

No. Rôle: 187872
No. 2018 TALREFO/17
du 16 janvier 2018

Audience publique extraordinaire des référés du mardi, 16 janvier 2018, tenue par Nous Malou THEIS, Vice-Présidente au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement de Madame le Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, assistée du greffier assumé Larissa FANELLI.

DANS LA CAUSE

E N T R E

1. A.), demeurant à L-Adr.1.),
2. A.), demeurant à L-Adr.2.),

élisant domicile en l'étude de Maître Guillaume MARY, avocat, demeurant à Luxembourg,

parties demanderesses comparant par Maître Guillaume MARY, avocat, demeurant à Luxembourg,

E T

1. B.1.), demeurant à L-(...),
2. B.2.), demeurant à L-(...),
3. B.3.), demeurant à L-(...),
4. la société à responsabilité limitée O.I.M. – Opérations Immobilières Molitor S.à.r.l., établie et ayant son siège social à L-2555 Luxembourg, 41, rue de Strassen, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 32762, représentée par son gérant ou ses gérants actuellement en fonctions,
5. la société anonyme MSK REALISATIONS, établie et ayant son siège social à L-8079 Bertrange, 117A, rue de Leudelange, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 97395, représentée par son administrateur provisoire actuellement en fonctions Maître Arsène KRONSHAGEN, sinon par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

parties défenderesses sub1), sub2) et sub4) comparant par Maître Philippe SYLVESTRE, avocat, en remplacement de Maître Max MAILLIET, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

partie défenderesse sub3) comparant par Maître Ana ALEXANDRE, avocat, en remplacement de Maître Maïka SKOROCHOD, avocat, les deux demeurant à Esch-sur-Alzette,

partie défenderesse sub5) ayant initialement comparu par Maître Arsène KRONSHAGEN, actuellement défaillante,

F A I T S :

A l'appel de la cause à l'audience publique ordinaire des référés du lundi matin, 18 décembre 2017, Maître Guillaume MARY donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite et exposa ses moyens.

Maître Philippe SYLVESTRE et Maître Ana ALEXANDRE répliquèrent.

La partie défenderesse sub5) ne comparut 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 de justice du 20 octobre 2017, **A.) Senior et A.) Junior** (ci-après les consorts **A.))** ont fait donner assignation à **B.1.), B.2.), B.3.)**, la société à responsabilité limitée O.I.M. – Opérations Immobilières Molitor Sàrl et la société anonyme MSK REALISATIONS SA à comparaître devant Madame le Président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière de référé ordinaire, pour nommer un administrateur provisoire de la société anonyme MSK REALISATIONS SA avec la mission de gérer et d'administrer la société suivant les lois et usages du commerce, en conformité avec son objet social, et plus précisément de prendre les mesures permettant de sauvegarder les intérêts de la société, et celle d'investiguer sur tous actes de gestion passés concernant la société, avec faculté de poursuivre la mission d'expertise confiée à l'expert ZEUTZIUS.

La société anonyme MSK REALISATIONS SA, qui avait initialement comparu par Maître Arsène KRONSHAGEN, n'a plus comparu à l'audience.

En application de l'article 76 du nouveau code de procédure civile, il y a lieu de statuer par une ordonnance contradictoire à l'égard de société anonyme MSK REALISATIONS SA actuellement défailante.

Les moyens des parties

A l'appui de leur demande, les consorts **A.)** exposent détenir 64 actions de catégorie A dans la société anonyme MSK REALISATIONS SA, dont le capital social est divisé en 160 actions de catégorie A et 160 actions de catégorie B, les autres actions de catégorie A étant détenues à concurrence de chaque fois 64 actions par **B.3.)** et 64 actions par **B.2.)** et **B.1.)**, les 160 actions de catégorie B étant intégralement détenues par la société à responsabilité limitée O.I.M. – Opérations Immobilières Molitor Sàrl.

Ils précisent que le conseil d'administration de la société est composé de quatre membres, dont la moitié à élire sur une liste de candidats proposés par les actionnaires

de catégorie A et l'autre moitié sur une liste de candidats proposés par les actionnaires de catégorie B. La gestion journalière de la société a été déléguée, dès la constitution de la société, conjointement à **B.1.)** (représentant les actionnaires de catégorie A) et **C.1.)** (représentant les actionnaires de catégorie B).

