Jugement commercial 2018TALCH15/ 543

Audience publique du mercredi, vingt-cinq avril deux mille dix-huit.

Numéros 181613 + 184874 + 186633 du rôle

Composition :

Gilles HERRMANN, Vice-président ;
Katia FABECK, 1er juge ;
Steve KOENIG, juge ;
Emmanuelle BAUER, greffier assumé.

E n t r e :

I
(181613)

Monsieur **A.)**, pensionné, demeurant à L-**(…)**,

élisant domicile en l'étude Maître Nicolas THIELTGEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

demandeur, comparant par Maître Nicolas BERNARDY, avocat à la Cour, en remplacement de Maître Nicolas THIELTGEN, avocat à la Cour susdit,

e t :

1) Monsieur **B.)**, administrateur de sociétés, demeurant à L-**(…)**,

défendeur, comparant par Maître Andreas KOMNINOS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) Monsieur **C.)**, administrateur de sociétés, demeurant à L-**(…)**,

défendeur, comparant par Maître Alex ENGEL, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

3) Monsieur **D.)**, administrateur de sociétés, demeurant à L-**(…)**.

défendeur, comparant par Maître Jean LUTGEN, avocat à la Cour, en remplacement de Maître Anne BAULER, avocat à la Cour, tous les deux demeurant à Luxembourg,

4) la société anonyme **HITEC LUXEMBOURG SA**, établie et ayant son siège social à L-1458 Luxembourg, 5, rue de l'Eglise, représentée par son conseil

d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 37 529,

défenderesse, comparant par Maître Marc KLEYR, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

II
(184874)

Monsieur **A.)**, sans état connu, demeurant à L-**(…)**,

élisant domicile en l'étude Maître Nicolas THIELTGEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

demandeur, comparant par Maître Nicolas BERNARDY, avocat à la Cour, en remplacement de Maître Nicolas THIELTGEN, avocat à la Cour susdit,

e t :

1) Monsieur **E.)**, sans état connu, demeurant à L-**(…)**,

defendeur, comparant par Benoît ENTRINGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) la société à responsabilité limitée **CN PARTICIPATIONS SARL**, établie et ayant son siège social à L-8129 Bridel, 1, Feitekneppchen, représentée par son gérant actuellement en fonctions, sinon par tout autre organe autorisé à la représenter légalement et inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 135 390,

défenderesse, comparant par Maître Andreas KOMNINOS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

III
(186633)

Monsieur **A.)**, sans état connu, demeurant à L-**(…)**,

élisant domicile en l'étude Maître Nicolas THIELTGEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

demandeur, comparant par Maître Nicolas BERNARDY, avocat à la Cour, en remplacement de Maître Nicolas THIELTGEN, avocat à la Cour susdit,

e t :

la société à responsabilité limitée **CN PARTICIPATIONS SARL**, établie et ayant son siège social à L-8129 Bridel, 1, Feitekneppchen, représentée par son gérant actuellement en fonctions, sinon par tout autre organe autorisé à la représenter légalement et inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 135 390,

défenderesse, comparant par Maître Andreas KOMNINOS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

F a i t s :

I
(181613)

Par acte de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg en date du 12 décembre 2016, le demandeur a fait donner assignation aux défendeurs à comparaître le vendredi, 23 décembre 2016 à 9.00 heures devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, Cité Judiciaire, Bâtiment CO, 1er étage, salle CO1.01, pour y entendre statuer sur le mérite de la demande contenue dans ledit acte d'huissier ci-après reproduit :

II
(184874)

Par acte de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg en date du 17 mai 2017, le demandeur a fait donner assignation aux défendeurs à comparaître le vendredi, 26 mai 2017 à 9.00 heures devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, Cité Judiciaire, Bâtiment CO, 1er étage, salle CO1.01, pour y entendre statuer sur le mérite de la demande contenue dans ledit acte d'huissier ci-après reproduit :

III
(186633)

Par acte de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg en date du 10 juillet 2017, le demandeur a fait donner assignation à la défenderesse à comparaître le mardi, 1er 2017 à 14.30 heures devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, chambre de vacation, siégeant en matière commerciale, Cité Judiciaire, Plateau du St Esprit, 1er étage, salle TL.1.04, pour y entendre statuer sur le mérite de la demande contenue dans ledit acte d'huissier ci-après reproduit :

L'affaire du rôle I fut inscrite sous le numéro 181613 du rôle pour l'audience publique du 23 décembre 2016 devant la deuxième chambre, siégeant en matière commerciale.

Cette affaire fut renvoyée devant la quinzième chambre.

L'affaire du rôle II fut inscrite sous le numéro 184874 du rôle pour l'audience publique du 26 mai 2017 devant la deuxième chambre, siégeant en matière commerciale.

Cette affaire fut renvoyée devant la quinzième chambre.

L'affaire du rôle III fut inscrite sous le numéro 186633 du rôle pour l'audience publique du 1er août 2017 devant la chambre de vacation, siégeant en matière commerciale.

Cette affaire fut renvoyée devant la quinzième chambre.

Les trois affaires furent utilement retenues à l'audience du 21 février 2018 lors de laquelle les débats eurent lieu comme suit :

Maître Nicolas BERNARDY, avocat à la Cour, en remplacement de Maître Nicolas THIELTGEN, mandataire de la partie demanderesse des trois rôles, donna lecture des assignations introductives d'instance et exposa ses moyens.

Maître Andreas KOMNINOS, avocat à la Cour, mandataire de la partie défenderesse sub 1) du rôle I, répliqua et exposa ses moyens.

Maître Alex ENGEL, avocat à la Cour, mandataire de la partie défenderesse sub 2) du rôle I, répliqua et exposa ses moyens.

Maître Jean LUTGEN, avocat à la Cour, en remplacement de Maître Anne BAULER, avocat à la Cour, mandataire de la partie défenderesse sub 3) du rôle I, répliqua et exposa ses moyens.

Maître Marc KLEYR, avocat à la Cour, mandataire de la partie défenderesse sub 4) du rôle I, répliqua et exposa ses moyens

Maître Benoît ENTRINGER, avocat à la Cour, mandataire de la partie défenderesse sub 1) du rôle II, répliqua et exposa ses moyens.

Maître Andreas KOMNINOS, avocat à la Cour, mandataire de la partie défenderesse sub 2) du rôle II et du rôle III, répliqua et exposa ses moyens.

Sur ce, le tribunal prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique de ce jour le

j u g e m e n t q u i s u i t :

1. Faits constants et pertinents

La société anonyme HITEC LUXEMBOURG SA (ci-après « HITEC » ou la « Société ») a été constituée en date du 26 juillet 1991. Avant cette date, HITEC a existé en tant qu'association momentanée de 1986 jusqu'à 1991.

Les principaux fondateurs de HITEC étaient **A.)**, **B.)** et **F.)** auxquels se sont associés **E.)** et **G.)**, fonctionnaire en retraite de l'Administration des contributions directes.

Au courant de l'année 1997, HITEC a commandé des cartes de crédit en faveur de ses administrateurs.

Pour les exercices sociaux 1997 à 2012, les comptes annuels de HITEC y relatifs ont été approuvés à l'unanimité (sauf pour l'exercice 2008 : approbation à raison de 90%) et décharge a été donnée à tous les administrateurs à l'unanimité. (cf. procès-verbaux des assemblées générales des actionnaires : pièces 11 à 21, 26 à 29 et 32 de la farde I de Maître Marc Kleyr).

Par courriel du 23 février 2009 (cf. pièce 15 de la farde I de Maître Nicolas Thieltgen), **A.)** a écrit à **B.)** ne plus arriver à dormir en pensant au montant de 1.250.000.- EUR prélevé par ce denier depuis 1997 de HITEC en ces termes : «*Zenter e puer Méint sinn ech praktesch all Nuets wakereg – all Nuets muss ech un déi Rechnong denken, dass du zenter 1997 EUR 1'250'000 aus der HITEC eraus geholl hues, während ons Pei'en an där selweschter Zeit 650'000 fir 60 bis 70 Stonnen d'Woch waare. Ech fillen mech op eng speziele Art a Weis mat dir verbonnen ; vill méi wéi nemmen een « business-partner ». Mais ech wees einfach net waat ech soll mat dem On-Gleichgewicht ufänken. Mir schwätzen do vu richteg ville Su'en déi missten korrigéiert ginn.[…]*"

Par courriel du 22 avril 2009 (cf. pièce 16 de la farde I de Maître Nicolas Thieltgen), **A.)** a écrit à ses collègues administrateurs : « *Au sujet des dépenses par cartes de crédit, je me fais des soucis pour le cas éventuel d'un audit de nos livres. Ma crainte est que ceci pourrait être interprété comme abus de biens de la société, voire même assistance à la fraude fiscale ; en tous cas état de fait, pour lequel vont être responsabilisés les administrateurs. Ne pourrait-on pas introduire ceci dans les comptes associés, au moins partiellement ? […].* »

Par note du 31 août 2010, par courriels des 2 décembre 2010, 7 janvier 2011, 28 juin 2011 et du 3 août 2012 (cf. pièce 17 de la farde I de Maître Nicolas Thieltgen), **A.)** s'est adressé au conseil d'administration en faisant régulièrement part du montant de la régularisation de la situation de **B.)** en suggérant un remboursement et/ou une régularisation des comptes de HITEC et en invitant **B.)** à arrêter le paiement de dépenses privées au moyen de la carte de crédit de HITEC et à proposer une solution de régularisation.

Le 12 octobre 2012, l'Administration des contributions directes a opéré un redressement fiscal à hauteur d'un montant de 1.232.942,97 EUR et décida de mettre à charge de HITEC un impôt supplémentaire de 360.464,46 EUR ainsi qu'une retenue d'impôts sur le revenu des capitaux de 209.486,86 EUR. L'administration a requalifié les frais et dépenses payés par cartes de crédit par **B.)** pour les années 2002 à 2010 en distribution cachée de bénéfices à celui-ci.

Lors de l'assemblée générale des actionnaires du 25 avril 2013 (cf. pièce 32 de la farde I de Maître Marc Kleyr), les actionnaires ont, à l'unanimité, approuvé les comptes annuels de l'exercice social 2012 et donné décharge aux administrateurs et ont, en tenant compte des observations formulées par l'Administration des contributions directes, « *convenu de rémunérer le mandat de président par un budget annuel*

d'honoraires, budget qui sera fixé avant le 15 juin 2013, avec entrée en vigueur à partir du 1er juillet 2013 ».

