

No. Rôle: 138320
Réf. no. 566 /2011
du 25 juillet 2011
à

Audience publique extraordinaire de vacation des référés du lundi, 25 juillet 2011, tenue par Nous Karin GUILLAUME, Vice-présidente au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, assistée du greffier assumé Sanela THOMMES.

DANS LA CAUSE

E N T R E

la dame A.), sans état connu, demeurant à (...), Italie,

élisant domicile en l'étude de Maître Véronique HOFFELD, avocat, demeurant à Luxembourg,

partie demanderesse comparant par Maître Véronique HOFFELD, avocat, demeurant à Luxembourg,

E T

la société anonyme de droit luxembourgeois DOLIS S.A., établie et ayant son siège social à L-2522 Luxembourg, 6, Guillaume Schneider, (tel que publié au Mémorial C le 12 avril 2011, N° 701, page 33634 dont la rectification a été publiée le 7 juin 2011, N° 1226, page 58813), transféré au 15-17 avenue Gaston Diderich, L-1420 Luxembourg selon assemblée générale extraordinaire des actionnaires du 7 juin 2011, dont la décision n'est pas encore publiée, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 110.785, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction,

partie défenderesse comparant par Maître Alain GROSJEAN, avocat, en remplacement de Maître Alex SCHMITT, avocat, les deux demeurant à Luxembourg et par Maître Nadine BOGELMANN, avocat, et Maître Olivier GASTON-BRAUD, avocat, les deux demeurant à Luxembourg, assistés de Maître Tommaso UBERTAZZI et de Maître Luigi UBERTAZZI, avocats inscrits au Barreau de Milan, en remplacement de Maître Michel MOLITOR, avocat, demeurant à Luxembourg.

F A I T S :

A l'appel de la cause à l'audience publique ordinaire de vacation des référés du lundi après-midi, 18 juillet 2011, Maître Véronique HOFFELD donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite et exposa les moyens de sa partie;

Maître Alain GROSJEAN, Maître Nadine BOGELMANN et Maître Olivier GASTON-BRAUD, assistés de Maîtres Tommaso UBERTAZZI et Luigi UBERTAZZI, furent entendus leurs explications;

Le juge des référés prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique extraordinaire des référés de ce jour l'

O R D O N N A N C E

qui suit:

Par exploit de l'huissier de justice Yves TAPPELLA du 24 juin 2011, **A.)** a assigné en référé extraordinaire, en vertu d'une ordonnance rendue par Madame Jacqueline Kintzelé juge déléguée en remplacement du Président du tribunal légitimement empêchée, la société anonyme de droit luxembourgeois DOLIS S.A. aux fins de voir suspendre les effets de toutes les résolutions prises au cours de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires de DOLIS S.A. du 7 juin 2011 jusqu'à ce qu'une décision judiciaire ayant force de chose jugée au fond ne soit intervenue.

Elle demande encore que soient suspendus en conséquence les effets de l'augmentation de capital de la société DOLIS S.A. par l'émission de 191 actions nouvelles et ainsi que les droits de vote attachés auxdites actions.

Elle conclut encore à se voir allouer une indemnité de 5000 euros sur base de l'article 240 du NCPC.

A la base de sa demande, **A.)** fait valoir qu'elle est actionnaire à 30 % du capital social de la société anonyme DOLIS S.A., qu'initialement son père **C.)** à raison de 40 %, son frère **B.)** à raison de 30 % et la demanderesse à raison de 30 % ont détenu indirectement par le biais d'un mandat fiduciaire consenti à un employé du Crédit Agricole Indosuez Conseil (Suisse) (ci-après CAIL) le capital de ladite société, que la demanderesse a mis fin à ce mandat et a repris les 30 actions au porteur, que DOLIS S.A. a pour seul actif les participations détenues au sein de la société de droit italien DOLIS 19.

La demanderesse explique qu'elle, son père et son frère ont consenti des prêts à la société DOLIS S.A. pour un montant de 3.590.445 euros avancés pendant la période précédant la résiliation du mandat fiduciaire.

Que depuis 2005 cette créance a été comptabilisée comme dette actionnaire à court terme.

Personnellement elle estime être créancière de la société DOLIS S.A. à concurrence d'un montant de 1.567.908,30 euro et elle est d'avis que la créance actionnaire aurait dû être documentée dans le compte de DOLIS à raison de 1.567.908,30 euros pour elle, et 2.022.536,70 euros pour **C.)** et **B.).**

Cela n'aurait jamais été fait alors que **C.)** et **B.)** auraient toujours donné des instructions contraires aux administrateurs de DOLIS.

