

Arrêt référé

Audience publique du 9 juillet deux mille quatorze

Numéro 40917 du rôle.

Composition:

Marie-Anne STEFFEN, président de chambre;
Pierre CALMES, premier conseiller;
Marie-Laure MEYER, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

la société anonyme S),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Nadine TAPPELLA, en remplacement de l'huissier de justice Tom NILLES d'Esch/Alzette en date du 20 février 2014,

comparant par Maître Charles KAUFHOLD, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1. Z), administrateur de sociétés, demeurant professionnellement à L-2449 Luxembourg, 25A, bd. Royal,

2. la société anonyme I),

3. A), administrateur de sociétés, demeurant professionnellement à L-2449 Luxembourg, 25A, bd. Royal,

4. la société à responsabilité limitée Fiduciaire B),

5. la société à responsabilité limitée C),

intimés aux fins du susdit exploit TAPELLA du 20 février 2014,

comparant par Maître Pierre-Olivier WURTH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Statuant par une ordonnance du 8 janvier 2014 sur la demande en restitution de documents formée par la S) SA (ci-après S)) contre Z), la société I), A) et la société Fiduciaire B), le juge des référés de Luxembourg a déclaré la demande irrecevable sur base du défaut de qualité à agir de la requérante.

Par exploit d'huissier du 20 février 2014, S) a relevé appel de cette ordonnance qui n'a pas été signifiée. Elle a également intimé la société C) International (Luxembourg) sàrl qui n'était pas partie en première instance.

L'appelante conclut à la réformation de l'ordonnance intervenue et demande à voir ordonner aux cinq parties intimées à lui restituer, sous peine d'une astreinte, les documents, en leur possession, la concernant ainsi que la condamnation à lui payer une indemnité de procédure de 3.000.- euros tant pour la première qu'instance que pour l'instance d'appel.

A l'appui de son appel, S) fait valoir que le juge de première instance a retenu à tort un défaut de qualité dans le chef de l'appelante.

Au fond, elle affirme que la régularité de l'assemblée générale extraordinaire du 17 juillet 2013, tenue devant notaire, ne saurait être remise en cause devant le juge des référés, de sorte que les résolutions y prises relatives au transfert de siège social, de la révocation du conseil d'administration au profit de l'administrateur unique et de la révocation du commissaire aux comptes, seraient opposables aux tiers.

Elle en déduit qu'elle a partant qualité à agir et reproche au premier juge d'avoir outrepassé ses pouvoirs en retenant que l'assemblée générale a été tenue en violation flagrante des droits des deux bénéficiaires économiques.

La société S) relève encore que contrairement à ce qu'a retenu le premier juge, elle n'aurait pas la charge de la preuve d'établir avoir la qualité d'actionnaire ou de bénéficiaire économique de la société S).

Les intimés se rapportent à prudence de justice quant à la recevabilité de l'appel. L'intimée C) International (Luxembourg) sàrl souligne qu'elle n'était pas partie en première instance et déclare ne pas vouloir renoncer, afin de sauvegarder ses droits de la défense, au premier degré de juridiction.

Les intimés 1 à 4 concluent à la confirmation de la décision entreprise mais par adoption d'autres motifs, indiqués ci-dessous.

La société C) International (Luxembourg) sàrl n'était pas partie en première instance. Même si dans la motivation de l'acte d'appel il appert qu'elle est intimée en vue de lui faire déclarer commun l'arrêt à intervenir il n'en reste pas moins que dans le dispositif du même acte, l'appelante demande à la Cour d'ordonner à toutes les parties intimées de restituer, sous peine d'astreinte, les documents en leur possession.

La Cour ne saurait admettre l'affirmation de l'appelante, à l'audience du 25 juin 2014, qu'il ne s'agirait-là que d'une simple erreur matérielle. Il n'y a en effet pas lieu, sous le prétexte d'une rectification d'une erreur prétendument matérielle, de modifier l'objet non ambigu de la demande tel qu'exprimé au dispositif de l'acte d'appel.

D'ailleurs, l'affirmation de l'appelante, qu'elle n'aurait pas pu mettre en intervention la société C) International (Luxembourg) sàrl en première instance alors qu'elle n'aurait été informée de son existence que lors de la communication des pièces en première instance, est contredite par les pièces versées en cause. Il ressort du deuxième avenant au contrat de domiciliation (cf. pièce n° 2 de Maître BOECKLER) que cet avenant a été conclu le 10 décembre 2005 entre la société B) et la société S); cette dernière affirme donc à tort avoir ignoré que la société C) International (Luxembourg) sàrl s'est substituée aux droits de la société B).

Au vu de ce qui précède, et afin de ne pas priver la société C) International (Luxembourg) SA du double degré de juridiction, l'acte d'appel est à déclarer irrecevable pour autant qu'il est dirigé à son encontre.

