

No. Rôle: TAL-2022-07559
No. 2022TALREFO/00464
du 2 décembre 2022

Audience publique extraordinaire des référés du vendredi, 2 décembre 2022, tenue par Nous Philippe WADLÉ, 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, assisté du greffier Loïc PAVANT.

DANS LA CAUSE

ENTRE

A.), demeurant à (...),

élisant domicile en l'étude de Maître Maria MUZS, avocat, demeurant à Luxembourg,

partie demanderesse comparant par Maître Maria MUZS, avocat, demeurant à Luxembourg,

ET

la société B.), actuellement sans siège social connu, ayant été établie et ayant eu 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,

partie défenderesse défaillante.

F A I T S :

A l'appel de la cause à l'audience publique des référés ordinaires du lundi matin, 21 novembre 2022, Maître Maria MUZS donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite et exposa ses moyens.

La société anonyme B.) ne comparut pas à l'audience.

Sur ce le juge 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 4 octobre 2022, A.) a fait donner assignation à la société anonyme B.) (ci-après « **la société B.)** » ou « **la Société** ») à comparaître devant le Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, pour voir nommer un administrateur provisoire de la Société avec la mission plus amplement spécifiée dans le dispositif de son assignation.

Aux termes de son assignation, A.) réclame encore l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.500,- euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, l'exécution provisoire de l'ordonnance à intervenir sur minute et avant enregistrement, ainsi que la condamnation de la Société à tous les frais et dépens de l'instance.

A l'appui de sa demande, A.) expose qu'elle détient 25% des actions de la Société C.) détient les 75% restants du capital social ; que cette dernière, en sa qualité d'actionnaire majoritaire, ne pourrait actuellement pas valablement voter aux assemblées générales de la Société en raison d'une irrégularité au niveau de la composition de son conseil d'administration ; que par ailleurs, suite à une assignation en nomination d'un ou de plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur certaines opérations de gestion, basée sur l'article 1400-3 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales et signifiée à sa requête en date du 20 octobre 2021, les trois membres du conseil d'administration de la Société auraient démissionné le 23 novembre, respectivement 23 décembre 2021 ; que par ordonnance n° 2022TALCH02/00711 du 6 mai 2022, Raphaël LOSCHETTER aurait été nommé expert avec la mission de se prononcer sur les opérations de gestion visées dans l'assignation précitée ; que malgré plusieurs demandes, la Société n'aurait à ce jour toujours pas remis les documents nécessaires à l'accomplissement de la mission de l'expert LOSCHETTER ; qu'en outre, le 25 novembre 2021, le commissaire aux comptes de la Société, la société D.), aurait démissionné de son poste et aurait dénoncé la convention de domiciliation de la Société ; que trois nouveaux administrateurs ainsi qu'un nouveau commissaire aux comptes auraient été nommés le 23 décembre 2021, mais ce dernier et un des nouveaux administrateurs auraient par la suite démissionné de leurs mandats sans avoir été remplacés à ce jour ; qu'en plus, les comptes annuels pour l'exercice 2021 n'auraient pas été publiés ; qu'elle aurait par ailleurs identifié plusieurs manquements aux

obligations légales commises par les membres du conseil d'administration de la Société ; qu'enfin, il existerait une mésentente sérieuse entre les actionnaires quant à la gestion de la Société qui conduirait à la paralysie et au blocage de toute vie sociale ; que dans les conditions ainsi données, il y aurait lieu de procéder à la nomination d'un administrateur judiciaire provisoire.

Motifs de la décision

Il convient de rappeler que l'intervention du juge des référés dans la vie des sociétés se fonde sur des critères très réticents : (i) l'urgence, (ii) le provisoire, (iii) l'existence d'une apparence de droit et (iv) l'absence d'immixtion du juge dans la vie sociale (*E. POTTIER et M. DE ROECK, L'administration provisoire: bilan et perspectives, RDCB, 1997, p. 204, n° 5*).

Les trois premières conditions découlent du fait que le fondement en droit du juge des référés en matière de sociétés doit être recherché dans les conditions de droit commun du référé des articles 932 et 933 du Nouveau Code de procédure civile.

Plus particulièrement, en ce qui concerne le premier critère, l'intervention du juge des référés ne saurait se justifier que lorsqu'il y a urgence, c'est-à-dire quand le moindre retard peut causer un préjudice irréparable. D'une manière générale, la jurisprudence considère qu'il y a toujours urgence dans tous les cas où la gestion sociale n'est plus assurée par suite de la disparition, de la carence ou de la paralysie de l'un ou de plusieurs des organes sociaux (*Nico EDON, L'intervention du juge des référés dans la vie des sociétés, Diagonales à travers le droit luxembourgeois, 1986, p. 189*).

