

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Arrêt N° 183/22 – VII – CIV

Audience publique du vingt-et-un décembre deux mille vingt-deux

Numéro CAL-2021-00076 du rôle.

Composition:

Jean ENGELS, président de chambre;
Nadine WALCH, conseiller;
Françoise SCHANEN, conseiller ;
André WEBER, greffier.

E n t r e :

1. PERSONNE1.), demeurant à L-(...),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice HUISSIER DE JUSTICE1.) de (...) en date du 19 juin 2020,

comparant par la société en commandite simple ORGANISATION1.), établie et ayant son siège social à L-(...), immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro (...), inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, représentée par son gérant actuellement en fonctions, la société à responsabilité limitée ORGANISATION2.), établie à la même adresse, immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro (...), elle-même représentée aux fins de la présente procédure Maître AVOCAT1.), avocat à la Cour, demeurant à (...)

e t :

1. PERSONNE2.), demeurant à L-(...),

2. PERSONNE3.), demeurant à L-(...),

intimés aux fins du susdit exploit HUISSIER DE JUSTICE1.) du 19 juin 2020,

comparant par la société en commandite simple ORGANISATION3.), établie et ayant son siège social à L-(...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), inscrite sur la liste V de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, qui est constituée et en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée par son gérant, la société à responsabilité limitée ORGANISATION4.), établie à la même adresse, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée aux fins de la présente procédure par Maître AVOCAT2.), avocat à la Cour, demeurant professionnellement à la même adresse, assisté de Maître AVOCAT3.), avocat à la cour, demeurant à (...),

3. PERSONNE4.), demeurant à L-(...),

intimé aux fins du susdit exploit HUISSIER DE JUSTICE1.) du 19 juin 2020,

comparant par Maître AVOCAT4.), avocat à la Cour, demeurant à (...),

4. Maître MANDATAIRE DE JUSTICE1.), avocat à la Cour, agissant en sa qualité d'administrateur provisoire des sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.), demeurant professionnellement à L-(...),

5. la société anonyme SOCIETE2.), établie et ayant son siège social à L-(...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro (...), représentée par son administrateur provisoire Maître MANDATAIRE DE JUSTICE1.), avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-(...).

intimés aux fins du susdit exploit HUISSIER DE JUSTICE1.) du 19 juin 2020,

comparant par Maître AVOCAT5.), avocat à la Cour, demeurant à (...),

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier de justice du 23 octobre 2018, PERSONNE1.) a fait donner assignation à :

- PERSONNE2.), administrateur de sociétés,
- la société anonyme SOCIETE2.) S.A.,
- PERSONNE3.), réviseur d'entreprises,
- PERSONNE4.), expert-comptable,
- Maître MANDATAIRE DE JUSTICE1.), avocat à la Cour, pris en sa qualité d'administrateur provisoire de la société anonyme SOCIETE2.) SA et de la société en commandite par actions SOCIETE1.) SICAV - FIS

aux fins de voir nommer un administrateur *ad hoc* pour la société anonyme SOCIETE2.) S.A. (ci-après SOCIETE2.)) avec la mission de :

- recueillir une ou plusieurs offres de professionnels indépendants spécialisés dans la gestion de fonds d'investissements et disposant de l'agrément de la CSSF dans le cadre de mandats existants,
- convoquer une assemblée générale des actionnaires d'SOCIETE2.) avec comme point à l'ordre du jour, la révocation des membres du conseil d'administration actuellement en place et la nomination de nouveaux administrateurs,
- exercer en bon père de famille et dans le seul intérêt social, les droits de vote revenant à l'associé PERSONNE2.) sur le point de l'ordre du jour de cette assemblée concernant la révocation des membres du conseil d'administration actuellement en place et la nomination de nouveaux administrateurs,
- signer ensuite tout document ou contrat devant être signé avec les nouveaux membres du conseil d'administration, y compris leur rémunération, qui devra être dans la limite de la pratique du marché,
- procéder à toutes les publications requises au Registre de commerce et des sociétés.

Par jugement du 24 avril 2020, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a reçu la demande en la forme et :

- a dit non fondé le moyen de nullité basé sur l'exception du libellé obscur de l'assignation ;
- a dit non fondé le moyen d'irrecevabilité basé sur le défaut de qualité dans le chef de l'assigné PERSONNE2.);
- a dit la demande de PERSONNE1.) non fondée à voir nommer un administrateur *ad hoc* pour SOCIETE2.) et l'en a débouté ;

- dit non fondées les demandes respectives sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et en a débouté.

Pour statuer ainsi, les juges de première instance ont constaté que PERSONNE1.) et PERSONNE2.) sont actionnaires à part égalitaire dans le capital d'SOCIETE2.).

