

No. Rôle: 181235
Réf. no. 19/2017
du 13 janvier 2017

Audience publique extraordinaire des référés du vendredi, 13 janvier 2017, tenue par Nous Malou THEIS, Vice-Président au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement de Madame le Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, assistée du greffier assumé Sarah NEZI.

DANS LA CAUSE

ENTRE

A.), demeurant à CH-(...), (...), Suisse,

élisant domicile en l'étude de Maître Marc PETIT, avocat, demeurant à Luxembourg,

partie demanderesse comparant par Maître Marc PETIT, avocat, demeurant à Luxembourg,

ET

1. la société anonyme **SOC1.**), établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le n° B (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

partie défenderesse comparant par Maître Guillaume MARY, avocat, demeurant à Luxembourg.

2. Maître Yann BADEN, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-6187 Gonderange, z.a. Gehaanraich, pris en sa qualité d'administrateur provisoire de la société **SOC2.) LUXEMBOURG S.à.r.l.**, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le n° B(...), actuellement établie et ayant son siège social à L-(...), (...),

partie défenderesse comparant en personne.

F A I T S :

A l'audience publique ordinaire des référés du lundi matin, 19 décembre 2016, Maître Marc PETIT donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite et exposa ses moyens.

Maître Guillaume MARY et Maître Yann BADEN répliquèrent.

Le juge des référés prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique extraordinaire des référés de ce jour l'

O R D O N N A N C E

qui suit:

Rétroactes procéduraux

Par exploit d'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 1^{er} décembre 2016, **A.)** a fait comparaître la société anonyme **SOC1.)** devant le Président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme juge des référés, pour voir rétracter, sinon révoquer l'ordonnance présidentielle du 9 septembre 2016 ayant nommé Maître Yann BADEN comme administrateur provisoire de la société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG**.

Il résulte des pièces versées en cause que suivant requête unilatérale déposée le 7 septembre 2016, la société anonyme **SOC1.)** a requis certaines mesures unilatérales à l'égard de la société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG**, et que par ordonnance présidentielle du 9 septembre 2016, rendue de manière unilatérale sur base de l'article 66 du nouveau code de procédure civile, il a été fait droit à sa requête.

Ladite ordonnance présidentielle porte désignation de Maître Yann BADEN comme administrateur provisoire de la société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG**, pour une année, le mandat étant renouvelable selon les circonstances de l'espèce, avec la mission de

- gérer la société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG** suivant les lois et usages du commerce, en conformité avec son objet social, et plus précisément de prendre les mesures permettant de sauvegarder les intérêts de la société ;
- prendre toutes mesures utiles concernant la filiale **SOC2.) EUROP (Chypre)** et exiger la production de toutes informations nécessaires ;
- prendre toutes mesures utiles en vue du renouvellement des autorisations de mise sur le marché (A.M.M) des médicaments **MED1.)** et **MED2.)** appartenant à la société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG** ;
- prendre par ailleurs toutes mesures utiles pour sauvegarder le patrimoine de la société et notamment mais non exclusivement récupérer toutes créances et indemnités ;
- permettre à l'administrateur provisoire, pour la réalisation de sa mission, de s'entourer de toutes personnes de son choix.
- Moyens et prétentions des parties

La demande actuelle de **A.)** tend à la rétractation de ladite ordonnance unilatérale du 9 septembre 2016, motif pris que les conditions d'application de base de l'article 66 du nouveau code de procédure civile n'étaient pas remplies au moment de la saisine du juge qui a rendu la décision unilatérale.

A.) conteste en premier lieu la qualité d'associé de la société anonyme **SOC1.)** et partant la qualité à agir dans le chef de la société anonyme **SOC1.)**, précisant qu'une action en justice serait actuellement pendante devant les juges du fond pour voir déclarer la résolution judiciaire du contrat de cessions d'actions à la société anonyme **SOC1.)**. A cela s'ajouterait qu'une instance pénale serait en cours à l'égard de la société anonyme **SOC1.)** et de ses dirigeants, en relation avec des faux fabriqués pour essayer de donner une fausse cause des deux versements des 30 novembre 2011 et 4 octobre 2011 de chaque fois 250.000 euros.

Il précise que la société anonyme **SOC1.)** aurait caché au Président qu'une instance au fond était pendante entre parties depuis le 22 juin 2016 concernant une demande en révocation du gérant de la société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG**, de sorte que le président, s'il avait eu connaissance de ce fait, se serait déclaré incompétent.

