

No. Rôle: TAL-2019-00969 + TAL-2019-03667
No. 2020TALREFO/00016
du 14 janvier 2020

Audience publique extraordinaire des référés du mardi, 14 janvier 2020, tenue par 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, assistée du greffier assumé Juan VILLANUEVA.

I.
DANS LA CAUSE

E N T R E

- 1 la société AAA établie et ayant son siège social à [...], inscrite au RCS sous le numéro (...) représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,
- 2 la société BBB, établie et ayant son siège social à [...], inscrite au RCS sous le numéro (...), représentée par XXX actuellement en fonctions, sinon par ses organes légalement dûment habilités,
- 3 la société CCC établie et ayant son siège social à [...], inscrite au RCS sous le numéro (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

élisant domicile en l'étude de Maître Lionel SPET, avocat, demeurant à Luxembourg,

partie demanderesse comparant par Maître Lionel SPET, avocat, assisté de Maître Lydie LORANG, avocat, les deux demeurant à Luxembourg

E T

1. la société DDD, établie et ayant son siège social à [...], inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,
2. EEE, demeurant à [...],
3. FFF, demeurant à [...], ayant élu domicile pour les besoins de la signification de la présente assignation en l'étude de Maître Christelle BEFANA, avocat, à Luxembourg

4. GGG, demeurant à [...],
5. HHH, demeurant à [...],
6. la société III, établie et ayant son siège social à [...], inscrite au RCS sous le numéro (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

parties défenderesses sub.1) sub.2) sub.4) et sub.5) comparant par Maître Georges WIRTZ, avocat, demeurant à Luxembourg,

partie défenderesse sub.3) comparant par Maître Amélie BAGNES, avocat, en remplacement de Maître Christelle BEFANA, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

partie défenderesse sub.6) comparant par Maître Antoine REILLIER avocat, en remplacement de Maître Thomas BERGER, avocat, les deux demeurant à Luxembourg.

II. **DANS LA CAUSE**

ENTRE

1. la société AAA établie et ayant son siège social à [...], inscrite au RCS sous le numéro (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,
2. la société BBB, établie et ayant son siège social à [...], inscrite au RCS sous le numéro (...), représentée par XXX actuellement en fonctions, sinon par ses organes légaux dûment habilités,
3. la société CCC établie et ayant son siège social à [...], inscrite au RCS sous le numéro (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

élisant domicile en l'étude de Maître Lionel SPET, avocat, demeurant à Luxembourg,

partie demanderesse comparant par Maître Lionel SPET, avocat, assisté de Maître Lydie LORANG, avocat, les deux demeurant à Luxembourg

ET

JJJ, demeurant à [...],

partie défenderesse comparant par Maître Georges WIRTZ, avocat, demeurant à Luxembourg,

F A I T S :

A l'appel de la cause à l'audience publique des référés ordinaires du lundi après-midi, 9 décembre 2019, Maître Lionel SPET donna lecture de l'assignation et de l'assignation en intervention ci-avant transcrite et exposa ses moyens.

Maître Georges WIRTZ, Maître Amélie BAGNES et Maître Antoine REILLIER furent entendus en leurs explications et moyens.

L'affaire fut fixée pour continuation des débats à l'audience publique des référés ordinaires du lundi après-midi, 16 décembre 2019, lors de laquelle Maître Lionel SPET, Maître Lydie LORANG, Maître Georges WIRTZ, Maître Amélie BAGNES et Maître Antoine REILLIER furent entendus en leurs explications et moyens.