Ils reprochent à **B.1.)** et **C.1.)** une mauvaise gestion de la société, précisant avoir été tenus à l'écart et dans l'ignorance de ce qui se passait dans la société, ensemble avec l'actionnaire **B.3.)** et invoquent des ventes douteuses au profit de **B.2.)** et **B.1.)**, lésionnaires des droits des autres actionnaires, une absence inexplicquée de liquidités de la société, malgré la réalisation de nombreuses ventes, ainsi que des irrégularités et incohérences des comptes sociaux depuis 2011.

Aussi, pour mettre un terme à l'inobservation par la société des prescriptions légales en matière de droit des sociétés (absence de nomination de nouveaux administrateurs à l'expiration du mandat des anciens administrateurs, absence d'approbation des bilans de la société) et en exécution de leur droit d'être informés annuellement de la gestion de la société, **B.3.)** aurait sollicité la convocation d'une assemblée générale des actionnaires, qui aurait finalement pu avoir lieu en date du 18 juillet 2017, en l'absence des consorts **B.)** et **C.)**. Lors de cette assemblée, les comptes de la société, considérés comme frauduleux par les requérants et **B.3.)**, auraient été rejetés, et un mandataire ad hoc aurait été nommé, en la personne de Maître Kronshagen, qui aurait accepté son mandat, fait bloquer les ventes immobilières et chargé l'expert Zeutzius de l'assister dans la mission d'évaluer les actifs de la société.

Les consorts **B.)** et **C.)** ayant contesté la validité de la mission du mandataire ad hoc, ils auraient fait convoquer une nouvelle assemblée générale pour le 5 octobre 2017, ayant pour mission de révoquer le mandat de l'administrateur ad hoc et de procéder à la nomination de nouveaux administrateurs. Ladite assemblée ayant été prorogée au 9 novembre 2017, et les consorts **C.)** ayant confirmé à **B.3.)** qu'ils y voteraient selon les instructions de **B.1.)**, la révocation du mandataire ad hoc y sera votée, de même que la nomination de quatre nouveaux administrateurs représentant les intérêts exclusifs des consorts **B.)** et **C.)**, de sorte que la gestion hasardeuse et frauduleuse de la société, au détriment des intérêts de la société et de tous ses actionnaires, se poursuivra.

Les requérants de considérer qu'il y aurait dès lors urgence de nommer un administrateur provisoire de la société afin d'éviter que les mesures conservatoires votées lors de l'assemblée générale du 18 juillet 2017 soient mises à mal par les consorts **B.)** et **C.)**.

B.3.) se rallie à la demande des consorts **A.)**.

B.2.) et **B.1.)**, et la société à responsabilité limitée O.I.M. – Opérations Immobilières Molitor Sàrl contestent la demande, ainsi que les faits de fraude invoqués. Ils précisent que suivant assemblée générale extraordinaire du 9 novembre 2017, Maître Kronshagen aurait été révoqué de ses fonctions d'administrateur ad hoc de la société et que **B.1.)**, **B.2.)**, **C.2.)** et la société à responsabilité limitée O.I.M. – Opérations Immobilières Molitor Sàrl auraient été nommés administrateurs de la société jusqu'à l'assemblée

générale qui se tiendra en l'année 2022, et la société INTRAUDIT aurait été nommée commissaire aux comptes jusqu'au 17 juillet 2018.

Il serait dès lors établi que la société disposerait d'organes de gestion lui permettant de fonctionner normalement, de sorte que les conditions de nomination d'un administrateur provisoire ne seraient pas données en l'espèce, la simple mésentente entre le groupe d'actionnaires majoritaires et le groupe d'actionnaires minoritaires ne permettant pas la désignation d'un administrateur provisoire. Ils précisent que la seule mesure pertinente serait la mise en liquidation de la société, et se prévalent à cet effet d'une instance en liquidation pendante entre parties.

L'appréciation de la demande

Il résulte des pièces versées en cause que la société anonyme MSK REALISATIONS SA a été constituée le 26 novembre 2003 avec un capital social souscrit initialement à concurrence de 160 actions de catégorie A par la société à responsabilité limitée FINANCIERE SCHMIT ET KLEIN Sàrl et 160 actions de catégorie B par la société à responsabilité limitée O.I.M. – Opérations Immobilières Molitor Sàrl.