De même, la société anonyme **SOC1.)** aurait caché au Président qu'une demande en désignation d'un administrateur ad hoc avait déjà été déclarée irrecevable, de sorte qu'en vertu du principe « non bis in idem », le Président aurait dû refuser la nomination d'un administrateur provisoire.

Quant au fond, **A.)** conteste que les griefs invoqués à l'appui de la demande en nomination d'un administrateur provisoire, à savoir la manipulation des comptes sociaux de la société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG**, l'absence de diligences dans le chef du gérant **A.)** concernant le renouvellement des autorisations de mise sur le marché des deux médicaments **MED1.)** et **MED2.)** et la non-communication de **A.)** sur les activités de la société **SOC2.) EUROPE** soient établies.

A.) conclut que les griefs invoqués dans la requête unilatérale constituent des contre-vérités et que les conditions d'immixtion du juge des référés dans la vie de la société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG** n'étaient, et ne sont à ce jour, pas remplies, de sorte qu'il y aurait lieu à rétractation de l'ordonnance présidentielle du 9 septembre 2016.

A.) de préciser qu'il serait dans l'intérêt de la société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG** qu'il continue à en assurer la gestion, étant donné qu'il y aurait des procédures à introduire à l'encontre des **LABORATOIRES LABO1.)** en recouvrement de la somme de 1.715.578,39 euros ; qu'il y aurait des procédures pendantes au fond et que le seul but poursuivi par la société anonyme **SOC1.)** serait d'empêcher la société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG** de recouvrer ladite créance à

l'encontre des LABORATOIRES LABO1.), dirigés par le fils de B.), bénéficiaire économique de la société anonyme SOC1.).

Il précise que les dirigeants de la société anonyme SOC1.), à savoir C.) et B.), via la société LABO1.) leur appartenant (anciennement (...)), essayeraient de s'approprier les produits commercialisés par la société à responsabilité limitée SOC2.) LUXEMBOURG.

La société anonyme SOC1.) conteste la version des faits d'A.) et fait valoir qu'elle aurait dû recourir à une mesure unilatérale aux fins d'empêcher qu'A.), administrateur de la société SOC2.) EUROPE, qui constitue une filiale de la société à responsabilité limitée SOC2.) LUXEMBOURG, n'ait le temps, dans le cadre d'une procédure contradictoire, de commettre d'autres détournements supplémentaires, respectivement de dissimuler ses méfaits.

Elle précise qu'à ce jour, elle serait toujours actionnaire de la société à responsabilité limitée SOC2.) LUXEMBOURG, de sorte qu'elle aurait eu qualité pour solliciter la mesure unilatérale. La plainte au pénal déposée par A.) ne saurait tenir en échec sa demande, l'adage selon lequel le criminel tient le civil en l'état étant inapplicable en référé. Le fait que son action en désignation d'un administrateur ad hoc ait été déclarée irrecevable il y a trois ans ne saurait non plus rendre irrecevable sa requête actuelle en désignation d'un administrateur provisoire, les faits ayant connu depuis lors une évolution nécessitant la désignation de pareil administrateur provisoire.

Quant au bien-fondé de sa demande, elle précise avoir rapporté à suffisance les éléments établissant qu'A.) a manipulé les comptes sociaux de la société : ainsi, la société anonyme SOC1.) aurait accordé un prêt d'un montant de 1.290.000 euros à la société à responsabilité limitée SOC2.) LUXEMBOURG mais le remboursement n'aurait pas été effectué au profit de la anonyme SOC1.), mais au profit de la société SOC3.), tandis qu'A.) aurait a posteriori imputé ledit remboursement sur le compte courant associé de la société anonyme SOC1.).

De même, A.) n'aurait jamais justifié du compte courant associé dont il se gratifiait abusivement dans la société à responsabilité limitée SOC2.) LUXEMBOURG.

En troisième lieu, la société anonyme SOC1.) estime avoir justifié le manquement d'A.) dans le renouvellement des autorisations de mise sur le marché des deux médicaments MED2.) et MED1.), de même que le refus d'A.) de communiquer une information concernant la société SOC2.) EUROPE, qui constitue l'unique source de revenu de la société à responsabilité limitée SOC2.) LUXEMBOURG.