En revanche, lorsque les organes sont encore en état de fonctionner, l'urgence devra être démontrée par les circonstances de l'espèce. Il s'agira essentiellement de démontrer que la non-intervention du juge produirait des suites irréparables, d'apporter la preuve du péril que courent les droits de quelqu'un si les choses sont laissées en l'état en attendant que la contestation au fond soit vidée (*TAL (référé), 28 juillet 1986, n° 832/86 ; TAL (référé), 27 juillet 1987, n° 811/87 ; TAL (référé), 3 novembre 1988, n° 1331/88*).

Quant à la condition du provisoire, celle-ci a été, selon la doctrine, petit à petit vidée de sa substance pour ne plus constituer aujourd'hui qu'une interdiction faite au juge des référés de rendre une ordonnance dont le dispositif serait déclaratif ou constitutif de droits (*E. POTTIER et M. DE ROECK, op.cit., p. 205, n° 9*).

La Cour de cassation belge a à ce sujet décidé que la seule limite du juge des référés est que ce dernier ne peut modifier la situation juridique des parties de manière définitive et irréversible rendant inutile ou sans intérêt une décision du juge du fond en sens opposé (*Cass. belge, 14 juin 1991, Pas. belge, 1991, I, p. 99*).

En ce qui concerne le troisième critère, à savoir l'apparence de droit, celui-ci découle tout naturellement du libellé de l'article 933 du Nouveau code de procédure civile, qui permet au juge des référés de fonder sa décision sur une situation de fait ou de droit qui

n'est ou ne peut être sérieusement contestée (*Cour d'appel, 26 juin 1985, Pas. 26, p. 354*).

Il est enfin de principe qu'en matière de droit des sociétés, l'intervention du juge des référés est soumise à un principe de subsidiarité (également appelé « principe du dernier recours » ou « principe de non-intervention »).

La subsidiarité de l'action en référé implique qu'elle ne peut être mue que lorsque les modes de résolution des conflits offerts par la loi sur les sociétés et la convention (statutaire ou extrastatutaire) des parties sont impuissantes à résoudre le différend ; l'intervention judiciaire doit donc être nécessaire (*Roman AYDOGDU, Les conflits entre actionnaires, 1^{ère} édition, Bruxelles, LARCIER, 2010, n° 251, p. 146*).

Il n'appartient 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.

Le principe est donc qu'il n'appartient pas aux juges d'intervenir dans le fonctionnement des sociétés, ce rôle étant dévolu aux organes sociaux.

Il découle de ce qui précède que pour que l'intervention du juge des référés dans la vie d'une société se justifie, il faut que les droits de la société ou de certains de ses membres soient sérieusement menacés et que l'intervention du juge soit rigoureusement nécessaire pour pourvoir à leur protection.

Il y a dès lors lieu d'analyser si les circonstances de l'espèce justifient l'intervention du juge des référés dans la vie de la société B.) au regard des principes ci-avant énoncés.

A ce titre, il y a d'abord lieu de noter qu'il n'est pas établi en cause que les organes de la Société soient actuellement hors d'état de fonctionner.

En effet, même à considérer que l'actionnaire majoritaire (la société C.) soit actuellement dépourvu d'un conseil d'administration régulièrement composé et qu'il soit par conséquent dans l'impossibilité d'exprimer un vote valable, la Société n'est pas pour autant bloqué ou paralysé au niveau de son assemblée générale.

Ni la loi ni les statuts de la Société ne prévoient une condition de quorum ou de majorité qui s'opposerait à ce que la demanderesse, en tant qu'actionnaire minoritaire détenant 25% du capital social, fasse convoquer (article 450-8 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales) et tienne une assemblée générale en vue notamment de procéder à la nomination d'un ou de plusieurs nouveaux administrateurs, étant rappelé dans ce contexte que les décisions ordinaires des assemblées générales, dont celles de nomination des dirigeants sociaux, sont prises à la majorité simple des voix exprimées.

Dans ces conditions, on ne saurait pas non plus admettre un blocage au sein du conseil d'administration de la Société, dès lors que la demanderesse ne prouve pas que l'assemblée générale des actionnaires soit dans l'impossibilité de pourvoir au remplacement du (ou des) administrateur(s) démissionnaire(s).

