

**Audience publique du huit décembre deux mille vingt-et-un**

Numéro CAL-2021-00921

Composition:

Thierry HOSCHEIT, président de chambre ;  
Françoise SCHANEN, conseiller ;  
Joëlle DIEDERICH, conseiller ;  
André WEBER, greffier.

E n t r e :

A.), administrateur de sociétés, demeurant à GB-(...),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg en date du 15 septembre 2021,

comparant par la société en commandite simple BONN STEICHEN & PARTNERS, établie et ayant son siège social à L-2370 Howald, 2, rue Peternelchen, Immeuble C2, immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B211933, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, représentée par son gérant actuellement en fonctions, à savoir la société à responsabilité limitée BONN STEICHEN & PARTNERS, établie à la même adresse, immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B211880, elle-même représentée aux fins de la présente procédure Maître Fabio TREVISAN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1) B.), demeurant à GB-(...),

partie intimée aux fins du susdit exploit ENGEL du 15 septembre 2021,

ayant élu domicile en l'étude de la société anonyme Arendt & Medernach. inscrite au Barreau de Luxembourg, ayant son siège social à nL-1855 Luxembourg, au 41 A avenue J.F. Kennedy, représentée pour les besoins de la présente par Me François KREMER, avocat à la Cour, qui est constitué et occupera, suivant la requête unilatérale du 3 août 2021 déposée par la société anonyme Arendt & Medernach représentée par Maître François Kremer,

**2) la société à responsabilité limitée SOC.1A.),** établie et ayant son siège social à L-(...), , inscrite au registre du commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B(...), représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions,

**3) la société à responsabilité limitée SOC.1B.),** établie et ayant son siège social à L-(...), , inscrite au registre du commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B(...), représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions,

**4) la société à responsabilité limitée SOC.1C.),** établie et ayant son siège social à L-(...), inscrite au registre du commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B(...), représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions,

parties intimées aux fins du susdit exploit ENGEL du 15 septembre 2021,  
les parties sub 2), 3) et 4) ne comparant pas.

En présence de :

**C.),** administrateur de sociétés, demeurant à GB-(...),

intervenant volontairement,

comparant par la société en commandite simple BONN STEICHEN & PARTNERS, établie et ayant son siège social à L-2370 Howald, 2, rue Peternelchen, Immeuble C2, immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B211933, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, représentée par son gérant actuellement en fonctions, à savoir la société à responsabilité limitée BONN STEICHEN & PARTNERS, établie à la même adresse, immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B211880, elle-même représentée aux fins de la présente procédure Maître Fabio TREVISAN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

## LA COUR D'APPEL :

Saisi d'une requête unilatérale déposée le 3 août 2021 par **B.**), un vice-président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, agissant en remplacement du Président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, a ordonné par ordonnance du 4 août 2021 la suspension provisoire, jusqu'à ce qu'une décision judiciaire intervienne sur la validité des décisions concernées, des décisions prises (la Cour ne reprend, à dessein, pas les formulations figurant dans l'ordonnance, mais apporte d'ores et déjà quelques précisions sur la teneur de ces décisions afin de mieux situer le contexte) :

1. par le conseil de gérance de la société à responsabilité limitée **SOC.1A.)** (ci-après société **SOC.1A.)**) en date du 10 janvier 2021 portant suspension des droits de vote (sauf sur deux points) de l'associé **B.)** dans la société à responsabilité limitée **SOC.1A.)**
2. par les associés de la société **SOC.1A.)** en date du 19 janvier 2021 portant remplacement du gérant de catégorie B **D.)** par **E.)** dans la société **SOC.1A.)**
3. par les associés de la société **SOC.1A.)** en date du 7 ou 8 juillet 2021 portant remplacement des gérants de catégorie B **F.)**, **G.)** et **H.)** par **I.)** et **J.)** dans la société **SOC.1A.)**
4. par les associés de la société **SOC.1A.)** en date du 7 ou 8 juillet 2021 portant révocation de ses fonctions de gérant de catégorie A de **B.)** dans la société **SOC.1A.)**
5. par l'associé unique de la société à responsabilité limitée **SOC.1B.)** (ci-après société **SOC.1B.)**) en date du 7 ou 8 juillet 2021 portant remplacement du gérant de catégorie A **B.)** et des gérants de catégorie B **F.)**, **G.)** et **D.)** par **I.)** et **E.)** dans la société **SOC.1B.)**
6. par l'associé unique de la société à responsabilité limitée **SOC.1C.)** (ci-après société **SOC.1C.)**) en date du 7 ou 8 juillet 2021 portant remplacement des gérants **F.)**, **G.)** et **D.)** par **I.)** et **E.)** dans la société **SOC.1C.)**.