Sur ce, 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 23 et 24 janvier 2019, la société AAA (ci-après AAA), la société BBB (ci-après BBB) et la société CCC (ci-après CCC) ont fait donner assignation à la société DDD, EEE, FFF, GGG, HHH et la société III (ci-après III) à comparaître devant le Président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme juge des référés, pour voir nommer un administrateur provisoire au sein DDD avec la mission :

- de gérer et administrer DDD, au jour le jour, en lieu et place des administrateurs, activement et passivement, tant dans l'intérêt d'DDD que de ses actionnaires et des tiers, ainsi que dans l'intérêt de la filiale d'DDD, à savoir la société LLL, avec la plénitude des pouvoirs statutaires et légalement dévolus au conseil d'administration et, en général, faire tout ce qu'il jugera nécessaire ou utile à l'accomplissement de sa mission,
- représenter DDD judiciairement et extrajudiciairement et intenter et soutenir toute action en justice,
- convoquer assister à et présider toutes les assemblées générales des actionnaires d'DDD,
- exercer le droit de vote rattaché aux actions,
- intenter contre qui de droit une action en responsabilité en vue de récupérer le dommage causé à DDD du fait de la perte de valeur de sa participation dans LLL, sinon instruire l'organe social de LLL d'intenter une action en responsabilité en vue de récupérer le dommage causé à LLL du fait de la vente à vil prix de son usine de fabrication d'azote,

- préparer, présenter, faire approuver les comptes sociaux d'DDD pour les années 2016, 2017 et 2018,
- autoriser l'administrateur provisoire à se faire assister par toute personne de son choix pour le bon déroulement de sa mission,

voir dire que les effets de l'ordonnance à intervenir cesseront dix-huit mois au plus tard à partir de son prononcé, sauf renouvellement éventuel, et que ces effets cesseront en tout état de cause le jour où un arrangement sera trouvé entre parties,

dire que les frais de l'administrateur provisoire sont à charge de III,

en tout état de cause, déclarer l'ordonnance à intervenir commune aux membres du conseil d'administration actuel d'DDD,

ordonner l'exécution provisoire de l'ordonnance à intervenir sur minute, avant enregistrement, nonobstant appel ou opposition et sans caution.

Cette instance a été inscrite sous le numéro TAL-2019-00969 du rôle.

Par exploit d'huissier de justice du 25 avril 2019, la société AAA (ci-après AAA), la société BBB (ci-après BBB) et la société anonyme CCC (ci-après CCC) ont fait donner assignation à JJJ à comparaître devant le Président du tribunal d'arrondissement, siégeant comme juge des référés, pour voir dire qu'il est tenu d'intervenir dans l'instance introduite suivant exploit d'assignation du 23 et 24 janvier 2019.

Cette instance a été inscrite sous le numéro TAL-2019-03667 du rôle.

Dans la mesure où les deux instances introduites se rapportent aux mêmes faits et sont connexes, il y a lieu, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, de les joindre, afin qu'il y soit statué par une seule et même ordonnance.

Les faits et le contexte du présent litige

Le capital social d'DDD est détenu à 39% par AAA, 51% par CCC et 10% par BBB et DDD détient 90% du capital social de la société LLL (ci-après LLL) active dans le domaine du traitement de l'azote et la production de nitrate d'ammonium, disposant d'une usine de fabrication en Géorgie (ci-après l'usine LLL), employant environ 2.500 salariés.

MMM est le bénéficiaire économique de toutes ces sociétés, grâce à la société NNN (ci-après NNN).

Le contrôle d'DDD par MMM a été acquis moyennant l'acquisition de la participation que détenait la société OOO dans DDD (45 %), l'acquisition ayant été financée grâce à un

financement accordé par III et la société PPP pour un montant total de 100 millions USD (ci-après le prêt QQQ).

Le prêt QQQ a été formalisé le 27 juin 2014¹. Suite à un remboursement anticipé du prêt et à une cession de créance intervenue entre III et PPP, III est devenue le seul prêteur aux termes du prêt QQQ, qui a fait l'objet de plusieurs avenants avec reports de l'échéance du prêt, la date d'échéance du prêt ayant finalement été reportée au 12 août 2016².

En garantie du prêt QQQ, III s'est vue accorder, par contrats de gage du 4 septembre 2015, un gage sur les actions détenues par AAA dans DDD représentant 39% du capital d'DDD, et sur les actions détenues par CCC dans DDD, représentant 51% du capital social de DDD

A la date reportée d'échéance du prêt (12 août 2016), AAA était débitrice envers III du montant de 93.572.064,79 USD au titre du principal et des intérêts courus, non remboursés³.

