

Audience publique du 26 avril deux mille dix-sept

Numéro 44206 du rôle.

Composition:

Astrid MAAS, président de chambre;
Marie-Laure MEYER, premier conseiller;
Monique HENTGEN, premier conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

l'Association des Professeurs de l'Enseignement Secondaire et Supérieur du Grand-Duché de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-8011 Strassen, 389, route d'Arlon, représentée par son conseil d'administration,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Gilles HOFFMANN de Luxembourg en date du 10 novembre 2016,

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

e t :

1. **A.)**, professeur, demeurant à L-(...),
2. **B.)**, professeur, demeurant à L-(...),
3. **C.)**, professeur, demeurant à D-(...),
4. **D.)**, professeur, demeurant à L-(...),

intimés aux fins du susdit exploit HOFFMANN du 10 novembre 2016,
comparant par Maître Ferdinand BURG, avocat à la Cour, demeurant à
Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Antécédents de procédure

Par exploit d'huissier de justice du 20 octobre 2016, **A.), B.), C.) et D.)** ont fait donner assignation à l'association sans but lucratif Association des Professeurs de l'Enseignement Secondaire et Supérieur du Grand-Duché de Luxembourg (ci-après APESS) à comparaître devant Madame la Présidente du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, pour les parties au principal se voir renvoyer devant qui de droit, mais dès à présent et par provision, voir :

- dire que le non-dépôt de la liste actuelle des membres de l'APESS au registre de commerce et des sociétés tel que prévu par l'article 10 de la loi sur les a.s.b.l. constitue une voie de fait de la part de l'APESS ;

- dire que la non-communication de la liste des membres de l'APESS aux requérants constitue une voie de fait de la part de l'APESS ;

- constater que les membres de l'APESS n'ont pas tous été convoqués à l'assemblée générale du 26 mars 2016, ni au vote devant se tenir entre le 25 et le 29 octobre 2016 ;

- dire que la convocation du 11 octobre 2016 invitant les membres de l'APESS de procéder à l'élection du conseil d'administration de l'APESS par vote électronique et donc sans passer par la convocation d'une assemblée générale telle que prévue par les statuts de l'a.s.b.l. est nulle sinon irrecevable sinon dépourvue d'effets juridiques quelconques et par conséquent voir interdire la tenue de ce vote ;

- dire la procédure de vote proposée par la convocation du 11 octobre 2016 à l'élection du conseil d'administration de l'APESS par vote électronique et donc sans passer par la convocation d'une assemblée générale telle que prévue par les statuts de l'a.s.b.l. , contraire aux statuts de l'APESS et de la loi sur les a.s.b.l. et partant la dire nulle sinon en interdire la mise en œuvre ;

- voir déclarer la décision à intervenir exécutoire sur minute, nonobstant toutes voies de recours ;

- condamner la partie défenderesse à tous les frais et dépens de l'instance ;

- donner acte aux requérants qu'ils se réservent tous autres droits, moyens et actions.

Par ordonnance de référé du 28 octobre 2016, une Vice- Présidente du tribunal, siégeant comme juge des référés, a

- déclaré irrecevables les demandes tendant à voir prononcer les mesures d'annulation et d'irrecevabilités sollicitées,

- déclaré la demande recevable pour le surplus, sur base de l'article 933 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile,

- interdit la tenue du vote des membres du conseil d'administration de l'APESS fixé pour la période du 25 octobre à partir de 08.00 heures au 29 octobre à midi,

- rejeté la demande des requérants basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

- condamné l'APESS aux frais et dépens de l'instance,

- ordonné l'exécution provisoire de l'ordonnance nonobstant appel et sans caution.

Par exploit d'huissier de justice du 10 novembre 2016, l'APESS a interjeté appel contre cette ordonnance lui signifiée le 28 octobre 2016, demandant, par réformation, à la Cour de :

- déclarer régulière la convocation à l'assemblée générale du 25 mars 2016,

- déclarer régulier et comme produisant tous ses effets juridiques le vote du Comité exécutif ayant eu lieu par voie de vote électronique entre le 25 et le 29 octobre 2016.