Sur l'assignation dirigée en date du 12 août 2021 par **A.)** à l'encontre de **B.)** en présence de la société **SOC.1A.)**, de la société **SOC.1B.)** et de la société **SOC.1C.)**, une autre vice-présidente du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, agissant en remplacement du Président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, a par ordonnance du 27 août 2021 dit recevable mais non fondée la demande en rétractation sinon en annulation de l'ordonnance unilatérale du 4 août 2021.

Pour statuer comme il l'a fait, le premier juge a retenu

- en ce qui concerne les conditions d'ouverture de la procédure par requête unilatérale, qu'il avait été procédé à l'initiative notamment de **A.)** au changement des gérants dans les différentes entités du

- groupe, conduisant *in fine* au remplacement de la société **SOC.1C.)** en ses fonctions d'associé commandité du fonds d'investissement **SOC.1D.)** SCSP (ci-après le FONDS), mais que les gérants nouvellement mis en place retardaient le processus de passation des pouvoirs au nouveau commandité et que les investisseurs avaient perdu confiance en **A.)**, ces deux éléments caractérisant le péril en la demeure au sens de l'article 66 du NCPC auquel il fallait réagir d'urgence à travers une ordonnance unilatérale, les mesures à prendre ne souffrant pas les délais normaux de déroulement d'une procédure contradictoire
- en ce qui concerne les conditions d'ouverture de l'action en référé voie de fait
    - o que la décision du 10 janvier 2021 était entachée d'irrégularité au motif 1/ que le courrier d'information de la décision adressée à **B.)** ne préciserait pas les violations qui lui seraient reprochées, 2/ que la décision aurait été prise en violation des droits de **B.)**, celui-ci n'ayant pas été convoqué ni présent lors de la réunion au cours de laquelle la décision a été adoptée et 3/ que la décision aurait été adoptée en violation des dispositions statutaires et contractuelles
    - o que les décisions subséquentes étaient entachées d'irrégularité par suite de l'irrégularité de la décision de suspension des droits de vote de **B.)** prise en date du 10 janvier 2021.

Par exploit d'huissier du 15 septembre 2021, **A.)** a relevé appel de l'ordonnance du 27 août 2021 qui, selon les informations fournies par les parties, n'a pas fait l'objet d'une signification.

L'acte d'appel a été remis à personne à la société **SOC.1A.)**, à la société **SOC.1B.)** et à la société **SOC.1C.)**. Nonobstant leur défaut de comparution, le présent arrêt est réputé contradictoire à leur égard.

Par requête déposée le 16 novembre 2021, **C.)** a déclaré intervenir volontairement à l'instance.

### **Recevabilité de l'appel**

Lors des débats à l'audience, **B.)** a questionné en premier lieu la recevabilité de l'appel introduit par **A.)** en relevant que l'acte d'appel serait dépourvu de motifs et de moyens d'appel. **A.)** se bornerait à réitérer sa position défendue en première instance, sans apporter aucun argumentaire sur les raisons pour lesquelles il faudrait réformer l'ordonnance dont appel.

