

DROIT DES SOCIÉTÉS (2002-2006)

PAR

Franz FAYOT

AVOCAT À LA COUR

ET

Cintia MARTINS COSTA

AVOCAT À LA COUR

SOMMAIRE

	PAGES
1. – RÉFÉRÉ DU 31 OCTOBRE 2001	427
2. – RÉFÉRÉ – COMM. – 22 JUIN 2003	430
3. – COUR D'APPEL – COMM. – 18 JUIN 2003 – N° 26917 DU RÔLE	432
4. – TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT – 9 MAI 2003 – N° 73128 DU RÔLE	436
5. – TRIB. ARR. LUX., COMM. (VI ^E), 18 DÉCEMBRE 2003, N° 83195 DU RÔLE	439
1. – <i>Les questions de procédure</i>	439
1.1. – <i>Le point de départ du délai d'opposition</i>	439
1.2. – <i>La notification de l'acte introductif d'instance par requête publiée dans deux journaux et par voie de conséquence du jugement déclaratif de liquidation</i>	441
2. – <i>Possibilité de régulariser une violation de l'article 203 LSC postérieurement à la requête en dissolution introduite par le Ministère Public sur base de l'article 203(1) LSC</i>	442
3. – <i>Illustrations de la jurisprudence dominante</i>	445

6. – TRIB. ADMIN., 20 SEPTEMBRE 2004, N° 17629 DU RÔLE	448
7. – TRIB. ARR. LUX., CHAMBRE COMM. (2 ^E), ORDONNANCE N° 851/03 DU 24 OCTOBRE 2003	450
8. – COUR D'APPEL, CIVIL, 17 JUILLET 2002, N ^{OS} 23054, 24097 ET 26382 DU RÔLE	452
9. – TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT – XV ^{ÈME} CHAMBRE – 14 JUILLET 2004 – N° 84594 DU RÔLE	457
10. – RÉFÉRÉ DU 29 JUILLET, 2003 N° 588/2003, N° 82613; RÉFÉRÉ DU 5 AOÛT, 2003 N° 604/2003, N ^{OS} 82613 ET 82696; RÉFÉRÉ DU 1 ^{ER} OCTOBRE, 2003, N° 703/2003, N° 83740; RÉFÉRÉ DU 27 NOVEMBRE 2003, N° 880/2003, N° 84807 DU RÔLE	458
1. – <i>Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – référé n° 588/2003 du 29 juillet 2003 – n° 82613 du rôle</i>	460
2. – <i>Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – ordonnance de référé du 5 août 2003 – n^{OS} 82613 et 82696 du rôle</i>	463
3. – <i>Tribunal d'arrondissement de Luxembourg – référé du 1^{er} octobre 2003, n° 83740 du rôle</i>	474
4. – <i>Référé du 27 novembre 2003, n° 84807 du rôle</i>	475
11. – TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT, XV ^{ÈME} CHAMBRE, 27 JUIN 2005, N° 649/05 DU RÔLE	479
12. – COUR D'APPEL, IV ^{ÈME} CHAMBRE, 30 OCTOBRE 2002, N° 25762 DU RÔLE; TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE LUXEMBOURG, RÉFÉRÉ, 25 JUIN 2004, N° 476/2004 – N ^{OS} 88320, 88321 ET 88322 DU RÔLE; COUR D'APPEL, APPEL RÉFÉRÉ, 7 ^{ÈME} CHAMBRE, 8 NOVEMBRE 2005, N° 29357 DU RÔLE	485
13. – RÉFÉRÉ EXTRAORDINAIRE DU 17 OCTOBRE 2002, N° 877/2002 ET RÉFÉRÉ EXTRAORDINAIRE DU 18 NOVEM- BRE 2002, N° 877/2002 DU RÔLE	489

1. – Référé du 31 octobre 2001

Société anonyme

1. Art. 67(5) LSC – demande de prorogation de l'assemblée générale – modalités et mise en œuvre de ce droit – sanction de l'absence de prorogation – nullité des décisions prises – suspension des décisions par le juge des référés

2. Pouvoirs du juge des référés – impossibilité de prononcer une suspension qui anéantirait définitivement une résolution du conseil

a) Un actionnaire S d'une société anonyme (la société «G») avait introduit une action en référé pour voir suspendre deux assemblées générales de G visant à l'approbation des comptes pour les années 1997-2000, l'approbation des comptes 2000 conditionnant par ailleurs la souscription d'une augmentation de capital dans une filiale étrangère de G.

S avait demandé la prorogation de ces assemblées par courriers adressés préalablement à leur tenue au président du conseil.

Le juge des référés se prononce dans les termes suivants :

«Quant à la suspension des effets des assemblées générales des 24 et 25 octobre 2001.

L'institution de cette mesure rentre dans les pouvoirs du juge des référés soit sur base de l'article 933 alinéa premier, soit de l'article 932 alinéa premier du NCPC.

L'article 67(5) de la loi sur les sociétés dit que le conseil d'administration a le droit de proroger, séance tenante, l'assemblée à quatre semaines, qu'il doit le faire sur la demande d'actionnaires représentant au moins le cinquième du capital social et que cette prorogation annule toute décision prise.

En droit belge, ce droit d'ajournement n'est accordé qu'au conseil d'administration et uniquement pour des assemblées ayant pour objet l'approbation du bilan. Le législateur l'a prévu pour le cas où l'assemblée serait peu nombreuse, composée d'éléments hostiles à l'administration réunis à dessein et qui veut prendre des résolutions que le conseil d'administration considère comme contraires à l'intérêt social.

En droit luxembourgeois, ce droit n'a pas seulement été accordé au conseil d'administration, mais également à l'actionnaire minoritaire. Par ailleurs, ce droit de prorogation est beaucoup plus large; il s'applique à toutes les assemblées, y compris celles appelées à modifier les statuts.

En effet, il est dans l'intention du législateur que pendant le délai de prorogation tous les actionnaires sont mobilisés, également ceux absents à la première assemblée, qu'ils reconsidèrent les problèmes à l'ordre du jour et que lors de l'assemblée prorogée une nouvelle décision éclairée et à grande majorité sera prise.

La disposition légale analysée est dérogatoire au principe général en vertu duquel l'assemblée générale régulièrement constituée est souverainement maîtresse pour prendre ses décisions. En vertu de l'article 67(5) de la loi sur les sociétés disant que toute décision prise est annulée, il y a lieu de conclure que l'assemblée ne peut siéger nonobstant et contrairement à la prorogation. L'effet de la prorogation est d'annuler les décisions prises.

Le droit de prorogation doit être exercé par le conseil d'administration, il n'appartient pas au président de l'assemblée générale. Le président de l'assemblée, requis par le conseil, est tenu de prononcer la prorogation.

Partant, l'argument de la société anonyme G disant que dans la hiérarchie des organes sociaux, l'assemblée générale prime le conseil d'administration qui ne peut proroger une assemblée si celle-ci s'y oppose majoritairement est à rejeter.

Même si les membres du conseil d'administration n'étaient pas présents à l'assemblée, il n'est pas contesté que la demande en prorogation leur a été remise avant l'assemblée, de sorte qu'ils avaient toute possibilité de prendre une décision et d'en informer l'autre actionnaire, en l'occurrence la société 'U' qui détenait les 24 et 25 octobre 2001 les 37.386 actions restantes du capital social de la société anonyme G.

La société anonyme G estime que le défaut de prorogation n'engage que la responsabilité du conseil d'administration.

L'article 67(5) de la loi sur les sociétés est sans équivoque. Il dit que le conseil doit proroger l'assemblée à la demande de l'actionnaire. Une sanction légale étant clairement prévue à l'égard de toute décision prise en dépit de la prorogation, il n'appartient donc pas au juge de réduire la réparation en nature à une simple question de responsabilité, voire de dommages-intérêts.

La société anonyme G soutient que la suspension des résolutions serait manifestement disproportionnée par rapport à la voie de fait alléguée, que la suspension des décisions d'approbation des comptes sociaux ferait courir à la société anonyme G le risque d'une dissolution judiciaire.

*Il n'appartient pas au juge des référés de dire et de juger, de porter un jugement sur le fond du litige; il n'a à exercer qu'un contrôle de régularité formelle (cf. Cour d'Appel du 26 juin 2000 n° 24441 du rôle, *Boyd and Bluford/Uniparent Holding*). (...)*

En l'espèce, il échet de constater que les assemblées générales des 24 et 25 octobre 2001 ont été tenues malgré la demande de prorogation d'un actionnaire détenant au moins un cinquième du capital social.

L'article 67(5) de la loi sur les sociétés prévoit que toute décision prise est annulée par la prorogation.

Les critères de l'urgence et du provisoire tant comme fondement du droit du juge d'intervenir dans la vie des sociétés que comme critère de recevabilité de la demande devant les juges référés sont constitués par une menace à écarter ou un obstacle à franchir. En effet, il y a urgence là où la protection rapide du droit ou de l'intérêt menacé par l'écoulement du temps ne s'effectue qu'aux dépens d'un intérêt ou d'un droit de valeur moindre.

En l'occurrence, il y a urgence à procéder à la mesure requise afin que dans l'intérêt tant de S. que de la société anonyme G une situation irrégulière ne perdure et pour éviter que d'autres décisions ne soient prises sur base des délibérations des assemblées critiquées, qui pourraient causer un préjudice irréparable.

Partant, il y a lieu de dire qu'il y a violation de l'article 67(5) de la loi sur les sociétés et de faire droit à la demande de S en suspension des effets des assemblées générales de la société anonyme G tenues les 24 et 25 octobre 2001 jusqu'à ce que la juridiction du fond se soit définitivement prononcée sur leur validité».

b) Un deuxième volet de la demande concernait l'interdiction à G de participer à une augmentation de capital de sa filiale A, de procéder elle-même à une augmentation de capital dans le cadre de son capital autorisé et de conclure une convention de prêt avec son actionnaire majoritaire, conformément à une décision de son conseil, contestée quant à sa régularité par S.

Cette demande est rejetée aux motifs suivants :

«Même si ces mesures (Note : c'est-à-dire les interdictions demandées) peuvent constituer la conséquence directe et nécessaire de la suspension des effets des assemblées des 24 et 25 octobre 2001, il échet toutefois de retenir que les mesures ordonnées par le juge des référés dans le cadre de l'article 932 alinéa premier du NCPC sont des mesures provisoires, conservatoires, d'instruction ou d'information, que l'article 933 alinéa premier du même code dispose que le président peut toujours prescrire en référé des mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent.

L'interdiction de participer, de procéder à une augmentation de capital ou de conclure une convention d'avance d'actionnaire requise par le demandeur ne constitue ni une mesure provisoire, ni conservatoire.

Partant, le dommage imminent n'est pas établi (...) il y a lieu de dire que la décision d'augmentation du capital social de la société «A» est querellée en justice, de sorte que si les critiques du demandeur s'avèrent fondées ses droits seront préservés.

En outre, il ne suffit pas que l'acte soit illégal, il faut encore qu'il porte préjudice à autrui car selon les termes mêmes de l'article 933 alinéa

premier du NCPC, outre que l'acte soit manifestement illicite, il faut qu'il cause un trouble, ce qui signifie que le créancier dû doit être sérieusement et concrètement entravé dans l'exercice de son droit.

Or, il résulte des développements qui précèdent que le demandeur n'est actuellement pas sérieusement, ni concrètement entravé dans l'exercice de ses droits d'actionnaire.

Par ailleurs, faut-il rappeler que le juge des référés n'a pas le pouvoir de prononcer l'interdiction d'exécuter les décisions du conseil d'administration, mais il ne peut que suspendre les effets de ces décisions.

Interdire au conseil d'administration de la société anonyme G de participer, de procéder à une augmentation de capital ou de conclure une convention de prêt avec un actionnaire a pour effet d'anéantir définitivement ces décisions prises les 24 septembre et 8 octobre 2001 par cet organe social. De telles mesures définitives dépassent les pouvoirs du juge des référés. En effet, l'ordonnance du juge des référés ne peut préjuger quant au fond du problème, ni donner une réponse définitive aux questions.»

2. – Référé – comm. – 22 juin 2003

Nomination d'un commissaire-vérificateur – article 154 LSC – notion de «circonstances exceptionnelles»

Confrontés à des indices de cession d'une partie importante des avoirs de la société H, à savoir le «dépôt» lors d'une assemblée de seulement 100 actions sur les quelque 50.000 qu'elle était censée détenir dans une société de droit belge E, et face au refus des dirigeants de H de fournir des explications à un expert nommé par l'assemblée des détenteurs de parts bénéficiaires, les minoritaires demandent, et obtiennent, la désignation d'un commissaire-vérificateur sur base de l'article 154 LSC :

«Aux termes de l'article 154 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale peut, dans des circonstances exceptionnelles, ..., nommer un ou plusieurs commissaires ayant pour mission de vérifier les livres et comptes de la société.

Le texte ne précisant pas ce qu'il faut entendre par «circonstances exceptionnelles», il y a lieu d'admettre que les tribunaux doivent accueillir la demande lorsque les faits allégués sont suffisamment graves, qu'ils ne sont démentis par les éléments produits par la société, qu'ils sont vraisemblables ou qu'il existe un commencement de preuve de ces faits (voir Ch. RESTEAU, Les sociétés anonymes devant les lois belges, édition 1913, t. III, n° 1393, p. 81).

Les parties demandereses craignent que la société H n'ait cédé une partie importante du patrimoine de la société sans l'accord des porteurs de parts bénéficiaires.

Or, la valeur des participations financières de la société H dans la société E est restée la même depuis 1999, d'après les bilans des exercices 1999/2000, 2000/2001 et 2001/2002.

Le bilan serait partant incorrect en cas de cession de participations litigieuses.

D'autre part, aux termes de l'article 18 des statuts de la société H, la société ne pourra acquérir de participations nouvelles et contracter des emprunts ou aliéner tout ou partie importante de son patrimoine qu'avec l'autorisation soit des propriétaires de la totalité des parts bénéficiaires, soit de l'assemblée générale des parts bénéficiaires, du mandataire ou du collège des mandataires qu'elle aurait désigné à cet effet.

La société H détient 53.331 actions sur les 109.331 actions de la société E, de sorte qu'elle possède environ la moitié du capital social de cette société.

La participation de la société H dans la société E peut dès lors être considérée comme une partie importante du patrimoine de la société H, de sorte qu'une cession de 53.231 actions de la société E aurait requis l'autorisation préalable des porteurs de parts bénéficiaires.

Pour clarifier la situation, l'assemblée des porteurs de parts bénéficiaires a, lors de sa réunion du 26 juillet 2002, nommé l'expert R comme vérificateur aux comptes avec pour mission de faire un rapport sur la situation comptable de la société au 31 juillet 2002 et plus particulièrement de déterminer le nombre et la valeur des actions détenues par la société H dans la société E.

Ce droit leur est en effet accordé par les articles 12 et 28 des statuts de la société H aux termes desquels l'assemblée générale des parts bénéficiaires peut désigner un vérificateur aux comptes ayant les mêmes droits de contrôle et d'investigation que les commissaires de la société et qui ne doit faire un rapport qu'à l'assemblée générale des parts bénéficiaires.

Or, il résulte des pièces versées et notamment du rapport de l'expert R en date du 3 décembre 2002 que celui-ci n'a pas pu déterminer le nombre et la valeur des actions détenues par la société H dans la société E à la date du 31 juillet 2002 à défaut pour la société H d'avoir mis à sa disposition les pièces nécessaires à l'accomplissement de sa mission.

L'expert relève en effet que la comptabilité n'a pas été jointe aux pièces consultées, de sorte qu'il n'a pas été à même de vérifier les différents postes du bilan et du compte de profits et pertes.

Il écrit encore qu'aucune pièce ne lui a permis de déterminer le nombre d'actions détenues par la société H dans la société E, ainsi que leur lieu de dépôt.

Il écrit finalement que le commissaire aux comptes de la société H a été incapable de lui indiquer cette participation au 31 juillet 2002.

D'autre part, la société H est restée en défaut de donner à l'expert R une attestation signée du nombre des actions détenues par la société H dans la société E au 31 juillet 2001 et au 31 juillet 2002, ainsi qu'une attestation signée de leur lieu de dépôt et ce malgré la demande expresse de l'expert R en obtention de tels certificats.

La société H n'a pas non plus versé lesdites attestations à la demande du tribunal.

Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, les faits allégués sont suffisamment graves et vraisemblablement de nature à constituer les circonstances exceptionnelles requises par l'article 154 du code de commerce, de sorte qu'il y a lieu de faire droit à la demande de nomination d'un commissaire afin de vérifier les livres et les comptes de la société.»

L'intérêt principal de la décision est de préciser l'interprétation des «circonstances exceptionnelles» auxquelles se réfère l'article 154 LSC par renvoi à celle proposée par Resteau (1) :

«Les tribunaux doivent accueillir la demande lorsque les faits allégués sont suffisamment graves, qu'ils ne sont démentis par les éléments produits par la société, qu'ils sont vraisemblables ou qu'il existe un commencement de preuve de ces faits.»

Une décision plus ancienne (2) avait seulement retenu que : *«les circonstances invoquées par la demanderesse et en particulier le refus de prorogation de l'assemblée générale régulièrement sollicitée et le vote du bilan en l'absence du commissaire aux comptes constituent en elles-mêmes des circonstances exceptionnelles»*, estimant sans doute ne pas devoir s'étendre sur la question au vu de la gravité des faits.

3. – Cour d'appel – comm. – 18 juin 2003 – n° 26917 du rôle

S.à r.l. – Dissolution pour justes motifs – article 180-1, al. 3 LSC (3)

L'associé K d'une S.à r.l. R demande la dissolution judiciaire de celle-ci sur base principalement de l'article 203 LSC, subsidiairement de l'article 180-1, al. 1^{er} LSC et en dernier

(1) Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 1933, n° 1434.

(2) Trib. Arr. Lux., comm., 26 octobre 1977, n° 536/77 du rôle.

(3) A revoir avec CA 16/01/2003.

ordre de subsidiarité de l'article 1871 du Code Civil. Ayant échoué en première instance, elle réitère sa demande en appel sur base de l'article 180-1, al. 3 LSC et 1871 du Code Civil et demande à titre subsidiaire la nomination d'un commissaire vérificateur sur base de l'article 154 LSC.

Il allègue la mésentente grave qui existerait entre associés et qui se manifesterait notamment par le défaut de comptes annuels depuis la création de la société en 1997 et l'absence d'assemblées générales.