Suite à des cessions d'actions depuis sa création, les actions sont détenues comme suit :

- 160 actions de catégorie A :
 - 64 actions détenues pour moitié par les frères **B.2.)** et **B.1.)**,
 - 32 actions détenues par **A.)**,
 - 32 actions détenues par **A.) Junior**,
 - 32 actions détenues par **B.3.)**,
- 160 actions de catégorie B : O.I.M. – Opérations Immobilières Molitor Sàrl

Ont été nommés administrateurs de la société depuis l'assemblée générale du 10 janvier 2010 **B.1.)** et **A.)** (administrateurs de catégorie A) et **C.1.)**, épouse **C.2.)** et **C.2.)** (administrateurs de catégorie B), la gestion journalière des affaires de la société ayant été déléguée, dès la constitution de la société, à **B.1.)** et **C.1.)**.

Le 5 mai 2017, **B.3.)** demande la convocation d'une assemblée générale, appuyée par les requérants, et réitérée le 29 mai 2017, dénonçant notamment le fait que les mandats sociaux avaient expiré en 2015.

Finalement, la tenue d'une assemblée générale, convoquée par le commissaire aux comptes, eut lieu le 18 juillet 2017, et en l'absence des actionnaires représentant les conjoints **B.)** et **C.)**, il fut décidé la nomination d'un mandataire ad hoc en la personne de Maître Kronshagen, qui fit immédiatement bloquer toutes les ventes et choisit de s'adjoindre les services de l'expert Zeutzus pour procéder aux évaluations des ventes réalisées.

Les conjoints **B.)** et **C.)**, contestant la régularité de la tenue de l'assemblée générale du 18 juillet 2017, firent convoquer par le commissaire au compte une nouvelle assemblée générale pour le 5 octobre 2017, prorogée au 9 novembre 2017, ayant pour ordre du

jour la révocation du mandat de l'administrateur ad hoc et la nomination de nouveaux administrateurs.

Lors de l'assemblée générale du 9 novembre 2017, a été décidé à la majorité des actionnaires **B.), C.)** et O.I.M. – Opérations Immobilières Molitor Sàrl la révocation de l'administrateur ad hoc et la nomination de nouveaux administrateurs en la personne de **B.1.), B.2.), C.2.)** et O.I.M. – Opérations Immobilières Molitor Sàrl.

Les requérants de faire valoir que l'existence d'un dissentiment grave entre les actionnaires, ainsi que la gestion désordonnée et apparemment irrégulière de la société, justifient l'intervention du juge des référés dans la vie de la société.

Ils agissent principalement sur le fondement de l'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile, subsidiairement sur celui de l'article 933 alinéa 1^{er} du même code.

Aux termes de l'article 933 alinéa 1^{er} du même code, « *le président, ou 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* ».

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

La désignation d'un administrateur provisoire est une mesure exceptionnelle, qui suppose que soient réunies cumulativement deux conditions relativement à la gravité de la crise sociale, de nature à rendre impossible le fonctionnement normal de la société, et à l'urgence, du fait d'un péril imminent menaçant la société (*Jurisclasseur sociétés, fasc. 43-10, points clés*).

A ces deux critères s'ajoute un troisième, qui est celui de l'utilité particulière de la mesure. En effet, la possibilité d'un dénouement de la crise grâce à cette mesure provisoire et urgente doit permettre de différencier les conditions de nomination d'un administrateur provisoire de celle d'une dissolution judiciaire de la société ou d'autres types de recours permettant de résoudre des conflits entre associés ou de sanctionner des erreurs de gestion (p.ex. expertise judiciaire, abus de majorité, révocation et **B.2.)**) (*Jurisclasseur sociétés, fasc. 43-10, n° 14*).

Il est admis qu'il y a urgence dans tous les cas où la gestion sociale n'est plus assurée, la paralysie totale de la société mettant nécessairement l'intérêt social en péril. En revanche, lorsque les organes sont encore en état de fonctionner, l'urgence devra être démontrée par les circonstances de l'espèce (voir en ce sens: *Nico Edon, L'intervention du juge des référés dans la vie des sociétés, Diagonales à travers le droit luxembourgeois, 1986, p.189; Jurisclasseur sociétés, fasc. 43-10, n° 13*).

Le caractère exceptionnel de la mesure d'administration provisoire, suppose, d'une part, que la situation de crise qui la justifie ne puisse pas être résolue par des mécanismes sociaux eux-mêmes.

Cette mesure suppose, d'autre part, que les associés inquiets ou qui contestent la gestion de la société n'aient pas la possibilité d'exercer les actions en justice qui sont normalement à leur disposition: abus de majorité, action en nullité, plaintes pénales.

