Jugement commercial XV No. 1200 / 11

Audience publique du mercredi, trente novembre deux mille onze.

Numéro 113 681 du rôle

Composition :

Karin GUILLAUME, Vice-Présidente ;
Marc WAGNER, Premier juge ;
Robert WORRÉ, Premier juge ;
Adnan MUJKIC, greffier.

E n t r e :

1. la société de droit des îles Caïmans **SOC1.)**, établie et ayant son siège social à (…),(…),(…),(…),(…), inscrite au Registre de Commerce sous le numéro (…), représentée par son general partner la société de droit des îles Caïmans **SOC1'.)**, établie et ayant son siège social à (…),(…),(…),(…),(…), inscrite au Registre de Commerce sous le numéro (…);

2. la société de droit des îles Caïmans **SOC2.)**, établie et ayant son siège social à (…),(…),(…),(…),(…), (…), représentée par son Board of Directors, inscrite au Registre de Commerce sous le numéro CR-(…),

3. la société de droit des îles Caïmans **SOC3.)**, établie et ayant son siège social à (…),(…),(…),(…),(…), représentée par son Board of Directors, inscrite au Registre de Commerce sous le numéro WK-(…),

4. le fonds commun de droit hollandais **FUND1.) FUND**, dont le siège social est établi à NL-(…) (Pays-Bas), (…), représentée par son gestionnaire DEMINOR INVESTMENT MANAGEMENT BV, établi à NL-(…) (Pays-Bas), (…), lui-même représenté par Monsieur Erik BOMANS et Monsieur Christophe HAXHE, administrateurs, et par son dépositaire STICHTING BEWAARBEDRIJF GUESTOS, établi à NL-(…) (Pays-Bas), (…), lui-même représenté par Madame Karina A.C. WIRSCHELL et Monsieur Josef G.M. TABBERS, administrateurs,

élisant domicile en l'étude de Maître Pierre REUTER, avocat, demeurant à Luxembourg,

demanderesses,, aux termes d'un exploit de l'Huissier de Justice Jean-Lou THILL de Luxembourg en date des 21 décembre 2007 et 8 janvier 2008,

comparant par Maître Pierre REUTER, avocat, susdit,

e t :

1. la société anonyme **SOC4.) S.A.**, établie et ayant son siège social à L-(…), (…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B (…);

2. Monsieur **A.)**, président du conseil d'administration d'**SOC4.)** S.A., demeurant professionnellement à L-(…), (…),