La Cour d'appel confirme la décision de rejet du Tribunal :

« Pour rejeter la demande basée sur l'article 180-1, alinéa 3 de la loi modifiée du 10 août 1915, le tribunal a – entre autres – retenu ce qui suit :

« ... La mésentente ou la mésintelligence entre associés ne justifie la dissolution que si les dissentiments sont assez profonds et persistants pour compromettre le fonctionnement normal et l'existence de la société, pour empêcher toute action commune, la tenue régulière des assemblées ou le fonctionnement des organes sociaux. ... Le fait de ne pas être convoqué aux assemblées générales et de ne pas pouvoir prendre part aux délibérations relatives à l'approbation des comptes sociaux ne saurait à lui seul être suffisant pour justifier la liquidation de la société dès lors qu'il n'est pas contesté par les parties que la société R fonctionne normalement et prospère à l'heure actuelle. ... Le défaut de publication par la société R des bilans des années 1998, 1999 et 2000 dans les délais et l'infraction de faux bilan, à la supposer établie, ne constituent pas un juste motif de dissolution tel que requis par l'article 180-1 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales ... »

En décidant ainsi, les juges de première instance ont fait une saine appréciation, tant en fait qu'en droit, des éléments de la cause.

L'article 180-1, alinéa 3 de la loi précitée prévoit comme unique condition d'une dissolution judiciaire qu'il existe de justes motifs, laissant par là l'entière appréciation des causes de dissolution aux juridictions du fond saisies de la demande.

Cette dissolution ne doit dès lors intervenir à la demande de l'un des associés que pour des motifs sérieux et conséquents révélant une situation grave dans la société de nature à rendre périlleuse la poursuite de son activité pour les intérêts qui y sont engagés.

Les motifs allégués par l'appelant K, résidant plus particulièrement dans l'absence de tenue d'assemblées générales, dans la non-approbation des documents comptables ou dans une comptabilité irrégulière, ne sauraient justifier une action en dissolution que dans la mesure où ces omissions et faits exercent une réelle influence sur l'existence même de la société de nature à paralyser la vie sociale.

Tel n'est cependant pas le cas, aucune difficulté de poursuivre normalement la société n'étant donnée.

Comme en témoignent les pièces du dossier, la situation économique de la société n'apparaît pas désespérée.

La société n'est aucunement en péril.

A relever également que l'argumentation de la partie appelante consistant à dire que R, gérant-associé de la société, s'est littéralement accaparé de la société... reste à l'état de pure allégation.

Mais, même à supposer établi un abus de majorité dans le chef de R, associé majoritaire, encore faudrait-il que cet abus ait des effets irréversibles sur la société elle-même pour pouvoir constituer un juste motif de dissolution de la société.

A cela s'ajoute que tout désaccord entre associés sur des questions d'intérêt personnel d'ordre patrimonial – tel que le prix de cession des parts sociales qui n'affecte pas le fonctionnement normal de la société – ne constitue pas non plus un juste motif de dissolution de la société.

Il découle de ces considérations que les juges de première instance ont à bon droit déclaré la demande non fondée sur base de l'article 180-1, alinéa 3 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales.»

On observe que la solution semble se démarquer de la jurisprudence antérieure en matière de dissolution pour justes motifs. La jurisprudence en cette matière analyse traditionnellement, sous diverses formulations, si les faits invoqués sont révélateurs d'une situation de paralysie de la société, qui met en péril son existence et la bonne marche des affaires. Certaines décisions se réfèrent également à la disparition de l'*affectio societatis* (4) pour justifier la dissolution d'une société. Deux choses sont à relever à propos de la présente décision :

– elle considère, par adoption des motifs du jugement de première instance, que *«le fait de ne pas être convoqué aux assemblées générales et de ne pas pouvoir prendre part aux délibérations relatives à l'approbation des comptes sociaux ne saurait à lui seul être suffisant pour justifier la liquidation de la société»*, dès lors que la société *«prospère à l'heure actuelle»*.

Dans des décisions antérieures, le retard dans l'établissement et le dépôt des comptes sociaux (5), pouvant par ailleurs justifier une mise en liquidation sur base de l'article 203 LSC,

(4) Trib. Arr. Lux., 8 novembre 1990, n° 39521, cité in *Recueil de législation Sociétés et Associations S.C.L.*, 2003, sub. Art. 1871. C.e.

(5) Trib. Arr. Lux., 8 novembre 1990, précité; Cour d'appel, 16 janvier 2003, IX^e Chambre, n° 26282 du rôle, *Bulletin d'information sur la jurisprudence*, 2003, p. 66.

le fait de ne plus être convoqué à l'assemblée générale ou d'empêcher leur tenue régulière (6) sont considérés comme révélateurs d'une disparition de l'*affectio societatis* et d'une mise en danger de la société, en empêchant le fonctionnement des organes sociaux.

Même s'il est vrai que l'article 193 LSC dispense les S.à r.l. ayant moins de 25 associés de la tenue d'assemblées, il n'en est pas moins surprenant de voir la Cour exonérer de manière aussi explicite le défaut de convocation aux assemblées générales et l'absence de comptes. La décision est critiquable en ce qu'elle méconnaît un droit politique primordial de tout associé dans une S.à r.l., à savoir le droit de délibérer sur les comptes de la société.

— la référence à la bonne situation économique de la société, qui justifie la constatation d'absence de paralysie, est elle aussi inédite en jurisprudence luxembourgeoise à notre connaissance, du moins dans une formulation aussi claire. S'il est évident que les résultats économiques sont un indicateur évident du bon ou mauvais fonctionnement d'une société, on peut néanmoins être d'avis que ce n'est pas le seul et que, d'autre part, le mauvais fonctionnement ou même l'absence d'un organe social, signalant un défaut d'*affectio societatis*, devraient être de nature à justifier une dissolution judiciaire, même lorsque les résultats sont faux. Il est vrai qu'une S.à r.l. peut sans doute fonctionner et même prospérer sous la gestion d'un gérant unique, mais à défaut de présentation des comptes aux associés et de résolution par ceux-ci sur les comptes, lorsqu'une telle délibération est prévue par les statuts, le jeu des organes de la société n'en est pas moins faussé.

Le présent arrêt manifeste peut-être une tendance de la Cour à se rapprocher de la jurisprudence française qui retient qu'il « *n'y a pas lieu de prononcer la dissolution, en cas de simple désaccord entre associés, lorsqu'il n'y a pas paralysie de la marche de la société ou lorsque l'activité sociale demeure florissante ou que la société continue à fonctionner normalement* » (7).

(6) Trib. Arr. Lux., 13 juin 1986, rôle n° 36821, cité in *Recueil SCL*, précité, et la référence au commentaire d'I. CORBISIER.

(7) *Juris-Classeurs Sociétés*, fasc. 30-10, v° Dissolution des Sociétés, 2002, n° 95 et les décisions citées.

**4. – Tribunal d'arrondissement – 9 mai 2003
– n° 73128 du rôle**

S.à.r.l. – Action en dissolution – bases – dissolution pour justes motifs – possibilité d'invoquer l'article 203 LSC – qualité à agir en liquidation

Le requérant B a intenté une action en dissolution de la S.à.r.l. A constituée ensemble avec les sieurs S sur base, principalement de l'article 180-1 LSC, subsidiairement de l'article 203 LSC et plus subsidiairement de l'article 1871 du Code Civil.

Avant d'examiner la question de la dissolution, le tribunal constate que les conditions d'une mise en faillite de la S.à.r.l. A ne sont pas réunies.

S'agissant de l'action en dissolution intentée par B sur base de l'article 203 LSC, le tribunal la déclare irrecevable alors que l'action prévue par cet article ne peut être intentée que par le Procureur d'Etat.

De même, la demande de B sur base de l'article 1871 du Code Civil qui prévoit la dissolution des sociétés à terme par l'un des associés avant le terme convenu pour justes motifs a été déclarée irrecevable dans la mesure où l'article en question vise la dissolution des sociétés à terme et non celle des sociétés constituées pour une durée indéterminée comme, en l'espèce, la S.à.r.l. A.

Les sieurs S soulèvent tout d'abord l'irrecevabilité de la demande de B pour absence de droit dans la mesure où l'associé qui serait, comme le demandeur de l'espèce, à l'origine de la mécontente au sein d'une société n'aurait pas le droit d'agir en dissolution de cette dernière.

Le tribunal rejette ce moyen d'irrecevabilité alors qu'il considère que pour invoquer l'article 180-1, al. 3 LSC il suffit d'être associé pour avoir intérêt et qualité à agir en liquidation d'une société pour mécontente (8).

(8) Dans le même sens, Cour d'appel, 16 janvier 2003: La mécontente entre associés est une cause de dissolution dans la mesure où elle a pour effet de paralyser le fonctionnement de la société, et il n'y a pas lieu dans ce cas d'établir à laquelle des parties au litige la responsabilité de cette situation incombe (Cour d'appel, 29 septembre 1993, n° 14197 du rôle; cf. également Cass. Fr. Com., 13 février 1993, *D.*, 1997, 108).

Quant au fond, le demandeur B fait valoir les faits suivants pour démontrer la mésentente irrémédiable entre les associés de la S.à.r.l. A :

- *que lors de la constitution de la S.à.r.l. A, il a souscrit 48% des parts et a été nommé gérant technique;*
- *qu'il a investi plus de 4 millions de francs sous forme de mise en gage de fonds propres destinés à garantir le prêt bancaire accordé à la société pour l'acquisition de son fonds de commerce;*
- *que l'autorisation d'établissement de la S.à.r.l. A a été obtenue dans son chef;*
- *qu'il a conclu un contrat de travail avec la S.à.r.l. A;*
- *qu'il a introduit auprès du Tribunal du Travail une demande en raison de non-paiement de son salaire, respectivement d'une réduction unilatérale de salaire décidée par le gérant administratif, l'un des sieurs S;*
- *que ses co-associés ont pris le contrôle intégral de la S.à.r.l. A, l'empêchant d'exercer effectivement la gestion technique de celle-ci et se comportent comme si elle leur appartenait exclusivement :*
 - *ils se font adresser la correspondance des fournisseurs à eux-mêmes et non à la société;*
 - *une comptabilité n'est pas réellement tenue;*
 - *ils ont convoqué une assemblée générale extraordinaire avec comme ordre du jour notamment une lecture du bilan et du compte de pertes et profits en lui donnant un préavis de deux jours et sans que ces comptes ne soient joints à la convocation; le dépôt de bilan pour cessation des paiements a également figuré à l'ordre du jour étant donné que les comptes de la société ont fait apparaître une perte; cette assemblée générale n'aurait pas réellement eu lieu et il n'y aurait dès lors eu ni délibération, ni approbation, ni publication des comptes de la société ni pour l'année 2000, ni d'ailleurs pour l'année 2001.*

Le tribunal rappelle l'unique condition devant être remplie aux termes de l'article 180-1, al. 3 LSC pour qu'une dissolution judiciaire puisse intervenir, à savoir à la demande de l'un des associés, que pour justes motifs, c'est-à-dire sérieux et con-

séquents revêtant une situation grave dans la société, de nature à rendre périlleuse la poursuite de son activité pour les intérêts qui y sont engagés (cf. Dalloz, Répertoire des Sociétés, verbo Dissolution, n° 72).

Pour déterminer le caractère sérieux des dissensions entre associés, il y a lieu d'avoir égard à l'impact des dissensions sur la marche et le fonctionnement voire l'existence de la société et si celles-ci sont susceptibles de mettre en péril la société. Ainsi, il est exigé que les dissensions soient assez graves pour paralyser la marche de la société, empêcher la tenue régulière des assemblées ou le fonctionnement des organes sociaux. De simples mauvais rapports entre les associés ne sont dès lors pas suffisants pour entraîner la dissolution de la société.

Le tribunal constate que le requérant a démissionné en tant que gérant technique et que la gérance technique est assurée par l'un des défendeurs qui s'est vu décerner une autorisation d'établissement de sorte que de ce point de vue, la situation de la société est régulière.

Alors «qu'il est admis que le défaut de publication régulière des bilans peut être un élément parmi d'autres pour apprécier s'il existe entre associés une mésentente grave, dans l'hypothèse notamment où ce défaut de publication est lié à la non-approbation des comptes par les associés», le tribunal va également s'intéresser à l'existence d'une activité économique de la S.à.r.l. A et constate que cette dernière a une activité économique de sorte que les difficultés invoquées par le demandeur ne semblent pas entraver le fonctionnement de la société (9).

En outre, le fait que les comptes de la S.à.r.l. A n'aient pas été ratifiés par les associés et publiés ne saurait, à lui seul, suffire pour établir la mésentente grave requise pour ordonner la liquidation de la S.à.r.l. A.

Le tribunal considère qu'au vu des autres éléments du dossier la véritable raison de la demande de liquidation est constituée par la volonté de B de se libérer de la S.à.r.l. et de ses engagements afférents à sa participation au capital social de

(9) Cour d'appel, 16 janvier 2003: la dissolution doit avoir un caractère subsidiaire et ne doit pas être prononcée lorsqu'il existe d'autres moyens permettant la reprise d'une vie sociale normale.

sorte qu'une telle motivation ne saurait cependant justifier la liquidation de la société pour mésentente grave.

**5. – Trib. Arr. Lux., comm. (VI^e),
18 décembre 2003, n° 83195 du rôle**

S.à.r.l. – Point de départ du délai d'opposition en cas de dissolution sur base de l'article 203 LSC – Notification de l'acte introductif d'instance par requête publiée dans deux journaux au regard des articles 170 NCPC et suivants – Non-dépôt d'un bilan au RCS – Régularisation possible (oui) – Appréciation par les juges du caractère nécessaire de la dissolution

La société A a été assignée à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg par requête introductive publiée dans deux journaux. Le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg a déclaré dissoute la société A, pour non-dépôt d'un seul bilan au RCS, en application de l'article 203 LSC. Le jugement a déclaré applicable les règles de la faillite à la liquidation de la société. La société A a alors formé opposition.

Le jugement rendu sur opposition de la société A nous paraît intéressant à plusieurs égards. D'une part, il envisage des questions de procédure telles que le point de départ du délai d'opposition au jugement déclaratif de la liquidation sur base de l'article 203 LSC (1.1.) et la validité de la notification de l'acte introductif d'instance par requête publiée dans deux journaux (1.2.) et, d'autre part, la question de fond relative à la possibilité de régulariser une violation de l'article 203 LSC postérieurement à la requête en dissolution introduite par le Ministère Public sur base de l'article 203(1) LSC (2) compte tenu de la jurisprudence fournie en la matière (3).

1. – LES QUESTIONS DE PROCÉDURE

1.1. – *Le point de départ du délai d'opposition*

L'article 203(4) LSC dispose que «*les décisions judiciaires prononçant la dissolution et ordonnant la liquidation d'une*

société sont publiées par extrait au Mémorial. Le tribunal peut, en outre, et en dehors des publications à faire dans les journaux imprimés au pays, en ordonner la publication par extrait dans des journaux étrangers qu'il désigne.»

La société A soutient que ni la publication au Mémorial, ni celles dans les journaux imprimés au pays ne sont de nature à faire courir le délai d'opposition dans la mesure où l'article précité est muet à cet égard, de sorte que le délai d'opposition de droit commun est applicable.

Sur cette question, le tribunal se prononce dans les termes suivants :

«l'article 203 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales est muet quant au délai d'opposition contre un jugement de liquidation d'une société, ne précisant pas que les publications qui sont prévues au Mémorial et dans les journaux équivalent à une notification du jugement en question, faisant courir le délai en question. Aucun autre texte de loi ne fonde par ailleurs une telle qualité de notification dans le chef de ces publications (cf. Cour d'appel, 11 décembre 1991, n° 13356).»

Dans la mesure où les dispositions légales relatives à la liquidation de la faillite ont été rendues applicables à la société A, celle-ci considère que l'article 473 du Code de Commerce régissant les modalités de l'opposition en cas de faillite n'est pas d'application dans le cadre d'une dissolution ordonnée sur base de l'article 203 LSC.

A cet égard, le tribunal retient que *«l'article 203 n'a pas entendu modifier les règles ordinaires de la procédure en matière d'opposition, mais a uniquement voulu laisser au tribunal le choix d'organiser et de surveiller la liquidation d'une société dont il a prononcé la dissolution suivant les modalités de la liquidation d'une société dont il a prononcé la dissolution suivant les modalités de liquidation en vigueur en matière de faillite»*.

Le tribunal conclut dès lors que *«l'opposition est régie par les règles ordinaires de la procédure en la matière (cf. Trib. Lux., 21 mai 1999, n° 222/92; Trib. Lux., 29 octobre 1995, n° 404/95; Trib. Lux., 5 décembre 2002, n° 874, 2002)»* conformément aux dispositions de l'article 90 NCPC.

1.2. – *La notification de l'acte introductif
d'instance par requête publiée dans deux journaux
et par voie de conséquence du jugement déclaratif
de liquidation*

La société A, qui, n'ayant pas eu de domicile ou de résidence connus lors de l'introduction de la demande en dissolution, soutient qu'elle n'aurait pas été valablement assignée à comparaître par la seule publication de la requête introductive par extrait dans deux journaux, dans la mesure où les règles applicables en droit commun pour les notifications par le greffe prévues aux articles 170 et 157 NCPC n'auraient pas été respectées.

Le tribunal va cependant à l'encontre de l'argumentation développée par la société A alors que *«l'article 203(2) déroge à cette disposition de droit commun, en instituant une procédure spéciale en ce qui concerne les requêtes en liquidation présentées par le Ministère Public. En effet, ce texte dispose, en sa deuxième phrase, que lorsque la société ne peut être touchée à son domicile légal au Grand-Duché de Luxembourg, la requête est publiée par extrait dans deux journaux imprimés au pays.»*

En effet, le tribunal considère que le fait que le règlement grand-ducal du 15 mai 1991 ayant introduit la formalité de la notification par la voie du greffe prévue à l'article 170 NCPC après l'introduction de la procédure d'exception instituée par la loi du 19 mai 1978 modifiant l'article 203(2) LSC et la procédure de droit commun de la notification par la voie du greffe, ne sauraient déroger de manière implicite à une loi antérieure portant une disposition spéciale.

Il est cependant permis de se demander si le tribunal n'a pas, dans sa décision, perdu de vue l'article 2 du Code Civil qui prévoit que les lois régissant des questions de procédure produisent leurs effets immédiatement, de sorte qu'une loi introduite postérieurement à une autre loi et portant sur des questions de procédure même générales déroge à cette dernière, si spécifique soit-elle (10).

(10) La solution dégagée dans ce jugement a cependant été confirmée dans un jugement du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg du 2 mars 2003, n° 30157 du rôle, dans lequel une société N avait conclu qu'il convenait de déclarer nulle et non avenue la requête tendant à la dissolution de la société sur base de l'article 203 LSC, alors

2. – POSSIBILITÉ DE RÉGULARISER UNE VIOLATION
DE L'ARTICLE 203 LSC POSTÉRIEUREMENT
À LA REQUÊTE EN DISSOLUTION INTRODUITE
PAR LE MINISTÈRE PUBLIC SUR BASE
DE L'ARTICLE 203(1) LSC

Le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg a déclaré dissoute la société A, pour non-dépôt d'un seul bilan au RCS, en application de l'article 203 LSC.

