

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

**Jugement commercial II N°2/2013**

Audience publique du vendredi, quatre janvier deux mille treize.

**Numéro du rôle : 149665**

Composition:

Jean-Paul HOFFMANN, 1<sup>er</sup> vice-président ;  
Nadine WALCH, 1<sup>er</sup> juge ;  
Nathalie HILGERT, juge ;  
Claude FEIT, greffier.

**Entre:**

**1) Monsieur PERSONNE1.),** demeurant à ADRESSE1.) ;

**2) la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) LLC,** avec siège social à SA-ADRESSE2.) en Arabie Saoudite, ADRESSE2.), représentée par son gérant actuellement en fonctions ;

élisant domicile en l'étude de Maître Yves PRUSSEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**demandeurs**, comparant par Maître Yves PRUSSEN, avocat à la Cour susdit,

**et:**

**1) la société anonyme SOCIETE2.) S.A.,** établie et ayant son siège social à L-ADRESSE3.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.) ;

**défenderesse**, comparant par Maître Nicolas THIELTGEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**2) Monsieur PERSONNE2.)**, pris en sa qualité d'administrateur de la société anonyme SOCIETE2.) S.A., demeurant professionnellement à L-ADRESSE3.) ;

**défendeur**, comparant par Maître Lionel SPET, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**3) Monsieur PERSONNE3.)**, pris en sa qualité d'administrateur démissionnaire de la société anonyme SOCIETE2.) S.A., demeurant professionnellement à L-ADRESSE3.) ;

**4) Monsieur PERSONNE4.)**, pris en sa qualité d'administrateur démissionnaire de la société anonyme SOCIETE2.) S.A., demeurant professionnellement à L-ADRESSE3.) ;

**5) Monsieur PERSONNE5.)**, pris en sa qualité d'administrateur démissionnaire de la société anonyme SOCIETE2.) S.A., demeurant professionnellement à L-ADRESSE3.) ;

**défendeurs**, comparant par Maître Pierre HURT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

En présence de la société à responsabilité limitée SOCIETE3.) s.à r.l., établie et ayant son siège social à L-ADRESSE3.), représentée par ses gérants actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.) ;

**intervenant volontairement**, comparant par Maître Lionel SPET, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

---

## FAITS:

Les faits et rétroactes de l'affaire résultent à suffisance de droit des qualités et considérants du jugement N°1902/2012 rendu par le tribunal de ce siège en date du 30 novembre 2012 et dont le dispositif est conçu comme suit :

« le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième section, siégeant en matière commerciale, chambre du conseil, statuant contradictoirement,

**déclare** non fondée la demande de disjonction formée par les parties demanderesses PERSONNE1.) et SOCIETE1.) LLC ;

**ordonne** à la société SOCIETE1.) LLC de fournir caution et de consigner à la Caisse de consignation le montant de 15.000,- EUR ;

**dit** qu'à défaut de versement de ce montant, le jugement ne pourra intervenir à la demande de cette partie demanderesse ;

**tient** l'affaire en suspens. »

L'affaire fut appelée à l'audience du 19 décembre 2012 devant la deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, chambre du conseil, audience lors de laquelle les débats eurent lieu comme suit :

Maître Yves PRUSSEN exposa ses moyens.

Maître Nicolas THIELTGEN répliqua et exposa ses moyens.

Maître Pierre HURT répliqua et exposa ses moyens.

Maître Lionel SPET 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:**

Revu le jugement rendu par le tribunal de ce siège en date du 30 novembre 2012, ayant déclaré non fondée la demande de disjonction formée par les parties demanderesse PERSONNE1.) et SOCIETE1.) LLC (ci-après « SOCIETE1. ») et ayant ordonné à SOCIETE1.) de fournir caution et de consigner à la Caisse de consignation le montant de 15.000,- EUR.

Vu la requête présentée le 11 décembre 2012 par Maître Yves PRUSSEN sur base de l'article 258, alinéa 3 du Nouveau Code de procédure civile par laquelle il demande au tribunal de dispenser SOCIETE1.) de fournir caution pour avoir fourni un gage, sinon de réduire l'importance de la somme ou la nature de la sûreté fournie, et de statuer sur le fond de la demande.

