

No. rôle: 145503
Réf. no. 570/2012
du 23 juillet 2012

Audience publique extraordinaire de vacation des référés du mardi, 23 juillet 2012, tenue par Nous Frédéric MERSCH, Vice-Président 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, assisté du greffier assumé Sanela THOMMES.

DANS LA CAUSE

E N T R E

A.), retraité, demeurant à MC-(...), (...),

élisant domicile en l'étude de Maître Michel SCHWARTZ, avocat, demeurant à Luxembourg,

partie demanderesse comparant par *Maître Michel SCHWARTZ, avocat, demeurant à Luxembourg,*

E T

1. la société à responsabilité limitée ARMOISE FINANCE S.à.r.l., établie et ayant son siège social à L-1528 Luxembourg, 11-13, boulevard de la Foire, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 123 190, représentée par ses gérants actuellement en fonctions,
2. la société anonyme WISLEY S.A., établie et ayant son siège social à L-1528 Luxembourg, 11-13, boulevard de la Foire, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 57 649, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,
3. **B.),** dirigeant de sociétés, demeurant professionnellement à L-(...), (...),
4. **C.),** dirigeant de société, demeurant professionnellement à L-(...), (...),

parties défenderesses sub 1), sub 2), sub 3) et sub 4) comparant par *Maître Olivier LESAGE, avocat, en remplacement de Maître Christel DUMONT, avocat, les deux demeurant à Luxembourg.*

F A I T S :

A l'appel de la cause à l'audience publique ordinaire des référés du lundi matin, 2 juillet 2012, Maître Michel SCHWARTZ donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite et exposa les moyens de sa partie;

Maître Olivier LESAGE fut entendu en ses explications;

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

O R D O N N A N C E

qui suit:

Par exploit d'huissier du 9 mai 2012 **A.)** a fait assigner les sociétés ARMOISE FINANCE S.à.r.l. (ci-après Armoise) et WISLEY S.A. ainsi que **B.)** et **C.)** à comparaître devant le juge des référés pour voir statuer conformément au dispositif de l'assignation ci-avant transcrite.

A.) fait exposer qu'il a acquis, dans le sud de la France, une maison d'habitation actuellement détenue par l'intermédiaire de la société de droit luxembourgeois ARMOISE FINANCE S.à.r.l. ;

que le prix d'acquisition de l'immeuble, y compris les accessoires tels que les frais d'enregistrement et les frais de notaire, mais aussi les taxes foncières liées à la détention de cet immeuble ont été payées sur deniers personnels de la partie requérante ;

que cet immeuble est renseigné dans les bilans de la société ARMOISE FINANCE S.à.r.l. relatifs aux exercices 2007 et 2008 (dans la rubrique « *actif immobilisé* ») ainsi que dans l'annexe aux comptes annuels relatifs aux exercices 2007 et 2008 ;

que la société ARMOISE FINANCE S.à.r.l. est en fait une structure sociétale dont la société de services fiduciaires AMICORP Luxembourg S.A. permet à ses clients, souvent de résidence étrangère, l'acquisition « *clé en main* », la société AMICORP Luxembourg S.A. étant rémunérée grâce à divers services annexes fournis aux clients tels que la domiciliation de la société, la fourniture de services administratifs, la mise à disposition de gérants pour la société ;

qu'à l'origine, la société ARMOISE FINANCE S.à.r.l. avait été constituée en date du 20 décembre 2006 par devant le notaire Paul Bettingen, par un actionnaire unique dénommé Parlay Finance Company S.A., qui détenait les 500 parts sociales représentatives du capital de la société ARMOISE FINANCE S.à.r.l. ;

qu'en 2007, lorsque **A.)** était entré en contact avec la société AMICORPLuxembourg S.A., il lui a été proposé de racheter l'intégralité des 500 parts sociales détenues par la société Parlay Finance Company S.A. dans le capital de la société ARMOISE FINANCE S.à.r.l. ;

que la société AMICORP Luxembourg S.A. avait, de surcroît, suggéré à **A.)** de faire l'acquisition de ces parts sociales, non pas directement, mais l'intermédiaire d'une autre société gravitant autour d'AMICORP Luxembourg S.A., cette société étant dénommée WISLEY S.A. ;

