

REF. NO. 423/2002
du 16 mai 2002
à 10h45

16/5/2002

A

Audience publique extraordinaire des référés du jeudi, 16 mai 2002, tenue par Nous Odette PAULY, 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 Natalie KOCH.

DANS LA CAUSE

ENTRE

1. la société de droit belge *Sec. 1.)* S.A., ayant son siège social à B-
(...), représentée par son conseil d'administration
actuellement en fonctions, inscrite au R.C.S. de Bruxelles sous le numéro
(...),
2. Monsieur *A.)*, administrateur de sociétés, demeurant à (...)
3. la société de droit irlandais *Sec. 2.)*
LTD., ayant son siège social à (...),
4. Madame *B.)*, demeurant à (...)

élisant domicile en l'étude de Maître Alex SCHMITT, avocat, demeurant à Luxembourg,

parties demanderesses comparant par Maître Fabio TREVISAN et Maître Guy ARENDT, avocats, en remplacement de Maître Alex SCHMITT, avocat, les trois demeurant à Luxembourg,

ET

1. la société *Sec 3)* PARTICIPATIONS S.C.A., société de droit luxembourgeois, ayant son siège social à (...), représentée par son gérant actuellement en fonctions, *Sec. 3)* MANAGEMENT S.A., actuellement établie et ayant son siège social à L- (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le n° B (...),
2. *Sec. 4.)* L.P., ayant son siège social à (...)

3. Monsieur C.) , administrateur de sociétés, demeurant à I- (...)

4. la société anonyme Soc. S) S.A., société de droit luxembourgeois ayant son siège social à (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le n° B (...),

parties défenderesses comparant par Maître Pierre THIELEN, avocat, demeurant à Luxembourg, assisté par Maître Luigi CROCE et Maître Alessandro DELLA CHA', avocats, demeurant en Italie.

F A I T S :

(...)

A l'appel de la cause à l'audience publique ordinaire des référés du lundi après-midi, 6 mai 2002, Maître Fabio TREVISAN donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite et exposa les moyens de sa partie;

Maître Guy ARENDT, Maître Pierre THIELEN, Maître Luigi CROCE et Maître Alessandro DELLA CHA' furent entendus en 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 Guy Engel de Luxembourg du 26 avril 2002 la société anonyme Sec. 1.), A.), la société Sec. 2.) Ltd. et B.) ont fait donner assignation à la société en commandite par actions Sec. 3.) Participations, à Sec. 4.) L.P., à C.) et à la société anonyme Sec. 5.) à comparaître devant le président du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, pour y voir nommer un séquestre judiciaire avec la mission de conserver les actions représentant 7% du capital social de la société anonyme Sec. 5.), 20 % dudit capital social et 2.250 actions de ladite société, annuler la décision prise par l'assemblée générale de la société anonyme Sec. 5.) du 27 mars 2002 d'évincer du conseil d'administration et du poste de président dudit conseil A.), subsidiairement de voir suspendre les effets de cette décision, de voir annuler la décision prise par le conseil d'administration de la société anonyme Sec. 5.) du 27 mars 2002 ayant pour effet la nomination d'un nouveau conseil d'administration de la société contrôlée Sec. 6.) Group S.p.a., subsidiairement de voir suspendre les effets de cette décision.

A l'appui de leur demande la société anonyme Sec. 1.), A.), la société Sec. 2.) Ltd. et B.) font valoir que le 5 juin 2001 un accord-cadre a été conclu entre d'une part les acheteurs, la société en commandite par actions Sec. 3.) Participations et la société Sec. 4.) L.P. et d'autre part les vendeurs, le groupe de sociétés Sec. 6.), A.), D.) et E.), ayant pour objet la cession des participations détenues dans le groupe Sec. 6.), cet accord prévoit également la création de la société anonyme Sec. 5.), ayant pour objet la détention des participations cédées et l'attribution de 5% des parts sociales de cette dernière société à la société anonyme Sec. 1.), contrôlée en fait par A.).

Le 2 juillet 2001 un pacte d'actionnaires a été signé entre les acheteurs et les parties demanderesses prévoyant à l'article 4. que A.) ou une personne par lui désignée sera administrateur de la société anonyme Sec. 5.) que A.) sera nommé président honoraire du conseil d'administration de la société anonyme Sec. 5.), que A.) désignera un administrateur de la société Sec. 6.) Group S.p.a.. Dans l'article 9 dudit pacte la société en commandite par actions Sec. 3.) Participations et la société Sec. 4.) L.P. accordent aux demandeurs un droit d'option irrévocable d'achat de 7 % des actions de la société anonyme Sec. 5.) à exercer avant le 2 mars 2002. Les parties demanderesses soulèvent encore que l'article 10 du pacte des actionnaires leur accorde deux options de souscription ou d'achat supplémentaires portant chacune sur 10% des parts sociales

de la société anonyme (Sec. 5.) dans le cas d'un désinvestissement par la société en commandite par actions (Sec. 3.) Participations et la société (Sec. 4.) L.P., d'une cotation en bourse de la société anonyme (Sec. 5.) ou d'une cession du contrôle de la société anonyme (Sec. 5.) ou de la société (Sec. 6.) Group.