La filiale d'DDD, LLL, avait conclu le 30 septembre 2011 une ligne de crédit avec la RRR (ci-après RRR) pour un montant de 100 millions USD⁴ (le prêt LLL), RRR ayant toujours été le partenaire financier de LLL.

LLL ayant également été en défaut de rembourser le prêt conclu avec RRR devenu exigible, MMM, par le biais de AAA et LLL, a tenté de trouver une restructuration globale des dettes du groupe AAA-BBB-LLL pour voir refinancer les prêts AAA et LLL, AAA s'approchant à ces fins de la SSS (SSS) pour le refinancement par SSS des dettes de AAA auprès de III et des dettes de LLL auprès de RRR.

Le remboursement du prêt QQQ n'a pas été demandé immédiatement par III à l'échéance finale du 12 août 2016, compte tenu des négociations entre AAA et LLL et leurs prêteurs respectifs III et RRR, afin de trouver une solution de refinancement via le soutien d'SSS, un contrat de prêt ayant été signé entre AAA et LLL avec SSS le 30 juin 2016 sous certaines conditions suspensives, notamment celle que AAA/LLL paient les frais et commissions (« *front-end fee* ») y relatifs.

AAA/LLL ayant eu des difficultés à payer le *front-end fee* dans le cadre du prêt TTT, UUU, société mère de III, intéressée à ce que le prêt QQQ soit remboursé à sa filiale III, via le prêt TTT, a émis, suite à des négociations, une offre concernant la reprise du prêt QQQ moyennant remboursement préalable par AAA des intérêts échus au titre du prêt QQQ⁵, soit environ 5,2 millions USD par rapport au principal et intérêts de 93.572.064,79 USD

¹ Pièce n° 2 Maître SPET

² Pièces n° 2, 3 et 4 Allen & Overy

³ Pièce n° 7 Allen & Overy

⁴ Pièce n° 1 Maître SPET

⁵ Pièce n° 9 Allen & Overy

reduits au titre du prêt QQQ à III, pour ensuite, dans le cadre de négociations supplémentaires à l'initiative de MMM, conditionner suivant offre du 24 août 2016, la reprise du prêt QQQ au paiement, le jour même, par AAA de la somme de 1,7 million USD.

Cette offre ayant été rejetée par AAA, UUU a cessé ses négociations avec AAA après le 24 août 2016 et III a notifié à AAA et CCC le 24 août 2016, un *event of default* au titre du prêt QQQ et l'exercice de la jouissance de son droit de vote sur les actions gagées de AAA et CCC dans DDD, en vertu de l'article 6.1 c) des contrats de gage, III exerçant depuis lors le droit de vote attachés aux actions gagées et représentant 90% du capital social d'DDD.

Le 30 août 2016, III a cédé à VVV ses droits détenus envers AAA au titre du prêt QQQ, la cession de créance ayant été notifiée à AAA le 31 août 2016⁶, III continuant à exercer ses droits de vote attachés aux actions gagées en ce qu'elle conserve ses qualités d'arrangeur, de coordinateur, d'agent et d'agent de sûreté aux termes du contrat de prêt.

LLL ayant également été en situation de défaut vis-à-vis de son créancier RRR, ce dernier a réalisé son gage sur l'usine LLL, donnée en gage par LLL. L'usine LLL a été vendue aux enchères à l'initiative de RRR, de sorte que DDD a perdu son principal actif.

Suite à la réalisation de son gage, le créancier gagiste III a fait procéder au remplacement du conseil d'administration de DDD pour les administrateurs de catégorie A et B, l'administrateur de catégorie C représentant toujours les intérêts de l'actionnaire minoritaire BBB.

AAA, CCC et BBB font actuellement valoir que UUU, qui convoitait l'usine LLL, a procédé à une augmentation de capital de III antérieurement au contrat de prêt QQQ, dans le seul but de contrôler le prêt QQQ à consentir par III, UUU et ses bénéficiaires économiques ayant eu un intérêt direct et personnel à ce que AAA soit en défaut de paiement vis-à-vis de III, afin de pouvoir actionner les garanties consenties au titre du prêt QQQ, dans le seul but de leur permettre de prendre le contrôle du seul actif de DDD, l'usine d'azote LLL.