En date du 16 juin elle aurait sans succès exigé le remboursement de son financement.

Le conseil d'administration a, suite à une réunion du 14 juillet 2010, décidé de convertir la créance actionnaire en dette à long terme et le bilan de 2009 et a été rectifié en ce sens.

C.) et **B.)** ont confié leurs actions au porteur à la société LIBRA qui se présente aux Assemblées générales.

Reprochant à **C.)** et **B.)** de vouloir diluer sa participation dans la société, la requérante demande sur base de l'article 933 du NCPC que soient suspendus les effets de l'assemblée générale extraordinaire convoquée pour le 10 mai 2011 et prorogée à sa demande au 7 juin 2011 faisant valoir :

- que l'article 11 des statuts n'aurait pas été respecté et que l'assemblée n'aurait pas été régulièrement convoquée,
- que l'ordre du jour n'aurait pas été respecté, alors que le point 2 de l'ordre du jour prévoyait une augmentation de capital par apport en nature de 1.095.000,00 euros par conversion d'une créance et par apport en numéraire de 405.000 euros, alors qu'a été voté par LIBRA une augmentation de capital de 766.500 euros par conversion en capital d'une créance,
- que le mandataire de LIBRA n'aurait pas été doté d'une procuration valable,
- que le principe d'égalité des actionnaires aurait été violé puisque la requérante ne se serait pas vu offrir la possibilité de convertir sa créance en capital,
- qu'elle ne se serait pas vu non plus offrir la possibilité de souscrire à l'augmentation de capital en numéraire, aucune période de souscription n'ayant été ouverte. Dans ce contexte elle invoque les dispositions de l'article 32-3 de la loi sur les sociétés.
- Que l'article 32-1(3) qui dispose que si l'augmentation de capital annoncée n'est pas entièrement souscrite, le capital n'est augmenté à concurrence des souscriptions recueillies que si les conditions de l'émission ont expressément prévu cette possibilité.
- qu'il n'y aurait pas eu de rapport de réviseur pour l'apport autre qu'en numéraire.
- que par ailleurs ni les administrateurs ni le commissaire aux comptes n'étaient présents pour donner aux actionnaires les informations souhaitées quant aux comptes.

Que dès lors les décisions prises à l'AG du 7 juin 2011 constitueraient des voies de fait qu'il conviendrait de faire cesser.

La société DOLIS soulève en premier lieu l'exception de litispendance faisant valoir que la créance dont fait **A.)** sur la société DOLIS est contestée et que des procédures judiciaires seraient pendantes à ce sujet devant le tribunal de Milan. Elle se base 27 du règlement 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

Aux termes de l'article 27 du règlement (CE) 44/2001:

« Lorsque des demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'États membres différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence du tribunal premier saisi soit établie. Lorsque la compétence du tribunal premier saisi est établie, le tribunal saisi en second lieu se dessaisit en faveur de celui-ci ».

La cause, au sens de l'article 27, comprend les faits et la règle juridique invoqués comme fondement de la demande. Dans son arrêt du 8 décembre 1987, la Cour de Justice des Communautés Européennes (actuellement Union Européenne) affaire 144/86, *Gubisch Maschinenfabrik c/ Palumbo*, s'est prononcée en faveur d'une conception large de l'objet en décidant qu'une demande tendant à l'exécution du contrat (demande en paiement du prix de la chose vendue) a le même objet que la demande visant à l'annulation ou à la résolution de ce même contrat.

En l'occurrence, par acte du 8 juin 2011 notifié à A.) la société DOLIS S.A. a fait citer l'actuelle demanderesse devant le tribunal de Milan, en vue de voir contester les titres de créance de cette dernière.

Ces procédures sont actuellement en cours devant le tribunal de Milan.

La présente procédure tend cependant à faire respecter les droits que la requérante détient en sa qualité d'actionnaire de la société DOLIS S.A., droits qu'elle estime avoir été violés lors de l'assemblée qui s'est tenue le 7 juin 2011.

Elle n'est dès lors pas tributaire des procédures pendantes en Italie dans la mesure où les moyens invoqués (Non respect de l'ordre du jour, violation du droit de souscription préférentiel et...) ne sont pas liés à l'existence de la créance contestée devant les tribunaux italiens.

Partant cette exception est à rejeter.