que c'est donc la société WISLEY S.A. qui a, en fait, acquis, pour compte de A.), les 500 parts sociales représentatives du capital de la société ARMOISE FINANCE S.à.r.l., cette opération ayant été approuvée, pour la bonne forme, par décision de l'associé unique du 31 août 2007 ;

que le prix d'acquisition des parts sociales de la société ARMOISE FINANCE S.à.r.l. par la société WISLEY S.A. – soit la somme de 12.500.-EUR – a cependant été payé sur deniers personnels de A.) qui en date du 31 août 2007 a conclu une convention intitulée « *Nominee Agreement* » avec la société WISLEY S.A. ayant principalement pour objet de définir la mission confiée à celle-ci ;

qu'ainsi l'article 1^{er} de la convention prévoit que :

« The Nominee will hold the Shares for the account, and on behalf, of the Beneficiary. The Nominee will deal with the Shares in accordance with the instructions of the Beneficiary and shall not transfer or encumber its title to the Shares otherwise than at the directions of the Beneficiary or in accordance with the provisions of this Agreement »;

que A.) est donc le seul bénéficiaire économique de la société ARMOISE FINANCE S.à.r.l. puisqu'il détient, par l'intermédiaire de la société WISLEY S.A., 100 % du capital social de la société ARMOISE FINANCE S.à.r.l. ;

qu'aux termes de cette même convention, la société WISLEY S.A. devait en principe exercer le droit de vote attaché aux parts sociales détenues dans le capital de la société ARMOISE FINANCE S.à.r.l., ceci en respectant strictement les instructions de vote de la partie requérante ;

qu'à cet égard l'article 2 de la convention prévoit que :

« The Nominee will act in connection with exercise of any and all rights attaching to the Shares, including the voting rights, in accordance with the prior written instructions of the Beneficiary, Provided however that the Nominee shall have received clear instructions in good time. In the absence of timely or clear instructions, the Nominee will have the right to exercise all rights in connection with the Shares in such manner as it deems to be in the best interest of the Beneficiary »;

que par ailleurs la société WISLEY S.A. devait percevoir, en contrepartie de l'exercice de la mission qui lui avait été confiée, une rémunération d'un montant annuel de 550.-EUR hors TVA ;

que après l'acquisition des parts sociales représentatives du capital de la société ARMOISE FINANCE S.à.r.l., suivant le montage qui vient d'être exposé, A.) a en date du 20.09.2007 été nommé gérant de la société ARMOISE FINANCE S.à.r.l. par décision de l'associé unique WISLEY S.A. ;

que A.) devenait ainsi le deuxième gérant de la société, à côté du gérant déjà installé à l'époque, à savoir la société ProServices Management S.à.r.l. ;

que chacun des deux gérants disposait statutairement d'un pouvoir individuel de signature pour engager la société ;

que sur décision de l'associé unique WISLEY S.A. du 27 novembre 2008, la direction de la société ARMOISE FINANCE S.à.r.l. connut un nouveau changement, puisque la société Proservices Management S.à.r.l. fut remplacée, dans sa fonction de gérant, par deux autres gérants, à savoir **B.)** et **C.)** (qui travaillent tous deux pour compte de la société AMICORP Luxembourg S.A., Monsieur **B.)** étant même l'administrateur-délégué de celle-ci) ;

que cette décision cependant a été prise en assemblée générale sans qu'aucune instruction en ce sens n'ait été donnée par **A.)** à la société WISLEY S.A. ;

que suivant une nouvelle décision prise par l'associé unique WISLEY S.A. en date du 4 juin 2010, **A.)** a été purement et simplement révoquée de sa fonction de gérant,

et ce encore une fois, sans que cette dernière n'ait reçu aucune instruction de la part de **A.)** en ce sens, et donc en contravention flagrante avec la convention intitulée « *Nominee Agreement* » aux termes de laquelle la société WISLEY S.A. s'était expressément engagée à n'exercer les droits extrapatrimoniaux attachés aux parts sociales de la société ARMOISE FINANCE S.à.r.l. que sur base des instructions qui lui seraient données par **A.)** ;