A l'appui de sa requête, la partie demanderesse verse une déclaration de mise en gage, datée du 19 décembre 2012, par laquelle « Maître PRUSSEN, avocat, agissant en sa qualité d'associé de l'association d'avocats ELVINGER, HOSS & PRUSSEN, déclare mettre en gage en faveur de la société SOCIETE2.) S.A. (ci-après « SOCIETE2. ») les droits relatifs au compte n° (...) de l'association d'avocats ouvert auprès de la SOCIETE4.), ce gage étant concédé pour un montant maximal de 15.000,- EUR ou tout montant inférieur qui sera retenu par une décision du tribunal ». Il précise que le « gage est destiné à couvrir les frais de justice et autres frais et indemnités qui seraient dus par SOCIETE1.) dans le cadre de la procédure engagée à l'encontre de SOCIETE2.) et certains de ses administrateurs ou anciens administrateurs afin de faire nommer un commissaire spécial chargé de vérifier certains frais encourus par SOCIETE2.) et facturés par les administrateurs PERSONNE2.) et PERSONNE1.) ». Il indique par

ailleurs que « le gage est notifié à la SOCIETE4.) auprès de laquelle le compte est ouvert, conformément à l'article 2074 du Code civil ».

A l'audience du 19 décembre 2012, Maître PRUSSEN a demandé acte qu'il se portait personnellement caution pour le montant maximal en question.

En ce qui concerne la demande de réduction de la caution judiciaire, la partie demanderesse verse une « Election de domicile aux fins d'une procédure judiciaire » par laquelle SOCIETE1.) désigne l'association d'avocats ELVINGER, HOSS & PRUSSEN comme son mandataire pour recevoir les significations judiciaires et à cette fin désigne l'étude de l'association comme son domicile élu pour toute signification à faire dans ce contexte, y compris les significations par huissier de tout acte, y compris tout acte d'appel ou pourvoi devant la Cour de Cassation du Grand-Duché de Luxembourg. L'écrit en question précise que « cette désignation est faite dans le contexte des litiges contre PERSONNE2.), les autres administrateurs et les actionnaires de SOCIETE2.) ainsi que contre SOCIETE2.) ».

La partie assignée SOCIETE2.) s'oppose aux demandes au motif qu'il n'y a pas de raisons impérieuses justifiant les modifications sollicitées.

Elle conclut que la déclaration unilatérale résultant de la mise en gage fournie par Maître PRUSSEN ne saurait constituer un gage valable étant donné que le consentement des deux parties, qui seraient en l'espèce le débiteur SOCIETE1.) et le titulaire du compte en banque serait requis. De plus, s'agissant d'un gage sur un compte en banque, la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière et en particulier l'article 5 (4) de cette loi devrait trouver à s'appliquer. Il serait dès lors nécessaire qu'un contrat de gage en bonne et due forme soit conclu entre, d'une part, SOCIETE1.) ou le tiers bailleur de fonds, à savoir le titulaire du compte en banque mis en gage, et, d'autre part, SOCIETE2.), afin que l'élément crucial du contrat de gage, à savoir la dépossession, sans lequel aucun privilège n'est acquis au profit du créancier gagiste, puisse être réalisé.

En ce qui concerne la caution personnelle de l'avocat de SOCIETE1.), SOCIETE2.) estime qu'il faudrait une acceptation par son Conseil d'administration.

Pour ce qui est de la somme de la caution à fournir, SOCIETE2.) reprend les risques de frais de signification et de traduction qu'elle encourt.

Elle estime que l'élection de domicile auprès de l'étude de l'avocat de SOCIETE1.) n'est pas valable dans la présente instance en raison de son caractère vague et imprécis qui rendrait douteux son application à la présente instance.

Quant à la dispense de caution suite à la fourniture d'un gage.

L'article 258 (2) du Nouveau Code de procédure civile prévoit que le demandeur est dispensé de fournir la caution (judiciaire) s'il fournit un gage conformément à l'article 2041 du Code civil.

L'article 2041 du Code civil est rédigé comme suit : « celui qui ne peut trouver une caution, est reçu à donner à sa place un gage en nantissement suffisant. »

En raison de la difficulté d'une telle preuve négative, il est admis – la solution a le mérite de la simplicité, à défaut de conformité à la lettre du texte – que le débiteur a le choix entre la fourniture d'une caution ou d'une sûreté réelle et qu'il peut, suivant sa convenance, proposer l'une ou l'autre (voir cautionnement et garanties autonomes Philippe SIMLER, 3<sup>e</sup> édition p.80).

