

**Jugement commercial 2017/TAL/CH15/ 1452**

Audience publique du mercredi, vingt décembre deux mille dix-sept.

**Numéro 164670 du rôle**

Composition :

Gilles HERRMANN, Vice-président ;  
Katia FABECK, 1<sup>er</sup> juge ;  
Jacqueline KINTZELÉ, juge ;  
Alfred TREINEN, greffier.

**E n t r e :**

la société anonyme **AZILIS SARL**, établie et ayant son siège social à L-1724 Luxembourg, 9B, Boulevard Prince Henri, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 113 813, représentée par Monsieur **A.**), gérant unique de la société à responsabilité limitée de droit des Iles Cayman GULF-GERMAN RESIDENCE, établie et ayant son siège social à c/o Intertrust Corporate Services (Cayman), KY1-9005, Cayman Islands, 190 Elgin Avenue, George Town, Grand Cayman, inscrite au registre de Commerce et des Sociétés des Iles Cayman sous le numéro WK-163205, agissant en sa qualité de mandataire *ad hoc* spécialement nommé à cet effet par décision de l'actionnaire unique AZILIS SARL, en vertu de l'article 63 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales,

élisant domicile en l'étude de la société à responsabilité limitée MNKS SARL, établie et ayant son siège social à L-2453 Luxembourg, 2-4, rue Eugène Ruppert, société d'avocats inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des avocats de Luxembourg, représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Marielle STEVENOT, avocat à la Cour,

**demanderesse**, aux termes de l'acte de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg en date du 11 août 2014,

comparant par la société à responsabilité limitée MNKS SARL préqualifiée, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Marielle STEVENOT, avocat à la Cour, remplacée par Maître Benjamin MARTHOZ, avocat à la Cour, tous les trois demeurant à Luxembourg,

**et :**

- 1) Monsieur **B.**), gérant de la société à responsabilité limitée AZILIS SARL, demeurant professionnellement à L-1724 Luxembourg, 9B, Boulevard Prince Henri,
- 2) Monsieur **C.**), gérant de la société à responsabilité limitée AZILIS SARL, demeurant professionnellement à L-1724 Luxembourg, 9B, Boulevard Prince Henri,
- 3) Monsieur **D.**), gérant de la société à responsabilité limitée AZILIS SARL, demeurant professionnellement à L-1724 Luxembourg, 9B, Boulevard Prince Henri

**défendeurs**, aux fins du prédit acte Carlos CALVO,

comparant par Maître Patrick KINSCH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

---

## L e T r i b u n a l :

Ouï la partie demanderesse par l'organe de son mandataire Maître Benjamin MARTHOZ, avocat à la Cour, en remplacement de Maître Marielle STEVENOT, avocat à la Cour, représentant la société à responsabilité limitée MNKS SARL, société constituée, tous les trois demeurant à Luxembourg.

Ouï les parties défenderesses sub. 1) à sub. 3) par l'organe de leur mandataire Maître Pascal SASSEL, avocat à la Cour, en remplacement de Maître Marc KLEYR, avocat constitué, tous les deux demeurant à Luxembourg.

Ouï la partie défenderesse sub 3) par l'organe de son mandataire Maître Patrick KINSCH, avocat constitué, demeurant à Luxembourg,

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 28 juin 2017.

Monsieur le Vice-Président Gilles HERRMANN entendu en son rapport à l'audience du 8 novembre 2017.

Par acte de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg du 11 août 2014, la société à responsabilité limitée AZILIS SARL (ci-après la « société AZILIS ») a donné assignation à **B.)**, **C.)** et **D.)** à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, suivant la procédure civile, pour les entendre déclarer, en leur qualité de gérants, responsables d'une faute de gestion commise dans la société AZILIS consistant en une inertie fautive ayant permis la vente du patrimoine immobilier de cette dernière en-deçà de sa valeur réelle et qui aurait causé un préjudice financier substantiel à la demanderesse, partant entendre condamner les assignés, solidairement, sinon *in solidum*, à lui payer, à titre principal, la somme de 30.000.000.- EUR et, à titre subsidiaire, la somme de 17.400.000.- EUR ou toute autre somme même supérieure à évaluer en cours d'instance ou à dire d'experts, à majorer des intérêts de retard au taux légal à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2014, date approximative de cession du Portefeuille Margaux, sinon à compter de la demande en justice, jusqu'à solde.

La demande est basée, en ordre principal, sur les articles 192 et 59 alinéa 1<sup>er</sup> de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (ci-après « la loi modifiée de 1915 ») et, en ordre subsidiaire, sur l'article 1984 du Code civil, sinon sur les principes de la responsabilité délictuelle des articles 1382 et 1383 du Code civil.

La requérante réclame en outre la condamnation solidaire, sinon *in solidum*, des assignés au paiement d'une indemnité de procédure de 30.000.- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, la condamnation solidaire, sinon *in solidum*, des assignés aux frais et dépens avec distraction au profit de son mandataire, ainsi que l'exécution provisoire sans caution du jugement à intervenir.

A l'appui de sa demande, la requérante expose avoir participé, parmi de nombreux autres intervenants, à une opération d'emprunts de fonds sophistiquée financée par le Crédit Suisse International en vue de l'acquisition, à travers plusieurs sociétés immobilières allemandes, de deux portefeuilles distincts d'immeubles situés en Allemagne, dénommés portefeuilles Petrus et Margaux, ce financement étant assorti de plusieurs sûretés, dont notamment des contrats de nantissement sur ses propres parts sociales.

