

Arrêt rendu le 25 avril 2018 sur requête d'appel déposée le 14 mars 2018 au greffe de la Cour par Maître Guillaume MARY, avocat à la Cour, contre l'ordonnance du 2 mars 2018, rendue par Madame le vice-président Malou THEIS, en remplacement de Madame le Président du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

septième chambre, a rendu à l'audience publique du 25 avril 2018, après instruction en chambre du conseil,

l'arrêt

qui suit :

Par requête déposée le 1^{er} mars 2018 au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, la société anonyme **SOC1.)** a demandé à Madame le Président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg de nommer un administrateur provisoire/mandataire ad hoc avec la mission :

- de gérer et administrer la société **SOC2.)** S.A., établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),
 - de vendre l'actif immobilier sis à **LIEU1.)** (France) au prix indiqué à l'offre de la société **BQUE1.)** du 29 mars 2017 (18 millions d'euros) sinon toute offre supérieure,
 - voir dire que pour l'accomplissement de sa mission, l'administrateur pourra s'entourer de toute personne de son choix,
 - voir dire que l'administrateur provisoire dans le cadre de sa mission pourra donner procuration à la personne de son choix de manière discrétionnaire,
 - voir dire que dans le cadre de sa mission, l'administrateur provisoire pourra conclure tout acte sous seing privé pour finaliser la vente en question comme encore effectuer toutes démarches généralement quelconques pour ce faire,

- voir dire que l'administrateur provisoire, à titre conservatoire, devra introduire sinon avaliser toute demande de prorogation du (des) permis de construire obtenu(s) par la société,

- voir dire que dans le cadre de sa mission, l'administrateur provisoire pourra procéder à toute démarche et formalité administrative et civile de transfert du (ou des) permis de construire délivré(s) à la société **SOC2.)** S.A.,

- voir dire que l'administrateur provisoire est nommé pour une année, renouvelable en fonction des circonstances de l'espèce,

- voir dire que dans le cadre de sa mission, l'administrateur provisoire pourra conclure tout acte notarié en relation avec la vente en question sans autre formalité nonobstant toutes mesures visant l'ordonnance *a quo*,

- voir dire que dans le cadre de sa mission, l'administrateur provisoire pourra prendre toutes mesures utiles pour sauvegarder le patrimoine de la société et notamment mais non exclusivement toutes créances et indemnités.

Par ordonnance du 2 mars 2018, la demande a été rejetée.

Par requête déposée au greffe de la Cour le 14 mars 2018, la société **SOC1.)** a régulièrement interjeté appel contre cette ordonnance, demandant par réformation, à la Cour de nommer un administrateur provisoire/mandataire ad hoc avec la mission plus amplement reprise ci-dessus.

Faits et rétroactes

La société **SOC1.)** est actionnaire ensemble avec **A.)** de la société anonyme **SOC2.)** S.A., la société **SOC1.)** possédant 490 actions et **A.)** 510 actions.

L'objet social de la société **SOC2.)** S.A. consiste en « *l'étude, la réalisation, la coordination, le développement ainsi que l'acquisition, la vente et la gestion de projets immobiliers au Grand-Duché de Luxembourg et à l'étranger* ».

Suivant acte notarié du 14 juin 2006, la société **SOC2.)** S.A. a acquis un ensemble immobilier pour le prix de 5.100.000 € à **LIEU1.)** sur la Côte (...) en France en vue de construire des résidences de haut standing destinées à être commercialisées entre autre auprès de ressortissants russes.

Par arrêté du 26 janvier 2009, le maire de la Commune de **LIEU1.)** a refusé le permis de construire demandé pour l'ensemble immobilier acquis.

Cet arrêté a été annulé par arrêt de la Cour administrative de Marseille du 20 mars 2014 qui a enjoint au maire de la commune de **LIEU1.)** de procéder à une nouvelle instruction de la demande de permis de construire.

Par arrêté du 4 juin 2014, le maire de **LIEU1.)** a accordé à la société **SOC2.)** S.A. le permis de construire valant permis de démolir pour le projet consistant en la démolition de 1.190 m² de surface nette hors œuvre nette et la réalisation d'une construction de 3.116,58 m² de surface hors œuvre nette.

