26.1.1015

(A)

Audience publique du vingt-six octobre mil neuf cent quatre-vingt-treize.

Numéros 15376 et 15377 du rôle.

Composition:

Robert BENDUHN, président de chambre,
Irène FOLSCHEID, conseiller,
Monique BETZ, conseiller,
Pierre SCHMIT, avocat général,
Manon AREND, greffier assumé.



- e n t r e -

la **FEDERATION NATIONALE DE LA MUTUALITE FRANCAISE**, Fédération nationale de groupements mutualistes régie par le Code le la Mutualité, reconnue d'utilité publique par décret du 23 mai 1929, inscrite au Répertoire départemental sous le numéro 75.1621, représentée par son Président actuellement en fonctions, établie et ayant son siège social en France à 75719 Paris, 255, rue de Vaugirard,

appelante aux termes des exploits de l'huissier de justice Pierre KREMMER de Luxembourg du 27 avril 1993 et de l'huissier de justice Camille FABER d'Esch-sur-Alzette du 6 mai 1993,

comparant par Maître Aloyse MAY, avocat à Luxembourg,

- e t -

1) la société anonyme de droit luxembourgeois (Soc.) **S.A.H.**, établie et ayant son siège social à (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins des susdits exploits KREMMER et FABER,

comparant par Maître Lydie LORANG et Maître Marianne GOEBEL, avocats à Luxembourg,

2) P.), , administrateur de sociétés, demeurant au (...) (Grèce),

3) la société de droit libérien Soc2.) **HOLDING INC.**, ayant son siège social à (...) (Libéria), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimés aux fins des susdits exploits KREMMER et FABER,

comparant par Maître Gaston VOGEL, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Attendu que par exploit d'huissier du 17.02.1993 la FEDERATION NATIONALE DE LA MUTUALITE FRANCAISE, (ci-après: la MUTUALITE) a fait comparaître la société anonyme Soc1.) S.A.H. (ci-après: Soc1.)) devant le juge des référés du tribunal d'arrondissement de Luxembourg aux fins de nomination d'un mandataire de justice avec la mission de:

1) requérir tous renseignements auprès des anciens membres du conseil d'administration de la société défenderesse et auprès du commissaire de cette dernière ainsi qu'auprès de tout tiers sur les opérations d'investissement effectuées par la défenderesse;

2) rassembler toutes les informations, documents et autres pièces au siège social de la société défenderesse ou ailleurs, pour autant qu'ils sont relatifs à la société défenderesse, à ses filiales, et à tout co-contractant de la défenderesse;

3) gérer les avoirs de la société défenderesse tels que détenus notamment sur les comptes ouverts auprès de la Banque Soc3.) en bon père de famille;

4) sur demande de tout actionnaire représentant au moins 20% du capital de la société défenderesse ou sur la propre initiative du mandataire judiciaire convoquer toute assemblée générale ordinaire ou extraordinaire avec l'ordre du jour qui lui sera soumis ou qu'il jugera utile de présenter;

5) en général, faire tout ce qu'il jugera nécessaire ou utile pour l'accomplissement de sa mission;

qu'à l'appui de cette demande la MUTUALITE a exposé que la société Soc1.) est une société anonyme holding de droit luxembourgeois dont le capital social est divisé entre 41 actions de type A et 15.000 actions de type B, d'un montant nominal de chaque fois 1.000 dollars US; que cette société a été constituée le 24 janvier 1992 par deux actionnaires fondateurs, à savoir la société Soc2.) HOLDING INC., société de droit libérien dirigée par P.) et par P.) lui-même qui ont souscrit l'intégralité des actions de type A; que dans l'acte de constitution ont été nommés administrateurs:

B.) (qui était à l'époque directeur financier de la MUTUALITE)
E.)
P.)
K.)
L.)

qu'en date du 31 mars 1992, jour où il a été licencié par la MUTUALITE, B.) agissant au nom et pour compte d'une caisse de la MUTUALITE, a souscrit et libéré 15.000 actions du type B d' Soc1.) pour un montant de 15.000.000 dollars US;

qu'à la suite du licenciement de son ancien directeur financier, la MUTUALITE a procédé à différentes investigations et vérifications qui l'ont amenée à douter de la gestion correcte de la société