Ils considèrent qu'il serait dans l'intérêt de DDD, ayant perdu son principal actif, (i) d'actionner en responsabilité III, VVV et UUU pour voir constater les divers agissements frauduleux d'III et de UUU ayant entraîné, in fine, outre la réalisation du gage par III sur les actions de AAA et CCC dans DDD, la dénonciation du prêt LLL par RRR et la vente aux enchères subséquente de l'actif gagé, en l'occurrence l'usine LLL (ii) et d'agir au niveau de sa filiale LLL à l'égard de RRR pour avoir cédé l'usine LLL à vil prix, précisant que du fait que le conseil d'administration est contrôlé par les administrateurs de catégorie

⁶ Pièce n° 12 Allen & Overy,

A et B mis en place par le créancier gagiste III, les intérêts de DDD ne seraient pas défendus convenablement, de manière à nécessiter la mise en place d'un administrateur provisoire.

La demande, ainsi que les griefs invoqués à l'appui de la demande, sont formellement contestés par les parties défenderesses.

L'appréciation de la demande

- quant à la compétence territoriale du juge saisi

Les parties défenderesses invoquent l'incompétence territoriale du juge saisi à connaître de la demande, dans la mesure où sous le couvert de la nomination d'un administrateur provisoire de DDD, les parties demanderesses viseraient la mise sous administration judiciaire provisoire de sa filiale LLL, située en Géorgie.

En l'occurrence, la demande tend à la mise sous administration judiciaire d'une société de droit luxembourgeois, en l'occurrence DDD, avec la mission d'administrer et de gérer en lieu et place des administrateurs statutaires de DDD cette société, de sorte que le tribunal de céans, comme juridiction du lieu du siège social de DDD, est compétent pour connaître de la demande.

Le fait que la mise sous administration judiciaire de la société mère soit de nature à impacter la filiale, en ce que l'administrateur provisoire, en tant que gérant de la société mère, agira en tant que représentant de l'actionnaire de la filiale, avec toutes les prérogatives attachées à la qualité d'actionnaire, n'est pas de nature à équivaloir à la mise sous administration judiciaire de la filiale.

Le moyen d'incompétence *ratione loci* du tribunal saisi est dès lors à rejeter.

- quant à l'intérêt et la qualité à agir des parties demanderesses

Les parties défenderesses invoquent le défaut de qualité et d'intérêt à agir dans le chef des parties demanderesses, étant donné que leur demande ne viserait qu'à obtenir une mesure qui concerne en fait LLL, dont les parties demanderesses ne sont pas actionnaires, en ce que la demande tendrait à voir enjoindre à l'administrateur de LLL à intenter une action en justice contre EUWB, UUU et RRR.

La qualité pour agir se définit comme étant la faculté légale d'agir en justice, et par suite, le titre auquel on figure dans un acte juridique ou dans un procès (Solus et Perrot, Droit judiciaire privé, tome I, n°262). Ont seuls qualité pour agir, le propriétaire du droit litigieux, son mandataire légal ou conventionnel, ou ses créanciers.

La qualité pour agir n'est en réalité qu'un aspect particulier de l'intérêt à agir et se trouve absorbée par ce dernier, de sorte à ce que 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 à un intérêt à agir en justice et donc qualité pour agir.

Dire d'une personne qu'elle a intérêt à agir, c'est dire que la demande formée est susceptible de modifier, en l'améliorant, sa condition juridique.

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, même d'office, 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 (TAL 19 janvier 2005, no 75725 du rôle).

Cependant, le bien-fondé du droit invoqué ne se vérifie pas lors de l'appréciation de la recevabilité de la demande (Cour, 20 mars 2002, rôle n° 25592).

