

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

No. rôle: 139826
Réf. No. 689/2011
du 4 octobre 2011
à 14h15

Audience publique extraordinaire des référés du mardi, 4 octobre 2011, tenue par Nous Brigitte KONZ, Vice-Présidente au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, assistée du greffier assumé Sanela THOMMES.

DANS LA CAUSE

ENTRE

la société par actions simplifiées de droit français SOCIETE1.), au capital de 2.245.990 EUR, établie et ayant son siège social à F-ADRESSE1.), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Toulouse (F) sous le numéro NUMERO1.), représentée par son président actuellement en fonctions,

élisant domicile en l'étude de Maître François KREMER, avocat, demeurant à Luxembourg,

partie demanderesse comparant par Maître François KREMER, avocat, demeurant à Luxembourg,

ET

- 1) la société anonyme SOCIETE2.) S.A., établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,
- 2) la société à responsabilité limitée SOCIETE3.) S.à.r.l., établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO3.), représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions,

en sa qualité d'administrateur de l'assignée sub 1),

- 3) la société en commandite par actions SOCIETE4.) (SOCIETE4.)) S.C.A., établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO4.), représentée par son actionnaire-gérant-commandité,

en sa qualité d'administrateur de l'assignée (sub 1),

- 4) le sieur PERSONNE1.), administrateur de sociétés, demeurant à L-ADRESSE2.),

en sa qualité d'administrateur de l'assignée sub 1),

parties défenderesses sub 1), sub 2), sub 3) + sub 4) comparant par Maître Marc PETIT, avocat, demeurant à Luxembourg, assisté de Maître André FARACHE, avocat associé à la Société d'avocats KARILA, 91, rue du Fg St-Honoré à F-75008 Paris,

- 5) la société à responsabilité limitée SOCIETE5.) S.à.r.l., établie et ayant son siège social à L-ADRESSE3.), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO5.), représentée par ses gérants actuellement en fonctions,

en sa qualité de commissaire aux comptes de l'assignée sub 1)

partie défenderesse sub 5) comparant par Maître Claude GEIBEN, avocat, demeurant à Luxembourg.

F A I T S :

A l'appel de la cause à l'audience publique ordinaire des référés du lundi matin, 26 septembre 2011, Maître François KREMER donna lecture de la requête ci-avant transcrite et exposa les moyens de sa partie;

Maître Marc PETIT, Maître André FARACHE et Maître Claude GEIBEN répliquèrent;

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 du 15 septembre 2011 la société par actions simplifiées de droit français SOCIETE1.) ci-après la société SOCIETE1.) SAS a fait donner assignation à 1. la société SOCIETE2.) S.A., 2. la société SOCIETE3.) sàrl; 3. la société commandite par actions SOCIETE4.); 4. PERSONNE1.) et 5. la société SOCIETE5.) sàrl à comparaître devant le juge des référés aux fins de voir de voir nommer un administrateur ad hoc aux fins de convoquer une assemblée générale de la société SOCIETE2.) S.A., avec l'ordre du jour tel que repris au dispositif de l'assignation.

Par courrier du 28 septembre 2011 le mandataire des parties défenderesses 1-4 informe le tribunal qu'il a été mandaté par une société GROUPE1.) HOLDING sàrl de faire une intervention volontaire pour cette partie et qu'il demande acte *que cette société est bien titulaire d'une créance garantie par les nantissements.*

Il y a lieu de relever qu'aucune rupture du délibéré n'est sollicitée dans ce courrier aux fins de régulariser cette intervention volontaire et pour présenter contradictoirement ces moyens. Il s'en suit que le tribunal ne saurait faire droit à cette demande présentée en cours de délibéré et non débattue contradictoirement.

I LES MOYENS DES PARTIES.

A) Les moyens de la société SOCIETE1.) SAS.