Selon la société **SOC1.)**, le projet de construction n'aurait pas encore pu être réalisé en raison d'un litige pendant entre elle-même et **A.)** suite au refus par celle-ci d'exécuter ses obligations découlant du protocole d'accord du 10 août 2011 relatif à la cession par la société **SOC1.)** (qui était initialement seule actionnaire de la société **SOC2.)** S.A.) de 51% des actions à **A.)**. Ledit protocole règle entre autre les modalités de financement du projet une fois le permis de construire obtenu.

Dans l'impossibilité de mettre en œuvre le permis de construire, elle ne verrait pas d'autre solution que de céder le projet en question.

Elle disposerait d'une offre de la société **BQUE1.)** IMMOBILIER qui serait prête à acquérir le projet moyennant paiement de la somme de 18.000.000 €.

Il s'agirait d'une offre très intéressante pour la société **SOC2.)** S.A. qui réaliserait ainsi, sans s'occuper de la construction, une plus-value de 13.000.000 €.

Selon la société **SOC1.)**, le permis de construire expirerait le 6 avril 2018 et ne serait pas susceptible de prorogation de sorte qu'il importerait de vendre l'ensemble immobilier tant que le permis de construire serait encore valable.

Toutes ses tentatives de convaincre **A.)** de vendre le projet ayant échoué, la société **SOC1.)** a fait procéder à la convocation d'une assemblée générale en mettant la vente des terrains en question à l'ordre du jour.

Cette assemblée a eu lieu le 20 décembre 2017, mais **A.)** ne s'est pas présentée.

Une nouvelle assemblée a été convoquée pour le 18 janvier 2018 à laquelle **A.)** s'est fait représenter par son mandataire qui avait cependant reçu instruction formelle de demander la prorogation de l'assemblée.

La société **SOC1.)** s'est alors adressée aux administrateurs aux fins de se voir concéder un mandat de vente de l'actif immobilier.

L'administrateur **B.)** aurait dans un premier temps été favorable à la vente, mais aurait souhaité laisser quelques jours à **A.)** pour faire part de sa position.

Par courrier du 26 janvier 2018, le mandataire des administrateurs **B.)** et **C.)** a informé le mandataire de la société **SOC1.)** que ceux-ci avaient démissionné avec effet immédiat. Leur démission fut transcrite le 29 janvier 2018 au Registre de commerce et des sociétés à Luxembourg.

Une première requête unilatérale tendant à la désignation d'un administrateur provisoire/mandataire ad hoc fut déposée le 8 février 2018.

Suivant ordonnance du même jour, la demande fut rejetée, le juge de première instance ayant constaté qu'une assemblée générale prorogée devait se tenir le 15 février 2018 dont l'objet portait notamment sur la décision de l'éventuelle dissolution de la société conformément à l'article 100 de la loi sur les sociétés commerciales, sur l'opportunité de réaliser les actifs immobiliers de la société compte tenu de la situation financière et de ses dettes en particulier par rapport à l'offre de la **BQUE1.) IMMOBILIER**, de sorte que l'organe souverain de la société **SOC2.) S.A.** était amené à se prononcer sur les points faisant l'objet de la mission à conférer à l'administrateur provisoire selon la demande de la société **SOC1.)**.

Au vu de cet élément, le juge de première instance a considéré que les conditions pour l'intervention du juge dans la vie de la société **SOC2.) S.A.** n'étaient pour le moment pas données, à plus forte raison pas par mesure unilatérale.

Il résulte du procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire en question que la proposition de réaliser les actifs immobiliers de la société a été rejetée par l'actionnaire majoritaire **A.)**. A la question de savoir pourquoi elle refusait l'offre de la **BQUE1.) IMMOBILIER**, son mandataire a répondu que « *l'offre signée par un directeur d'agence n'a aucune valeur juridique, en outre lorsqu'on lit cette offre, il est évident que l'échange a eu lieu entre Monsieur **D.)** alors qu'il n'était investi d'aucun mandat pour négocier au nom de **SOC2.) S.A.** En outre cette offre souffre d'autres vices, notamment en ce qu'elle contient un calendrier qui est devenu obsolète et caduc. Donc il n'y a pas lieu de se prononcer sur un document qui n'a aucune valeur juridique et manque singulièrement de sérieux* ».

A ce propos, il y a lieu de remarquer qu'une première offre d'achat avait été faite par la **BQUE1.)** le 12 décembre 2016 pour un montant de 15.000.000 €. Cette offre a été augmentée le 29 mars 2017 à 18.000.000 €.

