

No rôle : 180337
Réf. No. 575/2016
du 28 octobre 2016
à 8.15 heures

Audience publique extraordinaire des référés du vendredi 28 octobre 2016, tenue par Nous Malou THEIS, Vice-Présidente au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement de Madame le Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, assistée du greffier Charles d'HUART.

DANS LA CAUSE

ENTRE

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

élisant domicile en l'étude de Maître Ferdinand BURG, avocat, demeurant à Luxembourg,

parties demanderesses sub 1) à 4) comparant par Maître Manon RISCH, avocat, et Maître Ferdinand BURG, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

ET

l'Association des Professeurs de l'Enseignement Secondaire et Supérieur du Grand-Duché de Luxembourg (APESS), association sans but lucratif, établie et ayant son siège social à L-8011 Strassen, 389 route d'Arlon, représentée par son conseil d'administration en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro F 4426 ;

partie défenderesse comparant par Maître François MOYSE, avocat, demeurant à Luxembourg.

F A I T S :

A l'appel de la cause à l'audience publique extraordinaire des référés du lundi matin 24 octobre 2016, Maître Manon RISCH lecture de l'assignation ci-avant transcrite et Maître Ferdinand BURG exposa ses moyens.

Maître François MOYSE répliqua.

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:

En vertu d'une autorisation présidentielle du 19 octobre 2016 et par exploit de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg du 20 octobre 2016, **A.), B.), C.)** et **D.)** ont fait donner assignation à l'Association des Professeurs de l'Enseignement Secondaire et Supérieur du Grand-Duché de Luxembourg (ci-après l'APESS), à comparaître devant le président du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, pour :

- voir dire que le non-dépôt de la liste actuelle des membres de l'APESS au registre du commerce et des sociétés, tel que prévu par l'article 10 de la loi sur les associations sans but lucratif constitue une voie de fait de la part de l'APESS ;
- voir dire que la non-communication de la liste des membres de l'APESS aux requérants constitue une voie de fait de l'APESS ;
- constater que les membres de l'APESS n'ont pas été convoqués à l'assemblée générale du 25 mars 2016, ni au vote devant se tenir entre le 25 et le 29 octobre 2016 ;
- voir dire 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 voie électronique et donc sans passer par la convocation d'une assemblée générale telle que prévue par les statuts de l'association, nulle, sinon irrecevable, sinon dépourvue d'effets juridiques quelconques et par conséquent voir interdire la tenue de ce vote ;
- voir 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'association, contraire aux statuts de l'APESS et de la loi sur les associations sans but lucratif et partant la dire nulle, sinon en interdire la mise en œuvre.

Les requérants sollicitent encore l'allocation d'une indemnité de procédure.

1. Les faits

L'APESS est une association sans but lucratif dirigée par un conseil d'administration appelé « *Comité Central* » composé d'un président, d'un vice-président, d'un secrétaire, d'un trésorier – formant le « *Comité exécutif* » – et de délégués des établissements d'enseignement secondaire, secondaire technique et supérieur du Grand-Duché de Luxembourg. Les mandats des membres du Comité ont une durée de deux ans et sont renouvelables. Les membres du Comité exécutif sont élus chacun séparément par l'assemblée générale à la majorité des votes valablement émis.

Il résulte des pièces versées et renseignements fournis en cause que les membres de l'APESS ont été convoqués pour une assemblée générale ordinaire du 25 mars 1016 à 15.00 heures au **Parc-Hôtel Alvisse à Luxembourg**.

L'ordre du jour de ladite assemblée renseigne en son point 8 « *Election des membres du conseil d'administration* », et il est précisé que les candidatures pour les postes à renouveler au sein du conseil d'administration au bout de deux ans, conformément à l'article 9 des statuts de l'APESS, seront rendues publiques par voie d'affichage dans les établissements 8 jours avant l'assemblée générale, conformément à l'article 12 des statuts.

La convocation reprend ensuite à la page deux les candidatures pour les postes à renouveler, étant précisé qu'il s'agit du poste de président, vice-président, secrétaire général et trésorier.

Au titre des candidatures publiées, figurent celles du comité rééligible de l'APESS et la liste concurrente, composée par les actuels requérants.

La convocation énonce ensuite que les membres peuvent se faire représenter par un mandataire moyennant procuration, tout en lançant un appel aux membres de soutenir l'action de l'APESS par leur présence à l'assemblée générale ordinaire.