Ils ont retenu que l'abus d'égalité consiste nécessairement dans l'usage du droit de vote attaché aux parts sociales lors d'une assemblée générale et ce dans un but autre que celui de l'intérêt social. A défaut de la tenue d'une assemblée générale des actionnaires d'SOCIETE2.), aucun abus d'égalité par droit de vote ne pourrait être retenu dans le chef d'PERSONNE2.).

Ce jugement, rendu contradictoirement le 24 avril 2020, a été signifié à la société d'avocats, la société en commandite simple ORGANISATION1.) SCS, mandataire de PERSONNE1.), par acte d'huissier du 7 mai 2020.

L'acte d'appel signifié le 19 juin 2020 par PERSONNE1.) est recevable, les délais de procédure en matière juridictionnelle ayant été suspendus par le règlement grand-ducal modifié du 25 mars 2020 portant suspension des délais en matière juridictionnelle et adaptation temporaire de certaines autres modalités procédurales, pris sur base de la loi d'habilitation du 24 mars 2020 portant prorogation de l'état de crise.

La clôture de l'instruction a été prononcée le 6 octobre 2022 et l'affaire a été renvoyée à l'audience des plaidoiries du 23 novembre 2022.

Les faits

La partie appelante PERSONNE1.) et la partie intimée PERSONNE2.) détiennent chacune 50% du capital social d'SOCIETE2.).

Le conseil d'administration d'SOCIETE2.) est composé de PERSONNE1.), d'PERSONNE2.), de PERSONNE3.) et d'PERSONNE4.). L'article 11, §2 des statuts d'SOCIETE2.) stipule que les administrateurs sont élus et révoqués à l'unanimité des actionnaires.

SOCIETE2.) gère en sa qualité d'associé-gérant commandité, le fonds d'investissement la société en commandite par action SOCIETE1.) SCA SICAV- FIS (ci-après SOCIETE1.).

PERSONNE1.) reproche à PERSONNE2.), pris en sa qualité d'actionnaire à hauteur de 50% d'SOCIETE2.) et en sa qualité d'administrateur de cette société, de bloquer toute décision prise dans

l'intérêt d'SOCIETE2.) et demande la nomination d'un administrateur *ad hoc* exerçant à l'assemblée générale, les droits de vote d'PERSONNE2.).

Positions des parties

La partie appelante PERSONNE1.) critique la juridiction de première instance pour avoir retenu qu'à défaut de vote exprimé dans une assemblée générale d'SOCIETE2.), aucun abus d'égalité ne pourrait être retenu dans le chef d'PERSONNE2.).

PERSONNE1.) fait exposer qu'PERSONNE2.) manifesterait un comportement abusif qu'il conviendrait de qualifier d'abus de pouvoir, respectivement d'abus d'égalité, vu qu'il utiliserait ses droits de vote à hauteur de 50% dans le capital d'SOCIETE2.) pour empêcher la poursuite de la gestion normale de la société, notamment en refusant le refinancement de ses crédits arrivés à échéance et en refusant de procéder à la révocation du conseil d'administration composé d'PERSONNE2.), de PERSONNE1.), d'PERSONNE4.) et de PERSONNE3.), ce qui irait à l'encontre de l'intérêt commun des associés, mais serait dicté par son intérêt personnel.

Le mandataire de l'appelant renvoie en sus à la série de constats que l'administrateur provisoire aurait pu faire au cours de sa mission, illustrant le blocage de décisions par PERSONNE2.), dont notamment :

- le refus d'exécuter les contrats liant SOCIETE1.) et SOCIETE2.) ;
- le blocage du renouvellement du mandat du réviseur d'entreprise agréé au niveau de ces deux sociétés ;
- le blocage du renouvellement des crédits bancaires ou encore l'opposition au renouvellement du mandat de l'administrateur provisoire ;
- le fait de demander son remplacement.

PERSONNE2.) aurait encore refusé la solution extrajudiciaire proposée par l'administrateur provisoire consistant à remplacer SOCIETE2.) dans la gestion du fond SOCIETE1.) par un associé commandité externe, sans liens avec les deux actionnaires égalitaires d'SOCIETE2.) ou avec ses bénéficiaires économiques.

Il lui est encore reproché d'avoir voté lors de l'assemblée générale du 30 juillet 2015, en abusant de sa qualité d'actionnaire égalitaire, sans raison valable, contre le renouvellement du mandat du réviseur d'entreprise.

Sur la question du remplacement du conseil d'administration, dont il fait partie, il aurait déjà fait part, par anticipation, de son refus de revoir la composition du conseil d'administration.