Dans son exploit la partie requérante expose ce qui suit :

« Attendu que la requérante entend voir nommer un administrateur ad hoc pour la société assignée sub 1), dans le contexte des circonstances exceptionnelles suivantes :

1. Par convention du 21 décembre 2010, la société GROUPE1.) S.àr.l. a consenti un nantissement de premier rang à la requérante sur 51% du capital et des droits de vote de l'assignée sub 1) (le « nantissement »).
2. La requérante a procédé à la réalisation du nantissement par lettre du 1^{er} juillet 2011, adressée à l'assignée sub 1). Cette réalisation a été signifiée par acte d'huissier de justice du 8 juillet 2011 aux assignées sub 1) et à la société GROUPE1.) S.àr.l..
3. La requérante est ainsi devenue actionnaire majoritaire en s'appropriant 51% du capital et des droits de vote de l'assignée sub 1).
4. Par après, la requérante a demandé, par application de l'article 70 (al. 2) de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, la tenue d'une

assemblée générale de l'assignée sub 1). Cette demande a été formulée par deux lettres en recommandée AR du 19 juillet 2011 adressées au conseil d'administration et au Commissaire aux comptes (assignée sub 5) de l'assignée sub 1).

Cette demande d'assemblée générale comportait l'ordre du jour suivant :

1. Rapport du conseil d'administration et du commissaire aux comptes.
2. Approbation du bilan et du compte de profits et pertes au 31 décembre 2009.
3. Affectation du résultat.
4. Décision à prendre quant à la continuation des activités de la Société après la perte de plus de cinquante pour cent de son capital durant l'exercice.
5. Révocation des membres du conseil d'administration actuellement en fonctions, à savoir SOCIETE3.) S.àr.l. SOCIETE4.) (SOCIETE4.) S.C.A. et M. PERSONNE1.).
6. Désignation de nouveaux membres du conseil d'administration.
7. Révocation du commissaire actuellement en fonctions, à savoir SOCIETE5.) S.àr.l..
8. Désignation d'un nouveau commissaire.
9. Divers.
5. A ce jour, le conseil d'administration de l'assignée sub 1) et l'assignée sub 5) laissent d'y faire droit. »

B) Les moyens des défendeurs 1-4.

Les défendeurs soulèvent d'abord la nullité de l'exploit pour libellé obscur et contestent la compétence territoriale du juge saisi et soulèvent l'exception de litispendance. Ils critiquent encore la qualité à agir de la demanderesse. Ils contestent la recevabilité de la demande en fait et en droit, ainsi qu'il y aurait trouble illicite et en conséquence voie de fait sinon l'urgence ne serait pas donnée en l'espèce. Les organes de la société SOCIETE2.) S.A. fonctionneraient normalement. Partant la société SOCIETE1.) SAS serait à débouter de sa demande.

Ils formulent une demande reconventionnelle en obtention d'une indemnité de procédure de 2.500.- €

C) Les moyens de la société SOCIETE5.) sàrl.

La société SOCIETE5.) sàrl, assignée en sa qualité de commissaire aux comptes, conteste la qualité à agir de la demanderesse.

Il découle des termes de la note de plaidoirie à la page 2 et des plaidoiries à l'audience, que la société SOCIETE1.) SAS *n'est pas inscrite comme actionnaire au registre des actionnaires de la société SOCIETE2.) S.A. mais y serait inscrite ... comme preneur de gage, mais non pas comme actionnaire propriétaire.*

La demande serait irrecevable sinon non fondée au motif que tant les conditions de l'article 70 (2) de la loi sur les sociétés que celles des articles 932 et 933 ne seraient pas données.

La société SOCIETE5.) sàrl formule une demande reconventionnelle en obtention d'une indemnité de procédure de 2.500.- €

II LES FAITS.

