

No. Rôle: TAL-2021-00970
No. 2022TALREFO/00434
du 9 novembre 2022

Audience publique extraordinaire des référés du mercredi, 9 novembre 2022, tenue par Nous Magistrat A.), Vice-Président 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 Greffier A.).

DANS LA CAUSE

E N T R E

la société A.), établie et ayant son siège social à (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro [...], représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

élisant domicile en l'étude de Maître Avocat A.), avocat, demeurant à Luxembourg,

partie demanderesse comparant par Maître Avocat A.), avocat, demeurant à Luxembourg,

E T

la société B.), établie et ayant son siège social à (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro [...], représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

partie défenderesse défailante.

F A I T S :

A l'appel de la cause à l'audience publique des référés ordinaires du jeudi, 21 avril 2022, Maître Avocat A.) donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite et exposa ses moyens.

Maître Avocat B.) fut entendu en ses explications.

Sur ce l'affaire fut refixée pour continuation des débats à l'audience publique ordinaire des référés du jeudi, 2 juin 2022, lors de laquelle l'affaire fut remise au 30 juin 2022.

Après une remise, l'affaire fut utilement retenue à l'audience publique ordinaire des référés du jeudi, 7 juillet 2022, lors de laquelle Maître Avocat A.) et Maître Avocat B.) furent entendus en leurs explications.

Sur ce l'affaire fut refixée pour continuation des débats à l'audience publique ordinaire des référés du jeudi, 14 juillet 2022, lors de laquelle l'affaire fut remise au 16 août 2022.

Après une remise, l'affaire fut utilement retenue à l'audience publique ordinaire des référés du jeudi, 27 octobre 2022, lors de laquelle Maître Avocat A.) fut entendu en ses explications.

Ayant initialement comparu, Maître Avocat B.), ne comparut pas à cette audience.

Sur ce le juge 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 d'huissier Huissier A.), huissier de justice à Luxembourg, du 19 janvier 2021, la société A.) a fait donner assignation à la société B.) à comparaître devant le Président du Tribunal d'arrondissement, siégeant comme juge des référés, afin :

- de lui permettre de prendre inspection du registre des actions nominatives de la société B.) sur base de l'article 430-3 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales
- d'ordonner à société B.) de communiquer à la société A.) un extrait du registre des actionnaires nominatives indiquant le nombre des actions de la société B.) détenues par la société A.)

- d'ordonner à la société B.) de délivrer à la société A.) le certificat relatif aux actions inscrites à son nom en application de l'article 430-3 précité, le tout sous peine d'une astreinte de 10.000 euros par jour après expiration d'un délai de trois jours de la signification de l'ordonnance à intervenir.

La demande est basée principalement sur l'article 933 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile sinon sur base de l'article 350 du même code.

I. Faits et rétroactes

A l'appui de sa demande, la société de droit luxembourgeois société A.) explique qu'ensemble avec la société de droit français société B.), elles détiennent chacune 50% du capital social de la société B1.) établie et ayant son siège social à (...); que la constitution de la société B.) résulte d'un projet de collaboration entre la société C.) d'une part et la société B1.) d'autre part; que le conseil d'administration de la société B.) fut originairement composé de Personne A.), Personne B.) et Personne C.); que Personne A.) est l'administrateur de la société A.) et Personne B.) est le gérant des sociétés D.) et société E.) détenant ensemble 50% du capital social de la société B1.); que le projet « ... » ne perdurera pas étant donné que le 30 mars 2016, les parties ont signé un « protocole d'accord » mettant fin à leur contrat de collaboration du 7 juillet 2010; que lorsque Personne B.) aurait appris fin 2018 que la société B2.) avait fait l'objet d'une cession à une société tierce, l'entente entre les parties se serait encore davantage dégradée; qu'en consultant le Registre de Commerce et des Sociétés, Personne A.) aurait dû constater que suite à de prétendues décisions prises le 5 juin 2016, il avait été remplacé par Personne B.) comme délégué à la gestion journalière mais aussi comme administrateur-délégué et que son fils Personne C.) avait été remplacé par Personne D.).