Maître Yann BADEN, administrateur provisoire de la société à responsabilité limitée SOC2.) LUXEMBOURG, se rapporte à prudence de justice concernant la demande, mais donne à considérer que l'actionnariat de la société à responsabilité limitée SOC2.) LUXEMBOURG est réparti à parts égales (50/50) entre A.) et la société anonyme SOC1.) et que les deux associés sont en désaccord concernant la gestion de la société.

Il y aurait un problème de communication et de flux d'information entre les associés, et actuellement serait pendante une instance au fond, à la requête de la société anonyme **SOC1.**), tendant à la révocation d'**A.**) de son mandat de gérant de la société à responsabilité limitée **SOC2.**) LUXEMBOURG.

L'administrateur provisoire estime qu'il y aurait lieu d'apprécier la demande au regard de ce constat.

L'appréciation de la demande

- quant au cadre procédural du litige

A titre liminaire, il convient de préciser le cadre procédural endéans duquel le présent litige doit être examiné.

En premier lieu, il faut constater que du fait de la requête unilatérale initiale et de la demande en rétractation consécutive, il s'opère une inversion du contentieux en ce que la société anonyme **SOC1.**), de demanderesse initiale dans le cadre de la procédure unilatérale, devient défenderesse dans le cadre de la procédure contradictoire. Cette inversion du contentieux doit cependant rester sans incidence sur les conditions à vérifier dans le chef des différentes parties et sur leurs charges procédurales respectives. Ainsi, les conditions de recevabilité de l'action doivent être vérifiées dans le chef de la société anonyme **SOC1.**), et la charge de la preuve pèse sur cette dernière en tant que demanderesse initiale. L'incertitude quant à la question de savoir si un élément factuel déterminant est établi à suffisance de droit doit jouer en sa défaveur.

En second lieu, il faut situer le cadre juridique du litige par rapport aux pouvoirs et compétences du juge saisi. A cet égard, il faut d'abord retenir que la seule base légale permettant au juge d'adopter une mesure unilatérale est fournie par l'article 66 du nouveau code de procédure civile, à l'exclusion de l'article 54 du décret impérial du 30 mars 1808, qui ne fournit pas une base légale suffisante pour conférer pouvoir au juge de statuer par voie de décision unilatérale.

Il faut ensuite préciser la qualité en laquelle le Président est appelé à statuer lorsqu'il intervient par voie d'ordonnance unilatérale. Pour répondre à cette question, il faut d'abord noter que l'article 66 du nouveau code de procédure civile ne se prononce pas sur les qualités du juge qui statue, respectivement sur le régime juridique des décisions adoptées selon cette modalité. Toutefois, l'habilitation légale de statuer par voie unilatérale, prévue par l'article 66 du nouveau code de procédure civile au profit de toute juridiction, ne saurait être déconnectée des règles relatives aux compétences et pouvoirs des juridictions applicables dans le cadre des procédures contradictoires. Ainsi, le juge ordonnant une mesure unilatérale doit le faire nécessairement en prenant appui sur un régime juridique préétabli, tant en ce qui concerne sa compétence que ses pouvoirs, et ce régime continue à trouver application en cas de demande en rétractation. Tel est le cas quand le juge adopte une décision unilatérale « *lorsque la loi le permet* »,

puisqu'il doit alors s'orienter par rapport à ce que cette loi lui permet. Il doit encore en être ainsi quand le juge adopte une décision unilatérale « *lorsque la nécessité le commande* ». Il doit alors s'orienter à un cadre juridique déterminé préexistant (TAL référé, 11 novembre 2014, numéros 164504 et 165055 du rôle).

Il est de principe que l'article 66 du nouveau code de procédure civile confie au juge un pouvoir autonome pour prononcer des mesures unilatérales, c.à.d, non seulement lorsque la loi le permet, mais également lorsque la nécessité commande, soit en dehors de toute habilitation légale spécifique. Ces mesures unilatérales ne peuvent être adoptées que (i) s'il y a urgence, c.à.d. lorsqu'il ne peut pas être remédié au problème soulevé par le recours aux procédures de référé ordinaires et que (ii) si la mesure doit être ordonnée et mise à exécution, sans avertissement préalable de son destinataire, sans qu'il ne soit cependant requis que le requérant démontre que le destinataire ait effectivement l'intention, s'il était averti de la demande, d'adopter un comportement rendant la mesure sollicitée inutile. L'urgence requise ne doit pas comporter un degré aggravé. Ainsi, l'extrême urgence n'est pas requise (Cour, 10 octobre 2016, arrêt n° 134/16-VII-REF, numéro 44000 du rôle ; Le droit judiciaire privé, par Thierry Hoscheit, n° 1354, n° 1358, n° 1359, n° 1360 et n° 1361).