Il résulte des renseignements fournis en cause, qu'entre autres la société SOCIETE1.) SAS d'une part et le groupe GROUPE1.), une société SOCIETE6.) SAS ainsi qu'un groupe GROUPE2.) et un groupe GROUPE3.), en présence de deux administrateurs judiciaires nommés par ordonnance du 20 octobre 2010 d'autre part, ont signé un protocole d'accord en date du 21 décembre 2010. A l'article 10 de cet accord, les différents de cette convention sont soumis au droit français et au Tribunal de commerce de Nanterre. Une convention de nantissement d'actions entre le groupe GROUPE1.), en tant que constituant du gage, et la société SOCIETE1.) SAS, en tant que créancier gagiste, et la société SOCIETE2.) S.A. a été signée le même jour. Par la clause 10 de cette convention, les différents de cette convention sont soumis au droit luxembourgeois et aux juridictions du Luxembourg. Cette dernière convention fut signifiée par la société SOCIETE1.) SAS à la société SOCIETE2.) S.A. et à la société GROUPE1.) sàrl en date du 8 juillet 2011. Par courrier du 1^{er} juillet 2011 le groupe SOCIETE1.) informe, qu'il entend réaliser le gage et demande une modification du registre de l'actionnaire. Par courrier de son mandataire du 22 juillet 2011, la société SOCIETE2.) S.A., conteste le fondement de la réalisation du nantissement. Par un autre courrier, le mandataire de la société SOCIETE1.) SAS demande une copie du registre des actionnaires ainsi que la tenue d'une assemblée générale de la société SOCIETE2.) S.A..

III LES MOYENS.

A) Le libellé obscur.

Les défendeurs 1-4 soulèvent d'abord la nullité de l'exploit pour libellé obscur et contestent la compétence du juge saisi au motif que la demanderesse n'aurait pas spécifié les « circonstances exceptionnelles justifiant la nomination d'un administrateur ad hoc. »

En vertu de l'article 154 du NCPC tant l'exploit d'ajournement que, par analogie, l'exploit d'assignation ou la requête en obtention d'une ordonnance conditionnelle de paiement doit contenir, à peine de nullité, l'objet de la demande et l'exposé sommaire des moyens.

Ces conditions sont remplies en l'espèce, l'exploit introductif énonce clairement l'objet de la demande en l'occurrence une demande en nomination d'un administrateur ad hoc avec la mission de convoquer une assemblée générale de la société la société SOCIETE2.) S.A., avec l'ordre du jour, tel que repris au dispositif de l'assignation sur base des articles 933 sinon 932 du NCPC ainsi que les moyens et faits sommaires.

Il s'en suit que le moyen n'est pas fondé et doit partant être rejeté.

B) La compétence du juge saisi.

Les défendeurs 1-4 se prévalent des clauses des contrats signés entre parties pour conclure à l'incompétence du juge des référés actuellement saisi de la demande au profit du juge français du Tribunal de Commerce de Nanterre.

Le Président du Tribunal d'arrondissement est compétent *rationae materiae* pour connaître en référé des litiges qui sont au fond de la compétence d'attribution de ce tribunal en matière civile et commerciale, compétence qui est d'ordre public et doit être vérifiée d'office par cette juridiction.

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, n° 24441 du rôle).

En principe le juge territorialement compétent est le président de la juridiction qui, au fond aurait compétence pour connaître du litige.

Même si en général on admet la compétence du juge du lieu où la mesure doit être appliquée, concurremment avec celle du juge du domicile du défendeur, la jurisprudence a toutefois retenu que les dispositions de l'article 932 alinéa 1er et de l'article 933 alinéa premier sont d'application purement territoriale, de sorte que le juge des référés n'a pouvoir d'ordonner les mesures urgentes visées dans ces articles que par rapport à une situation de fait et de droit qui existe au Grand-Duché de Luxembourg (C.A 24.2.1988, Cl. c/ Ba. , no. 10047 du rôle).