<u>défendeurs</u>, aux fins du prédit exploit Jean-Lou THILL,

comparant par Philippe HOSS, avocat, demeurant à Luxembourg,

3. Monsieur **U.)**, industriel, administrateur d'**SOC4.)** S.A., demeurant à (…) (Royaume-Uni), (…),

<u>défendeur</u>, aux fins du prédit exploit Jean-Lou THILL,

comparant par Alex SCHMITT, avocat, demeurant à Luxembourg,

4. Madame **B.)**, administrateur d'**SOC4.)** S.A., demeurant professionnellement à L-(…), (…),

5. Monsieur **C.)**, administrateur indépendant d'**SOC4.)** S.A., demeurant professionnellement à L-(…), (…),

6. Monsieur **D.) Jr.**, administrateur indépendant d'**SOC4.)** S.A., demeurant professionnellement à L-(…), (…),

7. Monsieur **E.)**, administrateur indépendant d'**SOC4.)** S.A., demeurant professionnellement à L-(…), (…),

8. Monsieur **F.)**, administrateur indépendant d'**SOC4.)** S.A., demeurant professionnellement à L-(…), (…),

9. Monsieur **G.)**, administrateur indépendant d'**SOC4.)** S.A., demeurant professionnellement à L-(…), (…),

10. Monsieur **H.)**, administrateur indépendant d'**SOC4.)** S.A., demeurant professionnellement à L-(…), (…),

11. Monsieur **I.)**, administrateur d'**SOC4.)** S.A., demeurant professionnellement à L-(…), (…),

12. Monsieur **J.)**, administrateur indépendant d'**SOC4.)** S.A., demeurant professionnellement à L-(…), (…),

13. Monsieur **K.)**, administrateur indépendant d'**SOC4.)** S.A., demeurant professionnellement à L-(…), (…),

14. Monsieur **L.)**, administrateur indépendant d'**SOC4.)** S.A., demeurant professionnellement à L-(…), (…),

15. Monsieur **M.)**, administrateur indépendant d'**SOC4.)** S.A., demeurant professionnellement à L-(…), (…),

16. Monsieur **O.)**, administrateur indépendant d'**SOC4.)** S.A., demeurant professionnellement à L-(…), (…),

17. Monsieur **R.)**, administrateur d'**SOC4.)** S.A., demeurant professionnellement à L-(…), (…),

18. **S.A.R. S.)**, administrateur indépendant d'**SOC4.)** S.A., demeurant professionnellement à L-(…), (…),

19. Monsieur **T.)**, administrateur d'**SOC4.)** S.A., demeurant professionnellement à L-(…), (…),

<u>défendeurs</u>, aux fins du prédit exploit Jean-Lou THILL,

comparant par Philippe HOSS, avocat, demeurant à Luxembourg,

20. Madame **V.), épouse U.)**, sans état connu, demeurant à (…),(Royaume-Uni), (…),

21. la société unipersonnelle de droit espagnol **SOC5'.) S.L.**, établie et ayant son siège social à (…), (…) (Espagne), (…),

22. la société à responsabilité limitée **SOC6.) s.à r.l.**, établie et ayant son siège social à L-(…), (…), représentée par son ou ses gérants actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (…),

<u>défenderesses</u>, aux fins du prédit exploit Jean-Lou THILL,

comparant par Alex SCHMITT, avocat, demeurant à Luxembourg.

Le Tribunal :

Ouï les parties demanderesses par l'organe de leur mandataire Maître Pierre REUTER, avocat constitué, demeurant à Luxembourg.

Ouï les parties défenderesses sub 1), 2), et 4) à 19) par l'organe de leur mandataire Maître Philippe HOSS, avocat constitué, demeurant à Luxembourg.

Ouï les parties défenderesses sub 3) et 20) à 22) par l'organe de leur mandataire Maître Alex SCHMITT, avocat constitué, demeurant à Luxembourg.

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 1er juin 2011.

Madame la Vice-présidente Karin GUILLAUME entendue en son rapport à l'audience du 5 octobre 2011.

Par exploits de l'huissier de justice Jean Lou THILL de Luxembourg des 21 décembre 2007 et 8 janvier 2008, la société de droit des îles Caïmans **SOC1.)**, la société de droit des îles Caïmans **SOC2.)**, la société de droit des îles Caïmans **SOC3.)** et le fonds commun de droit hollandais **FUND1.)** FUND ont fait donner assignation à la société anonyme **SOC4.)**, à **A.)**, à **U.)**, à **B.)**, à **C.)**, à **D.)** Jr., à **E.)**, à **F.)**, à **G.)**, à **H.)**, à **I.)**, à **J.)**, à **K.)**, à **L.)**, à **M.)**, à **O.)**, à **R.)**, à S.A.R. le **S.)**, à **T.)**, à **V.)**, à la société de droit espagnol **SOC5'.)**, à la société à responsabilité limitée **SOC6.)** à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale.

Les parties requérantes, se plaignant que les modalités de la fusion entre les sociétés **SOC8)** et **SOC7.)** N.V. auraient été totalement différentes de celles convenues et publiées antérieurement, demandent, principalement au tribunal d'ordonner toutes mesures qui seraient de nature à attribuer aux parties requérantes un nombre d'actions suffisant pour leur permettre de disposer du nombre d'actions qu'ils auraient dû avoir si la fusion avait été décidée sur la base d'un ration d'échange de 11 pour 7 et partant de prononcer l'annulation de toutes délibérations des conseils d'administration d'**SOC8)** et d'**SOC4.)** (anciennement **SOC7.)** N.V.) ayant pris les décisions :