La société A.) conteste l'ensemble de ces décisions prises lors de la prétendue assemblée générale extraordinaire des actionnaires du 5 juin 2019 et plus particulièrement celles relatives à la modification de la composition du conseil d'administration et aux actes pris en exécution sur base de ces résolutions. Elle explique avoir assigné la société B.) et les sociétés société D.) et société E.) devant la juridiction du fond mais également devant le juge des référés aux fins d'annulation de ces résolutions; que dans le cadre de ces instances, les sociétés société D.) et société E.) auraient soulevé le défaut de qualité à agir de la société A.) en contestant sa qualité d'actionnaire de la société B.); que dans son ordonnance du 10 novembre 2020, le juge des référés a retenu que la société A.) ne démontre pas sa qualité pour agir en tant qu'actionnaire de la société B.) et il a déclaré irrecevable sa demande ayant pour objet la suspension des effets des décisions prises par les organes sociaux de cette dernière.

A l'audience des plaidoiries du 7 juillet 2022, le litis-mandataire de la société B.) a soulevé l'irrecevabilité de la demande pour exception d'autorité de la chose jugée et pour absence de qualité et intérêt à agir dans le chef de société A.)

la société B.) conclut ensuite au rejet de l'ensemble des demandes formulées à son encontre pour la simple raison que la société B.) n'est pas en possession d'un registre des actionnaires nominatives alors qu'il est tout simplement inexistant ; que tout porterait en effet à croire que le conseil d'administration, dont Personne A.) était le Président et administrateur-délégué, n'aurait jamais procédé à l'établissement d'un tel registre.

La société B.) explique plus particulièrement que la mésentente entre les deux sociétés partenaires s'était aggravée lorsque le groupe groupe A.) apprit que le groupe groupe B.) avait vendu ses parts à la société société F.), concurrent direct de la société B.) et que Personne C.), le fils de Personne A.), travaillerait comme employé auprès de cette société société F.).

La société B.) soutient ensuite que c'est Personne A.) qui avait depuis toujours la main-mise totale sur les données comptables et financières de la société B.) ; que Personne A.) avait même emporté l'ensemble de la documentation comptable dans une fiduciaire belge dont il est le gérant et l'actionnaire ; que lorsque le nouveau conseil d'administration, mis en place au cours de l'assemblée pré-décrite du 5 juin 2019, voulait reprendre les affaires en mains aucun document comptable n'a pu être trouvé sur les lieux du siège social ; que cela résulterait d'ailleurs des procès-verbaux de constat dressés le 18 juillet 2019 et le 9 octobre 2020 par l'huissier de justice Hussier B.) dans lesquels celui-ci explique, qu'accompagné du litis-mandataire de la société B.), il se serait rendu au siège social de la société B.) pour inventorier les documents comptables et financiers et en particulier le registre des actionnaires de ladite société ; que rien n'aurait pu être trouvé sur les lieux. Dans son procès-verbal de constat du 24 et du 26 septembre 2019, l'huissier Hussier B.) déclare s'être rendu auprès de la société G.) qui était supposée être la fiduciaire de la société B.) ; que le personnel de celle-ci aurait clairement déclaré ne pas disposer du registre des actionnaires de la société B.) et qu'il n'en aurait d'ailleurs jamais vu un tel auparavant ; que le même personnel aurait déclaré qu'une fiduciaire belge dénommée société H.), dont Personne A.) est le dirigeant et l'actionnaire, s'occuperait de la centralisation de la comptabilité de la société B.) ; que le personnel de la fiduciaire luxembourgeoise serait d'ailleurs tributaire de ladite fiduciaire belge pour obtenir de quelconques informations au sujet de la société.

Enfin, pour expliquer qu'elle n'a jamais été en possession du registre des actionnaires de la société B.), cette dernière fait plaider que la société A.) aurait déposé une plainte avec constitution de partie civile à son encontre en raison des

résolutions adoptées lors de l'assemblée générale du 5 juin 2019 ; que suite à cette dernière une perquisition aurait été ordonnée dont on ignore quels documents ont été saisis et si notamment le registre des actionnaires, à supposer qu'il en existe un, figure parmi les éléments saisis.

