

Jugement commercial 2018TALCH02/01648

Audience publique du vendredi, deux novembre deux mille dix-huit.

Numéro 185 755 du rôle

Composition :

Anick WOLFF, 1^{ère} vice-présidente ;
Nathalie HILGERT, 1^{er} juge ;
Thierry SCHILTZ, 1^{er} juge ;
Paul BRACHMOND, greffier.

E n t r e :

Madame **A**), juriste, demeurant à L-(...) ;

partie demanderesse aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Luc KONSBRUCK, en remplacement de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg, en date du 16 juin 2017 ;

comparant par Maître Michel VALLET, avocat à la Cour constitué, demeurant à Dudelange,

e t :

- 1) la société anonyme **ENEX SA**, établie et ayant son siège social à L-2670 Luxembourg, 21, boulevard de Verdun, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 21560 ;
- 2) Monsieur **B**), demeurant à L-(...);
- 3) la société anonyme **FRAN FINANCIERE SA**, établie et ayant son siège social à L-2670 Luxembourg, 21, boulevard de Verdun, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 94539 ;

parties défenderesses aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Luc KONSBRUCK, en remplacement de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg, en date du 16 juin 2017 ;

comparant la société en commandite simple KLEYR GRASSO SCS, établie et ayant son siège social à L-2361 Strassen, 7, rue des Primeurs, représentée aux fins de la

présente procédure par Maître Pascal SASSEL, avocat à la Cour constitué, demeurant à Strassen.

L e T r i b u n a l :

Faits

La société ENEX a été constituée par acte notarié du 19 avril 1984 pour une durée limitée de trente ans.

Par assemblée générale extraordinaire du 3 juin 2014 par-devant Maître **D**), l'article 4 des statuts de la société ENEX a été modifié afin de prendre la teneur suivante : « *La société est constituée pour une durée indéterminée* ».

Par assemblée générale extraordinaire du 30 juillet 2015 par-devant Maître **C**), l'article 6 des statuts de la société ENEX a été modifié afin de prendre la teneur suivante : « *[...] Les actions de la société sont nominatives et ne peuvent être converties en actions au porteur. [...]* ».

Procédure

Par exploit d'huissier de justice du 16 juin 2017, **A**) a fait donner assignation à la société ENEX, à **B**) et à la société anonyme FRAN FINANCIERE SA à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile.

L'ordonnance de clôture de l'instruction a été prononcée le 13 juin 2018.

Le juge rapporteur a été entendu en son rapport oral à l'audience du 3 octobre 2018.

Prétentions et moyens des parties

Quant aux moyens d'A)

A) demande au tribunal d'acter sa qualité d'actionnaire de la société ENEX, de constater l'irrégularité et partant d'annuler les assemblées générales extraordinaires des 3 juin 2014 et 30 juillet 2015 et les résolutions qui y ont été prises et de dire que tous les actes des administrateurs irrégulièrement nommés en date du 3 juin 2014 encourent la nullité.

Elle requiert en outre la condamnation de **B**) à lui payer le montant de 5.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et elle demande au tribunal d'ordonner l'exécution provisoire du jugement à intervenir nonobstant toute voie de recours et sans caution.

A) soutient qu'elle est actionnaire unique de la société ENEX, cette qualité se basant sur la détention des titres au porteur représentant la totalité des 1.250 actions de ladite société. Elle avance qu'elle détient ces titres depuis 2011 et qu'ils lui ont été transmis par **B**) qui était alors son époux.

Elle explique que si les actions étaient nominatives lors de la constitution de la société ENEX, elles sont devenues au porteur suite à une modification de l'article 6 des statuts du 30 mai 1989.

La partie demanderesse expose qu'au courant du mois de janvier 2016, elle « a entrepris » de déposer ses titres auprès d'un dépositaire, conformément à l'obligation énoncée dans la loi du 28 juillet 2014 relative à l'immobilisation des actions et parts au porteur et à la tenue du registre des actions nominatives et du registre des actions au porteur (ci-après la Loi de 2014).

A) soutient avoir constaté, suite à une consultation du site du Registre de commerce et des sociétés (ci-après le RCS), qu'en date du 3 juin 2014 une assemblée générale extraordinaire modifiant les statuts de la société ENEX avait eu lieu devant le notaire Maître **D)**, assemblée à laquelle elle n'a pas été convoquée et lors de laquelle elle n'était dès lors ni présente ni représentée alors qu'elle détient l'intégralité des actions de la société ENEX.