Soc1.) , dans laquelle elle est actionnaire à concurrence de 99,72%;

que suite à deux ordonnances de référé du 21.12.1992 et 08.01.1993 et sur demande de la MUTUALITE formulée en application de l'article 70 de la loi de 1915 sur les sociétés commerciales, s'est tenue le 11 janvier 1993 une assemblée générale des actionnaires d' Soc1.) avec comme ordre du jour, entre autres, la modification des articles 8 et 9 des statuts de la société ainsi que la révocation de tous les membres du conseil d'administration;

que lors de cette assemblée générale qui a révélé la mésentente totale entre associés, le conseil d'administration a été révoqué par 15.000 voix contre 41 et suite au refus des actionnaires A de mettre au vote la question de la désignation du nouveau conseil d'administration, la MUTUALITE, en sa qualité d'actionnaire majoritaire, a désigné un conseil d'administration composé de cinq membres;

que la demanderesse a conclu de ces éléments à l'existence d'une insécurité juridique quant à la représentation de la société défenderesse rendant urgente la nomination d'un mandataire de justice;

Attendu qu'à l'audience du juge des référés P.) et la société Soc2.) HOLDING ont déclaré intervenir volontairement dans le litige se mouvant entre la MUTUALITE et Soc1.) ;

Attendu que par ordonnance du 26 février 1993 le juge des référés a déclaré irrecevable la demande de la MUTUALITE, de même que celle, reconventionnelle, formée par les parties défenderesse et intervenantes et tendant à voir ordonner à la MUTUALITE de cesser de présenter cinq de ses employés comme nouveau conseil d'administration de Soc1.) ;

que, relativement à la demande de la MUTUALITE, le premier juge

- a considéré que la demanderesse entend justifier la validité des révocation et nouvelle désignation du conseil d'administration en faisant valoir que les dispositions statutaires relatives aux modes de délibération de l'assemblée générale, qui, dans leur article 8, prévoient la majorité concourante des détenteurs des actions A et des détenteurs des actions B, seraient nulles pour se heurter au principe d'ordre public de la révocabilité ad nutum des administrateurs des sociétés anonymes;

- a relevé qu'il n'appartient pas au juge des référés, mais aux seules juridictions du fond d'apprécier si l'article 8 des statuts est irrégulier eu égard au principe de la révocabilité ad nutum des administrateurs; que les pouvoirs du juge des référés se limitent en l'espèce à la constatation que les chefs de l'ordre du jour relatifs aux révocation et nouvelle désignation du conseil d'administration n'ont pas recueilli le quorum statutaire faisant la loi des parties - en attendant, le cas échéant, une décision de nullité émanant de la juridiction compétente - et que par conséquent le conseil d'administration désigné dans l'acte constitutif ne se trouve ni révoqué, ni à fortiori remplacé;

- a finalement considéré qu'en l'espèce on n'est pas non plus en présence d'un trouble manifestement illicite, ni d'ailleurs d'une situation telle que la non intervention du juge des référés entraînerait pour la société des suites irréparables, hypothèses pouvant justifier la mesure sollicitée;

Attendu que par exploit d'huissier du 18.03.1993, exposant que depuis l'ordonnance de référé du 26 février 1993, des faits nouveaux sont survenus, consistant notamment dans la tenue et le résultat d'une assemblée générale en date du 15 mars 1993 et qui démontrent que la société Soc.) est totalement paralysée dans son fonctionnement, la MUTUALITE a fait comparaître Soc.) devant le juge des référés du tribunal d'arrondissement de Luxembourg en requérant la nomination d'un mandataire de justice avec la même mission que celle déjà proposée dans l'assignation du 17 février 1993;

que P.) et la société Soc2.) sont encore intervenus volontairement dans cette deuxième instance;

Attendu que par ordonnance du 2 avril 1993, le juge des référés, estimant que les éléments nouveaux invoqués par la MUTUALITE ne sont pas de nature à établir que Soc1.) soit en péril, que son équilibre financier soit compromis ou que ses gérants aient commis des actes d'administration suspects, a dit la demande irrecevable; qu'il a encore déclaré irrecevables les demandes reconventionnelles en allocation de dommages-intérêts pour procédure abusive et vexatoire formulées par Soc1.) et les parties intervenantes, de même que la demande de Soc1.) en allocation d'une indemnité de procédure;