Les dépenses privées de **B.)** furent depuis comptabilisés dans les comptes annuels de HITEC comme une créance de HITEC à l'égard de **B.)** s'élevant pour les années 2012 à 2014 au montant de 359.828,82 EUR. (cf. note 7 de l'annexe aux comptes annuels de HITEC pour l'exercice 2014, pièce 18 de la farde I de Maître Nicolas Thieltgen).

Par assemblée générale du 30 avril 2014, les comptes annuels de l'exercice social 2013 et la décharge aux administrateurs ont été approuvés majoritairement. A noter que **A.)** a voté contre l'approbation des comptes et s'est abstenu du vote concernant la décharge des administrateurs et commissaire aux comptes, tandis que **E.)** a voté contre l'approbation des comptes annuels et contre ladite décharge.

Par courrier recommandé du 12 février 2015, **A.)** a démissionné avec préavis légal de 3 mois de sa fonction salariale au sein de HITEC. (cf. pièce 43 de la farde I de Maître Marc Kleyr).

Par courrier recommandé du 21 mai 2015, **A.)**, en sa qualité d'administrateur, a dénoncé certains faits constitutifs d'infractions à la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (ci-après « la Loi ») et aux statuts conformément à l'article 59 de la Loi à **B.)**, **C.)**, HITEC et **E.)**.

A.) y a indiqué que d'après ses calculs, HITEC détiendrait une créance de prêt à l'égard de **B.)** d'un montant en principal de 1.726.267,79 EUR, résultant de dépenses effectuées par **B.)** aux moyens des cartes de crédit Visa et American Express lui délivrées au nom et pour compte de HITEC. Ce montant se composerait du montant de 1.232.942,97 EUR constaté par le redressement fiscal de 2012, montant jamais constatée comme créance sur l'actionnaire, d'une part, et du montant de 359.828,82 EUR résultant de la comptabilité de la société, d'autre part. Le fait de ne pas recouvrer cette créance constituerait une infraction pénale au sens de l'article 171-1 de la Loi. (cf. pièce 12 de la farde I de Maître Nicolas Thieltgen).

Lors de l'assemblée générale ordinaire prorogée des actionnaires du 26 mai 2015 (cf. pièce 3 de la farde I de Maître Nicolas Thieltgen), **A.)** a été remplacé par **D.)**.

Lors de cette même assemblée, **A.)** a voté en faveur des deux résolutions formulées sous le point 11 en ces termes :

- « *L'assemblée donne mission au conseil d'administration de mettre en place un groupe de travail comprenant les administrateurs, le conseil juridique de la Société, son comptable, un expert-comptable indépendant (à choisir sur une liste de trois personnes à produire par les actionnaires minoritaires) et un expert fiscaliste externe (à choisir sur une liste de trois personnes à produire par les actionnaires majoritaires) et de produire, en consultation avec le commissaire aux comptes de la Société, et après avoir entendu tous les actionnaires, pour le 30 octobre 2015 au plus tard, un rapport d'analyse pour :*

(i) voir dans quelle mesure les bilans de la Société des années (ou certaines des années) 2002 à 2014 peuvent ou doivent faire l'objet d'une rectification en ligne avec le redressement fiscal intervenu en 2012 ;

(ii) voir dans quelle mesure les points soulevés par le commissaire aux comptes de la Société en date du 7 mai 2015, et qui sont à base de sa déclaration de ne pas être en mesure de s'exprimer sur les comptes, doivent entraîner une rectification des bilans et comptes de la Société, et pour quelles années ;

*(iii) voir dans quelle mesure les critiques aux écritures comptables articulées dans l'annexe 1 à la lettre de M. **A.)** du 21 mai 2015, ou dans la lettre elle-même, peuvent ou doivent faire l'objet d'une rectification des bilans et comptes de la Société, et pour quelles années ;*

(iv) voir dans quelle mesure une telle rectification des bilans fera apparaître une créance de la Sociétés contre un ou plusieurs actionnaires et/ou administrateurs de la Société, en tenant le cas échéant compte des rémunérations convenues entre parties ;

(v) vérifier l'exactitude de la comptabilité et du bilan 2014 au sens large et sans restriction ;

(vi) le rapport d'analyse devra comporter en annexe les bilans rectificatifs proposés.

Le conseil d'administration devra faire un rapport sur le progrès que fait le groupe de travail par courriel aux actionnaires, mensuellement. Maître KLEYR présiderait ce groupe de travail. »

- « *Les actionnaires sont invités à solutionner de commun accord la question de la rémunération des administrateurs, et notamment celle de Monsieur **B.)** pour les années passées pour le 30 septembre 2015 au plus tard, et à défaut, de soumettre la question à une assemblée générale pour le 15 octobre 2015.* »

Le rapport d'analyse du groupe de travail du 15 janvier 2016 (cf. pièce 4 de la farde I de Maître Nicolas Thieltgen) a retenu les « conclusions et recommandations du groupe de travail » sous son point 10.

Par courrier du 8 février 2016 (cf. pièce 19 de la farde I de Maître Nicolas Thieltgen), **A.)** a attiré l'attention des administrateurs de la Société sur la nécessité de faire figurer les montants détournés par **B.)** dans la comptabilité et sur la nécessité pour la Société de recouvrer ces montants.

Par assemblée générale extraordinaire du 15 mars 2016 (cf. pièce 5 de la farde I de Maître Nicolas Thieltgen):

- les conclusions et recommandations du rapport d'analyse du 15 janvier 2016 et les comptes rectifiés de 2014 ont été approuvées et
- la décharge pour l'exercice rectifié 2014 a été accordée à **B.)** et **C.)** et la décharge a été refusée à **A.)**.

Les conclusions et recommandations du groupe de travail ont ainsi été intégrées dans le procès-verbal pour être soumises au vote des actionnaires et sont ci-après reproduites :
(…)

Lors de cette assemblée, **A.)** a voté contre l'approbation des conclusions et recommandations du rapport d'analyse du 15 janvier 2016 et contre le projet de bilan rectifié en l'absence de justification que la position du conseil exprimée au rapport d'analyse et la position du conseil concernant le projet de bilan rectifié ait fait l'objet d'une résolution du conseil d'administration lors duquel **B.)** se serait abstenu de prendre part conformément à l'article 57 de la Loi. **A.)** y a également voté pour sa propre décharge et contre la décharge des administrateurs **C.)** et **B.)**.

Par courrier du 25 mars 2016, **A.)** a, conformément à l'article 70 de la Loi, sollicité la convocation d'une assemblée générale des actionnaires avec un ordre du jour précis. (cf. pièce 7 de la farde I de Maître Nicolas Thieltgen).

L'assemblée a été convoquée par courriers des 11 avril 2016 pour le 27 avril 2016 reprenant identiquement l'ordre du jour de **A.)** sauf à le compléter, au début de deux points :

1. Quorum et agenda ;
2. Constitution du bureau de l'assemblée ;
3. Décision quant à la ratification du mode de rémunération de Monsieur **B.)** pour les années 2002 à 2010 qui consistait à lui permettre de payer avec les cartes de crédit de la Société ses frais privatifs pour un montant de EUR 1.217.348,77.- repris à la page 11 du rapport du groupe de travail du 15 janvier 2016, correspondant aux dépenses privées effectuées par Monsieur **B.)** durant cette période avec les cartes de crédit de la Société ;
4. Décision quant à la ratification de la rémunération octroyée à Monsieur **B.)** pour les années 2002 à 2010 suivant le mode de rémunération décrit sous le point 1. de l'ordre du jour pour un montant de EUR 1.787.299,79.- repris à la page 11 du rapport du groupe de travail du 15 janvier 2016, correspondant aux dépenses privées effectuées par Monsieur **B.)** durant cette période avec les cartes de crédit de la Société, à la charge fiscale pour la Société relative à ces frais, ainsi qu'à la retenue d'impôts sur les revenus de capitaux y relative ;
5. Décision quant à la ratification du mode de rémunération de Monsieur **B.)** pour l'année 2011 qui consistait à lui permettre de payer ses frais privatifs avec les cartes de crédit de la Société ;
6. Décision quant à la ratification du mode de rémunération octroyée à Monsieur **B.)** pour l'année 2011 suivant le mode de rémunération décrit sous le point 3. de l'ordre du jour correspondant aux dépenses privées effectuées par Monsieur **B.)** au cours de l'année 2011 avec les cartes de crédit de la Société ;
7. Décision de donner instruction au conseil d'administration de la Société de recouvrer au plus vite la créance de EUR 1.787.299,79.- repris à la page 11 du rapport du groupe de travail du 15 janvier 2016, ainsi que le montant des dépenses effectuées par Monsieur **B.)** avec les cartes de crédit de la Société au cours de l'année 2011, correspondants aux rémunérations indûment perçues par **B.)** en l'absence d'une décision de l'assemblée générale des actionnaires de la Société ;
8. Décision quant à l'octroi à Monsieur **B.)** d'une rémunération pour les années 2012 à 2014 pour le montant de EUR 359.828,82.- repris sous la note 7 des comptes annuels de la Société au 31 décembre 2014, montant qui correspond aux dépenses privées effectuées par Monsieur **B.)** durant cette période avec les cartes de crédit de la Société ;
9. Décision de donner instruction au conseil d'administration de la Société de recouvrer au plus vite la créance de EUR 359.828,82.- repris sous la note 7 des

comptes annuels de la Société au 31 décembre 2014, montant qui correspond aux dépenses privées effectuées par Monsieur **B.)** durant les années 2012 à 2014 avec les cartes de crédit de la Société ;

10. Décision à prendre quant à la dissolution éventuelle de la Société en vertu de l'article 100 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales ;
11. Divers.

En date du 27 avril 2016, l'assemblée fut prorogée au 25 mai 2016.

Par courrier du 24 mai 2016 communiqué aux actionnaires, **C.)** a proposé une alternative :

- soit de ne pas voter ni sur les points 3., 4., 5. et 6. de l'ordre du jour pour avoir déjà fait l'objet d'une résolution dans le cadre de l'assemblée générale extraordinaire du 15 mars 2016, ni sur le point 7. pour être incompatible avec les résolutions prises lors de l'assemblée du 15 mars 2016,
- soit d'amender les propositions de décisions soumises sous les points 3., 4., 5., 6. et 7. de l'ordre du jour par la proposition de décision « *confirmation de la décision des actionnaires du 15 mars 2016 portant approbation des conclusions et recommandations du rapport d'analyse du 15 janvier 2016 sur les années 2002 à 2011* ».

