

Arrêt référé

Audience publique du 19 janvier deux mille onze

Numéro 36147 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 :

1. la société anonyme M),

2. la société anonyme de droit belge C),

3. la société de droit de la République des Seychelles B) Ltd.,

appelantes aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Yves
TAPELLA d'Esch/Alzette en date du 25 mai 2010,

comparant par Maître François BROUXEL, avocat à la Cour,
demeurant à Luxembourg,

e t :

la société anonyme O),

intimée aux fins du susdit exploit TAPELLA du 25 mai 2010,

comparant par Maître Albert MORO, assisté de Maître Olivier POELMANS, avocats à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Estimant que le conseil d'administration de la société anonyme de droit luxembourgeois O) S.A. (ci-après « O »), en procédant à deux augmentations de capital en date des 6 et 8 avril 2010, leur a causé un trouble manifestement illicite, a procédé à des mesures inutiles et leur a causé préjudice, la société anonyme de droit luxembourgeois M) S.A. (ci-après « M »), la société anonyme de droit belge C) S.A. (ci-après « C ») et la société B) LTD (ci-après « B ») ont assigné O) devant le juge des référés de Luxembourg, pour, sur base principalement de l'article 933, alinéa 1er du Nouveau Code de Procédure civile et subsidiairement, sur base de l'article 932 du même code, ordonner toutes les mesures provisoires ou de remise en état qui s'imposent afin de prévenir ce dommage imminent, notamment suspendre les décisions des 6 et 8 avril 2010 du Conseil d'administration (ci-après « CA ») de O) de procéder aux augmentations de capital litigieuses, et ordonner la suspension de tous les effets de ces décisions, à savoir notamment, la suspension de l'émission d'actions nouvelles en conséquence de ces décisions, la suspension de l'allocation des nouvelles actions aux nouveaux acquéreurs en conséquence de ces décisions, la suspension de l'augmentation du capital social d'O), la suspension de l'augmentation du nombre d'actions représentant le capital social d'O) en conséquence de ces décisions.

En cours d'instance, M), C) et B) ont demandé au juge saisi de suspendre la décision de l'assemblée générale des actionnaires (ci-après « AG ») d'O) du 8 juillet 2008 ainsi que la décision du CA du 14 avril 2010, ayant décidé une nouvelle augmentation de capital.

Par son ordonnance du 22 avril 2010, le juge des référés a reçu la demande en la pure forme, a déclaré irrecevable la demande en suspension des décisions du CA d'O) des 6, 8 et 14 avril 2010 et a rejeté la demande d'O) en obtention d'une indemnité de procédure.

De cette décision, M), C) et B) ont régulièrement interjeté appel par exploit d'huissier du 25 mai 2010.

Ces sociétés concluent à la réformation de l'ordonnance entreprise et demandent à la Cour de constater la recevabilité de leur demande tendant à la suspension des décisions du CA d'O) des 6, 8 et 14 avril 2010, de

constater l'illégalité de la décision relative au capital autorisé de l'AG d'O) du 8 juillet 2008, de constater l'illégalité des décisions d'augmentation de capital prises dans le cadre du capital autorisé par le CA d'O), notamment les décisions des 6, 8 et 14 avril 2010.

Elles demandent encore de constater l'existence de troubles manifestement illicites résultant (1) du non-respect par le CA d'O) des différentes conditions fixées par la délégation consentie le 8 juillet 2008 par l'AG et (2) du détournement de la procédure d'augmentation de capital dans le seul intérêt des dirigeants d'O), au mépris de l'intérêt social et des droits des actionnaires. Les appelantes demandent par voie de conséquence de prononcer la suspension des décisions prises par le CA d'O) en date des 6, 8 et 14 avril 2010 en vue de procéder aux trois augmentations de capital litigieuses et de prononcer la suspension de tous les effets des prédites décisions des 6, 8 et 14 avril 2010.

Elles demandent par ailleurs une indemnité de 15.000.- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure civile.

