peine d'astreinte, de dire que les assemblées générales des obligataires des Emissions Obligataires ne pourront pas se prononcer sur les trois premiers points de l'ordre du jour des assemblées des obligataires des Emprunts Obligataires tant que de nouvelles convocations, conformes à l'article 94-3 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, n'auraient pas été publiées et enfin, si besoin en était, de confirmer l'ordonnance unilatérale rendue le 20 avril 2011 par le président du tribunal d'arrondissement.

Par exploit d'huissier de justice du 11 mai 2011, la société anonyme O) S.A. et la société anonyme I) II S.A. ont donné assignation à L), pris en sa qualité de représentant de la masse des obligataires des Obligations 2010, des Obligations 2013 et des Obligations 2014, à comparaître devant le juge des référés, aux fins de voir annuler les assemblées des obligataires des Obligations 2010, des Obligations 2013 et des Obligations 2014, qui se sont tenues le 26 avril 2011 ainsi que toutes les décisions prises par les obligataires lors de ces assemblées, subsidiairement de suspendre leurs effets, sous peine d'une astreinte de 350.000.- euros par infraction constatée et enfin de voir dire que les assemblées générales des obligataires des Emissions Obligataires ne pourront pas se prononcer sur les trois premiers points de l'ordre du jour des assemblées des obligataires des Emprunts Obligataires tant que de nouvelles convocations, conformes à l'article 94-3 LSC n'auraient pas été publiées.

Suivant requête déposée le 10 mai 2011 et notifiée le 18 mai 2011, en application des articles 2062 et 2063 du Code civil, sinon en application de l'article 933 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile, sinon de l'article 932 alinéa 1^{er} du même code, L) a demandé au juge des référés de constater qu'il s'est conformé à l'ordonnance présidentielle du 20 avril 2011 et partant de dire qu'aucun paiement n'est dû aux termes de l'astreinte prononcée par ladite ordonnance, sinon de fixer le montant de l'astreinte due à de plus justes proportions.

Par ordonnance du 22 juillet 2011 joignant les instances, le juge des référés a fait droit à la demande reconventionnelle de L) tendant à la rétractation de l'ordonnance présidentielle du 20 avril 2011, a déclaré irrecevable l'assignation du 22 avril 2011, a déclaré la demande de la société anonyme O) S.A. et de la société anonyme I) II S.A. du 11 mai 2011 en annulation, respectivement en suspension des effets des assemblées des obligataires irrecevable, a dit que l'astreinte prononcée par l'ordonnance présidentielle du 20 avril 2011 n'est plus due par L), le titre servant de base à l'astreinte ayant cessé d'exister.

Par exploit d'huissier du 18 août 2011, la société anonyme O) S.A. et la société anonyme I) II S.A. interjettent appel de cette ordonnance et en demandent la réformation.

Les appelantes demandent de déclarer irrecevable la demande reconventionnelle de L), à défaut d'être suffisamment liée à la demande principale et/ou défaut d'avoir introduit sa demande dans les délais légaux, subsidiairement de la déclarer non fondée, de déclarer nulles les assemblées des obligataires, subsidiairement d'ordonner la suspension des effets de toutes les décisions prises lors de ces assemblées, de déclarer irrecevable la

demande introduite par l'intimé par requête du 10 mai 2011. Elles concluent à voir déclarer le juge saisi incompetent pour connaître de cette demande et dire que les conditions prévues aux articles 933 alinéa 1^{er} et 932 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile ne sont pas réunies, subsidiairement à déclarer que l'intimé n'a pas respecté les termes de l'ordonnance du 20 avril 2011, déclarer que c'est valablement que la première appelante se prévaut de l'astreinte accordée dans l'ordonnance du 20 avril 2011 et sollicite le paiement de la somme de 1.050.000.- €.

Le juge de première instance a analysé la demande reconventionnelle de L) en une demande en rétractation de l'ordonnance présidentielle du 20 avril 2011, il l'a déclarée recevable en raison de sa connexité avec la demande principale formulée par la société anonyme O) S.A..

Le juge siégeant en remplacement du président, ayant enjoint à la société anonyme O) S.A. d'assigner L) en référé avant le 26 avril 2011, c'est à bon droit, que le juge des référés a analysé la demande présentée par L) dans le cadre de cette instance comme demande en rétractation.

En instance d'appel, L) réitère son moyen quant au défaut de qualité et d'intérêt dans le chef de la société anonyme O) S.A. pour demander que les convocations des obligataires à des assemblées générales d'obligataires soient annulées.

Le juge de première instance a retenu que les conditions de la qualité et de l'intérêt à agir sont remplies en l'espèce dans le chef de la société anonyme O) S.A. qui, par la réalisation d'emprunts obligataires, a la qualité de débitrice par rapport aux obligataires devant se réunir en assemblées générales le 26 avril 2011 en vue de décider, notamment de la constitution d'un fonds destiné à assurer la défense de leurs intérêts dans le cadre de la procédure de tierce-opposition contre le plan de sauvegarde susmentionné, le financement dudit fonds devant par ailleurs se faire par un prélèvement sur les dividendes à verser fin avril 2011 par la société anonyme O) S.A. à ses obligataires.

