

Audience publique du dix-huit mai deux mille vingt-deux

Numéro CAL-2022-00076

Composition:

Thierry HOSCHEIT, président de chambre ;
Nadine WALCH, conseiller ;
Françoise SCHANEN, conseiller ;
André WEBER, greffier.

E n t r e :

la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois R., établie et ayant son siège social à L- (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son gérant actuellement en fonctions ou tout autre organe habilité à la représenter,

partie appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Christine KOVELTER, en remplacement de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg, en date du 1^{er} décembre 2021,

comparant par Maître Annamaria RANIERI, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

e t :

la société anonyme de droit suisse N., établie et ayant son siège social à CH- (...), immatriculée au registre suisse sous le numéro CHE- (...), représentée par son administrateur unique actuellement en fonctions,

partie intimée aux fins du susdit exploit KOVELTER du 1^{er} décembre 2021,

comparant par la société en commandite simple BONN STEICHEN & PARTNERS, établie et ayant son siège social à L-2370 Howald, 2, rue Peternelchen, Immeuble C2, immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 211933, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, représentée par son gérant actuellement en fonctions, à savoir la société à responsabilité limitée BONN STEICHEN & PARTNERS, elle-même représentée aux fins de la présente procédure par son gérant Maître Fabio TREVISAN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Saisi par la société anonyme N. d'une demande dirigée contre la société à responsabilité limitée R., basée en ordre principal sur l'article 933, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure Civile et en ordre subsidiaire sur l'article 932, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure Civile, tendant à voir ordonner la suspension des effets des décisions prises lors des assemblées générales de la société à responsabilité limitée R. des 28 décembre 2020 et 23 février 2021 jusqu'à ce qu'une décision soit intervenue au fond, le juge des référés du tribunal d'arrondissement de Luxembourg a, par ordonnance du 2 novembre 2021, fait droit à la demande, en précisant que la demande au fond devait être introduite endéans les 30 jours du prononcé de l'ordonnance et en ordonnant la publication de l'ordonnance au registre de commerce et des sociétés.

Pour faire droit à la demande sur base de l'article 933, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure Civile, le premier juge a retenu

- en ce qui concerne l'assemblée générale du 28 décembre 2020, qu'il y a été décidé une augmentation du capital par capitalisation des avoirs inscrits en compte n° 115, que cette capitalisation devait se faire au profit des associés au prorata du capital par eux détenus mais que la participation à l'augmentation telle que votée ne tenait pas compte de ce prorata,
- en ce qui concerne l'assemblée générale du 23 février 2021, que le vote y opéré s'est fait sur base des droits de vote tels que découlant de la répartition du capital issue de l'assemblée générale du 28 décembre 2020, qui était en elle-même irrégulière, de sorte que l'assemblée générale du 23 février 2021 était aussi constitutive d'une voie de fait. Par suite de ce moyen, le premier juge n'a pas examiné les autres moyens de la société anonyme N..

De cette ordonnance, qui lui a été signifiée par exploit d'huissier du 16 novembre 2021, la société à responsabilité limitée R. a relevé appel dans les délais et forme de la loi par exploit d'huissier du 1^{er} décembre 2021.

1. Sur l'assemblée générale du 28 décembre 2020

La société à responsabilité limitée R. soutient que ce serait à tort que le premier juge aurait retenu que la répartition des avoirs inscrits en compte n° 115 devrait se faire en fonction de la détention capitalistique. Le seul critère à retenir en vue de cette répartition serait la contribution effective de chacun des associés à la constitution de ce compte. Ce compte serait d'ailleurs subdivisé dans la comptabilité de la société à responsabilité limitée R. pour attribuer à chacun des associés un sous-compte et pouvoir retracer leurs contributions respectives.

La société anonyme N. conclut à la confirmation de l'ordonnance entreprise.

Le compte n° 115 figure dans le plan comptable normalisé tel qu'introduit par le règlement grand-ducal du 12 septembre 2019 déterminant le contenu du plan comptable normalisé visé à l'article 12 du Code de commerce. Il porte l'intitulé de « Apport en capitaux propres non rémunéré par des titres ». Il s'agit d'un sous-compte de la classe I « Comptes de capitaux propres, de provisions et de dettes financières », compte 1 « Primes d'émission et primes assimilées ». Il ne s'agit ni d'un compte de capital, retraçant le capital existant en fonction des apports faits par les associés, ni d'un compte de profit destiné à recueillir les profits faits par la société et appelé à bénéficier aux associés au prorata de leur détention capitalistique. Il s'agit d'un compte de contribution destiné à recueillir les montants payés individuellement par les associés.

