

No rôle : 122815
Réf. No. 107/2010
du 5 février 2010
à 17h30

Audience publique extraordinaire des référés du vendredi 5 février 2010, tenue par Nous Brigitte KONZ, Vice-Présidente au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, assistée du greffier asumé Liliane WINANDY.

DANS LA CAUSE

ENTRE

le sieur **A.**), pensionné, demeurant actuellement à B-(...), (...),

élisant domicile en l'étude de Maître Stéphane HADET, avocat, demeurant à Luxembourg,

partie demanderesse comparant par Maître Guy PERROT, avocat, en remplacement de Maître Stéphane HADET, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

ET

(1) la société anonyme **SOC1.)** SA, établie et ayant son siège social au (...), à L-(...), immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B. (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, sinon par toute autre personne habilitée à la représenter en justice, ci après « **SOC1.) N°2** »,

partie défenderesse sub (1) comparant par Maître Christian POINT, avocat, demeurant à Luxembourg,

(2) la société anonyme **SOC1'.)** SA, établie et ayant son siège social au (...), à L-(...), immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B. (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, sinon par toute autre personne habilitée à la représenter en justice, ci après « **SOC1'.)** »,

partie défenderesse sub (2) défaillante,

(3) la société anonyme **SOC1'')** SA, en liquidation, ayant été établie et ayant eu son siège social au (...), à L-(...), immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son liquidateur actuellement en fonctions, sinon par son conseil d'administration actuellement en fonctions, sinon par toute autre personne habilitée à la représenter en justice, ci après « **SOC1'')** »,

partie défenderesse sub (3) ayant initialement comparu par Maître Georges WIRTZ, avocat, actuellement défaillante,

(4) le sieur Pierre SCHILL, administrateur de sociétés, demeurant professionnellement au 18A, Boulevard de la Foire à L-1258 Luxembourg, pris notamment en sa qualité d'administrateur des sociétés **SOC1.**, **SOC1''.**) et **SOC1'.**), préqualifiées, et en sa qualité de liquidateur de la société **SOC1''.**), préqualifiée,

partie défenderesse sub (4) ayant initialement comparu par Maître Georges WIRTZ, avocat, actuellement défaillante,

(5) le sieur **B.**), administrateur de sociétés, demeurant (...), CH-(...), Suisse, pris notamment en sa qualité d'administrateur des sociétés **SOC1.**, **SOC1''.**) et **SOC1'.**), préqualifiées,

partie défenderesse sub (5) comparant par Maître Max MAILLET, avocat, demeurant à Luxembourg,

(6) la dame **C.**), administrateur de sociétés, demeurant professionnellement à (...) à L-(...), prise notamment en sa qualité d'administrateur des sociétés **SOC1.**, **SOC1''.**) et **SOC1'.**), préqualifiées,

partie défenderesse sub (6) ayant initialement comparu par Maître Max MAILLET, avocat, demeurant à Luxembourg, actuellement défaillante,

(7) La DIRECTION DE CONTRÔLE FISCAL D'ÎLE-DE-FRANCE OUEST, établie et ayant son siège social au 274, Avenue Président Wilson, à F-93211 Saint Denis la Plaine CEDEX, représentée par son directeur actuellement en fonctions, sinon par Madame Denise BONEL, sinon par toute autre personne actuellement en fonctions et habilitée à la représenter en justice,

partie défenderesse sub (7) défaillante.

F A I T S :

A l'appel de la cause à l'audience publique ordinaire des référés du lundi matin 25 janvier 2010, Maître Guy PERROT donna lecture des assignations ci-avant transcrites et exposa ses moyens.

Maître Christian POINT et Maître Max MAILLET répliquèrent.

La société **SOC1'.)** S.A. ; la société **SOC1'')** S.A.; Pierre SCHILL ; **C.)** et la DIRECTION DE CONTRÔLE FISCAL D'ÎLE-DE-FRANCE OUEST ne comparurent pas à l'audience.