- de charger les sociétés GOLDMAN SACHS, MORGAN STANLEY & Co, SOCIÉTÉ GÉNÉRALE, FORTIS BANK et la banque RICOL LASTEYRIE de rédiger des «fairness opinions» (alors que ces sociétés auraient conseillé **SOC7.)** N.V. dans le cadre des opérations relatives à la procédure d'ordre publique d'acquisition et que celles-ci n'auraient donc pas eu la moindre objectivité),

- de procéder à la fusion en deux étapes selon les modalités annoncées dans le communiqué de presse du 16 mai 2007,

- d'approuver et de faire voter par les assemblées générales des deux sociétés en date du 28 août 2007 le projet de fusion des sociétés **SOC7.)** N.V. et **SOC4.)**,

- d'approuver et de faire voter par les assemblées générales des deux sociétés en date du 5 novembre 2007 le projet de fusion des sociétés **SOC7.)** N.V. et **SOC4.)** dans la mesure où ce projet de fusion propose un rapport d'échange de 8 actions **SOC4.)** pour 7 actions **SOC8)**,

ainsi que de toutes les décisions ou résolutions de l'assemblée générale extraordinaire du 5 novembre 2007 d'**SOC8)** S.A. ayant pour but et conséquence de valoriser les actions détenues par les actionnaires d'**SOC8)** S.A. à un rapport de 7 actions **SOC8)** pré-restructuration pour 8 actions **SOC8)** post-restructuration pour se traduire par une parité de fusion ajustée d'une action **SOC8)** pour chaque action **SOC4.)**.

Elles sollicitent encore qu'il soit ordonné de modifier les décisions de l'assemblée générale d'**SOC8)** S.A. en ce sens que le rapport d'échange corresponde à 7 actions **SOC8)** pré-restructuration pour 11 actions **SOC8)** post-restructuration en vue

d'arriver à une parité de fusion ajustée d'une action **SOC8)** pour chaque action **SOC4.)** et que les modifications apportées au statut reflètent de ratio d'échange.

Elles demandent encore l'annulation de la décision de l'assemblée générale extraordinaire d'**SOC4.)** S.A. d'approuver la fusion avec **SOC8)** S.A. telle qu'annoncée.

A titre subsidiaire, elles sollicitent la condamnation solidaire, sinon in solidum, sinon de chacun pour sa part des assignés à payer, à titre de dommages et intérêts,

- à la société de droit des îles Caïmans **SOC1.)** la somme de 151.000.000.- euros,

- à la société de droit des îles Caïmans **SOC2.)** la somme de 22.000.000.- euros,

- à la société de droit des îles Caïmans **SOC3.)** la somme de 5.500.000.- euros et

- au fonds commun de droit hollandais **FUND1.)** FUND la somme de 1.400.000.- euros,

ainsi que de payer à chacune des requérantes un montant équivalent aux dividendes qu'elles auraient touché sur le nombre d'actions supplémentaires qu'elles auraient dû recevoir en cas de rapport d'échange de 11 pour 7,

En tout état de cause, elles réclament la condamnation solidaire, sinon in solidum, sinon de chacun pour sa part des défendeurs aux frais et dépens de l'instance et à une indemnité de procédure de 50.000.- euros, ainsi que l'exécution provisoire sans caution du jugement à intervenir.

La société anonyme **SOC4.)**, **A.)**, **B.)**, **C.)**, **D.)** Jr., **E.)**, **F.)**, **G.)**, **H.)**, **I.)**, **J.)**, **K.)**, **L.)**, **M.)**, **O.)**, **R.)**, S.A.R. le **S.)** et **T.)** concluent en premier lieu à l'incompétence territoriale du tribunal de céans sur base de l'article 22 point 2) du règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, pour connaître des demandes en annulation pour autant que dirigées contre les décisions du conseil d'administration de la société **SOC7.)** N.V., société de droit néerlandais.

