

Arrêt référé

Audience publique du 10 juillet deux mille treize

Numéro 39524 du rôle.

Composition:

Marie-Anne STEFFEN, président de chambre;

Odette PAULY, premier conseiller;

Pierre CALMES, conseiller;

Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

1. SP) LIMITED,

2. Y) PTE LTD,

appelantes aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLE de Luxembourg en date du 22 janvier 2013,

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

e t :

la société anonyme PC) CO. LTD,

intimée aux fins du susdit exploit GALLE du 22 janvier 2013,

comparant par Maître Yves PRUSSEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

en présence de :

1. B),

2. A),

parties mise en intervention suivant le susdit exploit GALLE du 22 janvier 2013,

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

3. la société anonyme PCY), établie et ayant son siège social à L-1331 Luxembourg, 65, bd. G.-D. Charlotte, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

partie mis en intervention suivant le susdit exploit GALLE du 22 janvier 2013,

comparant par Maître Arsène KRONSHAGEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR DAPPEL :

Par exploit d'huissier de justice du 26 novembre 2012, la société PC) Co. Ltd, société de droit de la République de Chine (Taïwan) (ci-après PC) Co. Ltd Taïwan) a fait comparaître, suite à l'autorisation présidentielle du 21 novembre 2012, la société anonyme PCY) S.A. (ci-après PCY) Luxembourg), la société de droit de la République de Chine (Taïwan) SP) Limited (ci-après SP)), la société de droit de la République de Singapour Y) Pte. Ltd (ci-après Y)), et pour autant que de besoins B), A) et F) devant le président du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière de référé et en audience extraordinaire, pour voir nommer un administrateur provisoire avec la mission de gérer la société PCY) Luxembourg, pour voir prononcer la suspension des pouvoirs du conseil d'administration de la société PCY) Luxembourg actuellement en fonctions, pour faire défense à PCY) Luxembourg de poser des actes de disposition et de céder un de ses actifs en faveur de quiconque, pour voir ordonner que les pouvoirs de l'administrateur provisoire soient publiés au Mémorial C et

inscrits au Registre de Commerce et des Sociétés, et pour voir ordonner l'exécution provisoire de l'ordonnance.

Par exploit d'huissier de justice du 26 novembre 2012, PC) Co. Ltd société de droit de la République de Chine (Taïwan) a fait comparaître, suite à l'autorisation présidentielle du 21 novembre 2012, PCY) Luxembourg, SP) et Y) devant le président du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière de référé et en audience extraordinaire, pour voir nommer un séquestre avec la mission de conserver les 540.000 actions émises lors de l'assemblée générale de PCY) Luxembourg tenue le 10 janvier 2012 et inscrites au registre des actions nominatives aux noms de Y) et de SP), pour voir dire que le séquestre pourra et devra accomplir tous les actes nécessaires à la préservation des intérêts de PC) Co.Ltd Taïwan et de PC) Singapour, pour voir dire que sa mission durera tant qu'il n'en sera pas déchargé moyennant décision de justice à intervenir soit en référé soit au fond ou bien moyennant accord de toutes les parties intéressées, pour voir donner acte à PC) Co.Ltd Taïwan qu'elle offre de faire l'avance des frais du séquestre et de toutes autres sommes que le séquestre devra exposer dans l'intérêt de la conservation des actions et des droits y attachés, pour voir dire que la restriction aux pouvoirs des organes sociaux de PCY) Luxembourg sera publiée au Mémorial C et au registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg et pour voir ordonner l'exécution provisoire de l'ordonnance.