Les parties reconnaissent que l'assemblée générale ordinaire du 25 mars 2016 a été houleuse et le vote pour le conseil d'administration a été reporté à une date ultérieure. Les parties de préciser qu'un des problèmes majeurs soulevés lors de cette assemblée, outre la régularité de la convocation et le déroulement de l'assemblée, était le fait que sur une 120taine de membres présents, 400 procurations étaient émises, ce qui posait problème par rapport à l'article 24 des statuts de l'APESS, qui dispose que « *toutefois, chaque mandataire ne pourra représenter qu'un seul mandat* ».

Les parties reconnaissent cependant que cela n'a jamais posé problème par le passé.

Par courriel du 8 mai 2016, l'APESS informe ses membres que suite à l'assemblée générale ordinaire du 25 mars 2016, ayant décidé de reporter le vote pour le Comité exécutif, ladite assemblée a fait l'objet de plusieurs litiges concernant son déroulement et la conformité des statuts y relatifs avec la loi et que le comité en fonction de l'APESS a décidé de recourir à la médiation pour résoudre, dans la mesure du possible, les litiges et éviter des procès longs, fastidieux et coûteux.

Dans ce même courriel, l'APESS informe ses membres que le vote reporté ne pourra pas avoir lieu à bref délai, compte tenu du fait qu'il faut reconstituer le fichier des membres et mettre à jour leurs adresses postales et adresses email, à la demande expresse de la liste concurrente (les actuels requérants).

Par courriel du 6 juin 2016, l'APESS informe ses membres que la médiation envisagée a été acceptée et que les principaux sujets débattus dans le cadre de la médiation sont le mode de convocation des membres, l'organisation pratique du vote ainsi que la représentation des membres empêchés d'assister aux assemblées générales.

Dans ce courrier, le comité de l'APESS s'engage à rendre public l'accord de médiation et de le respecter à la lettre. L'APESS informe également ses membres qu'en raison du délai de convocation, et compte tenu du fait que le mode de convocation prévu par les statuts de l'APESS ne répond pas aux prescriptions de la loi et fait actuellement l'objet d'un procès devant les juridictions civiles, elle considère plus sage de ne pas lancer une nouvelle convocation qui pourrait faire l'objet de nouveaux recours en justice, mais d'attendre l'issue de la médiation.

Par courriel du 11 octobre 2016, l'APESS informe ses membres de l'issue de la procédure de médiation, et notamment de l'accord de médiation trouvé, suite aux recommandations du médiateur.

L'accord de médiation englobe 7 points, relatifs à la modification des statuts à envisager, notamment des articles 22 et 24, dont notamment le point 5, à savoir *« le recours à un vote électronique à distance est à étudier en toute généralité, à mettre en place en automne 2016 pour les élections pendantes des membres du conseil d'administration, afin d'encourager un nombre élevé d'associés à participer à un vote démocratique, indépendamment de leur lieu d'habitation et de leurs disponibilités individuelles. Il est entendu que le vote électronique ne pourra pas s'appliquer intégralement à tous les points à traiter dans une assemblée générale ordinaire : en effet, les décisions impliquant des interactions répétées*

entre les associés, comme p.ex. la (re)formulation de résolutions, seront toujours prises par un vote traditionnel ».

Concernant précisément le mode de convocation aux assemblées générales de l'APESS, le conseil d'administration note qu'en attendant le jugement à intervenir concernant l'article 22 des statuts, tous les points relatifs à la réforme des statuts et à la convocation d'une assemblée générale extraordinaire sont en suspens « *pour une durée non négligeable* ».

Aussi, l'APESS de préciser dans ledit courriel qu'« *Afin de permettre aux membres de l'APESS de se prononcer en nombre élevé et de façon démocratique dans un délai raisonnable et de conférer une légitimité incontestable au Comité exécutif à élire, le vote à distance mentionné au point 5 de l'Accord (de médiation) sera mis en oeuvre dans deux semaines. Le présent courrier vaut convocation à l'élection du futur Comité exécutif de l'APESS. Le vote constitue l'unique point à l'ordre du jour de cet appendice à l'Assemblée générale du 25 mars 2016, étant donné que la convocation d'une nouvelle Assemblée générale supposerait la mise en conformité préalable de nos statuts avec la loi.*

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 personnel et sécurisé sera généré par cette plateforme et il sera envoyé par 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.

En guise de rappel, voici les candidatures reçues :
Equipe rééligible formant le Comité exécutif actuel :
... pour le poste de Président
... pour le poste de Vice-Président
... pour le poste de Secrétaire général
... pour le poste de trésorier

Liste concurrente :
... pour le poste de Président
... pour le poste de Vice-Président
... pour le poste de Secrétaire général
... pour le poste de trésorier

...