Elle note que la liste de présence relative à cette assemblée renseigne comme seul actionnaire une société dénommée FRAN FIN SA, détenant 1.250 actions et elle précise que Maître **D)** lui a déclaré, lors de la transmission du dossier suite à une action judiciaire de sa part, qu'elle ne tenait ni registre d'actionnaires ni copies d'éventuels titres au porteur.

A) explique que si aucune société FRAN FIN SA n'est inscrite au RCS, il s'agit très probablement de la société anonyme FRAN FINANCIERE SA détenue à 99% par **B)**.

La partie demanderesse rajoute qu'elle a découvert par ailleurs la tenue d'une seconde assemblée générale extraordinaire en date du 30 juillet 2015 devant Maître **C)**, modifiant les statuts de la société ENEX et plus particulièrement l'article 6. Elle expose que les actions de la société ENEX étaient nominatives lors de la constitution de celle-ci, que l'article 6 des statuts de la société ENEX a été modifié par une assemblée générale extraordinaire devant Maître **D)** du 30 mai 1989 pour retenir que les actions étaient désormais au porteur et qu'à défaut de modification statutaire de l'article 6, elles l'étaient au moment de la dissolution de la société ENEX ainsi que lors de l'assemblée générale extraordinaire du 3 juin 2014, et ce jusqu'à l'assemblée générale extraordinaire du 30 juin 2015. Elle avance ne pas avoir été convoquée à cette assemblée, de sorte qu'elle n'y était ni présente ni représentée, la liste de présence indiquant comme actionnaires la société FRAN FINANCIERE et **B)**.

Elle en déduit que le registre des actionnaires tel que présenté et versé par les parties défenderesses, inscrivant des actions nominatives à compter du 4 janvier 2006, constitue de façon incontestable un faux, rédigé et signé de la seule main de **B)** pour les besoins de la présente procédure et des assemblées extraordinaires du 3 juin 2014 et du 30 juillet 2015.

Elle soutient finalement que l'article 6 des statuts coordonnés consécutifs à l'assemblée générale extraordinaire du 3 juin 2014, indiquant que « *les actions, même entièrement libérées, sont nominatives* », reprenant ainsi erronément la formulation des statuts constitutifs, sans tenir compte de la modification intervenue lors de l'assemblée générale extraordinaire du 30 mai 1989, constitue au mieux une

erreur matérielle de la part du notaire, Maître **D**), sinon une action illégale visant à donner un crédit au registre des actionnaires présenté par les parties défenderesses.

A) verse un procès-verbal de constat d'huissier de justice afin d'établir qu'elle détient actuellement trois titres au porteur représentant l'intégralité des 1.250 actions de la société ENEX, desquels elle déduit sa qualité d'actionnaire unique de celle-ci.

Elle reproche par ailleurs au conseil d'administration de la société ENEX d'avoir violé la Loi de 2014 alors qu'il n'a pas désigné de dépositaire auprès duquel les actions au porteur auraient dû être déposées. Elle conteste cependant que ses actions auraient été annulées en conséquence, mais elle considère que seuls les droits de vote et à distribution de dividendes auraient été suspendus. Elle en conclut qu'elle a qualité de demander l'annulation des assemblées générales extraordinaires litigieuses.

Elle considère que l'absence de convocation aux assemblées générales extraordinaires des 3 juin 2014 et 30 juillet 2015 constitue une violation de l'article 70 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (ci-après la Loi de 1915) exigeant la convocation des actionnaires, de l'article 70 alinéa 5 de la même loi en raison de l'absence d'ordre du jour, de son article 67-1 alinéa 2 exigeant que la moitié du capital soit représentée lors d'une première convocation et que les décisions soient prises à la majorité des deux tiers des voix exprimées et elle en déduit que les deux assemblées générales extraordinaires doivent être annulées.

Quant aux conséquences d'une éventuelle arrivée au terme de la société ENEX avant l'assemblée générale extraordinaire du 3 juin 2014, **A)** considère que la société ENEX est arrivée à terme au 19 avril 2014, faute de prorogation avant cette date, et que celle-ci a été dissoute. Elle considère que le fait qu'une assemblée générale extraordinaire du 3 juin 2014 tenue devant Maître **D**) ait prorogé la société ENEX pour une durée indéterminée est sans effet aucun sur la dissolution intervenue le 19 avril 2014, une prorogation d'une société ne pouvant pas produire d'effets si elle intervient après l'expiration du terme.