Il ressort du procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire prorogée du 25 mai 2016 (cf. pièce 7 de la farde I de Maître Nicolas Thieltgen), que le président de l'assemblée, en la personne de Maître Marc Kleyr, tout en estimant que la décision de ne pas voter sur la proposition de **A.)** n'était pas une option, a relevé que l'assemblée générale est souveraine pour amender ou reformuler une proposition de décision si l'ordre du jour reste inchangé.

Après avoir relevé que la police de l'assemblée appartient à l'assemblée et est exercée à travers sa personne, le président de l'assemblée a esquissé les options offertes : soit voter sur les propositions de décisions soumises à l'assemblée par **A.)**, soit voter la proposition de décision telle qu'articulée par **C.)**, le cas échéant séparément sous chaque point à l'ordre du jour.

Après recueil des positions de tous les actionnaires (à l'exception de HITEC dont le droit de vote attaché aux actions détenues par elle-même est suspendu), parmi lesquelles celle du mandataire de **A.)** s'opposant à toute modification de l'ordre du jour au motif qu'un ordre du jour d'une assemblée prorogée ne peut être modifié, si ce n'est à l'unanimité, et que la proposition de **C.)** ne fait pas de sens pour ne pas comprendre le montant de la rémunération prétendument accordée à **B.)**, il a été décidé de voter sous chaque point à l'ordre du jour concerné 3., 4., 5., 6., et 7. sur la proposition de décision telle que formulée par **C.)**.

C.), **B.)** et CN PARTICIPATIONS ont voté pour les propositions de décisions des points 3., 4., 5., 6., et 7. tels que formulés par **C.)**, **A.)** et **E.)** ayant voté contre.

A noter que la proposition de décision figurant au point 8. de l'ordre de jour a été rejetée à l'unanimité, celle figurant au point 9. a été rejetée, celle figurant sous le point 10. a été supprimée à l'unanimité. Sous le point 11. « divers », **A.)** a demandé acte qu'il veut exprimer son vote sur les points 3., 4., 5., 6. et 7. de son ordre de jour, ce que le président de l'assemblée a refusé au motif que le vote était clos.

Par assignation du 20 avril 2017, HITEC a assigné **B.)** en condamnation à lui payer le montant en principal de 359.828,80 EUR. (cf. pièce 80 de la farde I de Maître Marc Kleyr).

Depuis le 26 mai 2015, le conseil d'administration de HITEC se compose comme suit :

- **B.)**, administrateur, président du conseil d'administration et administrateur-délégué
- **C.)**, administrateur et administrateur-délégué
- **D.)**, administrateur.

Actuellement, l'actionnariat de HITEC se présente comme suit :

HITEC	150 actions	5%
B.)	300 actions	10%
A.)	850 actions	28,33%
C.)	850 actions	28,33%
E.)	300 actions	10%
CN PARTICIPATIONS SARL	550 actions	18,33%

2. Procédure

Par acte d'huissier de justice Guy ENGEL du 12 décembre 2016, **A.)** a donné assignation à **B.)**, **C.)**, **D.)** et HITEC à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale.

Cette affaire a été inscrite sous le numéro 181.613 du rôle.

Par acte d'huissier de justice Guy ENGEL du 17 mai 2017, **A.)** a mis en intervention **E.)** et la société à responsabilité limitée CN PARTICIPATIONS SARL (ci-après « CN PARTICIPATIONS »), en leur qualité d'actionnaires de HITEC et au vu de l'assignation du 12 décembre 2016, aux fins de déclaration de jugement commun eu égard notamment à l'assemblée générale du 25 mai 2016.

Cette affaire a été inscrite sous le numéro 184.874 du rôle.

Par acte d'huissier de justice Guy ENGEL du 10 juillet 2017, **A.)** a réassigné CN PARTICIPATIONS.

Cette affaire a été inscrite sous le numéro 186.633 du rôle.

3. Prétentions et moyens des parties

Par l'assignation principale du 12 décembre 2016, **A.)** demande à voir :

- constater que les défendeurs sub 1. à 3. ont, en leur qualité d'administrateur, violé les dispositions de la Loi et commis de graves fautes de gestion,

- dire que le dommage subi par HITEC en lien causal avec ces fautes correspond au montant de 2.176.722,21 EUR + p.m.,

- entendre condamner les défendeurs sub 1. à 3. solidairement, sinon *in solidum*, sinon chacun pour sa part, au paiement à HITEC, du montant 2.176.722,21 EUR + p.m. ou tout autre montant même supérieur à arbitrer par le tribunal, avec les intérêts légaux à compter du 10 octobre 2012, sinon à compter de la présente demande en justice, jusqu'à solde,

- constater que les actionnaires majoritaires ou le président de l'assemblée du 25 mai 2016 n'avaient pas le droit de remplacer l'ordre du jour de l'assemblée générale prorogée, ni d'empêcher **A.)** de voter sur ces points,

- partant, décider que l'assemblée a valablement voté contre les points 3., 4., 5. et 6. et pour le point 7. de l'ordre de jour de l'assemblée générale des actionnaires de HITEC du 25 mai 2016.

Le requérant sollicite encore de chacun des défendeurs la condamnation solidaire, sinon *in solidum*, sinon chacun pour sa part, tant au paiement d'une indemnité de procédure de 6.000.- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile à son profit, ainsi qu'aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de son mandataire.

Le requérant demande encore l'exécution provisoire du jugement à intervenir sans caution.

Quant aux faits, **A.)** reproche à **B.)**, pendant la période de 1997 à 2014, l'utilisation abusive des cartes de crédit de HITEC pour régler des dépenses privées. Cette situation aurait été tolérée par les actionnaires de l'époque jusqu'en 2007 où lui-même et **E.)** auraient dénoncé la situation et réclamé remboursement des prélèvements privés opérés par **B.)**. Ses demandes de régularisation répétées formulées par écrit le 23 février 2009 et 22 avril 2009 seraient restées sans effets. Suite au redressement fiscal de 2012, les dépenses privées de **B.)** pour les années 2012 à 2014 furent comptabilisées comme une créance de HITEC sur **B.)** dans les comptes annuels de 2014. Face à l'opposition de **B.)** et **C.)**, **A.)** et **E.)** n'auraient jamais été en position de faire passer une décision au sein du conseil d'administration pour agir en recouvrement des montants détournés. Le requérant fait valoir qu'antérieurement à la réunion du groupe de travail du 10 janvier 2016, aucune décision relative à une hypothétique rémunération de **B.)** n'aurait été prise. **A.)** critique le quantum de la rémunération que **B.)** se serait prise de l'ordre de 200.000.- EUR annuellement en lieu et place d'un montant d'usage en la matière de l'ordre de 25.000.- EUR annuel. Le requérant critique le fait que lors des assemblées des 15 mars 2016 et 25 mai 2016, les créances de HITEC sur **B.)** auraient été neutralisées causant ainsi un préjudice à la Société.

En droit, **A.)** reproche aux administrateurs d'avoir commis non seulement de graves fautes de gestion (consistant notamment dans l'omission de réclamer à **B.)** le remboursement des dépenses privées et la charge fiscale en résultant pour la Société, dans la décision prise dans le cadre du groupe de travail que les dépenses privées correspondraient à la rémunération de **B.)** et dans la tenue d'une comptabilité incomplète), mais encore des infractions à la Loi et d'avoir notamment commis un abus de bien sociaux en ne recouvrant pas la créance envers **B.)**.

Le requérant base sa demande en condamnation au montant de 2.176.722,21 EUR + p.m. sur les articles 63bis et 59 de la Loi, sinon sur les articles 1998 et suivants du

Code civil, sinon sur base de la responsabilité contractuelle, sinon délictuelle. A titre subsidiaire, le requérant sollicite la nomination d'un expert pour chiffrer le *quantum* du préjudice subi par HITEC.

A.) conteste être coresponsable solidaire des fautes commises par les administrateurs actuels de la Société dans la mesure où il aurait régulièrement dénoncé aux autres actionnaires le sujet des dépenses privées de **B.)**.

Relativement au moyen d'irrecevabilité de l'action minoritaire tiré de la décharge spéciale, **A.)** fait valoir que les bilans soumis à chaque assemblée générale d'approbation des comptes étaient faux et viciés dans la mesure où les dépenses privées de **B.)** ont été comptabilisés dans les frais de fonctionnement de la Société, de sorte que « *les décharges votées en relation avec l'intégralité des comptes annuels de la société jusqu'à ce jour ne peuvent sortir leurs effets et doivent être considérées comme nulles et non avenues. […] en l'absence de décharge valablement accordée, l'actio mandati en relation avec les faits invoqués par la partie de Me Thieltgen, à la base de sa demande pouvait toujours être intentée par l'assemblée générale des actionnaires de la Société au moment de l'entrée en vigueur de la Loi de 2016 : Force est partant d'admettre que l'action minoritaire intentée par la partie de Me Thieltgen est parfaitement recevable et fondée*». (cf. conclusions récapitulatives de Maître Nicolas Thieltgen du 17 novembre 2017, p. 30).

Face au moyen d'irrecevabilité de l'action minoritaire soulevé par HITEC, **D.)**, **B.)** et CN PARTICPATIONS tiré du reproche de prématurité, **A.)** rétorque que l'action minoritaire peut être introduite à tout moment et même avant que l'assemblée ordinaire ne se soit prononcée sur la décharge des administrateurs pour l'exercice en cause. Décider le contraire permettrait aux majoritaires de ne pas voter la décharge pour empêcher l'exercice de l'action minoritaire.

En termes de plaidoiries orales prises à l'audience, **A.)** fait encore valoir qu'une décharge valable rend impossible l'exercice de l'*actio mandati*, tandis qu'une décharge non-valable ne fait pas obstacle à l'exercice par des actionnaires minoritaires de *l'actio mandati*.

A.) affirme encore exercer l'action déclaratoire en relation avec les décisions prises par l'assemblée générale prorogée des actionnaires le 25 mai 2016 laquelle vise à constater l'existence ou l'étendue d'une situation juridique.

En réponse au moyen d'irrecevabilité de l'action déclaratoire pour défaut de mise en cause des actionnaires soulevé par HITEC, **A.)** conclut à son rejet au regard de la régularisation de l'irrégularité au moyen de l'assignation en intervention lancée à l'égard de **E.)** et CN PARTICIPATIONS aux fins de déclaration de jugement commun.