La défenderesse soulève encore le défaut de qualité à agir de la requérante au motif que celle-ci revendiquerait des droits de créance à l'encontre de la société DOLIS S.A qui lui auraient permis de participer à l'augmentation de capital de la société DOLIS, alors que ces droits seraient contestés.

Ce moyen est lui aussi à rejeter alors que la requérante agit en sa qualité d'actionnaire de la société DOLIS, qualité qui n'est pas contestée, et se prévaut de violation des règles du droit des sociétés et de son droit de souscription préférentiel qui existe pour les augmentations de capital en numéraire.

DOLIS S.A. rejette ensuite un à un les griefs de la demanderesse quant au non respect des dispositions statutaires; l'assemblée s'étant tenue à la date mentionnée dans les statuts, le non respect de l'ordre du jour n'ayant pas causé grief à la requérante, les pouvoirs du représentant de LIBRA ayant été vérifiés par le bureau de l'assemblée, le rapport du réviseur exigé par l'article 32-1 ayant été fourni et aucun recours n'ayant été fait contre le réviseur.

Elle conteste que la créance devrait présenter un caractère exigible pour faire l'objet d'un apport.

Enfin elle est d'avis qu'il n'y aurait pas eu violation du droit préférentiel de souscription puisqu'en définitive l'assemblée n'aurait pas voté l'augmentation du capital en numéraire et conteste toute urgence en la matière.

La demande A.) est basée principalement sur l'article 933 du NCPC.

Les mesures demandées sur base de l'article 933, alinéa 1^{er} ne sont pas subordonnées à la preuve de l'urgence, les conditions ayant trait à l'imminence du dommage et au caractère manifestement illicite du trouble se suffisent à elles-mêmes.

Pour que l'intervention du juge des référés dans la vie des sociétés se justifie, il faut en effet que les droits de la société ou de certains de ses membres soient sérieusement menacés et que l'intervention du juge soit rigoureusement nécessaire pour pourvoir à leur protection.

Concernant l'intervention du juge des référés dans la vie des sociétés, il importe de rappeler qu'il n'appartient pas au juge des référés, qui ne peut pas dire et juger, de porter un jugement sur le fond du litige divisant les parties.

A son niveau et quelque soit la base légale invoquée, le juge des référés n'a qu'à exercer qu'un contrôle de régularité formelle (Cour 27 juin 2000 no 24441 du rôle).

Il importe dès lors de déterminer si les circonstances dans lesquelles s'est tenue l'assemblée générale du 7 juin 2011 constitue ou non une voie de fait devant conduire à la suspension des décisions prises lors de cette assemblée.

La voie de fait implique de la part de son auteur des actes matériels qui portent une atteinte préjudiciable et intolérable aux droits, biens et prétentions d'autrui par l'usurpation de droits que l'auteur de la voie de fait n'a pas .

Elle peut encore être définie comme la violation évidente, illégale et intolérable d'un droit certain et évident; il faut que le créancier du droit soit certainement et concrètement entravé dans l'exercice de son droit; ces conditions englobent l'existence d'un préjudice dans le chef du créancier du droit.

La défenderesse fait encore valoir dans ce contexte que la demande aurait du être dirigée contre l'actionnaire majoritaire lequel ne serait pas partie au litige.

Il est admis qu'en matière de nullité des assemblées générales que doivent être mis en cause tous ceux qui veulent faire usage des délibérations de cette assemblée. (Cour 2 juin 199,31,204)

Il a cependant été décidé que cette exigence ne doit pas être transposée au cas d'une simple demande de suspension des effets d'une assemblée générale, alors que le juge des référés ne prend aucune décision définitive, de sorte que la mise en cause n'est justifiée par aucune raison impérieuse.

Pareille exigence aurait comme conséquence de mettre obstacle à la célérité requise en matière de référé voir de fait. (cf Référé du 9 mars 2010 no 127943)

Il est constant en cause que l'augmentation de capital par conversion en capital d'une créance actionnaire votée pour un montant de 766.500 euros n'est pas conforme à l'ordre du jour qui prévoyait la conversion d'une créance actionnaire à hauteur de 1.095.000, de même qu'une augmentation en numéraire de 450.000 euros.

Il est encore constant en cause que le rapport du réviseur d'entreprise sur l'apport en nature prévu à l'ordre jour ne porte que sur un montant de 766.500 euros sans fournir aucune explication sur cette différence de montant.