La requérante reproche aux assignés, en leur qualité de gérants, d'avoir commis des fautes de gestion dans la société AZILIS consistant en une inertie fautive ayant permis la vente du patrimoine immobilier constituant le Portefeuille Margaux en-deçà de sa valeur réelle, occasionnant à la société AZILIS un préjudice financier conséquent.

Les défendeurs concluent, principalement, à l'irrecevabilité de la demande pour défaut de qualité à agir de l'associé unique de la société AZILIS, la société Gulf-German Residences (ci-après la « société GGR »), privé du droit de vote dans la société AZILIS au profit du créancier gagiste, et en l'absence de preuve d'un abus de droit dans le chef du créancier gagiste.

Les défendeurs concluent encore à l'irrecevabilité de la demande de la requérante en l'absence de préjudice personnel dans le chef de la société AZILIS au motif qu'à supposer établi le préjudice allégué, il ne serait pas accru personnellement à la société AZILIS, mais serait tout au plus accru aux quatre sous-filiales de la demanderesse, à savoir les quatre sociétés allemandes venderesses des actifs immobiliers leur appartenant à des conditions jugées défavorables par l'associé unique de la demanderesse.

A toutes fins utiles, les défendeurs font encore valoir que si la demande de la société AZILIS devait s'analyser en une action individuelle de sa part en sa qualité d'actionnaire des sociétés immobilières allemandes, l'action serait irrecevable pour défaut pour la requérante d'alléguer et de caractériser un préjudice personnel distinct de celui subi par les sociétés allemandes venderesses du Portefeuille Margaux.

Subsidiairement et quant au fond, les défendeurs concluent au débouté des demandes de la requérante. Ils contestent toute faute ou inertie dans leur chef dans le cadre du processus de vente des actifs immobiliers sous-jacents de la société AZILIS et font valoir que les ventes se sont déroulées dans l'intérêt social de la société AZILIS. Les défendeurs contestent par ailleurs tant l'existence que le quantum du préjudice allégué dans le chef de la demanderesse et de son associé unique, la société GGR, ainsi que tout lien de causalité.

Les défendeurs sollicitent à leur tour une indemnité de procédure de 5.000.- EUR sur le fondement de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et la condamnation de la société AZILIS à l'ensemble des frais et dépens avec distraction au profit de leur mandataire.

La requérante rétorque que son action se situe dans le cadre d'une *actio mandati* et non d'une action individuelle dans la mesure où l'action n'est pas intentée par la société GGR, en sa qualité d'associé unique de la société AZILIS, mais bien par la société AZILIS elle-même. Elle demande réparation du préjudice personnel accru à la société AZILIS suite à la passivité fautive des assignés lors de la vente du portefeuille immobilier Margaux et non réparation d'un préjudice subi par son associé unique, la société GGR.

La requérante conclut au rejet des moyens d'irrecevabilités soulevés par les assignés pour être purement dilatoires et dépourvus de tout fondement.

### **Motifs de la décision**

## **1. Quant au moyen d'irrecevabilité tiré du défaut de qualité à agir de l'associé unique de la société AZILIS suite à la privation du droit de vote**

La demanderesse reproche à ses gérants d'avoir failli à leur mission de bonne gestion et d'avoir « *commis une faute de gestion par leur totale passivité lors du processus de vente du Portefeuille Margaux, et ce au préjudice d'Azilis* ». (cf. assignation p. 14).

Les défendeurs concluent à l'irrecevabilité de la demande de la société AZILIS pour défaut de qualité à agir de la demanderesse au motif que le droit d'action en justice, respectivement l'action sociale, respectivement le pouvoir de nomination d'un administrateur *ad hoc* appartiendrait exclusivement à la société Hatfield Philips International (ci-après « la société Hatfield »), seule titulaire des droits de vote dans la société AZILIS suite à la réalisation des gages. Ils font valoir que la privation du droit de vote conventionnellement stipulé serait conforme à l'article 9 de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière.

Les défendeurs font encore valoir qu'il aurait appartenu à l'actionnaire unique, privé du droit de vote dans la société d'AZILIS, la société GGR, de donner au créancier gagiste l'occasion d'examiner l'opportunité d'une action en responsabilité contre les administrateurs. A défaut de réponse ou en cas de justification par un motif jugé abusif, une action par l'associé unique pourrait être envisagée en application de l'article 6-1 du Code civil. En l'absence de pareille demande préalable émanant de l'associé unique, l'action de l'associé unique privé du droit de vote serait irrecevable.

A titre liminaire, il convient d'expliquer succinctement la structure de l'opération d'emprunts de fonds sophistiquée financée par le Crédit Suisse International ainsi que la réalisation des gages avant de relever les dispositions légales et stipulations contractuelles pertinentes en cause.

Le 24 mai 2006, la société Kaola a souscrit un emprunt de 273.392.000.- EUR auprès du Crédit Suisse International, le contrat de crédit senior Margaux, afin de financer l'acquisition par le groupe GGR d'un portefeuille de propriétés immobilières en Allemagne, le Portefeuille Margaux, à travers quatre sociétés immobilières allemandes, les sociétés immobilières Margaux, à savoir GGR Wohnparks GmbH, GGR Wohnparks Ost GmbH, GGR Wohnparks Poseidon GmbH et GGR Wohnparks Crossen GmbH.