Par ordonnance du 4 janvier 2012, la mise hors cause de F) a été ordonnée, il a été ordonné à PC) Co. Ltd Taïwan de fournir dans un délai de quinze jours suivant la signification de l'ordonnance, auprès de la Caisse de Consignation, chaque fois la somme de 15.000.- € à titre de *cautio judicatum solvi* afin de garantir les frais résultant des deux procès l'opposant à la société anonyme de droit luxembourgeois PCY) S.A., il a été dit que PC) Co. Ltd Taïwan n'est pas tenue de fournir une caution judiciaire au profit des sociétés SP) Limited et Y) Pte. Ltd et à B) et A), la suspension des pouvoirs du conseil d'administration de PCY) Luxembourg S.A. en fonctions a été prononcée, Maître Arsène KRONSHAGEN, a été nommé administrateur provisoire de PCY) Luxembourg S.A., avec la mission de gérer et d'administrer la société PCY) Luxembourg S.A., suivant les lois et usages du commerce, et en conformité avec son objet social, à l'exclusion d'actes de disposition des avoirs de la société, d'engagements financiers et d'investissements dépassant la gestion journalière et ce jusqu'à ce qu'une décision définitive sur le fond du litige soit intervenue entre les parties, Maître Arsène KRONSHAGEN a été nommé séquestre avec la mission de conserver les 540.000 actions émises lors de l'assemblée générale de PCY) Luxembourg S.A. tenue le 10 janvier 2012 et inscrites au registre des actions nominatives au nom de Y) Pte Ltd et SP) Limited (actuellement SP) Holdings Ltd), les demandes en allocation d'une indemnité de procédure sur

base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ont été rejetées et l'exécution provisoire de l'ordonnance a été subordonnée à la constitution des cautions judiciaires par PC) Co. Ltd Taïwan.

Par exploit d'huissier de justice du 22 janvier 2013 signifié à la société de droit de la République de Chine (Taïwan) PC) Co. Ltd, la société de droit de la République de Chine (Taïwan) SP) Limited et la société Y) Pte. Ltd de droit de la République de Singapour ont régulièrement interjeté appel contre l'ordonnance rendue le 4 janvier 2013 par le juge des référés, siégeant en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, pour la voir réformer et mettre à néant dans son intégralité, pour voir condamner la partie intimée au paiement d'une indemnité de procédure de 10.000.- € et aux frais et dépens de l'instance.

Le même exploit a été signifié à B), à A), et à la société anonyme de droit luxembourgeois PCY) S.A. pour leur rendre opposable le présent arrêt.

A l'appui de sa demande initiale, la société PC) Co. Ltd Taïwan a exposé que par acte notarié du 8 juillet 2009, PCY) Luxembourg a été constituée et l'intégralité du capital social a été souscrite par PC) Singapour, dont elle est actionnaire majoritaire pour en détenir 55% du capital social, que les deux autres actionnaires de PC) Singapour sont SP), à raison de 10%, et Y), à raison de 35% du capital social, que PCY) Luxembourg et ses filiales en Italie ont comme objet le développement de plusieurs unités de production d'électricité implantées en Italie, que PC) Singapour, PCY) Luxembourg et les filiales italiennes constituent le groupe « Groupe PCY) », que la gestion de ce groupe a été assurée par B), qu'en décembre 2011, ce dernier annonçait que les filiales italiennes, propriétaires des panneaux solaires, avaient besoin de nouveaux financements de plus de 7 millions d'euros, que la société PC) Co. Ltd Taïwan exigeait que SP) et Y) devaient également participer au financement du « Groupe PCY) », que suite à cette demande, B) et A), membres du conseil d'administration de PC) Singapour, ont signé une procuration datée du 23 décembre 2011, autorisant Maîtres Valérie Kopéra et Fabio Trévisan, à représenter PC) Singapour à une assemblée générale extraordinaire de PCY) Luxembourg pour y voter en faveur de toutes les résolutions prévues dans la procuration, notamment le vote en faveur d'une résolution autorisant une augmentation de capital de PCY) Luxembourg et que les actions nouvellement émises dans PCY) Luxembourg soient souscrites par SP) (240.000 actions) et par Y) (300.000 actions), que l'assemblée a encore pris acte que PC) Singapour a expressément renoncé à souscrire l'augmentation de capital de la société, que suite à cette augmentation de capital PC) Singapour ne détiendrait plus que 5,42% des actions émises par PCY) Luxembourg et l'intérêt indirect de la société PC) Co. Ltd Taïwan dans PCY) Luxembourg serait dilué de 55% à 2,98%.