Il incombera finalement au Comité exécutif ainsi élu d'entamer la refonte indispensable des statuts et de gérer les affaires futures de l'APESS ».

2. Les moyens des parties

Les moyens invoqués à l'appui de la demande résultent à suffisance de la requête, annexée à la présente ordonnance pour en faire partie intégrante, de sorte qu'il devient oiseux de paraphraser les arguments développés par les requérants au titre de leur requête.

Les arguments de requérants invoqués à l'appui de leur demande se résument comme suit :

- inobservation par l'APESS de son obligation légale concernant le dépôt de la liste des membres d'une association sans but lucratif au registre du commerce et des sociétés ;
- absence de preuve d'une convocation de tous les membres de l'APESS à l'assemblée générale du 25 mars 2016 ;
- convocation irrégulière du 11 octobre 2016 par voie de courriel ;
- absence de preuve que la convocation par courriel du 11 octobre 2016 a été adressée à tous les membres de l'APESS ;
- violation de l'article 6 alinéa 1 de la loi sur les associations sans but lucratif et de l'article 22 des statuts de l'APESS en ce que le vote via la plateforme électronique ne permet pas une réunion physique de tous les membres de l'APESS dans un lieu désigné à cet effet ;
- violation de l'article 10 des statuts de l'APESS en ce que le vote via la plateforme électronique équivaut à un vote secret, alors que le vote des membres du Comité exécutif de l'APESS est en principe public ;
- violation de l'article 13 des statuts de l'APESS en ce que le vote via la plateforme électronique ignore la procédure du bureau électoral ;
- violation des statuts de l'APESS en ce que le vote via la plateforme électronique n'est pas prévu par les statuts.

L'APESS conteste formellement les faits invoqués à l'appui de la demande, et s'interroge sur ce qui est exactement demandé au titre de l'assignation, en ce qu'elle ne saurait pas ce que les demandes en « irrecevabilité », respectivement en « nullité » visent.

Concernant les contestations avancées par les requérants au titre d'une éventuelle irrégularité affectant la convocation à l'assemblée générale du 25 mars 2016, l'APESS donne à considérer qu'à ce jour, les requérants n'auraient pas demandé la suspension des effets de cette assemblée devant le juge des référés, respectivement agi devant la juridiction du fond compétente pour voir annuler ladite assemblée générale.

L'APESS conteste que les conditions d'application du référé voie de fait, respectivement du référé urgence, soient données en l'espèce :

Ainsi

- l'absence de dépôt de la liste de ses membres au registre du commerce et des sociétés ne justifierait pas la nullité du vote devant avoir lieu entre le 25 et 29 octobre 2016 ;
- le droit des membres de l'association de prendre communication de la liste des membres s'exercerait au siège de l'association, mais en aucun cas, un membre n'aurait le droit de se voir communiquer ladite liste, compte tenu notamment de considérations liées à la protection des données ; en tout état de cause, l'absence de communication de la liste des membres aux requérants ne justifierait pas la nullité du vote devant avoir lieu entre le 25 et 29 octobre 2016 ;
- la convocation sous forme dématérialisée, même si non prévue par les statuts de l'APESS, ne saurait de ce fait être constitutive *ipso facto* d'une voie de fait.

L'APESS de faire plaider que le fait qu'elle ait procédé à une convocation par voie électronique de ses membres en vue d'un vote électronique via une plateforme sécurisée en vue de l'élection du nouveau conseil d'administration ne serait pas constitutive d'une violation patente des statuts de l'APESS et de la loi sur les associations sans but lucratif, de sorte que la demande serait à rejeter, tant sur la base principale que subsidiaire.

Elle précise encore que les requérants ne justifieraient aucun préjudice né et actuel en relation avec les voies de fait alléguées.

3. L'appréciation des demandes

Il n'est pas contesté entre parties que le présent litige s'insère dans les suites de la signature de l'accord entre le ministre de l'Éducation et l'« intersyndicale » regroupant les syndicats d'enseignants SEW, FEDUSE et APESS en juillet 2015, en ce que les membres autour du groupe des requérants reprochent au Comité exécutif de l'APESS d'avoir signé l'accord en méconnaissance des intérêts des membres de l'APESS.

Dans ce contexte, les élections du nouveau Comité exécutif de l'APESS ont toute leur importance, en ce qu'il s'agit de déterminer si l'ancien comité, qui a négocié et signé l'accord, sera reconduit ou remplacé par les candidats du groupe concurrent que forment les quatre requérants.