A la même date, en garantie du crédit senior Margaux souscrit par sa filiale, la société Tarragona, associée unique de la société Kaola, a accordé au Crédit Suisse International un nantissement sur la totalité des parts sociales par elle détenues dans la société Kaola. (cf. pièce de MNKS SARL n° 47).

Par contrat de crédit sous-jacent Margaux du 2 juin 2006, la société Kaola a, à son tour, prêté les fonds par elle empruntés aux sociétés immobilières Margaux afin de refinancer l'endettement de ces dernières à la suite de l'acquisition envisagée du Portefeuille Margaux.

Le même jour, la société Kaola a cédé à la société AZILIS l'ensemble des créances par elle détenues sur les sociétés immobilières Margaux issues du contrat de crédit sous-jacent Margaux, en échange de l'obligation pour la société AZILIS de payer à la société Kaola les échéances de remboursement dues sous le contrat de crédit sous-jacent Margaux.

En parallèle et toujours le même jour, la société Kaola a transféré aux sociétés immobilières Margaux la propriété du Portefeuille Margaux.

Suivant contrat du 2 juin 2006 (dans sa version la plus à jour du 19 octobre 2010), la société GGR, associée unique de la société AZILIS, a octroyé au profit de la société Kaola un nantissement sur la totalité des parts sociales par elle détenues dans la société AZILIS. (cf. pièce de MNKS SARL n° 10).

Aux termes de ce contrat, la société GGR s'est, entre autres, engagée, en cas de défaillance de la société AZILIS à rembourser à la société Kaola les échéances du contrat de crédit sous-jacent Margaux, à transférer à la société Kaola les droits de vote attachés aux parts sociales par elle détenues dans la société AZILIS.

A la même date, les filiales de la société AZILIS ont octroyé au bénéfice de la société Kaola, des nantissements équivalents tout au long de la chaîne de détention des sociétés.

Concernant la gestion bancaire du contrat de crédit senior Margaux, le Crédit Suisse international a vendu ses droits découlant de ce contrat au véhicule de titrisation irlandais Titan Europe 2006-2 p.l.c., lequel a nommé la banque ABN AMRO gestionnaire de ce contrat de crédit, cette dernière ayant sous-traité la gestion bancaire à la société Hatfield.

La société Hatfield s'est donc vue confier non seulement le droit de collecter les remboursements dus par la société Kaola au titre du contrat de crédit senior Margaux, mais encore le droit d'exercer toutes les garanties et sûretés attachées au contrat de crédit senior Margaux.

Par courrier et télécopie du 1<sup>er</sup> octobre 2012, la société Hatfield a, dans le contrat de crédit senior Margaux du 24 mai 2006, tel que modifié le 19 octobre 2010, notifié à la société Kaola la réalisation de plusieurs « Events of Default » avec comme conséquence que tous les montants du contrat de crédit senior Margaux sont devenus exigibles à la date du 18 juillet 2012, et s'est réservé, au nom du prêteur, le droit de procéder à la réalisation des sûretés afférentes à la documentation de financement. (cf. pièce de MNKS SARL n° 16).

Par résolution du 5 octobre 2012, la société Hatfield, en tant qu'agent de sûreté représentant le créancier gagiste (la société Kaola), après avoir noté qu'un cas de réalisation persistant est survenu et impliquant un transfert, au profit du créancier gagiste des droits de vote détenues par la société GGR dans la société AZILIS conformément à l'article 5.3. du contrat de nantissement du 2 juin 2006 (dans sa version du 19 octobre 2010), a notamment pris, en lieu et place de l'associé unique de la société AZILIS (la société GGR), la résolution écrite de démettre le gérant de la société AZILIS alors en fonctions et de le remplacer par trois gérants, les actuels défendeurs. (cf. pièce de MNKS SARL n° 18).

Par résolution du même jour, la société Hatfield, en tant qu'agent de sûreté représentant les créanciers gagistes, après avoir noté qu'un cas de réalisation persistant est survenu et impliquant un transfert, au profit des créanciers gagistes, des droits de vote détenues par la société Tarragona dans la société Kaola conformément à l'article 5.3. de chaque contrat de nantissement (Margaux et Petrus), a notamment

pris, en lieu et place de l'associé unique (la société Tarragona), la résolution écrite de démettre le gérant de la société Kaola alors en fonctions et de le remplacer par trois gérants, les actuels défendeurs. (cf. pièce de MNKS SARL n° 17).

Il convient de rappeler la teneur des dispositions législatives et des stipulations contractuelles pertinentes en cause.

L'article 192 de la loi modifiée de 1915 dispose que :

*« Les gérants sont responsables conformément à l'article 59. »*

L'article 59 alinéa 1<sup>er</sup> de cette même loi, dans sa version antérieure à la loi du 10 août 2016, dispose que :

*« Les administrateurs sont responsables envers la société, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion. »*

L'article 193 de cette même loi, dans sa version antérieure à la loi du 10 août 2016, dispose que :

*« Les décisions des associés sont prises en assemblées générales. La tenue d'assemblées générales n'est pas obligatoire, quand le nombre des associés n'est pas supérieur à vingt-cinq. Dans ce cas, chaque associé recevra le texte des résolutions ou décisions à prendre expressément formulées et émettra son vote par écrit. »*

L'article 63 de cette même loi dispose que :

*« L'assemblée générale qui a décidé d'exercer contre les administrateurs [...] en fonction l'action sociale des articles 58 [...] peut charger un ou plusieurs mandataires de l'exécution de cette délibération. »*

L'article 67 paragraphe 1<sup>er</sup> de cette même loi dispose que :