La société PC) Co.Ltd Taïwan a soutenu que la procuration du 23 décembre 2011 aurait été signée par B) et A) sans qu'elle ou Feng-Hao Simon Chang, l'administrateur nommé au conseil d'administration de PC) Singapour par elle, n'aient reçu une quelconque notification, n'aient assisté ou été représentés à une quelconque réunion du conseil d'administration ou à une assemblée générale des actionnaires de PC) Singapour, n'aient donné leur accord, par écrit ou en émettant un vote à une quelconque réunion du conseil d'administration ou à une assemblée générale des actionnaires de PC) Singapour relativement à la signature de la procuration, la convocation d'une assemblée générale extraordinaire de PCY) Luxembourg et des résolutions prises à l'assemblée générale extraordinaire de PCY) Luxembourg, qu'en conséquence, la procuration serait nulle pour avoir été signée en violation de l'article 56 A(i) des statuts de PC) Singapour, exigeant la signature de la société PC) Co. Ltd Taïwan pour toute décision de PCY) Luxembourg, qu'en conséquence l'acte d'augmentation de capital du 10 janvier 2012, réalisé au moyen de ladite procuration, serait nul, que, par ailleurs, Y) et SP), faisant usage de la majorité acquise en fraude des droits de la société PC) Co. Ltd Taïwan et de PC) Singapour, ont encore révoqué Feng-Hao Simon Chang du conseil d'administration de PCY) Luxembourg par une décision des associés du 9 février 2012.

Le juge des référés a dit que dans la mesure où la société PC) Co. Ltd Taïwan, en sa qualité d'actionnaire majoritaire de PC) Singapour prétend avoir été évincée de sa participation dans PCY) Luxembourg suite à l'augmentation de capital de cette dernière par les actionnaires minoritaires, elle a un intérêt et qualité à agir en référé aux fins d'obtention de mesures conservatoires destinées à sauvegarder ses intérêts.

Le juge de première instance a retenu que l'augmentation de capital décidée et finalisée par l'acte du 10 janvier 2012 est irrégulière pour ne pas être conforme aux prescriptions statutaires prévues par l'article 56 A(i) des statuts de PC) Singapour, à défaut de notification à l'actionnaire majoritaire d'un délai de souscription antérieurement à l'augmentation de capital effective, qu'au vu des décisions prises lors des assemblées, à savoir la révocation unilatérale de M.Chang en sa qualité d'administrateur et l'augmentation de capital en violation du droit de souscription de la société PC) Co. Ltd Taïwan, il y a urgence à agir afin de permettre à la société PC) Co. Ltd Taïwan évincée de recouvrer ses droits et d'éviter tout risque de spoliation des biens sociaux, qu'il s'ensuit que la société PCY) Luxembourg est actuellement dirigée par un conseil d'administration sujet à contestations sérieuses dont les décisions sont susceptibles d'être révoquées en cas d'annulation de l'acte d'augmentation de capital du 10 janvier 2012 suite à l'annulation de la procuration du 23 décembre 2011, que les droits de la société PC) Co. Ltd Taïwan se trouvant lésés, étant donné que sa

participation au capital social de la société PCY) Luxembourg et partant son pouvoir décisionnel au sein de l'assemblée générale sont réduits, qu'il s'ensuit que la demande de la société PC) Co. Ltd Taïwan est à accueillir sur base de l'article 933 alinéa 1er du Nouveau Code de procédure civile et de suspendre les pouvoirs du conseil d'administration de la société PCY) Luxembourg actuellement en fonctions.