Il s'agit dès lors de déterminer si le vote électoral devant se tenir entre le 25 octobre à partir de 08.00 heures et le 29 octobre à midi est régulier, ou au contraire, entaché d'une irrégularité manifeste nécessitant l'interdiction de la tenue du vote.

Les requérants agissent principalement sur base de l'article 933 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile, subsidiairement sur base de l'article 932 alinéa 1^{er} du même code.

Les mesures que le juge des référés est amené à prendre sur base de ces deux articles sont des mesures provisoires urgentes pour conserver les droits des parties, mais ces décisions ne doivent jamais préjuger le fond du litige opposant les parties. Tel serait le cas des mesures de nullité, respectivement d'irrecevabilité sollicitées au titre des alinéas 6 et 7 du dispositif de l'assignation du 20 octobre 2016, de sorte que ce volet de la demande est à déclarer irrecevable.

Aux termes de l'article 933 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile « le président, ou le juge qui le remplace, peut toujours prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ».

Le trouble manifestement illicite est la voie de fait qui s'est déjà produite et qu'il s'agit de faire cesser, en général par une mesure de remise en état.

La voie de fait qui est sur le point de se produire présupposant, aux termes même de la loi, l'existence d'un dommage imminent, la voie de fait qui s'est réalisée implique à plus forte raison l'existence d'un dommage.

Le trouble consiste dans un acte ou une abstention s'inscrivant dans la méconnaissance de l'ordre juridique établi, qu'il faut, d'une part, faire cesser pour être inadmissible, en tant que constituant une illicéité grossière, d'autre part, il s'agit de préserver ou de rétablir un *statu quo* avant l'intervention du juge du fond.

La constatation d'un trouble manifestement illicite suppose en tout état de cause l'existence d'un acte qui ne s'inscrit, à l'évidence, pas dans le cadre des droits légitimes de son auteur. L'exigence d'un trouble manifestement illicite implique la méconnaissance par son auteur, d'une norme juridique obligatoire, que son origine soit délictuelle ou contractuelle, législative ou réglementaire, de nature civile ou pénale (Jacques VUITTON, Xavier VUITTON : « Les référés », Editions du Juris-Classeur 2003, n° 317 – 322).

Si tel n'est pas le cas, le trouble sera peut-être illicite, mais il ne le sera pas manifestement et il ne suffira dès lors pas à justifier le prononcé d'une mesure de remise en état.

Le dommage imminent est la voie de fait dont les circonstances font admettre qu'elle est sur le point de se produire incessamment et qu'il faut prévenir par des mesures appropriées. La mission du juge des référés consiste à éviter qu'une situation irréversible ne se crée, qui consacrerait un dommage pouvant être illégitime. Il n'est qu'un contretemps dans le cas où il serait licite, mais il doit permettre que ne se commette l'irréparable, prévenant le dommage que l'intervention nécessairement trop tardive du juge du fond ne pourrait servir qu'à constater (Jacques VUITTON, Xavier VUITTON précités, n° 389).

Aucune référence n'est faite dans le texte quant au caractère licite ou non du fait critiqué ; cependant un dommage n'est subi que par la méconnaissance d'un droit, de sorte que le dommage imminent suppose une illicéité, ou tout au moins, du fait de l'urgence inhérente à l'imminence, qu'il apparaisse comme potentiellement illicite. Cette illicéité doit s'entendre dans un sens très large : il doit s'agir au moins d'une anomalie, tout au plus qualifiable d'abus de droit (Jacques VUITTON, Xavier VUITTON précités, n° 392 et 393).

A la différence d'un litige placé sur le fondement du trouble manifestement illicite, le centre du débat en matière de dommage imminent se trouve déplacé de l'existence d'une illicéité qui, si elle est nécessairement présente, n'est plus que secondaire, vers l'existence de ses conséquences, un dommage imminent imputable à un acte du défendeur (Jacques VUITTON, Xavier VUITTON précités, n° 394).

En l'occurrence, il est acquis en cause que l'APESS est une association sans but lucratif soumise au régime légal institué par la loi du 21 avril 1928, telle que modifiée.

L'article 5 de la loi du 21 avril 1928 dispose que l'assemblée d'une association sans but lucratif est convoquée par les administrateurs dans les cas prévus par les statuts, ou lorsqu'un cinquième des associés en fait la demande.

L'article 6 dispose que tous les membres de l'association doivent être convoqués aux assemblées générales.