*« L'assemblée générale des actionnaires a les pouvoirs les plus étendus pour faire ou ratifier les actes qui intéressent la société. Lorsque la société compte un associé unique, il exerce les pouvoirs dévolus à l'assemblée générale. [...]. »*

L'article 9 de la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière (ci-après « la loi modifiée de 2005 ») dispose que :

*« L'attribution de l'exercice des droits attachés aux instruments financiers nantis est régie par la convention des parties. A défaut de convention contraire, ces droits demeurent acquis au constituant du gage, sauf si un droit d'utilisation a été conféré au créancier gagiste auquel cas ces droits sont acquis à ce dernier. »*

Les deux contrats de nantissement signés le 24 mai 2006 et le 2 juin 2006 renferment exactement les mêmes stipulations contractuelles en leurs articles 5.2., 5.3. et 5.4. sauf à ce que dans le contrat du 24 mai 2006, il soit question de « Pledgees » au pluriel alors qu'au contrat du 2 juin 2006, ce terme y figure au singulier.

L'article 5.2. stipule que:

*« As long as no Event of Default has occurred which is continuing unremedied or unwaived, the Pledgor shall be entitled to exercise all voting rights in relation to the Pledged Assets in a manner which does not adversely affect this Pledge or cause a Default to occur. Following the occurrence of an Event of Default which is continuing unremedied or unwaived, the Pledgor shall not, without the prior written consent of the Pledgees, exercise any voting rights or other rights in relation to the Shares. Each of the Pledgor and the Company undertakes that each of the Pledgees will be notified in writing of any meeting of the shareholder of the Company, as well as of the agenda thereof and of any proposal to pass a written resolution of the shareholder of the Company or of any other resolution to be adopted in respect of any of the Shares, in each case at least eight (8) Business Days before such meeting or the proposal of such resolution. »*

L'article 5.3. poursuit que:

*“After an Event of Default has occurred which is continuing unremedied or unwaived, all voting rights attaching to the Pledged Assets shall be automatically vested in the Pledgees, in accordance with, and to the extent permitted by, the Law of 2005.”*

L'article 5.4. stipule :

*« The Pledgor hereby expressly acknowledges that, after voting rights are vested in the Pledgees, the Pledgees shall be totally and unconditionally authorised to exercise the voting rights attached to the Shares in any manner necessary or useful for the purposes of ensuring the complete satisfaction of the Secured Obligations and hereby waives each and any claim it may have in this respect, in particular in regard of the liability of the Pledgees thereunder (save in case of willful misconduct, fraud or gross negligence of the Pledgees). »*

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 déniait 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. Trib. d'arr. Luxembourg, 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 nouvelles, 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.

Il est admis que l'article 63 de la loi modifiée du 10 août 1915 applicable formellement aux seules sociétés anonymes s'applique également par analogie à toutes les formes de sociétés et donc également aux sociétés à responsabilité limitée. (cf. A. Steichen, Précis de droit des sociétés, 4<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 240 et la jurisprudence y citée).

En l'espèce, l'assignation indique, au titre des qualités de la partie demanderesse, que la société AZILIS est représentée par **A.**), gérant unique de la société GGR « *en sa qualité de mandataire ad hoc spécialement nommé à cet effet par décision de l'actionnaire unique d'Azilis S.à r.l. en vertu de l'article 63 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales.* »

La demanderesse se base sur le procès-verbal du 4 août 2014 d'après lequel l'associé unique de la société AZILIS, la société GGR, a pris la résolution d'intenter, au nom de la société AZILIS, l'action sociale prévue aux articles 59 et 192 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et de désigner à **A.**) mandataire *ad hoc* pour intenter l'action sociale. (cf. pièce de MNKS SARL n° 40)

La question qui se pose est de savoir si un associé unique, privé de son droit de vote en application d'une disposition conventionnelle prise sur base de la loi modifiée de 2005, est encore en droit de prendre une résolution écrite pour confier l'exercice de l'action sociale à un mandataire *ad hoc*.

La requérante conclut à la validité de pareille résolution en se fondant sur « *l'intangibilité du droit de vote et la possibilité subséquente pour un associé d'exercer le droit fondamental d'ester en justice au nom et pour le compte de la société pour intenter l'action mandat, nonobstant la privation de ses droits de vote en vertu d'un contrat.* »

Elle se prévaut de ce que le droit des actionnaires de mettre en œuvre l'action sociale constituerait un droit fondamental en se fondant sur « *la doctrine (française) qui s'accorde pour dire que le droit de mettre en jeu la responsabilité des dirigeants est un droit fondamental* » et que le droit français reconnaît à l'actionnaire à dividende prioritaire sans droit de vote le droit d'ester en justice contre les dirigeants. Admettre

une solution contraire conduirait à une impunité totale des dirigeants de la société AZILIS en raison de fautes de gestion commises par ces derniers.