Il découle encore du procès-verbal que l'actionnaire majoritaire **A.)** privilégie la réalisation du projet de construction par la société **SOC2.)** S.A. elle-même. Interrogée par l'actionnaire **SOC1.)** sur la question de savoir comment le projet devrait être financé et dans quel délai, son mandataire a répondu que des diligences seraient en cours.

Lors de l'assemblée générale extraordinaire du même jour qui s'est tenue une heure plus tard et qui avait pour ordre du jour l'approbation de la démission des administrateurs **B.)** et **C.)** ainsi que la nomination de deux nouveaux administrateurs, il fut décidé de proroger cette assemblée au 15 mars 2018.

La société **SOC1.)** a alors déposé, le 1^{er} mars 2018, une nouvelle requête en désignation d'un administrateur provisoire sinon d'un mandataire ad hoc pour vendre les actifs immobiliers.

La demande a été rejetée par l'ordonnance dont appel.

En ce qui concerne le volet de la demande tendant à la nomination d'un administrateur provisoire/mandataire ad hoc aux fins d'entreprendre toutes démarches pour vendre l'actif immobilier sis à **LIEU1.)** avant le 6 avril 2018, date d'expiration du permis de construire, le juge de première instance a estimé que cette demande tendait en partie à contrecarrer le vote exprimé à l'assemblée générale extraordinaire du 15 février 2018. Dans la mesure où il ne saurait être permis à un actionnaire minoritaire de contrecarrer un vote régulièrement exprimé à l'assemblée générale des actionnaires, et à défaut de preuve d'un abus de majorité dans le chef d'**A.)**, le juge de première instance a rejeté la demande, ajoutant qu'il n'appartient en principe pas à un administrateur provisoire, chargé d'une mission de gestion courante à des fins purement conservatoires dans l'intérêt d'une société, d'effectuer des actes de disposition.

Le volet de la demande tendant à la nomination d'un administrateur provisoire avec la mission de gérer la société à des fins purement conservatoires suite à la démission des administrateur **B.)** et **C.)** le 26 janvier 2018, a de même été déclaré non fondé dans la mesure où une nouvelle assemblée générale devait se tenir le 15 mars 2018 ayant précisément pour objet de procéder au remplacement des administrateurs démissionnaires de sorte que le juge de première instance a encore estimé que les conditions d'intervention du juge dans la vie de la société n'étaient pas données.

Les moyens de la société SOCI.)

Celle-ci soutient que le fonctionnement normal de la société et son intérêt social ne seraient plus garantis par la faute exclusive de l'actionnaire majoritaire A.).

Bien qu'il ait été pourvu, lors de l'assemblée générale extraordinaire du 15 mars 2018, au remplacement des deux administrateurs démissionnaires, le conseil d'administration ne serait toujours pas complet, dans la mesure où le mandat du troisième administrateur (...) serait venu à échéance et qu'A.) se serait opposée à ce qu'il soit procédé à son remplacement, ce point n'ayant pas figuré à l'ordre du jour de l'assemblée du 15 mars 2018.

Le vote exprimé lors de l'assemblée générale du 15 février 2018 par A.) de s'opposer à la vente du complexe immobilier à LIEU1.) constituerait un abus de majorité alors que pris contrairement à l'intérêt général de la société et sans justification aucune de sorte que la société SOCI.) n'y voit pas d'autre explication que la volonté de nuire à l'actionnaire minoritaire.

Il serait manifestement dans l'intérêt de la société de vendre cet actif immobilier avant tout dépérissement du permis de construire et de conserver le prix de vente dans l'attente du règlement du litige plutôt que de voir cet actif immobilier se déprécier par la seule caducité du permis de construire obtenu après de longues procédures judiciaires.

Il y aurait péril en la demeure alors que le permis de construire expirerait le 6 avril 2018 et qu'il y aurait impossibilité de le proroger.

Appréciation

Les règles applicables à l'immixtion du juge dans les affaires sociales

Il n'appartient, en principe, pas aux juges d'intervenir dans le fonctionnement des sociétés, ce rôle étant dévolu aux organes sociaux (principe de non-intervention).

