

Jugement commercial XV N° /2016

Audience publique du mercredi, vingt-sept janvier deux mille seize.

Numéro 170 256 du rôle

Composition :

Karin GUILLAUME, Vice-présidente ;
Robert WORRÉ, Premier juge ;
Steve KOENIG, juge ;
Alfred TREINEN, greffier assumé.

E n t r e :

la société anonyme **IKODOMOS HOLDING S.A.**, établie et ayant son siège social à L-2212 Luxembourg, 6, place de Nancy, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 31.720,

élisant domicile en l'étude de Maître Patrick KINSCH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

demanderesse, comparant par Maître Patrick KINSCH, avocat susdit,

e t :

1. la société anonyme **KURT CONSTRUCTIONS S.A.**, établie et ayant son siège social à L-8140 Bridel, 106, rue de Luxembourg, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 79.802,

défenderesse, comparant par Maître André LUTGEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

2. la société anonyme **PROMOBE FINANCE S.A.-SPF**, établie et ayant son siège social à L-2370 Howald, 1, rue Peterelchen, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 37.353,

défenderesse, comparant par Maître Jean BRUCHER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

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

défendeur, comparant par Maître Fabio TREVISAN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

4. Monsieur **B.**), sans état connu, demeurant à B-(...),

5. Monsieur **C.**), sans état connu, demeurant à B-(...),

défendeurs, comparant par Maître Pol URBANY, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

Faits :

Par exploit de l'Huissier de Justice Carlos CALVO en date du 12 juin 2015, la demanderesse a fait donner assignation aux défendeurs à comparaître le vendredi, 10 juillet 2015 à 9.00 heures devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, Cité Judiciaire, Bâtiment CO, 1^{er} étage, salle CO1.01, pour y entendre statuer sur le mérite de la demande contenue dans ledit exploit d'huissier ci-après reproduit :

L'affaire fut inscrite sous le numéro 170 256 du rôle pour l'audience publique du 10 juillet 2015 devant la deuxième chambre, siégeant en matière commerciale.

La cause fut renvoyée devant la quinzième chambre.

L'affaire fut utilement retenue à l'audience du 09 décembre 2015 lors de laquelle les débats eurent lieu comme suit :

Maître Patrick KINSCH, mandataire de la partie demanderesse exposa ses moyens.

Maître André LUTGEN, mandataire de la partie défenderesse, répliqua et exposa ses moyens.

Maître Jean BRUCHER, mandataire de la partie défenderesse, répliqua et exposa ses moyens.

Maître Fabio TREVISAN, mandataire de la partie défenderesse, répliqua et exposa ses moyens.

Maître Pol URBANY, mandataire de la partie défenderesse, répliqua et exposa ses moyens.

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

jugement qui suit :

Par exploit d'huissier du 12 juin 2015, la société anonyme Ikodomos holding SPF (ci-après Ikodomos) a donné assignation à comparaître devant le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale à (1) la société anonyme Kurt Constructions S.A. (2) la société anonyme Promobe Finance S.A. SPF (ci-après Promobe), (3) M. **A.** , (4) M. **C.**) et (5) M.**B.**) pour voir nommer un administrateur provisoire de la société Kurt Construction S.A. avec pour mission de gérer et d'administrer la société en attendant que les actionnaires réussissent à se mettre d'accord sur la nomination d'un conseil d'administration et arrêter les comptes sociaux et les soumettre à une assemblée générale à convoquer le plus rapidement possible.

Elle conclut encore à voir dire que les effets de « l'ordonnance » à intervenir cessent un an au plus tard à dater de son prononcé et en tout état de cause le jour de la nomination d'un nouveau conseil d'administration et à voir ordonner l'exécution provisoire sans caution de « l'ordonnance à intervenir » nonobstant toute voie de recours et sans caution.

A l'appui de sa demande elle expose que depuis 2008 le capital social de la société Kurt Constructions S.A. est détenu à raison de 50 % par Ikodomos et à raison de 50 % par Promobe.

Qu'en dépit de la détention paritaire du capital social, Ikodomos n'aurait jamais été représentée au conseil d'administration de la société Kurt Construction qui a toujours été dominé par des représentants de Promobe seule.