Le juge des référés prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique extraordinaire des référés de ce jour l'

O R D O N N A N C E

qui suit:

Par exploit d'huissier du 17 juin 2009 et des réassignations du 13 et 14 juillet 2009 **A.)** a fait donner assignation à

1. la société **SOC1.)** S.A.
 2. à la société **SOC1'.)** S.A.
 3. la société **SOC1'')** S.A.
 4. Pierre SCHILL
 5. **B.)**
 6. **C.)** et à
 7. la DIRECTION DE CONTRÔLE FISCAL D'ÎLE-DE-FRANCE OUEST
- à comparaître devant le juge des référés aux fins de voir de voir nommer un administrateur ad hoc de la société **SOC1.)** S.A. avec la mission telle que reprise au dispositif de l'assignation.

A l'audience du 25 janvier 2010 le mandataire de **A.)** demande acte qu'il demande la mise hors cause de la DIRECTION DE CONTRÔLE FISCAL D'ÎLE-DE-FRANCE OUEST.

Acte lui en est donné.

Suivant les termes de l'exploit, **A.)** base sa demande principalement sur l'article 932 du NCPC, subsidiairement sur l'article 933 du NCPC combiné dans l'un et l'autre cas avec les articles 1166, 1167 du Code civil et 141 et suivants de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

Il résulte des éléments du dossier qu'en 2004 le requérant s'est associé avec **B.)** pour réaliser par l'intermédiaire de leurs sociétés un projet d'acquisition en indivision et de reventes d'immeubles situés dans le 16^{ème} arrondissement. En date du 15 septembre 2004 ils ont fusionné par absorption de la société **SOC2.)** S.A. appartenant à **A.)** par la société **SOC3.)** S.A. appartenant au défendeur **B.)**, la nouvelle société **SOC3.)** S.A. étant détenue à parts égales par **B.)** et **A.)**. Cette société prenait la dénomination la société **SOC1.)** S.A. ci-après la société **SOC1.)** S.A. (1) en date du 29 septembre 2004. Les assignés Pierre SCHILL et **C.)** étaient administrateurs de cette société.

Le 23 septembre 2005 la société **SOC1.) S.A.** (1) a été scissionnée en trois sociétés à savoir la société **SOC1.) S.A.** (2) ; la société **SOC1'.) S.A.** et la société **SOC1''.) S.A.** dans lesquelles **A.)** et **B.)** se sont vus attribuer la moitié des parts sociales.

Les défendeurs **B.)** ; Pierre SCHILL et **C.)** avaient été désignés administrateurs des trois sociétés.

Une assemblée générale du 11 septembre 2006, à laquelle **A.)** n'aurait pas été convoqué, aurait décidé la mise en liquidation de la société **SOC1''.) S.A.** et nommé Pierre SCHILL liquidateur.

En date du 30 janvier 2008 une assemblée générale extraordinaire aurait entériné la clôture définitive de la liquidation de la société **SOC1''.) S.A.**.

Ces opérations de scission et de liquidation auraient porté préjudice à la société **SOC1.) S.A.** (2) et à **A.)**.

Par ailleurs les administrateurs de la société **SOC1.) S.A.** (2) auraient conféré à la scission de la société **SOC1.) S.A.** (1), réalisée en septembre 2005, un caractère rétroactif au 1^{er} janvier 2005, ce qui aurait privé cette société des revenus de loyer d'un immeuble sis rue Poincaré pour toute l'année 2005.

A.) reproche aux administrateurs de la société **SOC1.) S.A.** (1) ; de la société **SOC1.) S.A.** (2) de la société **SOC1'.) S.A.** et de la société **SOC1''.) S.A.** des violations graves notamment de ne pas avoir tenu la comptabilité dans les délais, d'avoir négligé de tenir les registres des actionnaires et les assemblées générales requises et dès lors d'avoir commis des violations du droit d'information des actionnaires.

Par ailleurs les administrateurs de la société **SOC1.) S.A.** (2) auraient négligé de faire valoir les créances de cette société dans la liquidation de la société **SOC1''.) S.A.**, ce qui porterait préjudice à la société **SOC1.) S.A.** (2) et à **A.)**.

A.) a mis en demeure **B.)** de l'indemniser des préjudices causés par les fautes de gestion des administrateurs. Il a de même actionné les administrateurs de la société **SOC1''.) S.A.**, dont le liquidateur Pierre SCHILL pour faire rouvrir la liquidation.

Comme chacun des deux associés détiendrait 50 % des parts, la situation serait complètement bloquée à l'heure actuelle.