**B.)** étant resté en défaut de qualifier son moyen, la Cour retient qu'à travers ses développements, **B.)** soulève l'exception du libellé obscur. Ce moyen n'est manifestement pas fondé, alors d'une part que **B.)** n'évoque aucun grief que lui aurait causé le défaut de motivation allégué, pareil grief étant toutefois une condition pour que l'exception du libellé obscur, qualifiée d'irrégularité de pure forme, puisse aboutir à l'annulation de l'acte, et d'autre part que l'acte d'appel est amplement motivé en fait et en droit. La circonstance que **A.)** reproduise à l'identique dans son acte d'appel les arguments et moyens de fait et de droit qu'il avait présentés dans une note de plaidoiries en première instance ne rend pas son acte d'appel obscur et peut au contraire être considéré comme une nécessité dans la mesure où le premier juge n'a pas fait droit à ses développements présentés en première instance à travers sa note de plaidoiries.

### **Intervention volontaire**

Lors des débats à l'audience, **B.)** a soulevé l'irrecevabilité de la demande en intervention volontaire de **C.)** au motif qu'il s'agirait d'une intervention volontaire agressive, irrecevable comme telle en instance d'appel.

**C.)** objecte que son intervention volontaire serait purement conservatoire dans la mesure où elle ne tendrait qu'à voir faire respecter ses droits. A ce titre, elle serait parfaitement recevable en instance d'appel.

Le tiers, qui serait susceptible de former tierce opposition contre une décision, est recevable à intervenir en instance d'appel dès lors que son intervention reste de nature purement passive et conservatoire, c'est-à-dire s'il intervient simplement pour suivre l'instance, se faire déclarer le jugement commun et pour préserver ses intérêts, en se joignant à la partie à laquelle ses intérêts sont liés. Il peut prendre fait et cause pour cette partie en la soutenant en ses arguments, mais sans solliciter un avantage personnel.

En l'espèce, il est constant en cause que le litige concerne un groupe de sociétés ayant à sa tête la société **SOC.1A.)** dans laquelle **A.)**, **B.)** et **C.)** sont associés chacun à concurrence d'un tiers. Ils ont partant un intérêt égal à l'issue de l'instance, et **C.)** serait susceptible le cas échéant d'agir par tierce opposition contre un arrêt qui nuirait à ses intérêts. Par ailleurs, en exposant à l'appui de son intervention volontaire que « il a un intérêt direct et personnel à intervenir dans la Procédure à titre conservatoire (reconnu par Monsieur **B.)**), pour faire valoir ses propres moyens, défendre ses intérêts et se prémunir de la sorte contre les effets d'une décision qui risquerait de nuire à ses droits. Partant, Monsieur **C.)** intervient volontairement à la cause afin de veiller à ce que ses propres intérêts ne soient compromis, et faire valoir tous moyens pour défendre ses droits dans

la cause », C.) ne poursuit pas d'intérêt personnel différent de celui de A.). Postérieurement à la requête en intervention volontaire, C.), représenté par le même avocat que A.), n'a pas non plus défendu de position autre que celle de A.), ni demandé l'adjudication d'un avantage personnel. Son intervention volontaire est partant purement conservatoire, et comme telle, faite par ailleurs dans les formes requises, recevable en instance d'appel.