En réplique à l'irrecevabilité soulevée par HITEC résidant dans l'incompétence du tribunal de se substituer à l'assemblée générale des actionnaires, **A.)** précise ne pas demander la nullité de la résolution prise par l'assemblée générale le 25 mai 2016 consistant en la « *confirmation de la décision des actionnaires du 15 mars 2016 portant approbation des conclusions et recommandations du rapport d'analyse du 15 janvier 2016 sur les années 2002 à 2011* », ni demander de substituer à la prédite résolution celles valablement adoptées par lui en tant qu'actionnaire minoritaire, mais exercer l'action déclaratoire. Il explique exercer l'action déclaratoire afin que « *le tribunal prenne acte du vote valablement exprimé par Monsieur **A.)** lors de ladite assemblée*

générale du 25 mai 2016 ». **A.)** considère les conditions d'exercice de l'action déclaratoire remplies, à savoir une incertitude grave (insécurité juridique liée à un éventuel redressement fiscal liée au défaut de définir la nature juridique de la rémunération de **B.)**) ou une menace sérieuse paralysant l'exercice normal d'un droit, dans la mesure où le président de l'assemblée, Maître Marc KLEYR, aurait violé l'exercice de son droit de vote sur l'ordre du jour originaire en décrétant la clôture de l'assemblée.

A.) demande à voir rejeter des débats, pour violation du secret des affaires, des courriers confidentiels de sa part du 23 mars 2014 et de **E.)** du 26 mars 2014 produits en cause par Maître Marc Kleyr en pièces 34 et 35. **A.)** argue que sa proposition de voir accorder à **B.)** une rémunération de 646.030.- EUR était conditionnée à la reconnaissance expresse par **B.)** de sa dette de 2.731.157.- EUR envers la Société.

B.) et **CN PARTICIPATIONS** font plaider que les détournements allégués par le requérant constituaient, jusqu'au contrôle fiscal de 2012, le mode de rémunération du mandat d'administrateur de **B.)** convenu entre actionnaires de l'époque sur conseil de **G.)**, comptable de la Société de l'époque. Ils contestent le quantum de la demande en condamnation au regard notamment de la lettre du 23 mars 2014 par laquelle **A.)** reconnaîtrait à **B.)** un droit à rémunération de 646.030.- EUR.

Concernant l'action qualifiée de déclaratoire, ils concluent à l'irrecevabilité de la demande formulée, sinon à son rejet, pour incompétence du tribunal pour se substituer à l'assemblée générale des actionnaires et pour décider du remplacement de résolutions prises en assemblée par des résolutions non soumises à la discussion et au vote des actionnaires.

En application du principe de non-rétroactivité de la loi, ils concluent à l'irrecevabilité de l'action minoritaire visant des décisions prises en assemblées générales des actionnaires avant l'entrée en vigueur de l'article 63bis le 23 août 2016 et partant à l'irrecevabilité de l'action minoritaire pour les décisions prises en assemblées des 15 mars 2016 et 25 mai 2016.

Ils font encore valoir que les décisions critiquées, antérieures à la date du 23 août 2016, seraient en plus couvertes par les décharges accordées à **B.)** lors des prédites assemblées, de sorte que la décharge votée sous l'empire de la loi ancienne aurait pour effet de faire obstacle à l'*actio mandati*, décharges données en pleine connaissance de cause que les dépenses effectuées par **B.)** étaient ouvertement comptabilisés dans les frais généraux de la Société.

Si l'assignation du 12 décembre 2016 devait viser des faits survenus en 2016, l'action minoritaire serait encore irrecevable pour être prématurée dans la mesure où l'action minoritaire ne pourrait être intentée qu'après que l'assemblée générale se soit tenue et se soit prononcée sur la décharge de l'exercice social 2016.

Ils concluent encore au rejet de l'action minoritaire pour être infondée.

B.) conteste les fautes lui reprochées, l'étendue du préjudice allégué de HITEC, de même que tout lien de causalité entre les deux.

B.) et CN PARTICIPATIONS relèvent encore que toute action en responsabilité visant la période de 2002 à 2011 serait prescrite en application de la prescription quinquennale édictée par l'article 157 de la Loi.

Ils concluent au rejet de la demande subsidiaire du requérant en nomination d'un expert pour carence probatoire et sollicitent enfin chacun une indemnité de procédure non inférieure à 5.000.- EUR sur le fondement de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et s'opposent à l'exécution provisoire du jugement à intervenir.

HITEC retrace d'abord le contexte historique et factuel de la Société. Elle fait valoir, qu'à ses débuts, elle occupait cinq à six employés parmi lesquels l'actionnaire et l'administrateur **A.)**. Sa situation financière à l'époque ne lui aurait pas permis de payer un salaire fixe à **B.)** et c'est ainsi sur recommandation de **G.)**, à l'époque actionnaire et comptable de la Société, fonctionnaire auprès de de l'Administration des contributions directes, il aurait été convenu que **B.)** ne touche pas de salaire fixe, mais que ses frais de déplacement tant professionnel que privé seraient remboursés par la Société en fonction des liquidités de cette dernière. Suite à la mise à disposition par elle de cartes de crédit au profit de ses dirigeants vers l'année 1997, **B.)** avait le droit d'utiliser celles-ci pour couvrir ses dépenses professionnelles et privatives (autres que de pur déplacement).

HITEC argue que les détournements allégués par le requérant s'analyseraient en réalité en la méthode de rémunération convenue entre parties. Même si HITEC reconnaît l'inexistence d'un accord en bonne et due forme documentant la rémunération de **B.)** par le biais de l'utilisation des cartes de crédit, elle indique que la preuve de cet accord résulterait non seulement de son propre aveu, mais encore de la pratique ininterrompue depuis 1997 jusqu'au contrôle fiscal en 2012. HITEC fait valoir que le requérant, de même que tous les autres actionnaires, avait parfaitement connaissance que l'utilisation à des fins privatives des cartes de crédit constituait le mode de rémunération de **B.)**.

Ainsi, **A.)** n'aurait jamais critiqué le principe même de cette méthode de rémunération, mais aurait commencé à critiquer le volume des frais payés par cartes de crédit à partir de 2009. Cette connaissance résulterait d'ailleurs des propres pièces 15 et 17 de **A.)**, et plus précisément d'un courriel du 23 février 2009 dans lequel ce dernier se plaint d'un déséquilibre de son salaire par rapport aux prélèvements effectués par **B.)**, d'un courriel du 28 juin 2011 faisant état d'inégalités et d'un courriel du 22 avril 2009 dans lequel **A.)** pose la question si les dépenses ne devaient pas être comptabilisées, du moins partiellement, dans les comptes associés.

HITEC se prévaut encore d'un courrier confidentiel du 23 mars 2014 (cf. pièce 34 de la farde I de Maître Marc Kleyr) adressé par **A.)** à **B.)**, **E.)** et **C.)**, pour documenter que le requérant était d'accord à voir rémunérer **B.)** pour la période de 1986 à 2013 inclus sur une base maximale de 646.030 EUR.

Le redressement fiscal de 2012, déclenché par le comptable **G.)**, aurait trouvé sa cause non seulement dans les dépenses privatives de **B.)**, mais surtout dans le fait que la Société n'aurait, sur conseil de son comptable, jamais gardé de preuves pour documenter les frais payés par cartes de crédit à l'exception des extraits mensuels des cartes.

En leur qualité d'actionnaires, **A.)** et **E.)** auraient ainsi en pleine connaissance de cause de ce que la rémunération de **B.)** était comptabilisée dans les frais aux bilans, approuvé les comptes annuels de la Société pour les exercices 1998 à 2012 inclus et accordé décharge à tous les administrateurs pour ces mêmes exercices.

Les courriers et courriels du requérant produits en pièces 16 et 17 adressés à l'ensemble des actionnaires et administrateurs ainsi que l'aveu du requérant renfermé dans sa note de plaidoiries prouveraient que les dépenses privatives de **B.)** (tant le montant global que le détail) ont été faites au vu et au su de tous.

En droit, HITEC précise que la demande du requérant vise à condamner les administrateurs d'aujourd'hui « *pour leur prétendue inaction pour ne pas avoir réclamé au sieur **B.)** le remboursement d'une prétendue « créance », dont l'assemblée générale des actionnaires a, justement, décidée qu'elle n'existait pas* », de sorte que les faits reprochés aux administrateurs sont à mettre en relation avec les exercices sociaux 2014 et 2015.

Ainsi, HITEC conclut à l'irrecevabilité, sinon au rejet, de l'action minoritaire au vu des décharges valablement acquises aux administrateurs antérieurement à l'entrée en vigueur, le 23 août 2016, de la loi du 10 août 2016 instituant l'action minoritaire lors des assemblées générales des 15 mars 2016 et 25 mai 2016 en application de la doctrine belge citée d'après laquelle « *la décharge valablement votée avant l'entrée en vigueur de la loi (nouvelle) doit mettre définitivement les administrateurs à l'abri de l'actions sociale en responsabilité* ».

Elle fait valoir que les décharges données aux assemblées générales des 15 mars 2016 et 25 mai 2016 ont été données en pleine connaissance de cause de ce que les dépenses faites par **B.)** étaient comptabilisés jusqu'en 2011 dans les frais de fonctionnement de la Société et non sur le compte associé de **B.)**.

HITEC conteste que **B.)** ait commis de quelconques infractions à la Loi (article 171-1, article 163 (3), article 70 alinéa 2 et 3) et à admettre pareilles infractions, **A.)** en serait coresponsable solidaire à moins d'avoir dénoncé pareilles infractions à chaque assemblée, ce qu'il aurait, à l'exception d'une seule dénonciation par courrier du 21 mai 2015, omis de faire.

Pour autant que l'assignation devrait viser des faits localisés dans l'exercice 2016 sans rapport avec l'approbation des comptes annuels 2014 et 2015 ou le rapport d'analyse du groupe de travail, l'action minoritaire serait encore irrecevable pour être prématurée dans la mesure où, à la date de l'assignation du 12 décembre 2016, la question de la décharge n'avait pas encore été mise à l'ordre du jour d'une assemblée générale.

Quant au fond, HITEC conclut au rejet de l'action minoritaire en l'absence d'une quelconque faute des administrateurs actuels, en l'absence de lien causal avec le préjudice dont le quantum est contesté. HITEC conclut encore au rejet de la demande subsidiaire du requérant en nomination d'un expert pour manque de pertinence et carence du demandeur dans l'administration de la preuve.