L'intérêt de la société **SOC1.) S.A.** (2) d'obtenir la réouverture la liquidation de la société **SOC1''.) S.A.** se heurterait à l'intérêt personnel de ses administrateurs qui ne tiendraient pas à contribuer au passif fiscal de la société **SOC1.) S.A.** (2) et n'agiraient pas dans l'intérêt de la société.

En disposant d'un intérêt personnel et distinct de la société **SOC1.) S.A.** (2) **A.)** serait fondé à demander à solliciter la désignation d'un mandataire ad hoc de cette société.

QUANT A LA NOMINATION D'UN ADMINISTRATEUR AD HOC DE LA SOCIETE SOC1.) S.A.

A.) fait état de graves dysfonctionnements des organes de la société **SOCL.) S.A. (2)** entraînant un blocage du fonctionnement de celle-ci, il en résulterait une mise en péril de l'intérêt de la société et une violation de ses droits.

Les défendeurs contestent tous les faits invoqués à l'appui de sa demande par A.) et notamment toute faute sinon tout manquement quant à la gestion des administrateurs.

La demande est basée sur l'article 932 du même code, sinon l'article 933, alinéa 1^{er} du NCPC.

Il convient de rappeler qu'en matière de sociétés commerciales, il est de principe que le juge des référés n'a à intervenir que de façon très circonspecte dans la vie sociale tant que les organes des sociétés sont en état de fonctionner.

Ainsi, il est admis en jurisprudence luxembourgeoise que si les organes de la société sont en état de fonctionner normalement, le juge des référés ne peut intervenir par des mesures provisoires qu'en cas d'existence d'un trouble manifestement illicite ou d'un dommage imminent, hypothèses dans lesquelles l'urgence est toujours sous-entendue ou présumée, ou au cas où la partie qui demande l'intervention du juge démontre que la non-intervention de ce dernier produirait des suites irréparables (Nico Edon : « L'intervention du juge des référés dans la vie des sociétés » paru dans le Livre jubilaire de la Conférence St. Yves, p. 188).

La notion de péril grave se confond en matière de sociétés toujours avec celle de péril grave pour l'existence de la société.

Les causes d'intervention du juge peuvent ainsi être regroupées autour de deux idées : celles qui tiennent au fonctionnement défectueux des organes sociaux (telles disparition, carence ou paralysie d'un des organes de la société) et celles qui tiennent aux vicissitudes de la vie sociale.

La jurisprudence récente subordonne la désignation d'un administrateur ad hoc à une double condition : l'existence d'un fait concret susceptible de motiver une telle désignation et l'existence d'un péril grave pour la société, engendré par ce fait (Encyclopédie Dalloz, vo. Administrateur Provisoire, no 18).

Peut poursuivre en justice la nomination d'un administrateur ad hoc tout intéressé, soit les membres du conseil d'administration, les actionnaires ou associés, les créanciers de la société (Charles Lapp : « La nomination judiciaire des administrateurs de sociétés », Rev. trim. droit comm. 1952, T. V, p. 769 ss).

Il est acquis en cause que le demandeur est actionnaire de la société **SOCL.) S.A. (2)**, de sorte qu'il justifie de sa qualité et de son intérêt à voir nommer un administrateur ad hoc de la prédite société.

Concernant la condition de l'urgence, il appert des considérations faites ci-avant que cette dernière est présumée dans les hypothèses prévues par l'article 933 alinéa 1er du NCPC, soit en cas de trouble manifestement illicite ou de dommage imminent.

En l'espèce la mésentente entre les associés égalitaires est irrémédiable, force est de constater qu'actuellement il existe un dissentiment grave entre ces mêmes actionnaires empêchant la bonne gestion de l'entreprise ; en effet le dialogue direct entre les associés est rompu, il ne se

fait plus que par l'intermédiaire d'actions judiciaires qui viennent de débiter; si la mésentente entre les actionnaires ne rend pas impossible la convocation d'une assemblée générale, elle empêche cependant que des décisions dans le respect des intérêts des deux associés égaux et de la société soient prises de sorte qu'il y a péril pour l'existence même de la société.

Cet élément autorise le juge des référés de dire que la demande de **A.)** en nomination d'un administrateur ad hoc est recevable.

L'urgence et le péril pour la société **SOC1.) S.A. (2)** actuellement invoqués par le requérant à l'appui de sa demande, réside dans la transaction conclue le 28 juillet 2009 par les administrateurs de la société **SOC1.) S.A. (2)**, transaction qu'il avait soutenu dans un courrier du 30 juin 2009 à l'administration fiscale, mais à laquelle il n'avait pas participé.