Il n'appartient en effet pas au juge des référés d'intervenir même temporairement dans le fonctionnement d'une société commerciale, alors qu'il appartient aux seuls organes de la société tels qu'ils sont institués par la loi, de gérer la société et de mettre tout en œuvre pour assurer son fonctionnement.

Cette règle ne saurait fléchir que dans des circonstances exceptionnelles lorsque le fonctionnement normal n'est plus assuré et que la société est menacée dans son existence. Le juge des référés doit en effet refuser son intervention dans le cas où tous les organes de la société sont en place et fonctionnent, son rôle n'étant pas d'apprécier ou de prendre des décisions qui relèvent de la politique commerciale d'une société (*Trib. arr. Luxembourg (référé), 1er juillet 1981, n° 303/81*).

Si **B.1.)**, **B.2.)** et O.I.M. – Opérations Immobilières Molitor Sàrl contestent la demande, motif pris que suite à l'assemblée générale du 9 novembre 2017, les organes de la société seraient en état de fonctionner normalement, compte tenu de la nomination de quatre administrateurs et d'un commissaire aux comptes, de manière à mettre la société en conformité avec ses obligations légales, il résulte néanmoins des pièces versées en cause que suivant assignation du 2 novembre 2017, **B.1.)** et **B.2.)** ont fait comparaître les consorts **A.)**, **B.3.)**, O.I.M. – Opérations Immobilières Molitor Sàrl et la société anonyme MSK REALISATION SA devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour voir ordonner la dissolution de la société anonyme MSK REALISATION SA et voir nommer un liquidateur de la société avec la mission de liquider la société aux mieux des intérêts des créanciers et des actionnaires, se prévalant notamment, à l'appui de cette demande d'une mésentente grave entre actionnaires et d'un blocage au niveau du fonctionnement de la société¹.

¹ Assignation du 2 novembre 2017 page 17, points 14 à 17:

« 14. En l'occurrence, il existe une mésentente grave entre actionnaires, un blocage au niveau du fonctionnement de la Société (prouvé par la nomination d'un administrateur ad hoc).

15. Force est de noter que les faits et rétroactes exposés dénotent une gravité importante, la Société se voyant totalement bloquée et exposant tous les intervenants à une responsabilité importante. Il est encore de jurisprudence constante que le défaut pour une personne morale d'établir les comptes et bilans annuels est susceptible de causer un préjudice grave aux tiers intéressés, non seulement actionnaires mais également simples créanciers.

16. Par ailleurs, le fait de faire perdurer l'existence une société, qui n'exerce plus aucune activité et qui ne peut plus remplir ses obligations légales, tout en accusant des frais importants, ne rencontre aucune justification et est susceptible de provoquer une situation fortement préjudiciable.

17. Il en résulte qu'il existe, en l'espèce, de justes motifs en vue de la dissolution judiciaire de la Société »

Dans la mesure où la nouvelle composition du conseil d'administration de la société, suite à l'assemblée générale du 9 novembre 2017, reprend une représentation exclusive des actionnaires **B.)**, **C.)** et O.I.M. – Opérations Immobilières Molitor Sàrl, à l'exclusion des consorts **A.)** et **B.3.)** qui étaient encore représentés au conseil d'administration nommés antérieurement en la personne de **A.)**, la mésentente grave entre les actionnaires et le blocage de la société, invoqués par les consorts **B.)** à l'appui de la demande en dissolution de la société, perdureront nécessairement.

Aussi, il y a lieu de faire droit à la demande des requérants et de nommer un administrateur provisoire de la société en attente de la décision définitive à intervenir dans le cadre de l'instance en dissolution de la société, introduite suivant assignation du 2 novembre 2017.

Il y a lieu de confier à l'administrateur provisoire une mission générale de gérer et d'administrer la société anonyme MSK REALISATION SA avec les pouvoirs les plus étendus selon les lois et usages du commerce, pareille mesure conservatoire et provisoire laissant saufs au fond les droits et prétentions respectifs, de même que la substance de la société.

L'administrateur provisoire devant assurer ou faire assurer les actes de gestion et d'administration courante, sans cependant engager la société de manière incisive et à long terme, les actes de disposition ne rentrent pas dans les pouvoirs ordinaires d'un administrateur provisoire.