HITEC plaide que l'action qualifiée de déclaratoire par le requérant s'analyserait en réalité en une demande d'invalidation des résolutions prises majoritairement par les actionnaires lors de l'assemblée générale extraordinaire prorogée du 25 mai 2016 et partant en une demande de nullité des résolutions prises sous le points 3., 4., 5. , 6.

et 7. de l'ordre du jour de cette dernière. La Société conclut à l'irrecevabilité de la demande tant pour défaut de mise en cause de tous les actionnaires dans l'assignation principale du 12 décembre 2016, que pour incompétence du tribunal de se substituer aux organes de la Société.

Quant au fond, HITEC conclut au rejet de la demande et conteste que le bureau de l'assemblée générale ou les actionnaires aient modifié l'ordre du jour de l'assemblée générale prorogée et fait valoir que tous les points de l'ordre du jour proposés par **A.)** ont été respectés sauf que les actionnaires ont, conformément à une pratique admise tant par la jurisprudence que par la doctrine, décidé de voter sous chaque point à l'ordre du jour proposé par **A.)**, une proposition de décision d'une teneur différente confirmant leur position exprimée à l'assemblée générale du 15 mars 2016.

Enfin, HITEC sollicite une indemnité de procédure de 6.000.- EUR sur le fondement de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et s'oppose à l'exécution provisoire du jugement à intervenir.

C.) se rallie à la note de plaidoiries de HITEC et fait valoir que la décharge spéciale empêche toute *actio mandati* ultérieure. Du fait de ce quitus, HITEC ne dispose plus d'action contre les administrateurs et, *a fortiori*, **A.)** ne peut disposer d'une action minoritaire contre les administrateurs.

D.) fait valoir avoir été nommé administrateur de la Société qu'en date du 26 mai 2015 de sorte qu'une grande partie de faits antérieurs à sa nomination ne sauraient lui être reprochés. N'étant pas actionnaire de HITEC et n'ayant pas de lien d'intérêt commun avec l'un ou l'autre actionnaire, il conteste les reproches formulés à son encontre.

En termes de droit, **D.)** conclut à l'irrecevabilité de l'action minoritaire sous deux aspects : pour ne pas s'appliquer à des faits et à des décharges accordées aux administrateurs préalablement à l'entrée en vigueur de l'article 63bis et pour être prématurée pour l'exercice 2016.

Par application du principe général de non-rétroactivité de la loi posé à l'article 2 du Code civil et en l'absence de dispositions spécifiques transitoires, l'article 63bis, entré en vigueur le 23 août 2016, ne saurait gouverner des décharges accordées antérieurement à son entrée en vigueur, ni s'appliquer à des faits antérieurs à son entrée en vigueur. En se prévalant des décharges lui données lors des assemblées générales des 15 mars 2016 et 25 mai 2016 pour les exercices 2014 et 2015, soit pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 10 août 2016, ces faits ne sauraient donner lieu à l'ouverture de l'action minoritaire contre lui.

D.) fait valoir que si la demande de **A.)** devait également viser des faits en rapport avec l'exercice social 2016, l'action minoritaire serait irrecevable pour être prématurée en l'absence d'assemblée générale s'étant prononcée sur l'approbation des comptes de l'exercice social 2016 et de la décharge accordée aux administrateurs pour ce même exercice.

D.) conclut encore à l'irrecevabilité de la demande en condamnation sur les autres fondements juridiques invoqués au motif que **A.)** exerce l'action sociale laquelle ne peut être exercée par un actionnaire à titre individuel.

Il relève encore l'irrecevabilité de la demande formulée à son encontre au vu des décharges lui accordées pour les exercices 2014 et 2015 lors des assemblées des 15 mars 2015 et 25 mai 2016.

Quant au fond, **D.)** conteste tout fait générateur de responsabilité, toute faute dans son chef, tout dommage, de même que tout lien de causalité. A titre subsidiaire, il demande qu'aucune condamnation à titre personnel ne soit prononcée contre lui, sinon d'instituer un partage largement favorable en sa faveur.

D.) insiste qu'il résulte des propres pièces du requérant (cf. pièces 16 et 17 de la farde I de Maître Nicolas Thieltgen) qu'un accord entre actionnaires de l'époque existait suivant lequel **B.)** pouvait faire des dépenses au moyen des cartes de crédit de la Société et que ces dépenses étaient considérées comme mode de rémunération de **B.)**.

Il sollicite une indemnité de procédure de 6.000.-EUR sur le fondement de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

E.) se rallie aux développements du requérant et arque qu'en l'absence d'un quelconque accord préalable et incontestable des administrateurs ou des actionnaires à voir accorder une rémunération à **B.)**, ce denier aurait bien une dette envers la Société du fait de l'utilisation incontrôlée et à des fins personnelles des cartes de crédit mises à sa disposition. Cette dette envers la Société aurait été neutralisée *ex post* par assemblée générale des actionnaires en considérant qu'il s'agissait-là d'une rémunération de **B.)**. Il relève enfin que la pratique des dépenses privées aurait été imposée par **B.)** et personne n'aurait jamais eu le courage ou la volonté de s'y opposer.

4. Motifs de la décision

Pour cause de connexité, il y a lieu, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, de joindre l'assignation en intervention ainsi que la réassignation à l'assignation principale afin d'y statuer par un seul et même jugement.

4.1. Quant à la demande de voir écarter les pièces 34 et 35 de la farde I de Maître Marc Kleyr

Maître Nicolas Thieltgen demande le rejet des pièces 34 et 35 de Maître Marc Kleyr pour constituer des courriers confidentiels protégés par le secret des affaires.

Il s'agit, en l'espèce, d'un courrier confidentiel du 23 mars 2014 adressé par **A.)** à **B.)**, **E.)** et **C.)**, dans lequel **A.)** chiffre les rémunérations dues à **B.)** pour la période de 1986 à 2013 inclus à un montant maximum de 646.030 EUR ainsi que d'un courrier confidentiel du 26 mars 2014 émanant de **E.)**.

Il convient de noter que ces pièces ne sont pas protégées au titre du secret des affaires, notion qui regroupe un ensemble d'informations techniques et commerciales doté d'une certaine valeur économique (cf. JCL proc. civ., fasc. 660 : mesures d'instruction, n° 187).

Par ailleurs, le principe de la protection des informations confidentielles doit être mis en œuvre de manière à le concilier avec les exigences d'une protection juridique

effective et le respect des droits de la défense des parties au litige. (cf. Cour, 8 juillet 2015, n°39738 du rôle).

Ainsi, il n'y pas lieu de faire droit à la demande de **A.)** à voir écarter ces pièces du débat.

4.2. Quant à la demande qualifiée d'action déclaratoire

4.2.1. Quant au moyen d'irrecevabilité de la demande pour défaut de mise en cause de tous les actionnaires

L'indivisibilité est caractérisée par l'impossibilité d'exécuter le jugement auquel aboutirait l'assignation irrégulière avec un jugement potentiel rendu ultérieurement dans une instance impliquant un défendeur omis de la première instance introduite. (cf. Thierry Hoscheit, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, éd. Bauler, 2012, n° 985*).*

Lorsque le demandeur omet d'inclure dans son action une ou plusieurs parties qui sont indivisiblement liées à celles figurant dans la procédure, son action est déclarée irrecevable. (cf. Cour, 16 mai 2001, Pas. 32, p. 80).

L'irrégularité peut être redressée par une mise en intervention ultérieure de la partie omise. Cette régularisation peut intervenir tant que l'instance n'est pas clôturée par une décision définitive et à condition que la partie intervenante soit encore en mesure de participer utilement aux débats. (cf. Thierry Hoscheit, ouvrage cité, n° 987*).*
En l'espèce, si le caractère indivisible du litige n'est pas contesté, il y a lieu de constater que le défaut de mise en cause initiale des actionnaires **E.)** et CN PARTICIPATIONS a été valablement réparé par l'assignation en intervention du 17 mai 2017 et la réassignation du 10 juillet 2017 qui leur a permis de valablement faire valoir leurs droits de la défense à l'audience des plaidoiries en date du 21 février 2018.

Le moyen d'irrecevabilité encourt dès lors le rejet.

4.2.2. Quant au moyen d'irrecevabilité de la demande pour incompétence du tribunal de se substituer à l'assemblée générale des actionnaires

L'action déclaratoire est celle qui a pour but de faire déclarer judiciairement l'existence ou l'inexistence d'une situation juridique ou d'un droit, la régularité ou l'irrégularité d'un acte qui ne fait l'objet d'aucune contestation.

La recevabilité de l'action déclaratoire est subordonnée à l'existence d'un intérêt né et actuel dans le chef du demandeur et l'intérêt à agir peut être valablement constitué par la nécessité sérieuse de lever un doute sur une situation patrimoniale ou extrapatrimoniale déterminante pour le demandeur. (cf. JCL. procédure civile, fasc. 126-2, no 52).

Ainsi, pour qu'une action déclaratoire puisse être déclarée recevable, il faut que celle-ci remplisse deux conditions cumulatives dont la première est l'exigence d'une menace grave et sérieuse d'un droit au point de créer un trouble précis et la deuxième est l'exigence que la déclaration judiciaire soit de nature à offrir au demandeur une utilité concrète et déterminée. (cf. TAL 15ème, 5 juillet 2017, n° 182329 du rôle).

Par ailleurs, il faut encore que l'action déclaratoire soit introduite devant la juridiction appelée à trancher définitivement la situation, patrimoniale ou extrapatrimoniale, des parties.

Dans son assignation du 12 décembre 2016, **A.)** demande au tribunal de :

> « *constater que les actionnaires majoritaires ou le président de l'assemblée du 25 mai 2016, n'avaient pas le droit de remplacer l'ordre du jour de l'assemblée prorogée ni d'empêcher Monsieur **A.)** de voter sur ces points,*
>
> *partant, décider que l'assemblée a valablement voté contre les points 3, 4, 5 et 6 et pour le point 7 de l'ordre du jour de l'assemblée générale des actionnaires de la Société du 25 mai 2016* ».

A.) considère les conditions d'exercice de l'action déclaratoire remplies, à savoir une incertitude grave ou une menace sérieuse paralysant l'exercice normal d'un droit, dans la mesure où le président de l'assemblée, Maître Marc KLEYR, aurait bafoué l'exercice de son droit de vote lors de ladite assemblée sur l'ordre de jour proposé par **A.)**.