Ils concluent ensuite à la nullité de l'assignation introductive d'instance pour libellé obscur respectivement en raison des mentions relatives à la représentation légale des parties demanderesses en justice.

Ils estiment encore que les demandes seraient irrecevables pour défaut de capacité à agir respectivement défaut d'intérêt et de qualité à agir dans le chef des parties requérantes. Ils font valoir que les demandes tendant à la nullité des décisions de la société **SOC4.)** (anciennement dénommée **SOC4')**) seraient encore irrecevables alors que la société absorbée n'aurait pas été assignée.

Quant au fond, ils contestent toute faute de leur part.

La société anonyme **SOC4.)** sollicite une indemnité de procédure de 50.000.- euros et les autres défendeurs chacun une indemnité de procédure de 3.000.- euros.

U.), **V.)**, la société de droit espagnol **SOC5'.)** et la société à responsabilité limitée **SOC6.)** soulèvent également la nullité de l'assignation pour libellé obscur, l'irrecevabilité de la demande du fait des défauts de qualité, d'intérêt et de capacité à agir des parties demanderesses, ainsi que du fait du défaut d'assignation des sociétés **SOC4.)** (anciennement dénommée **SOC4')**) et **SOC7.)** N.V..

Quant au fond, ils demandent le rejet des prétentions adverses.

Ils sollicitent encore chacun une indemnité de procédure de 2.500.- euros.

Les requérantes, en répliquant notamment qu'une société absorbée cesse d'exister, que les parties adverses n'ont pas pu se méprendre sur les demandes formulées à leur encontre, que l'assignation aurait été valablement donnée, concluent à la recevabilité de leurs demandes.

Les parties ont été d'accord à ce que les questions de la compétence du tribunal et de la recevabilité de la demande soient tranchées par un jugement séparé.

Il y a lieu d'examiner en premier lieu, pour des raisons de logique juridique, la compétence territoriale du tribunal de céans.

<u>La compétence territoriale des tribunaux luxembourgeois pour connaître de la demande</u>

La société anonyme **SOC4.)**, **A.)**, **B.)**, **C.)**, **D.)** Jr., **E.)**, **F.)**, **G.)**, **H.)**, **I.)**, **J.)**, **K.)**, **L.)**, **M.)**, **O.)**, **R.)**, S.A.R. le **S.)** et **T.)** concluent en premier lieu à l'incompétence territoriale du tribunal de céans sur base de l'article 22 point 2) du règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, pour connaître des demandes en annulation pour autant que dirigées contre les décisions du conseil d'administration de la société **SOC7.)** N.V., société de droit néerlandais.

Les différentes étapes du processus de fusion ayant abouti à la création de la société **SOC4.)** peuvent succinctement être résumées comme suit.

Dans une première phase, la société de droit néerlandais **SOC7.)** N.V. a été absorbée par une de ses filiales luxembourgeoises, la société **SOC4')**, renommée **SOC4.)**.

Dans une seconde étape, la société **SOC4.)** a été absorbée par la société **SOC8)** qui alors a été renommée en **SOC4.)**.

Une des conséquences de la fusion par absorption entre deux sociétés est, du fait que la fusion s'opère par une dissolution sans liquidation en raison de la transmission universelle de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée à la société absorbante, que la société absorbée cesse d'exister (article 274 point c) de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales).

Au jour de l'assignation en justice la société de droit néerlandais **SOC7.)** N.V. avait cessé d'exister, sa personnalité juridique avait pris fin, de sorte qu'elle ne pouvait plus être valablement assignée.

La seule entité devant répondre désormais des actions intentées à l'encontre des délibérations de l'ancienne société de droit néerlandais **SOC7.)** N.V. et des conséquences préjudiciables de celles-ci est par conséquent la société anonyme de droit luxembourgeois **SOC4.)**.

Il s'ensuit que le déclinatoire de compétence est à rejeter.