II. En droit

1. Recevabilité de la demande

a. Quant à l'autorité de chose jugée de l'ordonnance des référés du 10 novembre 2020

La société B.) conclut à l'irrecevabilité de la demande de la société A.) sur base de l'exception de l'autorité de la chose jugée, en faisant valoir que suivant ordonnance des référés du 10 novembre 2020, la demande en suspension de l'assemblée générale du 5 juin 2019 introduite par la société A.), a été déclarée irrecevable au motif que la société A.) ne rapporte pas la preuve ni de sa qualité ni de son intérêt à agir ; qu'on ne saurait donc plus remettre en cause ce qui a été jugé par cette juridiction sous peine de violer le principe de l'autorité de la chose jugée.

La société A.) demande à voir rejeter la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée au motif que ladite ordonnance fait actuellement l'objet d'une procédure d'appel, les juges de la Cour d'appel ayant décidé de surseoir à statuer en attendant la décision à intervenir de la présente juridiction.

Aux termes de l'article 1351 du code civil, l'exception de l'autorité de la chose jugée, formant obstacle à ce que la même demande soit portée deux fois devant les juridictions, requiert que la deuxième demande présente avec la demande originaire une identité de parties, d'objet et de cause.

En l'espèce, il y a identité des parties dans la mesure où les parties société A.) et société B.), parties appelante et intimée dans la procédure pendante devant la Cour d'appel, apparaissent dans la présente instance comme demanderesse respectivement défenderesse.

Quant à l'identité de cause entre les deux instances, il est de jurisprudence que la cause de la demande est constituée par les circonstances de fait invoquées en vue d'établir le droit subjectif par lequel se traduit juridiquement la prétention soumise au juge (voir Cour d'appel : 2 octobre 2003, rôle n° 26576 , LJUS 99857959 ; 14 juin 2000, rôle n° 22458, LJUS 99819419 et 18 février 1998, rôles n° 17892, 18013 et 18417, LJUS 99819264 ; voir aussi Thierry Hoscheit, L'évolution du litige au cours de l'instance judiciaire, Bull. du Cercle F. Laurent, n° 8).

En l'occurrence, les circonstances de fait à la base de la présente instance, tendant à l'obtention d'un extrait du registre des actions nominatives, sont les mêmes que celles faisant l'objet de l'instance d'appel. Il y a donc également une identité de cause.

Enfin, quant à l'objet de l'instance, force est de constater que devant la Cour d'appel, l'objet de la demande consiste à voir suspendre les effets de l'assemblée générale des actionnaires du 5 juin 2019 alors que l'objet de la présente instance consiste à voir ordonner à la société B.) la communication, à la société A.), d'un extrait du registre des actions nominatives indiquant le nombre des actions qu'elle détient dans le capital social de la société B.)

L'objet des deux instances n'est donc pas le même dans la mesure où société A.) demande, dans la présente procédure, la production d'un extrait du registre des actions nominatives lui permettant de justifier de sa qualité d'actionnaire dans le cadre de la procédure d'appel pendante et, en tant que tel, obtenir la suspension des décisions litigieuses prises le 5 juin 2016.

Le moyen tiré de l'autorité de la chose jugée n'est donc pas fondé et la demande est à déclarer recevable.

b. Quant à l'absence de qualité à agir dans le chef de la société A.)

La société B.) soulève l'irrecevabilité de la demande de la société A.) pour absence de qualité à agir faute pour cette dernière de justifier de sa qualité d'actionnaire de la société B.)

La qualité pour agir se définit comme étant la faculté légale d'agir en justice, et par suite, le titre auquel on figure dans un acte juridique ou dans un procès (Solus et Perrot, Droit judiciaire privé, tome I, n°262). Ont seuls qualité pour agir, le propriétaire du droit litigieux, son mandataire légal ou conventionnel, ou ses créanciers.

La qualité pour agir n'est en réalité qu'un aspect particulier de l'intérêt à agir et se trouve absorbée par ce dernier, de sorte à ce que toute personne qui prétend qu'une atteinte a été portée à un droit lui appartenant et qui profitera personnellement de la mesure qu'elle réclame a un intérêt à agir en justice et donc qualité pour agir.

Dire d'une personne qu'elle a intérêt à agir, c'est dire que la demande formée est susceptible de modifier, en l'améliorant, sa condition juridique.