que celui-ci, qui n'est donc plus représentée dans l'organe de gestion de la société ARMOISE FINANCE S.à.r.l., et qui ne peut plus avoir la moindre confiance en l'actionnaire unique WISLEY S.A., qui devrait en principe voter selon ses instructions et dans son intérêt ainsi que celui de la société ARMOISE FINANCE S.à.r.l., mais qui, dans les faits, vote en assemblées générales, sans instructions de Monsieur **A.)** et en contravention avec les intérêts de ce dernier, se voit ainsi indirectement privé de la possibilité de contrôler et gérer convenablement la société ARMOISE FINANCE S.à.r.l. ainsi que l'immeuble détenu en France par cette société ;

que par ailleurs, la société ARMOISE FINANCE S.à.r.l. se retrouve aujourd'hui confrontée à des demandes de paiement d'impôts, de pénalités et d'amendes de la part des autorités fiscales françaises en raison de l'incurie des dirigeants actuels de la société ARMOISE FINANCE S.à.r.l. qui n'ont pas pris les dispositions appropriées pour éviter d'en arriver à cette situation ;

que de plus les comptes annuels relatifs aux services 2009, 2010, 2011 n'ont pas été établis ni approuvés ou publiés ce qui expose la société au risque d'une liquidation judiciaire.

Compte tenu des circonstances prédécrites **A.)** demande, sur base des articles 932, 933, sinon 350 du NCPC à voir nommer un administrateur provisoire de la société Armoise avec la mission suivante :

- administrer et gérer la société avec les pouvoirs les plus étendus conformément aux statuts de celle-ci, aux dispositions légales et réglementaires et aux usages du commerce ;
- faire dresser les comptes annuels relatifs aux exercices 2009 à 2011, et convoquer une assemblée générale ordinaire ayant pour objet l'approbation de ces comptes annuels, et de procéder à leur publication

- convoquer une assemblée générale qui devra se prononcer sur la révocation des gérants actuels et la nomination d'un nouveau gérant ;
- rendre compte, dans le mois de sa nomination, de l'état de la société et des perspectives d'évolution de sa situation et en tout état de cause établir un compte rendu à la fin de sa mission.

Faisant encore valoir que nonobstant demande formelle de sa part en date du 24 novembre 2011 tendant à se voir transférer les 500 parts sociales de la société Armoise en vue de reprendre le contrôle direct de celle-ci, la société WISLEY s'y refuserait sous de vains prétextes et soutenant qu'il devrait retrouver la libre disposition de l'immeuble situé en France alors que son intérêt et celui de la société Armoise commanderait qu'il soit pris des mesures, « type vente du bien immobilier », compte tenu de la baisse du marché de l'immobilier et de l'évolution prochaine de l'environnement fiscal en droit interne français et/ou de l'environnement fiscal international dans les rapports entre la France et le Luxembourg, A.) demande à voir prononcer la mise sous séquestre des parts sociales détenues par la société WISLEY dans le capital de la société Armoise et à voir dire que le séquestre nommé judiciairement pourra exercer les droit de vote attachés à ces parts sociales dans les conditions prévues par les articles 1 et 2 de la convention intitulée « Nominee Agreement signée » le 31 août 2007.

Par requête déposée à l'audience la société AMICORP a déclaré intervenir volontairement au litige pendant entre les parties préqualifiées à son profit ; cette requête est à déclarer régulière en la pure forme et partant recevable à ce titre.

Demande en nomination d'un administrateur provisoire

Les parties défenderesses au principal et la partie sur intervention volontaire s'opposent à cette demande au motif que les conditions pour la nomination d'un administrateur provisoire ne seraient pas données en l'espèce.

