N° 22 / 09.
du 2.4.2009.

Numéro 2609 du registre.

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, deux avril deux mille neuf.

Composition:

Marie-Paule ENGEL, présidente de la Cour,
Léa MOUSEL, conseillère à la Cour de cassation,
Nico EDON, premier conseiller à la Cour d'appel,
Lotty PRUSSEN, conseillère à la Cour d'appel,
Marianne PUTZ, conseillère à la Cour d'appel,
John PETRY, avocat général,
Marie-Paule KURT, greffière à la Cour.

E n t r e :

1) la société anonyme A.), établie et ayant son siège social à (…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro (…),

2) la société (beslooten vennotschap) de droit néerlandais B.), établie et ayant son siège social à (…), représentée par son liquidateur, (…), elle-même représentée par ses deux administrateurs, (…),

demanderesses en cassation,

comparant par Maître Patrick KINSCH, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

e t :

C.), administrateur de sociétés, demeurant à (…),

défendeur en cassation,

comparant par Maître Nicolas SCHAEFFER, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu.

==========

LA COUR DE CASSATION :

Ouï la conseillère Léa MOUSEL en son rapport et sur les conclusions du premier avocat général Georges WIVENES ;

Vu l'arrêt avant dire droit attaqué, rendu le 25 octobre 2006 par la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, sous le numéro 30444 du rôle ;

Vu l'arrêt définitif attaqué, rendu le 11 juillet 2007 par la Cour d'appel, même chambre, sous le même numéro du rôle ;

Vu le mémoire en cassation dirigé contre les deux arrêts par la société anonyme A.) et par la société de droit néerlandais B.), signifié le 25 avril 2008 à C.) et déposé au greffe de la Cour supérieure de justice le 20 mai 2008 ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 25 juillet 2008 par C.) et déposé au greffe de la Cour supérieure de justice le 28 juillet 2008 ;

Sur les faits :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait débouté C.) de ses demandes principales en annulation des assemblées générales extraordinaire et ordinaire de la société A.) tenues le 9 décembre 2003 ainsi que de ses demandes subsidiaires en annulation de toutes les résolutions sinon des résolutions trois, quatre et cinq de l'assemblée générale extraordinaire ; que sur appel de C.), la Cour d'appel, par un arrêt avant-dire droit admit les parties à prouver par voie d'enquête les faits respectivement allégués ; que statuant sur le résultat des mesures d'instruction, la Cour d'appel, par réformation, annula l'assemblée générale extraordinaire du 9 décembre 2003 et déclara irrecevable la demande de C.) en obtention de dommages-intérêts ;

Sur le premier moyen de cassation :

dirigé contre les deux arrêts attaqués et tiré *« de la violation de l'article 67, paragraphe 2, de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, ensemble l'article 30, paragraphe 2, du*

règlement de la Chambre des députés (ledit règlement étant, au Luxembourg, la source des << règles ordinaires des assemblées délibérantes >>, au sens de l'article 67, paragraphe 2 de la loi du 10 août 1915),

en ce que (1) l'arrêt avant dire droit du 25 octobre 2006 a décidé d'admettre C.) à la preuve testimoniale du fait que son représentant, D.), était arrivé à l'étude du notaire E.) entre 10.00 heures et 10.05 heures et a dû y attendre pendant une dizaine de minutes, et en ce que (2) l'arrêt sur le fond du 11 juillet 2007 a estimé que cette preuve était rapportée et a annulé, en conséquence, l'assemblée générale extraordinaire du 9 décembre 2003 et en ce qu'il a pris les décisions accessoires, reprises au dispositif de l'arrêt, sur la décharge de C.) de la condamnation au paiement d'une indemnité de procédure, de débouté des demanderesses en cassation de leur demande en obtention d'une indemnité de procédure et de condamnation des demanderesses en cassation au paiement d'une indemnité de procédure à C.) et aux frais et dépens des deux instances,

aux motifs que << le seul fait qu'il importe d'établir est le moment de la constatation de l'arrivée de D.) au cabinet du notaire E.) >> (arrêt avant dire droit, p. 13 de l'expédition), et qu'<<il n'est pas établi que l'arrivée de D.) à l'Etude du notaire E.) a été tardive au point que le représentant de C.) n'a plus pu participer aux délibérations de l'assemblée générale extraordinaire >>, si bien que, cette assemblée s'étant déroulée hors de sa présence, elle était à annuler pour s'être irrégulièrement déroulée (arrêt sur le fond du 11 juillet 2007, p. 11-12 et 12 de l'expédition),

alors que c'est à tort que la Cour d'appel a estimé qu'il était suffisant que le mandataire de C.) soit arrivé en temps utile dans l'étude du notaire E.), étude dans l'une des salles de laquelle se déroulait l'assemblée générale ; qu'elle aurait au contraire dû imposer à C.) la charge de prouver que son mandataire s'était effectivement présenté, en temps utile (c'est-à-dire avant la clôture de l'assemblée générale), dans la salle même où les actionnaires composant l'assemblée générale se trouvaient réunis, tel étant le critère du droit, pour les actionnaires ou leurs représentants, de participer à l'assemblée (article 30, paragraphe 2, du règlement de la Chambre des députés, auquel renvoie l'article 67, paragraphe 2, de la loi du 10 août 1915) ; que la Cour d'appel ne constate aucune manœuvre de la part des participants à l'assemblée générale pour empêcher le représentant retardataire de l'actionnaire C.) de se présenter effectivement en temps utile dans la salle même où se déroulait l'assemblée ; que l'arrêt s'étant contenté, au contraire, de la preuve de la simple arrivée de ce représentant dans l'étude du notaire, il a violé les textes cités au moyen » ;