L'APESS a de même réclamé une indemnité de procédure de 1.500 € pour la première instance (demande à laquelle elle a cependant renoncé par la suite) et une indemnité de procédure de 2.500 € pour l'instance d'appel.

A.), B.), C.) et D.) ont soulevé en ordre principal la nullité de l'acte d'appel et l'irrecevabilité de l'appel en exposant trois moyens à l'appui de leur demande, à savoir l'absence de mandat valable voire le défaut de pouvoir de l'ancien Conseil d'administration de l'APESS pour interjeter appel contre l'ordonnance de référé du 28 octobre 2016 et concomitamment l'absence de pouvoir de mandater un avocat pour représenter l'APESS en justice, le défaut de personnalité juridique pour agir de l'APESS et finalement le défaut d'objet de la demande. Les moyens seront exposés plus amplement lors de l'analyse de leur mérite.

Subsidiairement et quant au fond, ils ont demandé la confirmation de l'ordonnance entreprise.

Exposé du litige

A.), B.), C.) et D.) sont membres de l'APESS.

Ils avaient été convoqués à l'assemblée générale ordinaire de l'APESS pour le 25 mars 2016 dont l'ordre du jour comportait au point 7 « *présentation des candidats pour l'élection des membres du conseil d'administration* » et au point 8 « *Election des membres du conseil d'administration* ».

Pour les raisons plus amplement détaillées dans les pages 1 et 2 de la requête déposée le 13 octobre 2016 au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg tendant à l'obtention de l'autorisation de pouvoir assigner à bref délai pour une audience extraordinaire de référé, requête à laquelle la Cour renvoie, le bureau électoral a décidé de reporter le vote à une assemblée générale ultérieure à organiser dans les meilleurs délais.

Par e-mail du 8 mai 2016, le comité exécutif de l'APESS a annoncé le vote des membres du conseil d'administration de l'APESS pour le 20 juin 2016 sans pour autant émettre de convocation à une nouvelle assemblée générale.

Le 6 juin 2016, jour auquel les convocations pour l'assemblée générale du 20 juin 2016 auraient dû partir au plus tard, le comité exécutif a émis un e-mail pour informer les membres du report de ce vote *sine die*.

Le 11 octobre 2016 à 21.54 heures, A.), B.), C.) et D.) ont reçu un « *courriel valant convocation* » non pas à une assemblée générale mais à « *l'élection du futur Comité exécutif de l'APESS* ».

Par ce courriel, les membres de l'APESS ont été invités de voter comme suit :

« Le vote aura lieu sur Internet entre le mardi, 25 octobre 2016, 8 heures du matin (heure locale UTC + 2) et le samedi 29 octobre 2016 à midi. Durant ces cent heures, une plateforme neutre et sécurisée sera accessible à chaque membre de l'APESS pour exprimer son vote. Le code d'accès secret et personnalisé sera généré par cette plateforme et il sera envoyé un courriel aux électeurs avant le début du vote, ensemble avec les autres détails techniques. Pour le vote proprement dit, il suffira d'avoir accès à un navigateur Internet et de connaître (ou de copier/coller) son code d'accès ».

Suivaient ensuite les noms des candidats dont ceux des intimés désignés comme « *liste concurrente* » par rapport à « *l'équipe rééligible formant le Comité exécutif actuel* ».

Suivait encore la description du déroulement des opérations de vote et du dépouillement de l'urne électronique.

Selon A.), B.), C.) et D.), ce « *Comité exécutif* » ne serait rien d'autre que le conseil d'administration de l'APESS à l'élection duquel il devait ainsi être procédé par un processus qui n'est prévu ni par la loi sur les associations sans but lucratif, ni par les statuts de l'APESS, ce vote devant notamment se tenir sans tenir une assemblée générale.

A.), B.), C.) et D.), ont invoqué plusieurs articles de la loi du 21 avril 1928 sur les associations et les fondations sans but lucratif pour soutenir que cette façon de procéder est contraire à la loi.