En l'espèce, AAA, CCC et BBB, qui sont actionnaires directs de DDD, ont un intérêt direct et personnel, et partant qualité à agir en relation avec la gestion de DDD, dans l'hypothèse où elles considèrent que les intérêts de DDD ne sont pas défendus par l'organe de gestion statutaire, comme suite le cas échéant, d'un conflit d'intérêts de certains membres du conseil d'administration, tel celui allégué en l'espèce, la mesure sollicitée, à supposer que les moyens invoqués par AAA, CCC et BBB soient jugés fondés par le juge saisi, étant susceptible d'améliorer la condition juridique de DDD et de ses actionnaires.

Le moyen d'irrecevabilité tiré du défaut de qualité et d'intérêt à agir dans le chef de AAA, CCC et BBB est à rejeter.

- quant au défaut de mise en intervention de LLL

Les parties défenderesses invoquent l'irrecevabilité de la demande pour défaut de mise en intervention de LLL et des membres de son organe de gestion étant donné que la demande viserait en fait à obtenir une mesure qui concernerait in fine LLL, dont les parties demanderesses ne sont pas actionnaires.

Tel qu'il résulte de l'analyse du moyen d'incompétence territoriale, le fait que la mise sous administration judiciaire de la société mère DDD poursuivie par les parties demanderesses soit de nature à impacter la filiale LLL, en ce que l'administrateur provisoire, en tant que gérant de DDD, actionnaire unique de LLL, agira en tant que représentant de l'actionnaire DDD au sein de l'assemblée générale des actionnaires de LLL, avec toutes les prérogatives attachées à la qualité d'actionnaire, n'est pas de nature à équivaloir à la mise sous

administration judiciaire de la filiale, de sorte que la mise en intervention de cette dernière n'est pas requise.

Le moyen d'irrecevabilité tiré du défaut de mise en intervention de LLL est à rejeter.

- quant au bien-fondé de la demande en désignation d'un administrateur provisoire de DDD

Les parties demanderesses agissent principalement sur base de l'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile, subsidiairement sur base de l'article 933 alinéa 1^{er} du même code, précisant que la non-intervention du juge des référés dans la vie de DDD risquerait de compromettre gravement les intérêts de DDD et de sa filiale LLL.

- les principes quant à l'intervention du juge des référés dans la vie d'une société

L'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile dispose que « *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* ».

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* ».

Sous ce rapport, il importe de rappeler 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, n° 24441 du rôle).

Il n'appartient, en principe, pas aux juges d'intervenir dans le fonctionnement des sociétés, ce rôle étant dévolu aux organes sociaux (principe de non-intervention).

Ce principe général n'empêche toutefois pas le juges des référés, en cas d'urgence et de péril grave pour la société, d'organiser des situations d'attente par l'adoption de mesures provisoires et conservatoires.

Les situations d'attente qu'organise le juge du référé se caractérisent par le fait qu'il ne s'agit que de mesures provisoires ; le juge des référés n'aborde pas le fond du litige. Il n'entend pas donner au litige une solution définitive, mais se contente de prendre des mesures provisoires urgentes pour conserver les droits de la société comme ceux de ses membres. Il s'agit de suppléer temporairement les dirigeants d'une société en attendant le

dénouement d'une crise interne paralysant la société et qui pourrait s'avérer gravement préjudiciable à celle-ci si rien n'était fait.

L'intervention du juge des référés est soumise à une condition générale, celle de l'urgence de la situation. La nomination d'un administrateur provisoire reste une mesure grave qui ne peut être adoptée que pour protéger des intérêts sérieusement menacés. Il faut donc qu'il y ait un abus de majorité ou de minorité risquant de causer un préjudice irréversible, soit une paralysie des organes sociaux faisant courir des périls graves pour l'existence de la société. C'est l'existence de circonstances exceptionnelles et particulièrement graves compromettant le fonctionnement régulier de la société qui caractérise l'urgence et justifie l'intervention du juge des référés.

Il n'y a urgence que si le moindre retard peut causer un préjudice certain. L'urgence s'apprécie dans le chef de la personne morale, et non dans celui de ses associés, car ce que le juge entend éviter, c'est le dommage certain, imminent et irréversible pour la société, la plupart du temps le risque de disparition de la société (Alain STEICHEN, Précis de droit des sociétés, éd. 2017, n° 475).