### Moyens d'appel

A l'appui de son appel, A.) soutient successivement

- que l'ordonnance entreprise du 27 août 2021 violerait l'autorité de la chose jugée attachée à un arrêt de la Cour d'appel du 7 juillet 2021 par lequel une demande unilatérale de B.) en suspension des décisions des 10 janvier 2021 et 19 janvier 2021 avait été rejetée au motif que B.) n'avait aucun contrôle sur la gestion du FONDS, alors qu'il alléguerait à l'appui de sa nouvelle demande unilatérale qu'elle serait justifiée par la considération que du fait des décisions prises, il ne serait plus en mesure d'exercer un contrôle sur le FONDS
- que l'ordonnance entreprise devrait être annulée en raison de la violation par B.) de son obligation de loyauté renforcée
  - o à l'égard du juge, en alléguant
    - d'une part un pouvoir de contrôle sur le FONDS dans son chef alors que l'existence d'un tel pouvoir aurait été déniée par l'arrêt du 7 juillet 2021 sans qu'il n'en informe le magistrat sollicité pour rendre une décision unilatérale,
    - d'autre part un risque de préjudice financier dans son chef alors que tout risque financier serait partagé à parts égales par les trois associés A.), B.) et C.),
    - de troisième part que A.) aurait pris un engagement judiciaire dans le cadre de la procédure ayant conduit à l'arrêt du 7 juillet 2021 de ne pas modifier la structure de gouvernance de la société SOC.1A.) alors que sur ce point l'arrêt du 7 juillet 2021 n'aurait fait que reprendre les termes de la décision du conseil de gérance du 10 janvier 2021
    - de quatrième part que A.) aurait violé son engagement de modifier la structure de gouvernance de la société SOC.1A.) alors qu'une modification du conseil de gérance, révisable à tout moment, ne saurait être qualifiée de modification de la structure du groupe
  - o à l'égard des parties à la procédure pour avoir délibérément retardé la communication de décisions unilatérales intervenues au fil du temps (arrêt unilatéral du 24 mars 2021, ordonnance unilatérale du 4 août 2021)

- que les conditions pour pouvoir procéder par la voie unilatérale et justifiant la mise à l'écart du contradictoire n'étaient pas remplies au 4 août 2021 alors qu'il n'y aurait eu
  - o ni nécessité de provoquer un effet de surprise, alors qu'il n'y aurait eu aucune possibilité de contrecarrer l'effet utile des mesures sollicitées si **B.)** avait agi par voie contradictoire
  - o ni extrême urgence, alors que **B.)** aurait attendu jusqu'au 3 août 2021 pour agir à l'encontre de décisions prises en janvier 2021 et en date du 7 juillet 2021, que la seule existence d'une voie de fait ne justifierait pas la voie unilatérale et que **B.)** n'aurait pas justifiée d'un péril grave et imminent, respectivement invoquerait un risque inexistant
- que les conditions de la voie de fait pour ordonner la suspension des différentes mesures prises en janvier 2021 et juillet 2021 n'étaient pas remplies, soit que l'existence même du trouble allégué n'était pas établie, soit que le caractère manifestement illicite du trouble allégué n'était pas établi.

Le principe du contradictoire est consubstantiel à la procédure judiciaire. Il est fermement ancré tant en droit national (articles 63 à 66 du NCPC) qu'en droit de l'Union européenne (article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne) et en droit européen (article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales). Il est consacré comme un des principes directeurs de la procédure judiciaire. Toute dérogation au principe du contradictoire doit faire l'objet d'une interprétation et d'une application restrictives au double motif, d'une part d'application générale, qu'il s'agit d'une exception qui doit comme telle être appliquée et interprétée restrictivement, et d'autre part spécifique à la matière de la procédure judiciaire comme portant atteinte à un principe directeur structurant la procédure judiciaire.

Il en résulte que le magistrat saisi d'une demande en rétractation d'une mesure prise unilatéralement, de même que la juridiction d'appel appelée à statuer sur l'appel relevé de l'ordonnance de première instance toisant la demande en rétractation de la mesure prise unilatéralement, doit dans un premier temps et avant toutes choses vérifier si le magistrat ayant adopté par voie unilatérale la mesure pour laquelle il a été sollicité a correctement exercé ses pouvoirs en agissant par la voie unilatérale, c'est-à-dire si les conditions pour pouvoir agir par la voie unilatérale étaient remplies au jour de sa décision.

