

No. Rôle: 165756
Réf. No. 26/2015
du 23 janvier 2015

Audience publique extraordinaire des référés du vendredi, 23 janvier 2015, tenue par Nous, Fabienne GEHLEN, Premier Juge 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 assumé Pit SCHROEDER.

DANS LA CAUSE

E N T R E

la société anonyme XENIUM S.A., établie et ayant son siège social à L-2530 Luxembourg, 5, rue Henri Schnadt, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B.138630, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction ;

élisant domicile en l'étude de Maître James JUNKER, avocat, demeurant à Luxembourg ;

parties demandereses *comparant par Maître James JUNKER, avocat, demeurant à Luxembourg ;*

E T

1. la société anonyme ASFERIS S.A., établie et ayant son siège social à L-1653 Luxembourg, 2, avenue Charles de Gaulle, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B.103835, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction ;
2. A.), demeurant à L-(...) ;
3. B.), demeurant à L-(...) ;
4. C.), demeurant à L-(...) ;
5. D.), demeurant à L-(...) ;
6. E.), demeurant à L-(...) ;
7. la société anonyme AUDIEX S.A., établie et ayant son siège social à L-1911 Luxembourg, 9, rue du Laboratoire ;

parties défenderesses sub1), sub2), sub5), sub6) *comparant par Maître Nadine CAMBONIE, avocat, demeurant à Luxembourg ;*

parties défenderesses sub3), sub4), sub7) *défaillantes.*

F A I T S :

A l'appel de la cause à l'audience publique ordinaire des référés du lundi matin, 12 janvier 2015, Maître James JUNKER donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite et exposa ses moyens.

Maître Nadine CAMBONIE fut entendue en ses explications.

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 de l'huissier de justice du 12 novembre 2014, société anonyme XENIUM S.A. a fait comparaître la société anonyme ASFERIS S.A., **A.), B.), C.), D.), E.)** et la société anonyme AUDIEX S.A. devant le président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme juge des référés, pour voir ordonner la suspension des effets de l'assemblée générale de la société anonyme ASFERIS S.A. du 11 juillet 2014 et la suspension des effets des décisions prises dans la suite de l'assemblée générale du 11 juillet 2014 du conseil d'administration du 20 août 2014 jusqu'à ce qu'une décision judiciaire ayant force de chose jugée soit intervenue quant au fond, pour voir nommer un administrateur provisoire avec la mission de gérer la société anonyme ASFERIS S.A. jusqu'à ce que la juridiction du fond se soit définitivement prononcée sur la validité de l'assemblée générale de la société anonyme ASFERIS S.A. du 11 juillet 2014 et du conseil d'administration du 20 août 2014. Elle demande de voir déclarer commune l'ordonnance à intervenir aux assignés sub 2) à 7). Elle réclame encore l'allocation d'une indemnité de procédure de 3.000.-euros en application de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Par exploit d'huissier de justice du 4 décembre 2014, société anonyme XENIUM S.A. a fait donner réassignation à **B.), C.)** et à la société anonyme AUDIEX S.A. aux mêmes fins.

A l'appui de sa demande la requérante expose qu'elle est ensemble avec **A.), C.),** et **B.)** actionnaire de la société anonyme ASFERIS S.A., dont **F.), G.)** et **H.)** sont les administrateurs suivant résolution de l'assemblée générale extraordinaire du 15 septembre 2010, que suivant une résolution d'assemblée générale extraordinaire du 11 juillet 2014, tenue en violation de l'article 70 de la loi sur les sociétés commerciales et déposée au registre de commerce et des sociétés en date du 13 août 2014 la démission des administrateurs précités a été acceptée de manière irrégulière, tout comme celle du commissaire au compte LUX-AUDIT SA, et qu'en leur remplacement ont été nommés **A.), D.)** et **E.)** et la société anonyme AUDIEX S.A..

La requérante explique que l'assemblée générale du 11 juillet 2014 n'aurait pas été convoquée en application de l'article 70 alinéa 2 de la loi modifiée du 10 août 1915 alors qu'elle ne peut être convoquée que par le conseil d'administration ou le commissaire au compte ce qui n'a pas été le cas en l'espèce.