Or, en l'espèce, SOCIETE1.), confrontée aux difficultés judiciaires soulevées par SOCIETE2.) à propos du gage, a su trouver une caution en la personne de Maître Yves PRUSSEN qui s'est offert comme caution à l'audience. Il convient donc d'examiner si cette caution remplit les conditions requises.

#### Quant à la caution personnelle de Maître Yves PRUSSEN.

Le demandeur, condamné à fournir caution, doit présenter une personne qui s'engage à payer éventuellement la somme arbitrée par le juge. Cette caution doit remplir les conditions fixées par les articles 2018 et 2019 du Code civil (voir Dalloz, Répertoire de droit civil et commercial, édition 1955, verbo Cautio judicatum solvi, n°40).

L'article 2018 dispose que « le débiteur obligé à fournir une caution doit en présenter une qui ait la capacité de contracter, qui ait un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation, et dont le domicile soit dans le ressort de la Cour d'appel où elle doit être donnée ». L'article 2019 ajoute que « la solvabilité d'une caution ne s'estime qu'eu égard à ses propriétés foncières, excepté en matière de commerce, ou lorsque la somme est modique ».

SOCIETE2.) ne conteste pas que Maître Yves PRUSSEN remplit les conditions prévues aux articles 2018 et 2019 du Code civil.

Etant donné qu'il n'est pas requis que le bénéficiaire de la caution judiciaire l'accepte, et que les conditions quant aux qualités de la caution sont remplies, il y a donc lieu de décider que la caution personnelle de Maître Yves PRUSSEN est valable.

#### Quant au montant de la cautio judicatum solvi.

Il convient de rappeler que le but de la caution judiciaire est de prémunir le justiciable assigné en justice contre des pertes pécuniaires que pourrait lui faire subir, par un procès sans fondement, un étranger n'offrant pas de garanties dans le pays dans lequel la procédure est engagée, pour assurer le paiement des frais et des dommages et intérêts auxquels cet étranger sera condamné.

L'élection de domicile de SOCIETE1.) couvre toute signification à faire dans le cadre des litiges contre PERSONNE2.), les autres administrateurs et les actionnaires de SOCIETE2.) ainsi que contre SOCIETE2.). Elle couvre donc toute signification à faire

dans le cadre du présent litige et réduit ainsi les frais y relatifs de même qu'elle évite les frais de traduction. Le risque encouru par SOCIETE2.) se retrouve donc amoindri de sorte que la demande de réduction de la caution à 2.000,- EUR est à déclarer fondée.

#### Quant au fond du litige.

Dans la requête introductive, SOCIETE1.) expose les dépenses effectuées par PERSONNE2.) qui s'élevaient en octobre 2012 à 149.083,23 USD et à 32.497,65 EUR tandis que celles exposées par PERSONNE1.) ne se chiffraient qu'à 57.139,84 USD et 43.244,08 EUR. Elle examine ensuite le détail des frais refacturés par PERSONNE2.) pour en déduire la suspicion que ces factures prétendument exposées dans l'intérêt de la société cachent des irrégularités de gestion et peut-être même des abus de biens sociaux.

Etant donné que PERSONNE2.) aurait également commencé à poser des questions sur les frais refacturés par PERSONNE1.), il y aurait lieu de nommer un commissaire spécial aux fins de vérifier toutes les dépenses refacturées à la société par les deux administrateurs fondateurs et de donner son avis sur la compatibilité avec l'intérêt social et le principe de l'article 57 de la loi sur les sociétés commerciales des propositions d'investissement faites par les administrateurs.

PERSONNE2.) s'oppose à cette demande au motif que les conditions d'application de l'article 154 de la loi sur les sociétés commerciales ne sont pas remplies.

Le demandeur à l'action n'aurait pas rapporté la preuve qu'il a préalablement tout fait pour se renseigner auprès des dirigeants sociaux ou des commissaires aux comptes sur les opérations de gestion qu'il critique.

Il rajoute que lors de la réunion du conseil d'administration du 22 novembre 2012 un auditeur indépendant a déjà été nommé pour prendre inspection des frais professionnels engagés par les deux administrateurs fondateurs et pour vérifier si ces frais sont documentés pièces comptables à l'appui. Etant donné que PERSONNE1.) est lui-même administrateur de la société, il connaîtrait parfaitement les rouages de cette dernière, de même que les explications et justifications d'PERSONNE2.).

PERSONNE2.) conclut ensuite que les opérations visées ne sont pas suspectes. La partie demanderesse resterait en défaut de démontrer à suffisance l'existence d'une présomption d'irrégularité dans les opérations visées. Par ailleurs, l'opportunité des frais ne saurait être appréciée par un commissaire spécial.