L'intérêt est en principe une condition suffisante pour être investi du droit d'agir. Le recours à la justice ne doit en effet être ouvert que si son auteur peut espérer en

retirer un certain avantage, ceci afin d'éviter un encombrement inutile des tribunaux. S'il apparaît que l'exercice d'une action en justice ne présente aucune utilité pour un plaideur, le juge peut, même d'office, déclarer la demande irrecevable, se dispensant par là même de statuer sur le fond. L'intérêt constitue une condition générale d'existence de l'action; il est exigé de toute partie au procès (TAL 19 janvier 2005, no 75725 du rôle).

Cependant, le bien-fondé du droit invoqué ne se vérifie pas lors de l'appréciation de la recevabilité de la demande (Cour, 20 mars 2002, rôle n° 25592).

En l'espèce, il est constant en cause et non autrement contesté que la société B.) a été constituée à la suite d'un « protocole d'accord » signé entre la société de droit belge société C.) et la société de droit français société B.) Les actions de la société B.) ont ensuite été souscrites à concurrence de 50% par la société A.) et à concurrence de 50% par la société société B.)

Même si, pour les raisons ci-avant développées, la partie société A.) ne dispose actuellement pas d'un extrait du registre des actions nominatives attestant qu'elle détient 50% du capital social de société B.), et même si la société B.) fait plaider que société A.) aurait, fin 2018, cédé sa participation à une société tierce et ne saurait donc actuellement plus se prévaloir de la qualité d'actionnaire, il n'empêche qu'en sa simple qualité de fondateur de la société B.), elle a un intérêt direct et personnel, et partant qualité à agir dans le cadre de la présente instance.

Le moyen d'irrecevabilité tiré du défaut de qualité et d'intérêt à agir dans le chef de société A.) est partant à rejeter.

2. La demande en tant que basée sur l'article 933 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile

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 peut se définir comme toute perturbation résultant d'un fait matériel ou juridique qui, directement ou indirectement, constitue une violation évidente de la règle de droit à laquelle le juge des référés peut mettre un terme à titre provisoire (Jurisclasseur Procédure civile Fasc. 1200-95, n°61).

Si l'article 430-3 de la loi modifiée sur les sociétés commerciales du 10 août 1915 exige effectivement que toute société tienne, au siège social, un registre des

actions nominatives dont tout actionnaire pourra prendre connaissance, force est de constater qu'il résulte des développements ci-avant énoncés, ensemble les éléments du dossier qu'il n'est pas établi en cause que ledit registre des actions nominatives de la société B.) existe et que cette dernière est en sa possession.

Les développements de la société B.) constituent partant des contestations pour le moins sérieuses de sorte que la société A.) ne saurait conclure au caractère manifestement illicite des faits reprochés à la société B.)

La demande de société A.) tendant à voir ordonner à la société B.) le droit de consulter ledit registre ainsi que la production de celui-ci sinon de délivrer un certificat relatif à ces actions est partant à déclarer irrecevable sur base de l'article 933 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile.

3. La demande en tant que basée sur base de l'article 350 du nouveau code de procédure civile

L'article 350 du nouveau code de procédure civile dispose que s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé.

Dans la mesure où il résulte des développements ci-dessus énoncés qu'il existe un doute réel quant à l'existence d'un registre des actions nominatives de la société B.), il ne saurait être fait droit aux demandes y afférentes de la société A.)

Sa demande est partant à déclarer irrecevable sur base de l'article 350 du nouveau code de procédure civile.

La partie défenderesse la société B.), ayant initialement comparu par Maître Avocat B.), ne s'est pas présentée à l'audience du 27 octobre 2022, de sorte que, conformément à l'article 76 du nouveau code de procédure civile, il y a lieu de statuer par une ordonnance contradictoire à son égard.

PAR CES MOTIFS:

Nous Magistrat A.), Vice-Président au Tribunal d'Arrondissement d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, statuant contradictoirement,

Nous déclarons compétent pour connaître de la demande,

déclarons la demande de la société A.) irrecevable sur toutes les bases légales invoquées,

laissons les frais et dépens de la demande à charge de la société A.),

ordonnons l'exécution provisoire de la présente ordonnance nonobstant toute voie de recours et sans caution.