Attendu que par exploit d'huissier du 27 avril 1993, la MUTUALITE a régulièrement relevé appel de l'ordonnance du 26 février 1993 qui ne lui a pas été signifiée; que par exploit d'huissier du 6 mai 1993 elle a encore régulièrement interjeté appel contre l'ordonnance du 2 avril 1993 qui lui a été signifiée en date du 26 avril 1993;

que dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, il échet de joindre ces appels pour les toiser dans un même arrêt;

Attendu qu'à l'audience de la Cour P.) et Soc2.) HOLDING ont opposé aux demandes formulées par la MUTUALITE l'autorité de la chose jugée résultant d'une ordonnance de référé rendue entre parties le 16 novembre 1992, non frappée d'appel;

Attendu qu'il résulte des éléments du dossier qu'en novembre 1992 la MUTUALITE, se prévalant d'une gestion incorrecte de Soc1.) et d'une dilapidation de fonds commise par les administrateurs, a saisi le juge des référés d'une demande de nomination d'un administrateur provisoire en vue de la convocation

d'une assemblée générale extraordinaire et d'un séquestre chargé de conserver et d'administrer les fonds de la société; que par ordonnance du 16 novembre 1992 le juge des référés, considérant que les reproches formulés par la MUTUALITE laissent d'être établis et que la demanderesse dispose par ailleurs dans l'article 70 de la loi sur les sociétés d'un moyen de provoquer elle-même la tenue d'une assemblée générale extraordinaire, a dit la demande irrecevable;

Attendu que les ordonnances de référé, n'ayant autorité de chose jugée qu'au provisoire, sont susceptibles d'être révisées en référé si la situation de fait ou de droit en considération de laquelle elles ont été rendues, a changé (cf. article 811-7 du code de procédure civile; E. PENNING, Les procédures rapides en matière civile, commerciale et de droit du travail, Bull. Laurent I, 93, N° 15);

Attendu qu'en l'espèce les circonstances nouvelles par rapport à la situation examinée dans l'ordonnance du 16 novembre 1992 résident dans la tenue de l'assemblée générale extraordinaire du 11 janvier 1993 et les problèmes apparus lors de cette assemblée générale, faits qui ont précisément été invoqués par la MUTUALITE dans sa deuxième demande, de sorte que l'ordonnance du 16 novembre 1992 ne saurait s'opposer à cette demande, ni d'ailleurs à la troisième demande et que le moyen est à rejeter;

Attendu qu'à l'appui de son appel dirigé contre l'ordonnance du 26 février 1993 la MUTUALITE reprend son moyen tiré de la nullité de la disposition relative au mode de délibération de l'assemblée générale contenue dans l'article 8 sub b) des statuts de Soc.) pour être contraire au principe du pouvoir absolu de la révocation des administrateurs appartenant à l'assemblée générale des actionnaires, disposition qui, conformément à l'article 12ter in fine de la loi de 1915 est réputée non écrite;

que tout en admettant que le juge des référés n'a pas le pouvoir de se prononcer sur la régularité d'une disposition statutaire, la MUTUALITE reproche au premier juge d'avoir dit que ses pouvoirs se limitent en l'espèce à la constatation qu'en attendant une éventuelle décision de nullité émanant de la juridiction compétente, les statuts font la loi des parties et que, par conséquent, le conseil d'administration ne se trouve ni révoqué, ni à fortiori remplacé, alors que, selon l'appelante, au regard du prédit article 12ter, une décision judiciaire sur la nullité de la clause statutaire litigieuse serait seulement déclarative, la nullité préexistant à toute décision;