La partie appelante expose que son but serait de permettre à SOCIETE2.) de fonctionner indépendamment de l'intérêt de l'un de ses actionnaires, en permettant à travers la nomination d'un administrateur *ad hoc* une refonte complète du conseil d'administration de la société de manière à ce que celui-ci soit indépendant des actionnaires. SOCIETE2.) sortirait alors de cette situation de blocage ce qui aura pour effet de permettre à SOCIETE1.) de fonctionner à nouveau normalement.

PERSONNE1.) estime qu'PERSONNE2.) entendrait lui imposer la liquidation d'SOCIETE2.), en basant cette liquidation sur une situation de paralysie qu'il aurait lui-même créé artificiellement en abusant de sa situation d'actionnaire égalitaire et contre laquelle il ne pouvait pas lutter.

Il considère cette attitude comme « *négative, dommageable, abusive et contraire à l'intérêt social d'SOCIETE2.)* ».

La sanction appropriée consisterait dès lors dans la nomination d'un administrateur *ad hoc* votant en lieu et place d'PERSONNE2.) à une prochaine assemblée générale visant à remplacer le conseil d'administration d'SOCIETE2.).

PERSONNE2.) et PERSONNE3.) considèrent que faute d'un vote exercé abusivement et exprimé lors d'une assemblée générale d'SOCIETE2.), aucun abus d'égalité ne saurait être retenu. PERSONNE2.) conteste toute mauvaise foi dans son chef, mais affirme avoir agi dans l'intérêt d'SOCIETE2.) en défendant les commissions de gestion et de performance dues par SOCIETE1.) à SOCIETE2.). Il se serait opposé au remplacement d'SOCIETE2.) dans la gestion d'SOCIETE1.) vu que cette gestion constituerait son objet social, son unique activité et son unique source de revenu.

SOCIETE2.) et Maître MANDATAIRE DE JUSTICE1.), ce dernier pris en sa qualité d'administrateur provisoire d'SOCIETE2.) et d'SOCIETE1.), par conclusions du 1^{er} décembre 2021 et du 2 mai 2022, se rapportent à prudence de justice et demandent à la Cour de statuer sur les frais ce qu'en droit il appartiendra.

PERSONNE4.), par conclusions du 1^{er} décembre 2021, se rallia aux développements et demandes contenus dans l'acte d'appel du 19 juin 2020 introduit par PERSONNE1.), demande à voir réformer le jugement selon le dispositif de l'acte d'appel précité et de rejeter les arguments et demandes du mandataire d'PERSONNE2.).

Son mandataire demande à voir condamner PERSONNE2.) à tous les frais et dépens des deux instances avec distraction à son profit, affirmant en avoir fait l'avance.

Il demande en outre une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile de 5.000 euros.

Appréciation de la Cour

PERSONNE1.) et PERSONNE2.) sont chacun actionnaire à 50% d'SOCIETE2.), l'associé-gérant commandité d'SOCIETE1.), et tous les deux, ensemble avec PERSONNE4.) et PERSONNE3.), administrateurs d'SOCIETE2.).

Il est reproché à PERSONNE2.) de commettre un détournement de pouvoir pour bloquer toute proposition faite par PERSONNE1.) ou l'administrateur provisoire, actuellement en fonctions, dans l'unique but de pouvoir solliciter la liquidation d'SOCIETE2.), solution qui serait présentée comme la « *seule issue* ».

La Cour rappelle que l'abus d'égalité consiste pour le détenteur de la moitié des droits de vote d'empêcher qu'une décision ne se forme. Il doit ainsi agir contrairement à l'intérêt social et faire échec à une opération essentielle pour la société et agir dans son propre intérêt, aux dépens des autres associés de la société.

L'abus de minorité tout comme l'abus d'égalité supposent dès lors l'expression, abusive ou fautive, lors d'un vote de refus d'une décision contraire à l'intérêt social pour favoriser les propres intérêts de l'associé au détriment de ceux de l'assemblée des associés. L'abus suppose qu'il a été commis par l'exercice du droit de vote à l'assemblée générale ou dans le cadre d'un organe statutaire.

Une divergence d'opinions, une attitude critique ou même négative, l'annonce d'opposition vis-à-vis des mesures envisagées par les actionnaires majoritaires ou égalitaires, exprimée en dehors de tout organe statutaire, sont insuffisantes pour caractériser un abus de minorité ou un abus d'égalité.

Ainsi l'abus d'égalité commis par des actionnaires suppose la convocation régulière d'une assemblée générale et un vote exprimé, notamment à l'assemblée générale.

Ce constat ne saurait être ébranlé par la doctrine et les décisions judiciaires citées par PERSONNE1.) dans ses corps de conclusions vu que

ces décisions partent de la prémisse que le vote litigieux avait été exprimé lors d'une assemblée générale.