Ce principe général n'empêche toutefois pas les juges des référés, en cas d'urgence et de blocage des organes sociaux, d'organiser des situations d'attente par la désignation d'un administrateur judiciaire.

Les situations d'attente qu'organise le juge du référé se caractérisent par le fait qu'il ne s'agit que de mesures provisoires ; le juge des référés n'aborde pas le fond du litige. Il n'entend pas donner au litige une solution définitive, mais se contente de prendre des mesures provisoires urgentes pour conserver les droits de la société comme ceux de ses membres. Il s'agit de suppléer temporairement les dirigeants d'une société en attendant le dénouement d'une crise interne paralysant la société et qui pourrait s'avérer gravement préjudiciable à celle-ci si rien n'était fait.

L'intervention du juge des référés est soumise à une condition générale, celle de l'urgence de la situation. La nomination d'un administrateur provisoire reste une mesure grave qui ne peut être adoptée que pour protéger des intérêts sérieusement menacés. Il faut donc qu'il y ait un abus de majorité ou de minorité risquant de causer un préjudice irréversible, soit une paralysie des organes sociaux faisant courir des périls graves pour l'existence de la société. C'est l'existence de circonstances exceptionnelles et particulièrement graves compromettant le fonctionnement régulier de la société qui caractérise l'urgence et justifie l'intervention du juge des référés.

Il n'y a urgence que si le moindre retard peut causer un préjudice certain. L'urgence s'apprécie dans le chef de la personne morale, et non dans celui de ses associés, car ce que le juge entend éviter, c'est le dommage certain, imminent et irréversible pour la société, la plupart du temps le risque de disparition de la société (Alain STEICHEN, Précis de droit des sociétés, n° 475 page 354).

Il découle des principes ci-avant exposés qu'il faut que l'intervention judiciaire dans les affaires sociales soit rigoureusement nécessaire suite à l'existence de circonstances exceptionnelles et particulièrement graves et que tout retard mette en péril les droits de la société.

Le cas d'espèce

Force est de constater qu'entre le prononcé de l'ordonnance du 2 mars 2018 et les plaidoiries du 20 mars 2018 sur le mérite de l'appel, s'est tenue, le 15 mars 2018, une nouvelle assemblée générale extraordinaire de la société **SOC2.) S.A.** dont l'ordre du jour était de procéder à la nomination de deux nouveaux administrateurs en remplacement des administrateurs démissionnaires **B.)** et **C.)**.

Deux nouveaux administrateurs ont été nommés en les personnes de **E.)** et **F.)**.

Il est vrai que le conseil d'administration n'est pas encore complet faute de remplacement de l'administrateur (...) dont le mandat est venu à échéance. Comme la société **SOC2.)** S.A. a cependant procédé très rapidement au remplacement des deux administrateurs démissionnaires, il est à prévoir que cette carence au niveau du troisième administrateur ne sera que de très courte durée de sorte que le simple fait que le conseil d'administration n'est actuellement pas encore complet ne justifie pas la désignation d'un administrateur provisoire avec une mission générale de gérer et d'administrer la société **SOC2.)** S.A..

La société **SOC1.)** fait valoir que les deux nouveaux administrateurs seraient sous l'obédience d'**A.)** dans la mesure où l'assemblée des actionnaires les a adoptés moyennant les 510 voix d'**A.)** contre les 490 voix de la société **SOC1.)** tandis que ses propres propositions d'administrateurs ont été rejetées moyennant les 510 voix d'**A.)** contre les 490 voix de la société **SOC1.)**.

La désignation des deux nouveaux administrateurs est issue d'un vote régulièrement exprimé lors de l'assemblée générale des actionnaires et le fait qu'ils ont été imposés par l'associée majoritaire **A.)** n'est pas de nature à établir *ipso facto* dans le chef de celle-ci un abus de majorité tel que le soutient la société **SOC1.)**.

Pour être constitutive d'un abus de majorité une décision doit satisfaire à deux conditions, à savoir :

- être prise contrairement à l'intérêt général de la société,
- être prise dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité ou encore avoir un effet spoliateur pour les minoritaires et avoir été prise dans l'intérêt de spolier les minoritaires (Jean-Pierre WINANDY, Manuel de droit des sociétés, Edition 2011, page 190).

Cette preuve n'est pas rapportée en l'espèce.