Concernant les revendications de l'administration française à l'encontre de la société Armoise les prédites parties contestent que celles-ci soient imputables à un quelconque manque de diligence ou à une quelconque faute ou négligence de la part des organes dirigeants de la société en question

En particulier, elles font valoir qu'en vertu du droit français et notamment de l'article 990 du code général des impôts une société étrangère détenant un immeuble située sur le territoire français - comme c'est le cas pour la société armoise est obligée de produire une déclaration dite « taxe de 3 % »;

que cette taxe de 3 % n'est cependant pas due si l'identité du ou des propriétaires ultimes de l'immeuble au 1^{er} janvier de chaque année est communiquée à l'administration fiscale ;

que l'administration fiscale française se sert alors des informations obtenues par le biais de la déclaration précitée afin de croiser ces données avec les déclarations d'impôt de solidarité de fortune établies dans le chef du propriétaire ultime ;

qu'en l'occurrence l'administration fiscale a le 4 août 2009, soumis à la société WISLEY une demande de renseignements et une mise en demeure de produire les déclarations en question pour les années 2008 et 2009 ;

qu'étant donné qu'en raison de sa qualité d'actionnaire fiduciaire il n'appartenait pas à la société WISLEY, détenant l'intégralité des parts sociales de la société Armoise au nom et pour le compte de **A.)** et n'étant partant pas le propriétaire effectif et ultime de l'immeuble en question, de remplir de telles déclarations la société AMICORP a demandé à **A.)** de prendre position ;

qu'il s'est cependant par la suite révélé que **A.)**, ayant manifesté son intention de régler lui-même directement la situation avec le fisc français, avait déjà le 5 mai 2009 rempli une déclaration de taxe de 3 % en y mentionnant la société WISLEY et le sieur **B.)** comme étant les seuls actionnaires, associés ou autre membre de la société Armoise ;

qu'au regard de la teneur foncièrement inexacte de cette déclaration et dans la mesure où la société WISLEY, en sa qualité d'associé unique de la société Armoise, ne pouvait cautionner la production par l'un de ses gérants, en l'espèce **A.)**, d'une déclaration fiscale inexacte et trompeuse, celle-ci, a, le 4 juin 2010 décidé de révoquer **A.)** en tant que co-gérant de ladite société, ceci également afin d'éviter toute autre manœuvre éventuelle de celui-ci, consistant notamment dans la vente de l'immeuble situé en France ;

que, par ailleurs, les parties défenderesses WISLEY, **B.)** et **C.)**, ne pouvant, en raison de leur obligation de confidentialité énoncée dans le nommé agreement du 31 août 2007, rectifier elles-mêmes les informations transmises aux autorités françaises, ont exigé de **A.)** qu'il procède à l'établissement d'une déclaration rectificative :

que **A.)** ayant apparemment omis de ce faire, le fisc français a adressé à la société WISLEY un avis de recouvrement concernant les années 2008 et 2009 pour un montant de 40.227.- euros ;

qu'ainsi la société WISLEY fut contrainte d'entrer en contact avec les autorités françaises par l'intermédiaire de son conseil en France, afin de clarifier, sur une base anonyme, la structure mise en place, tout en précisant qu'elle détenait les parts sociales de la société Armoise pour le compte de tiers et qu'elle n'était partant pas le bénéficiaire effectif des participations et biens de ladite société ;

qu'en date du 22 juin 2010 l'administration française, après avoir approuvé la position de la société WISLEY, a, émis un avis de dégrèvement à son profit au sujet du montant de 40.227.- euros susmentionné ;

que par la suite et dans la mesure où **A.)** est resté en défaut d'informer le fisc français du fait qu'il était l'ultime et véritable bénéficiaire économique de l'immeuble en question, les autorités françaises ont fini par adresser des avis de mise en recouvrement à la société Armoise au sujet de

la taxe de 3 % pour les années 2008 2009, 2010, suivis par des commandements de payer à son encontre en date du 15 décembre 2011 ;

qu'il est dès lors évident que les revendications fiscales en question sont exclusivement dues au refus de A.) de révéler son identité auprès de l'administration française ainsi que sa qualité de bénéficiaire économique de l'immeuble situé en France et non pas à une faute de gestion ou une quelconque négligence dans le chef des parties défenderesses.

En ce qui concerne les comptes annuels relatifs aux exercices 2009 à 2011 les parties défenderesses soutiennent que le retard pris dans la publication de ceux-ci est imputable à A.), qui malgré itératifs rappels lui adressés a omis de fournir les pièces comptables en sa possession et nécessaires à l'établissement desdits comptes.