Elle considère que l'arrivée à son terme de la société ENEX et la dissolution de celle-ci ne remet pas en cause ses propres demandes, si ce n'est que les résolutions prises lors des deux assemblées générales extraordinaires ne peuvent plus produire d'effets, en particulier la décision de modifier les statuts postérieurement à la dissolution de la société ENEX. Elle soutient qu'une société anonyme qui continue son activité au-delà de son terme se voit accorder le statut de société de fait, non réglementée, et pour laquelle les dispositions de la Loi de 1915, notamment en ce qui concerne la prescription de six mois de toute action en nullité d'actes et de délibérations, n'a pas lieu à s'appliquer. Pour les mêmes raisons, elle fait valoir que les dispositions de la Loi de 2014 ne peuvent pas avoir eu comme conséquence d'annuler ses actions au porteur.

Quant aux moyens des parties défenderesses

B), la société ENEX et la société FRAN FINANCIERE demandent au tribunal de déclarer les demandes d'**A)** en annulation des assemblées générales extraordinaires d'ENEX tenues en date des 3 juin 2014 et 30 juillet 2015 ainsi que des actes des

administrateurs nommés lors de celle du 3 juin 2014 principalement irrecevables pour forclusion sinon, subsidiairement, non fondées.

Les parties défenderesses requièrent en outre la condamnation d'**A)** à leur payer le montant de 2.500,- EUR chacune sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ainsi qu'à tous les frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de leur avocat qui affirme en avoir fait l'avance et elles demandent au tribunal de rejeter la demande en exécution provisoire sinon de dire que l'exécution provisoire n'aura lieu qu'à la charge pour la partie demanderesse de donner caution.

Dans leurs conclusions du 12 juin 2018, elles demandent au tribunal de dire que la société ENEX n'est pas dissoute, sinon que l'assignation du 16 juin 2017 est nulle sinon irrecevable, sinon de dire que les actions au porteur datant du 19 avril 1984 sont nécessairement devenues caduques suite à l'assemblée générale extraordinaire du 14 juin 2002, de dire que les demandes d'**A)** sont irrecevables sinon non fondées, faute pour elle d'avoir la qualité d'actionnaire et d'ordonner, sur base des articles 73 et 1263 du Nouveau Code de procédure civile, la suppression des conclusions de la partie adverse d'un passage qu'elles jugent injurieux voire calomnieux et diffamatoire.

Les parties défenderesses se basent principalement sur l'article 1400-6 de la Loi de 1915 pour conclure qu'une action en nullité d'une assemblée générale se prescrit par six mois. Elles avancent ensuite que l'assemblée générale extraordinaire du 3 juin 2014 est devenue opposable à **A)** le 19 septembre 2014, date de sa publication au Mémorial C, sinon au moment où elle a lancé une action en référé à l'encontre de Maître **D)**, sinon en date du 29 mars 2016, date à laquelle l'ensemble du dossier lui a été transmis par Maître **D)**.

S'agissant de l'assemblée générale du 30 juillet 2015, elles avancent qu'elle est devenue opposable à la partie demanderesse le 6 octobre 2015, date de sa publication au Mémorial C, sinon au moment en date du 7 avril 2016, date à laquelle elle a lancé son assignation en référé à l'encontre de Maître **C)**.

Les parties défenderesses considèrent qu'**A)** est en tout état cause forclosé à attaquer les résolutions prises lors des assemblées litigieuses.

Elles rajoutent, à toutes fins utiles et pour autant que de besoin, que la solution serait la même si on prenait comme point de départ de la prescription de six mois la date d'entrée en vigueur de la loi du 10 août 2016 portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et modification du Code civil et de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises (ci-après la Loi de 2016).

Subsidiairement, les parties défenderesses exposent qu'il ressort du registre des actions nominatives de la société ENEX versé en cause que depuis le 4 janvier 2006, les 1.250 actions constituant le capital social d'ENEX sont toutes nominatives et détenues par **B)** (125 actions) et la société FRAN FINANCIERE (1.125 actions), **A)** n'ayant à aucun moment été actionnaire de la société ENEX. Elles expliquent la détention par **A)** des titres au porteur par le fait qu'elle les a soustraits, à l'occasion de son divorce de **B)** en 2014, des archives de la société ENEX qui était en même temps le domicile conjugal des époux **AB)**.