Elle conteste toute démission dans le chef des anciens administrateurs de la société anonyme ASFERIS S.A. et du commissaire aux comptes à la date du 11 juillet 2014 ou auparavant.

Au vu de la tenue d'une assemblée générale irrégulièrement convoquée et en violation des dispositions de la loi sur les sociétés commerciales, il y aurait lieu de suspendre, en attendant une décision à intervenir au fond, les effets de cette assemblée tenue le 11 juillet 2014 et des décisions prises par la suite lors du conseil d'administration de la société anonyme ASFERIS S.A. du 20 août 2014 portant transfert de siège social et nomination de A.) comme nouveau président du conseil d'administration de la société anonyme ASFERIS S.A.

La demande est basée à titre principal sur l'article 933 alinéa 1 du nouveau code de procédure civile et à titre subsidiaire sur l'article 932 alinéa 1 de ce code.

Il n'est pas contesté en cause qu'B.) et C.) ont cédé leurs actions de la société anonyme ASFERIS S.A. à A.) en date des 27 mai 2014 et 21 octobre 2014, de sorte que ce dernier est actuellement actionnaire majoritaire de la société anonyme ASFERIS S.A. Au moment de l'assemblée générale du 11 juillet 2014 A.) détenait 600 actions des 1000 actions de la société anonyme ASFERIS S.A.

La société anonyme ASFERIS S.A., A.), D.) et E.) concluent à l'irrecevabilité de la demande pour défaut de qualité et d'intérêt à agir de la société anonyme XENIUM S.A. A titre subsidiaire ils concluent à l'irrecevabilité de la demande au motif que les conditions fixées par l'article 933 alinéa 1 du nouveau code de procédure civile ne sont pas remplies. A titre plus subsidiaire ils contestent toute urgence au motif que la société fonctionne normalement et ils soulèvent des contestations sérieuses permettant de se douter d'une quelconque nullité de l'assemblée générale du 11 juillet 2014 et des délibérations y adoptées par la suite. Quant à la demande en nomination d'un administrateur provisoire, ils concluent au rejet à défaut d'urgence et de blocage de la société anonyme ASFERIS S.A.

Pour qu'une action puisse être introduite par le demandeur, il faut que certaines conditions soient remplies dans son chef pour que l'action existe réellement à son profit. Il doit avoir intérêt à agir et qualité à agir.

L'intérêt est fonction de l'utilité que peut présenter pour le demandeur l'exercice de l'action. Le demandeur a un intérêt à agir dès lors que le succès de ses prétentions est susceptible de lui procurer des avantages matériels ou moraux.

L'intérêt est en principe une condition suffisante pour être investi du droit d'agir. Le recours à la justice ne doit en effet être ouvert que si son auteur peut espérer en retirer un certain avantage, ceci afin d'éviter un encombrement inutile des tribunaux. S'il apparaît que l'exercice d'une action en justice ne présente aucune utilité pour un plaideur, le juge peut déclarer la demande irrecevable, se dispensant par là même de statuer sur le fond. L'intérêt constitue une condition générale d'existence de l'action, il est exigé de toute partie au procès.

L'intérêt à agir est le profit, l'utilité ou l'avantage que l'action peut procurer au plaideur. Il existe lorsque le résultat de la demande introduite est de nature à modifier ou à améliorer la condition juridique du demandeur, et il suffit qu'il affirme que tel est le cas.

Toute personne qui prétend qu'une atteinte a été portée à un droit lui appartenant et qui profitera personnellement de la mesure qu'elle réclame, a un intérêt personnel à agir en justice et donc qualité pour se faire.

En l'occurrence, la partie requérante demande la suspension des effets des résolutions prises lors de l'assemblée générale du 11 juillet 2014 qu'elle considère comme irrégulières et abusives à son égard.

Il est constant en cause que la partie requérante est actionnaire de la société anonyme ASFERIS S.A. et détient 250 actions des 1000 actions de la société.

Il faut donc retenir qu'elle a qualité pour demander à voir suspendre les décisions prises lors de l'assemblée générale du 11 juillet 2014 et celles prises par la suite et à voir nommer un administrateur provisoire.