Ils ont exposé que le conseil d'administration de l'APESS posait, en procédant au vote sans passer par une assemblée générale, un acte qui portait atteinte à leurs droits.

Afin de prévenir ce dommage imminent, ils ont ainsi demandé en référé à voir ordonner que le vote des membres du conseil d'administration de l'APESS ne pourra pas se tenir selon les modalités décidées par le conseil d'administration de l'APESS, partant dire la « convocation » du 11 octobre 2016 nulle, sinon irrecevable, sinon dépourvue d'effets juridiques.

Par son ordonnance du 28 octobre 2016, le juge des référés a fait droit à cette demande.

La recevabilité de l'appel

Ainsi que ci-avant exposé A.), B.), C.) et D.) ont soulevé trois moyens de nullité de l'acte d'appel et de l'irrecevabilité de l'appel.

L'expiration du mandat de l'ancien conseil d'administration et son défaut de pouvoir pour interjeter appel contre l'ordonnance de référé

A.), B.), C.) et D.) font plaider que le mandat des anciens membres du conseil d'administration a expiré en mars 2016.

Ils exposent que la dernière Assemblée Générale Ordinaire de l'APESS s'est tenue le 25 mars 2016 et que les points 7 et 8 de l'ordre du jour avaient précisément pour objet : « Présentation des candidats pour l'élection des membres du conseil d'administration » et « Election des membres du conseil d'administration ».

Il est acquis en cause que lors de l'Assemblée Générale, le bureau électoral a décidé de reporter le vote des membres du conseil d'administration à une assemblée générale ultérieure à organiser dans les meilleurs délais.

Si le comité exécutif de l'APESS a annoncé par e-mail du 8 mai 2016 le vote des membres du conseil d'administration de l'APESS pour le 20 juin 2016, le même comité exécutif a émis le 6 juin 2016 un nouvel e-mail pour informer les membres du report de ce vote *sine die*.

Il y a par la suite eu la convocation litigieuse du 11 octobre 2016 pour appeler au vote électronique qui a été interdit par l'ordonnance de référé dont appel.

Un nouveau conseil d'administration n'étant toujours pas valablement constitué, A.), B.), C.) et D.) dénie toute légitimité à l'ancien conseil d'administration qui ne serait en réalité plus qu'un conseil d'administration « faisant fonction ».

Un tel conseil d'administration aurait un mandat très limité en ce qu'il ne pourrait s'occuper que de la gestion des affaires courantes.

La seule chose qu'il aurait incombé à l'ancien conseil d'administration de faire le plus rapidement possible aurait été d'organiser au plus vite une nouvelle assemblée générale, or rien n'aurait été fait.

Par contre, engager une procédure judiciaire, tel en l'espèce le fait d'interjeter appel contre une ordonnance de référé, sortirait du cadre des affaires courantes.

Il en serait de même du fait de confier mandat à un avocat pour défendre l'APESS en justice.

Les intimés contestent dès lors tout pouvoir de l'APESS « représentée par son conseil d'administration en fonctions » d'interjeter appel contre l'ordonnance de référé du 28 octobre 2016. Ils concluent donc à la nullité de l'acte d'appel et à l'irrecevabilité de l'appel.

L'APESS conteste que le fait d'attaquer l'ordonnance de référé par la voie de l'appel sorte du cadre de la gestion des affaires courantes.

Elle reproche à A.), B.), C.) et D.) de provoquer le blocage complet de l'association.

Ils soutiendraient d'une part qu'il appartiendrait au conseil d'administration actuellement encore en place de trouver le plus rapidement possible une solution pour convoquer une nouvelle assemblée générale aux fins d'élire un nouveau conseil d'administration. Or, dès qu'un nouvel appel au vote avait été émis, ils en auraient empêché la tenue par la voie du référé. D'un autre côté, ils soutiendraient maintenant que l'ancien conseil d'administration ne pourrait plus agir.