Sur le fond, la société A faisait plaider :

«... qu'elle aurait eu depuis 23 ans une activité légale au Luxembourg, que sa solvabilité aurait toujours été au-dessus de tout soupçon, qu'au moment du jugement entrepris, elle n'aurait été en défaut de publier qu'un seul bilan, celui au titre de l'année 2000, le délai de publication du bilan au titre de l'année 2001 n'ayant pas encore expiré au moment du jugement, que son cas ne figurerait pas parmi ceux visés par les objectifs de l'article 203 de la loi du 10 août 1915, et que son omission de publier un seul bilan ne revêtirait pas la gravité nécessaire pour justifier une liquidation, notamment en ce que ni les tiers, ni les actionnaires n'auraient subi un quelconque préjudice de ce fait et en ce que ses comptes auraient été incorporés dans les comptes consolidés du groupe A dont elle fait partie. La défenderesse fait encore valoir qu'elle aurait entre-temps régularisé la situation malencontreuse qui s'expliquerait pas un oubli de sa part, et qu'elle aurait, à titre conservatoire, fait établir, auditer et publier les bilans des années 2001 et 2002. La société A se dit consciente de son manquement aux règles du droit des sociétés et s'engage à couvrir les frais de la liquidation engagés.»

Avant d'analyser les arguments de la société A, le tribunal rappelle le principe en la matière en se basant, comme le fait traditionnellement la jurisprudence, sur les travaux parlemen-

qu'elle n'a pas été touchée par cette requête. Le tribunal a cependant retenu que conformément à l'article 203 LSC (...) «Lorsque la société ne peut être touchée à son domicile légal au Grand-Duché de Luxembourg, la requête est publiée par extrait dans deux journaux imprimés au pays» et que «le fait que la société N a seulement été informée de la requête du Ministère Public par voie de publication de la requête par extrait dans la presse, est à attribuer au seul comportement de la société N qui a péché par négligence dans la mesure où elle était – au moment de la requête – inconnue à l'adresse qu'elle avait indiquée comme constituant son siège social.»

taires relatifs à l'introduction de l'article 203 LSC en retenant que :

« Le premier souci du législateur était de préserver « nos intérêts nationaux », ainsi que « le renom de notre place financière », en mettant à la disposition des pouvoirs publics un moyen efficace pour enrayer les abus commis par des sociétés de nationalité luxembourgeoise opérant notamment à l'étranger, sans respecter les règles régissant les sociétés commerciales luxembourgeoises, ou exerçant des activités illégales, pour lutter contre les sociétés « coquilles-vides », sans activité et sans organes sociaux, et pour veiller, de manière générale, au respect des lois luxembourgeoises. »

Le tribunal poursuit en mettant l'accent sur le pouvoir d'appréciation souverain laissé au juge dans l'application de l'article 203 LSC :

« En effet, le tribunal a la faculté de prononcer la dissolution, et la mise en liquidation d'une société qui a contrevenu aux dispositions du droit pénal, du droit des sociétés ou du droit d'établissement, en appréciant, au cas par cas, si les contraventions constatées justifient une dissolution de la société, et si la dissolution constitue un moyen efficace au sens du texte de loi. »

Le tribunal poursuit en procédant à des constatations de fait qui vont faire ressortir les critères que le juge se doit d'appliquer pour apprécier *au cas par cas* si la contravention au droit des sociétés constatée *justifie* une dissolution, et si la dissolution constitue un moyen efficace pour remédier à la situation.

Tout d'abord, le tribunal va examiner le caractère répétitif de la contravention pour constater que, dans le cas présent, la société A avait procédé au dépôt auprès du RCS du bilan relatif à l'exercice se terminant le 31 décembre 1999 et que le délai pour publier le bilan relatif à l'exercice se terminant le 31 décembre 2001 n'était pas encore écoulé de sorte que la société A était effectivement en défaut de publication du seul bilan relatif à l'exercice se terminant le 31 décembre 2000.

Le tribunal va en deuxième lieu s'intéresser à l'existence et à la légalité de l'activité exercée par la société A ainsi qu'à sa substance en citant l'exposé des motifs de la loi ayant intro-

duit l'article 203 LSC pour retenir que «*la société A n'exerce pas d'activité illégale ou répréhensible au Luxembourg ou à l'étranger et qu'elle n'est pas une société «coquille-vidé» dépourvue d'activité et d'organes sociaux*».

Le tribunal va également prendre en compte, d'une part, la situation et le rôle de la société A dans la structure du groupe international mondialement connu auquel elle appartient et, d'autre part, la régularisation de la situation par la société A, pour finalement juger que :

«compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, et notamment au regard du fait que la société A a régularisé sa situation en déposant le seul bilan manquant lors du prononcé de la liquidation, qu'elle a continué à faire confectionner, auditer et publier les bilans des exercices subséquents, et que sa situation et son rôle dans la structure du groupe international mondialement connu auquel elle appartient ressortent du dossier, il y a lieu de dire que les contraventions au droit des sociétés constatées et actuellement régularisées ne justifient pas une dissolution de la société A.»

Finalement et contrairement à l'argument soulevé par la société A relatif à sa solvabilité incontestée, le tribunal précise «*qu'au niveau de l'analyse des contraventions constatées, la solvabilité de la société n'entre, en principe, pas en compte, alors que la dissolution d'une société n'est pas opérée pour des raisons de manque de liquidités*».

Ce jugement, qui est à saluer en ce qu'il fait une application discernée et conforme à l'esprit de l'article 203 LSC (11), tranche avec la jurisprudence dominante, qui refuse toute régularisation une fois l'infraction à la loi constatée.

Le seul jugement postérieur qui ait, à notre connaissance, confirmé la solution dégagée par le jugement du 18 décembre 2003 est un jugement du Tribunal d'Arrondissement du 2 juin 2005 (12) dont les attendus sont très similaires à ceux du jugement en l'espèce.

(11) A notre connaissance, un jugement plus ancien a retenu la même solution consistant à «laisser au juge le soin d'apprécier souverainement si les contraventions constatées sont (...) d'une gravité suffisante pour entraîner cette mesure» Trib. Arr. Lux., comm., 2^e section, 24 juin 1983, n° 92183.

(12) Tribunal d'arrondissement, commercial VI, n° 93876 du rôle.

3. – ILLUSTRATIONS

DE LA JURISPRUDENCE DOMINANTE

On peut citer dans le sens contraire du jugement du 18 décembre 2003 diverses décisions dont les arguments-type sont les suivants :

- *L'article 203 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales tend à assurer aux pouvoirs publics une arme efficace pour veiller au respect des dispositions régissant le fonctionnement des sociétés commerciales, étant donné que les sanctions pénales s'avèrent trop souvent inefficaces dans la mesure que les administrateurs et responsables des sociétés séjournent souvent hors d'atteinte des organes judiciaires (Projet de loi complétant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, Travaux parlementaires n° 2104, p. 2).*
- *La violation des dispositions légales sur l'approbation des comptes annuels et leur publication, édictées tant dans l'intérêt des tiers que dans l'intérêt du renom de la place financière, est considérée comme une violation grave de la loi sur les sociétés commerciales. Ces dispositions légales sont impératives et ne permettent pas de régulariser les formalités après un certain temps.*
- *En effet, les délais prévus par la loi modifiée de 1915 sont un élément essentiel de ces formalités et toute possibilité d'information devient impossible si ces délais ne sont pas respectés. Ces faits sont, de par leur caractère répétitif, suffisamment graves pour justifier la dissolution et la liquidation de la société (13).*
- *Le fait que les bilans manquants ont entre-temps été déposés au Registre de Commerce et des Sociétés est sans incidence aucune (sur le sort à réserver à la présente affaire), étant donné que c'est à la date de la requête du Ministère Public*

(13) Cour d'appel, comm., 26 mars 2003, n° 26949 du rôle, publié au B.I.J. Jeune Barreau de Luxembourg, p. 106, voir par ailleurs en ce sens : Cour d'appel, IV^e Chambre, 27 octobre 1999, Feuille de Liaison St-Yves, [2000 ?], Jurisprudence, p. 47 : les deux décisions retiennent également que l'absence de préjudice des tiers est sans importance quant à la qualification des faits. La position de ces décisions quant à l'impossibilité de régulariser est stricte, bien que l'arrêt de 1999 retienne qu'«en absence de toute excuse ou explication notable», aucune régularisation ne serait possible. Voir encore en ce sens : Cour d'appel, comm., 19 mai 1993, p. 29, p. 267; Trib. Arr. Lux., comm., 25 octobre 1990, p. 29, p. 46); Cour d'appel, comm. 11 mai 2005, n° 29582 du rôle.

qu'il faut se placer pour apprécier si les faits reprochés à une société sont suffisamment graves pour justifier sa dissolution et sa mise en liquidation (Cour de cassation : 15 juillet 2004, n° 2098 du rôle) (14);

- *Juger le contraire et admettre une régularisation postérieure des formalités prévues par la loi empêcherait la mise en œuvre de la sanction de la dissolution et de la liquidation judiciaire de la société et reviendrait à rendre illusoire toute protection efficace des tiers. Peu importe dès lors la question de savoir que les tiers ont été lésés ou non (15).*

Le dernier arrêt en date à notre connaissance : *Cour d'appel, comm. 14 février 2007, n° 31796 du rôle :*

- *Les irrégularités constatées – non-dépôt de documents comptables annuels depuis 1997 – sont, de par leur caractère répétitif, suffisamment graves pour justifier la dissolution et la liquidation de la société.*
- *Décider le contraire reviendrait à permettre aux sociétés de négliger jusqu'à intervention du parquet – ce sans risque aucun – l'accomplissement des formalités imposées par la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales.*
- *Or, pareille solution sacrifierait la protection des tiers, étant précisé que toute régularisation postérieure rendrait illusoire une protection efficace des tiers qui, eux, ont toujours un intérêt manifeste à ce que la société fonctionne dans le respect des dispositions légales et à ce que le bilan et le compte des profits et pertes soient ponctuellement approuvés afin qu'ils puissent en prendre connaissance par la publication subséquente qui doit être faite dans les délais.*

Il ressort des développements repris ci-dessus que les attendus des divers jugements ayant eu à prononcer la dissolution judiciaire motivent en général ladite mesure par la nécessité de la protection des tiers. Ainsi, les délais prévus par la loi sont considérés par la jurisprudence comme un élément essentiel de cette protection et toute possibilité d'information, partant de

(14) Dans le même sens: Cour d'appel, comm. 15 mars 2006 n° 30157 du rôle; Cour d'appel, comm. 14 février 2007, n° 31796 du rôle, Cour d'appel, comm. 15 février 2006, n° 28050 du rôle.

(15) Cour d'appel, comm. 11 mai 2005 n° 29563 du rôle.

protection efficace, devient impossible si ces délais ne sont pas respectés.

Il serait souhaitable que la jurisprudence luxembourgeoise adopte une position conforme à celle du jugement du 18 décembre 2003 telle que confirmée par le jugement du 2 juin 2005 tendant à évaluer la gravité de l'infraction sur base d'un ensemble de critères comprenant :

- la réalité de l'activité (par opposition à la «coquille vide»);
- le caractère isolé ou répété de l'infraction;
- la proportionnalité de la sanction par rapport à l'infraction;
- l'appartenance à un groupe internationalement connu et le rôle effectif au sein de ce groupe;
- l'intérêt et la protection des tiers et la réputation de la place financière.

Dans le présent jugement, le juge applique la méthode du «faisceau d'indices» pour déterminer si la contravention constatée justifie une dissolution sur le fondement de l'article 203 LSC et si la dissolution constitue un moyen efficace au sens de l'article 203 LSC, tranchant ainsi avec la jurisprudence majoritaire qui a une démarche systématique dans la dissolution, c'est-à-dire que le non-dépôt des comptes annuels entraîne la dissolution automatique de la société.

Il échet cependant de constater que nonobstant les jugements précités qui se prononcent en faveur d'une régularisation possible, la Cour d'appel quant à elle n'a jamais recouru à cette possibilité.

Il convient de noter que le droit français ne prévoit pas la dissolution judiciaire pour les sociétés qui contreviennent gravement aux dispositions du code de commerce.

L'Article 182 du code des sociétés belge prévoit une disposition autorisant la dissolution d'une société en cas de non-dépôt des comptes annuels pour trois exercices consécutifs (16). Le but de cet article est différent de celui de l'article 203 LSC en droit luxembourgeois. En effet, la loi du 13 août 1995 introduisant cette mesure a entendu mettre fin au phénomène des sociétés dormantes par une nouvelle cause

(16) Article 182 du code des sociétés belge.

de dissolution judiciaire des sociétés (17). Cet article n'a donc pas pour vocation, au principal, la protection des tiers, ou le maintien d'une bonne réputation du marché belge. Cela se traduit notamment dans la possibilité de régulariser en cours de procédure, contrairement à la jurisprudence traditionnelle en droit luxembourgeois. De plus, la dissolution n'intervient pas avant les sept mois suivant la date de clôture du 3^{ème} exercice comptable, là où, en droit luxembourgeois, le retard dans la publication des comptes d'un seul exercice serait suffisant pour entraîner la dissolution de la société. Il s'agit en fait de deux dispositions d'un esprit totalement différent, malgré une certaine analogie dans les effets.

**6. – Trib. Admin., 20 septembre 2004,
n° 17629 du rôle**

S.A. – Loi d'établissement du 28 décembre 1988, telle que modifiée – clause d'objet social – exigence de conformité à l'autorisation d'établissement (non)

La société anonyme I. S.A. fit introduire une demande d'obtention d'une autorisation d'établissement pour l'activité de *«prestations de services de bureau et de secrétariat»*.

Le Ministre des Classes Moyennes avait refusé d'accorder une autorisation d'établissement à la société au motif que celle-ci refusait de modifier son objet social, qui était plus large que l'activité faisant l'objet de la demande d'autorisation.

L'argumentation du Ministre, reproduite dans le jugement, était en substance la suivante :

«L'activité d'une société doit ainsi être recherchée, au vœu du droit des sociétés, dans l'objet social, et la société est réputée [exister] pour accomplir – par définition et par hypothèse – cet objet social.

Or, l'article 1^{er} de la loi d'établissement dispose que 'Nul ne peut, à titre principal ou accessoire, exercer l'activité d'industriel, de commerçant ou d'artisan, ni la profession d'architecte ou d'ingénieur, d'expert comptable ou de conseil en propriété industrielle ou de gestionnaire d'un organisme de formation professionnelle continue sans autorisation écrite...'

(17) *Droit des sociétés commerciales*, Edition Kluwer, p. 1022.

L'article 3 prévoit encore que l'autorisation ne peut être accordée à une personne physique que si celle-ci présente les garanties nécessaires d'honorabilité et de qualification professionnelles. Les professions réglementées tombant dans le champ d'application de la présente loi devront satisfaire également pour l'exercice desdites professions aux conditions imposées par les lois et règlements régissant ces professions. S'il s'agit d'une société, les dirigeants devront satisfaire aux conditions imposées aux particuliers. Il suffit que les conditions de qualification professionnelle soient remplies par le chef d'entreprise ou par la personne chargée de la gestion ou de la direction de l'entreprise...'

Par conséquent, il résulte de la combinaison des dispositions prémentionnées que toutes les activités figurant à l'objet social doivent être dûment autorisées s'il s'avère qu'elles [sont] visées par le droit d'établissement ou toute autre disposition émanant d'une loi spéciale.

Et a contrario, seules les activités dûment autorisées peuvent figurer dans l'objet social.»

Or, l'objet de la société faisant référence à des activités relevant de la loi d'établissement, en l'occurrence, le conseil économique visé à l'article 19 de celle-ci, l'autorisation était refusée faute de concordance entre l'objet social et l'activité autorisée.

Après analyse des arguments en présence, le Tribunal se prononce comme suit :

«S'il est vrai, ainsi que le retient le délégué du gouvernement, que l'activité d'une société devrait être recherchée dans l'objet social et qu'une société est réputée accomplir – par définition et par hypothèse – cet objet social, il n'en reste pas moins que l'objet social, qui représente le programme des activités auxquelles la société peut se livrer en vue de la réalisation des bénéfices, et l'activité sociale, qui est l'activité réellement exercée par la société et constitue la mise en œuvre des possibilités offertes par les statuts ou de l'une d'elles, constituent deux notions distinctes (cf. RIPERT & ROBLOT, Traité de Droit commercial, 17^e édit., t. 1, n° 1051). Si l'activité effectivement exercée par une société doit rentrer dans son objet social, aucune disposition légale n'impose à une société d'établir un parfait parallélisme entre l'activité prévue dans les statuts et celle effectivement exercée.

En ce qui concerne la loi d'établissement, en se référant à l'exercice des activités reprises dans son article 1^{er}, elle vise nécessairement l'activité sociale effective, d'autant plus que l'article 22 de la même loi érige en infraction pénale, partant en fait de non-respect des obligations découlant de ses dispositions, seulement l'exploitation non autorisée d'un établissement, donc également une activité effective. Cette conclusion n'est pas éternée par l'article 1^{er}(2) de la loi d'établissement imposant une nouvelle autorisation en cas de «changements ou extensions à apporter à

l'objet de l'entreprise», étant donné que cette disposition vise l'hypothèse d'une modification d'activité ayant déjà fait l'objet d'une autorisation antérieure, donc seulement une nouvelle activité effective et non pas une simple modification de l'objet statutaire.

Il y a lieu d'ajouter que l'article 2, alinéa 1^{er} de la loi d'établissement, en disposant que l'autorisation est délivrée après une instruction administrative portant sur les conditions exigées par la présente loi et sur avis motivé d'une commission, dont la composition et le fonctionnement sont déterminés par le règlement grand-ducal', confère au ministre la seule mission de vérifier l'accomplissement par le demandeur d'une autorisation d'établissement de toutes les exigences inscrites dans la loi d'établissement et n'autorise le ministre à refuser une autorisation qu'au cas où une telle exigence ne se trouverait pas vérifiée. Or, aucune disposition de la loi d'établissement n'exige l'existence d'un parallélisme parfait entre l'objet social d'une société commerciale et son activité sociale effective telle qu'autorisée par le ministre.

Il découle de ces développements que l'imposition d'une modification des statuts de la société demanderesse dans le sens d'une délimitation de son objet social à l'activité autorisée par le ministre ne trouve pas un appui suffisant dans la loi d'établissement.»

Et de conclure :

«Il ressort de l'ensemble des développements qui précèdent que le ministre est tenu de vérifier que les activités pour lesquelles une société sollicite une autorisation d'établissement rentrent dans l'objet social de cette société tel que défini dans ses statuts, donc que l'objet social englobe au moins cette activité, mais que, sauf l'hypothèse d'une disposition afférente inscrite dans une loi spéciale, le ministre n'a pas le pouvoir d'imposer à une société de délimiter son objet social statutaire de manière à viser exclusivement l'activité visée par son autorisation d'établissement.»