A défaut de disposition légale spécifique sur les nullités d'assemblées générales d'actionnaires ou d'obligataires, les tribunaux ont un pouvoir souverain d'appréciation de la validité d'une assemblée générale (CH. Restau, Traité des sociétés anonymes, tome 2, no 1215). Ils la déclareront valable si l'inobservation des règles légales ou statutaires n'a pas eu pour conséquence de vicier sa décision et ils la considéreront comme nulle au contraire si cette inobservation a eu pour résultat d'altérer la résolution prise.

Les principes retenus au sujet des assemblées générales d'actionnaires sont applicables aux assemblées des obligataires.

En principe, la nullité d'une décision d'une assemblée générale peut être demandée par la société elle-même, par l'actionnaire et le créancier subrogé aux droits de la société, par le tiers ayant un intérêt direct à la nullité de la délibération (Ch. Resteau no 1221). Il est cependant admis que la nullité pour vice de forme doit causer un grief à celui qui l'invoque (La nullité des décisions de sociétés J-P Legros, Revue des sociétés 1991, p. 275). La doctrine retient encore que la nullité est simplement facultative en cas d'irrégularité dans la communication d'informations aux actionnaires ou dans la convocation, ce qui suppose par conséquent pour qu'une nullité soit prononcée, que cette irrégularité ait pu avoir une incidence sur la délibération (Yves Guyon, Droit commercial général et droit des sociétés, T 2 Les sociétés commerciales n° 149).

En l'occurrence, la société émettrice invoque l'irrégularité de la nouvelle convocation à la deuxième assemblée des obligataires au motif que cette nouvelle convocation devrait être postérieure à la première assemblée, ainsi que le défaut d'indication du résultat de la première assemblée dans l'ordre du jour, conformément à l'article 94-3 alinéa 3 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales.

En vertu de la jurisprudence (cf. arrêt du 26 octobre 1999 nos des rôles 23801 et 23803), les formalités de convocation des actionnaires ainsi que celles ayant trait à l'ordre du jour sont prévues dans l'intérêt exclusif des actionnaires; ainsi, les appelants, qui ne sont pas actionnaires, n'ont pas qualité pour invoquer le non-respect de ces formalités.

La publication de l'ordre du jour de l'assemblée générale d'une société anonyme n'est qu'une formalité de convocation qui est prescrite dans l'intérêt exclusif des actionnaires; ceux-ci ont partant seuls le droit de se prévaloir de l'omission à l'ordre du jour d'un point sur lequel l'assemblée a été appelée ensuite à délibérer (Pas.13, p.100).

Les nullités alléguées constituent des vices de forme protectrices des droits des porteurs de titres. Ces nullités conditionnelles peuvent être demandées par les seuls actionnaires (cf. Alain Steichen, Précis de droit des sociétés, 1^o édition No. 851), respectivement par les seuls obligataires.

En considération de ces développements, il y a lieu de conclure que la société émettrice est sans qualité pour invoquer le non-respect des formalités de convocation à l'assemblée des obligataires, tant en ce qui concerne la date de convocation que la non-indication dans l'ordre du jour

du résultat de la première assemblée des obligataires, seuls les obligataires pouvant s'en prévaloir.

Partant, les demandes de la société anonyme O) S.A. introduites par requête du 19 avril 2011 et par assignation du 22 avril 2011, sont à déclarer irrecevables.

L) soutient encore que les différentes procédures engagées de part et d'autres par la société anonyme O) S.A. n'ont plus de raison d'être étant donné que les dividendes ont, en date du 29 avril 2011, été payés aux obligataires par les agents payeurs et que les prélèvements sur ces dividendes n'ont donc pas été effectués au bénéfice du fonds.

En l'occurrence, il résulte des procès-verbaux des délibérations des assemblées des obligataires du 26 avril 2011 que dans le cadre de la deuxième résolution, les assemblées ont donné pouvoir au représentant de la masse pour déterminer la contribution au fonds à effectuer à toute date antérieure au 31 décembre 2011, de sorte qu'en fait, le seul paiement fin avril 2011 était en cause.

En considération de ce que le paiement fin avril 2011 était le seul remboursement prévu pour l'année 2011 et qu'il est antérieur à l'acte d'appel du 18 août 2011, il y a lieu de dire que le recours des appelantes y relatif est devenu sans objet.

Le juge de première instance a repris, dans le cadre de la demande introduite suivant assignation du 11 mai 2011, les développements faits dans le cadre de l'assignation du 22 avril 2011, auxquels il a renvoyé et a déclaré irrecevable pour les mêmes motifs la demande présentée par la société anonyme O) S.A. le 11 mai 2011.

La qualité de l'appelante sub 2) pour voir annuler les décisions prises à l'assemblée du 26 avril 2011, sinon suspendre leurs effets, n'est pas autrement contestée par L). Au contraire, il estime que les autres obligataires auraient dû être mis en intervention pour leur rendre la décision opposable.