Les travaux préparatoires à l'adoption du plan comptable normalisé ne permettent pas d'apporter une réponse aux positions antagonistes des parties. Si la société anonyme N. prend appui dans son assignation de première instance sur une référence doctrinale, elle reste toutefois en défaut d'expliquer les raisons pour lesquelles les associés qui n'auraient pas contribué à alimenter le compte 115, ou qui ne l'auraient alimenté que dans une proportion moindre que leur part de détention dans le capital social, pourraient profiter des contributions faites par les autres associés au-delà de leur part de détention dans le capital social. La solution défendue par la société anonyme N. n'est donc pas évidente. Il faut en déduire qu'elle n'a pas établi avec l'évidence requise que la répartition des avoirs inscrits en compte n° 115 en fonction de la contribution effective des différents associés soit constitutive d'une voie de fait, de sorte que sa demande n'est

pas fondée en ce qu'elle prend appui sur l'article 933, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure Civile.

Le différend entre les parties sur le mode de répartition des avoirs inscrits en compte n° 115 constitue par ailleurs une contestation sérieuse que le juge des référés ne saurait pas trancher et qui engendre le rejet de la demande de la société anonyme N. en ce qu'elle prend appui sur l'article 932, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure Civile.

Par voie de conséquence, l'ordonnance entreprise doit être réformée en ce qu'elle a suspendu les effets de l'assemblée générale du 28 décembre 2020.

2. Sur l'assemblée générale du 23 février 2021

L'ordonnance entreprise étant à réformer en ce qu'elle a suspendu les effets de l'assemblée générale du 28 décembre 2020, elle est aussi à réformer en ce qu'elle a suspendu les effets de l'assemblée générale du 23 février 2021 pour avoir adopté les résolutions y prises sur base d'une répartition des droits de vote qui serait irrégulière.

Par voie de conséquence, il y a lieu d'analyser les autres motifs avancés par la société anonyme N. pour voir suspendre les effets de l'assemblée générale du 23 février 2021.

La société anonyme N. ne reproduit pas en appel son moyen tenant à l'absence de pouvoir de G. pour procéder à la convocation.

La société anonyme N. explique qu'elle a reçu une première convocation pour l'assemblée générale du 23 février 2021 en date du 18 décembre 2020 (ensemble avec la convocation pour l'assemblée générale du 28 décembre 2020) et qu'elle a reçu un courrier en date du 19 février 2021 (qui aurait été posté le 16 février 2021) contenant une note explicative et des projets de résolutions en vue de l'assemblée générale du 23 février 2021, mais sans convocation expresse. A partir de là, l'assemblée générale du 23 février 2021 serait entachée de nullité

- parce que la convocation du 18 décembre 2020 aurait limité le droit de souscrire lors de l'assemblée générale du 23 février 2021 aux actions encore disponibles après l'assemblée générale du 28 décembre 2020 à ceux des associés qui avaient souscrit lors de l'assemblée générale du 28 décembre 2020.

Il y aurait violation du principe d'égalité entre associés.

- parce que la note explicative jointe au courrier du 16/19 février 2021 aurait été en contradiction avec les indications ayant figuré dans la convocation du 18 décembre 2021 :

- d'une part, la convocation aurait restreint le droit de souscrire aux actions encore disponibles lors de l'assemblée générale du 23 février 2021 aux seuls actionnaires qui avaient procédé à une souscription lors de l'assemblée générale du 28 décembre 2020, alors que le courrier du 16/19 février 2021 aurait ouvert le droit de souscription à tous les associés
- d'autre part, le courrier du 16/19 février 2021 aurait prévu une répartition des actions disponibles au prorata de la détention capitalistique de tous les associés, alors que la convocation, en restreignant la participation du droit de souscription lors de l'assemblée générale du 23 février 2021 aux associés qui avaient souscrit lors de l'assemblée générale du 28 décembre 2020, aurait prévu un autre mode de répartition.