**7. – Trib. Arr. Lux., chambre comm. (2^e),
ordonnance n° 851/03 du 24 octobre 2003**

**Registre de Commerce et des Sociétés – refus de
dépôt – gage de parts de S.à r.l. – caractère limitatif
des articles 3 à 11 de la loi du 19 décembre 2002 (oui)**

Une certaine pratique consistait, à une époque, à déposer au RCS les avis de gage sur parts de S.à r.l., ce afin de garantir l'opposabilité aux tiers des gages ainsi constitués. Le raisonnement sur lequel reposait cette pratique était d'assimiler le gage, qui réalise une dépossession, à une modification dans la

personne des associés dont l'article 11*bis*, paragraphe 2(3) LSC exige la publication au RCS.

Le RCS ayant refusé un tel dépôt sous l'empire de la loi du 19 décembre 2002, les requérants attaquent cette décision de refus, ce qui amène le Président du Tribunal de Commerce à se prononcer comme suit :

« Aux termes clairs et précis du paragraphe 2 de l'article 1^{er} de la loi du 19 décembre 2002 concernant le Registre de Commerce et des Sociétés, ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises et modifiant certaines autres dispositions légales, 'les inscriptions prescrites par la loi, de même que toute modification se rapportant aux faits dont la loi ordonne l'inscription, doivent être portées sur le registre'.

Doivent dès lors être portées sur le registre uniquement les inscriptions prescrites par la loi, de même que toute modification se rapportant aux faits dont la loi ordonne l'inscription.

Les articles 3 à 11 de la loi du 19 décembre 2002 prévoient les inscriptions qui doivent obligatoirement être portées sur le registre d'après la même loi.

D'après l'exposé des motifs du projet de loi n° 45815 (session 2000-2001), ces articles reprennent de façon complète les informations requises pour l'immatriculation de chaque type de personne.

Le but de la loi du 19 décembre 2002 a en effet été de présenter aussi clairement que possible pour chaque type de personne une liste complète des informations requises (projet de loi n° 4581-5, session 2000-2001), afin d'offrir à toutes les personnes intéressées un moyen facile de faire connaître l'existence et l'importance de toutes les personnes physiques et morales qui se livrent à des activités commerciales dans le pays, de leur permettre de trouver des renseignements complets sur les commerçants, ainsi que toutes les circonstances pouvant influencer sur leur capacité et leur crédit.

L'objectif de la loi du 19 décembre 2002 est de créer un climat de confiance auprès des investisseurs en garantissant l'identification correcte des parties d'une part, et des informations fiables sur leur situation financière d'autre part.

Cet objectif est réalisé par la publication des informations requises par les articles 3 à 11 de la loi qui constituent une liste complète des inscriptions à publier au registre de commerce et des sociétés.

Etant donné que les documents dont les parties demandresses demandent la publication ne font pas partie des inscriptions devant de par la loi être déposées au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg, celui-ci n'a pas l'obligation de les y inscrire.»

et :

«Etant donné que la mise en gage des parts d'une société à responsabilité limitée n'opère pas de modification dans la personne des associés, le Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg n'a pas l'obligation d'inscrire les documents litigieux au Registre de Commerce et des Sociétés.

Aucune autre disposition de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales telle que modifiée ne prescrit au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg de publier les documents litigieux au Registre de Commerce et des Sociétés, de sorte que les parties demandereses ne sauraient non plus fonder leur demande ni sur l'article 114(3) de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, lequel prévoit les procédés de transmission des valeurs mobilières, ni sur l'article 189 de la même loi prévoyant les modalités de cession des parts d'une société à responsabilité limitée.

Les parties demandereses font finalement valoir que le dépôt des documents litigieux s'inscrirait dans la pratique antérieurement suivie par le Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg et constituerait dès lors une coutume que la nouvelle loi n'aurait pas abrogée.

Le Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg conclut au rejet de ce moyen au motif que les parties demandereses restent en défaut de rapporter la preuve que l'inscription des documents litigieux constitue une coutume.

Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, le Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg n'a dès lors pas l'obligation d'inscrire les documents litigieux au Registre de Commerce et des Sociétés, de sorte qu'il y a lieu de déclarer non fondée la demande des parties demandereses.»

On retiendra comme principal enseignement de cette jurisprudence l'affirmation du caractère exhaustif des articles de la loi du 19 décembre 2002 prescrivant les inscriptions devant être faites au RCS. Cette solution est à approuver dans l'intérêt de la sécurité juridique :

«Doivent, dès lors, être portées sur le registre uniquement les inscriptions prescrites par la loi, de même que toute modification se rapportant aux faits dont la loi ordonne l'inscription.»

8. – Cour d'Appel, Civil, 17 juillet 2002, n^{os} 23054, 24097 et 26382 du rôle

Société civile – a) article 157 LSC, b) droit d'action des associés contre la SC et son gérant, c) action oblique contre la SC, d) sanction d'un dépassement de pouvoir du gérant

Plusieurs associés majoritaires d'une société civile immobilière (SCI B) demandent l'annulation de certains actes de reconnaissance de dette et d'hypothèques sur les immeubles au bénéfice d'une S.à r.l. A contrôlée par l'associé minoritaire de la SCI B.

Les associés majoritaires invoquent dans tous les chefs de leur demande le caractère frauduleux de ces opérations.

a) Un premier point d'intérêt de cet arrêt concerne l'interprétation de l'article 157 LSC.

Certaines parties intimées soutenaient que les actions des demanderesses visant l'annulation des actes d'obligation et d'apport des immeubles de la SCI B étaient prescrites par application de l'article 157 LSC.

La Cour refuse d'accueillir ce moyen aux motifs suivants :

«Pour autant que l'article 157 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales serait applicable aux sociétés civiles, les actions en annulation de contrats ou d'actes conclus avec une autre société ne sont pas visées par cet article de sorte que le délai de prescription y prévu ne s'applique pas à ces actions.»

b) Un autre aspect intéressant de cet arrêt est l'existence d'un droit d'action des associés contre la société civile et ses gérants :

«Les appelantes (18) soutiennent que c'est à tort que les juges de première instance, se basant sur les principes généraux de l'effet relatif des contrats et la maxime 'Nul ne plaide par procureur', ont dit que les demandes en annulation des actes d'obligation, de l'acte d'apport des immeubles (...), en radiation des hypothèques et en restitution des immeubles à la société civile n'étaient pas recevables pour défaut d'intérêt dans leur chef étant donné que le gérant d'une société civile ne serait pas le mandataire des associés, mais de la société qui a une personnalité juridique distincte des associés.»

La Cour, prenant sur ce point le contre-pied de la décision de première instance, confirme l'existence du droit et de l'intérêt à agir des demanderesses :

«Nonobstant sa personnalité morale, la société civile repose sur la considération de la personne des associés; ceux-ci contractent intuitu personae sur le fondement de la confiance qu'ils s'accordent mutuellement.

(18) C'est-à-dire les associés.

Cette primauté de la personne des associés à l'intérieur de la société explique qu'un associé ne peut pas, par voie de cession, se substituer un autre associé dans la société à moins que tous les coassociés y consentent (article 1861 code civil); la mort, l'interdiction, la déconfiture ou la volonté d'un associé de se dégager de la société est une cause de dissolution (article 1865); la dissolution de la société à terme peut être demandée par chaque associé avant le terme convenu pour de justes motifs et notamment en cas de mésentente grave entre associés (article 1871); bien que les engagements sociaux soient contractés au nom et pour le compte de la société, ils obligent indéfiniment les associés 'chacun pour une somme ou part égales, encore que la part de l'un d'eux dans la société fût moindre, si l'acte n'a pas spécialement restreint l'obligation de celui-ci sur le pied de cette dernière part (article 1863)'.

En l'absence de loi organisant la société civile en considération de sa personnalité morale, le juge doit nécessairement combiner les règles du code civil, toujours en vigueur dans leur rédaction originale, avec les conséquences que l'attribution de la personnalité juridique entraîne nécessairement.

Compte tenu de la position primordiale de la personne des associés dans la société civile, comparée à celle des actionnaires dans les sociétés de capitaux, l'attribution de la personnalité morale à la société civile n'a pas comme effet d'absorber la personne des associés et de les dépouiller, au profit de la société, de tout droit d'agir. Les prérogatives qui découlent de la personne morale s'ajoutent aux droits d'agir des associés qui subsistent dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles avec le principe de la personnalité civile et la représentation de la société par son gérant.

La survie de l'élément contractuel dans les relations des associés de la société civile entre eux, respectivement dans leur relation avec le gérant, explique qu'en l'absence d'action intentée par la société, chaque associé peut agir en responsabilité contractuelle contre le gérant pour faute de gestion pour la part de dommage, même collectif, qu'il a éprouvée, et que chaque associé peut agir en annulation des délibérations irrégulières et des décisions prises par les organes de la société (gérant, assemblée générale) qui excèdent les pouvoirs de ceux-ci, sont le résultat d'une machination frauduleuse ou se trouvent entachées d'excès de pouvoir, chaque associé ayant un droit individuel à l'observation de la loi et des statuts (comp. pour la société en nom collectif: VAN RIJN et HEENEN, Droit commercial, t. II, n° 372 et 432; FRÉDÉRICQ, t. IV, n° 212; Pierre COPPENS, Cours de droit commercial, 2^e vol., U.C.L., éditions Cabay 1983, p. 235, 271; Cour d'appel de Bruxelles, 13 janvier 1971, Revue critique de jurisprudence belge, 1973, 260; Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, 1926, t. 2, n° 148; ESCARRA, Traité théorique et pratique de droit commercial, les sociétés commerciales, t. 1^{er}, 1950, n° 242; note BOURCART sous cass. civ. 8 juillet 1919, S. 1921, 257).

Les appelantes disposent dès lors d'une action en responsabilité contre la société gérante à concurrence de leurs parts.

En revanche, la personnalité morale de la société s'imposant dans les relations extérieures, les associés sont en principe dépourvus de qualité pour agir en nullité des actes que la société, représentée par son gérant, a conclus avec des tiers. Dans ce cas, seule la société civile a qualité pour exercer les actions sociales par l'intermédiaire de son gérant (cf. pour une action en rescision pour lésion : Cass. civ., 12 octobre 1954, D., 1955, 697). En donnant pouvoir au gérant d'agir au nom de la société, les associés s'interdisent de se substituer au gérant pour accomplir des actes qui relèvent du pouvoir statutaire ou légal attribué à ce dernier. L'exercice par un associé d'une action en annulation d'un acte de gestion contredirait le pouvoir conféré au gérant.

Comme la société civile B. s'est dotée d'un gérant dans ses statuts, elle agit par l'intermédiaire de cet organe qui la représente dans ses rapports avec les tiers. Il s'ensuit que l'article 1859 du code civil, invoqué par les appelantes à l'appui de leurs demandes intentées en leur qualité de mandantes, qui prévoit l'administration de la société par chacun des associés 'à défaut de stipulations spéciales sur le mode d'administration', est inapplicable.

C'est à tort que les appelantes affirment qu'elles pourraient agir en tout état de cause, indépendamment d'un dépassement de pouvoir, en annulation d'actes conclus par la société avec les tiers, du moment que l'action était bloquée par la gérante et ses administrateurs et qu'elles ne pouvaient révoquer la gérante, cette décision, comme celle concernant la nomination d'un nouveau gérant, exigeant l'unanimité des associés.

Si le gérant statutaire non associé n'est révocable ad nutum que par la décision à l'unanimité des associés, un vote majoritaire ne pouvant, sauf clause contraire des statuts, emporter la révocation du gérant, il reste que tout associé est qualifié pour saisir le tribunal d'une demande de révocation du gérant non associé pour motif légitime.»

c) L'une des parties demanderesses entendait exercer une action oblique contre la SCI B. Cette action est rejetée pour défaut de qualité de créancier de l'associé :

«Le droit de l'associé d'une société n'est pas un droit de créance contre la société. L'associé n'est pas créancier de la société 'parce qu'il n'a pas les droits d'une personne vis-à-vis d'une personne entièrement distincte d'elle-même, mais les droits d'une personne vis-à-vis d'une personne collective dont elle est membre' (Personnalité et droit subjectif par J.P. GASTAUD n° 39). L'associé n'est pas créancier de la société, mais il est créancier dans la société. Dût-il être considéré comme créancier envers la société, sa créance serait indéterminée et ne pourrait servir de base à une action oblique. (Cass. fr., 2 mai 1968, Bull. Civ., IV, n° 144; voir cependant : C.A. Besançon 5.7.1962, D., 1963, Somm. 14; note M. JEANTIN sous C.A. Paris 8.5.1978, D., 1979, p. 270).

C'est dès lors à bon droit que les juges de première instance ont retenu l'irrecevabilité de l'action oblique exercée par X.»

d) Un dernier point intéressant était celui de la sanction d'un dépassement de pouvoir du gérant :

«Les actes qui excèdent les pouvoirs du gérant doivent faire l'objet d'une décision unanime des associés (DE PAGE, t. V, n° 80; Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, 1926, t. 2, n° 268). Le droit de chaque associé de consentir à l'acte en question ou de le refuser lui est personnel et la personnalité morale de la société n'y intervient pas (note Bourcart sous cass. civ. 8 juillet 1919, S., 1921, 257). L'action en nullité qui se fonde sur la violation de ce droit a donc un caractère individuel et peut être intentée par l'associé dont le consentement fait défaut. Pour que l'action en nullité aboutisse, il faut encore que l'associé demandeur établisse la mauvaise foi du cocontractant.

Les appelantes disposent par conséquent en principe d'une action en nullité sur le fondement du dépassement de pouvoir imputé à la société gérante.

Cette action n'est pas subordonnée à la preuve que les organes normaux de la société ne peuvent plus fonctionner.

Les appelantes soutiennent que leur demande en annulation serait en tout état de cause recevable étant donné que le dépassement du mandat serait sanctionné par une nullité absolue qui pourrait être invoquée par quiconque justifiant d'un intérêt même s'il n'est pas partie à la convention litigieuse.

D'une manière générale, le caractère absolu de la nullité n'a pas comme effet de conférer qualité aux associés lorsqu'en raison de son caractère social une action appartient à la société. Les associés recouvrent leur qualité d'agir pour faire sanctionner les actes illicites qui les atteignent individuellement. Ce n'est que s'il justifie d'un intérêt personnel, distinct de celui de la société, que l'associé, comme tout tiers personnellement lésé, a le pouvoir d'agir en invoquant un cas de nullité absolue. Ainsi, lorsque l'acte litigieux rentre dans les pouvoirs du gérant, seule la société pourra agir, à moins que l'acte ne cause un préjudice individuel à un ou plusieurs associés et qu'il ne soit sanctionné par une nullité absolue. Lorsque l'acte incriminé dépasse les pouvoirs délégués au gérant, tout associé qui n'y a pas consenti peut agir comme le fait un mandant quant aux actes accomplis par son mandataire en dépassement de ses pouvoirs, peu importe le caractère relatif ou absolu de la nullité.

X. soutient encore que les actes litigieux seraient en outre nuls en raison de l'irrégularité de la nomination des administrateurs de la S.à r.l. B (19). La nomination des administrateurs étant une décision interne de la société, l'appelante a, en principe, qualité pour en contester la régularité. Il échet cependant de constater qu'elle ne conclut pas à l'annulation de nominations en cause et que les appelantes, dont X., sont elles-mêmes à l'origine de l'irrégularité invoquée puisqu'elles avaient omis de

(19) La gérante de SCI B.

convoquer le coassocié Y. à l'assemblée générale du 23 juillet 1990; que l'irrégularité en question atteint exclusivement les intérêts de Y. de sorte que X. ne peut l'invoquer à son profit.»

**9. – Tribunal d'arrondissement – XV^{ème} Chambre –
14 juillet 2004 – n° 84594 du rôle**

Prêt sans intérêt requalifié en apport?

La requérante, un trustee agissant en cette qualité pour un trust constitué conformément au droit de Jersey, avait introduit une action à l'encontre d'une société anonyme KH de droit luxembourgeois en remboursement d'un prêt sans intérêt et à première demande octroyé par la requérante à la société KH.

Ce prêt n'avait pas fait l'objet d'un contrat de crédit par écrit et n'était documenté que par inscription dans les bilans respectifs de la requérante et de la société KH.

«La société KH soutenait que l'opération en question constituerait en réalité un apport en société qui aurait été déguisé en prêt par les parties, par souci de discrétion envers l'administration fiscale.»

Au soutien de sa prétention, la société KH soulevait le fait qu'aucun intérêt n'aurait été stipulé, que le prêteur se serait immiscé dans les affaires du gérant et renvoyait finalement au montage juridico-financier mis en place par les parties.

La société KH a enfin formulé une offre de preuve par témoins destinée à établir qu'il n'aurait pas été dans l'intention des parties de faire un prêt à la société KH mais de lui faire un apport en capital qui ne serait pas sujet à restitution mais serait immédiatement utilisé pour rembourser le crédit call accordé par une certaine banque.»

Le tribunal se prononce dans les termes suivants relativement à l'offre de preuve formulée par la société KH :

«L'offre de preuve formulée par la défenderesse tend à établir que la qualification de prêt figurant au bilan serait inexacte et dissimulerait en réalité un apport en société, ainsi masqué pour des raisons fiscales.

Elle tend dès lors à établir que les parties ont commis avec une intention frauduleuse en vue d'abuser les tiers et le fisc un faux dans les bilans, infraction pénalement sanctionnée par l'article 169 de la loi sur les sociétés commerciales.

Cette offre de preuve est partant à rejeter en vertu de l'adage 'nemo auditur...':

Le juge n'a en effet pas à sanctionner et à donner force exécutoire à des arrangements conclus dans le seul but de frauder les tiers.»

Par ailleurs, la société KH soulève la nullité du prêt pour violation de l'article 1855 du code civil, concernant l'interdiction des pactes léonins.

Or, le tribunal rejette cet argument alors que la requérante, ayant par ailleurs souscrit et libéré des actions de la société KH, contribue aux pertes en proportion des actions souscrites.

D'autre part, la société KH invoque l'absence de cause du prêt alors que le tribunal retient que la preuve d'une cause illicite ne peut être établie au vu des développements exposés *supra*.

De même, le tribunal rejette l'argument de l'abus de droit invoqué par la société KH au motif que l'abus de droit n'est pas une cause de nullité du contrat.

Le tribunal prononce la demande en paiement formulée par la requérante fondée et retient que le prêt accordé sans durée spécifiée étant à considérer comme un prêt à durée indéterminée, lequel est devenu exigible pour avoir été régulièrement dénoncé.