Il résulte en effet de la consultation de l'avocat spécialiste en fiscalité que bien que la dette fiscale soit réclamée uniquement à l'égard de la société **SOC1.) S.A. (2)** en raison de la transaction conclue par la société **SOC1.) S.A. (2)** postérieurement à la scission de la société **SOC1.) S.A. (1)**, cette dette a son fait générateur antérieurement à la scission, ne serait pas définitive en raison du fait que les sommes dues ne seraient pas définitives et pourraient toujours être contestées, selon cet avocat.

Dans son avis il n'exclut pas que la solidarité de la société **SOC1'.) S.A.** et la société **SOC1''.) S.A.**, firmes créées à la suite de la scission, qui n'ont pas été parties à cette transaction, ne l'ont pas négocié et encore moins acceptée, puisse être négocié et jouer en raison de cette scission postérieure à la dette fiscale générée par les activités de la société **SOC1.) S.A. (1)**.

Dans son avis cet avocat expose encore que la négociation et la répartition de la dette fiscale définitive entre les 3 sociétés issues de la scission devrait se faire cependant selon la législation luxembourgeoise.

Ces faits constituent partant un urgence objective tant dans le chef du requérant que dans le chef de la société **SOC1.) S.A. (2)** et si la société **SOC1.) S.A. (2)** devrait supporter seule cette dette fiscale tel que cela résulte pour le moment de la transaction, sans avoir fait valoir toutes ses créances à l'égard de la société **SOC1''.) S.A.** cela constitue un péril pour son existence.

Il résulte par ailleurs des développements en fait qui précèdent que la situation de la société **SOC1.) S.A. (2)** est d'une part bloquée en raison de la répartition égalitaire du capital social entre **A.)** et **B.)**, les administrateurs des 3 sociétés issues de la scission et le liquidateur Pierre SCHILL de la société **SOC1''.) S.A.** peuvent être mis dans le camp de **B.)**. D'autre part si la société **SOC1.) S.A. (2)** devra faire face seule au passif fiscal sa situation risque d'en pâtir. Par ailleurs il n'a pas été contesté que la société **SOC1.) S.A. (2)** n'a pas fait valoir tous ces droits dans la liquidation de la société **SOC1''.) S.A.**

A.) n'a pas réussi, selon le procès-verbal versé du 7 mai 2009, à se faire nommer administrateur et était absent à l'assemblée du 24 juin 2009 et n'avait pu faire valoir ses droits, peu importe d'ailleurs si la convocation était régulière ou non.

Les autres irrégularités soulevées par **A.)** ont été partiellement contredites par les pièces versées sinon n'ont pas été confirmées.

Il y a lieu d'ajouter que le pacte d'actionnaires a une valeur purement contractuelle liant les parties et n'est pas opposable à la société en tant que personne morale, de sorte que l'inobservation d'une disposition du pacte est susceptible de donner lieu à des dommages-intérêts à l'associé cocontractant lésé, mais ne justifie en aucun cas la nomination d'un administrateur ad hoc de la société.

La société **SOC1.) S.A. (2)** a donc pour tous ces motifs le cas échéant intérêt à voir rouvrir la liquidation de la société **SOC1'')** S.A.

La preuve du péril de l'intérêt de la société et de l'intérêt du requérant est dès lors établi.

Compte tenu de l'urgence particulière à ce que les droits de la société **SOC1.) S.A. (2)** soient sauvegardés, il y a lieu partant de nommer avant tout autre progrès en cause un administrateur ad hoc avec la mission précise et limitée telle que précisée ci-après.

Si le juge saisi d'une demande en nomination d'un administrateur ad hoc est autorisé à compléter ou préciser la mission qui ne remplit pas le caractère de pertinence requis il n'est pas habilité à formuler la mission en entier en lieu et place du demandeur, de combler la carence de la partie demanderesse à cet égard.

Il résulte de l'exposé des faits précités que la société **SOC1'')** S.A. a été mise en liquidation par décision unanime des actionnaires.