Il s'ensuit que la partie requérante en sa qualité d'actionnaire de la société anonyme ASFERIS S.A. justifie un intérêt direct à agir en justice afin de voir suspendre des décisions prises au sein de l'assemblée générale du 11 juillet 2014 et par la suite, ainsi de voir nommer un administrateur provisoire.

Le moyen de la fin de non-recevoir tiré du défaut de qualité et d'intérêt à agir dans le chef de la partie requérante est dès lors à rejeter.

La requérante demande tout d'abord que l'assemblée générale litigieuse du 11 juillet 2014 et les décisions prises lors du conseil d'administration du 20 août 2014 soient suspendues de tout effet.

L'institution d'une telle mesure provisoire rentrant dans les pouvoirs d'attribution du juge des référés, qui se doit d'examiner si les faits de la cause justifient l'institution de cette mesure sur base, soit de l'article 933 alinéa 1^{er} soit de l'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile.

D'après l'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile : « *Dans les cas d'urgence, le président du tribunal d'arrondissement, ou le juge qui le remplace, peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend* ».

La mise en œuvre de cette disposition légale requiert qu'il y ait urgence pour le juge des référés à intervenir. La question de l'urgence, qui est une question d'ordre public, est laissée à l'appréciation souveraine du juge des référés.

L'article 933, alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile dispose que « *Le président, ou le juge qui le remplace, peut toujours prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite* ».

La question qui se pose est celle de savoir si les circonstances de la tenue de l'assemblée générale en date du 11 juillet 2014 constituent ou non une voie de fait devant conduire à la suspension des décisions prises lors de ladite assemblée et dans la suite de cette assemblée.

La voie de fait se définit comme la violation évidente, illégale et intolérable d'un droit certain et évident; il faut que le créancier soit certainement et concrètement entravé dans l'exercice de son droit; ces conditions englobent l'existence d'un préjudice dans le chef du créancier du droit.

La requérante fait valoir que l'assemblée générale n'a pas été convoquée par le conseil d'administration ou le commissaire aux comptes et serait dès lors tenue en violation flagrante de l'article 70 alinéa 2 de la loi du 10 août 1915. Lors de cette assemblée de nouveaux administrateurs en la personne de A.), D.), et E.) ont été nommés ainsi qu'un nouveau commissaire aux comptes en l'occurrence la société anonyme AUDIEX S.A. alors que les administrateurs en place F.), G.) et H.) ainsi que le commissaire aux comptes en fonction la société LUX AUDIT S.A. n'avaient pas encore démissionné à cette date.

Les assignés répliquent que la société ECOGEST a souhaité mettre fin à la convention de domiciliation de la société anonyme ASFERIS S.A. et que les trois administrateurs mis à disposition par la société ECOGEST en vertu d'une convention de domiciliation de la société anonyme ASFERIS S.A. ainsi que le commissaire aux comptes avaient annoncé leurs démissions oralement bien avant le 11 juillet 2014. Afin de ne pas laisser la société dépourvue d'organe de gestion et de commissaire aux comptes, une assemblée générale s'est tenue le 11 juillet 2014 avec pour ordre du jour l'acceptation de la démission des anciens administrateurs et du commissaire aux comptes et celle de la nomination de leurs remplaçants respectifs. Enfin cette assemblée tenue avant la réception des confirmations écrites des démissions des anciens administrateurs ne relevait que de la bonne gestion de la société et fut tenue dans son intérêt social le plus absolu afin d'éviter un blocage de celle-ci.

Il résulte en effet des pièces et notamment d'une lettre recommandée de la société ECOGEST que les anciens administrateurs n'ont présenté leur démission que le 12 août 2014 partant postérieurement à la tenue de l'assemblée générale du 11 juillet 2014 L'affirmation des assignés tendant à dire que les anciens administrateurs auraient démissionné oralement bien avant l'assemblée générale litigieuse est contestée et est restée à la pure allégation.

L'article 70 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales prévoit en son deuxième alinéa que le conseil d'administration, le directoire, selon le cas, ainsi que le conseil de surveillance et les commissaires sont en droit de convoquer l'assemblée générale. Ils sont obligés de la convoquer de façon qu'elle soit tenue dans le délai d'un mois, lorsque des actionnaires représentant le dixième du capital social les en requièrent par une demande écrite, indiquant l'ordre du jour.

