

Arrêt no 187/23– Chambre de vacation – ART.66 NCPC / Rôle CAL-2023-00851

Arrêt rendu le 1^{er} septembre deux mille vingt-trois sur requête d'appel sur base de l'article 66 du Nouveau Code de procédure civile, contre une décision du 22 août 2023 d'un vice-président du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, en remplacement de son Président, déposée le 29 août 2023 au greffe de la Cour par la société à responsabilité limitée de droit californien A, LLC, établie et ayant son siège social à, enregistrée au registre des sociétés californien sous le numéro, représentée par son gérant actuellement en fonctions, comparant par la société à responsabilité limitée E2M, établie et ayant son siège social à L-2419 Luxembourg, 2, rue du Fort Rheinsheim, immatriculée au registre de commerce et des sociétés sous le numéro B 210 821, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Max MAILLIET, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, en l'étude de laquelle domicile est élu.

LA COUR D'APPEL :

chambre de vacation, a rendu à l'audience publique extraordinaire du 1^{er} septembre 2023, statuant par voie unilatérale,

l' a r r ê t

qui suit :

Par requête déposée le 29 août 2023, la société à responsabilité limitée de droit californien A, LLC (ci-après la société A) a relevé appel contre une ordonnance rendue en date du 22 août 2023 par un vice-président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en remplacement du Président du susdit tribunal, par laquelle sa demande tendant à voir nommer Maître Christian STEINMETZ (ou toute autre personne) mandataire *ad hoc* de la société B S.à r.l (ci-après la société B) a été déclarée irrecevable.

Elle demande, par réformation de l'ordonnance du 22 août 2023, de voir nommer Maître Christian STEINMETZ (ou toute autre personne) mandataire *ad hoc* de la société B, avec mission de :

- au préalable, prendre inspection des documents mis à disposition par C S.A. aux actionnaires en vue de l'assemblée générale et en remettre une copie aux associés de B, les sociétés de droit américain, A LLC et D LLC,

- ensuite, prendre instruction auprès de ces deux sociétés sur le sens dans lequel il doit voter à l'assemblée générale de C S.A.,
- représenter B S.à r.l à l'assemblée générale de C S.A. du 4 septembre 2023, sinon de celle du 14 septembre 2023, sinon à toute autre assemblée générale subséquente avec le même ordre du jour, et l'autoriser à se faire accompagner auxdites assemblées de représentants de A LLC et D LLC.

A l'appui de sa demande, la partie appelante expose notamment les faits suivants :

- La société A détenait initialement 40% des parts sociales (soit 400 sur 1.000) de la société B.
- La société à responsabilité limitée de droit californien D LLC (ci-après la société D) détenait initialement 60% des parts sociales (soit 600 sur 1.000) de la société B.
- Suite à une cession de 100 parts sociales du 19 décembre 2013 pour le prix de 1,- euro, le capital social de la société B est réparti entre la société D et la société A dans les proportions 50/50 (500/500).
- L qui était associée à 100% de la société A, a cédé l'intégralité de sa participation dans la société A à une société tierce E, contrôlée par un dénommé F.
- G est associé à 100% de la société D.
- La société B détient 100% d'une société anonyme de droit français C S.A. (ci-après la société C).
- La société C détient à son tour un ensemble immobilier en France, dont le domaine viticole H et est actionnaire à hauteur de 49,99% d'une société anonyme de droit français I à travers laquelle son domaine viticole est exploité.
- Depuis le 24 août 2021, la société B n'a plus de gérant.
- Par ordonnances de référé des 10 mars et 19 mai 2023, Maître Claude SCHMARTZ et Mme Carole LAPLUME ont été nommés administrateurs provisoires de la société B avec des missions ponctuelles et limitées dans le temps ne comprenant ni la représentation en justice de la société en question ni sa représentation à une assemblée générale de la société C.
- Suite au blocage de la société B, le tribunal de commerce de Draguignan a désigné le 2 juin 2023 un mandataire *ad hoc* ayant pour mission d'assister les organes dirigeants de la société C dans l'intérêt social de la société.
- Le 19 juillet 2023, le tribunal de commerce de Draguignan a désigné un administrateur provisoire de la société C.
- Le 8 août 2023, l'administrateur provisoire de la société C a envoyé à Maître Claude SCHMARTZ un courrier de convocation à une assemblée générale ordinaire de la société C devant se tenir le 4 septembre 2023, la convocation précisant qu'en cas de défaut du

quorum requis, une deuxième assemblée sera convoquée pour le 14 septembre 2023.