La recevabilité des différentes demandes

1) Quant au moyen de libellé obscur

Tous les défendeurs représentés invoquent le libellé obscur de la demande dirigée à leur encontre en faisant valoir que l'exploit introductif d'instance contiendrait des incohérences, des imprécisions et des contradictions les empêchant de connaître sinon de comprendre l'étendue exacte des demandes et des motifs développés par les demandeurs et de préparer correctement leur défense.

Les requérants estiment qu'en concluant de façon abondante sur le fond de l'affaire, les parties adverses démontrent qu'elles ne sont pas méprises sur les demandes formulées à leur encontre, d'autant plus que d'autres procédures judiciaires seraient pendantes entre les parties en cause.

En vertu de l'article 154 du Nouveau code de procédure civile, les assignations doivent contenir, à peine de nullité, l'indication de l'objet de la demande et un exposé sommaire des moyens.

Cette prescription doit être interprétée en ce sens que l'indication exacte des prétentions et la désignation des circonstances de fait qui forment la base de la demande sont requises. La description des faits doit être suffisamment précise pour mettre le juge en mesure de déterminer le fondement juridique de la demande, pour ne pas laisser le défendeur se méprendre sur l'objet de celle-ci et pour lui permettre le choix des moyens de défense appropriés.

Une partie assignée doit, pour préparer sa réponse, savoir de façon précise ce qu'on lui demande et sur quelle qualité, quel titre, quels motifs le demandeur se fonde. L'objet de la demande doit toujours être énoncé de façon claire et complète, à la différence de l'exposé des moyens, qui peut être sommaire.

Il n'est toutefois pas requis de qualifier juridiquement les circonstances de fait (cf. e.a. Cour 23 février 1983, B.L. c/ D. ; Lux n°970/98 VIII^{ième} chambre, 28 octobre 1998 V. Q. c/ D. L. G. G. et G. G.).

C'est au juge qu'il appartient d'apprécier souverainement si un libellé donné est suffisamment précis et explicite.

En l'occurrence, il ressort clairement de l'exploit introductif d'instance que les requérants sollicitent à titre principal, l'application du rapport d'échange tel qu'exprimé dans le «Memorandum of Understanding» et en conséquence

l'annulation de décisions ayant violé, selon eux, cet accord et la modification de ces décisions en ce sens que ledit rapport d'échange serait respecté. Ils demandent encore l'attribution du nombre d'actions leur promis. Subsidiairement, ils réclament la réparation par équivalent du dommage subi.

Les reproches formulés sont libellés à suffisance de droit. Leur pertinence n'est évidemment pas à analyser sous l'angle du moyen invoqué.

Les défendeurs n'ont donc pas pu se méprendre sur l'objet et le but de la demande dirigée contre eux.

Par ailleurs, le défaut de motivation respectivement la motivation obscure de la demande ne constitue qu'un vice de forme et par conséquent la nullité de l'acte introductif d'instance ne peut être prononcée que si les conditions prévues à l'article 264 alinéa 2 du Nouveau code de procédure civile sont remplies c'est-à-dire dans l'hypothèse où le défendeur a subi un grief en raison de la formulation peu claire de la demande.

Il ressort toutefois des propres conclusions des parties défenderesses sur le fond qu'elles ont parfaitement été à même d'organiser leur défense.

Il s'ensuit que le moyen est à rejeter.

2) Quant au moyen invoquant la nullité de l'assignation introductive d'instance en raison des mentions relatives à la représentation légale des requérants

La société anonyme **SOC4.)**, **A.)**, **B.)**, **C.)**, **D.)** Jr., **E.)**, **F.)**, **G.)**, **H.)**, **I.)**, **J.)**, **K.)**, **L.)**, **M.)**, **O.)**, **R.)**, S.A.R. le **S.)** et **T.)** estiment que l'assignation introductive d'instance devrait être déclaré nul en raison des mentions relatives à la représentation légale des parties requérantes en justice.

Ils font valoir qu'il appartiendrait aux demandeurs de leur fournir des documents leur permettant de s'assurer que les mentions relatives à leurs représentants légaux sont exactes.

En l'espèce, l'acte introductif d'instance contient bien l'indication des représentants légaux des requérants.