A titre superfétatoire, et même en admettant que la société C) International (Luxembourg) SA n'ait été intimé que dans le but de lui faire déclarer commun l'arrêt à intervenir, l'acte d'appel doit être déclaré

irrecevable alors qu'une telle intervention forcée n'est recevable pour la première fois en appel, qu'à l'égard des tiers qui ne sont pas restés étrangers à la procédure de première instance et qui auraient pu faire tierce opposition (cf. Ency. Dalloz, Proc. civ. & comm. T. II, V° Intervention, n° 66 et s.). Or, tel n'est pas le cas pour la société C) International (Luxembourg) SA.

Les intimés 1 à 4 concluent à la confirmation de la décision entreprise mais par adoption des motifs suivants : ils font valoir qu'ils n'ont pas qualité à remettre les documents demandés qui seraient à conserver par le seul domiciliataire de la société S). Par ailleurs, la condition de l'urgence ne serait pas remplie en l'espèce, alors que le représentant du parquet de Luxembourg aurait confirmé ne pas entendre engager actuellement une procédure de mise en liquidation de la société S) en raison de l'absence de dépôt et de publication des bilan et comptes sociaux ; que par ailleurs l'infraction résultant du non dépôt et de l'absence de publication des bilan et comptes sociaux ne serait, selon la jurisprudence récente, plus à considérer comme infraction purement matérielle et que finalement, le risque d'un contentieux fiscal allégué par l'appelante n'existerait pas de facto.

En ce qui concerne la qualité à agir qui est contestée, il y a lieu de rappeler que celle-ci se définit comme étant la faculté légale d'agir en justice, et par suite, le titre auquel on figure dans un acte juridique ou dans un procès (Solus et Perrot, Droit judiciaire privé, tome I, n°262). Ont seuls qualité pour agir, le propriétaire du droit litigieux, son mandataire légal ou conventionnel, ou ses créanciers. Toute personne qui prétend qu'une atteinte a été portée à un droit lui appartenant et qui profitera personnellement de la mesure qu'elle réclame a un intérêt à agir en justice et donc qualité pour agir.

La qualité n'est donc pas une condition particulière de recevabilité lorsque l'action est exercée par celui-là même qui se prétend titulaire du droit.

C'est donc à tort que le juge de première instance a déclaré la demande irrecevable pour défaut de qualité à agir dans le chef de la requérante. L'ordonnance est à réformer sur ce point.

Le premier juge a, sur base d'une analyse détaillée des éléments lui soumis, constaté à bon droit que la société S), suite aux déclarations de perte des certificats d'actions au porteur par MM. X) et Y) au mois d'avril 2013 et du refus de Z) de donner suite à la demande du conseil d'administration du 6 juin 2013 concernant le changement des bénéficiaires économiques, n'a pas prouvé sa qualité d'actionnaire ou de bénéficiaire de la société S). Il a néanmoins à tort retenu que la demande de la requérante,

agissant à l'initiative et par l'intermédiaire de son nouveau conseil d'administration, était irrecevable.

Il ressort des développements ci-dessus que le défaut de qualité à agir dans le chef de l'appelante S) n'est pas une question de recevabilité de sa demande mais relève du fond de l'affaire. La demande de S) aurait donc, pour les motifs énoncés par le premier juge, dû être déclarée non fondée alors qu'elle émane d'un conseil d'administration sujet à contestations sérieuses pour émaner d'une assemblée générale extraordinaire tenue illégalement et dont les décisions sont susceptibles d'être révoquées si la plainte pénale, actuellement en cours d'instruction, aboutit.

Il y a partant lieu de réformer l'ordonnance entreprise et de déclarer la demande de la société S) recevable, mais non fondée.

Il s'ensuit que l'appel est fondé en partie.

Eu égard au rejet de la demande de la société S), il n'y a pas non plus lieu de faire droit à la demande de l'appelante de se voir allouer une indemnité de procédure de 3.000.- euros pour la première instance.

Les intimés ont requis l'allocation d'une indemnité de procédure de 1.000.- euros pour l'instance d'appel. Comme il paraît inéquitable de laisser à leur seule charge des frais irrépétibles qu'ils ont dû exposer pour faire valoir leur droit, il y a lieu de faire droit à leur demande et de condamner la société S) à leur payer une indemnité de procédure de 1.000.- euros pour l'instance d'appel.

Au vu du sort réservé à son appel, la partie appelante est à débouter de sa demande 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 ;

déclare l'acte d'appel irrecevable pour autant qu'il est dirigé à l'encontre de la société C) International (Luxembourg) sàrl ;

le déclare recevable pour le surplus ;

déclare la demande de la S) SA non fondée ;

confirme l'ordonnance entreprise pour le surplus ;

déboute la S) SA de sa demande basée sur l'article 240 du Nouveau Code de Procédure civile ;

condamne la S) SA à payer aux parties intimées une indemnité de procédure de 1.000.- euros ;

condamne la S) SA aux frais de l'instance.