La société AMICORP s'oppose encore à la demande en nomination d'un administrateur provisoire de la société Armoise en se prévalant de son droit de rétention sur les « documents en sa possession » et résultant du non paiement des factures émises par elle en application du contrat de service fiduciaire conclu entre parties.

Les parties défenderesses au principal, pour leur part, se réfèrent à l'article 10 in fine du nomméee agreement conclu entre A.) et la société WISLEY duquel il résulte que le transfert des parts sociales détenues par le nomméee au profit du "beneficiary" est subordonné au paiement de toutes les factures, frais, coûts et dépenses dus à la société WISLEY à la date de cessation de la convention.

Quant au droit de rétention invoqué par la société AMICORP et le moyen des parties défenderesses au principal tiré de l'article 10 in fine du nomméee agreement

Si la société AMICORP peut, le cas échéant et sous certaines conditions, opposer à la société Armoise un droit de rétention tel que précisé ci-avant et partant également à un administrateur provisoire de celle-ci, ledit droit ne saurait cependant constituer a priori et en soi un obstacle ou une fin de non-recevoir à la demande en nomination d'un administrateur provisoire de A.) ; le moyen soulevé est dès lors à rejeter comme non fondé ; il en va de même en ce qui concerne l'argumentation des parties défenderesses au principal tirée de l'article 10 in fine précité dans la mesure où le non paiement éventuel de factures émises par la société WISLEY a pour seul effet de suspendre le transfert des parts sociales au profit du « beneficiary » mais n'a aucune incidence sur le fonctionnement même ou la gestion de la société Armoise.

Quant aux revendications du fisc français et de l'éviction de A.) de son poste de gérant

Au vu des éléments du dossier et en particulier des explications circonstanciées, pièces à l'appui, fournies par les parties défenderesses le soutènement de A.) consistant à imputer les revendications fiscales en question à l'incurie des dirigeants de la société Armoise est pour le moins sérieusement contestable.

Force est, toutefois, de constater que A.) fut, le 4 juin 2010, révoqué par la société WISLEY de son poste de co-gérant de la société Armoise et ce en l'absence de toute instruction en ce sens de sa part ; que , par ailleurs, les parties défenderesses restent en défaut de justifier le prétendu caractère inéluctable et indispensable de cette révocation au regard des dispositions légales française ou luxembourgeoises, tant au moment de sa survenance _ soit une année après la déclaration de taxe erronée ou fausse effectuée par A.) en date du 5 mai 2009, qu'à l'heure actuelle où en toute hypothèse, l'administration fiscale française a renoncé à toute revendication directe vis-à-vis de la société WISLEY en sa qualité d'associé fiduciaire de la société Armoise.

Il s'ensuit que A.) se trouve actuellement écarté de la gestion de la société Armoise et ce en vertu d'une décision prise par l'associé fiduciaire en dehors de toute instruction telle que requise par les articles 1 et 2 précités du nommée agreement conclu entre parties.

Etant donné que cette situation créée sinon maintenue de manière irrégulière par les parties défenderesses constitue un trouble manifestement illicite au sens de l'article 933 alinéa 1^{er} du NCPC il y a lieu de déclarer la demande en nomination d'un administrateur provisoire fondée en principe.

Quant à la durée de la mission de l'administrateur provisoire,

Il est constant que par exploit du 4 mai 2012 A.) a fait assigner les sociétés WISLEY et Armoise devant les juges du fond pour se voir transférer l'ensemble des parts sociales de la société Armoise actuellement détenues par l'associé fiduciaire WISLEY et ce afin de pouvoir reprendre le contrôle direct de ladite société.

Dans ces conditions il y a lieu de dire que l'administrateur à nommer devra exercer son mandat jusqu'à ce qu'une décision définitive au fond soit intervenue quant au prédit transfert de parts sociales

Quant à la mission à confier à l'administrateur provisoire

Il y a lieu de charger l'administrateur provisoire avec la mission de gérer et administrer la société Armoise sous sa responsabilité, avec les pouvoirs les plus étendus conformément aux statuts, aux dispositions légales et réglementaires et aux usages du commerce.