Les parties demanderesses expliquent que les parties défenderesses refusent l'exercice du droit d'option d'achat et que l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires de la société anonyme (Sec. 5.) du 27 mars 2002 a révoqué (A.) de son poste d'administrateur de ladite société.

En droit les parties demanderesses font valoir que les agissements des parties défenderesses constituent des voies de fait et qu'il y a urgence de prendre des mesures conservatoires dans l'attente de la décision au fond du tribunal arbitral à saisir. Elles demandent la mise sous séquestre des actions sur lesquels un droit d'option leur a été accordé conventionnellement et l'annulation des décisions de l'assemblée générale de la société anonyme (Sec. 5.) et du conseil d'administration du 27 mars 2002 révoquant (A.) de ses postes d'administrateur.

Les parties défenderesses soulèvent en ordre principal l'irrecevabilité de la demande de la société anonyme (Sec. 1.) pour avoir omis l'indication de son numéro d'immatriculation au registre de commerce.

Si la société anonyme (Sec. 1.) n'a pas indiqué son numéro d'immatriculation dans la requête en fixation d'un référé extraordinaire, elle a redressé cette omission dans l'exploit d'assignation qui indique le numéro afférent.

Les parties défenderesses invoquent le défaut d'indication des organes sociaux représentant la société de droit irlandais (Sec. 2.) Ltd et l'absence d'indication de son immatriculation au registre de commerce.

Les questions relatives au fonctionnement de la société constituent le domaine par excellence de la loi de la société (cf. Encyclopédie Dalloz, Droit international privé V Sociétés no 101). L'appréciation des pouvoirs au sein d'une société relève de la loi nationale à laquelle la société est soumise. (cf. Encyclopédie Dalloz précitée no 104). Il s'ensuit que la question de savoir qui au sein d'une société de droit irlandais a pouvoir pour la représenter en justice, est à trancher suivant la loi irlandaise. Il est cependant de principe que les actes de procédure qui concourent à l'agencement du procès relèvent de la loi du for. Celle-ci détermine notamment les divers actes qu'il y a lieu d'accomplir pour déclencher l'instance et la faire prospérer. Relèvent donc de la loi luxembourgeoise les mentions que doit contenir l'exploit qui introduit une instance au Grand-Duché de Luxembourg.

Les indications relatives au demandeur, personne morale, non expressément prévues à l'article 153 du NCPC, mais qui y sont interprétées par analogie, suivent le même régime qu'une omission ou erreur dans ces indications et entraînent une nullité de forme soumise en principe à l'article 264 du NCPC (cf. Cour 15.7.1992, P. 29,20).

Il y a lieu d'ajouter que ni l'indication des noms des représentants légaux, ni par ailleurs celle du numéro d'immatriculation au registre de commerce et des sociétés, ne sont requises pour l'identification du requérant (Cour 30.6.1993, P. 29, 253). Partant ce moyen est à rejeter.

Les parties demanderesse estiment que la demande de **B.)** est irrecevable pour défaut de qualité, elle n'ayant pas été partie au contrat.

A qualité pour agir celui qui a un intérêt personnel au succès ou au rejet d'une prétention. 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 personnel à agir en justice et donc qualité pour le faire.

La qualité n'est donc pas une condition particulière de recevabilité lorsque l'action est exercée par celui-là même qui se prétend titulaire du droit, l'existence effective du droit invoqué par le demandeur à l'encontre du défendeur n'étant pas une condition de recevabilité de la demande, mais uniquement la condition de son succès au fond, ou, en d'autres termes, de son bien-fondé (Solus et Perrot, Droit Judiciaire Privé T. 1, no 221). Comme la partie demanderesse **B.)** allégué dans son chef un droit d'option sur une part du capital de la société anonyme **Soc. 5)**, ce moyen est à écarter.

Quant aux options d'achat.