**10. – Référé du 29 juillet, 2003 n° 588/2003,
n° 82613; Référé du 5 août, 2003
n° 604/2003, nos 82613 et 82696;
Référé du 1^{er} octobre, 2003, n° 703/2003,
n° 83740; Référé du 27 novembre 2003,
n° 880/2003, n° 84807 du rôle**

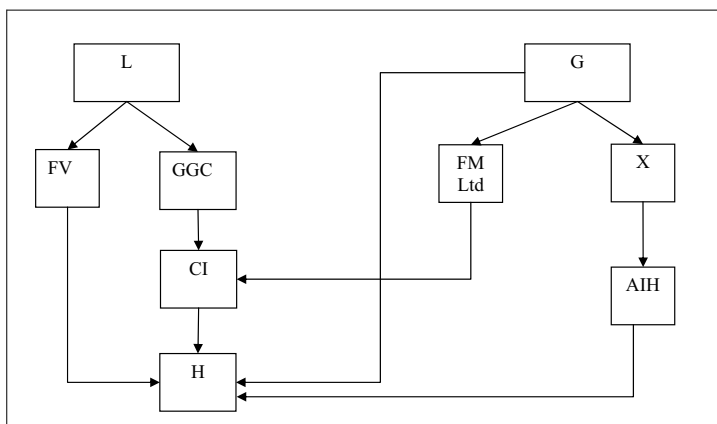
Cette affaire a fait l'objet d'une série de décisions intervenues dans le courant des années 2003 et 2004. Dans un souci de simplification et d'une meilleure compréhension pour le lecteur, l'analyse de ces décisions est précédée d'une présentation des protagonistes et de leurs relations, de la structure du groupe ainsi que des faits importants de cette affaire.

a) Les protagonistes de l'affaire :

G, fondateur du groupe H (la «Société»), une société anonyme luxembourgeoise, contrôle et est le principal actionnaire d'une société de droit des Iles Vierges Britanniques FM Ltd.

Il est par ailleurs actionnaire indirect de la société AIH et détient une action de la Société.

- L contrôle et est le principal actionnaire d'une société de droit du Panama GGC. Il contrôle par ailleurs et est le principal actionnaire de la société française FV.
- La société FM Ltd est actionnaire minoritaire (1/3) de la société CI.
- La société GGC est actionnaire majoritaire (2/3) de la société CI.
- La société CI est actionnaire majoritaire de la Société.
- Les sociétés AIH et FV sont actionnaires minoritaires de la Société.



b) Les faits :

Un dirigeant représentant GGC est licencié, suite à quoi la société GGC annonce dans un courrier aux sociétés CI, aux sociétés du groupe de la Société et AIH qu'en sa qualité d'actionnaire majoritaire et de créancier également majoritaire de la Société, et face aux mauvais résultats annoncés sur l'exercice 2002, elle a pris la décision de retirer à tous les dirigeants de toutes les sociétés du groupe de la Société leurs pouvoirs et prérogatives autres que ceux relevant de la gestion courante, dans l'attente de l'assemblée générale de présentation des comptes consolidés du groupe qui doit se tenir le 30 juin 2003.

GGC annonce en outre au gérant de CI, B, la révocation de son mandat.

Cette décision est attaquée par FM Ltd et fait l'objet d'une ordonnance rendue par la Cour Suprême des Iles Vierges Britanniques qui prononce une interdiction à CI d'user de son droit de vote à l'assemblée de la Société autrement que par son représentant B (la «Décision BVI»).

A l'assemblée du 30 juin 2003, deux procès-verbaux contradictoires sont adoptés par les représentants désignés par les blocs d'actionnaires, chacun prétendant légitimement représenter la Société.

Les requérants / actionnaires minoritaires font valoir que le deuxième procès-verbal constituerait un faux, au motif qu'il serait contraire à la réalité des faits et énoncent un certain nombre d'irrégularités et de contradictions entre les deux procès-verbaux.

Une plainte pénale avec constitution de partie civile est en outre déposée par la Société aux fins de voir statuer sur la qualité de faux du deuxième procès-verbal.

Les requérants considèrent que des mesures conservatoires sont à prendre d'urgence dans l'attente d'une décision notamment sur les accusations de faux de sorte qu'ils demandent de voir suspendre tous les effets de la délibération jugée irrégulière.

Les défendeurs ont, quant à eux, introduit une demande tendant à la nomination d'un administrateur provisoire pour la Société.

1. – *Tribunal d'arrondissement de Luxembourg –
référé n° 588/2003 du 29 juillet 2003 –
n° 82613 du rôle*

**Demande en suspension des délibérations d'une
assemblée générale – opposabilité aux administrateurs
– connexité avec une demande en nomination d'un
administrateur provisoire**

Les minoritaires font assigner la société GGC et la société FV devant le juge des référés aux fins de voir ordonner la sus-

pension des effets de toutes les décisions prises ou prétendument prises au cours de l'assemblée générale du 30 juin 2003, plus particulièrement d'entendre ordonner la suspension provisoire dans l'attente d'une décision au pénal sur les effets du deuxième procès-verbal et d'entendre ordonner que ledit procès-verbal et les nominations en découlant ne pourront faire l'objet d'une inscription au registre de commerce et des sociétés, ni d'une publication au Mémorial.

En premier lieu, les défendeurs concluent à l'irrecevabilité de la demande alors que, les administrateurs n'ayant pas été mis en cause, les requérants sont irrecevables à demander la suspension de leur nomination.

Cet argument repose sur un arrêt de la Cour du 2 juin 1999 (20) qui a admis qu'en matière de nullité des assemblées générales, doivent être mis en cause tous ceux qui veulent faire usage des délibérations de cette assemblée :

« Dans une action qui tend à voir constater la nullité d'une délibération, il faut mettre en cause tous ceux qui veulent faire usage de la délibération et ensuite la société elle-même, car c'est surtout elle que la nullité intéresse et c'est d'elle qu'émane la délibération, citant Charles RESTEAU, Traité des sociétés anonymes, t. 2, n° 1222. »

Il appartient au juge des référés de s'interroger sur l'opportunité d'appliquer la jurisprudence de la Cour du 2 juin 1999 au cas de l'espèce à savoir une simple demande de suspension des effets d'une assemblée générale et non, comme dans la décision de 1999, une demande d'annulation de la décision litigieuse.

Les défendeurs invoquent à cet égard une décision du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 22 novembre 2000 (21) qui a fait application, à la suspension des délibérations de l'assemblée générale, des solutions dégagées en matière de nullité des délibérations.

Ainsi :

« dans une action qui tend à faire suspendre les effets d'une délibération, il faut mettre en cause tous ceux qui veulent faire usage de la délibération et ensuite la société elle-même (voir quant à l'annulation : Charles RESTEAU, Traité des sociétés anonymes, t. 2, n° 1222). »

(20) Cour, 2 juin 1999, 31, 204.

(21) Tribunal d'arrondissement, ordonnance de référé du 22 novembre 2000.

Le tribunal estime néanmoins que dans la mesure où seule une suspension des effets de l'assemblée litigieuse est demandée, *«la demande diffère fondamentalement d'une demande en annulation, en ce qu'aucune décision définitive quant au fond n'est demandée»*.

Le tribunal considère en outre *«que le problème de l'opposabilité aux administrateurs de la décision qui est demandée ne saurait de toute manière avoir aucune influence sur une éventuelle demande future en responsabilité à l'égard des administrateurs de la société.»*

La décision conclut que :

«Le tribunal constate par ailleurs qu'en matière de nomination en référé d'un administrateur provisoire, l'assignation est valable si elle a été délivrée à l'encontre de la société seule, prise en la personne de son représentant légal (Enc. Dalloz, v° administrateur provisoire, n° 109).

Le tribunal considère qu'il doit en être de même en cas de demande en suspension des effets d'une assemblée générale, étant donné qu'en cette matière, aucune décision définitive n'est prise, de sorte que la mise en cause des administrateurs n'est justifiée par aucune raison impérieuse.»

Un deuxième point d'intérêt concerne la connexité des demandes en suspension de la délibération de la Société et de nomination d'un administrateur provisoire.

La société FV estime que la demande des requérants et celle introduite par elle devant le juge des référés, et tendant à la nomination d'un administrateur provisoire pour la Société, sont connexes dans la mesure où les deux demandes ont le même point de départ et se meuvent dans le même cadre.

Le tribunal se rapporte dans sa solution à une jurisprudence bien établie de la Cour en matière de connexité (22).

Ainsi, «la jonction des causes du chef de connexité a pour but tantôt de faciliter les débats en justice, tantôt d'éviter les décisions contradictoires, tantôt d'épargner des frais aux parties au litige.

La connexité, justifiant la jonction des causes, peut résulter de la circonstance que les demandes se rapportent à un point de départ unique et commun à toutes, qu'elles ont toutes le même objet, qu'une des parties est partie à chacune d'elles, que toutes sont susceptibles de recevoir une solution unique.

(22) Cour, 30 janvier 1996, 30, 23.

En l'espèce, le tribunal considère que les demandes tendant, d'une part, à la suspension des effets d'une assemblée générale d'actionnaires, ayant notamment révoqué l'ancien conseil d'administration pour le remplacer par un nouveau, et, d'autre part, à la nomination d'un administrateur provisoire, sans être identiques, poursuivent cependant un but similaire, à savoir celui de sortir la société d'une situation de blocage due notamment à des incertitudes quant à la représentation de certains des actionnaires de la société.»

Au vu de ce qui précède, le juge, par application de l'article 262 NCPC, ordonne le renvoi de l'affaire.

En effet, le tribunal estime :

«qu'au regard des différents éléments du dossier et notamment en considération du fait que les fonctions des deux conseils d'administration de la justice de statuer sur les deux demandes par une seule et même ordonnance, prenant en compte l'ensemble des éléments permettant d'arriver à une solution globale des problèmes affectant actuellement cette société.»

*2. – Tribunal d'arrondissement de Luxembourg –
ordonnance de référé du 5 août 2003 –
n^{os} 82613 et 82696 du rôle*

Nomination d'un administrateur provisoire – compétence du juge des référés – conditions : urgence, mesure provisoire, apparence de droit, non-immixtion dans la vie sociale

Cette ordonnance intervient suite au renvoi ordonné par le juge des référés dans l'ordonnance précédemment décrite. Les faits et rétroactes de l'affaire résultent des développements ci-dessus.

Le juge va, dans un premier temps, examiner sa compétence pour statuer sur les demandes.

Pour ce faire, il va se référer au droit belge, selon lequel l'intervention du juge des référés dans la vie des sociétés est subordonnée au respect de quatre conditions : l'urgence, le provisoire, l'existence d'une apparence de droits et l'absence d'immixtion du juge dans la vie sociale (23). Les trois premières conditions découlent du fait que le fondement juridique de l'intervention du juge en droit des sociétés doit être recherché

(23) POTTIER E. et DE ROECK M., «L'administration provisoire : bilan et perspectives», *R.C.D.B.*, 1997, p. 204, n° 5.

dans les conditions de droit commun du référé des articles 932 et 933 NCP (24).

Par la suite, le juge va examiner pour chaque demande s'il est compétent au vu de ces critères. Nous allons donc dans un souci de simplification examiner pour chaque critère la demande en suspension, puis la demande en nomination d'un administrateur provisoire dans la mesure où un tel examen s'avère nécessaire.

L'urgence

S'agissant de l'urgence, le tribunal rappelle le principe en la matière et considère que :

« L'intervention du juge de référé est justifiée dès lors qu'il y a urgence, c'est-à-dire quand le moindre retard peut causer un préjudice irréparable. D'une manière générale, la jurisprudence est pratiquement unanime à considérer 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 (cf. EDON N., « L'intervention du juge des référés dans la vie des sociétés », Diagonales à travers le droit luxembourgeois, 1986, p. 189). »

En revanche, dès lors que les organes de la société sont encore en état de fonctionner, l'urgence reste le critère de compétence du juge des référés (25), auquel cas il incombe au demandeur de démontrer par les circonstances de l'espèce :

« 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 » (cf. Trib. Arr. Luxembourg (référé), 28 juillet 1986, n° 832/86; Trib. Arr. Luxembourg (référé), 27 juillet 1987, n° 811/87; Trib. Arr. Luxembourg (référé), 3 novembre 1988, n° 1331/88). »

Après avoir rappelé les conditions de l'intervention du juge des référés sous l'angle du critère de l'urgence, le juge des référés se prononce sur les deux cas d'intervention prévus par l'article 933 al. 1^{er} NCP, à savoir, d'une part, la voie de fait en examinant la question de savoir si les circonstances de la tenue de l'assemblée litigieuse constituent ou non une voie de fait devant conduire à la suspension des décisions prises lors de ladite assemblée sur base l'article 933 al. 1^{er} NCP et,

(24) Articles 932 et 933 NCP.

(25) Diagonales à travers le droit luxembourgeois, « L'intervention du juge des référés », 1986, p.190.

d'autre part, en cas de danger imminent en examinant la question de la nomination d'un administrateur provisoire.

La suspension des décisions décrites au deuxième procès-verbal

Aux termes de l'article 933 al. 1^{er} NCPC, le juge des référés peut prescrire 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 ou une voie de fait.

En droit des sociétés, l'existence d'un trouble manifestement illicite est donnée :

«chaque fois qu'une décision d'un organe de la société est entachée d'une irrégularité formelle flagrante ou méconnaît le respect des droits de la défense et porte ainsi préjudice à des intérêts légitimes (cf. Cour 22 février 1989, S.L.S.C.U. c/ Felten, n° 11131 du rôle).»

Le juge des référés considère que l'absence de convocation d'actionnaires peut, sauf exceptions prévues par la loi ou les statuts, constituer un trouble manifestement illicite de nature à vicier la régularité de l'assemblée générale d'une société.

Ainsi, il est généralement admis qu'on peut déroger à ces formalités sous la double condition cumulative que (i) tous les actionnaires soient présents ou représentés à l'assemblée et que (ii) ceux-ci renoncent à demander la convocation dans les formes prévues par la loi et votent sur tous les points à l'ordre du jour (26).

Le juge des référés remarque dans son ordonnance que cette dérogation est par ailleurs prévue dans les statuts de la Société.

En l'espèce, le juge des référés se prononce comme suit :

«il est établi que ni G ni AIH, ni même B pour CI n'étaient présents lors de l'assemblée litigieuse qui s'est tenue le 30 juin 2003 à partir de 13.30 heures.

Il ne ressort néanmoins d'aucune pièce soumise au juge des référés que tous les actionnaires, et notamment ceux ci-avant cités, aient été convoqués à ladite assemblée.

(26) *Le droit des sociétés, aspects pratiques et conseils des notaires* (Série Conseil francophone de la Fédération royale des notaires de Belgique, n° 7), Bruylant (éd.), 1999, p. 373.

Même à supposer qu'ils aient été convoqués, il n'est pas établi qu'ils aient renoncé à se prévaloir des formalités de convocation statutaires tel que ce fut le cas lors de l'assemblée générale qui s'est tenue le 30 juin 2003 à 11.00 heures.

Les mentions finales figurant au procès-verbal tendent plutôt à suggérer que c'est à dessein que G et AIH ainsi que B ont été exclus de cette deuxième réunion.»

Les majoritaires faisaient plaider que l'assemblée litigieuse était valable dans la mesure où celle-ci n'était que la continuation de la première assemblée. En effet, compte tenu du déroulement de la première partie de l'assemblée, notamment devant l'impossibilité de prendre une décision et le départ des minoritaires, l'assemblée se serait poursuivie avec les actionnaires majoritaires dûment représentés.

Le juge des référés refuse cependant de prendre en compte la thèse de la prorogation de la première assemblée :

« En effet, il ne résulte d'aucun élément, ni d'aucun des trois procès-verbaux rédigés le 30 juin 2003, que celle-ci aurait fait l'objet d'une décision formelle de l'assemblée générale. »

En conséquence, le juge des référés retient que l'assemblée générale ordinaire dont le deuxième procès-verbal est le produit fut convoquée et tenue en violation des dispositions tant légales que statutaires et ordonne la suspension des décisions prises lors de l'assemblée générale des actionnaires de la Société du 30 juin 2003, en attendant l'issue au fond devant les juridictions des Iles Vierges Britanniques du litige relatif à la représentation.

Il est admis en doctrine et en jurisprudence que le juge des référés peut intervenir dans la vie sociale si son action vise à assurer le respect technique de dispositions légales ou statutaires et ordonner notamment la suspension d'une résolution d'une assemblée générale irrégulièrement convoquée (27).

Nomination d'un administrateur provisoire

Les majoritaires font plaider que fin mai/début juin 2003, ils avaient découvert l'étendue du désastre alors que la Société affichait une perte de plus de 70 % par rapport à son capital,

(27) *Droit des Sociétés Commerciales*, sous la direction de M. COIPEL, p. 1058, n° 150.

ceci pour un chiffre d'affaires représentant environ 0,8 % du capital de la Société.

Les majoritaires soutiennent que depuis le licenciement du dirigeant les représentant, en violation des arrangements convenus, les relations entre les divers actionnaires se seraient détériorées à tel point qu'il existerait une mésentente complète entre eux. En outre, au vu de la situation désastreuse du groupe, les majoritaires auraient perdu toute confiance dans le management de la Société et dans G.

Les majoritaires estiment que :

«la Société serait en proie à de graves dysfonctionnements qui justifieraient de procéder d'urgence à la nomination d'un administrateur provisoire de la Société en attendant l'issue au fond devant les juridictions des Îles Vierges Britanniques du litige relatif à la représentation de l'actionnaire majoritaire CI».

Ils invoquent en outre :

«d'une part que les irrégularités et les violations aussi bien des statuts que de la loi sur les sociétés commerciales du 10 août 1915 seraient nombreuses et témoigneraient d'une situation de blocage des organes de la société à laquelle une décision de suspension des décisions prises lors de l'assemblée du 30 juin 2003 ne permettrait pas de remédier et d'autre part par la récente nomination d'un administrateur provisoire au niveau d'une de ses principales sociétés opérationnelles du groupe.»

Selon le juge des référés :

«le danger imminent est la voie de fait dont les circonstances font admettre qu'elle est sur le point de se produire incessamment, et qu'il y a lieu de prévenir par des mesures appropriées».

En outre, tout danger imminent doit comporter la probabilité d'un préjudice irréparable.

Le juge des référés conclut qu'il n'y a pas de probabilité de préjudice irréparable, du moment où la société conserve ses organes de fonctionnement initiaux et qu'un administrateur provisoire n'est pas nommé : il observe que la Société est à jour dans le dépôt de ses comptes sociaux et que l'assemblée générale qui statue sur les comptes sociaux a été convoquée. Par conséquent, le juge des référés estime que les organes sociaux fonctionnent normalement tout en considérant que la suspension des délibérations de l'assemblée est suffisante pour prévenir tout préjudice.

La non-immixtion des juges dans la vie sociale

Suivant une jurisprudence constante, le juge des référés rappelle qu'il est de principe que les juridictions n'ont à intervenir que de façon très circonspecte dans la vie sociale des sociétés commerciales tant que les organes de gestion de ces personnes morales sont en état de fonctionner (28).

