

Arrêt référé

Audience publique du 27 juin deux mille douze

Numéro 37879 du rôle.

Composition:

Odette PAULY, conseiller, président;

Pierre CALMES, conseiller;

Agnès ZAGO, conseiller;

Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

1. GC),

2. AC),

3. MC),

appelants aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Josiane GLODEN d'Esch/Alzette en date du 5 octobre 2011,

comparant par Maître Aloyse MAY, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

e t :

1. la société anonyme U),

intimée aux fins du susdit exploit GLODEN du 5 octobre 2011,

comparant par Maître Pierre THIELEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

2. la société anonyme O),

intimée aux fins du susdit exploit GLODEN du 5 octobre 2011,

comparant par Maître Christian GAILLOT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

3. M), membre du conseil d'administration de U) S.A.,

intimée aux fins du susdit exploit GLODEN du 5 octobre 2011,

comparant par Maître Fabio TREVISAN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR DAPPEL :

Par exploit du 28 juin 2011, GC), AC) et M C) avaient fait assigner, d'une part, la société anonyme U) SA, la société anonyme O) SA, deux sociétés dont les requérants affirment être les actionnaires et créanciers en leur qualité d'héritiers réservataires de feu EC) qui aurait été le propriétaire des actions de ces deux sociétés et, d'autre part, M), en sa qualité de membre du conseil d'administration de U) S.A., devant le juge des référés pour y voir nommer un administrateur provisoire des sociétés U) et O), au motif que les requérants estiment avoir des raisons de croire que M), ancienne concubine du défunt EC), n'abuse de sa qualité d'actionnaire illégitime des sociétés O) et U) pour empêcher le fonctionnement normal de cette dernière et porter ainsi gravement préjudice aux deux sociétés. Les requérants avaient également demandé à l'audience du 22 août 2011 la production forcée de documents relatifs aux assemblées générales desdites sociétés en application de l'article 288 du NCPC, au motif qu'elles auraient certainement été tenues irrégulièrement.

Par ordonnance du 26 août 2011, le juge des référés a déclaré irrecevable la demande en nomination d'un administrateur provisoire des sociétés O) et U), ainsi que la demande en production forcée de certains documents sociaux.

Pour statuer ainsi, le juge des référés a constaté que s'il est exact qu'il ressort de la liste de présence de l'assemblée générale extraordinaire de la société U) du 17 novembre 2008 que EC) y apparaît comme actionnaire à hauteur d'une action et qu'il ressort de la liste de présence de l'assemblée générale extraordinaire de la société O) du 24 novembre 2009 que EC) y apparaît comme détenteur du certificat au porteur n° 1 représentant la totalité des actions de la société O), il résultait a contrario d'un courrier du 28 mars 2011 de B), ancien commissaire aux comptes des deux sociétés jusqu'au mois de juin respectivement novembre 2009, qu'EC) était le seul bénéficiaire économique de la société O), dont il détenait indirectement les actions à travers une société que l'on peut qualifier d'exotique, ainsi que d'un courrier daté du 30 septembre 2010 de la Fiduciaire X) SA, commissaire aux comptes actuel des sociétés, qu'à leur connaissance, EC) n'est ni le bénéficiaire économique, ni l'actionnaire de la société. En retenant que la seule qualité de bénéficiaire économique des sociétés, à la supposer établie au jour du décès de EC), ne prouve pas que ce dernier était actionnaire de ces sociétés, alors que ni le droit des sociétés, ni le droit contractuel luxembourgeois ne connaissent la notion de bénéficiaire économique, le juge des référés en a déduit que la qualité d'actionnaire de feu EC) des deux sociétés au moment de son décès n'était dès lors pas établie à l'abri de tout doute, alors surtout qu'il était nullement prouvé qu'il était l'actuel détenteur des actions et qu'il n'était pas davantage prouvé que M) en était l'actuelle détentrice après s'être rendue coupable d'une appropriation frauduleuse. Le juge des référés a encore retenu qu'il résultait du procès-verbal de la publication des dernières volontés de feu EC) daté du 21 janvier 2010 que le dernier domicile de ce dernier se trouvait à Muralto en Suisse, que dès lors la loi suisse était applicable à sa succession et que les consorts C) étaient restés en défaut d'établir qu'ils ont la qualité d'héritiers réservataires au regard de la loi suisse. Le juge des référés a déduit de ces considérations que la qualité d'actionnaires des consorts C) était sérieusement contestable.

Finalement le juge des référés a rejeté la demande en communication de pièces au motif qu'indépendamment de la base légale invoquée, une telle demande n'est recevable qu'à la condition que les pièces à produire soient désignées avec la précision requise et que cette condition ne serait pas remplie en l'occurrence.