Ni les anciens dirigeants sociaux, ni les associés de la société dissoute ne pourront agir pour la société dissoute. Le liquidateur est l'organe de la société car il est l'organe de gestion de celle-ci à partir de la date de mise en liquidation de la société. De ce fait le liquidateur agit certes également dans l'intérêt des créanciers sociaux, puisqu'il a pour mission de rembourser les dettes au moyen de l'actif social, il ne représente pas pour autant les tiers. Il ne peut pas non plus faire valoir de droits propres à ces derniers. (cf Alain STEICHEN, Précis de Droit des Sociétés, no 499, p. 453, édition 2006).

Il appartient donc à l'administrateur ad hoc d'évaluer avant tout progrès en cause l'opportunité et les conditions légales à demander la réouverture de la liquidation de la société **SOC1'')** S.A. aux fins voulues, de sorte qu'il y a lieu de compléter la mission en ce sens.

La société **SOC1'')** S.A. et Pierre SCHILL initialement représentés par Maître Georges WIRTZ ne s'étant pas présentés à l'audience, il y a lieu de statuer par défaut à leur égard en application de l'article 79 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure Civile avec effet contradictoire.

C.) initialement représentée par Maître Max MAILLET ne s'étant pas présentée à l'audience, il y a lieu de statuer par défaut à son égard en application de l'article 79 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure Civile avec effet contradictoire.

La société **SOC1'.) S.A.** bien que régulièrement assignée à domicile, ne s'étant pas présentée à l'audience, il y a lieu de statuer par défaut à son égard en application de l'article 79 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure Civile.

La DIRECTION DE CONTRÔLE FISCAL D'ÎLE-DE-FRANCE OUEST ne s'étant pas présentée à l'audience, il y a lieu de statuer par défaut à son égard en application de l'article 79 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure Civile.

PAR CES MOTIFS:

Nous Brigitte KONZ, Vice-Présidente au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, statuant par défaut à l'égard de La DIRECTION DE CONTRÔLE FISCAL D'ÎLE-DE-FRANCE OUEST et la société **SOC1'.**) S.A. contradictoirement à l'égard des autres parties ;

recevons la demande en la pure forme ;

donnons acte à **A.)** qu'il demande la mise hors cause de la DIRECTION DE CONTRÔLE FISCAL D'ÎLE-DE-FRANCE OUEST ;

Nous déclarons compétente pour connaître de la demande en nomination d'un administrateur ad hoc ;

la déclarons recevable ;

au principal renvoyons les parties à se pourvoir devant qui de droit mais dès à présent et par provision ;

vu l'urgence ;

nommons Maître **Jean-Pierre WINANDY, demeurant à L-2540 Luxembourg, 18-20, rue Edward Steichen,** administrateur ad hoc de la société anonyme de droit luxembourgeois la société **SOC1.)** S.A. avec siège à L-1114 Luxembourg, 3, rue Ademes,

avec la mission :

1. d'évaluer avant tout progrès en cause l'opportunité et les conditions légales dans l'intérêt de la société **SOC1.)** S.A. à demander la réouverture de la liquidation de la société **SOC1'')** S.A. aux fins voulues,
2. de demander au Tribunal, par le même exploit d'assignation, la nomination d'un ou plusieurs liquidateurs en remplacement de Monsieur Pierre SCHILL désigné comme liquidateur par l'assemblée générale des actionnaires,
3. d'assigner, par le même exploit, l'administration fiscale française DIRECTION DE CONTROLE FISCAL ILE-DE-FRANCE OUEST et de la société **SOC1'.)** préqualifiées, aux fin le leur voir déclarer commun le jugement à intervenir,
4. de représenter la société **SOC1.)** S.A. durant toute cette procédure et d'en assurer le suivi régulier jusqu'à l'obtention d'une décision définitive, sauf décision unanime contraire de l'assemblée générale des actionnaires,
5. de référer régulièrement aux associés la société **SOC1.)** SA préqualifiée de l'avancement de la procédure,

disons que la mission de l'administrateur ad hoc est limitée dans le temps et plus précisément à 6 mois, sauf accomplissement plus rapide de sa mission ou disparition des difficultés qui ont motivé la nomination de l'administrateur ;

disons que les frais et honoraires pro-mérités par l'administrateur ad hoc sont à prélever sur l'actif de la société la société **SOC1.)** S.A., sinon à avancer par le demandeur ;

mettons les frais à charge de la société **SOC1.)** S.A. ;

ordonnons l'exécution provisoire de la présente ordonnance nonobstant appel ou opposition et sans caution.