A cet égard, c'est à bon droit et par des motifs que la Cour approuve que le premier juge a estimé dans son ordonnance du 27 août 2021 que l'article 66 ouvre la voie de la procédure unilatérale lorsque « la nécessité [le] commande » et que

*La notion de nécessité doit en outre être interprétée très restrictivement, cette exigence devant être renforcée en matière de droit de sociétés alors qu'il est de principe que les juridictions n'ont à intervenir que de façon très circonspecte dans la vie sociale des sociétés tant que les organes de gestion de ces personnes morales sont en état de fonctionner.*

*Cette intervention doit être rigoureusement nécessaire de sorte que tout retard mettrait en péril les droits du requérant.*

*Cette nécessité existe dans trois hypothèses :*

- *s'il est nécessaire de provoquer un effet de surprise,*
- *lorsqu'il est impossible d'identifier de manière certaine et précise les personnes à charge desquelles les mesures doivent être exécutées et*
- *en cas d'urgence.*

*L'urgence requise par l'article 66 du Nouveau Code de Procédure civile est telle que l'introduction de la demande en référé, même par délai abrégé, soit de toute évidence impuissante à régler la situation en temps utile, inefficace ou impossible. Elle est liée à la crainte d'un péril grave et imminent nécessitant la prise d'une mesure immédiate qui ne saurait souffrir du délai causé par le recours à une procédure contradictoire.*

C'est encore à bon droit que **A.)** fait actuellement valoir que la charge de la preuve de l'existence d'un cas de nécessité repose sur **B.)** en tant que demandeur unilatéral initial, et que cette preuve doit être établie au jour de la demande initiale, soit au 3 août 2021. La Cour est partant amenée à examiner sous cet angle l'argumentation de **B.)**.

Dans sa requête du 3 août 2021, **B.)** avait soutenu que la voie de la procédure unilatérale était ouverte en raison de la réalisation d'un cas d'extrême urgence et en raison de la nécessité de ménager un effet de surprise.

Quant à l'extrême urgence, **B.)** avait développé que les décisions du 10 janvier 2021 et du 19 janvier 2021 étaient irrégulières pour ne pas avoir respecté les statuts de la société **SOC.1A.)** et le pacte d'actionnaire conclu entre **A.)**, **B.)** et **C.)**, et que par la suite les décisions de juillet 2021, prises par des personnes venues irrégulièrement aux commandes des différentes sociétés, seraient également irrégulières. Il y aurait péril en la demeure dans la mesure où **A.)** et **C.)** pourraient être amenés à gérer le groupe **SOC.1.)**, ensemble avec les personnes portées par eux aux responsabilités des différentes sociétés, au mépris des intérêts du groupe, des investisseurs et de **B.)**, risquant en fin de compte de mettre en danger la survie du groupe. Les gérants nommés par **A.)** et **C.)** aux différentes fonctions, à savoir **J.)**, **I.)** et **E.)**, n'auraient aucune compétence ni expérience en matière de gestion



de fonds d'investissement. Le risque pécuniaire dans son chef ne pourrait pas être couvert par l'éventualité d'un dédommagement postérieur.

Lors des débats en première instance, **B.)** a soutenu que le risque dépeint par ses soins se réaliserait, dans la mesure où **A.)** entreprendrait un certain nombre de démarches destinées à lui procurer un avantage financier personnel.

Dans ce cadre, **B.)** explique encore que par décision du 9 juillet 2021, la société **SOC.1C.)** aurait été révoquée de ses fonctions d'associé commandité du FONDS mais que les gérants de la société **SOC.1C.)** mis en place par **A.)** et **C.)** formeraient obstacle à une transition normale vers le nouveau commandité, amenant d'une part à ce que les investisseurs s'inquiètent de l'évolution des affaires du groupe et d'autre part à ce que le risque d'une rupture pour faute se réalise, engendrant d'importantes pertes financières pour la société **SOC.1C.)** et par répercussion pour lui-même.

**B.)** soutient par la suite que la mesure de suspension des différentes mesures serait nécessaire d'une part pour lui permettre de participer à nouveau à la gestion du groupe et d'autre part pour écarter les nouveaux gérants des différentes sociétés afin de permettre une gestion utile de celles-ci et une transition normale vers le nouveau commandité du FONDS.

**B.)** avait encore développé que les nouveaux gérants irrégulièrement nommés **J.)**, **I.)** et **E.)** seraient susceptibles de collecter des informations confidentielles et si ces informations étaient transmises à certains tiers, cela pourrait porter préjudice aux intérêts financiers du groupe **SOC.1.)**.