Il est encore admis en matière de référé que le demandeur peut saisir le juge des référés du lieu dans le ressort duquel doivent être prises ou exécutées les mesures urgentes qui lui sont demandées. Cette option, qui n'exclut pas la possibilité de saisir le juge des référés territorialement compétent sur le fond selon le droit commun, se justifie non seulement par le souci de faciliter l'instruction, mais elle est opportune chaque fois que la mesure sollicitée (séquestre, mesures conservatoires diverses) est susceptible d'engendrer des difficultés nécessitant une intervention ultérieure du juge qui est chargé du contrôle de la mesure ordonnée. Cette option est encore utile lorsque toutes les parties demeurent à l'étranger et lorsqu'il s'agit de prendre des mesures conservatoires au Grand-Duché de Luxembourg (cf. Réf. Lux. 9.10.1995 no. rôle 1238/95 C. c/ U. et B.).

Si les parties ont signé un protocole d'accord en date du 21 décembre 2010 et qu'à l'article 10 de cette convention les différends de cette convention sont soumis au droit français et au Tribunal de commerce de Nanterre, cette convention fut cependant suivie de la signature d'une convention de nantissement d'actions, où par la clause 10, acceptée par toutes les parties en cause, les différends de cette convention sont soumis au droit luxembourgeois et aux juridictions du Luxembourg. Les difficultés actuelles surgissent du fait, que la qualité d'actionnaire de la société SOCIETE1.) SAS est critiquée et que pour cette raison, sa demande de la tenue d'une assemblée générale lui est refusée. Il s'agit d'un différent né de cette convention, de sorte que par application de cette clause les juridictions luxembourgeoises sont compétentes.

Par ailleurs, dans la mesure où la nomination d'un administrateur ad hoc d'une société luxembourgeoise, avec siège social au Luxembourg, pour y tenir une assemblée générale des actionnaires, est sollicitée par société de droit français, mesure qui doit être exécutée au

Luxembourg où se trouve établi le siège de la société SOCIETE2.) S.A., les défendeurs étant tous des sociétés luxembourgeoises, avec siège au Luxembourg, le juge des référés luxembourgeois est partant compétent pour connaître de la demande.

Pour le surplus la mesure réclamée sur base des articles 933 sinon 932 du NCPC, rentre dans les attributions du juge des référés.

Les moyens tirés de l'incompétence ne sont partant pas fondés.

C) La litispendance.

Les défendeurs soulèvent encore l'exception de litispendance au motif qu'une action serait pendante devant le tribunal de commerce de Nanterre.

Pour qu'il y ait litispendance, il faut que deux demandes aient le même objet et soient fondées sur la même cause, qu'elles existent entre les mêmes parties, qu'elles soient portées devant deux tribunaux différents, l'un et l'autre compétent.

Il n'y a pas de litispendance lorsque, à propos de la même affaire, une juridiction a été saisie au fond et une autre en référé. Le défaut de litispendance résulte du fait que le juge des référés ne statue qu'au provisoire, tandis que l'affaire est définitivement tranchée par les juges du fond, de sorte que les décisions du juge des référés ne font pas préjudice au principal (Cour 16 février 2005, no 28860 du rôle).

En l'espèce, le procès devant le Tribunal de Commerce à Nanterre se meut entre d'autres parties et a un objet différent.

Le moyen de litispendance soulevé par les parties défenderesses est dès lors à rejeter.

D) La qualité à agir.

Tous les défendeurs contestent encore la recevabilité de l'exploit introductif d'instance pour défaut de qualité dans le chef de la société SOCIETE1.) SAS, qui ne serait pas actionnaire, membre du conseil d'administration voir commissaire au compte de la société SOCIETE2.) S.A..

Il paraît important de souligner que l'ordonnance du juge des référés est exécutoire par provision, elle n'a pas autorité de chose jugée au principal mais seulement au provisoire.

Partant, les mesures ordonnées par le juge des référés ont toujours un caractère provisoire, elles ne peuvent être irréversibles, ce qui serait incompatible avec la nature du référé.