Ce droit est de nature collégiale, et n'est pas un droit propre à chacun des administrateurs en ce sens qu'il n'appartient qu'à eux tous réunis.

Sous ce rapport, il importe de rappeler aux parties qu'il n'appartient pas au juge des référés, qui ne peut pas dire et juger, de porter un jugement sur le fond du litige divisant les parties.

A son niveau et quelle que soit la base légale invoquée, le juge des référés n'a à exercer qu'un contrôle de régularité formelle. (Cour 27 juin 2000, no. 2441 du rôle)

Il a été jugé dans ce contexte que ne serait pas valable la convocation émanant d'un administrateur unique, aurait-il même la qualité de président du conseil d'administration. Simplement, le président peut se voir confier l'exécution matérielle des formalités, une fois la décision de convocation arrêtée par le Conseil tout entier (cf. Lux. 29 octobre 1993, no. 41316 du rôle).

La doctrine va dans le même sens en retenant que n'est pas valable une convocation décidée et faite par un administrateur agissant seul, par deux administrateurs agissant conjointement ou

par un conseil d'administration qui n'est pas régulièrement constitué (cf. François de BAUW, « Les Assemblées Générales dans les sociétés anonymes », Brulant Bruxelles, 1996, page 15)

Or si l'actionnaire représentant le dixième du capital social peut demander au conseil d'administration, au directoire, au conseil de surveillance ou aux commissaires la convocation d'une assemblée générale, aucun texte n'habilite l'actionnaire majoritaire ou minoritaire de convoquer une telle assemblée de sa propre initiative.

En l'espèce, le juge des référés ne peut que constater que l'assemblée générale du 11 juillet 2014 fut convoquée et tenue en violation flagrante des dispositions de l'article 70 de la loi sur les sociétés commerciales, **A.)** détenant le titre représentatif au porteur donnant droit à 600 actions de la société anonyme ASFERIS S.A., a convoqué directement l'assemblée générale extraordinaire du 11 juillet 2014 et non les organes habilités à cet effet, à savoir le conseil d'administration voire le commissaire aux comptes.

Il suit de ce qui précède que la demande de la société anonyme XENIUM S.A. faite en sa qualité d'actionnaire de la société anonyme ASFERIS S.A. est à accueillir sur base de l'article 933 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile dont les conditions d'application et plus particulièrement celle relative à l'existence d'un trouble manifestement illicite sont données.

Quant à la demande en nomination d'un administrateur provisoire, la société anonyme XENIUM S.A. expose qu'au vu des troubles manifestement illicites commis par les membres actuels du conseil d'administration, agissant exclusivement dans l'intérêt de l'actionnaire majoritaire, et afin de voir protéger ses droits en tant qu'actionnaire minoritaire, elle demande à voir nommer un administrateur provisoire en remplacement des membres du conseil d'administration actuellement en fonction avec la mission telle que libellée dans le dispositif de son assignation.

Les parties défenderesses contestent toute urgence, tout blocage ou paralysie des organes de la société, l'existence d'un péril grave qui justifierait la nomination d'un administrateur provisoire.

Suite à la suspension des effets de l'assemblée générale du 11 juillet 2014, la société anonyme ASFERIS S.A. se retrouve avec deux conseils d'administration différents, notamment un conseil comprenant les administrateurs **F.)**, **G.)** et **H.)** tous démissionnaires, l'acceptation de leurs démissions étant actuellement suspendue, et un conseil dans lequel **A.)** figure comme nouveau administrateur-président en remplacement de **F.)** et **D.)** et **E.)** comme administrateurs en remplacement de **G.)** et **H.)**.

La même remarque s'impose en ce qui concerne le commissaire aux comptes.

Il est de principe en droit luxembourgeois que le juge n'a pas à intervenir dans le fonctionnement d'une société, alors qu'il appartient aux organes de la société tels qu'ils sont institués par la loi de la gérer et de tout mettre en œuvre pour permettre son fonctionnement (Cour d'Appel 30.4.1990 no. Rôle 12181).