Sans entrer dans le détail de l'argumentaire avancé par **B.)**, et même à admettre que tous les éléments factuels avancés par ses soins soient établis et qu'il en résulteraient les risques dépeints par ses soins, la Cour retient que ces éléments ne caractérisent pas la nécessité de procéder par voie unilatérale, dès lors que la procédure contradictoire aurait utilement pu aboutir à une décision en temps utile et qu'aucun péril grave et imminent ne nécessitait la prise d'une mesure immédiate qui n'aurait su souffrir du délai causé par le recours à une procédure contradictoire. Pour preuve, il suffit de constater que l'assignation en rétractation du 12 août 2021 a été suivie d'une ordonnance seulement 15 jours plus tard en date du 27 août 2021, démontrant la possibilité de voir triser un litige endéans un bref laps de temps.

Quant à l'effet de surprise, **B.)** a exposé qu'une procédure contradictoire exigerait la mise en cause de tous les gérants nouvellement mais irrégulièrement nommés, ce qui permettrait alors à ceux-ci de prendre toutes mesures à son détriment avant qu'une décision n'intervienne. Pour

assurer l'effet utile de la mesure de suspension à l'égard de ceux-ci, il aurait convenu qu'il agisse par voie unilatérale.

Cet argument doit être écarté pour ne reposer sur aucune base concrète, dès lors que **B.)** ne décrit avec la moindre précision aucune mesure que les nouveaux gérants auraient pu entreprendre pour contrecarrer les effets d'une décision qui mettrait fin à leurs fonctions.

La Cour note encore que les arguments présents de part et d'autre, documentés par une requête en suspension unilatérale de **B.)** de 14 pages, une assignation en rétractation de **A.)** de 41 pages, une note de plaidoiries de **B.)** en première instance de 32 pages, un acte d'appel de **A.)** de 52 pages et une note de plaidoiries de **B.)** en instance d'appel de 11 pages, démontrent à suffisance la seule complexité factuelle du dossier et partant l'impossibilité d'adopter une mesure appropriée en dehors de tout débat contradictoire.

Il résulte de ce qui précède que, par voie de réformation de l'ordonnance entreprise du 27 août 2021, l'ordonnance unilatérale du 4 août 2021 doit être annulée.

**A.)** demande à voir condamner **B.)** à lui payer une indemnité de procédure de 20.000,- euros.

**B.)** demande à voir condamner **A.)** à lui payer une indemnité de procédure de 5.000,- euros.

L'indemnité de procédure ne peut être allouée à la partie succombante. Pour le surplus, l'application de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile relève du pouvoir discrétionnaire du juge (Cour de cassation 2 juillet 2015, Arrêt N° 60/15, JTL 2015, N° 42, page 166).

Il en résulte que **B.)**, succombant à l'instance, doit être débouté de sa demande.

Il serait inéquitable de laisser à la seule charge de **A.)** tous les frais d'avocat qu'il a dû exposer pour assurer le respect du principe fondamental du contradictoire. Il y a lieu de lui allouer une indemnité de procédure de 2.500,- euros

#### **PAR CES MOTIFS :**

la Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé, statuant contradictoirement,

dit recevable l'appel interjeté par **A.**),

dit recevable l'intervention volontaire de **C.**),

dit fondé l'appel, partant réforme l'ordonnance du 27 août 2021 et rétracte l'ordonnance unilatérale du 4 août 2021, signifiée par **B.**) suivant exploit d'huissier du 6 août 2021,

déboute **A.**) de la demande basée sur l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile,

condamne **B.**) à payer à **A.**) la somme de 2.500,- euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile,

déclare le présent arrêt commun à la société à responsabilité limitée **SOC.1A.**), à la société à responsabilité limitée **SOC.1B.**) et à la société à responsabilité limitée **SOC.1C.**),

déclare le présent arrêt commun à **C.**),

condamne **B.**) aux frais et dépens des deux instances.