Cependant ni l'article 153 du Nouveau code de procédure civile, ni aucune autre disposition légale ou réglementaire n'exige l'indication de l'organe qualifié pour représenter une personne morale en justice (cf. Cour d'appel 23 mai 2001, n°23.825 du rôle ; Cass. 2 avril 2009, n°2622 du registre) et a fortiori impose aux personnes morales, demanderesses dans une action en justice, de prouver que les indications fournies relatives à leur représentation en justice sont correctes.

Il est vrai néanmoins que pour certaines formalités, d'une nature et d'une importance telle que leur défaut ne permettrait plus à l'acte de remplir sa fonction, leur omission peut être sanctionnée par la nullité, même si ces formalités ne sont imposées par aucun texte et même, a fortiori, sans qu'un texte légal n'édicte la sanction de la nullité à l'égard de leur omission.

Le projet de loi sur la mise en état en matière de procédure civile contentieuse et portant modification de certaines dispositions du Code de procédure civile prévoyait initialement également d'exiger l'indication par la partie demanderesse de l'organe qui la représente.

Cependant, adoptant une proposition en ce sens du Conseil d'Etat qui ne voyait aucune utilité pour que l'organe qui représente une société doive être indiqué dans les actes de procédure (cf. documents parlementaires n°3771-5 p.15 et 19), la commission juridique de la Chambre des députés a estimé qu'*«il n'y a pas lieu de mentionner l'organe qui représente la société dans un acte d'huissier»* (cf. le rapport de cette commission du 3 juillet 1996, documents parlementaires n°3771-9 p.18). Par la suite, cette exigence ne fut effectivement pas reprise dans la loi du 11 août 1996 ayant modifié profondément les dispositions légales applicables à la rédaction des exploits d'huissier, et notamment l'article 61 du Code de procédure civile devenu par la suite l'article 153 du Nouveau code de procédure civile.

Il est vrai que dans le passé certaines décisions de justice ont cru pouvoir s'appuyer sur l'article 163 du même code, qui concerne cependant la question de savoir par quel organe sont assignées certaines parties défenderesses, pour justifier une nullité (de fond) de l'exploit introductif d'instance dans l'hypothèse d'un défaut ou d'une erreur dans l'indication de l'organe qualifié pour représenter une société en justice.

Cette position ne peut, au vu notamment des travaux préparatoires de ladite loi du 11 août 1996, écartant expressément l'exigence de l'indication du représentant légal, et des arrêts récents de la Cour de cassation, plus être soutenue aujourd'hui.

Ainsi, le défaut d'indication de l'organe représentant une société en justice ou une indication erronée de l'organe représentatif, ne peuvent aujourd'hui être qualifiés comme absence d'une formalité substantielle voire comme nullité et n'entraînent donc pas la nullité de l'exploit introductif d'instance (cf. Cass. 2 avril 2009, n°2622 du registre ; Trib. d'arr. Lux. 1er décembre 2010, n°111.689 du rôle ; Cour d'appel 19 janvier 2011, n°36.147 du rôle), étant encore précisé que les exploits pour ou contre une société sont valablement faits au nom de la société seule (cf. Cass. 15 novembre 2001, n°1826 du registre).

Il s'ensuit que ce moyen de nullité manque de substance et est à rejeter.

3) Quant au défaut d'assignation de la société absorbée

La société anonyme **SOC4.)**, **A.)**, **B.)**, **C.)**, **D.)** Jr., **E.)**, **F.)**, **G.)**, **H.)**, **I.)**, **J.)**, **K.)**, **L.)**, **M.)**, **O.)**, **R.)**, S.A.R. le **S.)** et **T.)**, en se référant à la doctrine belge, sont d'avis qu'en omettant d'assigner également le(s) société(s) absorbée(s), réputées encore exister pour les besoins d'une action en nullité, les demandes seraient à déclarer irrecevables.

C'est à bon droit que les requérants font valoir que le droit luxembourgeois, contrairement à ce qui est prévu en droit belge, ne prévoit pas de survie (fictive) de la société absorbée pour les besoins de l'exercice d'une action en annulation de la fusion.