*Le tribunal tient à relever qu'en droit français « l'action sociale est en principe exercée ut universi par les représentants légaux de la personne morale. Mais, à défaut d'intervention de ces représentants, elle peut être mise en œuvre ut singuli par les associés. L'utilité de cette action est évidente. [...] Le nouveau dirigeant peut refuser de poursuivre son prédécesseur coupable de fautes et qui a quitté ses fonctions. L'action sociale se trouve alors paralysée et il est difficile de concevoir que le dirigeant fautif engage une action judiciaire contre lui-même. L'action sociale ut singuli représente alors la voie de salut. (C. com., art. L. 223-22, al. 3, pour les SARL. – C. com., art. L. 225-252, pour les sociétés anonymes) ». (cf. JCL, commercial, fasc. 1053 : dirigeants sociaux – Responsabilité civile, n° 39 )*

Au vu de ce qui précède et contrairement à ce que tente de démontrer la partie demanderesse, le droit français n'érige point l'exercice de l'action sociale en un principe fondamental dès lors qu'il existe en droit français la possibilité pour un associé de mettre en œuvre l'action sociale *ut singuli*, cette dernière n'existant pas en droit luxembourgeois.

Par ailleurs, le droit luxembourgeois n'élève pas non plus l'exercice de l'action sociale par un associé unique privé de son droit de vote en un principe fondamental.

En revanche, 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, Précis de droit des sociétés, 4<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 240).

Si le droit de vote de chaque associé a classiquement été considéré comme une règle d'ordre public instaurée dans toutes les sociétés non seulement dans l'intérêt de chaque associé mais également celui de la société (cf. cf. T'Kint, Les actions et le droit de vote, RPS 1989, p. 243), cette analyse se trouve désormais quelque peu remise en cause notamment par l'article 9 de la loi modifiée de 2005 qui a accordé à la convention des parties le droit d'organiser l'attribution de l'exercice du droit de vote attaché aux instruments financiers nantis.

*« Si la recherche du plus grand bénéficiaire (ce bénéficiaire pourra également être, pour le créancier gagiste, le fait d'éviter de subir une perte ou bien d'en limiter le montant) est un point qui retiendra certainement toute l'attention du créancier gagiste, lorsque celui-ci se verra transmettre le droit d'exercer les prérogatives attachées aux actions nanties, l'exercice de ce droit sera, somme toute, limité et ce à plusieurs égards. A titre d'illustration, les travaux préparatoires de la loi de 2005 précisaient que le créancier gagiste, s'il était admis à exercer les droits de vote attaché aux actions gagées dans son propre intérêt, pouvait parfaitement le faire mais uniquement dans la limite de l'abus. L'objet social et l'intérêt social de l'émetteur viendront encore encadrer l'étendue de l'action du créancier gagiste ». (cf. R. Ledain Santiago, Le gage sur actions, Promoculture-Larcier, 2015, n° 169).*

Le commentaire des articles du projet de loi sur les contrats de garantie financière (n° 5251) indique de son côté, pages 17 et 18, relativement à l'article 9 que « L'article 9 tranche un débat doctrinal qui met notre droit en phase avec les droits anglo-saxons. Il constitue un aménagement de l'article 67(3) de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (« LSC ») qui prévoit que tout actionnaire peut prendre part et

*voter aux assemblées générales d'une société anonyme, ainsi que de l'article 195 LSC qui est le pendant de l'article 67(3) en matière de sociétés à responsabilité limitée. [...]. Le créancier gagiste exercera son droit de vote en sa qualité de gagiste et donc dans son propre intérêt, tout en devant s'abstenir d'abuser de son droit. L'article 9 prévoit dans son principe un régime de liberté contractuelle qui permet aux parties de choisir la solution qui convient le mieux à leur situation. Il permet bien évidemment de moduler l'exercice du droit de vote en distinguant par exemple entre les assemblées générales ordinaires et extraordinaires et par rapport aux points à l'ordre du jour. [...]. Si le contrat de gage est muet sur la question, le droit de vote reste, comme à l'heure actuelle, avec le donneur de gage. Cependant, comme la Directive exige de prévoir la possibilité d'un droit d'utilisation en faveur du créancier gagiste, il a paru logique, en l'absence de convention contraire, de réserver le droit de vote à ce créancier, le droit d'utilisation étant en réalité un droit de disposition. »*

Concernant le renvoi par les travaux parlementaires à l'article 195 de la loi modifiée de 1915, il importe de relever que dans sa version antérieure à la loi du 10 août 2016, cet article stipulait que « *nonobstant toute clause contraire dans l'acte de société, tout associé prend part aux décisions. Chaque associé a un nombre de voix égal au nombre des parts sociales qu'il possède.* »

Suite à la loi du 10 août 2016, deux nouveaux alinéas y ont été ajoutés et notamment l'alinéa 3 d'après lequel « *il est permis à tout associé, à titre personnel, de s'engager à ne pas exercer temporairement ou définitivement tout ou partie de ses droits de vote. Une telle renonciation lie l'associé renonçant et s'impose à la société dès sa notification à cette dernière.* »

Même si la consécration officielle d'une renonciation temporaire ou définitive d'un associé d'une société à responsabilité limitée à son droit de vote n'a été matérialisée dans la loi modifiée de 1915 que par la loi du 10 août 2016, il convient néanmoins de relever que c'est bien la loi modifiée du 5 août 2005 concernant les contrats de garantie financière en son article 9, qui a légalement consacré la possibilité d'attribuer conventionnellement l'exercice du droit de vote attaché notamment aux parts sociales nanties au profit du créancier gagiste.

En l'espèce, suite à la notification en date du 1<sup>er</sup> octobre 2012 par la société Hatfield à la société Kaola de la survenance de plusieurs cas de défaut au titre du contrat de crédit senior Margaux entraînant l'exigibilité des montants dus au titre de ce contrat de crédit, la société Hatfield a, par le transfert des droits de vote attachés aux parts sociales données en nantissement et détenues par la société GGR dans la société AZILIS, ainsi que par le transfert des droits de vote attachés aux parts sociales données en gage et détenues par la société Tarragona dans la société Kaola, et, moyennant deux résolutions du 5 octobre 2012, exercé les droits de vote dans la société AZILIS et la société Kaola pour démettre les gérants en place et pour les remplacer par des gérants choisis par elle.