En effet toutes les citations se réfèrent à l'exercice abusif d'un droit de vote. Il est ainsi mentionné qu'il est « *de principe que les associés et les membres des organes de gestion ne peuvent exercer leur droit de vote, qu'en vue de réaliser l'intérêt commun des associés actuels et futurs dans une perspective de continuité* », que le juge doit vérifier « *si le droit de vote a été exercé d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de celui-ci par un associé ou mandataire prudent et diligent* » et que la notion d'abus d'égalité « *consiste pour le détenteur de la moitié des droits de vote à empêcher, par le sens de son vote, que ne se forme une décision* ».

Il y a abus d'égalité lorsque l'associé fait « *obstruction qui empêche la décision* », empêche que « *l'unanimité requise ne pourra être atteinte ...* », à ce que « *les associés et les membres des organes de gestion ne peuvent exercer leur droit de vote qu'en vue de réaliser l'intérêt commun des associés...* », à « *un comportement de ceux qui empêchent l'adoption d'une résolution* ».

Les références citées énoncent que la contestation de l'actionnaire égalitaire ou minoritaire doit s'exprimer par un vote.

Il reste acquis en cause que depuis 2015, aucune assemblée générale des actionnaires d'SOCIETE2.) n'a été convoquée au cours de laquelle les actionnaires auraient pu exprimer leur vote. Aucun vote par résolution circulaire n'a été organisé.

Les échanges de courriers à partir du 18 février 2018 entre les mandataires de PERSONNE1.), d'PERSONNE2.) et l'administrateur provisoire ayant pour objet la proposition de procéder au remplacement de l'associé-gérant commandité SOCIETE2.) par un associé-commandité externe qui appartiendrait et serait dirigé par des personnes externes aux deux actionnaires d'SOCIETE2.) et aux bénéficiaires économiques du fonds d'investissement SOCIETE1.), pour gérer ce dernier, ne sauraient être assimilés à une assemblée générale statutaire.

Les premiers juges sont dès lors à confirmer lorsqu'ils retiennent qu'à défaut d'un vote soumis aux actionnaires, aucun abus d'égalité n'a pu être commis par PERSONNE2.).

Il s'ensuit que l'appel est pas fondé et le jugement de première instance est à confirmer par adoption de ses motifs.

Quant aux indemnités de procédure

L'application de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile relève du pouvoir discrétionnaire du juge (Cour de cassation 2 juillet 2015, n° 60/15, JTL 2015 et n° 42, page 166).

Eu égard à l'issue du litige, la demande de PERSONNE1.) est à déclarer non fondée.

PERSONNE4.) demande à voir condamner PERSONNE2.) à une indemnité de procédure de 5.000 euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

La Cour considère qu'il n'est pas inéquitable de laisser à charge d'PERSONNE4.) l'entièreté des frais non compris dans les dépens, de sorte qu'il est à débouter de cette demande.

PERSONNE2.) et PERSONNE3.) demandent chacun à voir condamner PERSONNE1.) à une indemnité de procédure de 7.500 euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile pour l'instance d'appel et par réformation du jugement *a quo* pour la première instance.

En demandant, par voie de conclusions du 8 avril 2022, la réformation de la décision entreprise en ce qu'elle les a déboutés de leurs demandes sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, PERSONNE2.) et PERSONNE3.) relèvent appel incident.

Cet appel incident est recevable, mais non fondé.

C'est à juste titre que les juges de première instance ont débouté PERSONNE2.) et PERSONNE3.) de leurs demandes respectives à titre d'indemnité de procédure en l'absence de justification de la condition d'iniquité.

En ce qui concerne l'instance d'appel, la Cour considère qu'il n'est pas inéquitable de laisser à leur charge l'entièreté des frais non compris dans les dépens, de sorte qu'ils sont à débouter de cette demande.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel de PERSONNE1.) ;

le dit non fondé,

confirme le jugement entrepris ;

déclare l'arrêt commun à PERSONNE3.), PERSONNE4.), Maître MANDATAIRE DE JUSTICE1.) pris en sa qualité d'administrateur provisoire de la société anonyme SOCIETE2.) et de la société en commandite par action d'SOCIETE1.) SCA SICAV – FIS ;

dit l'appel incident de PERSONNE2.) et PERSONNE3.) recevable ;

déclare la demande d'PERSONNE2.) et de PERSONNE3.) à se voir allouer par réformation du jugement, un indemnité de procédure pour la première instance non fondée ;

déboute PERSONNE1.) de sa demande basée sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile pour l'instance d'appel ;

déboute PERSONNE2.) et PERSONNE3.) de leurs demandes basées sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile pour l'instance d'appel ;

déboute PERSONNE4.) de sa demande basée sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile pour l'instance d'appel ;

condamne PERSONNE1.) aux frais et dépens de la présente instance de l'instance d'appel avec distraction au profit de la société en commandite simple ORGANISATION3.) qui la demande, déclarant en avoir fait l'avance.