L'autonomie institutionnelle de la société et contractuelle des parties commande, sur le plan procédural, que l'action en référé ne puisse être mue que lorsque le mode de résolution des conflits offerts par la loi ou la convention (statutaire ou extrastatutaire) des parties sont impuissants à résoudre le différend. L'intervention judiciaire, subsidiaire, doit donc être nécessaire pour résoudre le différend ou aménager la situation conflictuelle entre parties, par des mesures provisoires, qui peuvent être d'une grande diversité, telles des mesures d'anticipation, des mesures d'instruction ou des mesures conservatoires (Olivier Caprasse et Roman Aydogdu : « Les conflits entre actionnaires, prévention et résolution », éd. Larcier 2017, n°462).

La désignation d'un administrateur provisoire doit être soumise au contrôle de proportionnalité : la mesure demandée doit être (i) efficace, c'est à dire réellement de nature à satisfaire un intérêt légitime ; (ii) nécessaire, ce qui implique qu'il n'existe pas un autre moyen aussi efficace pour satisfaire cet intérêt mais moins préjudiciable au fonctionnement autonome de la société et aux intérêts en présence et (iii) proportionnelle, c'est-à-dire le fait que l'avantage qui résulte de la mesure n'est pas disproportionné par rapport au préjudice subi par la société et les autres intérêts en présence (Olivier Caprasse et Roman Aydogdu précités, n° 466).

Il découle des principes ci-avant exposés qu'il faut que l'intervention judiciaire dans les affaires sociales soit rigoureusement nécessaire suite à l'existence de circonstances exceptionnelles et particulièrement graves et que tout retard mette en péril les droits de la société.

- l'application des principes au cas d'espèce

Les moyens avancés par les parties demanderesse à l'appui de leur demande peuvent être regroupés comme suit : d'une part, (i) l'absence de convocation d'assemblée générale des actionnaires destinée à approuver les comptes, d'où un manquement à l'obligation légale d'DDD de déposer et de publier des bilans approuvés, ainsi que (ii) le manquement d'DDD de respecter les obligations imposées dans le cadre de la loi du 13 janvier 2019 relative à l'inscription des bénéficiaires effectifs, d'autre part, (iii) le conflit d'intérêt dans le chef des administrateurs de DDD qui, ayant été mis en place par le créancier gagiste suite à la réalisation du gage, n'agiraient pas dans l'intérêt de DDD mais dans celui du créancier gagiste III, agissant lui-même sur instruction de sa société mère UUU et se traduisant par le fait que les intérêts des parties demanderesse et du bénéficiaire effectif de DDD, en l'occurrence MMM, soient ignorés.

(i) quant au non-dépôt des bilans

En application de l'article 461-1 de la LSC, le conseil d'administration doit établir le bilan et les comptes annuels et en vertu de l'article 450-8 de la LSC, l'assemblée générale doit être tenue dans les six mois de la clôture de l'exercice de la société. L'article 79 de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le Registre de Commerce et des Sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises, relatifs au dépôt et à la publication des comptes sociaux annuels, dispose que les sociétés sont tenues de déposer les comptes sociaux au plus tard dans le mois de leur approbation par l'assemblée générale et au plus tard sept mois après la clôture de l'exercice social. Le non-dépôt et la non-publication des comptes annuels étant considérés comme une violation grave de ses obligations légales, la société peut encourir la sanction de la dissolution avec liquidation judiciaire, en vertu de l'article 1200-1 de la LSC.

Il est acquis en cause que les bilans de DDD pour les années 2016, 2017 et 2018 ont été validés par le conseil d'administration lors de sa réunion du 26 février 2019⁷ et approuvés par l'assemblée générale de DDD du 28 mars 2019⁸ à la majorité de 90%, tant l'administrateur C représentant l'actionnaire BBB que BBB ayant voté contre l'approbation des bilans lors de la réunion du conseil d'administration du 26 février 2019, respectivement lors de l'assemblée générale des actionnaires du 28 mars 2019.

Il est dès lors acquis que si DDD a accusé un certain retard dans l'approbation de ses comptes sociaux, elle n'est cependant plus en défaut par rapport à son obligation légale de déposer ses bilans approuvés, même si le dépôt des bilans des années 2016 et 2017 est tardif.