De cette manière, la société Hatfield a pris le contrôle de la société AZILIS, tête de groupe, afin d'acquérir indirectement le contrôle du groupe GGR et notamment des actifs immobiliers sous-jacents pour démettre les gérants en place au sein de la société AZILIS et indirectement au sein de ses filiales et sous-filiales afin de nommer en remplacement des individus lui étant affiliés.

Dès lors, au moment de sa prise de résolution écrite du 4 août 2014, la société GGR, associée unique de la société AZILIS, ne disposait plus de son droit de vote, respectivement de son pouvoir de prendre des résolutions écrites en qualité d'associée unique.

Le reproche de la requérante à l'adresse des défendeurs d'avoir uniquement recherché l'intérêt social de la société AZILIS au lieu d'agir dans l'intérêt plus large du groupe GGR ne saurait être retenu, dans la mesure où seul l'intérêt social doit être pris en compte.

A ce titre, il convient de relever, pour être complet, que la vente des actifs immobiliers sous-jacents de la société AZILIS par les sociétés immobilières Margaux a été effectuée afin d'éviter justement une faillite de la société AZILIS, de sorte que la vente a été effectuée dans l'intérêt social de la société AZILIS.

L'utilisation du droit de vote du créancier gagiste dans son propre intérêt dans l'optique de prendre le contrôle décisionnel du groupe GGR est dès lors à considérer comme parfaitement légale et le moyen de la requérante tirée d'une prétendue contrariété à l'ordre public luxembourgeois est dénué de tout fondement.

En effet, dans le cadre d'une opération de prêt de plus de 270.000.000.- EUR (contrat de crédit senior Margaux) mettant en présence des professionnels qualifiés ayant pu librement négocier leurs clauses contractuelles, celles-ci obligent nécessairement toutes les parties contractantes en application des principes tant de la force obligatoire des contrats que de la sécurité juridique des transactions, ce d'autant plus que le transfert des droits de vote en cas de survenance d'un « *event of default* » du constituant du gage au profit du créancier gagiste est expressément consacré par notre droit à l'article 9 de la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière. Les parties au contrat de nantissement ont conventionnellement stipulé que ce transfert des droits de vote se ferait dans les limites de la loi de 2005, de sorte que la requérante ne saurait désormais venir critiquer l'abandon de son droit de vote attaché aux parts sociales nanties, respectivement de son droit de prendre des résolutions écrites conformément à l'article 67 paragraphe 1<sup>er</sup> de la loi modifiée de 1915, respectivement de son droit d'assigner les gérants de la société AZILIS en responsabilité.

Il s'ensuit que la requérante doit établir que le créancier gagiste, la société Hatfield, a commis un abus de droit dans l'exercice de son droit de vote suite à une demande lui présentée par la société GGR aux fins d'intenter une action en justice contre les défendeurs, respectivement suite à une demande d'autorisation de la société GGR d'exercer elle-même une telle action en responsabilité.

Or, en l'absence de toute demande en ce sens de la part de la société GGR, aucun abus ne saurait dans ce cadre être imputé à la société Hatfield.

La société AZILIS se prévaut ensuite de l'autorisation donnée par la société Hatfield à l'associé unique, la société GGR, pour exercer ses droits de vote à l'assemblée générale ordinaire de la société AZILIS le 28 mars 2014 - dont l'objet était d'approuver les comptes annuels de 2012 et d'accorder décharge aux gérants - laquelle s'analyserait en une autorisation implicite donnée à l'actionnaire unique, la société GGR, de mettre en œuvre l'action sociale au nom et pour compte de la société AZILIS.

Contrairement à l'argumentation de la demanderesse, l'autorisation donnée par la société Hatfield à la société GGR d'exercer ses droits de vote à l'assemblée générale ordinaire de la société AZILIS le 28 mars 2014 (en vue de l'approbation des comptes annuels de 2012) ne saurait s'analyser en une autorisation implicite de mettre en cause la responsabilité des gérants, autorisation implicite qui est, par ailleurs, expressément exclue au vu des termes clairs et précis de l'article 5.2. des contrats de nantissements précité d'après lequel, après la survenance d'un cas de défaut auquel il n'a été ni remédié, ni renoncé, le constituant du gage ne doit, en l'absence d'un accord écrit préalable du/des créanciers gagistes, pas exercer ses droits de vote attachés aux parts sociales nanties.

Enfin, la demanderesse opine que l'autorisation de la société Hatfield était impossible à obtenir, cet empêchement permettant à l'associé unique GGR de s'en passer valablement. A ce titre, elle explique que toute demande de la société GGR aux fins d'intenter l'action sociale contre les dirigeants de la société AZILIS aurait été vouée à l'échec au motif, d'une part, que les dirigeants seraient des hommes de paille mis en place par la société Hatfield, cette dernière agissant comme gérant de fait de la société AZILIS, et, d'autre part, d'une rupture de dialogue entre la société Hatfield et la société GGR, tel que documenté notamment par l'action en responsabilité délictuelle lancée par la société GGR contre la société Hatfield pour gérance de fait fautive. La demanderesse se base sur un jugement du Tribunal d'Arrondissement du Luxembourg du 4 mars 1970 (cf. pièce n° 52 de MNKS SARL) pour en déduire, par analogie, le principe qu'en présence d'un empêchement, « *la volonté des tribunaux luxembourgeois consiste à laisser la possibilité à un associé d'exercer le droit fondamental que représente sa capacité d'ester en justice au nom et pour le compte de la société pour engager l'actio mandati* ».