Attendu que Soc.) conclut au débouté de l'appelante en faisant valoir que même en admettant que, suite à une éventuelle annulation de la disposition critiquée, le conseil d'administration devrait être considéré comme révoqué avec effet à partir du 11 janvier 1993, celui-ci conserverait le pouvoir de faire les actes d'administration courante jusqu'à ce que les successeurs aient pris possession de leurs fonctions, de sorte que la nomination d'un mandataire de justice aux fins de poser ces actes est parfaitement inutile;

que Soc.) a d'autre part demandé à la Cour d'enjoindre à l'appelante de communiquer un document appelé "papier brique" dont il a été question lors de l'assemblée générale du 15 mars 1993;

que l'intimée n'a pas indiqué à quelles fins elle conclut à cette communication, qu'il résulte cependant du compte-rendu de ladite assemblée générale que P.) a posé à la MUTUALITE des questions relativement à ce "papier brique" qui, selon lui, contiendrait le projet Soc.) et qui aurait été approuvé par le conseil d'administration de la MUTUALITE; qu'il faut admettre que par la communication de ce document l'intimée entend prouver que l'investissement de 15.000.000 dollars US dans Soc.) n'a pas été décidé par le seul directeur financier de la MUTUALITE mais qu'il a été opéré de l'accord du conseil d'administration;

Attendu que cette question est étrangère au présent litige où il s'agit d'examiner si les événements survenus lors de l'assemblée générale du 11 janvier 1993 sont de nature à justifier la nomination d'un administrateur judiciaire et ne peut influer d'aucune manière sur l'éventuelle pertinence des arguments invoqués par la MUTUALITE à l'appui d'une telle nomination;

que cette demande est partant à rejeter;

Attendu que les principes régissant l'intervention du juge des référés dans la vie des sociétés ont été exhaustivement décrits dans les différentes ordonnances rendues entre parties; que la Cour se borne à rappeler que les faits pouvant motiver la désignation d'un administrateur provisoire doivent être de nature à engendrer un péril grave pour la société rendant absolument nécessaire la mesure sollicitée;

Attendu que lors de l'assemblée générale du 11 janvier 1993 le vote sur la révocation des administrateurs a donné le résultat suivant: les actionnaires "A" (41 voix) ont voté contre la révocation, l'actionnaire "B" (15.000 voix) a voté pour la révocation; que la MUTUALITE, se prévalant de la nullité de la disposition statutaire qui prévoit pour la révocation des administrateurs une majorité concourante des détenteurs des actions "A" et des détenteurs des actions "B" soutient que l'ancien conseil d'administration doit être considéré comme révoqué depuis le 11 janvier 1993; que la MUTUALITE a d'ailleurs le 19 octobre 1993 assigné au fond aux fins de faire constater la nullité des dispositions incriminées des statuts;

Attendu que ce moyen de nullité ne peut, au regard des éléments en possession de la Cour, être rejeté comme dépourvu de toute apparence de sérieux (voir à ce sujet Resteau, Traité des sociétés anonymes, 3e éd., T.II, N° 838), de sorte que l'éventualité d'une décision au fond adoptant la

thèse de l'actuelle appelante n'est pas à écarter;

Attendu il est vrai, qu'en attendant une éventuelle décision judiciaire prononçant la nullité de la disposition incriminée, celle-ci garde les apparences de la régularité; que toutefois par l'effet d'une telle décision, cette apparence se trouverait anéantie rétroactivement ce qui aurait pour conséquence que le conseil d'administration serait révoqué avec effet à partir de l'assemblée générale du 11 janvier 1993, et ceci même abstraction faite d'une dualité de conseils d'administration suite à la désignation par la MUTUALITE, lors de ladite assemblée générale, d'administrateurs de son choix, aspect du problème sur lequel l'appelante n'a plus insisté en instance d'appel;

Attendu que l'argumentation d' Soc.) consistant à dire que les administrateurs révoqués conservent le pouvoir d'accomplir les actes d'administration courante en attendant la mise en place de leurs successeurs est en l'espèce à côté des réalités; qu'en effet les administrateurs désignés dans les statuts ne se considèrent pas comme révoqués et ne songent pas à céder leur place à d'éventuels successeurs de sorte qu'il faut admettre qu'ils ne se limitent pas aux simples actes d'administration, s'estimant également en droit d'accomplir des actes de disposition, ce qui pourrait entraîner une remise en question de l'ensemble des actes posés par eux;