Ce défendeur s'oppose finalement au libellé de la mission telle que formulée par les parties demanderesse étant donné qu'elle outrepassse les pouvoirs d'un commissaire spécial. Les notions de conformité à l'intérêt social, de conflit d'intérêt et de pertinence d'investissement échapperaient au pouvoir et à la compétence d'un commissaire vérificateur.

SOCIETE2.) estime également que la nomination d'un commissaire spécial est inutile au vu de la nomination par le conseil d'administration d'un auditeur indépendant. Elle formule

les mêmes objections qu'PERSONNE2.) pour ce qui est de la mission d'un commissaire spécial.

L'alinéa 1 de l'article 154 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales dispose que « le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale peut, dans des circonstances exceptionnelles, sur requête d'actionnaires ou de coopérants possédant le cinquième des intérêts sociaux, signifiée avec assignation à la société, nommer un ou plusieurs commissaires ayant pour mission de vérifier les livres et comptes de la société ».

Le texte ne précisant pas ce qu'il faut entendre par « circonstances exceptionnelles », il y a lieu d'admettre que les tribunaux doivent accueillir la demande lorsque les faits allégués sont suffisamment graves, qu'ils ne sont démentis par les éléments produits par la société, qu'ils sont vraisemblables ou qu'il existe un commencement de preuve de ces faits ( voir Ch. Resteau : Les sociétés anonymes devant les lois belges, édition 1913, T. III, no 1393, p.81 ).

Le juge a toute liberté pour apprécier les faits qui fondent la demande. Le recours au texte de la loi visée peut notamment se justifier lorsqu'il est allégué avec vraisemblance, que la comptabilité est irrégulière.

Il s'agit dès lors essentiellement d'une mesure de protection des actionnaires minoritaires qui grâce aux investigations menées pourront préparer un éventuel procès en responsabilité (voir Jacques 't KINT et Rodolphe GYSELINCK, Les sociétés anonymes, n°277 ; Cour d'appel, 25 septembre 2002, n°25 485 du rôle).

Il est encore admis que l'article 154 constitue une disposition exceptionnelle de sorte que la nomination d'un commissaire ne saura intervenir qu'après que les autres mesures d'information aient été épuisées (voir Alain Steichen, Précis de Droit des sociétés, 1<sup>ière</sup> édition, n°360 de même que la référence jurisprudentielle y citée).

Finalement, la désignation de commissaires n'est possible qu'au cas de soupçons justifiés de fraudes et de dissimulation de la situation réelle de la société, de désordres, négligences ou inobservation de prescriptions légales ou statutaires permettant de croire à des irrégularités graves (voir Ch. Resteau, traité des sociétés anonymes, 3<sup>ème</sup> éd. Tome 3, p.99).

En l'espèce, les parties demanderesses proposent une mesure qui consisterait à procéder à des investigations de nature très générale. Or, les parties demanderesses connaissent parfaitement les dépenses refacturées par les deux administrateurs fondateurs. Ce qu'elles entendent apprendre du commissaire vérificateur, c'est son avis sur la compatibilité avec l'intérêt social et les dispositions concernant le conflit d'intérêts prévu à l'article 57 de la loi sur les sociétés des dépenses refacturées en particulier par PERSONNE2.).

Or, lorsque les actionnaires demandent la nomination d'un prétendu commissaire qui se substituerait au conseil d'administration pour dresser le bilan et le compte de résultats ainsi que le compte des actionnaires et donnerait même son avis sur l'opportunité des

paiements faits et de l'emploi des fonds, il s'agirait là d'une prétention sortant des limites de l'article (voir Ch. Resteau, op. cité p.102).

La demande à voir nommer un commissaire vérificateur avec la mission telle que spécifiée dans le dispositif de l'assignation n'est dès lors pas fondée.

**Par ces motifs :**

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième section, siégeant en matière commerciale, chambre du conseil, statuant contradictoirement,

**donne acte** à SOCIETE1.) LLC de sa fourniture de caution et déclare valable la caution personnelle de Maître Yves PRUSSEN ;

**réduit** le montant de la caution à 2.000,- EUR ;

**déboute** PERSONNE1.) et SOCIETE1.) LLC de leur demande en nomination d'un commissaire spécial ;

**laisse** les frais à charge de PERSONNE1.) et SOCIETE1.) LLC.