⁷ Pièce n° 22 Allen & Overy

⁸ Pièce n° 24 Allen & Overy

Le juge des référés étant appelé à statuer en fonction des éléments de fait qui se présentent au jour de sa décision, la non-approbation des bilans antérieurement à la saisine du juge des référés ne saurait valoir preuve d'un dysfonctionnement au niveau du conseil d'administration et de l'assemblée générale de la société justifiant la mise en œuvre de la mesure requise, d'autant qu'il résulte des pièces versées en cause que le retard dans l'établissement des comptes de DDD s'explique par le fait que les comptes de sa filiale LLL n'étaient pas disponibles, malgré demandes répétées émanant des administrateurs A et B de DDD.

- (ii) quant au défaut d'exécuter les dispositions de la loi instituant un Registre des bénéficiaires effectifs (RBE)

En application de l'article 4 (1) de la loi du 13 janvier 2019 instituant le RBE, devenu effectif le 1^{er} mars 2019, l'inscription des informations visées à l'article 3 et de leurs modifications doit être demandée par l'entité immatriculée ou par son mandataire, dans le délai d'un mois à compter du moment où l'entité immatriculée a pris connaissance ou aurait dû prendre connaissance de l'événement qui rend nécessaire l'inscription ou sa modification. Le notaire, rédacteur de l'acte constitutif ou de tout acte modificatif de l'entité immatriculée peut également demander l'inscription des informations visées à l'article 3 et leurs modifications.

En application de l'article 20 de la loi, sera punie d'une **amende de 1.250 à 1.250.000 euros**, l'entité immatriculée qui ne transmet pas de demande d'inscription au RBE, respectivement qui transmet une demande inexacte, incomplète ou non actuelle.

Il résulte des pièces versées en cause que le mandataire de MMM a demandé suivant courriers des 27 août 2019⁹ et 12 septembre 2019¹⁰ à DDD la confirmation du respect de cette obligation légale par DDD, mais qu'aucune réponse n'a été réservée à ces courriers et il ne résulte d'aucune pièce versée en cause que DDD se soit à ce jour conformée à l'obligation légale visée à l'article 4 (1) de la loi RBE.

Dans la mesure où la violation afférente n'est pas sanctionnée par la dissolution avec liquidation judiciaire de la société, elle n'est pas susceptible de causer un préjudice irréparable dans le chef de la société, de sorte qu'elle ne saurait à elle-seule revêtir le caractère de gravité requis pour la mise en œuvre de la mesure requise par les parties demanderesse.

- (iii) quant au conflit d'intérêts des administrateurs de catégorie A et B

⁹ Pièce n° 44 Maître SPET

¹⁰ Pièce n° 45 Maître SPET

Il est acquis en cause que DDD est contrôlée par les membres du conseil d'administration représentant le créancier gagiste III (les deux administrateurs A et les deux administrateurs B, seul l'administrateur C représentant les intérêts de l'actionnaire minoritaire BBB), suite à l'exercice des droits de vote attachés aux actions de AAA et CCC dans DDD, de sorte que les parties demanderesse font valoir que le conseil d'administration de DDD n'agirait que dans l'intérêt du créancier gagiste III et dans celui de sa maison mère UUU, sans égard pour l'intérêt social propre d'DDD, en ce que DDD, représentée par son actuel conseil d'administration, dénierait à AAA dans le cadre des procédures judiciaires pendantes devant les juridiction civiles à Luxembourg, toute possibilité d'agir en responsabilité contre III et UUU, pour violation de leur obligation de loyauté et violation du secret bancaire.

Elles reprochent dès lors aux administrateurs A et B un conflit d'intérêt, non pas en ce qu'ils agiraient dans leur intérêt personnel par rapport à l'intérêt social, mais un traitement inégal des actionnaires en faveur du seul du créancier gagiste III, préjudiciable aux intérêts de la société, du fait du non-exercice par DDD d'actions en justice à l'encontre de III (et de UUU) afin de se voir indemniser du préjudice causé à DDD du fait de la perte de son actif industriel sous-jacent, l'usine LLL en Géorgie.