Que la requérante a découvert progressivement un nombre important d'opérations anormales ; paiement par des fonds sociaux de dépenses personnelles de Monsieur **A.**), mise à disposition de fonds importants, sans intérêts adéquats, à des sociétés du groupe Promobe.

Que dès lors Ikodomos refuse d'approuver les comptes sociaux de Kurt Constructions pour les années 2011 à 2013 et a insisté sur une réforme de la gouvernance de la société Kurt Constructions, souhaitant y instaurer une gestion paritaire reflétant la détention du capital social.

Que par ailleurs, Kurt Construction n'a depuis des mois plus de conseil d'administration valable, en raison de la venue à échéance du mandat de deux administrateurs au moins, situation illégale au regard de l'article 51 de la loi sur les sociétés du 10 août 1915 et refuse d'instaurer la gestion paritaire souhaitée par Ikodomos, se bornant à lui proposer deux postes au conseil d'administration face aux trois postes occupés par les représentants de Promobe, ce qui serait inacceptable. Tant les abus constatés que l'ingouvernabilité et la paralysie de la société due à la profonde mésentente entre les associés et l'urgence donnée par l'obligation légale de préparer les comptes sociaux au titre de l'exercice 2014 justifieraient la nomination d'un administrateur provisoire.

Les parties défenderesses soulèvent divers moyens d'irrecevabilité et d'incompétence (litispendance et incompétence rationae materiae du tribunal de commerce pour connaître de la demande, libellé obscur de l'assignation) voire demandent un sursis à statuer, avant de contester le bien-fondé de la demande au fond, estimant que le fonctionnement de la société ne serait nullement paralysé et que l'intervention d'un tribunal ne se justifierait dès lors pas.

La société Promobe formule une demande reconventionnelle tendant à se voir allouer des dommages et intérêts de 25.000 EUR pour procédure abusive et vexatoire et une indemnité de procédure de 15.000 EUR.

La société Kurt Construction réclame quant à elle une indemnité de procédure de 10.000 EUR, de même que **A.)** qui réclame lui aussi une indemnité de procédure de 10.000 EUR.

1) Quant au moyen tiré de la litispendance :

Il est constant en cause que par exploit d'huissier du 27 mai 2015, Ikodomos a saisi le juge des référés d'une demande en nomination d'un administrateur provisoire dans la société Kurt Constructions reposant sur des motifs identiques, et que l'affaire après avoir été initialement fixée en octobre 2015, a été refixée en janvier 2016.

Pour qu'il y ait litispendance, il faut que les deux demandes aient le même objet et soient fondées sur la même cause, qu'elles existent entre les mêmes parties et qu'elles soient portées devant deux tribunaux différents, l'un et l'autre compétent.

Il n'y a pas de litispendance lorsque, à propos de la même affaire, une juridiction a été saisie au fond et une autre en référé.

Le défaut de litispendance résulte du fait que l'instance en référé n'est pas une instance au sens juridique du terme puisque le juge des référés, à la différence du tribunal n'a pas la plénitude de juridiction et que ses décisions n'ont pas l'autorité de la chose jugée. (Encyclopédie Dalloz, vo Litispendance). Le moyen tiré de la litispendance est partant à rejeter.

2) Quant à l'incompétence rationae materiae du tribunal pour connaître de la demande.

Les défendeurs font valoir qu'en droit luxembourgeois les juridictions compétentes pour nommer un administrateur provisoire sont les juridictions du référé.

L'assignation dont le tribunal est saisi invoquerait en effet les articles 932 et 933 du Nouveau Code de Procédure Civile.

La requérante n'aurait saisi le tribunal de commerce que pour remédier aux lenteurs des fixations au référé!

S'il est vrai que la plupart des demandes en nomination d'administrateurs provisoires sont présentées devant le tribunal par la voie du référé en raison de l'urgence, il a cependant été retenu dans un arrêt de la Cour d'appel du 26 octobre 1993 no 15 376 et 15377 du rôle cité par Alain Steichen dans son précis de droit des sociétés, que l'urgence n'est pas une condition de nomination d'un administrateur provisoire, mais seulement une condition de compétence du juge des référés. (cf Précis de droit des sociétés d'Alain Steichen quatrième édition no 367).

La nomination d'un administrateur provisoire peut à priori être demandée dans une instance au fond devant un tribunal de commerce. (Cf en ce sens Jurisclasseur Sociétés Fasc.43-10 administration provisoire dernière mise à jour 22 novembre 2010.)