« Il n'appartient en effet pas aux juges 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. Il est dès lors admis que cette règle ne se réfléchit 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 (cf. Trib. arr. Luxembourg (référé), 1^{er} juillet 1981, n° 303/81). »

Par ailleurs, le juge des référés reprend une jurisprudence antérieure de la Cour d'appel du 26 octobre 1993 selon laquelle :

« L'efficacité du rôle du juge des référés dans son intervention dans la vie des sociétés est non seulement subordonnée au fait de trouver un remède à une situation dommageable déjà née, mais encore d'en prévenir la naissance (cf. Cour d'appel, 26 octobre 1993, n°s 15376 et 15377 du rôle). »

Le juge des référés a retenu le principe de la non-intervention :

« tenant au principe de la non-intervention de la justice dans la vie interne des sociétés et qui veut que cette intervention exceptionnelle, plus particulièrement celle du juge des référés, se limite aux hypothèses où tout retard mettrait en péril les droits de ceux qui agissent en référé. »

S'agissant de la mésentente entre les actionnaires, le juge des référés estime que la simple mésentente n'est pas suffisante pour décider d'une mesure prononcée :

« Il résulte à suffisance du dossier qu'une mésentente sérieuse existe entre associés quant à la gestion du groupe dans son ensemble; il n'est cependant pas prouvé que ce désaccord conduise à la paralysie et au blo-

(28) « Le référé ordinaire en droit luxembourgeois », *Bulletin du Cercle François Laurent*, IV, 1989.

cage de toute vie sociale et menace la société luxembourgeoise visée dans son existence.»

En conclusion, le juge des référés, considérant qu'il n'y a pas urgence au sens de l'article 932 al. 1^{er} NCPC ni danger imminent au sens de l'article 933 al. 1^{er} NCPC ni paralysie ou blocage de la vie sociale, rejette la demande de nomination d'un administrateur provisoire.

Le fondement juridique de l'intervention du juge dans la vie des sociétés est une création prétorienne des tribunaux qui justifient cette intervention dans le péril que courent les droits de quelqu'un si les choses restent en l'état, en attendant que la contestation soit vidée au fond (29).

Le principe général rappelé par le juge des référés selon lequel l'intervention du juge dans la vie des sociétés doit rester exceptionnelle et être réservée à des cas particulièrement graves a cependant été nuancé par la jurisprudence qui admet l'intervention du juge en cas de défaillance ou de paralysie des organes sociaux pour empêcher que le respect intégral de la règle de la non-intervention n'entraîne la disparition de la société (30).

Cette intervention doit toutefois être rigoureusement nécessaire de sorte que tout retard mettrait en péril les droits des demandeurs.

Les principales causes d'intervention du juge retenues dans la jurisprudence belge ou française sont :

- impossibilité objective pour un organe de fonctionner régulièrement;
- carence ou paralysie de l'organe de gestion;
- gestion désordonnée ou apparemment irrégulière;
- prévention d'un abus de majorité;
- mésintelligence grave entre associés;
- menace de ruine et péril grave pour l'existence même de la société.

(29) *Bulletin du Cercle François Laurent*, 1991, *bull.*, II, p. 1-26.

(30) *Ibid.*

S'agissant du fonctionnement défectueux des organes sociaux, il a été décidé que la mesure de la désignation d'un administrateur provisoire était justifiée :

«— Lorsqu'il apparaît que le conseil d'administration d'une société anonyme est irrégulièrement composé et que de nombreuses actions de la société font l'objet d'une contestation (31);

— Lorsque deux conseils d'administration concurrents ont été élus à un jour d'intervalle, que des actions au fond sont introduites et que la plus grande confusion règne au sujet des personnes qui peuvent valablement assurer la gestion de la société (32);».

La jurisprudence belge retient également qu'un administrateur provisoire peut être désigné lorsqu'il apparaît que la gestion de la société est désordonnée et dépourvue de professionnalisme ou lorsque la comptabilité se trouve dans un état déplorable (33).

La Cour d'appel a dans un arrêt du 30 avril 1990 (34) estimé :

«Que la gestion de la société est suspecte et que l'administration des affaires est entachée d'infidélité ou d'incapacité, ou les deux à la fois.»

En l'espèce, les associés se livraient une lutte sans merci pour le contrôle exclusif de la société de sorte que la société s'en trouvait paralysée dans son fonctionnement.

«Selon la Cour, la jurisprudence classique admet en droit luxembourgeois que si les organes sociaux sont en état de fonctionner, le juge des référés n'a pas à y intervenir par des mesures provisoires «qu'au cas de l'existence d'un trouble manifestement illicite ou d'un dommage imminent», cas dans lesquels l'urgence est sous-entendue et présumée; cette intervention est encore admise en général en cas de mésentente entre associés ou entre organes sociaux et qui conduit à la paralysie et au blocage de la vie sociale et qui menace la société dans son existence», situation qui appelle également des mesures urgentes de la part du juge des référés».

Toujours suivant la Cour :

(31) Civ. Malines, 2 avril 1955, cité dans *R.D.C.B.*, 1997, p. 204, n° 5, POTTIER E. et DE ROECK M., «L'administration provisoire : bilan et perspectives».

(32) Comm. Termonde (réf.), 24 octobre 1962, cité dans *R.D.C.B.*, 1997, p. 204, n° 5, POTTIER E. et DE ROECK M., «L'administration provisoire : bilan et perspectives».

(33) Comm. Bruges (réf.) 6 juillet 1981 cité dans *Droit des Sociétés Commerciales*, 2^{ème} édition, 2002, sous la direction de M. COIPEL p. 107, n° 520.

(34) Cour d'appel 30 avril 1990, n° 12181 du rôle cité dans *Bulletin du Cercle François Laurent*, 1991, bull., II, pp. 1-26.

«La situation a évolué en France en matière de désignation d'administrateurs provisoires, alors que l'accent est mis plutôt sur le péril encouru par la société, en tant qu'être moral, lorsque celle-ci est menacée de ruine, que son équilibre financier est compromis et, de façon plus précise, lorsque le gérant commet des actes d'administration qui apparaissent suspects.

La jurisprudence subordonne la désignation d'un administrateur provisoire à la réunion de deux conditions : l'existence d'un fait susceptible de motiver cette désignation et l'existence d'un péril grave pour la société, engendré par ce fait, restant entendu que les juridictions n'ont pas à se substituer aux organes de la société, mais à aider au redressement de son fonctionnement, si celui-ci est paralysée ou faussé ou risque de l'être.»

La Cour a déclaré recevable la demande en nomination d'un administrateur provisoire sur base de la jurisprudence développée en France.

Elle a précisé dans son arrêt précité les conditions de l'intrusion du juge sur le fondement de l'existence d'un péril grave :

«Elle doit être limitée au strict nécessaire et la mission doit être limitée dans le temps.

Le juge des référés dont les pouvoirs sont d'ordre public n'excède pas, selon la Cour, ses limites en confiant à l'administrateur provisoire la mission de poser les actes d'administration courante et cette mission doit être limitée dans sa durée, afin que les organes sociaux puissent, après un certain temps, reprendre leur fonction ordinaire.»

L'arrêt *Fruehauf* (35) de la Cour d'appel de Paris a été le premier à admettre que le péril imminent pesant sur l'intérêt social était un critère autonome de nomination d'un administrateur provisoire. La menace des intérêts sociaux peut, à elle seule, fonder la désignation d'un administrateur provisoire dans la mesure où la menace est réelle et grave.

Avant cet arrêt, la jurisprudence française, tout comme la jurisprudence luxembourgeoise encore aujourd'hui, se refusait à nommer un administrateur provisoire dans des hypothèses autres qu'un fonctionnement anormal des organes de gestion.

La jurisprudence française retient que le péril imminent peut être présent mais également futur. La doctrine française parle du rôle préventif du juge des référés qui permet à celui-ci d'intervenir en amont de la situation conflictuelle pour écar-

(35) CA Paris, 22 mai 1965, cité dans *JCP Sociétés*, 2000, Fasc. 43-10, p. 6.

ter à l'avance un péril social et prévenir aux termes de l'article 933, al. 1^{er} NCPC un danger imminent (36).

L'arrêt de la Cour du 30 avril 1990 semble être la seule décision qui ait repris la jurisprudence *Fruehauf* alors que la majorité des décisions continuent à subordonner la nomination d'un administrateur provisoire aux seuls cas où l'existence d'un trouble manifestement illicite ou d'un danger imminent entraîne une situation de blocage des organes sociaux.

Il serait cependant souhaitable que les juridictions luxembourgeoises adoptent plus largement les solutions dégagées par la jurisprudence belge et française, moins rigoureuses en la matière.

En l'espèce, le juge des référés a, à notre sens, refusé à tort de nommer un administrateur provisoire alors qu'il ressortait des faits qu'au moment où les actionnaires majoritaires de la Société ont découvert la situation financière plus que compromise de la Société, ceux-ci ont été empêchés de procéder à un changement de l'organe de gestion par le vote négatif des actionnaires contrôlés par G de sorte qu'un blocage existait bien.

En outre, la situation désastreuse des finances de la Société constituait pour les sociétés GGC et FV un péril grave justifiant la nomination d'un administrateur provisoire afin d'enrayer les effets de la mauvaise gestion des administrateurs de la Société.

Le provisoire

La condition du provisoire résulte de l'article 932 al. 1^{er} NCPC, en ce que l'intervention du juge des référés n'est possible que si les mesures qu'il serait amené à ordonner ne peuvent se heurter à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend.

Comme le rappelle le juge des référés, la condition du provisoire se résume, dans l'état actuel de la jurisprudence et de la doctrine, à une «*interdiction faite au juge des référés de ren-*

(36) *Bulletin du Cercle François Laurent*, 1991, *bull.*, II, p. 1-26.

dre une ordonnance dont le dispositif serait déclaratif ou constitutif de droit (37).

Le juge par référence au droit belge considère 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 (38)»*.

La suspension des délibérations de l'assemblée générale

Après avoir constaté que l'assemblée générale litigieuse fut convoquée et tenue en violation flagrante des dispositions tant légales que statutaires, le juge des référés applique la condition du provisoire en statuant que :

«Comme le juge des référés est sans pouvoir pour dire et juger c.-à-d. pour prendre des décisions qui ont un caractère irrévocable et sont déclaratoires ou constitutives de droits, il y a lieu, non pas d'annuler les décisions prises par l'assemblée générale d'une société et les mesures et décisions qui en découlent, mais d'en suspendre les effets (cf. Cour, 22 février 1989, précité, Cour, 15 février 1989, Fédération des Facteurs c/ Serrig, n° 11071 du rôle, Cour d'appel de Bruxelles 31 août 1983, RPS, 1983, p. 294 et s. et spéc. p. 301).»

L'apparence de droit ou l'absence de contestation sérieuse

Cette condition résulte du libellé de l'article 933 NCPC que le juge des référés a défini, par référence à la jurisprudence belge, comme permettant 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 (39).

Dans une formulation différente, la Cour d'appel de Liège a retenu que :

«La compétence du juge des référés à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires était subordonnée à l'existence d'un droit qui, au moins au plan des apparences et d'une appréciation sommaire des intérêts en présence, pouvait apparaître comme vraisemblable, sérieux et non véritablement contesté. (40)»

(37) POTTIER E. et DE ROECK M., «L'administration provisoire : bilan et perspectives», *R.D.C.B.*, 1997, p. 204, n° 5, doctrine belge précitée : référence issue de l'ordonnance du juge.

(38) Cour de Cassation, Section Néerlandaise, 1^{ère} Chambre, 14 juin 1991, n° 7278 du rôle, *Pas. b.*, 1991, I, p. 99.

(39) Cour, 26 juin 1985, *Pas. b.*, 26, p. 354.

(40) Liège, 24 décembre 1993, *R.P.S.*, 1994, p. 167 et *J.L.M.B.*, 1994, p. 654 cité dans *R.D.C.B.*, 1997, p. 205.

En l'espèce, le juge des référés a étudié la situation de droit ou de fait des actionnaires non présents à l'assemblée générale litigieuse. Etant établi que tous les actionnaires n'ont pas été convoqués à l'assemblée et qu'ils n'ont pas renoncé aux formalités de convocation, le juge des référés ne peut que constater que la condition d'apparence de droit est remplie.

3. – *Tribunal d'arrondissement de Luxembourg –
référé du 1^{er} octobre 2003, n° 83740 du rôle*

Cette ordonnance a été rendue suite à la requête des sociétés GGC et FV tendant à la nomination d'un administrateur provisoire alors que l'ordonnance du 5 août 2003 avait fait l'objet d'un appel.

La demande des requérants était fondée principalement sur l'article 932 al. 1^{er} NCPC et subsidiairement sur l'article 933, al. 1^{er} NCPC.

Les requérants font valoir les arguments suivants :

« Il échet de faire droit à la demande au vu de la situation grave dans laquelle se trouve la société et son groupe et de la volonté de l'actionnaire majoritaire d'apporter des fonds supplémentaires mais uniquement s'il bénéficie de la garantie de la présence d'un administrateur provisoire.

La nomination d'un administrateur provisoire est justifiée si la société est en péril, lorsqu'elle est menacée de ruine et que son équilibre est compromis (Bulletin du Cercle François Laurent 1991, Note E. PENNING, pp. 16 et 17). La nomination est encore justifiée si la situation conflictuelle a atteint une intensité telle qu'elle risque dans un bref délai de porter un préjudice irréversible aux intérêts de la société (CA Rouen 4 avril 1974, D., 1974, Som., p. 101; CA Nancy 18 mars 1983 n° 30/83). En conséquence, la jurisprudence s'attache principalement au péril menaçant la société. La Cour de Cassation française dans un arrêt du 17 octobre 1989, juge que la perte de confiance de l'associé porteur de la moitié des parts justifie la prise d'une telle mesure (Revue des Sociétés 1989, 30, note CHARTIER).

Il paraît donc nécessaire de procéder à la nomination d'un administrateur provisoire afin d'assurer la protection de l'intérêt social et par là même, d'assurer la survie de la société qui se trouve menacée alors que la perte totale de confiance de l'actionnaire majoritaire envers les personnes chargées de la gestion du groupe ne permet pas le versement de fonds nécessaires à la société. »

Cette ordonnance ne va cependant pas toiser la demande formulée ci-dessus dans la mesure où appel a été interjeté con-

tre l'ordonnance du 5 août 2003, et que de ce fait le juge des référés va appliquer le principe de l'effet dévolutif de l'appel pour considérer que :

«Il a été jugé à maintes reprises qu'en vertu de l'effet dévolutif de l'appel, lequel est d'ordre public partant impératif, la connaissance entière et exclusive du litige dont appel, y compris les faits nouveaux s'y rattachant et surgis avant la fin de l'instance d'appel, appartient à la juridiction d'appel.

Il suit partant de la règle de la révisibilité des ordonnances combinées avec les effets dévolutifs de l'appel, que dès le jour où l'appel a été relevé d'une ordonnance de référé, ce magistrat cesse d'avoir pouvoir pour connaître d'une demande en révision de cette ordonnance et que dès ce moment, la Cour d'appel a seul pouvoir pour connaître du litige dont appel et de tous les faits nouveaux s'y rattachant, même de ceux surgis seulement postérieurement à l'appel relevé de l'ordonnance entreprise et qui, en l'absence de cet appel, auraient pu justifier une demande en révision de ladite ordonnance.

Aussi longtemps qu'il n'a pas été statué sur l'appel interjeté, le juge des référés doit se déclarer incompétent pour statuer sur une demande en révision de l'ordonnance entreprise.»

4. – RÉFÉRÉ DU 27 NOVEMBRE 2003,
N° 84807 DU RÔLE

Augmentation de capital dans le cadre du capital autorisé en violation des statuts? – violation de l'article 57 LSC (non)

Les minoritaires avaient convoqué un conseil d'administration avec comme ordre du jour l'augmentation de capital de la Société à réserver exclusivement à l'actionnaire minoritaire de CI, l'entité contrôlant la Société.

Ce conseil a approuvé l'augmentation de capital avec émission de nouvelles actions dans le cadre du capital autorisé de la Société. Toutes les actions ont été souscrites par le véhicule du minoritaire et libérées du quart.

Par cette augmentation de capital, les droits des actionnaires existants ont été dilués et FM Ltd est devenu actionnaire majoritaire dans la Société avec environ 51,84 % des actions.

Cette augmentation de capital a été contestée par une assignation au fond des majoritaires visant à faire prononcer la

nullité de cette augmentation de capital comme constituant une voie de fait au sens de l'article 933 al. 1^{er} NCPC.

Les demandeurs font valoir que cette augmentation de capital constituerait une voie de fait dans la mesure où elle se serait faite en violation des conditions fixées par les statuts.

Les majoritaires invoquent encore une violation de l'article 57 LSC concernant les conflits d'intérêt dans la mesure où G., le fondateur de la Société et l'un de ses administrateurs, contrôle et est le bénéficiaire économique de la société ayant souscrit l'augmentation de capital.

Les majoritaires faisaient plaider qu'une augmentation de capital devrait être faite dans le seul l'intérêt de la société; cette dernière a intérêt à vendre un maximum d'actions au meilleur prix, tandis que l'actionnaire souscripteur n'a intérêt qu'à payer les actions au prix le plus bas. Il y aurait donc intérêt opposé en l'espèce.

Après rappel du contexte et analyse des arguments en présence relativement à la question de l'intérêt de la Société dans l'augmentation de capital, le juge des référés se prononce comme suit :

« Il est incontestable qu'une augmentation de capital, par apports nouveaux en numéraire comme en l'espèce, constitue un réel procédé de financement et d'enrichissement de la société, qui se traduira par une élévation corrélative des capitaux propres. (Dalloz Sociétés, verbo capital social) »

Il peut dès lors être tenu pour avéré que l'augmentation de capital se justifiait en termes financiers et a été faite dans l'intérêt de la société.

Compte tenu de cette considération, le moyen invoqué par les requérants tiré de la violation par le conseil d'administration de l'article 57 de loi sur les sociétés commerciales peut d'ores et déjà être rejeté comme non fondé. G, administrateur de la Société, n'ayant pas eu un intérêt opposé à la société mais ayant au contraire agi dans l'intérêt de cette dernière.»

Le concept de conflit d'intérêt visé à l'article 57 LSC s'applique à toutes les opérations conclues entre la société et l'un de ses administrateurs dans le sens le plus large.

La loi ne définit pas ce qu'il faut entendre par « intérêt opposé » à celui de la société. La doctrine envisage ce terme de deux manières différentes.

D'une part, on peut considérer que l'opposition existe à chaque fois que l'administrateur et la société se trouvent des deux côtés opposés à une transaction alors que chacun a un intérêt légitime de vouloir réaliser l'opération à son meilleur avantage et dans des conditions habituelles de marché (41).

D'autre part, et de manière plus restrictive, on peut estimer que l'intérêt opposé existe lorsqu'une opération n'est pas réalisée aux conditions du marché parce qu'elle avantage (ou risque d'avantager) l'administrateur concerné (42). C'est ainsi que la majorité de la jurisprudence belge définit l'intérêt opposé.

En outre, il faut encore souligner que le conflit d'intérêt existe non seulement en cas d'intérêt direct de l'administrateur dans l'opération concernée mais également lorsque cet intérêt n'est qu'indirect (43).

L'intérêt indirect doit cependant être suffisamment important pour pouvoir influencer le sens du vote de l'administrateur concerné.