A l'appui de leur appel, M), C) et B) critiquent la décision de première instance, d'abord, pour avoir retenu que la demande en suspension de la décision du CA du 14 avril 2010 constituerait une demande nouvelle alors que l'objet et la cause de cette demande seraient identiques à ceux des demandes de suspension des deux autres décisions du CA.

Elles estiment ensuite que, contrairement à l'appréciation faite en première instance, il appartiendrait au juge des référés d'examiner si l'ordre du jour, l'annonce spéciale des convocations de l'AG du 8 juillet 2008 ou le rapport du CA ont été conformes aux termes de l'article 32-2 de la loi sur les sociétés commerciales alors que l'examen de la validité de la délégation donnée au CA pour procéder aux augmentations de capital devrait précéder l'analyse des demandes de suspension des décisions du CA.

Les parties appelantes font valoir en troisième lieu que le juge de première instance se serait trompé en admettant, sur base d'un courrier de l'administrateur judiciaire de la procédure de sauvegarde en France, que les augmentations de capital litigieuses auraient été effectuées dans l'intérêt social, alors que l'intérêt d'O) n'aurait jamais été le critère de décision du CA lors des augmentations de capital du début du mois d'avril 2010.

Elles critiquent, quatrième, qu'il a été admis en première instance que les prix d'émission fixés pour l'augmentation de capital de début avril 2010 auraient été supérieur à la valeur comptable par action.

Dans un cinquième point, M), C) et B) critiquent le juge des référés de première instance pour avoir considéré que, étant donné qu'il n'avait pas compétence pour juger le fond du litige, il n'aurait pas compétence pour apprécier si les trois conditions contenues dans la délégation du 8 juillet 2008 auraient été respectées lors de l'augmentation de capital d'avril 2010.

Finalement, les appelantes estiment que l'appréciation du juge de première instance, d'après laquelle les augmentations de capital des 6 et 8 avril 2010, n'ont pas engendré de dommage imminent, nécessitant l'intervention du juge afin d'éviter la production de suites irréparables, serait erronée alors que l'émission de 3.110.000 actions nouvelles par le CA d'O) a permis à ce CA de rester en place et d'obtenir des votes en sa faveur lors de l'AG du 26 avril 2010.

Dans une note de plaidoiries, les parties appelantes contestent par ailleurs toutes les conclusions de la partie intimée.

L'intimée O) conclut à l'irrecevabilité des demandes des parties appelantes.

Elle soulève en premier lieu la nullité de l'acte d'appel pour absence des mentions obligatoires prévues par la loi en ce qui concerne la personne ou l'organe qualifié pour représenter les sociétés C) et B) en justice.

Elle estime que les demandes sont sans objet puisque les mesures dont la suspension est demandée ont été exécutées et elles font valoir que l'action doit en tout état de cause être déclarée irrecevable étant donné que les parties appelantes n'ont pas attiré à la procédure les personnes concernées par les mesures demandées, c'est-à-dire les nouveaux actionnaires.

Elle demande la confirmation de l'ordonnance en ce qu'elle a déclaré irrecevables les demandes nouvelles tendant à se prononcer sur la validité de l'AG du 8 juillet 2008 et sur la suspension de la décision du CA du 14 avril 2010.

O) conclut également à la confirmation en ce que les conditions légales du référé ne sont pas remplies. Il n'y aurait ni urgence, ni trouble manifestement illégitime et les conditions de l'article 932 du Nouveau Code de Procédure civile ne seraient pareillement pas remplies.

Elle demande le rejet de l'indemnité de procédure de 15.000.- EUR réclamée par les parties appelantes et elle sollicite à son tour une telle indemnité du même montant.

La nullité de l'assignation et de l'acte d'appel

Les questions de procédure sont soumises à la loi du for, notamment les règles qui président à la structure et au déroulement d'un procès ainsi que les questions qui relèvent de la théorie de l'action en justice.

Le juge doit donc examiner au regard de sa propre loi quelles sont les exigences qu'il peut requérir de la part d'une partie demanderesse au regard de la désignation de son représentant en justice.