Selon l'APESS, le conseil d'administration actuellement en place devrait bien trouver une solution et aurait le droit de se défendre contre l'interdiction de tenir le vote par voie électronique. Attaquée en justice par quatre de ses membres, l'APESS estime être en droit de se défendre, de sorte qu'elle est d'avis que le fait d'interjeter appel contre l'ordonnance de référé ne sort pas du cadre de la gestion des affaires courantes.

En ce qui concerne le mandat conféré à Maître François MOYSE, celui-ci est d'avis que l'avocat est présumé avoir mandat. Par ailleurs, son mandat n'aurait pas été contesté en première instance.

Aux termes de l'article 8 des statuts de l'APESS, tel que modifié lors de l'assemblée générale extraordinaire du 17 février 2009 dont l'extrait a été déposé au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg le 18 mars 2009 : « L'association est dirigée par un Conseil d'Administration appelé « Comité Central » composé du président, d'un vice-président, d'un secrétaire, du trésorier - formant le « Comité exécutif » - et de délégués des établissements d'enseignement secondaire, secondaire technique et supérieure du Grand-Duché ».

Au vœu de l'article 18 : « Le Comité Central représente l'Association dans toutes ses démarches officielles » :

Le conseil d'administration - appelée Comité Central - représente donc l'APESS en justice.

Le cas d'espèce qui se présente actuellement chez l'APESS - fin de mandat de l'ancien conseil d'administration et absence de nouveau conseil d'administration - n'est ni réglé par les statuts ni par la loi modifiée du 21 avril 1928 sur les associations sans but lucratif.

Selon **A.), B.), C.)** et **D.)**, l'ancien conseil d'administration ne serait plus qu'un conseil d'administration « faisant fonction » qui aurait des pouvoirs très limités qui ne dépasseraient pas celui de s'occuper des gestion courantes. Le conseil d'administration dont le mandat a expiré ne serait plus à proprement parler un mandataire mais plutôt un gérant d'affaires. Il lui appartiendrait avant tout d'organiser le plus vite possible une assemblée générale aux fins de procéder à l'élection d'un nouveau conseil d'administration.

A.), B.), C.) et **D.)** sont d'avis que le fait d'engager une procédure judiciaire, tel en l'espèce le fait d'interjeter appel contre une décision de justice, sortirait du cadre des affaires courantes et dépasserait les pouvoirs d'un conseil d'administration faisant fonction.

L'arrivée du terme ne décharge pas l'administrateur de toute obligation.

Les auteurs considèrent que l'article 1991, alinéa 2 du code civil qui dispose « Il [l'administrateur] est tenu de même d'achever la chose commencée au décès du mandat, s'il y a péril en la demeure », s'applique à l'administrateur dont le mandat a expiré (Philippe T'KINT : Le droit des asbl, Tome 1 : Aspects civils et commerciaux, Larcier, 2^o tirage 2014, n^o 4.2.3.4.4. Expiration du terme, page 303 ; en ce sens aussi : Ch. RESTEAU, Traité des sociétés anonymes, Polydore Pée, 1933, t. II, p. 75, n^o 842 ; M.DAVAGLE, Mémento des ASBL, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 213, n^o 15-44 ; Voy. aussi P. WERY, « Le mandat », Rép. not., t. IX, liv VII, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 292, n^o 258, c, au sujet du fondement légal de l'obligation du mandataire démissionnaire, si les circonstances l'imposent, de poursuivre le mandat jusqu'à son remplacement. L'auteur cite un principe général dont les articles 1991 et 2010 [du code civil] seraient une expression particulière).

En cas de conseil d'administration, les administrateurs doivent prêter leur concours jusqu'à leur remplacement, pour les actes qui nécessitent leur

intervention (Philippe T'KINT, *ibidem* ; Ch. RESTEAU, *ibidem*, l'auteur fonde son avis sur les articles 1991, alinéa, 2008 et 2009 du code civil).

Entre l'expiration de son mandat et l'investiture d'un nouveau conseil d'administration, l'ancien conseil d'administration reste donc au pouvoir et expédie les affaires courantes.

La question qui se pose est alors celle de savoir ce qu'il faut entendre par « expédition des affaires courantes ».