Comme développé déjà ci-dessus, une des conséquences en droit luxembourgeois de la fusion par absorption entre deux sociétés est, du fait que la fusion s'opère par

une dissolution sans liquidation en raison de la transmission universelle de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée à la société absorbante, que la société absorbée cesse d'exister (article 274 point c) de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales).

La jurisprudence citée par les défenderesses (Cour, 2 juin 1999, P.31, p.204) est d'ailleurs étrangère à la présente affaire, alors que l'arrêt invoqué ne se rapporte pas à l'hypothèse d'une fusion de sociétés.

Comme au jour de l'assignation en justice la société de droit néerlandais **SOC7.)** N.V. et la société **SOC4')** avaient cessé d'exister, leur personnalité juridique avait pris fin, de sorte qu'elles ne pouvaient plus être valablement assignées.

Il s'ensuit que le moyen d'irrecevabilité invoqué est à rejeter.

4) Quant à la capacité à agir des demandeurs

Toutes les parties défenderesses mettent en cause la capacité d'agir des requérants en doutant de leur personnalité juridique.

L'irrégularité d'une procédure engagée par une partie qui n'a pas de personnalité juridique au jour où l'action en justice est exercée constitue une irrégularité de fond qui ne peut être couverte.

Une entité ne possédant pas cette qualité ne peut être titulaire du droit d'agir en justice (cf. Juris-classeur de procédure civile, sous «Action en justice, conditions de régularité de l'instance, capacité», fascicule 126-4, n°11 et s.).

Contrairement à ce qu'affirment les défendeurs, il leur appartient, alors qu'ils ont invoqué cette exception, d'établir que la société de droit des îles Caïmans **SOC1.)**, la société de droit des îles Caïmans **SOC2.)** et la société de droit des îles Caïmans **SOC3.)** ne bénéficient pas de la personnalité juridique eu égard au droit des îles Caïmans.

Restant en défaut de se faire, l'exception est à rejeter en ce qui concerne ces sociétés (dont l'existence juridique découle par ailleurs des pièces 36 à 38 versées par M^{e} Reuter).

Pour ce qui est du fonds commun de droit hollandais **FUND1.)** FUND, il n'est pas contesté qu'il ne dispose pas de la personnalité morale (cf. conclusions de M^{e} Reuter du 5 janvier 2010).

Il aurait appartenu à son gestionnaire d'agir pour son compte en justice.

C'est d'ailleurs ce que confirme, indirectement, M^{e} Reuter dans ses conclusions du 3 mai 2011 (page 11), lorsqu'il affirme que le gestionnaire a le pouvoir et l'autorité les plus larges pour introduire, assigner, procéder, défendre, transiger ou trouver un compromis dans des actions en justice concernant l'objet du fonds.

Ne disposant pas de la capacité d'ester en justice, l'action intentée par le fonds commun de droit hollandais **FUND1.)** FUND, qui, à défaut d'exister juridiquement ne peut d'ailleurs invoquer à son profit ni les dispositions de la Convention de

sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni d'autres dispositions légales, doit être déclaré irrecevable.

Notons que les droits du fonds auraient pu valablement être défendus en justice, si son gestionnaire avait agi pour son compte.

5) Quant au défaut d'intérêt ou de qualité à agir

Les parties défenderesses dénient aux parties requérantes tout intérêt et qualité à agir pour solliciter l'annulation de décisions prises à un moment où elles n'étaient pas encore actionnaires des sociétés en question. Elles affirment encore qu'il ne serait pas non plus prouvé que celles-ci auraient encore été actionnaires au moment de l'introduction de l'action.

Les demanderesses font valoir que l'existence du droit ou de la lésion n'influerait pas sur la recevabilité de la demande mais uniquement sur son bien-fondé.

La qualité à agir apparaît comme le titre qui permet d'être partie à l'instance. L'absence de qualité s'oppose à ce que le juge statue sur le fond des prétentions et constitue dès lors une fin de non-recevoir entraînant l'irrecevabilité de la demande (cf. Cour, 15 novembre 2006, P.33, p.304).