Il résulte de l'article 88 (6) de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, que les représentants de la masse peuvent ester en justice, en demandant ou en défendant au nom et dans l'intérêt des obligataires représentés, sans qu'il soit nécessaire de les appeler en cause.

Partant ce moyen d'irrecevabilité est à rejeter.

Les arguments des sociétés appelantes relatifs aux violations par L) de l'ordonnance présidentielle du 20 avril 2011 sont à rejeter, l'annulation de cette ordonnance par le juge des référés ayant été confirmée par les développements qui précèdent.

La société O) S.A. invoque encore à l'appui de son recours les différentes irrégularités qui auraient entaché les convocations à ces assemblées.

Conformément aux principes ci-avant énoncés, la société émettrice est sans qualité pour critiquer les convocations à ces assemblées, tout comme elle est également sans qualité pour contester les décisions des assemblées réunies sur ces mêmes convocations. La partie appelante sub 2) reste en défaut d'établir que l'inobservation des formalités de convocation prescrites lui aurait causé grief.

Les sociétés appelantes réprouvent que les assemblées litigieuses ont été présidées par Me Gobert.

Lors des assemblées du 26 avril 2011, la présence du représentant L) a été refusée suite à l'ordonnance présidentielle du 20 avril 2011 et les assemblées ont alors désigné Me Gobert pour les présider.

Se pose, en l'occurrence, le problème de l'absence du représentant de la masse lors de la tenue d'une assemblée. La loi luxembourgeoise sur les sociétés est muette sur ce problème. Le texte français (l'article L228-64) prévoit qu'en cas d'absence des représentants ou en cas de désaccord entre eux, l'assemblée désigne une personne pour exercer les fonctions de président.

Comme il appartient en principe à l'assemblée de décider de la composition du bureau, les critiques adressées à la tenue des assemblées du 26 avril 2011 par les sociétés appelantes ne sont pas d'une gravité telle que les droits des masses des obligataires ou de certains de leurs membres soient sérieusement menacés et que l'intervention du juge soit rigoureusement nécessaire pour pourvoir à leur protection.

Partant la décision entreprise est à confirmer sur ce volet.

Les appelantes demandent de déclarer irrecevable la procédure introduite par l'intimé par requête du 10 mai 2011 et notifiée le 18 mai 2011, demandant au juge de déclarer qu'il s'est conformé à l'ordonnance présidentielle et de dire qu'aucun paiement n'est dû aux termes de l'astreinte prononcée dans cette ordonnance, au motif que la demande aurait dû être introduite par voie d'assignation.

Il résulte de l'ordonnance entreprise que L) a agi en application des articles 2062 et 2063 du Code civil, sinon en application de l'article 933 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile, sinon de l'article 932 alinéa 1^{er} du même code.

Dans le but d'accélérer la procédure, un ajournement n'est pas nécessaire en matière de difficulté d'exécution, mais il est communément admis en jurisprudence que la demande peut être introduite par acte d'avoué à avoué (v. Rép. de Pr. Civ. et Com. DALLOZ, éd.1956, tome I, exécution des jugements et actes, p.945, no.129). La requête déposée au greffe du tribunal d'arrondissement est, en conséquence, régulière (cf. Cour d'Appel 15 mai 2002 n° du rôle 24560).

C'est à bon droit que le juge de première instance a retenu que l'astreinte a perdu sa raison d'être, le titre sur lequel elle se basait ayant été rétracté, et que l'astreinte prononcée par ordonnance présidentielle du 20 avril 2011 n'est plus due par L), le titre en vertu duquel l'astreinte a été exécutée ayant cessé d'exister.

Dans le cadre de son appel incident, L) demande la réformation de l'ordonnance en ce qu'elle a déclaré irrecevable sa demande en condamnation de la société anonyme O) à des dommages-intérêts de 25.000.- € pour procédure abusive et vexatoire et à une indemnité de procédure.

C'est à bon droit que la demande en allocation de dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire formulée par L) a été déclarée irrecevable par le juge de la première instance. En effet, le juge des référés appelé à prendre une mesure provisoire ne saurait connaître d'une demande en allocation de dommages-intérêts pour procédure vexatoire, l'examen d'une telle demande impliquant l'appréciation de la notion de faute, partant du fond du droit.

L) demande la condamnation des sociétés appelantes à lui payer une indemnité de procédure de 5.000.-€ sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Cette demande, comme celle formulée en première instance, n'est pas fondée, l'intimé étant resté en défaut de justifier en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge les sommes exposées par lui et non comprises dans les dépens.

Les parties appelantes demandent chacune une indemnité de 5.000.-€ sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile. Ces demandes sont à rejeter en raison du sort réservé à leur appel.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel en la pure forme,

déclare l'appel non fondé et confirme l'ordonnance,

déboute les parties en cause de leurs demandes en obtention d'une indemnité de procédure en instance d'appel sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile;

laisse les frais de l'instance à charge des parties appelantes.