Les parties défenderesses expliquent qu'en fait lors de la cession du groupe **Soc. 6.)** l'actif net consolidé des sociétés acquises était largement négatif et évalué par les vendeurs à 39.781.933.650 liras, que l'accord-cadre prévoyait dans l'article 12 une série de garanties et d'indemnisations pour autant que l'actif dépassait le solde négatif de 40 milliards de liras, qu'après signature du contrat-cadre les acheteurs ont chargé la société **Soc. 7.)** de vérifier la réalité de la consistance du patrimoine du groupe **Soc. 6.)** et que le cabinet d'audit a conclu que le patrimoine négatif net du groupe **Soc. 6.)** s'élevait à 71.401.000.000 de liras, qu'en date du 19 octobre 2001 les parties défenderesses ont informé les vendeurs qu'elles font application de l'article 12 de l'accord-cadre, qu'elles considèrent donc entre autres les options stipulées en faveur des demandeurs comme résolues.

Les parties défenderesses contestent par ailleurs que les parties demanderesse aient levé l'option invoquée. Elles font valoir que l'accord cadre est soumis au droit italien, qui est très formaliste dans ce domaine et qui prévoit que les demandeurs expriment de façon expresse leur volonté de lever l'option, sans qu'on puisse s'y méprendre, et qu'ils déposent auprès de tiers, notaire ou huissier, le prix de vente convenu de 1.800.000 euros, qu'en l'occurrence les demandeurs n'ont pas exercé régulièrement leur droit d'option, que partant la propriété des actions n'est pas litigieuse.

Les défendeurs invoquent encore à leur profit les moyens exposés par les demandeurs dans une requête au juge italien tendant à suspendre le délai d'exercice du droit d'option disant que dans l'hypothèse où la valeur des fonds propres du groupe **Soc. 6.)** correspond à celle alléguée par les défendeurs alors les demandeurs se trouvent dans une situation d'incertitude et d'indétermination sur un des éléments fondamentaux du contrat de façon à les empêcher à prendre leur décision de levée d'option consciemment et librement, pour dire qu'il est établi que les demandeurs n'ont pas levé le droit d'option et n'ont pas acquis les actions litigieuses.

Dans une lettre du 26 février 2002 adressée aux parties défenderesses **A.)**, en son nom propre et en sa qualité d'administrateur de la société anonyme **Soc. 1.)**, signale que son droit et son intention d'exercer l'option d'achat d'une part équivalente à 7% du

capital social de la société anonyme *Sec. 5*) " seront encore valables, dès que les difficultés que vous avez artificiellement soulevées en relation à cet exercice auront cessé".

Il est évident que dans ce courrier *A.)* n'a pas exercé le droit d'option, mais qu'il a souligné que son intention de l'exercer reste valable jusqu'à ce que cessent les différends entre parties quant l'évaluation de l'actif du groupe Sector.

En principe le pacte comportant promesse unilatérale de vente bénéficie d'une efficacité juridique radicale. Dès levée de l'option la promesse unilatérale est transformée en promesse synallagmatique de vente et en conséquence vaut vente. Toutefois tant que le bénéficiaire n'a pas déclaré expressément acquérir, l'obligation du promettant ne constitue qu'une obligation de faire qui se résoud en dommages-intérêts en cas de non respect (Cass. civ. Fr. 15 décembre 1993 JCP 1995 II no 22366).

En considération de ces développements il y a lieu de constater que les demandeurs n'ont pas levé l'option d'achat portant sur 7% du capital social de la société anonyme *Sec. 5*), que la propriété de ces actions ne leur a pas été transmise et que la propriété desdites actions n'est pas litigieuse.

Suivant l'article 1961 du code civil, les tribunaux peuvent ordonner le séquestre d'une chose mobilière dont la propriété est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes; mais il est admis que cette mesure peut également être ordonnée en référé en cas d'urgence (C.S.J 2.4.1970, Pasicr. XXI, p. 324) et, à condition que cette mesure soit encore susceptible d'être ordonnée en référé, s'il existe un différend sérieux entre parties (J.CI.Proc.civ., référé, fasc.234, no 20) étant entendu que le juge des référés ne saurait se livrer à une analyse du fond du droit.

Il faut donc également admettre la possibilité du séquestre dans toute situation quelconque trouvant son origine dans un droit de propriété ou dans un contrat et impliquant contestation ou même simple opposition d'intérêts sur une chose ou relativement à une chose, situation dans laquelle une mesure conservatoire apparaît utile dans l'intérêt de toutes les parties en vue d'éviter soit des actes irréparables, soit une dilapidation, soit une mauvaise gestion, soit une perte quelconque à raison de l'abandon ou de mauvais vouloir.