Il en suit que dans une première phase, il y a lieu de vérifier si les mesures sollicitées rentrent dans les pouvoirs du juge des référés des articles 932 et suivants du nouveau code de procédure civile, le Président, en ordonnant pareille mesure unilatérale, devant s'orienter à un cadre juridique déterminé préexistant.

Ce n'est que si ces conditions sont remplies qu'il s'agira d'analyser, dans une deuxième phase, si les conditions d'application de l'article 66 précité étaient remplies au moment où la mesure unilatérale a été adoptée, à savoir que l'efficacité de la mesure sollicitée nécessitait un effet de surprise, au vue de l'urgence, à défaut d'un remède moyennant recours aux procédures de référé ordinaire.

En l'espèce, il résulte de la lecture de l'ordonnance unilatérale du 9 septembre 2016 et de la requête qui la précède, déposée le 7 septembre 2016, qu'elle a été prise en raison de la nécessité d'agir par voie unilatérale, de sorte qu'il convient de déterminer le cadre juridique auquel le magistrat instrumentant s'est orienté pour adopter sa décision.

En l'absence d'autres précisions dans l'ordonnance elle-même, il faut nécessairement déduire des circonstances de la cause que ce cadre juridique doit être recherché dans les dispositions légales sur le référé, la partie requérante ayant notamment sollicité la mesure unilatérale compte tenu d'un litige concernant le gestion de la société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG** par le gérant **A.)**, qui constitue également actionnaire de la société à parts égales avec la requérante.

L'ordonnance du 9 septembre 2016 ayant été prise par le magistrat siégeant en remplacement de la Présidente du tribunal d'arrondissement de Luxembourg en sa qualité de juge des référés, il en résulte que la demande en rétractation est portée également devant le juge des référés, ce que **A.)** a fait en portant sa demande devant

« Madame le Président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme juge des référés ».

Le juge saisi est dès lors compétent pour connaître de la demande d'A.).

- quant à la recevabilité de la demande

A.) conteste en premier lieu la qualité à agir dans le chef de la société anonyme **SOC1.)**, motif pris qu'une instance serait pendante au fond concernant la résolution du contrat de cession de parts sociales et que dans l'hypothèse où il était fait droit à sa demande, la société anonyme **SOC1.)** ne serait pas actionnaire de la société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG**.

La qualité pour agir n'est en règle générale qu'un aspect particulier de l'intérêt à agir et se trouve absorbée par ce dernier, sauf dans les cas particuliers où la loi attribue qualité pour agir à certaines personnes, situation qui n'est pas donnée en l'espèce. Il n'y a donc pas lieu d'examiner séparément les moyens tenant à l'intérêt et à la qualité. Par ailleurs, l'intérêt, et partant la qualité, pour agir se trouve établi dès lors que le demandeur à l'instance se prétend titulaire du droit dont il demande la consécration à l'instance. La question de l'existence réelle de ce droit ne s'apprécie qu'au stade du bien-fondé de la demande.

En l'espèce, se prétendent actionnaire de la société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG** au jour de sa demande en justice introduite par requête unilatérale déposée le 7 septembre 2016, la société anonyme **SOC1.)** justifie sa qualité et intérêt à agir, la question de savoir si cette titularité doit être vérifiée au jour de leur demande, compte tenu des contestations de A.), relevant du fond du litige et devant être examinée à ce stade.

S'il est établi en cause qu'une instance en justice est actuellement pendante entre parties pour voir déclarer résolue la convention de cession des parts sociales acquises par la société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG**, cette dernière est, à défaut de jugement définitif faisant droit à la résolution de la convention de cession d'actions, actuellement toujours actionnaire de la société la société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG**, de sorte que le moyen, tiré du défaut de qualité et d'intérêt à agir dans le chef de la société anonyme **SOC1.)** au titre de la requête unilatérale, est à rejeter.