Il s'en suit que le juge des référés n'est pas appelé à juger le fond du droit et il ne peut pas « dire et juger ».

Equivaut à une contestation sérieuse le fait de trancher une question de fond pour justifier la mesure sollicitée.

Le juge des référés saisi d'une demande sur base de l'article 932 alinéa 1er respectivement 933 du nouveau code de procédure civile n'a pas à trancher de difficulté relative à l'application ou

à l'interprétation du contrat liant les parties mais doit simplement vérifier si les conditions pour l'institution d'une mesure conservatoire sont remplies.

Admettre le contraire reviendrait en fait et en droit à instaurer pour l'institution en référé de simples mesures conservatoires des pouvoirs appartenant au juge du fond.

Quoiqu'il en soit, l'interprétation des termes du contrat sinon de l'accord pour déterminer la nature du contrat liant les parties, des obligations respectives de part et d'autre sont des questions qui relèvent de la compétence du juge du fond.

La question se pose en l'occurrence, à l'occasion de la demande basée sur des contrats comme en l'espèce, qui ne sont pas résiliés et dont les obligations réciproques sont contestées de part et d'autre, quels sont les pouvoirs d'interprétations ou d'application de tels actes par le juge des référés.

Si le juge des référés peut appliquer un contrat dont les termes sont clairs, il ne saurait interpréter une convention dont la nature exacte est contestée entre les parties, sous peine de porter préjudice au fond.

Il doit en être de même pour l'application des mesures sollicitées par la partie demanderesse.

Pour ce faire, le juge des référés devrait procéder à un examen non sommaire de la demande en fait et en droit, alors cependant que le juge des référés est le juge de l'évident et de l'incontestable; en effet, en présence des arguments contradictoires développées par les parties en cause, il n'est pas sûr dans quel sens trancherait le juge du fond s'il venait à être saisi des contestations de part et d'autre.

L'article 70 de la loi de 1915 sur les sociétés énumère limitativement les organes de la société ainsi que le pourcentage minimum requis permettant aux actionnaires de demander la convocation d'une assemblée générale et la procédure à suivre pour le cas où suite à une telle demande, l'assemblée n'est pas tenue dans le délai prescrit.

En l'espèce il résulte des débats à l'audience et des notes versées que des contestations sérieuses existent quant à l'interprétation des contrats conclus le 21 décembre 2011 et notamment si les conditions suspensives non remplies, selon les défendeurs, ne constitueraient pas un obstacle à la réalisation du nantissement invoqué par la société SOCIETE1.) SAS. Par ailleurs le rang du gage est encore contesté notamment en raison de l'inscription au registre d'un nantissement au nom de la société SOCIETE2.) S.A. avec un rang supérieur à celui de la société SOCIETE1.) SAS, auquel aucun rang ne serait attribué.

Il s'en suit que la qualité d'actionnaire de la société SOCIETE1.) SAS dans la société SOCIETE2.) S.A., voir sa qualité à demander la tenue d'une assemblée générale sont contestées.

Toutes ces contestations sérieuses requièrent l'interprétation par le juge des référés des deux conventions litigieuses du 21 décembre 2010, pouvoir appartenant au juge du fond en l'espèce.

Il s'en suit que la partie demanderesse n'a pas justifié de sa qualité d'actionnaire voire sa qualité à agir en l'espèce.

La demande est partant irrecevable.

Les parties demanderesse et défenderesses ne justifiant pas de la condition d'iniquité requise pour l'application de l'article 240 du nouveau code de procédure civile, leurs demandes respectives en allocation d'une indemnité de procédure sont à rejeter.

Par ces motifs

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

recevons la demande en la pure forme;

déclarons irrecevable la demande en intervention volontaire au nom de la société GROUPE1.) HOLDING S.A.;

déclarons irrecevable la demande en nomination d'un administrateur provisoire;

rejetons les demandes respectives sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile;

condamnons la demanderesse aux frais et dépens de l'instance.