Les parties appelantes contestent la décision entreprise au motif que la partie intimée la société PC) Co. Ltd Taïwan n'a aucun intérêt direct et personnel à demander tant la nomination d'un administrateur provisoire de la société PCY) Luxembourg que d'un séquestre des actions nouvellement émises par cette dernière, que la partie intimée, la société PC) Co. Ltd Taïwan, ne saurait agir au nom et pour le compte de la société PC) Singapour étant donné qu'elle n'a aucun titre à cet effet, qu'elle ne dispose d'aucun pouvoir spécial pour représenter la société PC) Singapour, d'autant plus que leurs intérêts sont différents, même divergents et contradictoires, qu'en effet la partie intimée, la société PC) Co. Ltd Taïwan, n'est ni actionnaire ni créancière de la société PCY) Luxembourg et en tant que telle n'a aucun intérêt direct et personnel à agir dans le cadre de l'instance en référé, condition préalable à toute action, et n'a pas qualité à agir, que la société PC) Co. Ltd Taïwan est actionnaire de la société PC) Singapour, qui elle-même est actionnaire de la société PCY) Luxembourg, qui est une sous-filiale de la partie intimée.

Les parties appelantes soutiennent que la seule personne qui aurait une telle qualité et un tel intérêt serait un des actionnaires directs de la société PCY) Luxembourg, en l'occurrence la société PC) Singapour, que la question de la régularité de la décision prise par le conseil d'administration de cette dernière de renoncer à son droit préférentiel de souscription et la validité du pouvoir de représentation accordé suite à cette décision relèveraient exclusivement du droit de Singapour et du juge du fond.

La société intimée PC) Co. Ltd Taïwan expose que les parties adverses ont commis un faux intellectuel, que la décision au niveau du conseil d'administration de la société PC) Singapour a été prise en violation flagrante du pacte d'actionnaires. La société intimée conteste que la société PC) Singapour ait régulièrement renoncé à son droit préférentiel de souscription dans le cadre de l'augmentation du capital de la société luxembourgeoise.

La société intimée PC) Co. Ltd Taïwan explique que le conseil d'administration de la société de Singapour se trouve complètement « bloqué », que le droit de la République de Singapour ne connaît pas la procédure en nomination d'un administrateur provisoire, qu'une procédure

d'arbitrage est en cours, qu'elle aurait un intérêt à formuler les demandes en cause.

Avant tout autre développement, il y a lieu d'analyser la qualité de la société demanderesse initiale, actuelle intimée, pour solliciter la désignation d'un administrateur provisoire dans la société PCY) Luxembourg.

Il est constant que la société PC) Co. Ltd Taïwan ne détient pas d'action de la société PCY) Luxembourg, que sa position est celle d'un associé de la société mère à l'égard d'une sous-filiale, c'est-à-dire elle revêt la qualité d'associé « indirect ».

Ont qualité pour demander en justice la nomination d'un administrateur provisoire : la société, personne morale distincte de ses associés et, par répercussion, les associés ou actionnaires; les organes sociaux comme le conseil d'administration, l'administrateur délégué, le gérant, le commissaire en compte; ainsi que les créanciers de la société, lorsque la société est pratiquement en état de liquidation ou quand il n'existe plus aucun organe représentatif de la société (Emile PENNING: "De la désignation en référé d'administrateurs provisoires et de séquestres", Bulletin Cercle François Laurent II, 1991, no 9, p.7).

En principe, l'associé d'une société associée ne peut demander la désignation d'un administrateur provisoire dans la société dont il est l'associé « indirect » (cf. Cour d'appel de Paris 1^{er} juin 2007, 1rech.B).

En l'occurrence, la nomination de l'administrateur provisoire dans la société PCY) Luxembourg et la mise sous séquestre des actions nouvellement émises par cette dernière se justifieraient par le fait que la décision de l'assemblée générale de la société PCY) du 10 janvier 2012 serait frappée de nullité, la procuration établie au nom de l'associé unique constituant un faux intellectuel.