Or, l'article 153 du Nouveau Code de Procédure civile n'exige pas l'indication de l'organe qualifié pour représenter une personne morale en justice (cf. Cass. 2 avril 2009 ; n°2622 du registre).

Il est vrai que dans le passé certaines décisions de justice ont cru pouvoir s'appuyer sur l'article 163 du même code, qui concerne cependant la question de savoir par quel organe sont assignées certaines parties défenderesses, pour justifier une nullité (de fond) de l'exploit introductif d'instance dans l'hypothèse d'un défaut ou d'une erreur dans l'indication de l'organe qualifié pour représenter une société en justice.

Cette position ne peut, au vu des arrêts récents de la Cour de cassation, plus être soutenue aujourd'hui.

Ainsi, l'absence d'indication de l'organe représentant une société en justice, voire une indication erronée de l'organe représentatif, n'entraîne pas la nullité de l'exploit introductif d'instance (cf. Cass. 2 avril 2009 ; n°2622 du registre), étant encore précisé que les exploits pour ou contre une société sont valablement faits au nom de la société seule (cf. Cass. 15 novembre 2001 ; n°1826 du registre).

Il s'ensuit que le moyen de nullité a été rejeté à bon droit par le juge de première instance.

L'objet des demandes et l'absence de mise en cause des nouveaux actionnaires

En référé, l'existence de l'intérêt à agir dépend de la mesure ou de chacune des mesures sollicitées. Le juge a à vérifier si le demandeur invoque, pour justifier la mesure, la protection ou la lésion d'un droit subjectif. Dans l'affirmative, l'intérêt à agir est indéniable tandis que l'existence effective et l'étendue du droit allégué, ainsi que l'adéquation des mesures demandées relèvent de l'appréciation du fondement de la demande.

En l'espèce, les parties appelantes réclament un certain nombre de mesures de suspension qui, selon elles, auraient pour but et pour effet, de remédier au préjudice qu'elles invoquent en ce que les augmentations de capital et la rentrée de nouveaux actionnaires a entraîné la diminution de leur propre poids dans O) (7,86 % des droits de vote contre 10,09 % précédemment), soit de prévenir une aggravation de ce préjudice.

Dès lors que les parties appelantes se prétendent titulaires d'un droit subjectif à la limitation ou à la prévention de l'aggravation d'un préjudice personnel, il convient de leur reconnaître un intérêt à agir et il convient par conséquent de procéder à l'examen du fondement de ces mesures.

La suspension, par le juge des référés d'une décision prise par un organe d'une société anonyme est concevable s'il s'agit de décisions internes à la société. En l'espèce, les décisions querellées concernent toutefois des engagements contractés par la société à l'égard de tiers. En effet, les nouveaux actionnaires qui ont souscrit aux augmentations de capital sont devenus titulaires de droits à part entière dans O) et ils ont déjà exercé leurs droits de vote dans le cadre de l'assemblée générale du 26 avril 2010. Or, ces nouveaux actionnaires, directement concernés par les mesures sollicitées, n'ont même pas été appelés en cause de sorte que, s'il était fait droit aux demandes, ils pourraient être privés à leur insu, et du moins temporairement, de leurs droits acquis.

De telles mesures, dites de suspension, mais qui affectent des droits acquis par des tiers sont irrecevables en référé.

Il convient par conséquent de confirmer, bien que pour d'autres motifs, la décision de première instance qui a déclaré irrecevable la demande en suspension des décisions du CA d'O) des 6, 8 et 14 avril 2010.

Les indemnités sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure civile

Les appelantes qui succombent dans leurs prétentions n'ont pas droit à une indemnité de procédure tandis que la partie intimée n'a pas démontré qu'il serait inéquitable de laisser les frais qui ne peuvent être répétés à sa charge.

Il y a en conséquence lieu de débouter les parties de leurs demandes sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure civile.

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 déclare non fondé et confirme l'ordonnance entreprise ;

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

condamne les parties appelantes aux frais de l'instance d'appel.