Les demandeurs exposent que la mise en place d'un tribunal arbitral compétent pour connaître au fond des présents litiges prendra plusieurs mois, voire des années, qu'il y a risque de voir s'évaporer toutes chances de réalisation des accords fermes intervenus entre les parties.

Les demandeurs requièrent la mise sous séquestre de 7% du capital social de la société anonyme *Sec 5*) . Il résulte des débats à l'audience que le capital social de la société anonyme *Sec. 5*) est représenté par 300.000 actions, dont 5% appartiennent à la société anonyme *Sec 1*), 80% à la société à commandite par actions *Sec. 3*) Participations, 15 % à la société *Sec. 4*) L.P. et que les actions de la société anonyme *Sec. 5*) sont toutes nominatives.

En droit seule la chose litigieuse peut être placée sous séquestre, le litige doit intéresser un bien précis et déterminé ou un groupe de biens précis.

Ni la demande de la société anonyme *Sec. 1*) , de *A.)* , de la société *Sec. 2*) Ltd. ou de *B.)* , ni la convention-cadre ne

7 permet de déterminer sur quelles actions individuelles porte la mesure sollicitée, ainsi à défaut d'indiquer les numéros des actions nominatives à mettre sous séquestre, il échet de déclarer la demande irrecevable pour défaut de précision de l'objet de la demande.

Par ailleurs se pose la question de savoir si et dans quelle mesure la mise sous séquestre de 7 % des actions représentant le capital sociale de la société anonyme *Sec. 5.)* est susceptible de parer à la réalisation du préjudice invoqué par les demandeurs, ce compte tenu du fait que les défendeurs détiennent 95 % dudit capital et que les demandeurs omettent de préciser en quoi consiste le risque concret qu'ils encourent en attendant la décision des arbitres à saisir, en quoi il y a urgence, étant donné qu'ils n'établissent ou n'invoquent aucun élément qui amoindrirait leur chance de réalisation de l'accord-cadre.

La société anonyme *Sec. 1.)*, *A.)*, la société *Sec. 2.)* Ltd. et *B.)* demandent encore la mise sous séquestre de 2 X 10 % du capital social et de 2.250 actions de la société anonyme *Sec. 5.)*. L'exercice de ce droit d'option supplémentaire est soumis à différentes conditions, comme le désinvestissement des défendeurs et les hypothèses d'une cotation en bourse ou d'une cession du contrôle de la société anonyme *Sec. 5.)*.

Les demandeurs n'invoquent aucun indice tendant à la réalisation d'une de ces conditions, de sorte qu'ils n'invoquent aucune nécessité ou utilité de la mesure sollicitée, aucun litige réel et sérieux au sujet de la propriété de cette portion du capital social de la société anonyme *Sec. 5.)* n'est allégué, de sorte que ce chef de la demande est à déclarer irrecevable.

Quant aux postes d'administrateur et de président du Conseil d'administration

Les demandeurs invoquent une violation flagrante du pacte d'actionnaire, notamment des clauses réservant à *A.)* un poste d'administrateur dans le conseil d'administration de la société anonyme *Sec. 5.)*, le poste de président honoraire du conseil d'administration de cette société et un poste d'administrateur dans la société *Sec. 6.)* Group.

Il échet d'analyser cette demande tant dans le cadre du référé-urgence, que dans celui du référé-voie de fait.

A.) considère que la mesure sollicitée serait la seule apte à réparer le préjudice causé et qui pourrait être engendré dans le futur, il demande la réparation en nature du dommage subi.

Il demande en ordre principal l'annulation de la décision de l'assemblée générale du 27 mars 2002 de la société anonyme *Sec. 5.)* et de celle prise le même jour par le conseil d'administration de la société *Sec. 6.)* Group.

Le juge des référés, qui statue au provisoire et ne peut dire et juger, est sans pouvoir pour annuler les décisions critiquées en tranchant les moyens de forme ou de fond invoqués par les parties à l'appui de leurs prétentions; de sorte que la demande en annulation des décisions critiquées est à déclarer irrecevable.

En ordre subsidiaire les demandeurs requièrent la suspension des effets des décisions critiquées.

Aux termes de l'article 932 alinéa 1 du Nouveau Code de procédure civile dans les cas d'urgence, le président du tribunal peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend. La contestation sérieuse existe dès lors que l'un des moyens opposé à la prétention de celui qui s'appuie sur un droit n'est pas manifestement vain, dès lors autrement dit qu'il existe une incertitude, si faible soit-elle sur le sens dans lequel trancherait le juge du fond s'il venait à être saisi (ex. (C.A. 2e chambre, 30 janvier 1989, J. K. c/S., , no 11069 du rôle).