Il lui aurait été impossible de savoir quels droits elle pourrait effectivement exercer et d'exprimer en connaissance de cause ses choix.

- parce que l'assemblée générale avait été convoquée pour se tenir sans réunion physique sur base de l'article 1^{er} de la loi du 23 septembre 2020 portant des mesures concernant la tenue de réunions dans les sociétés et dans les autres personnes morales, mais sans que le texte intégral des résolutions soumises au vote n'ait été joint au courrier du 16/19 février 2021.
Elle n'aurait pas pu exprimer un vote éclairé.
- parce que le courrier du 19 février 2021, expédié le 16 février 2021,
 - s'il devait être considéré comme convocation, n'aurait pas respecté le délai de convocation de 8 jours stipulé à l'article 12.2 (ii) des statuts de la société à responsabilité limitée R.
 - s'il devait être considéré comme complétant la convocation du 18 décembre 2020, n'aurait pas respecté le délai de convocation de 8 jours stipulé à l'article 12.2 (ii) des statuts de la société à responsabilité limitée R..

Il y aurait une irrégularité de forme dans la procédure de convocation à l'assemblée générale du 23 février 2021.

La société à responsabilité limitée R. ne prend pas position sur le détail de ces contestations, sauf à affirmer que le délai de convocation de 8 jours aurait été respecté du fait de la convocation envoyée le 18 décembre 2020.

La Cour en déduit que la société à responsabilité limitée R. elle-même ne soutient pas que le courrier des 16/19 février 2021 devrait être considéré comme convocation en bonne et due forme. La note explicative y incluse se réfère d'ailleurs à la convocation du 18 décembre 2020 pour l'assemblée générale du 23 février 2021, sans expressément formuler une nouvelle convocation. Il y a dès lors lieu de considérer ce courrier que comme complément à la convocation du 18 décembre 2020.

Ce courrier contient une « note explicative assemblée générale 23 février 2021 » et un « formulaire de procuration et vote par correspondance » contenant des projets de résolutions à adopter. Ces projets de résolution laissent en blanc l'augmentation de capital à laquelle il sera procédé, respectivement le montant du nouveau capital social et le nouveau nombre de parts sociales, ainsi que le nombre de parts sociales souscrites par les différents associés.

Aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 23 septembre 2020 portant des mesures concernant la tenue de réunions dans les sociétés et dans les autres personnes morales, « (1) Une société peut, même si les statuts ne le prévoient pas et quel que soit le nombre prévu de participants à son assemblée générale, tenir toute assemblée générale sans réunion physique et imposer à ses actionnaires ou associés et aux autres participants à l'assemblée de participer à l'assemblée et d'exercer leurs droits selon une ou plusieurs formes de participation ci-après : 1° par un vote à distance par écrit ou sous forme électronique permettant leur identification et sous réserve que le texte intégral des résolutions ou décisions à prendre aura été publié ou leur aura été communiqué ; ... »

Aux termes de l'article 12.2 des statuts de la société à responsabilité limitée R., « une convocation écrite à toute Assemblée Générale est donnée à tous les associés au moins 8 (huit) jours avant la date de l'assemblée, ... »

Les moyens et arguments de la société anonyme N. soulèvent un certain nombre de questions.

Il s'agit d'abord de savoir si la note du 16 février 2021 remplace celle du 18 décembre 2020, auquel cas ni le contenu de celle du 18 décembre 2020, ni une éventuelle contradiction entre les deux notes ne peuvent porter à conséquences, ou s'il faut considérer cumulativement les deux notes, auquel cas se pose la question d'une part de savoir si celle du 18 décembre 2020 pouvait restreindre le droit de participer à la souscription au capital social du 23 février 2021 et d'autre part si les deux notes se contredisent et quelles conséquences il convient de tirer d'une éventuelle contradiction.