Attendu que dans les circonstances données une annulation de la disposition figurant sub 8 b) des statuts d' Soc.) risque d'avoir des conséquences désastreuses pour cette société, conséquences qu'il s'impose d'éviter, le rôle du juge, pour être efficace, étant non seulement de trouver un remède à une situation dommageable déjà née, mais encore d'en prévenir la naissance (cf. Enc. Dalloz, Rép. soc. V° Administrateur provisoire, N°34; Emile PENNING, De la désignation en référé d'administrateurs provisoires et de séquestres, Bull. Laurent II 91, N° 15);

Attendu qu'à cet égard il échet de rejeter le moyen des parties intimées consistant à dire qu'à l'heure actuelle l'urgence fait défaut, les fonds de Soc.) étant bloqués suite à une ordonnance rendue par le juge d'instruction le 27 janvier 1993;

Attendu en effet que si l'urgence est requise pour justifier l'intervention du juge des référés - et à ce niveau elle se présume dès lors que la situation sociale fait, comme en l'espèce, craindre un dommage imminent - elle n'est pas du point de vue du fond du droit, une condition nécessaire à la désignation d'un administrateur provisoire; que la demande est en effet recevable dès lors que la cause de désignation existe, même si dans l'immédiat il n'est pas nécessaire d'accomplir un acte juridique au nom et pour compte de la société (JCL Sociétés fasc. 37, N° 32);

Attendu que par réformation de l'ordonnance du 26 février 1993, il y a partant lieu de faire droit à la demande de l'appelante;

qu'il s'en suit que l'appel contre l'ordonnance de référé du 2 avril 1993 et qui tend lui aussi, par réformation de cette ordonnance, à la nomination d'un administrateur provisoire, est devenu sans objet;

Attendu - quant à la mission à confier au mandataire de justice - que l'appelante, dans une note de plaidoirie lue à l'audience de la Cour, a modifié la mission proposée par elle dans l'acte d'assignation, en laissant de côté le point 1), en modifiant le point 4) traitant de la convocation d'une assemblée générale en lui substituant la mission suivante: "convoquer toute assemblée générale ordinaire ou extraordinaire en vue de voir nommer de nouveaux administrateurs de la société Soc.) " et en ajoutant la mission de "représenter la société Soc.) dans tous les actes judiciaires et extrajudiciaires";

Attendu que Soc.) conclut à l'irrecevabilité de ce dernier point de la mission pour constituer une demande nouvelle en appel;

Attendu que ce moyen est à rejeter, la demande de l'appelante étant la nomination d'un administrateur judiciaire et non pas la mission suggérée par elle, qui demeure une simple proposition ne liant pas le juge;

Attendu qu'il est évident que l'administrateur à nommer ne saurait, en l'état actuel des choses, être chargé de la convocation d'une assemblée générale en vue de la nomination de nouveaux administrateurs, tel que proposé par l'appelante dans sa note de plaidoirie;

Attendu qu'il échet de confier à l'administrateur provisoire la mission de gérer et d'administrer la société, pareille mission englobant les autres points proposés par l'appelante dans la mesure où les actes y décrits sont nécessaires à l'accomplissement des tâches qu'elle comporte;

PAR CES MOTIFS ,

la Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé, statuant contradictoirement, le représentant du ministère public entendu en ses conclusions,

dit recevables les appels interjetés par la FEDERATION NATIONALE DE LA MUTUALITE FRANCAISE contre les ordonnances de référé du 26 février 1993 et du 2 avril 1993;

les joint pour les toiser dans un même arrêt;

rejetant le moyen tiré de l'autorité de la chose jugée;

dit fondé l'appel contre l'ordonnance de référé du 26 février 1993;

réformant:

nomme administrateur provisoire de la société anonyme Soc.) S.A.H. Maître Pierre THIELEN, avocat-avoué à Luxembourg avec la mission de gérer et d'administrer la société selon les lois et usages du commerce et ce jusqu'à l'intervention d'une décision définitive sur le fond du litige existant entre parties;

dit que les honoraires et frais promérités par l'administrateur provisoire sont à prélever sur l'actif de la société, sinon à avancer par la demanderesse originaire;

rejette la demande de Soc.) en communication du document appelé "papier brique";

dit sans objet l'appel dirigé contre l'ordonnance de référé du 2 avril 1993;

condamne les parties intimées un solidum aux frais occasionnés en première instance par les demandes du 17 février 1993 et du 18 mars 1993 ainsi qu'aux frais de l'instance d'appel.