La jurisprudence a néanmoins admis des exceptions à ce principe, notamment dans le cas où il y a dysfonctionnement des organes de la société, à savoir disparition, carence ou paralysie d'un des organes de la société (Cour d'Appel 30.4.1990 no. Rôle 12181).

La jurisprudence récente subordonne la désignation d'un administrateur provisoire 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 (Enc. Dalloz, vo. Adm. Prov. No. 18).

La société ne peut vivre que si tous ses organes fonctionnent régulièrement.

La justice intervient donc pour que le contrat de société soit exécuté pendant toute sa durée. Elle sert les intérêts de la société et ne s'y oppose pas. Ainsi lorsque la gestion de la société est compromise par l'absence de conseil d'administration ou par une dualité de conseil, c'est un droit pour la société à ce qu'il soit mis fin à cet état de chose préjudiciable aux intérêts sociaux (Revue trim. de droit commercial 1952 Charles Lapp La nomination judiciaire des administrateurs de sociétés p.780).

Partant il est dans l'intérêt de la société anonyme ASFERIS S.A. face à ce dédoublement du conseil d'administration et de nommer un administrateur provisoire avec la mission de gérer et d'administrer la société anonyme ASFERIS S.A. suivant les lois et usages du commerce et en conformité avec son objet social, plus précisément de prendre les mesures permettant de sauvegarder les intérêts de la société.

L'administrateur provisoire restera en fonctions tant que la juridiction saisie de la demande au fond n'aura pas prononcé de jugement.

Les parties sollicitent chacune l'allocation d'une indemnité de procédure.

A défaut par les parties défenderesses de preuve de l'iniquité requise pour l'application de l'article 240 du nouveau code de procédure civile, ces demandes sont à rejeter.

Il est cependant inéquitable de laisser tous les frais non compris dans les dépens à la charge de la société anonyme XENIUM S.A., dès lors qu'elle s'est prévalu à bon droit d'une irrégularité manifeste dans la tenue de l'assemblée générale du 11 juillet 2014, de sorte qu'il y a lieu de faire droit à la demande pour le montant de 750 euros.

B.), C.) et la société AUDIEX S.A., quoi que régulièrement réassignés aux termes de l'article 84 du nouveau code de procédure civile, n'ont pas comparu, de sorte qu'il y a lieu de statuer avec effet contradictoire, en application de l'article 84 du nouveau code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS:

Nous Fabienne GEHLEN, Premier Juge 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 avec effet contradictoire à l'égard de **B.), C.)** et la société anonyme AUDIEX S.A. et contradictoirement à l'égard des autres parties;

recevons la demande en la forme ;

Nous déclarons compétent pour connaître des demandes ;

déclarons irrecevable le moyen tiré du défaut de qualité et d'intérêt à agir dans le chef de la société anonyme XENIUM S.A.;

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

suspendons les effets des résolutions prises lors de l'assemblée générale de la société anonyme ASFERIS S.A. du 11 juillet 2014 et du conseil d'administration du 20 août 2014 jusqu'à ce qu'une décision au fond ayant force de chose jugée concernant la validité de ces résolutions soit intervenue ;

nommons administrateur provisoire **Maître Arsène KRONSHAGEN, demeurant professionnellement à L-2015 Luxembourg, 22, rue Marie Adelaïde,** avec la mission de gérer et d'administrer la société anonyme ASFERIS S.A. suivant les lois et usages du commerce et en conformité avec son objet social, plus précisément de prendre les mesures permettant de sauvegarder les intérêts de la société;

disons que l'administrateur provisoire restera en fonctions tant que la juridiction à saisir de la demande au fond n'aura pas prononcé de jugement;

disons que les frais et honoraires promérités par le mandataire de justice sont à avancer par la société anonyme ASFERIS S.A.;

déboutons les parties défenderesses de leurs demandes basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;

condamnons A.) à payer à la société anonyme XENIUM S.A. une indemnité de procédure de 750.- euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

condamnons la société anonyme ASFERIS S.A. et A.) aux frais et dépens de l'instance ;

déclarons l'ordonnance commune aux parties défenderesses sub 2) à 7) ;

ordonnons l'exécution provisoire de la présente ordonnance nonobstant toute voie de droit et sans caution.