Elles avancent qu'**A**) était parfaitement au courant de la structure de la société ENEX alors qu'elle était l'épouse de **B**) jusqu'en 2014, mais également en raison du fait qu'elle occupait depuis le 8 mai 2002 jusqu'au 3 juin 2014 un mandat d'administrateur de la société ENEX, et qu'elle a participé en cette qualité à des assemblées générales et qu'elle a signé divers procès-verbaux en sa qualité de secrétaire et de scrutateur. Elles en déduisent qu'**A**) savait depuis l'exercice 2006 que les 1.250 actions étaient détenues par son mari de l'époque ainsi que par la société FRAN FINANCIERE, le procès-verbal de l'assemblée générale du 9 mai 2012, signé par la partie demanderesse, contredisant l'affirmation de celle-ci selon laquelle elle était actionnaire de la société ENEX, de sorte que sa demande n'est pas fondée alors qu'**A**) n'était pas actionnaire de la société ENEX au moment de l'introduction de sa demande.

Quant aux conséquences d'une éventuelle arrivée au terme de la société ENEX avant l'assemblée générale extraordinaire du 3 juin 2014, les parties défenderesses considèrent que la société ENEX n'est pas dissoute par l'arrivée de son terme. Elles exposent à cet égard que les notaires doivent contrôler la légalité des actes reçus par-devant eux et que la légalité de ces actes est présumée. Elles considèrent que le notaire en cause, à savoir Maître **D**), a dès lors dû vérifier que les personnes ayant assisté à l'assemblée générale extraordinaire de 3 juin 2014 étaient bien les actionnaires de la société ENEX, mais également que la modification de l'article 4 des statuts de celle-ci ne se heurtait à aucune disposition légale, alors qu'il est défendu aux notaires de recevoir des actes dont les dispositions seraient contraires à une loi pénale. Elles précisent que si l'acte à recevoir contient des dispositions qui, sans être contraires à une loi pénale, sont néanmoins prohibées par d'autres lois et règlements, il est du devoir du notaire d'en instruire les parties et pour le cas où celles-ci persévéraient dans leur résolution, il doit en faire mention dans l'acte de l'avertissement qu'il leur a donné ainsi que de leur déclaration. Elles déduisent du fait que l'acte critiqué ne contient aucune mention ou réserve du notaire qu'une prorogation de la durée de la société ENEX après l'expiration de son terme heurterait une disposition légale que celle-ci n'est pas dissoute.

Dans l'hypothèse où la société ENEX devait être considérée comme étant dissoute en raison de l'arrivée à son terme, les parties défenderesses demandent à ce que l'assignation du 16 juin 2017 soit déclarée nulle sinon irrecevable en raison de l'indication que la société ENEX est « *représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions* ». Elles font en effet valoir qu'à partir de sa dissolution, ce sont les liquidateurs qui intentent et soutiennent toutes les actions pour ou contre la société en liquidation, et elles avancent que l'assignation en question n'indique ni que la société ENEX est en liquidation ni qu'elle est représentée par un liquidateur.

Motifs de la décision

Quant à la prescription de l'action en annulation des assemblées générales

L'article 1400-6 (ancien article 157) de la Loi de 1915 prévoit, en son dernier alinéa, que « *[s]ont prescrites par six mois toutes actions en nullité d'actes et délibérations postérieures à la constitution de la société à compter de la date à laquelle les décisions prises sont opposables à celui qui invoque la nullité ou sont connues de lui ou auraient dû l'être, compte tenu des circonstances* ».

Cette disposition a été introduite dans la Loi de 1915 par la Loi de 2016.

Selon le législateur, il importait de prévoir un délai de prescription de six mois pour l'exercice de l'action en nullité d'une décision d'une assemblée générale, le but étant d'asseoir une certaine sécurité juridique et d'éviter que des décisions sociétaires ne soient remises en cause longtemps après avoir été prises, le délai court de six mois retenu se justifiant par l'effet rétroactif qu'aura la décision de nullité (Travaux parlementaires, 5730-14, p. 97).

La Loi de 2016 consacre son entrée en vigueur immédiate, sous réserve d'une « survie » de la loi ancienne pour les sociétés existantes, mais seulement dans la mesure où leurs clauses statutaires sont contraires à la nouvelle loi, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

En application de la disposition transitoire générale posée à l'article V, la prédite loi est entrée en vigueur trois jours francs après sa publication au Mémorial le 19 août 2016, soit en date du 23 août 2016.

Le droit commun des conflits de lois dans le temps en matière de prescription prône l'application immédiate du nouveau délai de prescription, celui-ci se substituant, dès l'entrée en vigueur de la loi l'instituant, à l'ancien délai, en s'appliquant à la situation à l'égard de laquelle court la prescription (voir notamment Cass. fr. 3^e civ., 10 juin 1971, Gaz. Pal. 1971, 2, p. 535). Cela signifie que lorsque le nouveau délai de prescription est plus court que l'ancien, la prescription réduite commence à courir, sauf disposition contraire, à partir du jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, sans que la durée totale puisse excéder le délai prévu par la loi antérieure (Cass. fr. 2^e civ., 13 nov. 1963 : Bull. civ. 1963, II, n° 724. ; Cass. fr. 1^{re} civ., 12 juill. 1972 : D. 1973, p. 361, Chauveau. ; Cass. fr. soc., 22 nov. 2001, n° 99-21.403, Bull. civ. 2001, V, n° 356) (Cour d'appel, 4^e chambre, 22 avril 2015, n° 39690 du rôle).