Or, il convient de relever que la jurisprudence invoquée et versée par la demanderesse, à savoir un jugement du 4 mars 1970 rendue par le Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg, n'est pas pertinente dans la mesure où le cas de figure y jugé est totalement différent du cas d'espèce.

\*\*\*

Il s'ensuit que la demande intentée par l'associé unique de la société AZILIS, la société GGR, suite à sa privation (suspension) des droits de vote dans la société AZILIS, encourt l'irrecevabilité pour défaut de qualité à agir en responsabilité contractuelle contre les défendeurs en l'absence de la preuve d'un quelconque abus de droit dans l'exercice du droit de vote par la société Hatfield.

## **2. Quant au moyen d'irrecevabilité tiré du défaut de qualité à agir en absence de préjudice personnel dans le chef de la société AZILIS**

La société AZILIS fait valoir que le dommage par elle subi résulterait de l'inertie des gérants d'AZILIS dans le processus de vente des actifs immobiliers sous-jacents consistant à laisser vendre le Portefeuille Margaux à des « *conditions financières préjudiciables pour Azilis* ».

La société AZILIS justifie l'existence d'un préjudice personnel lui accru, d'une part, en sa qualité de société tête de groupe éprouvant une perte de valeur du groupe pour être directement impactée par la « *dévalorisation des actions détenues dans les sociétés immobilières allemandes* » et, d'autre part, par son rôle particulier joué dans

le financement du groupe, une dévalorisation de sa créance à l'égard des sociétés immobilières Margaux et une incapacité à honorer l'ensemble de ses dettes, partant un risque de faillite dans son chef.

Les défendeurs concluent à l'irrecevabilité de la demande en l'absence d'un préjudice personnel subi par la société AZILIS.

Il s'agit donc d'apprécier la recevabilité de la demande au niveau de l'intérêt à agir de la société AZILIS en application de l'adage « *pas d'intérêt, pas d'action* ».

La responsabilité des dirigeants envers la société est d'origine contractuelle et les articles 59 et 192 ne font que refléter le droit commun. On se retrouve donc avec les trois conditions habituelles en matière de responsabilité : une faute, un dommage et un lien de cause à effet entre la faute et le dommage. (cf. Trib. d'arr. Luxembourg, 23 décembre 1987, n° 643/87 ; cf. Trib. d'arr. Luxembourg, 17 novembre 2017, n° 174 725, 176 748 et 182 308 du rôle).

Pour que la faute de gestion donne droit à des dommages et intérêts, il faut un acte positif ou négatif contraire aux obligations du mandat de l'administrateur, qu'il en soit résulté un dommage immédiat pour la société et qu'il existe un rapport de causalité entre la faute et le préjudice.

En l'espèce, le préjudice réclamé en ordre principal par la société AZILIS pour le montant de 30.000.000.- EUR correspond au différentiel entre la valeur du prix de marché du Portefeuille Margaux estimé à l'époque par KUNA, et le prix effectif de vente dudit portefeuille. A titre subsidiaire, le préjudice réclamé correspond au différentiel entre la proposition d'achat de la société FFIRE et la vente finale du Portefeuille Margaux et est chiffré à 17.400.000.- EUR.

Conformément à la position des défendeurs, la cause immédiate du préjudice prétendument subi par la société AZILIS réside dans la conclusion effective par les sous-filiales de la société AZILIS, à savoir les quatre sociétés immobilières Margaux (GGR Wohnparks GmbH, GGR Wohnparks Ost GmbH, GGR Wohnparks Poseidon GmbH et GGR Wohnparks Crossen GmbH), de la vente de leurs actifs immobiliers à des conditions spécifiques et moyennant un prix de vente jugés défavorables par la société GGR.

Même à supposer que ces ventes aient été conclues à des conditions défavorables, les victimes immédiates en seraient les sociétés immobilières Margaux en tant que propriétaires des immeubles, objets des ventes litigieuses, de sorte que la société AZILIS doit nécessairement être qualifiée de victime indirecte.

Même si au regard de la structure juridique et du financement du groupe, la société AZILIS détient la propriété économique des actifs immobiliers sous-jacents ayant fait l'objet des ventes litigieuses, toujours est-il que la société AZILIS n'en détient toutefois pas la propriété juridique.

A noter d'ailleurs que dans la logique de la société AZILIS, le préjudice aurait été subi par la société GGR et, *in fine*, par la société Gulf Finance House, et non pas par elle-même

Le préjudice invoqué par la société AZILIS ne constitue dès lors en réalité qu'une simple répercussion du préjudice social subi par les sociétés immobilières Margaux, de sorte que la société AZILIS reste en défaut de caractériser un préjudice personnel et direct dans son chef, distinct de celui hypothétiquement subi par les sociétés immobilières Margaux.

Dès lors, la demande fondée principalement sur l'action sociale et subsidiairement sur les règles du mandat est irrecevable à défaut de préjudice personnel et direct dans le chef de la société AZILIS.

La demande encore plus subsidiaire de la société AZILIS sur le fondement de la responsabilité délictuelle des articles 1382 et 1383 du Code civil encourt également l'irrecevabilité à deux titres : d'une part, en l'absence d'un préjudice personnel et direct dans le chef de la société AZILIS et, d'autre part, sur base de la règle dite du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle.