Concernant le préjudice invoqué dans le chef de DDD, de la filiale LLL et in fine de son bénéficiaire effectif MMM, du fait de l'inaction d'une éventuelle action en responsabilité envisagée à l'égard de III pour violation de son obligation de loyauté et violation du secret bancaire, le juge des référés se doit de constater que toute responsabilité afférente est exclue dans le chef de III, tel que l'a retenu le tribunal d'arrondissement dans son jugement du 12 juillet 2017¹¹ et qui bénéficie de l'autorité de chose jugée, tant qu'il n'a pas été réformé, l'appel relevé contre ledit jugement par AAA et BBB en suspendant uniquement la force exécutoire et non pas l'autorité (Encyclopédie Dalloz, Procédure, Vol I, verbo appel, n° 606).

Aussi, il appert des développements qui précèdent que les parties demanderesse restent en défaut de justifier un dommage imminent dans le chef de DDD, (i) du fait d'un dysfonctionnement des organes statutaires de la société, justifiant la nomination d'un administrateur provisoire avec la mission générale de gérer et d'administrer la société en lieu et place du conseil d'administration, respectivement du fait (ii) d'un abus de majorité par le créancier gagiste III, justifiant la nomination d'un administrateur ad hoc avec une mission bien ponctuelle et limitée, de sorte que la demande est à déclarer irrecevable sur base du référé-sauvegarde et du référé urgence.

- Les indemnités de procédure

III demande la condamnation des parties demanderesse à lui payer la somme de 10.000 euros à titre d'indemnité de procédure.

¹¹ Jugement commercial XV n° 892/2017, numéro 180198 et 182103 du rôle

DDD, EEE, GGG, JJJ et HHH sollicitent chacun la condamnation des parties demanderesses à leur payer la somme de 2.500 euros.

Eu égard à l'issue du litige, il serait inéquitable de laisser à l'unique charge des parties défenderesses l'entièreté des frais de justice exposés, de sorte qu'il y a lieu de faire droit à leur demande en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

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 parties défenderesses 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 2.500 euros dans le chef de III et de 2.500 euros dans le chef de DDD, EEE, GGG, JJJ et HHH, soit 500 euros par partie défenderesse, DDD et ses administrateurs comparaisant par le même avocat, de manière à leur permettre de répartir les frais afférents entre eux.

En conséquence, il y a lieu de condamner AAA, BBB et CCC à payer à III, la somme de 2.500 euros à titre d'indemnité de procédure et à DDD, EEE, GGG, JJJ et HHH chaque fois la somme de 500 euros à titre d'indemnité de procédure.

Par ces motifs :

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 légitimement empêché, statuant contradictoirement,

recevons les demandes en la forme,

ordonnons la jonction des instances inscrites sous les numéros TAL-2019-00969 et TAL-2019-03667 du rôle ;

rejetons les moyens d'incompétence et d'irrecevabilité invoqués ;

Nous déclarons compétent pour connaître de la demande ;

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

déclarons la demande irrecevable ;

condamnons la société AAA, la société BBB et la société CCC à payer à la société III la somme de 2.500 euros à titre d'indemnité de procédure ;

condamnons la société AAA, la société BBB et la société CCC à payer à la société DDD la somme de 500 euros à titre d'indemnité de procédure ;

condamnons la société AAA, la société BBB et la société CCC à payer à EEE la somme de 500 euros à titre d'indemnité de procédure,

condamnons la société AAA, la société BBB et la société CCC SA à payer à GGG la somme de 500 euros à titre d'indemnité de procédure,

condamnons la société AAA, la société BBB et la société CCC à payer JJJ la somme de 500 euros à titre d'indemnité de procédure,

condamnons la société AAA, la société BBB et la société CCC à payer à et HHH la somme de 500 euros à titre d'indemnité de procédure,

laissons les frais de l'instance à charge de la société AAA, la société BBB et la société CCC ,

ordonnons l'exécution provisoire de la présente ordonnance nonobstant toute voie de recours.