La solution repose donc également sur l'intérêt de la société demanderesse initiale, la société PC) Co. Ltd Taïwan, à se prévaloir de la nullité de cette décision sociale de la société PCY) Luxembourg.

A été déclarée non fondée la demande en nomination d'un réviseur d'entreprise par les actionnaires de la société mère ayant pour objet l'accès aux bilans et documents comptables des sociétés filiales (cf. Trib. d'arr. Luxembourg 30 janvier 2009 n° 126/09), au motif que « l'examen de la situation financière de sociétés affiliées étrangères consisterait à procéder à des investigations de nature très générale et au surplus auprès de personnes juridiques tierces ne figurant pas dans la procédure engagée par la demanderesse » et qu'« il ne saurait être question d'autoriser des

investigations dans les livres de tiers, alors même qu'ils ne seraient pas complètement étrangers à la société » (Resteau : Les sociétés anonymes devant la loi belge, Tomme III éd. 1013 no 1397 ; Frédéricq : Traité de droit commercial belge, Tome V éd. 1950 no 761, Trib. d'arr. 26 octobre 1977 n° 536/77).

Toutefois, une irrecevabilité de principe de la demande présentée par un associé « indirect » n'aurait guère de fondement juridique dès lors qu'à travers l'atteinte à l'intérêt social d'une société celui d'une autre société du même groupe peut également être menacé. Ainsi, la Cour de cassation française a admis la nomination d'un administrateur provisoire commun à plusieurs sociétés d'un groupe dans une hypothèse où la mesure a été sollicitée par une requête commune présentée par l'ensemble des sociétés et tout en faisant ressortir que le péril retenu s'étendait nécessairement à l'ensemble des sociétés du groupe (cf. Cass. fr. com. 5 février 1985, Bulletin 1985 IV N. 44 p. 37).

Cependant dans l'hypothèse d'un dysfonctionnement dans un groupe de sociétés, il importe que toutes les sociétés concernées soient parties à l'instance afin de respecter le principe du contradictoire à leur égard et de fournir au juge saisi toutes les informations utiles et nécessaires.

Or, en l'occurrence, la société PC) Singapour, dont les décisions arguées de faux intellectuel par la société demanderesse initiale sont à l'origine du présent différend, n'est pas partie à la présente instance.

Une demande en nomination d'un administrateur dans une société filiale et de mise sous séquestre des actions de cette dernière présentée par un associé de la société mère et fondée sur l'irrégularité d'une décision sociale de cette société mère ne saurait être utilement instruite sans que la société mère soit au moins appelée à l'instance sous peine d'irrecevabilité de ces demandes.

Il aurait appartenu à la société intimée de se rendre compte que la présence de la société PC) Singapour est des plus nécessaire. En effet, elle-même a requis dans le cadre de sa demande en nomination d'un séquestre que ce dernier pourra et devra accomplir tous les actes nécessaires à la préservation des intérêts de PC) Singapour.

En considération de ces développements, les demandes de la société PC) Co. Ltd, société de droit de la République de Chine (Taïwan), sont à déclarer irrecevables et l'ordonnance entreprise est à réformer.

Faute par les parties appelantes de justifier en quoi il serait inéquitable de laisser à leur charge des sommes par elles exposées et non comprises

dans les dépens, leurs demandes basées sur l'article 240 du nouveau Code de Procédure civile sont à rejeter.

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 fondé,

réforme l'ordonnance entreprise du 4 janvier 2012,

déclare les demandes de la société PC) Co. Ltd, société de droit de la République de Chine (Taïwan) irrecevables,

déclare le présent arrêt commun à B), à A) et à la société anonyme de droit luxembourgeois PCY) S.A.,

rejette les demandes fondées sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

condamne la société PC) Co. Ltd, société de droit de la République de Chine (Taïwan), aux frais et dépens des deux instances.