La notion d'affaires courantes n'a été définie par aucune disposition de droit écrit. Elle s'apparente à celle de la gestion journalière en droit des sociétés pour laquelle le législateur n'a pas donné non plus de définition légale.

Elle s'apprécie *in concreto* par référence aux besoins de la vie quotidienne de la société ou, comme en l'espèce, de l'association, les actes de gestion journalière étant « ceux qu'il est nécessaire d'accomplir au jour le jour pour assurer la marche des affaires sociales ».

Sans que la liste de ses compétences ne soit clairement établie, il faut admettre que l'ancien conseil d'administration traite les dossiers qui constituent la trame normale et quotidienne de la fonction et de la gestion de l'association, soit les mesures indispensables à la continuité de l'association et les mesures urgentes qui ne souffrent pas de retard sous peine de préjudice irréparable. Il lui appartient aussi de finaliser les projets quasi aboutis dont la préparation a été entamée.

Partant de cette description, la Cour juge que le fait d'interjeter appel contre une décision de justice fait nécessairement partie des affaires courantes, étant précisé que dans le cas d'espèce, ce n'est pas le conseil d'administration qui a pris l'initiative d'agir en justice, mais l'APESS a été assignée à comparaître devant le juge des référés par quatre de ses membres. Le juge des référés ayant fait droit à la demande de ces quatre membres d'interdire la tenue du vote des membres du conseil d'administration de l'APESS fixé pour la période du 25 octobre à partir de 08.00 heures au 29 octobre à midi, l'ancien conseil d'administration doit nécessairement avoir pouvoir pour interjeter appel contre cette décision, ne fût-ce qu'en raison du délai d'appel très court en cette matière qui aurait inévitablement expiré avant l'élection et la mise en place d'un nouveau conseil d'administration.

Cette solution est aussi celle adoptée en droit des sociétés où il est admis que le délégué à la gestion journalière peut intenter des actions en justice si celles-ci se rapportent à un acte appartenant, en fonction de sa nature ou de son but, à la gestion journalière. La question est certes

controversée en doctrine, certains ayant entendu refuser ce droit à l'administrateur délégué au motif qu' « agir judiciairement n'est pas une activité courante ». Cette deuxième approche est cependant trop formaliste et ne cadre plus avec la banalisation croissante des actions judiciaires (Alain STEICHEN, Précis de droit des sociétés, 4^e édition, no 829 (notion de gestion journalière) pages 683 – 685).

Au vu de ce qui précède, l'APESS a valablement pu mandater Maître François MOYSE de la défense de ses intérêts.

Ce premier moyen d'irrecevabilité n'est donc pas fondé.

Défaut de personnalité juridique de l'APESS et défaut de capacité d'agir en justice

A.), B.), C.) et D.) contestent en second lieu que l'APESS dispose de la personnalité juridique et partant de la capacité d'agir en justice.

Ils invoquent à l'appui de leur moyen l'article 26 de la loi modifiée du 21 avril 1928 sur les associations et les fondations sans but lucratif qui dispose :

« En cas d'omission des publications et formalités prescrites par les articles 2, 3 alinéa 1^{er} et 9, l'association ne pourra se prévaloir de la personnalité juridique à l'égard des tiers, lesquels auront néanmoins la faculté d'en faire état contre elle ».

L'article 1^{er} de la loi dispose en son alinéa 2 :

« Elle [l'association sans but lucratif] jouit de la personnalité civile si elle réunit les conditions déterminées ci-après ».

Ces conditions sont celles des articles 2, 3 alinéa 1^{er} et 9 qui disposent :

Article 2

Les statuts d'une association sans but lucratif doivent mentionner :

1. la dénomination et le siège de l'association. Ce siège doit être fixé dans le Grand-Duché ;
2. l'objet ou les objets en vue desquels elle est formée ;
3. le nombre minimum des associés. Il ne pourra être inférieur à trois ;

4. les noms, prénoms, professions, domiciles et nationalités des associés ;
5. les conditions mises à l'entrée et à la sortie des membres ;
6. les attributions et le mode de convocation de l'assemblée générale ainsi que les conditions dans lesquelles ses résolutions seront portées à la connaissance des associés et des tiers ;
7. le mode de nomination et les pouvoirs des administrateurs ;
8. le taux maximum des cotisations ou des versements à effectuer par les membres de l'association ;
9. le mode de règlement des comptes ;
10. les règles à suivre pour modifier les statuts ;
11. l'emploi du patrimoine de l'association dans le cas où celle-ci serait dissoute.