En l'espèce, il convient de noter qu'à la date de l'entrée en vigueur des dispositions modificatives de la Loi de 2016, en l'occurrence le 23 août 2016, le délai de prescription initial n'était pas écoulé. Le nouveau délai de prescription de six mois ayant commencé à courir à compter de la date d'entrée en vigueur de la Loi de 2016, l'action introduite par **A)** en date du 16 juin 2017 est tardive.

A) est dès lors forclose à agir en annulation des assemblées générales extraordinaires de la société ENEX en date des 3 juin 2014 et 30 juillet 2015 et sa demande en ce sens est à déclarer irrecevable.

Par conséquent, le tribunal ne peut pas analyser si la prorogation de la durée de la société ENEX lors de l'assemblée générale extraordinaire devant Maître **D)** après l'arrivée à son terme a pu être valablement décidée. Par ailleurs, même à supposer que la société ENEX était dissoute au moment de l'assemblée générale du 3 juin 2014 en raison de l'arrivée à son terme, elle serait restée soumise, contrairement aux affirmations d'**A)**, aux dispositions de la Loi de 1915, si ce n'est que pour les besoins de sa liquidation.

Quant à la demande d'**A)** d'acter sa qualité d'actionnaire, celle-ci est irrecevable en ce qu'elle est sans objet. Une demande de donner acte est dépourvue de toute portée juridique (Cour de Cassation, 3^e chambre civile, 16 juin 2016, n° pourvoi 15-

16469). Elle n'a en l'espèce qu'une valeur déclarative et exprime une volonté, mais non une prétention.

Quant à la demande reconventionnelle

Les parties défenderesses demandent au tribunal de dire que la société ENEX n'est pas dissoute, que les titres au porteur datant du 19 avril 1984 sont nécessairement devenus caducs suite à l'assemblée générale extraordinaire du 14 juin 2002 et de dire qu'**A)** n'a pas la qualité d'actionnaire de la société ENEX.

Ces demandes reconventionnelles se greffent sur la demande en annulation formulée par **A)**.

Le moyen de prescription, soulevé en ordre principal par les parties défenderesses, ayant été accueilli, il n'y a plus lieu de statuer quant aux demandes reconventionnelles qui s'y rattachent.

Quant à la suppression d'un passage des conclusions de Maître Michel VALLET notifiées en date du 30 avril 2018

L'article 1263 du Nouveau Code de procédure civile prévoit que « *les tribunaux, suivant la gravité des circonstances, pourront, dans les causes dont ils seront saisis, prononcer, même d'office, des injonctions, supprimer des écrits, les déclarer calomnieux et ordonner l'impression et l'affiche de leurs jugements* ».

Or, en l'espèce, les passages litigieux des conclusions de la partie demanderesse s'inscrivent dans le cadre général de la réfutation par elles des prétentions des parties défenderesses et ne dépassent pas, au vu des circonstances de la cause et des termes employés, le cadre d'une défense normale et légitime des intérêts de la partie demanderesse. Ils ne dépassent pas, par leur contenu ou par leur ton, ce que la liberté d'expression de l'avocat impose de tolérer. Ils ne peuvent par conséquent pas être considérés comme malveillants ou injurieux de sorte qu'il convient de ne pas prononcer leur radiation.

Quant aux demandes en allocation d'une indemnité de procédure

A) demande l'allocation d'une indemnité de procédure à hauteur de 5.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Au vu du sort réservé à sa demande, **A)** est à débouter de cette demande alors qu'il est de principe que la partie qui succombe ne saurait bénéficier des dispositions de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Les demandes des parties défenderesses sur la même base sont également à rejeter alors que la condition d'iniquité n'est pas remplie.

Par ces motifs :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile, statuant contradictoirement,

reçoit la demande d'**A)** en la forme,

la **déclare** irrecevable,

reçoit les demandes en allocation d'une indemnité de procédure,

les **dit** non fondées,

condamne A) aux frais et dépens de l'instance, et en ordonne la distraction au profit de Maître Pascal SASSEL, affirmant en avoir fait l'avance.