Il s'agit ensuite de savoir si la note du 16 février 2021 participe à la procédure de convocation à l'assemblée générale du 23 février 2021 et si elle doit avoir été adressée aux associés en respectant le délai de 8 jours. La réponse à cette question peut le cas échéant être influée par la question de savoir si la note du 16 février 2021 remplace ou non celle du 18 décembre 2020

Sur le premier niveau d'interrogation dans ce cadre, la Cour constate que la note du 16 février 2021 n'indique pas expressément qu'elle remplace

celle du 18 décembre 2020. Par ailleurs, il n'est pas certain que le juge du fond serait amené à considérer que les contradictions flagrantes entre les deux notes entraîneraient la conclusion que la seconde remplace la première. La réponse à cette question de savoir si la note du 16 février 2021 remplace ou complète celle du 18 décembre 2020 ne se résout pas avec évidence et dépasse de ce fait les pouvoirs du juge des référés.

Sur le deuxième niveau d'interrogation dans ce cadre, peu importe la solution à donner au premier niveau d'interrogation, il faut soit toiser la question de savoir si la note du 16 février 2021 devait respecter le délai de 8 jours et tirer le cas échéant les conclusions d'un éventuel défaut de respect de ce délai, soit examiner le contenu de la note du 18 décembre 2020 quant à la possibilité de restreindre le droit de participer à la souscription au capital social lors de l'assemblée générale du 23 février 2021 et les éventuelles contradictions entre les deux notes afin d'en tirer le cas échéant des conclusions. Toutes ces questions font appel à des considérations de droit et de fait complexes qui dépassent les pouvoirs du juge des référés.

Il s'agit enfin de savoir si l'article 1^{er} de la loi du 23 septembre 2020 portant des mesures concernant la tenue de réunions dans les sociétés et dans les autres personnes morales doit être appliqué en ce sens que le projet de résolution doit être entièrement rédigé ou s'il est loisible de laisser en blanc des précisions qui ne se révèlent que le jour de la tenue de l'assemblée générale, cette question se posant sur arrière-fond de l'article 100-22 de la loi modifiée du 15 août 1915 concernant les sociétés commerciales qui conditionne l'annulation d'une délibération d'assemblée générale par la preuve que l'irrégularité de forme alléguée a pu avoir une incidence sur la décision. L'appréciation de ces questions échappe aussi à la compétence du juge des référés.

Il résulte de l'ensemble de ces développements que les moyens et arguments de la société anonyme N. pour établir l'existence d'une voie de fait ne font pas apparaître celle-ci avec évidence, et qu'il existe un doute sur la réalité de la voie de fait alléguée, de sorte que la demande doit être rejetée en tant que prenant appui sur l'article 933, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure Civile. En raison de l'incertitude régnant sur les réponses à apporter aux nombreuses questions soulevées, les mesures sollicitées par la société anonyme N. se heurtent de même à des contestations sérieuses qui font qu'il ne peut y être fait droit sur base de l'article 932, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure Civile.

Il y a partant lieu à réformation de l'ordonnance entreprise en ce qu'elle a ordonné la suspension des résolutions prises lors de l'assemblée générale du 23 février 2021.

3. Indemnités de procédure et dommages-intérêts

La société à responsabilité limitée R. demande à se voir allouer une indemnité de procédure de 4.000,- euros.

La société anonyme N. demande à se voir allouer une indemnité de procédure de 2.000,- euros.

L'indemnité de procédure ne peut être allouée à la partie succombante. Pour le surplus, l'application de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile relève du pouvoir discrétionnaire du juge (Cour de cassation 2 juillet 2015, Arrêt N° 60/15, JTL 2015, N° 42, page 166).

Il en résulte que la société anonyme N. doit être déboutée de sa demande.

La société à responsabilité limitée R. ne justifie pas de l'iniquité qui lui permettrait de se voir allouer une indemnité de procédure

La société à responsabilité limitée R. demande à se voir allouer des dommages-intérêts pour procédure abusive et vexatoire à hauteur de 5.000,- euros.

Il est de principe que l'exercice d'une action en justice ne dégénère en faute que si elle constitue un acte de malice ou de mauvaise foi ou au moins une erreur grossière équipollente au dol ou si le demandeur a agi avec une légèreté blâmable. Ces conditions ne sont pas remplies en l'espèce, alors que la société anonyme N. a pu, sans commettre de faute, agir en justice pour faire valoir ses arguments. La circonstance que sa demande soit rejetée ne saurait la constituer en faute.

PAR CES MOTIFS :

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

dit l'appel recevable et fondé,

réformant, déboute la société anonyme N. de ses demandes,

condamne la société anonyme N. aux frais et dépens des deux instances.