Ces mentions sont constatées dans un acte authentique ou sous seing privé.

Article 3, alinéa premier

La personnalité civile est acquise à l'association à compter du jour où ses statuts sont publiés au Mémorial, Recueil Spécial des Sociétés et Associations (actuellement Recueil électronique des sociétés et associations, L.27 mai 2016), conformément à l'article 9 de la loi modifiée du 10 août 1915 (actuellement conformément aux dispositions du chapitre Vbis du titre 1^{er} de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes des entreprises, L.27 mai 2016).

Article 9

Toute modification aux statuts doit être publiée, dans le mois de sa date, au Mémorial, (actuellement Recueil Spécial des Sociétés et Associations actuellement Recueil électronique des sociétés et associations, L. 27 mai 2016).

Par rapport à la condition du point 4° de l'article 2 de la loi, il faut encore ajouter qu'aux termes de l'article 10, tel que modifié par la loi du 19 décembre 2002 « une liste indiquant par ordre alphabétique, les noms, prénoms, demeures et nationalités des membres de l'association doit être déposée auprès du Registre de commerce et des sociétés dans le mois de la publication de la statuts. Elle est complétée, chaque année, par l'indication dans l'ordre alphabétique des modifications qui se sont produites parmi les membres. Toute personne pourra en prendre gratuitement connaissance.

Faute par les statuts de déterminer le délai dans lequel la liste des membres devra être complétée, ce délai sera d'un mois à partir de la clôture de l'année sociale ».

A.), B.), C.) et D.) contestent que l'APESS dispose de la personnalité juridique au motif notamment que les statuts ne mentionneraient pas les noms, prénoms, demeures et nationalités de ses membres, ni le mode de convocation de l'assemblée générale.

A défaut de personnalité juridique, celle-ci ne serait dès lors pas dotée de la capacité d'ester en justice et l'appel serait irrecevable.

Selon l'APESS, ce moyen n'est pas fondé.

Il serait admis qu'une association non dotée de la personnalité juridique aurait cependant une capacité passive, c'est-à-dire qu'elle pourrait être assignée. Il en suivrait que l'association, assignée en justice, devrait être admise à interjeter appel contre la décision défavorable rendue à son encontre, l'appel n'étant alors que la suite de l'affaire où elle a été attaquée et partant une prolongation de sa capacité passive.

Tout en concédant qu'il convient de faire une différence entre capacité active et capacité passive, A.), B.), C.) et D.) sont pourtant d'avis qu'en interjetant appel contre l'ordonnance de référé, l'APESS a engagé une nouvelle instance et a donc agi activement ce qui ne lui serait pas permis.

Ils maintiennent dès lors leur moyen d'irrecevabilité.

Les groupements n'ont pas la personnalité juridique par le seul fait de leur existence. Ils ne peuvent obtenir la personnalité juridique pleine et entière que par une attribution individuelle résultant de la loi ou par l'adoption de l'une des formes sociales prévues par la loi.

La jurisprudence n'est cependant ferme que pour consacrer l'incapacité *active* d'un groupement non constitué suivant les formes prévues par la loi.

En effet, doctrine et jurisprudence distinguent généralement entre la *capacité active* et la *capacité passive* des associations et groupements non dotés de la personnalité juridique.

C'est dire qu'alors qu'un groupe non doté de la personnalité juridique ne peut pas prendre l'initiative d'une action en justice devant les tribunaux, il peut, en revanche, être assigné en la personne de ses représentants. Tout en lui déniait une capacité active, on lui reconnaît une capacité passive. Cette approche a été fondée sur des considérations d'équité et d'ordre

public (Bulletin du Cercle François Laurent, 1995, Bulletin III, Les associations et groupements de personnes dans la vie juridique luxembourgeoise par Maîtres Marc ELVINGER et Dean SPIELMANN).