Etant donné qu'il importe à ce que les comptes annuels pour les exercices 2009, 2010, et 2011 soient établis et publiés dans les meilleurs délais et conformément aux prescriptions légales, l'administrateur devra également dresser lesdits comptes, convoquer une assemblée générale ayant pour objet leur approbation et procéder à la publication desdits comptes. ; Il aura également pour mission de rendre compte, dans les deux mois de sa nomination, de l'état de la société et des perspectives d'évolution de sa situation et d'établir un compte rendu à la fin de sa mission.

Contrairement aux conclusions de A.) il y a lieu d'exclure de la mission à confier à l'administrateur provisoire le point consistant à convoquer une assemblée générale en vue de la révocation des gérants actuels et de la nomination d'un nouveau gérant, alors que celui-ci porte préjudice au fond et dépasse le cadre des mesures provisoires à prendre, le cas échéant, par le juge des référés.

Demande tendant à voir nommer un séquestre

S'il existe à l'heure actuelle un litige entre parties quant à la propriété des parts sociales de la société Armoise dans la mesure où les parties défenderesses s'opposent au transfert de celles-ci au profit du bénéficiaire économique, force est cependant de constater qu'il n'existe en l'espèce aucune urgence ou utilité à la mise sous séquestre desdites parts sociales à défaut de toute preuve ou indice quant au risque de leur cession par la société WISLEY à une tierce personne ; par ailleurs et en toute hypothèse il ne saurait être question de conférer à un éventuel séquestre l'exercice du droit de vote attaché auxdites parts dans les conditions prévues par les articles 1 et 2 du nommée agreement alors qu'une telle mesure tend à l'exécution pure et simple d'une convention et dépasse partant le cadre des mesures à caractère provisoire et conservatoire que le juge des référés est le cas échéant habilité à ordonner.

Il s'ensuit que la demande en nomination d'un séquestre est à rejeter comme non fondée.

Demande de la société AMICORP tendant à voir condamner A.) à lui payer le montant de 66.695,35.- euros du chef de services fiduciaires rendus sur base d'une convention passée entre parties

Conformément aux conclusions de A.) cette demande est d'emblée à déclarer irrecevable pour n'avoir pas un lien de connexité suffisant avec le litige principal.

Au vu des éléments du dossier il y a lieu de faire droit à la demande de A.) introduite sur base de l'article 240 du NCPC à hauteur de 750.- euros.

PAR CES MOTIFS

Nous Frédéric MERSCH, Vice-Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg en remplacement du Président, siégeant comme juge des référés, statuant contradictoirement;

donnons acte à la société AMICORP de sa requête en intervention volontaire ; déclarons celle-ci recevable en la pure forme

déclarons la demande en nomination d'un administrateur provisoire de la société ARMOISE FINANCE S.à.r.l. recevable et fondée en principe ;

partant nommons **Maître Arsène Kronshagen administrateur provisoire** de ladite société avec la mission suivante. :

- gérer et administrer la société ARMOISE FINANCE, sous sa responsabilité, avec les pouvoirs les plus étendus conformément aux statuts, aux dispositions légales et réglementaires et aux usages du commerce en vigueur
- faire dresser les comptes annuels relatifs aux exercices 2009, 2010 et 2011, convoquer une assemblée générale ayant pour objet l'approbation de ces comptes et procéder à leur publication
- rendre compte dans les deux mois de sa nomination de l'état de la société et des perspectives d'évolution de sa situation et établir un compte rendu à la fin de sa mission

disons que l'administrateur provisoire pourra se faire assister par toute personne compétente de son choix ;

disons que l'administrateur provisoire devra exercer son mandat judiciaire jusqu'à ce qu'une décision définitive au fond soit intervenue quant au transfert des parts sociales de la société ARMOISE FINANCE ;

disons que les frais et honoraires de l'administrateur provisoire sont à régler par la société ARMOISE et à prélever sur les actifs de celle-ci ;

déclarons la demande en nomination d'un séquestre recevable mais non fondée ; partant en déboutons ;

déclarons la demande de la société AMICORP tendant à voir condamner A.) au paiement du montant de 66.695,35.- euros irrecevable ;

condamnons les parties défenderesses WISLEY S.A., B.) et C.) in solidum à payer à A.) une indemnité de procédure de 750.-EUR ;

condamnons les prédites parties défenderesses aux frais de l'instance

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