- Le 16 août 2023, Maître Claude SCHMARTZ envoie copie du courrier en question aux mandataires des sociétés A et D avec l'information qu'il en relève pas de ses fonctions ponctuelles de représenter la société B lors de l'assemblée générale en question.

La société A estime que le juge de première instance aurait retenu de façon erronée qu'elle ne justifierait pas que l'assemblée générale de C puisse, même sans condition de quorum, délibérer valablement sans que la société B, qui détiendrait 100% des actions de la société C, ne soit présente ou représentée pour exprimer ses voix.

Ainsi, en renvoyant à l'article L.225-98 du Code de commerce français et à l'article 22.6 des statuts de la société C, l'appelante soutient que si la société B n'est pas présente ou valablement représentée lors de la première assemblée générale de la société C fixée au 4 septembre 2023, l'administrateur provisoire pourra passer au vote lors de la deuxième assemblée générale d'ores et déjà fixée au 14 septembre 2023.

S'y ajouterait que Monsieur J et Monsieur K, proches de G, dont le mandat d'administrateur et la qualité d'actionnaires dans la société C sont formellement contestés, auraient été convoqués auxdites assemblées générales et pourraient voter lors de la deuxième assemblée alors même qu'ils ne représentent prétendument que 0,02% des actions.

Ainsi, le juge de première instance aurait à tort décidé que le fait que la société B ne soit pas en mesure d'exprimer ses voix à l'assemblée générale ne serait pas de nature à lui causer un préjudice irréparable.

La société A critique la décision entreprise pour avoir « *pour seule et unique finalité de laisser le sort de l'actif de la société luxembourgeoise entre les seules mains d'un administrateur provisoire fraîchement nommé sans permettre à la principale concernée qu'est B d'avoir son mot à dire respectivement entre les mains de deux administrateurs contestés ne représentant, prétendument que 0,02% de B* ».

Finalement, l'appelante estime que le juge de première instance aurait à tort rejeté comme mesure stérile, sa demande de charger le mandataire *ad hoc* de prendre instruction auprès de ces deux associés de la société B sur le sens dans lequel il doit voter à l'assemblée générale de C.

Appréciation

Pour statuer comme il l'a fait, le juge de première instance a retenu en substance que la société A n'a pas établi l'existence d'un péril pour ses

intérêts de nature à justifier le recours à la procédure unilatérale. Ainsi, la requérante n'a pas justifié, au vu des pièces et renseignements fournis à l'appui de la requête que l'assemblée générale de la société C puisse, même sans condition de quorum, délibérer valablement sans que la société B, qui détiendrait 100% des actions de celle-ci, ne soit présente ou représentée pour exprimer ses voix. Le premier juge a encore considéré que la requérante a manqué d'établir que la tenue de l'assemblée générale de la société C, sans qu'un mandataire *ad hoc* ne soit nommé avec la mission sollicitée, serait de nature à causer dans l'immédiat un préjudice irréparable à la requérante directement ou indirectement qu'il serait nécessaire de prévenir en dehors de tout débat contradictoire. Il a finalement estimé que dans la mesure où la mésentente entre associés cause le blocage au niveau de la société B, la mesure sollicitée, qui requiert du mandataire *ad hoc* de prendre instruction auprès des associés sur le sens dans lequel il doit voter à l'assemblée générale de C, constitue une mesure stérile.