Ce principe a d'ailleurs été formellement consacré par l'article 26 alinéa 1^{er} de la loi sur les asbl tel qu'amendé par la loi du 4 mars 1994 en ce qu'il dispose : « En cas d'omission des publications et formalités prescrites par les articles 2, 3 alinéa 1^{er} et 9, l'association ne pourra se prévaloir de la personnalité juridique à l'égard des tiers, lesquels auront néanmoins la faculté d'en faire état contre elle ».

Il en suit qu'en cas d'absence d'une ou de plusieurs des mentions obligatoires inscrites à l'article 2 de la loi, dont notamment la mention des noms, prénoms, professions, domiciles et nationalités des membres et le mode de convocation de l'assemblée générale, comme c'est le cas en l'espèce, l'association est dépourvue de personnalité juridique et n'a qu'une capacité passive.

Reste alors la question de savoir si le fait d'interjeter appel contre une décision de justice relève de la capacité active ou de la capacité passive.

La Cour juge qu'il faut se placer, pour le déterminer, au début du litige.

En l'espèce, ce sont **A.), B.), C.)** et **D.)** qui ont pris l'initiative d'agir en justice en lançant l'assignation en référé contre l'APESS. Nonobstant l'absence de personnalité juridique de l'APESS, une telle action est expressément admise aux termes de l'article 26 alinéa 1^{er} de la loi sur les associations sans but lucratif.

Interdire à l'APESS d'interjeter appel contre la décision de première instance qui lui est défavorable au motif qu'elle est dépourvue de la personnalité juridique serait contraire à l'équité et même à l'ordre public alors que contraire au principe du double degré de juridiction.

La Cour juge dès lors l'appel recevable en tant que « prolongation » de la capacité passive de l'APESS, défenderesse en première instance.

Ce moyen d'irrecevabilité n'est donc pas non plus fondé.

L'absence d'un intérêt actuel de l'APESS à voir toiser le litige

A.), B.), C.) et **D.)** concluent encore à l'irrecevabilité de l'appel en contestant que l'APESS dispose encore d'un intérêt actuel.

Ils donnent à considérer que par ordonnance de référé du 28 octobre 2016, rendue le matin à 08.15 heures et signifiée le même 28 octobre 2016 à l'APESS, le juge des référés a « interdit la tenue du vote des membres du conseil d'administration de l'Association des Professeurs de l'Enseignement Secondaire et Supérieur du Grand-Duché de Luxembourg (APESS), association sans but lucratif, fixé pour la période du 25 octobre à partir de 08.00 heures au 29 octobre à midi ».

L'ordonnance de référé étant revêtue de l'exécution provisoire, le processus de vote aurait impérativement dû être interrompu dès la signification de l'ordonnance de référé.

L'objet de la demande formulée dans l'acte d'appel par l'APESS tendant à « voir déclarer régulier et comme produisant tous ses effets juridiques le vote du Comité exécutif ayant eu lieu par voie de vote électronique entre le 25 et le 29 octobre 2016 » aurait tout simplement disparu, le vote ayant été interrompu à mi-chemin.

La Cour statuerait maintenant et ne pourrait pas revenir en arrière et se placer au 24 octobre 2016 où l'affaire a été plaidée en première instance.

Il ne s'agirait pas de demander un avis juridique à la Cour sur la validité en général d'un vote électronique.

L'APESS conteste ne pas avoir un intérêt pour interjeter appel en répétant qu'elle est bloquée et que ce blocage a été provoqué par les intimés. Il faudrait remédier à ce blocage en disant qu'il n'appartenait pas au juge des référés d'interdire le vote électronique. Le procédé ne serait ni interdit par les statuts ni par la loi. Il ne serait pas prouvé que la liste des membres ne fût pas exacte, les intimés n'étant même pas venus consulter la liste.