Par exploit d'huissier du 5 octobre 2011, les consorts C) ont régulièrement relevé appel de cette ordonnance et ont demandé, par réformation de l'ordonnance entreprise, la reconnaissance de leur qualité d'actionnaires des deux sociétés intimées, leur qualité de créanciers de la société U) et par conséquent la nomination d'un administrateur provisoire des deux sociétés intimées avec les missions plus amplement spécifiées dans l'acte d'appel et la communication forcée des documents tels que

précisés dans l'acte d'appel sur base des articles 284 et 288 du NCPC. Les appelants soutiennent plus particulièrement qu'ils sont à considérer comme créanciers de la société U) alors que feu EC) aurait avancé des sommes importantes à cette société en difficulté.

Les parties intimées ont demandé la confirmation de l'ordonnance entreprise.

Il est généralement admis qu'ont qualité pour demander en justice la nomination d'un administrateur provisoire, la société, personne distincte de ses associés, les associés ou actionnaires, les organes sociaux comme le conseil d'administration, l'administrateur délégué, le gérant, le commissaire en compte. Le droit d'agir des simples créanciers n'est permis que si la société est pratiquement en état de liquidation ou lorsqu'il n'existe plus aucun organe représentatif de la société (cf Emile Penning, « De la désignation en référé d'administrateurs provisoires et de séquestre », Bulletin Cercle Laurent II, 1991, n° 9, p.7). Les parties appelantes sont cependant restées en défaut d'établir qu'elle revêt une quelconque de ces qualités.

Les règles du code civil en matière de transmission mobilière, et plus particulièrement l'article 2279 du code civil, suivant lequel en fait de meuble, la possession vaut titre, sont applicables aux actions au porteur. Les appelants ne sont pas détenteur des actions des deux sociétés intimées. Ils le reconnaissent implicitement, puisqu'ils ont introduit une procédure d'opposition sur titres au porteur, telle que prévue par la loi du 3 septembre 1996. Même à supposer qu'il faille admettre qu'ils sont les héritiers réservataires de feu EC), c'est à juste titre et pour les motifs que la Cour adopte que le premier juge a admis que les appelants n'ont pas établi qu'au moment de son décès, EC) était l'actionnaire des deux sociétés. Même à supposer que les appelants aient rapporté la preuve que feu EC) était le bénéficiaire économique des deux sociétés, c'est encore à juste titre que le premier juge a retenu qu'aucun droit n'était reconnu par la législation luxembourgeoise à la qualité de bénéficiaire économique.

Les appelants soutiennent qu'ils ont la qualité de créanciers de la société U) en raison des importantes sommes avancées par EC) à titre d'« avances-actionnaire ». Par ordonnance de référé du 17 novembre 2011, la demande des consorts C) en paiement d'une provision de 3.196.039,02 € à titre de restitution des sommes avancées par EC) à la société U) a été déclarée irrecevable. La qualité de créanciers de la société U) des appelants est dès lors sérieusement contestable.

C'est partant à juste titre que la demande en nomination d'un administrateur provisoire des sociétés intimées a été déclarée irrecevable pour défaut de qualité à agir des appelants.

Les appelants ont encore demandé la production forcée d'un certain nombre de documents sur base des articles 284 et 288 du NCPC. L'article 284 du NCPC dispose que si, dans le cours d'une instance, une partie entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut demander au juge saisi de l'affaire d'ordonner la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce. L'article 288 du même code dispose que les demandes de production des éléments de preuve détenus par les parties sont faites et leur production a lieu, conformément aux dispositions des articles 284 et 285 du Nouveau Code de Procédure Civile. En d'autres termes, dans une instance, une partie peut demander au juge saisi d'ordonner la communication d'une pièce détenue par une autre partie ou par un tiers. Les appelants demandent la communication forcée d'un certain nombre de pièces concernant les assemblées générales de la société U) pour les années 2008 à 2010 et de la société O) pour les années 2009 et 2010 ainsi que de documents en relation avec l'assemblée générale extraordinaire de la société U) du 3 juin 2010, détenus par les parties intimées et par un tiers, en l'occurrence, le commissaire aux comptes des sociétés intimées, afin de permettre aux appelants de prouver que les organes statutaires des sociétés intimées ne fonctionnent pas régulièrement et pour justifier ainsi la nomination d'un administrateur provisoire. Etant donné que la qualité des appelants pour agir en nomination d'un administrateur provisoire est sérieusement contestable, leur demande en communication forcée de pièces destinée à prouver le bien-fondé de leur demande en nomination d'un administrateur provisoire doit être déclaré irrecevable pour le même motif.

Il découle de ce qui précède que l'appel est à déclarer non fondé.

La partie appelante sollicite une indemnité de procédure de 5.000.- euros. Cette demande est à rejeter au vu du sort réservé à l'appel.

Les parties intimées ont demandé la condamnation des appelants au paiement d'une indemnité de procédure. En l'absence de toute preuve qu'il serait inéquitable de laisser à leur charge l'entièreté des frais non compris dans les dépens ces demandes sont également à déclarer non fondées.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel,

le dit non fondé ;

partant,

confirme l'ordonnance entreprise ;

dit non fondée la demande des parties basée sur l'article 240 du NCPC,

condamne les appelants solidairement aux frais et dépens de l'instance d'appel.