Il résulte par ailleurs des mentions du Procès-verbal d'assemblée dressé par le notaire Elvinger en date du 7 juin 2011 que la requérante en sa qualité d'actionnaire minoritaire a, par l'intermédiaire de son avocat présent à l'AGE, contesté la scission de la créance de 1.095.000 euros, de même qu'elle contesté le fait que cette créance mentionnée dans les bilans antérieurs comme créance à court-terme passe sans aucune explication en créance à long terme dans le bilan rectifié de 2009 et dans celui de 2010.

Sur ce point actionnaire majoritaire lui a conseillé de demander des explications au conseil d'administration.

Or il est un fait qu'aucun des administrateurs n'était présent à l'assemblée !! (il ressort de la troisième résolution qu'ils sont tous trois démissionnaires et que l'assemblée a procédé à leur remplacement par la même assemblée).

Qu'en ce qui concerne la scission de la créance convertie en capital, la société DOLIS fait valoir aux cours des plaidoiries, que la somme de 328.500 euros serait restée la propriété de CIORI GROUP INC qui n'aurait jamais fait part de son souhait d'entrer dans le capital de DOLIS S.A., alors que le montant de 766.500 euros aurait été cédé par CIORI GROUP à C.) en date du 28 avril 2011.

Cette affirmation est en contradiction tant avec le bilan de l'exercice 2008 qu'avec le bilan initial de l'exercice 2009 et leurs annexes dans lesquels le montant de 1.095.000 euros est inclus dans le poste « avances actionnaires » et figure comme « avance à court terme. » (dans le bilan rectifié la dette actionnaire passe en créance à long terme)

Ces mêmes bilans corroborent au contraire les explications de A.) suivant lesquelles le montant de 1.095.000 euros aurait été avancé par CIORI GROUP INC pour compte de ses bénéficiaires économiques, qui sont pour 70 % C.) et B.) et pour 30 % elle-même.

Ceci ressort encore tant du courrier adressé par la requérante à DOLIS S.A. en date du 6.10.2010 (pièce 13 LOYENS), que des termes de la cession de créance de la société CIORI GROUP au profit de LIBRA S.A..

L'augmentation de capital telle qu'elle a été réalisée est donc contraire à l'ordre du jour, aux mentions du bilan et par ailleurs contraire à l'intérêt social, puisque le rapport du commissaire aux comptes du 22 juillet 2010 dénonçait un endettement excessif de la société et que partant il était dans l'intérêt de la société de convertir en capital l'intégralité de la créance de 1.095.000 euros, comme le prévoyait précisément l'ordre du jour.

Si le réviseur chargé du rapport sur l'apport en nature voyait un problème dans le fait que les fonds ont été prêtés par CIORI GROUP, il aurait dû le signaler dans son rapport, ce qui aurait permis à la requérante de se faire elle aussi signer une cession de créance pour le montant versé par CIORI GROUP pour son compte et aurait permis de respecter l'égalité des actionnaires.

A.) est dès lors fondée à soutenir que la scission de la créance à convertir en capital n'avait d'autre objectif que de diluer la participation de la requérante dans le capital de DOLIS S.A. par l'émission d'actions nouvelles exclusivement souscrites par l'actionnaire majoritaire.

Au vu de l'ensemble de ces circonstances, il échet de faire droit à la demande.

PAR CES MOTIFS

Nous Karin GUILLAUME, Vice-présidente au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, statuant contradictoirement;

au principal renvoyons les parties à se voir devant qui de droit mais dès à présent et par provision;

déclarons non fondés les moyens de litispendance et du défaut d'intérêt à agir;

déclarons recevable la demande en suspension des effets des résolutions de l'assemblée générale extraordinaire de la société DOLIS S.A. du 7 juin 2011 ayant procédé à l'augmentation de capital de 764.000 euros par l'émission de 191 nouvelles actions au profit de LIBRA S.A. et ce en attendant une décision au fond quand à la validité de ces décisions;

suspendons les droits de vote attachés aux 191 parts nouvellement émises souscrites par LIBRA S.A.;

ordonnons la transcription de la suspension des effets des résolutions de l'Assemblée générale extraordinaire de la société DOLIS S.A. du 7 juin 2011 ayant procédé à l'augmentation de capital de 764.000 euros et de la suspension des droits de vote attachés aux 191 actions émises souscrites par LIBRA S.A.;

condamnons la société DOLIS aux frais et dépens;

la condamnons à payer à A.) une indemnité de procédure de 700 euros;

ordonnons l'exécution provisoire de la présente ordonnance nonobstant appel et sans caution.