Ainsi, la responsabilité est soit contractuelle, soit délictuelle, c'est-à-dire que les règles et les principes de la responsabilité délictuelle sont exclus d'un rapport contractuel. En effet, le cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle ne peut être admis, puisqu'il aboutirait à supprimer toutes les dispositions spéciales édictées par le législateur en matière de responsabilité contractuelle, notamment celles par lesquelles il a entendu fixer les particularités de la responsabilité de telle ou telle catégorie de contractants.

Comme en l'espèce, les rapports entre la société AZILIS et ses dirigeants sont indubitablement de nature contractuelle, la demande fondée sur la responsabilité délictuelle est à déclarer irrecevable.

### **3. Quant au moyen d'irrecevabilité de l'action individuelle de la société AZILIS en sa qualité d'associé en réparation d'un préjudice social**

Les défendeurs font valoir que si la demande de la société AZILIS devait s'analyser en une action individuelle de sa part comme associée dans les sociétés immobilières Margaux, l'action serait irrecevable pour défaut pour la requérante d'alléguer et de caractériser un préjudice personnel distinct de celui subi par les sociétés allemandes venderesses du Portefeuille Margaux.

L'action individuelle d'un ou de plusieurs associés contre le(s) gérant(s) d'une société sur le fondement de la responsabilité acquilienne (droit commun de la responsabilité délictuelle) 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 commise par le/les dirigeant(s).

En droit luxembourgeois, l'action individuelle ne peut être intentée que par l'associé qui s'estime victime d'un préjudice personnel, indépendamment de celui éventuellement supporté par la société, et l'amointrissement 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).

Les préjudices subis à titre de perte de la valeur des parts détenues dans le capital d'une société par les associés constituent non un dommage propre à chaque associé, un préjudice spécial, distinct, indépendant du préjudice social, mais un dommage subi par la société elle-même. Le dommage causé à l'actionnaire n'est que le « corollaire » de ce préjudice social (cf. Cass. com., 26 janvier 1970, n° 67-14.787 ; cf. Cass. com., 18 juillet 1989, n° 87-20.261 ; cf. Cass. com., 1<sup>er</sup> avril 1997, n° 94-18.912).

Le préjudice réclamé par la société AZILIS consiste en réalité, comme développé précédemment, dans la simple répercussion du préjudice social subi par les quatre sociétés immobilières Margaux ayant vendu les actifs immobiliers constituant le Portefeuille Margaux, de sorte que la société AZILIS reste dans ce contexte en défaut de caractériser un préjudice distinct dans son chef.

Le tribunal tient à relever que la société AZILIS n'est pas un associé direct des quatre sociétés immobilières Margaux (GGR Wohnparks GmbH, GGR Wohnparks Ost GmbH, GGR Wohnparks Poseideon GmbH et GGR Wohnparks Crossen GmbH) venderesses des actifs immobiliers appartenant au Portefeuille Margaux qui sont ses sous-filiales, mais seulement un associé indirect via l'interposition d'un montage de sociétés.

Pour être complet, il y a encore lieu de préciser que la société AZILIS est intégralement détenue par la société GGR qui est elle-même détenue à 100% par la société Gulf Finance House. Dans la logique de la demanderesse, le préjudice aurait dès lors été subi par la société GGR et, *in fine*, par la société Gulf Finance House et non pas par elle-même.

Il résulte de tout ce qui précède que l'action individuelle de la société AZILIS est irrecevable faute de caractériser un préjudice personnel, direct et certain dans son chef.

#### **4. Quant aux demandes accessoires**

Au vu de cette décision d'irrecevabilité, la demande en obtention d'une indemnité de procédure de 30.000.- EUR formulée par la société AZILIS à l'encontre des assignés est à rejeter, alors qu'une partie qui est déboutée de ses prétentions, et qui de ce fait est à condamner aux frais et dépens de l'instance, ne saurait bénéficier des dispositions de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

En revanche, eu égard à l'issue du litige, la demande en ce sens des défendeurs est cependant fondée en son principe, alors qu'il serait inéquitable de laisser l'entière des frais non compris dans les dépens à leur charge, les défendeurs s'étant vu contraints d'engager des frais dans le seul but de faire valoir leurs droits légitimes et de se défendre contre une demande injustifiée. Au vu des éléments de la cause, eu égard à la nature et au résultat du litige, cette indemnité est à évaluer à 1.000.- EUR pour chacun des trois défendeurs.

## PAR CES MOTIFS :

le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, quinzième chambre, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile, statuant contradictoirement, après avoir entendu Monsieur le vice-président Gilles HERRMANN en son rapport oral,

**déclare** la demande irrecevable,

**dit** non fondée la demande de la société à responsabilité limitée AZILIS SARL en obtention d'une indemnité de procédure et en **déboute**,

**dit** fondée la demande de **B.)**, **C.)** et **D.)** en obtention d'une indemnité de procédure jusqu'à concurrence du montant de 1.000.- EUR pour chacun et en **déboute** pour le surplus,

**condamne** la société à responsabilité limitée AZILIS SARL à payer à **B.)**, **C.)** et **D.)** chacun une indemnité de 1.000.- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ;

**condamne** la société à responsabilité limitée AZILIS à tous les frais et dépens de l'instance et en ordonne la distraction au profit de Maître Patrick KINSCH qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.