Pour être recevable à agir en nullité de délibérations sociales, le demandeur doit avoir été associé ou actionnaire et au moment de la prise de décision litigieuse, c'est-à-dire au jour de l'assemblée générale dont la résolution est critiquée, et au moment où il intente l'action.

En effet, celui qui acquiert des actions après que des résolutions ont été prises achète en parfaite connaissance de cause et n'a qu'à s'en prendre à lui-même du préjudice qu'il prétend avoir subi.

Le nouvel actionnaire adhère lors de la souscription aux statuts de la société en cause tels qu'ils existent à ce moment. Il entre dans la société dans l'état où celle-ci se trouve à la date de l'acquisition et ne peut, dans un souci de sécurité juridique, remettre en cause toutes les décisions prises par les organes de la société avant qu'il ne devienne actionnaire (cf. Trib. de commerce de Bruxelles, 6 juin 1977, Rev. prat. des soc. 1977, p.202 ; Trib. d'arr. Lux. 1er décembre 2010, n°111.689 du rôle).

Il appartient aux parties requérantes d'établir leur qualité d'actionnaire au jour de l'assemblée générale et au jour de l'assignation en justice.

Bien que la preuve de leur qualité d'actionnaire à ces dates eut été facile à rapporter, notamment par la production de certificats ou extraits bancaires, force est de constater que la société de droit des îles Caïmans **SOC1.)**, la société de droit des îles Caïmans **SOC2.)** et la société de droit des îles Caïmans **SOC3.)** ne versent aucune pièce afin de démontrer leur qualité d'actionnaire au moment de l'assignation en justice.

Dans leurs dernières conclusions, ces parties insistent sur leur qualité d'actionnaires au 5 novembre 2007, jour de l'assemblée générale extraordinaire approuvant la fusion, mais ne disent mot sur une détention postérieure des actions.

Il ressort encore plutôt de la pièce numérotée 34 versée par Me Reuter que la société de droit des îles Caïmans **SOC3.)** avait déjà procédé en date du 5 novembre 2007 à la vente de ses titres **SOC4.)** alors que ceux-ci y figurent sous la mention *«Equities –Short»*, ce qui signifie «vente à découvert», et entre parenthèses.

A défaut de rapporter la preuve de leur qualité d'actionnaires des sociétés en cause et notamment de la société anonyme de droit luxembourgeois **SOC4.)** au moment de l'introduction de leur demande, la société de droit des îles Caïmans **SOC1.)**, la société de droit des îles Caïmans **SOC2.)** et la société de droit des îles Caïmans **SOC3.)** ne sont pas recevables à solliciter la nullité de résolutions d'organes de ces sociétés.

A défaut de fournir la chronologie exacte de leurs achats et ventes des titres **SOC8)** ou/et **SOC4.)**, les parties demanderesses ne démontrent pas avoir acheté et conservé ces titres sur base des informations relatives au rapport d'échange et partant elles n'ont pas qualité pour agir en responsabilité.

Leur demande est partant irrecevable dans tous ses chefs.

Les demandes en obtention d'une indemnité de procédure

Les demandes en obtention d'une indemnité de procédure de la part des requérantes sont à rejeter, alors qu'une partie qui est déboutée de ses prétentions et qui est à condamner à tous les frais et dépens de l'instance ne saurait bénéficier des dispositions de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile.

Les demandes de même nature de la part des différentes parties défenderesses sont de même à rejeter, alors que la condition de l'iniquité requise par la loi fait défaut.

P a r c e s m o t i f s :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, quinzième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

déclare les demandes irrecevables,

dit non fondées les demandes de toutes les parties en obtention d'une indemnité de procédure et en **déboute**,

condamne les parties requérantes à tous les frais et dépens de l'instance, avec distraction au profit de Maître Philippe HOSS et de Maître Alex SCHMITT, qui la demandent, affirmant en avoir fait l'avance.