Dans ses conclusions récapitulatives du 17 novembre 2017 (p. 25 et 39), **A.)** affirme exercer l'action déclaratoire afin que le tribunal constate l'abstention de vote des actionnaires majoritaires et le vote positif du requérant sur les points portés par lui à l'ordre du jour de l'assemblée générale prorogée du 25 mai 2016.

Se pose la question de savoir si l'action du requérant est à qualifier d'action déclaratoire.

Le point « divers » à l'ordre du jour ne permet que de traiter de communications ne demandant pas de vote. (cf. Cosita Delvaux, La société anonyme, 2009, p. 371).

Il ressort du procès-verbal que lors de l'assemblée générale extraordinaire prorogée du 25 mai 2016, tel que repris en détail sous l'exposé des faits du présent jugement, les propositions de résolutions sous les points 3., 4., 5., 6. et 7. de l'ordre du jour formulées par **A.)** ont été reformulées, suite à une proposition en ce sens d'**C.)**, par l'assemblée elle-même.

Il en ressort également que **A.)** a, sous le point 11. de l'ordre du jour intitulé « Divers », demandé acte qu'il voulait exprimer son vote sur les points 3., 4., 5., 6. et 7. de son ordre du jour ce que le président de l'assemblée a refusé au motif que le vote était clos.

Il y a lieu d'en retenir que **A.)** n'a, contrairement à ses allégations, pas émis de vote concernant l'ordre du jour par lui proposé.

Au vu de ce qui précède, la demande du requérant ne s'analyse pas en une action déclaratoire visant à voir déclarer judiciairement que **A.)** a été privé de son droit de vote sur l'ordre du jour par lui proposé, respectivement a vu l'exercice de son droit de vote bafoué par le président de l'assemblée, ou à voir constater le vote (inexistant) valablement émis par lui sur ses propositions de résolutions non soumises au vote, mais va beaucoup plus loin dans la mesure où elle tend à voir substituer judiciairement à des résolutions votées majoritairement par les actionnaires des résolutions non soumises au vote.

La demande de **A.)** s'analyse dès lors en une véritable demande d'invalider les décisions prises majoritairement par les actionnaires pour y substituer des décisions qui n'ont pas été prises et qui n'ont pas été soumises au vote des actionnaires.

A cet égard, il importe de rappeler que le juge est uniquement juge de la légalité des décisions soumises et non de leur opportunité, de sorte qu'il appartiendrait à **A.)**, s'il entend remettre en cause les résolutions adoptées lors de l'assemblée du 25 mai 2016, d'en demander la nullité.

A noter que dans pareil cas, il conviendrait d'apprécier, en fonction des différents moyens de nullité qui seraient invoqués, la nature exacte de la nullité invoquée afin de déterminer si elle se trouve ou non couverte par la décharge accordée.

En effet, la sanction des irrégularités commises au niveau des assemblées générales se traduit, soit par une nullité conditionnelle en cas de vice de forme, qui présuppose l'existence d'un grief et donc la preuve que l'irrégularité commise a pu avoir une influence effective sur la décision prise, soit par une nullité absolue et inconditionnelle en cas de violation des règles de forme substantielles ou des règles impératives. En cas de violation de règles d'ordre public, l'irrégularité est sanctionnée par une nullité pouvant être invoquée par tout intéressé et même être soulevée d'office par le juge (cf. J.-P. Winandy, op. cit., page 250) ; il s'agit alors d'une nullité absolue qui n'est pas susceptible d'être couverte par une décharge.

Au vu de ce qui précède, la demande de **A.)** encourt l'irrecevabilité pour ne pas remplir les conditions d'exercice de l'action déclaratoire.

En outre, concernant la problématique des décisions valablement adoptées par une première assemblée sur lesquelles une assemblée subséquente voudrait revenir dessus, dans le silence des textes, il y a lieu d'admettre la possibilité pour une deuxième assemblée de revenir sur ce qui aura été décidé valablement à l'occasion d'une assemblée antérieure. La seule réserve sera celle que la deuxième assemblée ne pourra remettre en cause des situations déjà définitivement acquises suite à la première, que ces situations déjà acquises profitent aux tiers ou à certains associés de la société. (cf. A. Steichen, Précis de Droit des Sociétés, 4e édition, 2014, p. 268 et 269).

Dans la mesure où l'assemblée générale du 15 mars 2016 a approuvé majoritairement les conclusions et recommandations du rapport du groupe de travail du 15 janvier 2016 et ainsi approuvé notamment le fait de ne pas comptabiliser une créance de 1.726.267,79 EUR contre **B.)** pour les années 2002 à 2011 considérée comme mode de rémunération de ce dernier et de maintenir uniquement la créance d'un montant de 359.828,82 EUR, équivalent aux frais payés par cartes de crédit après le redressement fiscal pour les années 2012 à 2014, force est de constater que l'assemblée du 25 mai 2016 ne saura remettre en cause la situation définitivement acquise à **B.)**.

4.3. Quant à l'action en responsabilité dirigée contre les administrateurs

4.3.1. Quant au moyen d'irrecevabilité de l'action minoritaire

L'examen de ce moyen d'irrecevabilité implique une analyse:

- de la nature juridique et des conditions d'application de l'action minoritaire introduite par la loi du 10 août 2016 ;

- de l'application de l'article 444-2 de la Loi (ancien article 63 bis avant la renumérotation opérée par le règlement grand-ducal du 5 décembre 2017 portant coordination de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales) dans le temps ; et

- des conséquences attachées au vote d'une décharge spéciale au sens de l'article 461-7 alinéa 2 de la Loi (ancien article 74, alinéa 2).

  - Quant à la nature et aux conditions d'application de l'action minoritaire

Le projet de loi n° 5730 a introduit l'action sociale minoritaire en droit luxembourgeois suivant en cela la législation belge en la matière, sans toutefois que l'exposé des motifs ou le commentaire des articles n'expliquent les motivations des auteurs du projet de loi.

D'après la doctrine belge, « *l'introduction de cette action peut donc être motivée par la volonté des actionnaires d'engager tant la responsabilité des administrateurs pour leurs fautes de gestions, leurs violations du Code des sociétés ou des statuts ou leurs fautes aquiliennes* ». (cf. Répertoire pratique du droit belge, éd. Bruylant, p. 438).

L'objectif de cette action minoritaire est de « *permettre à la minorité de se substituer à une majorité défaillante pour prendre en charge l'intérêt social sacrifié par celle-ci.* » (cf. Cour d'appel de Bruxelles, 11 décembre 2003, D.A.O.R., 2004, p. 65).

Ce même arrêt a encadré pareille action en rappelant que « *le rôle du juge n'est pas de substituer sa propre appréciation à celles des administrateurs puisqu'il n'est pas une instance d'appel.* »

La doctrine belge a également précisé qu' « *il est essentiel d'éviter que la mise en œuvre de l'action minoritaire n'aboutisse à faire prévaloir judiciairement sur la gestion que les administrateurs ont estimé devoir pratiquer, une autre conception de la bonne gestion, défini a posteriori par des actionnaires minoritaires qui n'y ont pas été mêlés.* » (cf. J.-F. Goffin, Responsabilité des dirigeants de société, 3ème éd., Larcier, 2012, n° 117).

Les travaux préparatoires belges ayant abouti à la loi du 18 juillet 1991 ont rappelé le principe d'appréciation marginale du juge en retenant qu' « *il est important de noter que le rôle du juge n'est pas de substituer sa propre appréciation à celle des administrateurs et gérants ; il n'est pas une instance d'appel du conseil d'administration, le juge ne sanctionne que les comportements manifestement injustifiés* ». (cf. exposé des motifs, doc. parl., Sénat, sess. 1990-1991, n° 1107-1, p. 29).

L'action minoritaire a été consacrée en droit luxembourgeois par l'article 63bis de la loi du 10 août 2016 (nouvel article 444-2 de la Loi suite au règlement grand-ducal du 5 décembre 2017) lequel dispose :

« *Une action peut être intentée contre les administrateurs ou membres du directoire ou du conseil de surveillance, selon le cas, pour le compte de la société par des actionnaires minoritaires ou titulaires de parts bénéficiaires.*

Cette action minoritaire est intentée par un ou par plusieurs actionnaires ou titulaires de parts bénéficiaires possédant, à l'assemblée générale qui s'est prononcée sur la décharge, des titres ayant le droit de voter à cette assemblée représentant au moins dix pour cent des voix attachées à l'ensemble de ces titres. »

L'action minoritaire est une *actio mandati*. L'action est exercée par les minoritaires en leur nom et non pas au nom de la société. Elle est cependant exercée dans l'intérêt de celle-ci et non pas dans l'intérêt des actionnaires minoritaires agissants. Elle est ainsi exercée pour compte de la société afin de faire réparer le préjudice que celle-ci a, selon les minoritaires, souffert. (cf. Y. de Cordt et M.-A. Delvaux, La responsabilité des dirigeants des personnes morales, Bruxelles, La Charte, 2007, n° 50, p. 65).

L'action minoritaire ne crée pas un nouveau cas de responsabilité pour les dirigeants concernés. (cf. Philippe Hoss, Les nouveaux droits des actionnaires, *in* La Réforme du droit luxembourgeois des sociétés, éd. Larcier, 2017, p. 221).

Pour introduire valablement l'action minoritaire, l'intéressé doit :

- posséder des titres (actions ou parts bénéficiaires) ayant le droit de voter à l'assemblée qui s'est prononcé sur la décharge représentant au moins 10% des voix attachés à l'ensemble de ces titres ;

- ne pas être majoritaire ;

- ne pas avoir approuvé la décharge ;

- engager l'action endéans le délai de prescription quinquennale posé à l'article 1100-8 de la Loi (ancien article 147 avant le règlement grand-ducal du 5 décembre 2017). (cf. Philippe Hoss, ouvrage précité, p. 226-231).

Cela implique que l'action minoritaire ne peut être intentée qu'après que l'assemblée générale se soit tenue et se soit prononcée sur la décharge. Par ailleurs, seule doit être prise en compte la décharge portant sur l'exercice au cours duquel ont été commises les fautes reprochées aux administrateurs et qui font l'objet de l'action. (cf. Répertoire pratique du droit belge, éd. Bruylant, p. 439).

- <u>Quant à l'application de l'article 444-2 de la Loi (ancien article 63bis) dans le temps</u>

La loi du 10 août 2016 consacre son entrée en vigueur immédiate, sous réserve d'une « survie » de la loi ancienne pour les sociétés existantes, mais seulement dans la mesure où leurs clauses statutaires sont contraires à la nouvelle loi.