L'article 7 dispose que tous les associés ont un droit de vote égal dans l'assemblée générale et les résolutions sont prises à la majorité des voix des membres présents, sauf dans les cas où il en est décidé autrement par les statuts ou par la loi

Concernant l'assemblée générale de l'APESS, il y a lieu de se référer aux articles 22 à 26 de ses statuts: l'assemblée générale ordinaire se réunit une fois par an au cours du deuxième trimestre scolaire ; une assemblée générale extraordinaire peut être convoquée à l'initiative du Comité Central, mais doit être convoquée par ce dernier dans le délai d'un mois sur demande écrite d'un cinquième au moins des membres de l'association.

Les convocations sont faites au moins deux semaines à l'avance et indiquent l'ordre du jour. « *L'assemblée générale ordinaire délibère valablement, quel que soit le nombre des membres présents. Il est loisible aux membres de se faire représenter à l'assemblée générale par un autre membre. Toutefois, chaque mandataire ne pourra représenter qu'un seul mandat* ».

Il résulte ainsi des statuts de l'APESS que le mode de convocation aux assemblées n'est pas précisé, de sorte qu'il ne déroge pas par rapport à la loi et que si les membres peuvent se faire représenter aux assemblées, le nombre des mandants non présents ne peut dépasser le nombre des mandataires physiquement présents à l'assemblée.

Si la loi ne précise ni le mode de convocation, ni le temps qui doit s'écouler entre l'envoi de la convocation et la tenue de l'assemblée, et en cas de silence des statuts, tel le cas en l'espèce, il y a lieu d'appliquer par analogie les modes de convocation et de tenue des assemblées des sociétés de personnes, tous les associés étant nominativement connus (Philippe 't KINT : « *Les associations sans but lucratif* », Editions de Boeck & Larcier 1999, n° 181 et 41), soit la convocation par lettre recommandée (article 70 alinéa 7 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée).

Il en suit que les convocations des membres de l'APESS pour une assemblée générale ordinaire, telle celle du 25 mars 2016, prorogée *sine die* concernant le point relatif à l'élection des membres du conseil d'administration, doivent respecter le formalisme de l'envoi par lettre recommandée.

En l'occurrence, la convocation pour l'assemblée générale ordinaire du 25 mars 2016, outre qu'elle n'est pas datée de sorte qu'il est impossible de déterminer si elle a été faite dans un délai d'au moins deux semaines précédant l'assemblée, générale ordinaire litigieuse, ne renseigne pas qu'elle ait été envoyée par lettre recommandée. D'ailleurs, l'APESS n'invoque pas avoir envoyé cette convocation par envoi recommandé.

Cette méconnaissance par l'APESS, d'une norme juridique obligatoire, est constitutive d'une voie de fait et de nature à causer un préjudice aux requérants, en

ce que la tenue de l'assemblée générale ordinaire litigieuse est irrégulière, de sorte que les délibérations y adoptées ne sauraient avoir un effet juridique à leur égard.

Il en est de même de la convocation par courriel du 11 octobre 2016 concernant le vote des membres du Comité Central, reporté lors de l'assemblée générale du 25 mars 2016.

Si ce mode de convocation par courriel, et le vote électronique fixé pour le 25 octobre au 29 octobre 2016, adopté en exécution d'un accord de médiation, dont il n'a pas été allégué que les parties requérantes seraient parties, témoignent incontestablement d'un pragmatisme afin de permettre au plus grand nombre des membres de l'APESS de participer au vote électoral et de conférer ainsi une légitimité au Comité exécutif à élire, il n'en demeure pas moins que cette intention louable de l'APESS n'est pas de nature à énerver le constat de l'existence de la voie de fait précitée.

Il devient dès lors oiseux d'analyser les autres moyens avancés par les requérants à l'appui de leur demande.

Il y a dès lors lieu de faire droit à la demande des requérants et d'interdire la tenue du vote des membres du conseil d'administration de l'APESS fixé du 25 octobre à partir de 08.00 heures au 29 octobre à midi.

A.), B.), C.) et D.) sollicitent l'allocation d'une indemnité de procédure de 620 euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

A défaut de preuve de l'iniquité requise pour l'application de l'article 240 du nouveau code de procédure civile, la demande afférente des requérants est à rejeter.

Par ces motifs

Nous Malou THEIS, Vice-Présidente au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement de Madame le Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, statuant contradictoirement,

recevons la demande en la pure forme,

nous déclarons compétent pour en connaître,

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

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

interdisons 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,

rejetons le demande des requérants basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

condamnons l'assignée aux frais et dépens de l'instance,

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