C'est à bon droit que le juge de première instance a rappelé que le principe du contradictoire est consubstantiel à la procédure judiciaire. Il est fermement ancré tant en droit national (articles 63 à 66 du Nouveau Code de procédure civile) qu'en droit de l'Union européenne (article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne) et en droit européen (article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales). Il est consacré comme un des principes directeurs de la procédure judiciaire. Toute dérogation au principe du contradictoire doit faire l'objet d'une interprétation et d'une application restrictives au double motif, d'une part d'application générale, qu'il s'agit d'une exception qui doit comme telle être appliquée et interprétée restrictivement, et d'autre part d'application spécifique à la matière de la procédure judiciaire comme portant atteinte à un principe directeur structurant la procédure judiciaire.

Il est de principe que l'article 66 du Nouveau Code de procédure civile n'ouvre la voie de la procédure unilatérale que lorsque « la nécessité [le] commande » et que la notion de nécessité doit être interprétée très restrictivement.

C'est à bon escient que le juge de première instance a dit que l'intervention judiciaire doit être rigoureusement nécessaire de sorte que tout retard mettrait en péril les droits de la partie requérante.

Cette nécessité existe dans trois hypothèses :

- s'il est nécessaire de provoquer un effet de surprise,
- en cas d'urgence,
- lorsqu'il est impossible d'identifier de manière certaine et précise les personnes à charge desquelles les mesures doivent être exécutées.

L'urgence requise par l'article 66 du Nouveau Code de procédure civile est telle que l'introduction de la demande en référé, même par délai abrégé, soit de toute évidence impuissante à régler la situation en temps utile, inefficace ou impossible. Elle est liée à la crainte d'un péril grave et imminent nécessitant la prise d'une mesure immédiate qui ne saurait souffrir du délai causé par le recours à une procédure contradictoire.

Il convient dès lors d'analyser si, conformément à ces principes, la voie unilatérale est ouverte à la partie requérante.

Il découle des éléments soumis à l'appréciation soumis à la Cour que les associés de la société B sont en litige depuis plusieurs années et que la société B n'a plus de gérant depuis le 24 août 2021.

Il est encore constant en cause que ce blocage a conduit en date du 19 juillet 2023 à la désignation par le tribunal de commerce de Draguignan d'un administrateur provisoire ayant pour mission de gérer tant activement que passivement la société C afin de la protéger, ses intérêts et ses actifs et de participer à la recherche d'une solution amiable au conflit opposant ses actionnaires indirects, les sociétés D et A.

Si la société A invoque actuellement l'urgence à voir nommer un mandataire *ad hoc* pour la société B aux fins de la représenter à l'assemblée générale de la société C convoquée pour le 4 septembre 2023, force est de constater que la société B est depuis deux ans dépourvue de gérant, sans que la partie appelante n'ait pris le soin de trouver, soit une solution à l'amiable avec la société D quant à la représentation de la société B aux assemblées générales de la société dont elle détient 100% des actions sociales, soit d'assigner la société D devant le juge des référés aux fins de désignation d'un administrateur provisoire ou d'un mandataire *ad hoc* ou encore aux fins de demander l'extension des fonctions de l'administrateur provisoire de la société B désigné par ordonnance de référé du 10 mars 2023.

En effet, la société A avait déjà assigné la société D et la société B devant le juge des référés afin de voir nommer un administrateur provisoire à la société B avec une mission ponctuelle relative entre autre à la négociation d'un contrat de domiciliation et à la préparation des comptes annuels et elle avait obtenu une décision endéans le mois.

L'argument de la société A repris notamment en page 13 de son acte d'appel suivant lequel « *encore une fois, tout débat contradictoire est impossible: outre l'absence de siège social et de représentant de B écartant d'ores et déjà toute possibilité de tenue d'une audience contradictoire, il en va encore du temps extraordinairement court puisque la tenue de l'assemblée est prévue dans moins de deux semaines* » est tenu en échec.

Si la société A soutient, par la présente procédure, préserver également les intérêts de son associé égalitaire, la Cour s'étonne de constater qu'il ne figure pas dans sa requête unilatérale du 21 août 2023.

Au plus tard à partir de la nomination de l'administrateur provisoire de la société C du 19 juillet 2023, la société A devait s'attendre à la convocation à une assemblée générale de ladite société.

Par ailleurs, elle admet que suivant ordonnance du Président du tribunal de commerce de Draguignan du 28 juin 2023, un délai jusqu'au 31 décembre 2023 a été accordé pour tenir l'assemblée générale de la société C.