La même conclusion s'impose en ce qui concerne la fixation du siège social, sachant que les statuts de la Société prévoient que celui-ci « [...] *pourra être transféré dans tout autre endroit du Grand-Duché de Luxembourg par une décision de l'assemblée générale des actionnaires* », ainsi que pour la nomination d'un nouveau commissaire aux comptes.

Par ailleurs, en l'absence d'une répartition paritaire des droits de vote au sein de l'assemblée générale, il ne saurait être considéré, à défaut de toute autre explication fournie à ce sujet, qu'une mésentente entre actionnaires, à la supposer établie, puisse mener à la paralysie de la Société, mais il faut admettre que ce conflit peut être réglé par la loi de la majorité et/ou l'équilibre des pouvoirs entre organes sociaux.

Les organes de la Société étant en état de fonctionner, il appartient à la demanderesse de rapporter la preuve du caractère urgent de sa demande.

Il est admis en jurisprudence luxembourgeoise que si les organes de la société sont en état de fonctionner normalement, ce qui est le cas en l'espèce, le juge des référés ne peut intervenir par des mesures provisoires qu'en cas d'existence d'un trouble manifestement illicite ou d'un dommage imminent, hypothèses dans lesquelles l'urgence est toujours sous-entendue ou présumée, ou au cas où la partie qui demande l'intervention du juge démontre que la non-intervention de ce dernier produirait des suites irréparables (*Cour d'appel, 27 avril 2022, n° CAL-2022-00312 du rôle et Cour d'appel, 27 avril 2022, n° CAL-2022-00313 du rôle, citant Nico EDON, L'intervention du juge des référés dans la vie des sociétés, Livre jubilaire de la Conférence St. Yves, p. 188*).

En l'espèce, la demanderesse fait état d'agissements délictueux et de carences dans le chef du conseil d'administration de la Société.

Or, mis à part le défaut publication des comptes annuels de la Société pour l'exercice 2021 et le risque de mise en liquidation qui en résulterait, la demanderesse ne fait état d'aucun trouble manifestement illicite qu'il y aurait lieu de faire cesser ou d'un dommage imminent qu'il y aurait lieu de prévenir.

L'absence de publication des comptes annuels d'un seul exercice n'est cependant pas de nature à caractériser l'urgence requise pour l'intervention du juge des référés, dès lors que cette circonstance n'entraîne pas forcément et dans l'immédiat une mise en liquidation de la société, et qu'il peut par ailleurs y être remédié par des décisions appropriées des organes de la Société qui, tel que relevé ci-avant, sont en mesure de fonctionner.

De même, le fait que la Société n'ait pas communiqué la documentation demandée par l'expert judiciaire Raphaël LOSCHETTER, n'est pas constitutif d'une menace sérieuse pour la Société ou pour la requérante, qui rendrait nécessaire l'adoption de la mesure sollicitée.

Enfin, même à supposer que les membres actuels du conseil d'administration de la Société se rendent coupables de fautes dans la gestion de la Société, voire même d'infractions pénales, la demanderesse reste en défaut d'expliquer en quoi ses intérêts ou ceux de la Société ne peuvent pas utilement être sauvegardés par l'intervention de l'assemblée générale des actionnaires, qui peut notamment procéder à la révocation du (ou des) administrateur(s) fautif(s).

Il suit de l'ensemble des développements qui précèdent que la condition de l'urgence requise pour l'application de l'article 932, alinéa 1^{er} et inhérente à l'application de l'article 933, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile n'est pas remplie.

Les conditions nécessaires pour l'intervention du juge des référés n'étant pas données, la demande d'A.) est à déclarer irrecevable.

Au vu de l'issue de l'instance, la demande d'A.) en obtention d'une indemnité de procédure n'est pas fondée.

L'assignation du 4 octobre 2022 n'ayant pas été signifiée à personne à la société B.), il y a lieu de statuer par défaut à son égard, en application de l'article 79, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile.

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

Nous Philippe WADLÉ, 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 par défaut à l'égard de la société anonyme B.),

recevons la demande en la forme ;

Nous déclarons compétent pour en connaître ;

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

déclarons la demande irrecevable ;

déboutons la partie demanderesse de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ;

ordonnons l'exécution provisoire de la présente ordonnance nonobstant toutes voies de recours et sans caution ;

laissons les frais de l'instance à charge de la partie demanderesse.