Ensuite, pour être pris en compte, l'intérêt dont question doit revêtir un caractère patrimonial pour l'administrateur c'est-à-dire de nature à procurer un avantage matériel susceptible d'évaluation économique précise et objective à l'administrateur concerné (44).

La conclusion retenue par l'ordonnance consistant à déduire l'absence d'intérêt opposé de la conformité de l'opération à l'objet social peut être critiquée. En effet, la considération qu'une augmentation de capital est en soi une opération bénéfique pour une société n'empêche pas que cette augmentation puisse par ailleurs donner lieu à un conflit d'intérêt dans le chef d'un administrateur qui en est directement ou indirectement le bénéficiaire, en particulier lorsque l'opération intervient dans un contexte de conflit entre actionnaires.

(41) Alain STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, première édition, p. 719.

(42) DEMEUR, *R.P.S.*, 1932, p. 144, VAN RYN et VAN OMMESLAGHE, *Rev. Crit. Jur. B.*, 1967, p. 337 cité dans A. STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, *op. cit.*

(43) Alain STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, 2^{ème} édition, 2006, p. 594.

(44) G. KEUTGEN et A.-P. ANDRÉ-DUMONT, «La société et son fonctionnement», *Droit des sociétés, les lois des 7 et 13 avril 1995*, Centre Jean Renauld, Bruxelles – Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 1995, p. 253, cité dans *Précis de droit des sociétés*, *op. cit.*

S'agissant de la violation des modalités dans lesquelles le conseil d'administration peut procéder à l'émission d'actions dans le cadre du capital autorisé, et avant de procéder à son examen, le juge des référés va tout d'abord qualifier juridiquement le pouvoir donné par les actionnaires aux administrateurs dans le cadre du capital autorisé :

« Le capital autorisé est sur le plan juridique à considérer comme une délégation de pouvoirs faite par l'assemblée des actionnaires au conseil d'administration pour réaliser, dans les limites qu'elle détermine, l'augmentation du capital souscrit.

Une délégation par l'assemblée, de ses pouvoirs de modifier les statuts, est exceptionnelle et dès lors toute délégation autorisée par la loi est à interpréter de façon restrictive (cf. Delvaux, Cours de droit des sociétés). »

Concernant la violation de la disposition des statuts concernant la suppression du droit préférentiel de souscription, le juge des référés se prononce ainsi :

« Les statuts suppriment le droit de souscription préférentiel des actionnaires, ce qui leur aurait cependant permis de valoriser leurs actions, pour ensuite demander au conseil de faire en sorte qu'il n'y ait pas de diminution de la valeur des actions détenues par les actionnaires existants.

Quoi qu'il en soit, les demandeurs (45) n'ont pas respecté cette exigence prévue par l'article 6.3. des statuts, de sorte que l'on peut en conclure que le conseil d'administration a utilisé la délégation qui lui avait été consentie par l'assemblée des actionnaires, pour favoriser une partie des actionnaires au détriment des autres, ce d'autant plus que l'augmentation de capital s'est faite sans prime d'émission, ce qui a eu pour effet de diluer encore plus les droits des anciens actionnaires; il a en quelque sorte et d'une certaine manière commis un détournement de pouvoir, et donc causé un trouble illicite. »

Le juge des référés admet que le conseil d'administration a procédé à l'augmentation de capital en violation des statuts et ainsi commis une voie de fait ayant eu pour objet de diluer les majoritaires, mais assez étrangement, n'en tire aucune conséquence dans l'analyse de l'intérêt opposé de l'administrateur bénéficiaire de l'opération.

Le juge des référés va même plus loin en considérant :

(45) Le contexte de cette phrase nous laisse penser que la référence à « demandeurs » doit être remplacée par la référence à « défendeurs ».

«Cependant le texte de l'article 933 al. 1^{er} NCPC exige comme condition d'application la constatation par le juge des référés d'un trouble manifestement illicite.

Or, au vu des éléments de la cause, des circonstances qui ont donné lieu à l'augmentation de capital, du contexte dans lequel cette augmentation de capital est intervenue, la finalité qu'elle a eue, à savoir un enrichissement patrimonial réel de la société lui permettant de survivre, le trouble illicite causé ne l'est pas manifestement, de sorte que la demande doit être déclarée irrecevable.»

**11. – Tribunal d'arrondissement, XV^{ème} Chambre,
27 juin 2005, n° 649/05 du rôle**

Non-libération du capital social – responsabilité des administrateurs sur le fondement des articles 32-1(1) LSC – demande en garantie contre la banque émettrice du certificat de blocage

Le curateur d'une société en faillite L recherche la responsabilité des administrateurs de cette société sur base des articles 32-1 et 31 LSC pour les entendre condamner solidairement à la libération effective jusqu'à concurrence d'un quart des actions souscrites lors d'une augmentation de capital de la société L.

Le souscripteur principal (la société E) des actions nouvelles émises dans le cadre de l'augmentation de capital de la société L a conclu avec la banque R une convention de dépassement de crédit à rembourser à la banque au plus tard le lendemain de l'augmentation de capital.

Les fonds tirés par la société E sur la ligne de crédit accordée par la banque R ont été transférés du compte de la société E à un compte interne de la banque R.

Le jour de l'augmentation de capital, la banque R a émis un certificat de blocage attestant que les fonds nécessaires à la libération de l'augmentation ont été crédités et bloqués sur un compte interne de la banque R à la demande des administrateurs de la société L.

Suite à la passation de l'acte d'augmentation de capital, les administrateurs de la société E, qui, par ailleurs, sont également administrateurs de la société L, ordonnent le retransfert

des fonds ayant servi à l'augmentation de capital litigieuse vers le compte de la société E.

Le curateur s'appuie sur un procès-verbal du conseil d'administration de la société L tenu postérieurement à l'augmentation de capital litigieuse et duquel il ressort que les responsables de la société E ont déclaré qu'un virement d'un montant identique à celui de l'augmentation de capital a été effectué au profit de la société E et que les fonds ont immédiatement été utilisés en vue de rembourser le prêt consenti à la société E par la banque R.

1. Un premier point soulevé par le tribunal est celui de savoir si on peut considérer qu'il y a eu libération effective des fonds nécessaires à l'augmentation de capital lorsque ces fonds ne sont pas crédités sur un compte ouvert au nom de la société qui procède à une augmentation de capital :

« Les extraits bancaires versés en cause démontrent que les fonds n'ont jamais été crédités sur un compte propre de la société L.

L'article 32-1(1) de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales dispose que les formalités et conditions prescrites pour la constitution de sociétés s'appliquent à l'augmentation de capital.

Or, il est admis que lors de la constitution d'une société, en cas d'apport en numéraire à libérer lors de la passation de l'acte, les fonds sont préalablement à la constitution déposés par versement ou virement à un compte spécial ouvert au nom de la société en formation, dans une banque (Traité des sociétés anonymes, par Charles RESTEAU, t. I, n° 267; Cosita et Jacques DELVAUX, Cours de droit des sociétés, La société anonyme n° 2.2.3.1.1.1.)

Il en découle que les fonds auraient dû être transférés sur un compte de la société L pour être effectivement à disposition de celle-ci.

A défaut, l'on ne saurait admettre que le capital ait été libéré.

Dans un courrier adressé au curateur, l'administrateur X est d'ailleurs en aveu que le montant de l'augmentation de capital n'a jamais été crédité sur un compte de la société L.

Le caractère fictif de l'augmentation de capital est en outre expressément reconnu par les administrateurs dans leurs assignations en intervention respectives.

La non-libération du capital social est partant établie.»

La position du tribunal se comprend aisément dans la mesure où, comme lors de la constitution de la société, du moment que les fonds sont crédités sur un compte au nom de la société, ceux-ci sont sortis du patrimoine des souscripteurs

les empêchant de saisir ces fonds ou d'en demander le remboursement, sauf dans les cas prévus à l'article 12*bis* LSC, assurant ainsi la libération effective de l'apport.

Par conséquent, admettre que les fonds puissent être transférés sur un compte tiers à la société ne saurait valoir libération effective alors que la société n'aurait aucun pouvoir sur ce compte et ne pourrait disposer librement de l'apport qu'elle a reçu.

Eu égard au défaut de libération du capital, le curateur soutient qu'il appartient aux administrateurs d'y suppléer jusqu'à concurrence du quart en vertu des articles 32-1- et 31 LSC.

Les défendeurs quant à eux demandent, en premier lieu, le sursis à statuer au motif que le curateur aurait également engagé une action en libération du capital souscrit par une société ST et qu'en cas de succès de cette action le capital serait libéré à hauteur de 20 % de sorte que les parties défenderesses ne pourraient être tenues qu'à concurrence des 5 % restants.

Le tribunal rejette ce moyen en précisant que :

«la loi ne subordonne d'ailleurs pas l'action dirigée contre les administrateurs sur base de l'article 32-1 à une action préalable contre les souscripteurs».

2. S'agissant de la mise en cause de leur responsabilité sur le fondement des articles 32-1 et 31 LSC, les administrateurs font valoir que l'augmentation de capital aurait été réalisée par l'assemblée générale des actionnaires et non par le conseil d'administration, de sorte qu'ils seraient à décharger de toute responsabilité.

Le tribunal retient cependant que la responsabilité des administrateurs sur le fondement desdits articles est indépendante de celle des actionnaires qui décident l'augmentation de capital.

«L'article 32(1) de la loi de 1915 dispose que l'augmentation de capital est décidée par l'assemblée générale aux conditions requises pour la modification des statuts, le conseil d'administration ne pouvant réaliser une augmentation de capital que dans le cadre du capital autorisé suivant l'article 32(2).

L'article 32(1) ne remet toutefois pas en cause la portée de l'article 32-1 édictant une responsabilité des administrateurs si le capital n'a pas été

libéré et ce indépendamment du fait que l'augmentation a été décidée par l'assemblée générale.»

3. Sur la question de savoir si un ordre de priorité existe entre la mise en cause de la responsabilité des administrateurs sur le fondement de l'article 31 LSC et la mise en cause des actionnaires pour qu'ils suffisent à leur obligation de fournir l'apport sur le fondement de l'article 26-4 LSC, le tribunal se prononce de la manière suivante :

«L'article 26-4 dispose que les actionnaires ne peuvent être exemptés de leur obligation de fournir leur apport.

L'article 31 prévoit que les fondateurs sont tenus solidairement de la libération effective jusqu'à concurrence d'un quart des actions souscrites.

Si le curateur est libre de se retourner contre les fondateurs/souscripteurs, rien ne l'oblige à se retourner prioritairement contre eux avant de mettre en cause les administrateurs.»

4. Le curateur estime que la responsabilité des administrateurs sur le fondement desdits articles est une responsabilité automatique; ce que les administrateurs réfutent alors que, selon eux, l'application de ces articles suppose qu'une faute soit établie.

Le tribunal statue en faveur du curateur en retenant qu'il existe bien une responsabilité automatique de l'administrateur sur base de l'article 32-1 LSC :

«Il échet de se rapporter aux développements établis par la doctrine et les jurisprudences belges à ce sujet, étant souligné que les termes de l'article 32-1 de la loi de 1915 sont identiques aux dispositions de l'article 610 du Code belge des sociétés (...).

La responsabilité à charge des administrateurs est solidaire et calquée sur celle des fondateurs.

Au niveau de l'obligation à la dette, les fondateurs sont solidairement tenus, indépendamment de leurs connaissances particulières, de leurs aptitudes personnelles, de leur expérience (Droit des sociétés commerciales, deuxième édition 2002, t. I, Ed. Kluwer, p. 672).

Il est admis que la responsabilité à charge des administrateurs en fonction au moment de l'augmentation de capital est automatique et absolue : même la bonne foi ne l'exclut pas (FRÉDÉRICQ, Traité de droit commercial belge, t. V, n° 515).

Celui qui a subi un préjudice (en l'espèce, le curateur représentant la faillite) ne doit pas démontrer l'existence d'une faute de l'administrateur. A contrario, on dira que l'administrateur ne trouvera aucune échappatoire en prouvant qu'il n'a commis aucune faute (Henri OLIVER, De l'administrateur de la société anonyme, n° 612).»

La responsabilité des administrateurs en cas de non-libération des actions est une application des situations dans lesquelles la loi met à la charge des administrateurs une responsabilité spéciale indépendante de celles visées à l'article 59, alinéa 1 ou alinéa 2 LSC ou de la responsabilité de droit commun.

L'objectif de l'article 32-1 LSC est de garantir aux créanciers sociaux l'existence réelle du capital social tel que mentionné dans les statuts, raison pour laquelle le législateur soumet les administrateurs aux mêmes risques de responsabilité en cas d'augmentation de capital que les fondateurs de la société en cas de non-libération des actions au moment de la constitution.

En conséquence, les administrateurs engagent leur responsabilité et sont solidairement tenus, envers tous les intéressés, de la réparation du préjudice qui est une suite immédiate et directe de l'absence ou de la fausseté des énonciations prescrites en matière d'augmentation de capital c'est-à-dire de la partie du capital qui n'est pas valablement souscrite, de la libération effective du quart des actions nouvellement émises, ainsi que de la libération dans un délai de cinq ans des actions en nature (46).

Le tribunal rappelle que cette responsabilité constitue une *«véritable obligation de garantie qui s'apparente à celle d'une caution (Rev. Prat. Soc., 1981, 21). Il en découle que les assignés sont responsables de la libération effective d'un quart des actions souscrites indépendamment du fait de savoir s'ils ont commis une faute.»*

Il est admis que cette obligation de garantie se fonde sur une faute présumée dont les administrateurs ne peuvent s'exonérer en démontrant qu'ils n'ont commis aucune faute. Cette preuve peut cependant décharger les administrateurs de leur solidarité entre eux au travers de l'action récursoire (47).

(46) Alain STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, première édition, p. 735.

(47) PASSELECQ, n° 1139; WAUVERMANS, n° 126, cités dans Alain STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, première édition, p. 736.

5. S'agissant des intérêts légaux demandés par le curateur, le tribunal rend applicable aux administrateurs l'article 1846 du Code Civil.

«L'article 1846 du Code civil – applicable aux sociétés commerciales – dispose que : l'associé qui devait supporter une somme dans la société et qui ne l'a point fait, devient de plein droit et sans demande débiteur des intérêts de cette somme à compter du jour où elle devait être payée.

Ce texte déroge aux règles de droit commun et notamment à l'article 1153 du Code civil selon lequel les intérêts ne sont dus qu'à partir du jour de la sommation de payer. On justifie cette disposition en expliquant que le législateur a voulu éviter à la société en formation les frais qu'occasionneraient des poursuites contre les associés qui n'auraient pas tenu leurs promesses (Juris-Classeur Civil, Verbo Sociétés civiles, Constitution, Fasc. 48-20 n° 26).

Cet apport doit s'effectuer de façon à ce qu'un quart au moins des actions puissent être valablement souscrites.

Les administrateurs étant tenus des obligations à charge des fondateurs, ils sont redevables des intérêts légaux à partir du jour de l'augmentation de capital.»

6. Les administrateurs souhaitent exercer l'action oblique contre la banque R alors qu'ils reprochent au curateur de ne pas l'avoir assignée.

Le tribunal déclare l'action irrecevable alors que :

«En outre, l'ouverture de la faillite enlève au failli l'exercice des actions relatives aux biens dont l'administration lui est soustraite. Ces actions tombent dans la masse et le curateur se substitue au failli (L. FREDERICQ, Droit comm. Belge, t. VII n° 153).

En particulier, le dessaisissement fait obstacle à ce qu'un jugement susceptible d'intéresser les biens de la masse puisse encore être obtenu sans mise en cause du curateur (J. VAN RYN et J. HEENEN, Principes de droit comm., Ed. Bruylant, t. IV, n° 2674).

Ainsi, par l'effet de la déclaration de la faillite de leur débiteur, les créanciers perdent le droit d'exercer l'action oblique ainsi que l'action paulienne fondée sur la fraude du failli.

Ces actions ne peuvent être intentées que par le curateur au profit de la masse (J. VAN RYN et J. HEENEN, op. cit., n°s 483 et 485).»

Ce jugement a fait l'objet d'un appel interjeté par les administrateurs. La Cour d'appel (48) a fait droit à la demande de surséance des appelants en accueillant le moyen des appelants

(48) Cour d'appel, 7 mars 2007, n°s 30857, 31391, 31397, 31398, 31399 et 31401 du rôle.

selon lequel le criminel tient le civil en l'état, alors qu'une instruction pénale était en cours en relation avec l'augmentation de capital litigieuse.

12. – Cour d'appel, IV^{ème} Chambre, 30 octobre 2002, n° 25762 du rôle; Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, référé, 25 juin 2004, n° 476/2004 – n°s 88320, 88321 et 88322 du rôle; Cour d'appel, Appel référé, 7^{ème} Chambre, 8 novembre 2005, n° 29357 du rôle

Registre nominatif – preuve de la propriété d'actions nominatives – simple présomption

Les ordonnances et arrêts précités ont fait l'objet d'une publication au Bulletin d'information sur la jurisprudence de la Conférence du Jeune Barreau de Luxembourg.

Dans l'ensemble de ces décisions, il s'agissait de statuer sur la valeur probatoire de l'inscription au registre des actions nominatives et sa capacité à démontrer la propriété de ces actions.

Les développements qui vont suivre ne sont applicables que dans les cas où l'actionnaire reprend des titres précédemment souscrits. La situation est différente lorsque l'actionnaire est un souscripteur initial.

En effet, s'agissant de souscripteurs originaires au contrat de société, la source juridique de leurs droits sociaux transparaît en premier lieu de l'acte de constitution. L'article 40 LSC (49) ne vient rien ajouter à ces droits mais ne constitue pour l'actionnaire «qu'une superfétation, qu'une doublure du titre que lui fournit déjà l'acte de constitution. L'inscription faite par la société forme un titre complet en faveur de l'actionnaire contre celle-ci et contre les tiers.» (50)

(49) L'article 40, alinéa 1 LSC dispose que «*La propriété de l'action nominative s'établit par une inscription sur le registre prescrit par l'article précédent*».

(50) FRÉDÉRICQ, *Traité de droit commercial belge*, 1950, édition Fechey, Gand, t. IV, p. 527.

Toutes ces décisions rappellent que, par application de l'article 40 LSC, l'inscription au registre des actions nominatives constitue un moyen de preuve de la propriété des actions :

« Il est en effet admis en doctrine que la propriété d'actions nominatives d'une société anonyme s'établit par une inscription sur le registre, tenu à cet effet au siège de la société. » (51)

« Les actions nominatives sont des actions dont la propriété résulte d'une inscription sur les registres ad hoc de la société émettrice. »

Ces registres sont les registres des transferts où sont portés les transferts et les mutations des actions nominatives; ces registres sont tenus par la société émettrice; l'inscription est faite sur le registre de la société émettrice au nom du titulaire de l'action, d'où le qualificatif de nominatif.