La convocation à l'assemblée générale du 4 septembre 2023 n'a dès lors rien de surprenant.

Au vu des considérations qui précèdent, la Cour considère que la société A a créé de son propre fait la situation d'urgence découlant de la convocation de l'assemblée générale du 4 septembre 2023 dont elle se prévaut actuellement.

Celle-ci ne saurait dès lors constituer une cause égitime permettant de déroger au principe du contradictoire.

La société A argue encore d'un risque de péril pour la société B qui ne sera pas présente ou représentée lors de l'assemblée générale du 4 septembre 2023.

Aux termes de sa requête d'appel, la partie appelante explique que si la société B est propriétaire de 100% des actions de la société C, les statuts de la société stipulerait en leur article 13 que chaque administrateur doit être propriétaire d'une action de la société. Deux actions auraient ainsi été prêtées à Monsieur J (PDG) et Monsieur K (DG délégué) au plus tard au 31 décembre 2022 afin de leur permettre d'exercer leurs fonctions d'administrateurs.

La société A soutient que malgré le fait que Messieurs J et K ont perdu leur qualité d'administrateurs et sont dépourvus de celle d'actionnaire, ils auraient été convoqués par l'administrateur provisoire de la société C à l'assemblée générale devant se tenir le 4 septembre 2023 et que ceux-ci seraient en mesure de voter lors de la seconde assemblée générale fixée le 14 septembre 2023.

Or, le juge de première instance a à bon escient considéré que la société A reste en défaut de justifier que l'assemblée générale de C puisse délibérer valablement, ce même sans condition de quorum, sans que la société B qui

dit détenir 100% des actions, ne soit présente ou représentée pour exprimer ses voix.

En effet, les affirmations de la société A quant aux prêts d'actions à Messieurs J et K, de leurs convocations et de leur pouvoir de vote à l'assemblée générale de la société C du 4 septembre 2023, ne résultent pas à suffisance des pièces versées en cause, la société A ne produisant pas les conventions de prêt d'actions, les procès-verbaux des assemblées générales antérieures mentionnés dans sa requête d'appel et encore les convocations alléguées à l'assemblée du 4 septembre 2023.

Le juge de première instance a dès lors à juste titre retenu que la requérante ne justifie pas, au vu des pièces et renseignements fournis à l'appui de la requête, que l'assemblée générale de la société C puisse, même sans condition de quorum, délibérer valablement sans que B, qui détiendrait 100% des actions de C, ne soit présente ou représentée pour exprimer ses voix.

Eu égard à l'ordre du jour de l'assemblée générale du 4 septembre 2023, la société A n'établit ni même n'explique pas en quoi consiste concrètement le préjudice irréparable et irréversible qui pourrait découler d'un vote sans la présence ou la représentation de la société B.

Le juge de première instance a enfin à juste titre qualifié la mesure demandant au mandataire *ad hoc* de prendre instruction auprès des associés sur le sens dans lequel il doit voter lors de l'assemblée générale, de mesure stérile en raison de la mésentente des associés à l'origine de ce blocage.

C'est dès lors par une saine appréciation tant factuelle que juridique des éléments de la cause que la Cour fait sienne que le premier juge a décidé que l'existence d'un péril pour les intérêts de la société appelante de nature à justifier le recours à la procédure unilatérale n'est pas établi en l'espèce.

Les développements de l'appelante n'étant pas de nature à caractériser la nécessité requise par l'article 66 du Nouveau Code de procédure civile, l'ordonnance de première instance est à confirmer.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, chambre de vacation, statuant par voie unilatérale,

reçoit l'appel,

le dit non fondé,

laisse les frais à charge de la société à responsabilité limitée de droit californien A LLC.

Ainsi fait et jugé à la Cour d'appel, chambre de vacation, et prononcé en l'audience publique extraordinaire du 1^{er} septembre deux mille vingt-trois où étaient présents :

Françoise SCHANEN, conseiller- président;
Nadine WALCH, conseiller ;
Anne MOROCUTTI, conseiller ;
Eric VILVENS, greffier