Elle donne encore à considérer que l'intervention du juge des référés dans la vie des sociétés ou des associations doit constituer l'exception. Plus précisément le juge des référés ne pourrait intervenir dans la vie associative que si celle-ci était affectée dans son fonctionnement ou si elle était bloquée. Or, en l'espèce, ce serait précisément en faisant droit à la demande des intimés que l'association aurait été bloquée dans son fonctionnement.

En réformant l'ordonnance de référé, la Cour pourrait dire que « le vote doit avoir eu lieu ».

Il est à noter qu'à l'audience, Maître François MOYSE n'a pas répondu à la question de Maître Ferdinand BURG si le vote a continué après

l'ordonnance de référé ou s'il a été interrompu après la signification de celle-ci.

La Cour doit donc apprécier la recevabilité de l'appel en partant de l'hypothèse que le vote a été interrompu dès la signification de l'ordonnance de référé.

L'appel est, en tout état de cause, subordonné aux conditions d'intérêt de droit commun.

En droit commun, il est constant que l'intérêt à agir s'apprécie au jour de l'appel.

En référé, il a été jugé que « l'intérêt à interjeter appel doit être apprécié au jour où est exercé le recours ».

La nature du contentieux dont le juge des référés est saisi, qui tient souvent à des situations rapidement évolutives, pose le problème de l'incidence de ces évolutions sur la procédure d'appel.

En l'espèce, le juge des référés a « interdit la tenue du vote des membres du conseil d'administration de l'Association des Professeurs de l'Enseignement Secondaire et Supérieur du Grand-Duché de Luxembourg (APESS), association sans but lucratif, fixé pour la période du 25 octobre à partir de 08.00 heures au 29 octobre à midi ».

Deux hypothèses sont envisageables :

Soit l'APESS a respecté l'ordonnance de référé auquel cas le vote a été interrompu le 28 octobre 2016.

L'appel interjeté contre cette ordonnance le 10 novembre 2016 n'a alors plus d'objet.

Dans la mesure en effet où le vote litigieux devait se tenir entre le 25 octobre 2016 à partir de 08.00 heures et le 29 octobre à midi, la Cour ne peut pas dire, par réformation, qu'il n'y a pas lieu d'interdire la tenue du vote aux jours et heures indiqués, une telle décision se révélant tout simplement inexécutable.

Il y a fait accompli et plus rien ne peut y être changé.

Dans les conditions données, la Cour ne peut plus examiner si le juge des référés a à juste titre ou à tort prononcé cette interdiction de tenir le vote, un tel examen revenant à examiner de façon générale la possibilité

pour l'APESS de tenir un vote électronique. Or, la compétence pour se prononcer sur cette question ne relève pas de la Cour, siégeant en matière d'appel de référé, mais doit être réservée aux juridictions du fond.

L'appel est dès lors irrecevable, le caractère actuel de l'intérêt excluant les demandes fondées sur un intérêt passé.

Soit l'APESS a continué le vote.

Il a été jugé qu'est dépourvu d'intérêt actuel celui qui s'est fait justice à lui-même (Civ. 1^{ère}, 13 décembre 1994, n° 92-21.464, Bull.civ. I ; n° 366 ; Gaz. Pal. 1995, 2, 605).

Donc même dans l'hypothèse où le vote a continué malgré l'interdiction par le juge des référés, l'appel est irrecevable.

Ce dernier moyen d'irrecevabilité est donc fondé.

Les indemnités de procédure

Au vu de l'issue du litige, la demande de l'APESS en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel n'est pas fondée.

PAR CES MOTIFS :

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

déclare l'appel de l'association sans but lucratif Association des Professeurs de l'Enseignement Secondaire et Supérieur du Grand-Duché de Luxembourg (APESS) irrecevable ;

dit non fondée la demande de l'association sans but lucratif Association des Professeurs de l'Enseignement Secondaire et Supérieur du Grand-Duché de Luxembourg en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

condamne l'association sans but lucratif Association des Professeurs de l'Enseignement Secondaire et Supérieur du Grand-Duché de Luxembourg aux frais de l'instance d'appel.