Dans ce cas la nomination ne peut cependant se concevoir à titre principal, mais tout au plus comme accompagnement d'un jugement avant dire droit (ordonnant par exemple une expertise) ou accompagnant une décision susceptible de perturber quelque temps le fonctionnement normal du groupement (annulation de la désignation des dirigeants sociaux, révocation judiciaire, retrait ou exclusion).

Contrairement à la décision de référé susceptible d'être modifiée ou rétractée à tout moment en cas d'apparition de circonstances nouvelles, la décision rendue par le tribunal de commerce (ou par le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale) est en effet revêtue de l'autorité de chose jugée et ne peut être remise en cause que par la voie de l'appel, le tribunal étant dessaisi de l'affaire par le jugement rendu.

Or il résulte des termes de l'assignation dont est saisi le tribunal que celle-ci vise à obtenir la nomination d'un administrateur provisoire à titre principal (il est significatif d'ailleurs que l'assignation soit identique à celle introduite devant le juge des référés reprenant les bases légales justifiant la compétence de ce dernier et les termes « d'ordonnance à intervenir ») jusqu'à la nomination d'un nouveau conseil d'administration et pour une durée d'un an au maximum, éventuellement renouvelable!

Bien que la requérante se plaigne de la composition non paritaire du conseil d'administration de la société Kurt Constructions, elle ne formule, dans le dispositif de son assignation, aucune demande visant à voir reconnaître son droit d'être représentée de façon paritaire au sein de ce conseil (la société Promobe lui ayant proposé deux sièges d'administrateurs sur 5) et ne formule aucune demande de nature à solutionner au fond le différend entre parties.

Dans ces conditions la décision qui est demandée au tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale relève partant des mesures purement provisoires qui sont réservées au juge des référés et sont soumises à la procédure applicable en cette matière.

Le présent tribunal est partant incompétent rationae materiae pour connaître de la demande.

3) Quant à la demande reconventionnelle de la société Promobe.

La partie Promobe réclame la condamnation de la requérante à une indemnité pour procédure abusive et vexatoire évaluée au montant de 25.000 EUR.

L'exercice d'une action ne dégénère cependant en faute pouvant donner lieu à des dommages et intérêts que s'il constitue un acte de malice ou de mauvaise foi ou, au moins une erreur grossière équipollente au dol, ou si le demandeur a agi avec une légèreté blâmable.

Il convient de sanctionner, non pas le fait d'avoir exercé à tort une action en justice ou d'y avoir résisté injustement, puisque l'exercice d'une action en justice est libre mais uniquement le fait d'avoir abusé de son droit en commettant une faute indépendante du seul exercice des voies en justice et de recours (cf. Cour 20 mars 1991, 28, 150 ; Cour 17 mars 1993, n° 14 446 du rôle ; Cour 22 mars 1993, n° 14 971 du rôle, Lux. 10ème chambre, 9 février 2001, n° 25/2001).

En l'espèce, si la partie requérante a certes assigné les parties défenderesses devant une juridiction incompétente, un abus de droit laisse cependant d'être établi.

La demande est dès lors à rejeter.

4) Quant aux demandes en allocation d'indemnités de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile.

L'ensemble des parties défenderesses, à l'exclusion des défendeurs **C.)** et **B.)** concluent à se voir allouer une indemnité de procédure.

Eu égard au fait qu'il serait inéquitable de laisser à leur charge l'intégralité des frais exposés pour se défendre contre une demande injustifiée, ces demandes sont à accueillir favorablement.

Le tribunal fixe ex aequo et bono le montant de l'indemnité à 1250 EUR pour chacune des parties Promobe, Kurt Constructions S.A et **A.)**.

PAR CES MOTIFS

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

se **déclare** incompétent rationae materiae pour connaître de la demande,

déboute la société Promobe Finance S.A SPF de sa demande en allocation de dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire.

condamne la société anonyme Ikodomos Holding S.A à payer une indemnité de procédure de 1250 EUR à chacun des défendeurs Promobe Finance S.A SPF, Kurt Constructions S.A. et **A.**)

condamne la société anonyme Ikodomos Holding aux frais et dépens de l'instance.