En application de la disposition transitoire générale posée à l'article V, la prédite loi, est entrée en vigueur trois jours francs après sa publication au Mémorial le 19 août 2016, soit en date du 23 août 2016.

En droit luxembourgeois, d'après l'auteur Steve Jacoby, la question de l'application de l'action minoritaire à des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 10 août 2016 « *avait été analysée par la doctrine belge lors de la modification correspondante en droit belge : elle concluait qu'à prioiri, l'action minoritaire n'est pas disponible pour des faits dont la décharge a déjà été votée. En effet, s'agissant d'une disposition qui augmente potentiellement la responsabilité des administrateurs, en donnant un droit d'agir aux minoritaires malgré une décharge votée par les majoritaires, ce qui est donc de nature à potentiellement créer une responsabilité supplémentaire des administrateurs, les principes généraux en matière de droit transitoire devraient empêcher une « renaissance » d'une responsabilité définitivement disparue dans le passé par le vote d'une décharge valable et définitive. Par contre, la loi nouvelle devrait s'appliquer immédiatement à des faits antérieurs non encore couverts par une décharge. Ainsi, des faits même antérieurs à la loi, mais non encore couverts par une décharge valable, devraient pouvoir déclencher l'action minoritaire si les conditions de la loi sont réunies.* » (cf. Steve Jacoby, Dispositions transitoires et entrée en vigueur de la loi, *in* La réforme du droit luxembourgeois des sociétés, éd. Larcier, 2017, p. 302.)

La doctrine belge a retenu que « *La loi du 18 juillet 1991 n'organise pas de mesures transitoires particulières à l'occasion de l'entrée en vigueur des dispositions organisant l'action minoritaire. […]. Les statuts de sociétés ne contenant généralement pas de dispositions relatives aux effets de la décharge ou à l'intentement de l'actio mandati, l'article 66 bis nouveau doit dès lors être considéré comme entrant immédiatement en vigueur. Il nous semble que la décharge valablement votée avant l'entrée en vigueur de la loi devrait mettre définitivement les administrateurs à l'abri de l'action sociale en responsabilité, qu'elle soit exercée par la société ou par des actionnaires minoritaires. En effet, les conséquences de la décharge doivent s'apprécier au moment où celle-ci est donnée, et la décharge votée sous l'empire de la loi ancienne avait pour effet de faire obstacle à l'actio mandati. Par contre, rien ne devrait s'opposer à ce qu'une action minoritaire soit intentée sur base de faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi, mais non couverts par la décharge, ni par la prescription de cinq ans. En effet, la nouvelle loi ne crée pas de nouvelles causes de responsabilités mais confère à de nouveaux titulaires le droit de mettre en cause une responsabilité déjà organisée par l'article 62 LCSC. Rien ne s'oppose donc à ce qu'elle soit immédiatement applicable, même à l'égard de faits antérieurs à son entrée en vigueur. En pratique, l'action minoritaire pourrait être intentée, sur base de fautes antérieures, par des actionnaires qui réunissent les conditions de détention d'actions lors d'une assemblée générale qui se prononce sur la décharge et qui se tient après le 5 août 1991, date d'entrée en vigueur de la loi du 18 juillet 1991.* » (cf. Olivier Ralet, Responsabilité des dirigeants de sociétés, éd. Larcier, p. 124 et 125).

Par transposition du droit belge en droit luxembourgeois, il y a lieu de retenir qu'une décharge spéciale valablement donnée par une assemblée générale antérieurement à l'entrée en vigueur de l'article 444-2 (ancien article 63bis) le 23 août 2016 n'ouvre pas le droit à l'exercice de l'action minoritaire.

En l'espèce, il ressort de ces développements qu'en ce qui concerne les exercices antérieurs aux années 2014 et 2015, **A.)** ne dispose pas de l'action minoritaire dans la mesure où il ne remplit pas les conditions d'exercice de l'action minoritaire pour avoir voté en faveur de la décharge accordée aux administrateurs (parmi lesquels il comptait également jusqu'à la date du 26 mai 2015).

En revanche, pour les exercices 2014 et 2015, **A.)** dispose de l'action minoritaire à la condition toutefois que les décharges données lors des assemblées générales des 15 mars 2016 et 25 mai 2016, décharges qu'il n'a pas approuvées, ne soient pas valables.

Il convient dès lors d'examiner si les décharges données pour les exercices 2014 et 2015 sont valables.

- Quant à la décharge spéciale de l'article 461-7 alinéa 2 de la Loi (ancien article 74 alinéa 2)

Aux termes de 461-7 alinéa 2 de la Loi : « A*près l'approbation des comptes annuels, l'assemblée générale se prononce par un vote spécial sur la décharge des administrateurs, des membres du directoire et du conseil de surveillance, selon le cas, ainsi que des commissaires. Cette décharge n'est valable que si les comptes annuels ne contiennent ni omission, ni indication fausse dissimulant la situation réelle de la société et, quant aux actes faits en dehors des statuts, que s'ils ont été spécialement indiqués dans la convocation* ».

En principe, la décharge prévue à l'article 461-7 de la Loi a pour effet de libérer les administrateurs et les gérants de leur responsabilité contractuelle vis-à-vis de la société en ce qui concerne leur gestion relative à l'exercice clôturé. La décharge est votée par l'assemblée générale des actionnaires à l'occasion de l'approbation des comptes annuels. La seule approbation des comptes n'entraîne pas automatiquement la décharge, cette dernière devant faire l'objet d'une délibération séparée.

L'assemblée peut soit accorder, soit refuser la décharge, soit la soumettre à des réserves ou à des conditions, c'est-à-dire, en somme l'ajourner. (cf. Pascale Hainaut-Hamende et Gilberte Raucq, Les Sociétés Anonymes, Constitution et Fonctionnement, n° 531).

Toutefois, suivant l'article 461-7, la décharge n'est cependant valable que si le bilan ne contient ni omission, ni fausse indication dissimulant la situation réelle de la société.

Le vote de la décharge est sans effet lorsque le bilan a été dressé de telle manière qu'il dissimule l'état réel des affaires de la société et que partant le vote de l'assemblée qui a approuvé la gestion n'a pas eu lieu en connaissance de cause. (cf. Cour, 1er février 2017, n° 42334 du rôle).

La décharge n'est valable dans ce cas que s'il est établi que l'assemblée des actionnaires avait été informée des inexactitudes, omissions et irrégularités des comptes annuels et qu'elle a donné décharge en toute connaissance de cause (cf. J.-Fr. Goffin : Responsabilités des dirigeants de société, 3ème éd., Larcier, n° 208).

Lorsqu'il s'agit de la violation de la loi ou des statuts, il en est de même en principe (cf. J.P. Winandy, Manuel de droit des sociétés, édition 2011, page 542).

A noter que la décharge ne vise pas à ratifier des actes illégaux, mais à décider du sort à réserver aux conséquences de ces actes, en termes de demande éventuelle en réparation à diriger par la société contre les administrateurs.

Le vote spécial par l'assemblée générale des actionnaires de la décharge accordée aux administrateurs a justement pour effet d'empêcher l'exercice de l'action sociale en

responsabilité contre les administrateurs ; en effet tant les fautes de gestion que les fautes de régularités consistant en une violation de la Loi ou des statuts sont couvertes par la ratification par l'assemblée, laquelle s'analyse en droit civil en une renonciation à toute action contre le(s) administrateur(s).

Peu importe la gravité ou la nature de la faute commise par le(s) administrateurs (faute de gestion ou de régularité) et même en présence de la violation d'une loi d'ordre public sanctionnée pénalement, l'assemblée, si elle agit en connaissance de cause, peut valablement renoncer à rechercher la responsabilité de son organe de gestion en lui accordant décharge (cf. TAL, 23 décembre 2015, n°145.724 et 145.725 du rôle).

En l'espèce, lors de l'assemblée générale extraordinaire du 15 mars 2016, les comptes annuels de l'exercice 2014, le rapport du groupe de travail ainsi que la décharge spéciale des administrateurs ont été approuvés majoritairement par les actionnaires. Suivant les conclusions du groupe de travail, l'assemblée a ainsi approuvé notamment la comptabilisation de la rémunération de **B.)** dans les frais de HITEC de 2002 à 2011 inclus, le fait de ne pas comptabiliser une créance de 1.726.267,79 EUR contre **B.)** pour les années 2002 à 2011 considérée comme mode de rémunération de ce dernier, le maintien de la seule créance d'un montant de 359.828,82 EUR, équivalent aux frais payés par cartes de crédit après le redressement fiscal pour les années 2012 à 2014 ainsi que de ne pas modifier les bilans pour les années 2002 à 2014 en relation avec la problématique de la rémunération de **B.)** et du redressement fiscal.

Par la suite, lors de l'assemblée générale extraordinaire prorogée du 25 mai 2016, les comptes annuels de l'exercice 2015 ainsi que la décharge spéciale des administrateurs ont été approuvés majoritairement par les actionnaires.

Ainsi, c'est en pleine connaissance de cause de la comptabilisation de la rémunération de **B.)** dans les frais généraux de HITEC, que l'assemblée a, par vote spécial, accordé décharge aux administrateurs pour l'exécution de leurs mandats pour les exercices sociaux 2014 et 2015.

Ces quitus donnés en pleine connaissance de cause de la situation réelle de la Société, est pleinement opposable à HITEC et a, en principe, pour effet d'empêcher l'exercice par cette dernière de *l'actio mandati* contre ses administrateurs pour les exercices 2014 et 2015.

Il s'ensuit que la demande de **A.)** basée sur l'action minoritaire est à déclarer irrecevable en raison de la décharge spéciale donnée valablement pour les exercices 2014 et 2015 et irrecevable pour les exercices antérieurs à 2014 et 2015 en raison de son approbation quant aux quitus donnés.

4.3.2. <u>Quant au moyen d'irrecevabilité de l'action minoritaire pour prématurité relative à des faits relatifs à l'exercice social 2016</u>

En Belgique, il ressort des documents parlementaires que le représentant du Ministre de la justice a, au cours des travaux de la commission parlementaire, indiqué que « *l'action minoritaire peut être intentée à tout moment, avant que l'assemblée ordinaire ne se soit prononcée sur la décharge des administrateurs pour l'exercice en cause.* » (cf. Doc. parl. Sén., sess. 1990-1, n° 1107-3, p. 154).