Il convient de relever à cet égard que l'on se trouve dans le cadre d'une procédure unilatérale dans laquelle l'associée majoritaire **A.)** n'a aucune possibilité d'exposer son point de vue de sorte qu'une mesure aussi grave que celle de l'institution d'un administrateur provisoire qui ne peut être adoptée que pour protéger des intérêts sérieusement menacés ne se justifie pas.

L'appel n'est donc pas fondé en ce qu'il tend à la désignation d'un administrateur provisoire avec la mission générale de gérer et d'administrer

la société **SOC2.)** S.A.. Le mandataire de la société **SOC1.)** n'y a d'ailleurs plus autrement insisté.

La société **SOC1.)** demande encore la nomination d'un administrateur ad hoc dont la seule mission consisterait à vendre l'actif immobilier à **LIEU1.)** et d'entreprendre à ces fins toutes démarches en vue de réaliser la vente tant que le permis de construire est encore valable, en soutenant que le refus d'**A.)** de donner son accord à la vente serait purement abusif et contraire à l'intérêt social de la société **SOC2.)** S.A.. Ici encore il y aurait abus de majorité dans le chef d'**A.)**.

A.) s'est opposée à la vente de l'actif immobilier par un vote régulièrement exprimé lors d'une assemblée générale des actionnaires.

Ainsi que la Cour l'a déjà remarqué à propos de la désignation des nouveaux administrateurs, le seul fait qu'**A.)** ne partage pas l'avis de l'actionnaire minoritaire **SOC1.)** en ce qui concerne la réalisation des actifs immobiliers de la société **SOC2.)** S.A. n'est pas de nature à établir *ipso facto* dans le chef d'**A.)** un abus de majorité tel que le soutient la société **SOC1.)**.

Il découle du procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire du 15 février 2018 que le mandataire d'**A.)** a fourni des explications par rapport à son refus notamment en ce que sa mandante conteste la valeur juridique de l'offre de la **BQUE1.)** IMMOBILIER et en ce qu'elle a exprimé le souhait que ce soit la société **SOC2.)** S.A. qui réalise elle-même le projet de construction.

Face à ces explications, la Cour retient que la société **SOC1.)** n'a pas rapporté la preuve que les conditions de l'abus de majorité ci-avant énumérées soient établies.

A cet égard, il convient de relever encore une fois que la procédure se déroule dans un cadre unilatéral de sorte que la Cour ne connaît pas les moyens qu'**A.)** opposerait à la demande lors d'un procès contradictoire.

Il faut ensuite rappeler que le juge des référés n'ordonne que des mesures provisoires urgentes pour conserver les droits de la société.

La vente de l'actif immobilier de la société **SOC2.)** S.A. ne constitue pas une mesure conservatoire mais un acte de disposition.

Or, ces derniers échappent aux pouvoirs d'un administrateur provisoire.

Force est encore de constater que tout en mettant l'accent sur l'extrême urgence dans la mesure où le permis de construire expirera le 6 avril 2018 et qu'il ne serait pas possible de le proroger, la société **SOC1.)** a inclus dans la mission dont elle voudrait charger l'administrateur ad hoc d' « *introduire sinon avaliser toute demande de prorogation du (des) permis de construire obtenu(s) par la société* » de sorte que l'affirmation que le permis de construire expirera définitivement le 6 avril 2018 et ne serait pas susceptible de prorogation manque de fondement.

Il en suit que l'appel n'est pas non plus fondé en ce qui concerne la demande en désignation d'un administrateur ad hoc chargé de procéder à la vente de l'actif immobilier.

Par ces motifs,

la Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière de référé et en chambre du conseil,

déclare l'appel recevable mais non fondé ;

confirme l'ordonnance du 2 mars 2018 ;

laisse les frais à charge de la société anonyme **SOC1.)** S.A..

Ainsi fait et jugé en chambre du conseil de la Cour d'appel, septième chambre et prononcé en l'audience publique du vingt-cinq avril deux mille dix-huit où étaient présents:

Astrid MAAS, président de chambre ;
Marie-Laure MEYER, premier conseiller ;
Monique HENTGEN, premier conseiller ;
Daniel SCHROEDER, greffier.

Madame le Président de chambre Astrid MAAS étant dans l'impossibilité de signer, la minute du présent arrêt est signée, conformément à l'article 82 de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, par le conseiller le plus ancien en rang ayant concouru à l'arrêt.