A.) invoque à l'appui de sa demande les dispositions du pacte d'actionnaires signé par toutes les parties à l'exception de la société anonyme *Soc. S*).

En droit la clause réservant à un actionnaire le poste de président du conseil d'administration ou un poste d'administrateur est d'une validité contestée. La jurisprudence française l'a doublement contestée, d'une part parce que, selon la Cour de Cassation, les administrateurs ne peuvent pas prendre par avance de manière irrévocable, un engagement personnel de vote, car un tel engagement est contraire" aux règles fondamentales selon lesquelles les administrateurs d'une société anonyme doivent pouvoir se faire à tout moment, en conscience, une opinion de l'intérêt social et exprimer cette opinion par un vote librement émis", d'autre part, elle estime en général que cette convention porte directement mais nécessairement atteinte au principe de libre révocabilité des dirigeants (J.-J. Daigre et M.Sentilles-Dupont Pactes d'Actionnaires no 120).

En outre se pose le problème si des obligations sont nées dans le chef de la société anonyme *Soc. S*) par le pacte d'actionnaires. Il ressort des faits que la société anonyme *Soc. S*) n'a pas signé le contrat-cadre, ni le pacte d'actionnaire. Dans un écrit appelé "Deed of Adherence" la société anonyme *Soc. S*) a confirmé avoir lu une copie du contrat-cadre daté au 5 juin 2002 et être liée par les termes de ce contrat comme si elle y avait été partie.

Les parties demandereses affirment que le pacte d'actionnaires est annexé à l'accord-cadre de sorte qu'en adhérant à ce dernier, la société anonyme *Soc. S*) a également ratifié le pacte d'actionnaires et qu'elle y est tenue.

Cette discussion ne concerne que la demande en suspension des effets de la décision du conseil d'administration de la société anonyme *Soc. S*) du 27 mars 2002, étant que ni la société anonyme *Soc. S*) , ni ses administrateurs n'interviennent dans la décision de l'assemblée générale du même jour.

Au regard des faits repris ci-avant, le juge des référés ne peut sans trancher le fond, passer outre les contestations soulevées par les défendeurs, de sorte que le droit sur lequel s'appuie les parties demandereses ne présente pas le caractère de certitude requis par les dispositions de l'article 932 alinéa 1 du Nouveau Code de Procédure Civile.

En considération des développements qui précèdent il n'appartient pas au juge des référés de dire d'un côté si les dispositions du pacte d'actionnaires sont valables ou s'opposent aux principes généraux applicables en droit des sociétés et d'un autre côté s'il incombe à la société anonyme *Soc. S*) et à ses administrateurs de respecter le pacte d'actionnaires.

Partant ce chef de la demande est à rejeter sur base de l'article 932 alinéa premier du NCPC.

La voie de fait se définit comme étant constituée par une atteinte manifestement illicite et intolérable à un droit certain et évident d'autrui par des actes matériels posés par leur auteur en vue d'usurper un droit qu'il n'a pas ou pour se rendre justice soi-même. Le juge des référés est toujours compétent pour faire cesser une voie de fait, c'est-à-dire un acte illégal portant préjudice à autrui. Il ne peut préjuger le fond, mais il peut fonder sa décision sur une situation de fait ou de droit qui n'est pas ou ne peut pas être sérieusement contestée. Le juge des référés n'est plus compétent s'il existe une contestation sérieuse au fond. Les troubles doivent être manifestement illicites, ce qui présume que leur caractère illicite doit précisément ne pas être l'objet de contestations sérieuses.

Il a ainsi été décidé que la demande est irrecevable lorsque la contestation porte soit sur l'existence même du trouble allégué, soit sur le prétendu caractère manifestement illicite de ce trouble (cf. Cour 26 janvier 1993 no 14772 du rôle).

Eu égard aux contestations portant sur la validité des dispositions invoquées du pacte des actionnaires et sur l'obligation à charge de la société anonyme *Soc. S*) du chef de ce pacte, la demande et également à déclarer irrecevable sur base de l'article 933 alinéa premier du NCPC.

Comme une partie qui a succombé ne peut obtenir une indemnité de procédure, la demande afférente de La société anonyme *Soc. 1.)*, *A.)*, la société *Soc. 2.)* Ltd., *B.)* est à abjurer.

PAR CES MOTIFS

Nous Odette PAULY, 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;

recevons la demande en la pure forme ;

nous déclarons compétent pour en connaître ;

déclarons la demande irrecevable ;

rejetons la demande basée sur l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile ;

mettons les frais de l'instance à charge des parties demanderesses.