L'administrateur provisoire à désigner a partant, en l'état actuel, pour mission la conservation de la société, en en assurant le fonctionnement courant, en se confinant à l'accomplissement d'actes courants de gestion et d'administration, ayant toujours la possibilité de solliciter en référé une autorisation spéciale dès lors qu'un acte dépassant l'acte de gestion et d'administration pur et simple lui paraîtrait être indispensable à la préservation de l'intérêt, voire de la survie de la société (*Cour référé, 22 octobre 2014, numéro 40972 du rôle*).

La demande de nomination d'un administrateur provisoire sollicitée est par conséquent à dire recevable sur la base de l'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile, les conditions y posées de l'urgence et du différend sérieux étant remplies.

Les consorts **A.)** sollicitent la condamnation de **B.1.)**, **B.2.)** et de la société O.I.M. – Opérations Immobilières Molitor Sàrl à leur payer une indemnité de procédure de 2.500 euros chacune au voeu de l'article 240 du nouveau code de procédure civile et **B.1.)**, **B.2.)** et de la société O.I.M. – Opérations Immobilières Molitor Sàrl sollicitent la condamnation des requérants à leur payer une indemnité de procédure de 1.500 euros.

Aux termes de l'article 240 du nouveau code de procédure civile, lorsqu'il apparaît inéquitable de laisser à la charge d'une partie les sommes exposées par elle et non comprises dans les dépens, le juge peut condamner l'autre partie à lui payer le montant

qu'il détermine. L'application de l'article 240 du nouveau code de procédure civile relève du pouvoir discrétionnaire du juge.

Eu égard à l'issue du litige, il serait inéquitable de laisser à l'unique charge des requérants l'entièreté des frais de justice exposés pour la défense de leurs intérêts.

Quant au montant à allouer, le tribunal ne peut prendre en considération que les honoraires d'avocat pour évaluer l'indemnité à allouer, étant donné que les requérants n'ont ni allégué ni prouvé avoir eu à supporter d'autres frais que des honoraires d'avocat qui, eu égard au caractère confidentiel qui leur est attaché, n'ont pas à être documentés par des pièces justificatives. Compte tenu de l'import de l'affaire, des difficultés qu'elle comporte et des soins qu'elle exige, l'indemnité est à évaluer au montant de 2.000 euros.

Il y a dès lors lieu de condamner **B.1.)**, **B.2.)** et de la société O.I.M. – Opérations Immobilières Molitor Sàrl à payer à **A.) Senior** et **A.) Junior** la somme de 2.000 euros à titre d'indemnité de procédure.

A défaut de preuve de l'iniquité requise pour l'application de l'article 240 du nouveau code de procédure civile, il y a lieu de rejeter la demande de **B.1.)**, **B.2.)** et de la société O.I.M. – Opérations Immobilières Molitor Sàrl en allocation d'une indemnité de procédure.

Conformément à l'article 938 du nouveau code de procédure civile, la présente ordonnance est exécutoire à titre provisoire sans caution.

P A R C E S M O T I F S

Nous Malou THEIS, 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, statuant contradictoirement;

recevons la demande en la forme ;

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

vu l'urgence,

déclarons recevable la demande en nomination d'un administrateur provisoire de la société anonyme MSK REALISATION SA,

nommons Maître François CAUTAERTS, avocat à la Cour, établi à L-2763 Luxembourg, 8, rue Sainte Zithe, administrateur provisoire de la société anonyme MSK REALISATION SA,

avec la mission de gérer et d'administrer la société en attendant de voir toiser définitivement au fond la demande en dissolution de la société anonyme MSK REALISATION SA, introduite suivant assignation du 2 novembre 2017, ou en attendant un accord à intervenir entre parties,

disons qu'un extrait de la présente ordonnance portant nomination de l'administrateur provisoire et de sa mission sera publié au Registre du Commerce et des Sociétés de Luxembourg,

disons que les frais et honoraires de l'administrateur provisoire sont à charge de la société anonyme MSK REALISATION SA, sinon à avancer par les requérants ;

condamnons **B.1.), B.2.)** et de la société O.I.M. – Opérations Immobilières Molitor Sàrl à payer à **A.) Senior** et **A.) Junior** la somme de 2.000 euros à titre d'indemnité de procédure ;

rejetons la demande de **B.1.), B.2.)** et de la société O.I.M. – Opérations Immobilières Molitor Sàrl basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile;

laissons les frais de l'instance à charge de la société anonyme MSK REALISATION SA ;

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