Toutefois, la doctrine belge s'est ralliée à la plupart des commentateurs qui estiment que l'action minoritaire ne peut être intentée qu'après que l'assemblée s'est tenue et s'est prononcée sur la décharge.

« *Il nous apparaît que cette dernière interprétation doit être suivie, car elle est seule compatible avec le texte clair de l'article 66bis. Ceci aboutit évidemment à empêcher les actionnaires de réagir rapidement – par l'introduction d'une action minoritaire à ce qu'ils estiment être une faute de gestion, mais permet par contre aux administrateurs, avant toute mise en cause judiciaire de leur gestion, de présenter à l'assemblée générale leur rapport de gestion et les comptes annuels de l'exercice incriminé et de soumettre leur gestion à la censure des actionnaires. De même, les actionnaires minoritaires peuvent-ils, à l'occasion de cette assemblée générale, faire valoir leurs critiques à l'égard des administrateurs, poser des questions sur les opérations qui leur paraissent contestables et tenter de rallier une majorité pour refuser la décharge. L'assemblée générale reste ainsi le lieu prioritaire d'expression des actionnaires, avant le prétoire.* » (cf. Olivier Ralet, ouvrage cité, p. 116-117).

A l'instar du droit belge, en droit luxembourgeois, il y a lieu de retenir qu'en application des termes clairs de l'article 444-2 alinéa 2 de la Loi (ancien article 63bis alinéa 2 avant le règlement grand-ducal du 5 décembre 2017), l'action minoritaire ne peut être intentée qu'après que l'assemblée générale se soit tenue et se soit prononcée sur la décharge.

La recevabilité d'une action s'appréciant au jour de son introduction, il s'ensuit qu'à la date de l'assignation le 12 décembre 2016, la décharge concernant l'exercice 2016 n'était pas encore mise à l'ordre du jour d'une assemblée générale, de sorte que l'action minoritaire pour l'exercice social 2016 est à déclarer irrecevable.

4.3.3. <u>Quant au moyen d'irrecevabilité de l'action sociale exercée par un actionnaire sur le fondement de l'article 441-9 de la Loi (ancien article 59)</u>

Le requérant reproche aux administrateurs de HITEC d'avoir commis des fautes de gestion et de régularité et met en cause, en sa qualité d'actionnaire de HITEC, la responsabilité des cocontractants de cette dernière pour leur demander réparation des dommages subis par HITEC du fait des fautes ou omissions de **B.)**, **C.)** et **D.)**.

D.) conclut à l'irrecevabilité de la demande du requérant pour défaut de qualité à agir dans son chef.

La qualité pour agir est le titre ou la qualification auxquels sont attachés, dans certaines actions en justice, le droit d'agir en justice, exigée à peine d'irrecevabilité. Cette qualité résulte soit de la qualité requise par la loi, soit, dans toutes les actions ouvertes à tout intéressé, de la justification d'un intérêt pour agir.

Lorsque la loi désigne elle-même le titulaire exclusif de l'action, celle-ci ne peut être exercée par une personne qui n'en est pas le titulaire légal, la loi lui déniant le pouvoir de saisir le juge pour obtenir sa consécration judiciaire (cf. Solus, Droit judiciaire privé, T. I, n° 268 ; cf. Cour, 15 février 2012, n° 36645 du rôle).

Les actionnaires n'ont pas la qualité pour exercer en justice un droit dont seule la société peut être titulaire: la personnalité morale leur interdit d'élever des prétentions

au lieu et place de la société, en application de la règle selon laquelle «*nul ne plaide pour autrui sans pouvoir*». Seule la société bénéficie de la qualité pour agir en responsabilité, dès lors qu'elle est la victime potentielle d'un fait dommageable. (cf. TAL, 19 décembre 2014, n° 126615 du rôle).

L'action en responsabilité contre les administrateurs pour fautes commises dans leur gestion se trouve aux mains de la société seule. C'est en effet la société qui donne mandat à ses administrateurs de la représenter et d'agir en son nom. C'est au mandant et à lui seul que le mandataire doit rendre compte de l'exécution de son mandat; c'est dès lors au mandant qu'appartient l'*actio mandati* (cf. Resteau, Traité des sociétés anonymes, T.II, n ° 943).

C'est l'assemblée générale qui est maîtresse de l'action sociale en dommages et intérêts contre les administrateurs, soit pour la mettre en mouvement, soit pour transiger. (cf. Les novelles, Droit commercial, T. III, n° 2034).

L'assemblée générale des associés a le monopole de l'action sociale et décide de sa mise en mouvement à la suite d'un vote en assemblée pris à la majorité simple dans la mesure où l'assemblée générale est l'émanation la plus directe de la société, elle se confond avec elle et c'est l'assemblée qui nomme les administrateurs et c'est à elle que ces derniers ont, à des périodes déterminées, à rendre compte de leur gestion.

L'action sociale n'appartient pas à l'associé individuel, la personnalité de celui-ci a été absorbée par la société, dotée d'une personnalité distincte de celles des différents associés qui la composent.

Le droit luxembourgeois considère que le fait que la décision d'exercer l'action sociale appartienne à l'assemblée des associés fait partie de l'ordre public sociétaire. (cf. Alain Steichen, ouvrage cité, n° 240).

Il s'ensuit que la demande intentée par **A.)** encourt l'irrecevabilité pour défaut de qualité à exercer l'action sociale contre les administrateurs de HITEC.

4.3.4. <u>Quant au moyen d'irrecevabilité de l'action basée sur les règles du mandat ou de la responsabilité contractuelle</u>

En l'absence d'une relation contractuelle entre le requérant et les administrateurs de HITEC, la demande du requérant basée sur les règles de la responsabilité contractuelle est à déclarer irrecevable.

4.3.5. <u>Quant au moyen d'irrecevabilité de l'action basée sur les règles de la responsabilité délictuelle</u>

A.) entend encore engager la responsabilité civile des administrateurs sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil.

D.) soulève l'irrecevabilité de l'action individuelle de **A.)** pour demander réparation d'un préjudice prétendument accru à la société.

L'action individuelle d'un ou de plusieurs actionnaire(s) contre le(s) administrateur(s) d'une société sur le fondement de la responsabilité acquilienne (droit commun de la responsabilité délictuelle) ou sur la violation de la loi ou des statuts exige un préjudice

personnel et direct de chaque associé, distinct de celui éventuellement supporté par la société, et le préjudice invoqué doit être une suite immédiate et directe de la faute et/ ou violation commise par le/les dirigeant(s).

En droit luxembourgeois, l'action individuelle ne peut être intentée que par l'actionnaire qui s'estime victime d'un préjudice personnel, indépendamment de celui éventuellement supporté par la société, et l'amoindrissement du patrimoine social ne peut constituer le préjudice subi personnellement par l'associé (cf. Cour, 15 janvier 2009, n° 33081 du rôle).

Le critère permettant de distinguer le préjudice social du préjudice individuel réparable consiste dans le fait que ce dernier va directement affecter la valeur des titres ou la situation patrimoniale de l'actionnaire sans que le patrimoine de la société n'ait été atteint. Le préjudice individuel réparable est celui qui affecte directement le patrimoine de l'actionnaire sans impliquer en même temps une atteinte au patrimoine social ou un appauvrissement de ce dernier. Le préjudice individuel ne doit pas constituer une simple répercussion du préjudice social et doit, par conséquent, être déconnecté d'une perte qui affecterait l'actif social (cf. Frédéric Danos, La réparation du préjudice individuel de l'actionnaire, n° 13, RJDA 5/08, p. 471).

Dans la mesure où **A.)** demande réparation d'un préjudice prétendument accru à HITEC et non d'un préjudice personnel dans son chef, il y a lieu de déclarer l'action individuelle de **A.)** irrecevable faute de caractériser un préjudice personnel, direct et certain dans son chef.

Du fait que la demande en condamnation de **A.)** est irrecevable sur l'ensemble des fondements juridiques avancés, il devient oiseux d'analyser le moyen d'irrecevabilité tiré de la prescription quinquennale.

4.4. <u>Quant aux demandes accessoires</u>

B.) et CN PARTICIPATIONS sollicitent chacun une indemnité de procédure de 5.000.- EUR.

D.) sollicite une indemnité de procédure de 6.000.- EUR.

HITEC sollicite une indemnité de procédure non inférieure à 5.000.- EUR.

Au vu du sort réservé à sa demande, **A.)** est à débouter de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure, alors qu'il est de principe que la partie qui succombe ne saurait bénéficier des dispositions de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Eu égard à l'issue du litige, il paraît cependant équitable d'allouer à **B.)**, CN PARTICATIONS, **D.)** et HITEC chacun une indemnité de procédure à concurrence de 2.000.- EUR.

Il n'y a pas lieu d'ordonner l'exécution provisoire sans caution du présent jugement alors que les conditions de l'article 567 du Nouveau Code de procédure civile ne sont pas données en l'espèce.

P a r c e s m o t i f s :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, quinzième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

reçoit les demandes principale et en intervention en la pure forme,

ordonne la jonction des demandes inscrites au rôle sous les numéros 181.613, 184.874 et 186.633 pour y statuer par un seul jugement,

dit qu'il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de **A.)** à voir écarter les pièces 34 et 35 de la farde I de Maître Marc Kleyr du débat,

dit irrecevable la demande principale de **A.)** contre **B.)**, **C.)** et **D.)** en condamnation sur base de l'action minoritaire, sur base de l'action sociale et sur les bases contractuelle et délictuelle,

dit irrecevable la demande qualifiée d'action déclaratoire,

partant **dit** la demande en intervention sans objet,

dit non fondée la demande de **A.)** en obtention d'une indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et en **déboute**,

dit fondées les demandes de **B.)**, de la société à responsabilité limitée CN PARTICIPATIONS SARL, de **D.)** et de la société anonyme HITEC LUXEMBOURG SA en obtention d'une indemnité de procédure jusqu'à concurrence de 2.000.- EUR chacune et en **déboute** pour le surplus, partant,

condamne A.) à payer à **B.)**, à la société à responsabilité limitée CN PARTICIPATIONS SARL, à **D.)** et à la société anonyme HITEC LUXEMBOURG SA chacun le montant de 2.000.- EUR sur le fondement de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

dit qu'il n'y a pas lieu d'ordonner l'exécution provisoire du présent jugement sans caution,

condamne A.) à tous les frais et dépens de l'instance.