Mais attendu que le moyen est nouveau ; qu'il est mélangé de fait et de droit étant donné que l'examen de son bien-fondé impliquerait des constatations de fait auxquelles la Cour de cassation ne peut procéder ;

Que le moyen est dès lors irrecevable ;

Sur le second moyen de cassation :

dirigé contre le seul arrêt du 11 juillet 2007 et tiré *« de la violation de l'article 89 de la Constitution et de l'article 249 (alinéa 1er), en combinaison avec l'article 587 du Nouveau code de procédure civile* **(première branche)** *ainsi que de la violation de l'article 1315, alinéa 1er du code civil et du principe général du droit attribuant au demandeur en nullité d'un acte la charge de prouver le vice dont il le déclare entaché* **(deuxième branche),**

en ce que l'arrêt du 11 juillet 2007 a, par réformation du jugement de première instance, dit que l'assemblée générale extraordinaire du 9 décembre 2003 s'était irrégulièrement tenue et l'a annulée, et en ce qu'il a pris les décisions accessoires, reprises au dispositif de l'arrêt, sur la décharge de C.) de la condamnation au paiement d'une indemnité de procédure, de débouté des demanderesses en cassation de leur demande en obtention d'une indemnité de procédure et de condamnation des demanderesses en cassation au paiement d'une indemnité de procédure à C.) et aux frais et dépens des deux instances,

au motif qu'il résulte des déclarations des témoins qu'<< il n'est pas établi que l'arrivée de D.) à l'Etude du notaire E.) a été tardive au point que le représentant de C.) n'a plus pu participer aux délibérations de l'assemblée générale extraordinaire >>, ce dont l'arrêt a déduit que l'assemblée générale extraordinaire du 9 décembre 2003 était à annuler pour s'être irrégulièrement déroulée,

alors que la charge de prouver le prétendu vice de procédure lors du déroulement de l'assemblée générale critiquée incombait à C.), demandeur en nullité ; que l'arrêt avant dire droit du 25 octobre 2006 avait confirmé cette règle et avait admis en conséquence C.) à la preuve des faits par lui allégués ; qu'il appartenait par conséquent à C.) de rapporter la preuve positive de ce que l'arrivée de son mandataire en l'étude notariale avait eu lieu en temps utile (c'est-à-dire avant la clôture de l'assemblée) pour que son mandataire puisse participer aux délibérations de l'assemblée générale extraordinaire ; que l'attribution de la charge de la preuve à une partie signifie que l'incertitude et le doute subsistant à la suite de la production d'une preuve doivent nécessairement être retenus au détriment de cette partie ;

que, **première branche,** *en se contentant du fait qu'il n'était, au vu des déclarations de témoins, << pas établi que l'arrivée de D.) à l'Etude du notaire E.) a été tardive au point que le représentant de C.) n'a plus pu participer aux délibérations de l'assemblée générale extraordinaire >> pour en déduire que le vice de procédure lors du déroulement de l'assemblée (qui consisterait dans le fait qu'un actionnaire pourtant présent au lieu où se déroulait l'assemblée n'avait pas été admis à celle-ci) était prouvé en fait, la Cour d'appel s'est contentée d'une motivation dubitative qui vaut absence de motivation et violation de l'article 89 de la Constitution et de l'article 249 (alinéa 1er) en combinaison avec l'article 587 du Nouveau code de procédure civile,*

et que, **seconde branche,** *en faisant par les motifs dénoncés, profiter à C.) le doute sur le moment exact de l'arrivée de son mandataire en l'étude notariale, la Cour d'appel a renversé la charge de la preuve et a violé l'article 1315, alinéa 1er, du code civil, ainsi que le principe général du droit attribuant au demandeur en nullité d'un acte la charge de prouver le vice dont il le déclare entaché » ;*

Mais attendu que le motif critiqué comme étant dubitatif constitue en fait une appréciation des juges du fond du résultat de la contre-enquête ayant porté sur un fait précis tendant à combattre les faits admis en preuve dans le cadre de l'enquête directe ;

Attendu que les juges du fond ont dit « que le témoin D.) ait attendu cinq à dix minutes dans la salle d'attente avant son accès à la salle d'actes ne saurait – vu la déposition claire et non équivoque du témoin D.), contredite par aucun élément de la contre-enquête – être mis en doute », fait que C.) avait offert de rapporter, par la voie de l'enquête, et souverainement considéré par ceux-ci comme étant établi au vu du résultat des enquête et contre-enquête tenues en cause ;

Que ce motif est suffisant pour constituer le soutien de la décision ;

Que le moyen ne saurait dès lors être accueilli dans aucune de ses branches ;

Par ces motifs :

rejette le pourvoi ;

condamne les demanderesses en cassation aux dépens de l'instance en cassation et en ordonne la distraction au profit de Maître Nicolas SCHAEFFER, avocat à la Cour, sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Madame la présidente Marie-Paule ENGEL, en présence de Monsieur John PETRY, avocat général et de Madame Marie-Paule KURT, greffière à la Cour.