Dès lors, l'inscription au registre des actions constitue la preuve de la propriété et assure cette dernière contre tous ceux qui prétendraient avoir des droits sur le titre. » (52)

« L'inscription au registre des actions nominatives constitue un moyen de preuve de la propriété. » (53)

Cette inscription ne constitue cependant pas une présomption irréfragable de propriété mais une présomption simple de propriété :

« Il ne s'agit cependant pas d'une présomption irréfragable et l'inscription, qui n'a pas de caractère sacramental, n'est pas à considérer en elle-même comme titre de propriété. » (54)

Une solution contraire aurait pour effet de priver le véritable propriétaire, mais qui ne bénéficie pas d'une inscription corrélatrice sur les registres de la société, de toute possibilité de tirer la moindre utilité de ses actions, en sorte qu'au-delà de sa vertu informative, l'inscription opère délivrance des titres au nouveau titulaire (55).

En outre, différentes situations peuvent se présenter qui altèrent la fiabilité des registres notamment, lorsque le teneur du registre modifie le registre en sa faveur : erreurs, négligences, retards, etc.

(51) Cour d'appel, Appel référé, 7^{ème} Chambre, 8 novembre 2005, n° 29357 du rôle.

(52) Tribunal d'arrondissement, référés, 25 juin 2004, n° 476/2004, n°s 88320, 88321 et 88322 du rôle, Conférence du Jeune Barreau, BIJ, 2004, p. 206.

(53) Cour d'appel, IV^{ème} Chambre, 30 octobre 2002, n° 25762 du rôle, Conférence du Jeune Barreau, BIJ, 2003, p. 26.

(54) *Ibid.*

(55) Arnaud REYGROBELLET, *Recueil Dalloz*, 2003, Sommaires commentés, p. 1225.

Ainsi, pour déterminer la force probante des mentions du registre, il faut distinguer suivant que l'on se place au point de vue de la société ou de l'actionnaire et, s'agissant de ce dernier, selon qu'il y a lieu de prouver contre la société ou contre un tiers (56).

Entre cédant et cessionnaire d'actions nominatives de société, la cession s'opère par le seul fait de la convention, la propriété passant à l'acheteur dès l'instant où les parties sont d'accord sur la détermination de ces actions et sur leur prix.

Une telle cession ne sera opposable à la société que dans les cas suivants :

- Notification à la société conformément à l'article 1690, alinéa 2 du Code Civil;
- Reconnaissance par la société, conformément au même article 1690, alinéa 2 du Code Civil;
- Inscription de la cession dans le registre des actionnaires par le cessionnaire et le cédant conformément à l'article 40 LSC;
- Inscription par la société elle-même à laquelle il est loisible d'accepter d'inscrire sur le registre un transfert constaté par la correspondance ou d'autres documents établissant l'accord du cédant et du cessionnaire.

L'article 1690 du Code Civil prévoit en outre un régime particulier en cas de cessions répétées par le cédant des mêmes actions.

«En cas de cession à plusieurs actionnaires, ce sera le cessionnaire qui, de bonne foi, pourra se prévaloir d'avoir notifié en premier lieu la cession à la société ou d'avoir obtenu le premier la reconnaissance de la cession par la société qui sera préféré aux autres cessionnaires.» (57)

A l'égard des tiers, et par application de l'article 1690 du Code Civil, la cession d'actions nominatives est opposable (à l'exception de la société) dès le moment de la cession et de sa notification à la société, qu'elle ait été inscrite ou non dans le registre des actionnaires.

(56) Cour d'appel de Bruxelles, 24 juin 1981, *op. cit.*

(57) «Le registre des actionnaires: moins de force probante que vous ne le pensiez», *B.I.B. Revue I.P.C.*, février 1996/1, p. 47.

Certains auteurs (58) estiment que la lecture conjointe des articles 1690 du Code Civil et 40 LSC fait apparaître que le registre des actionnaires a perdu de sa force probante.

La discordance tient au fait que, par application de l'article 40 LSC, la propriété de l'action nominative s'établit par une inscription au registre, alors que, par application de l'article 1690 du Code Civil, suite à la notification à la société, la cession se réalise à l'égard des tiers même sans modification du registre. Ainsi, si la société ne transcrit pas la cession qui lui aura été signifiée dans le registre des actions nominatives, le registre n'indiquera pas le nom de celui qui, à l'égard des tiers, est effectivement devenu propriétaire suite à la cession.

La société, quant à elle, peut prouver que l'inscription a été faite par erreur ou à la suite de manœuvres dolosives.

«Lorsque la société a inscrit sur son registre la mention qu'une personne est actionnaire, celle-ci peut s'en prévaloir et l'inscription fait preuve contre la société. Ce serait à cette dernière à établir que l'inscription a été faite par erreur ou à la suite de manœuvres dolosives (cf. RES-TEAU, Traité des Sociétés Anonymes, n° 626).» (59)

Tant que cette preuve n'est pas rapportée, la personne dont le nom figure sur le registre peut se prévaloir de la qualité d'actionnaire (60).

Reste alors le cas du propriétaire dépossédé qui doit renverser l'apparence contraire née de l'inscription d'un tiers sur le registre des actions nominatives au moyen d'une action en revendication.

S'agissant des moyens de preuve à l'effet d'établir la propriété des actions nominatives, il est admis que :

«Le registre des actions nominatives d'une société anonyme n'est pas un titre en lui-même mais un instrument de preuve à la disposition de l'actionnaire, comme aussi de la société;

Ce n'est pas un mode de preuve exclusif et il est permis tant à la société qu'à l'associé de prouver conformément au droit commun, la qualité d'actionnaire nominatif, au moyen entre autres, d'éléments de corres-

(58) VAN RYN, *Principes de droit commercial*, Bruylant 1957, t. I, p. 311 et «Le registre des actionnaires: moins de force probante que vous ne le pensiez», *op. cit.*

L'article 43 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales correspond à l'article 40 LSC. L'article 1690 du Code Civil belge et luxembourgeois sont identiques dans leur contenu.

(59) Cour d'appel, IV^{ème} Chambre, 30 octobre 2002, *op. cit.*

(60) Alain STEICHEN, *op. cit.*, p. 640.

pondance ou d'autres documents établissant l'accord du cédant et du cessionnaire.» (61)

La Cour d'appel se prononce également quant à la force probante d'un certificat constatant l'inscription au registre :

«Chaque actionnaire a droit à un certificat constatant son inscription au registre, mais le certificat n'a guère de force probante. Il va sans dire que le registre doit être scrupuleusement tenu à jour pour refléter la situation exacte des actionnaires.» (62)

En effet, le certificat remis par une société à un actionnaire est à considérer comme une simple copie des mentions du registre et ne fait que constater l'inscription dans le registre de l'actionnaire mais ne constitue pas un titre de propriété (63).

Le certificat peut, cependant, être utile à l'égard de la société, lorsque le registre des actions nominatives vient à disparaître auquel cas l'actionnaire peut s'en prévaloir à l'encontre de la société émettrice pour obtenir sa réinscription dans le nouveau registre (64), sans d'ailleurs constituer un moyen de preuve irréfragable (65).

En matière de saisie-arrêt sur actions nominatives, la Cour retient que :

«Pour effectuer une saisie sur des actions nominatives, il ne suffit pas d'agir contre le détenteur du certificat; il faut agir à l'encontre de la société, qui elle détient de par le registre le titre de propriété du débiteur actionnaire.

Une saisie-arrêt d'actions nominatives ne peut s'opérer que par une inscription au registre des actions tenu au siège de la société.»

13. – Référé extraordinaire du 17 octobre 2002, n° 877/2002 et référé extraordinaire du 18 novembre 2002, n° 877/2002 du rôle

Défaut d'information préalable à la tenue du conseil d'administration – demande de suspension des effets

(61) Cour d'appel de Bruxelles, 24 juin 1981, *op. cit.*, Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 15^{ème} Chambre, 1^{er} décembre 2004, n° 87256 du rôle.

(62) Cour d'appel, Appel référé, 7^{ème} Chambre, 8 novembre 2005, *op. cit.*

(63) «Le registre des actionnaires: moins de force probante que vous ne le pensiez», *B.I.B. Revue I.P.C.*, *op. cit.*

(64) FRÉDÉRICQ, *Traité de droit commercial belge*, *op. cit.*

(65) VAN RYN, *Principes de droit commercial*, *op. cit.*

d'un conseil d'administration – intérêt à agir de l'administrateur qui a participé aux délibérations du conseil d'administration litigieux

L'administrateur T, membre du conseil d'administration de la société GI, a intenté une action en référé pour obtenir l'annulation, sinon la suspension, des effets des décisions prises par le conseil d'administration de la société GI en raison des irrégularités suivantes : (i) non-approbation des procès-verbaux des conseils précédents; (ii) défaut d'information préalable; (iii) libellé obscur d'un point à l'ordre du jour; (iv) tenue du conseil par conférence téléphonique; et (v) non-conformité de l'ordre du jour de l'assemblée que le conseil a décidé de convoquer.

L'ordonnance du 17 octobre 2002 s'est limitée à l'analyse du volet (ii) pour prononcer la suspension intégrale des effets du conseil d'administration au motif que les administrateurs n'ont pas disposé en temps utile des documents nécessaires à la bonne préparation du conseil d'administration.

En première instance, tout comme en appel, les mandataires de la société GI ont contesté l'intérêt de l'administrateur T à agir ainsi que la suspension des effets du conseil d'administration litigieux.

1. S'agissant de l'intérêt à agir de l'administrateur T, les mandataires de la société GI soulèvent que l'administrateur T :

«seul et solitaire plaignant ne peut pas en sa qualité d'administrateur (sans le moindre pouvoir individuel) requérir la suspension indéfinie d'une décision d'un organe collégial valablement adoptée par une majorité des administrateurs.»

La société GI invoque en outre un jugement du Tribunal de Commerce de Bruxelles du 10 juin 1907 (66), relatif au défaut d'intérêt d'un administrateur poursuivant l'annulation des décisions du conseil d'administration.

«Cette décision rappelle que l'administrateur est avant tout le mandataire de la société. Il exerce ses pouvoirs au sein d'un organe collégial (au mieux de ses possibilités), mais une fois les décisions prises à la majorité et conformément aux règles légales applicables, l'administrateur

(66) La jurisprudence commerciale de Bruxelles, 1907.

n'a plus d'intérêt personnel à obtenir une modification dans la gestion exercée par ses collègues. Ainsi le tribunal précise

Attendu que comme administrateur ou même comme actionnaire, le demandeur est non recevable à faire état des intérêts de la société et à assigner celle-ci pour faire invalider les décisions de ces mandataires; ...; que la société est seule juge de la façon dont les intérêts sociaux doivent être administrés, ...»

L'administrateur T justifie son action par la volonté d'éviter le risque de voir sa responsabilité mise en jeu, tant sur le plan civil que pénal.

A cet argument, la société GI répond :

«Or, si un administrateur veut éviter que sa responsabilité soit mise en jeu, il lui suffit de s'opposer à la résolution, et, le cas échéant, de faire mentionner son opposition au procès-verbal. L'administrateur peut vouloir, le cas échéant, rapporter certains faits à l'assemblée des actionnaires. Or, les procès-verbaux du conseil d'administration de GI sont très explicites et relatent fidèlement les discussions en reprenant les avis des uns et des autres. Bien plus, T ne s'est jamais privé de répéter ses déclarations aux actionnaires (...).

Il est dès lors pour le moins étrange de vouloir obtenir la suspension de décisions alors qu'il a participé à leur mise en place en initiant certaines d'entre elles et qu'il a voté en faveur de beaucoup d'entre elles. Ajoutez à cela le fait que la question de la responsabilité de l'administrateur avancée par T ne sera pas appréciée différemment, selon que T attaque ou non en justice la régularité du conseil et que ce conseil soit annulé ou suspendu.»

S'agissant de la participation de l'administrateur T au conseil d'administration litigieux, la partie défenderesse poursuit :

«L'action en nullité et a fortiori l'action en «irrégularité» n'est plus ouverte à celui qui a participé à la prétendue irrégularité et qui de ce fait n'a pas d'intérêt à agir. Il est vrai qu'en France un arrêt de la Cour de Cassation a admis que l'associé qui avait participé au vote d'une résolution illégale pouvait encore en invoquer la nullité (Paris, C.A., 8 juillet 1982, BRDA, 1982/21, p. 12 et d'autres décisions citées dans l'Encyclopédie Dalloz, Sociétés, verbo «Nullités», n° 166), par contre dans d'autres hypothèses, (...) l'action fut refusée pour défaut d'intérêt à agir (Encyclopédie Dalloz, op. cit., loc. cit.)».

Le juge des référés en première instance va, cependant, abonder dans le sens de l'administrateur T :

«En l'occurrence, le fait que T ait assisté au conseil d'administration ne saurait couvrir les irrégularités qui ont pu affecter la tenue de ce conseil d'administration, de sorte que T justifie d'un intérêt né et actuel pour voir annuler, sinon suspendre les effets d'un conseil d'administra-

tion qu'il juge irrégulier et susceptible de lui causer un préjudice en sa qualité d'administrateur.»

Le juge des référés en appel, va quant à lui préciser ce qu'il considère comme étant l'intérêt de T à agir.

«L'intérêt à agir est fonction de l'utilité que le demandeur escompte de son initiative devant les tribunaux. L'existence effective du droit invoqué par le demandeur à l'encontre du défendeur n'est pas une condition de recevabilité de la demande, mais uniquement la condition de son succès ou, en d'autres termes, de son bien-fondé; le demandeur a en l'espèce un intérêt à agir, dès lors que le succès de ses prétentions est susceptible de lui procurer des avantages matériels et moraux.

Le demandeur allègue la violation de ses droits d'administrateur, notamment de son droit à l'information préalable, et il invoque le risque de voir sa responsabilité engagée.

La jurisprudence citée par la partie défenderesse se réfère aux décisions du conseil d'administration prises conformément aux règles légales applicables. En l'occurrence le demandeur invoque la violation des règles légales applicables. T a intérêt à voir respecter les règles se trouvant à la base des droits lui conférés en qualité d'administrateur de la société anonyme GI.»

2. Le deuxième volet de cette ordonnance concernait les informations préalables au conseil d'administration.

L'ordre du jour du conseil d'administration litigieux portait sur les points suivants :

- la composition du conseil d'administration;
- les actions à intenter par la société Z contre l'administrateur L pour les prêts lui consentis;
- la communication des administrateurs avec les médias;
- la convocation d'une assemblée générale extraordinaire avec un ordre du jour préparé et tenant compte des délibérations relatives à la composition du conseil d'administration;
- l'approbation de deux procès-verbaux; et
- la délégation journalière des affaires de la société GI.

L'administrateur T attaque la validité du conseil d'administration alors *«qu'il n'aurait pas eu communication de documents essentiels au débat dans les délais de convocation et qu'ainsi les droits de l'exposant auraient été gravement altérés, qu'il n'a pas pu remplir sa mission en tant qu'administrateur indépendant de la société GI et notamment en ce qui concerne les problèmes pouvant mettre en jeu sa responsabilité.»*

En l'espèce, le juge des référés retient :

«Il résulte de tous ces développements qui précèdent que les membres du conseil d'administration, quoique régulièrement convoqués sept jours à l'avance, conformément à l'article 10 des statuts de la société, n'ont pas disposé en temps utile des documents réclamés antérieurement (...) ou nécessaires à la bonne préparation du conseil d'administration.

Contrairement aux développements de la partie défenderesse qui plaide que la demande d'information doit venir de l'administrateur et que la fourniture d'information n'est pas automatiquement due de la part de la société ou du président qui convoque le conseil, l'initiative de l'information préalable revient au président du conseil d'administration qui ne peut se borner à attendre les demandes des administrateurs (Yves REINHARD : «Information des membres du conseil d'administration» dans Rev. Trim. Droit com. 1990, p. 416, portant commentaire d'un arrêt Cass. com. 24 avril 1990, Bull. Joly, p. 532).

La méconnaissance du droit à l'information préalable d'un membre du conseil d'administration affecte, par elle-même, la régularité de la réunion de cet organe social (Cass. com. 24 avril 1990, précitée).

Il s'ensuit que l'absence de communication aux administrateurs des documents nécessaires à la préparation du conseil d'administration litigieux dans le délai de convocation qui est de sept jours (article 10 des statuts de la société GI) constitue un trouble manifestement illicite de nature à vicier la régularité du conseil d'administration.»

Le juge des référés en appel invalide la solution retenue par le juge des référés de première instance, suivant sur ce point les arguments de la partie défenderesse :

«Les administrateurs doivent être suffisamment informés pour exercer utilement leurs fonctions. Ils sont en droit d'attendre une information préalable qui les éclaire pleinement sur les décisions à prendre. Ils peuvent également demander communication des documents qui leur permettent de juger les conditions dans lesquelles sont conduites les affaires sociales. Mais ils ne doivent pas abuser de leur droit, par exemple par une attitude de harcèlement systématique, susceptible de gêner le fonctionnement de la société (Traité de droit commercial, t. 1, RIPERT et ROBLOT, n° 1666).

N'ayant pas de support dans la loi, le droit individuel à l'information de l'administrateur repose sur les pouvoirs reconnus par la loi au conseil d'administration. Conformément à l'article 53 de la loi sur les sociétés, le conseil d'administration a le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires et utiles à la réalisation de l'objet social. Or ces pouvoirs ne peuvent être exercés valablement que si les administrateurs ont bénéficié d'une information suffisante pour pouvoir prendre des décisions éclairées.

En l'absence d'une énumération légale des informations auxquelles l'administrateur a droit et des conditions dans lesquelles ce droit peut s'exercer, la jurisprudence ne résout pas non plus la question de la nature et de l'étendue de l'information due à l'administrateur.»

Après avoir constaté que le conseil d'administration de la société GI n'avait pas réussi à s'accorder sur une version définitive du procès-verbal en question de sorte que différentes versions avaient été envoyées aux administrateurs et que l'administrateur T ne contestait pas avoir eu communication du dernier projet du procès-verbal lors du conseil d'administration litigieux, le juge des référés en appel a retenu que les violations invoquées par l'administrateur T étaient démenties par les faits de l'espèce.

Le juge des référés en appel précise encore ce qui suit :

«Il y a encore lieu de retenir que l'administrateur doit user de son droit individuel à l'information seulement dans l'intérêt de la société et non dans un autre intérêt voire même un intérêt personnel. Il est possible pour un administrateur de faire mentionner au procès-verbal du conseil son avis dissident par rapport à celui du conseil dans sa majorité au conseil d'administration où cet administrateur considère les agissements de la majorité comme étant en violation de la loi ou des statuts. Si tel n'est pas le cas, il ne paraît ni légal, ni souhaitable pour un administrateur de faire mentionner séparément au procès-verbal du conseil d'administration son avis divergent de celui de la majorité du conseil d'administration. En effet, il faut souligner que cette pratique indique de graves tensions au sein de la société, ce qui n'est pas favorable pour le développement des affaires de celle-ci. (cf. DELVAUX, La société anonyme, p. 269 (cours de droit des sociétés 2002)).»

Octobre 2007