- quant à l'exception du « criminel tient le civil en l'état »

A.) fait valoir que suite à sa plainte au pénal déposée entre les mains du juge d'instruction contre la société anonyme **SOC1.)**, notamment en relation avec des faux versés en justice par la société anonyme **SOC1.)** pour essayer de donner une fausse cause des deux versements de 250.000 euros chacun en date des 30 avril 2011 et 4 octobre 2011, le Président aurait dû surseoir à statuer quant à la demande en désignation

d'un administrateur provisoire, respectivement aurait dû déclarer la demande irrecevable.

Indépendamment de la question de savoir si l'action pénale est valablement engagée, suite à la plainte déposée par A.) entre les mains du juge d'instruction en date du 17 octobre 2014, à défaut de preuve d'une consignation en vertu d'une ordonnance de consignation prise par le juge d'instruction, sous peine d'irrecevabilité de la plainte, il est de principe que les ordonnances de référé sont toujours provisoires et n'ont pas autorité de chose jugée au principal et que la règle selon laquelle «*le criminel tient le civil en état*» n'affecte pas la juridiction des référés.

En effet, aux termes de l'article 3 du titre préliminaire du code d'instruction criminelle, l'exercice de la seule action civile est suspendu pendant le cours de l'action publique, alors que le même article ne prévoit pas la suspension de l'exercice du droit de demander une mesure provisoire pendant la suspension de l'action civile, une telle demande provisoire n'ayant d'autre objet que les mesures provisoires par lesquelles il est pourvu aux intérêts que compromet la longueur de la procédure.

Il s'ensuit que l'action en référé ne constitue pas l'action civile proprement dite et la règle "*le criminel tient le civil en l'état*" lui est étrangère (Paris 23.1.74 J.CP. 74 II, 17873, note Lindon ; « Le référé ordinaire en droit luxembourgeois » par Emile Penning - Bulletin Laurent 1989 IV no.4; Cour d'Appel 10.4.1989 no.10918 du rôle et références y citées).

Le moyen d'irrecevabilité invoqué est dès lors à rejeter.

- quant à l'exception du « non bis in idem »

A.) fait finalement valoir que la demande de la société anonyme **SOC1.)** tendant à la désignation d'un administrateur provisoire se heurterait au principe du « *non bis in idem* », compte tenu de l'ordonnance de référé au 26 août 2013 ayant déjà rejeté une demande afférente de la société anonyme **SOC1.)**.

Une demande introduite aux mêmes fins et pour la même cause qu'une demande antérieure doit être déclarée irrecevable en vertu de la règle «*non bis in idem*» (encyclopédie Dalloz, Procédure civile, vo. Litispendance).

Les ordonnances de référé ont autorité de chose jugée au provisoire, de sorte que la règle «*non bis in idem*» s'applique également en référé. Il reste que la cause de la demande nouvellement soumise au juge doit être identique à celle qui a fait l'objet d'une demande antérieure tranchée par une décision de justice exécutoire (C.A. 25.02.91 no. 12521 du rôle, LJUS doc. n° 99115321).

Il suit de ces considérations que la chose jugée ne peut être remise en cause que par les voies ordinaires de recours légalement ouvertes à cet effet. En dehors de ces hypothèses, l'autorité de chose jugée fait obstacle à ce que les parties saisissent de nouveau le juge

de la contestation qu'il a tranchée. Les parties n'ont plus le droit d'agir relativement à la contestation tranchée; partant toute nouvelle demande identique à celle qui a été l'objet du jugement, serait irrecevable pour se heurter à l'exception de chose jugée. Cependant, si le jugement est rendu en l'état d'une situation évolutive, il n'a pas autorité de chose jugée (TAL 6^{ème} chambre, 17 juin 2004 numéro 70114 du rôle, n°. 385/ 2004).

En l'espèce, il résulte de l'ordonnance de référé numéro 508/2013 du 26 août 2013, rendue à la requête de **A.)** à l'égard de la société anonyme **SOC1.)** et en présence de la société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG**, tendant à la désignation d'un séquestre des 250 actions cédées par **A.)** à la société anonyme **SOC1.)**, laquelle a été déclaré irrecevable, que la société anonyme **SOC1.)** avait formé une demande reconventionnelle tendant à la désignation d'un administrateur *ad hoc* de la société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG** aux fins de convocation d'une assemblée générale, motif pris que le gérant **A.)** refusait d'accéder à sa demande tendant à la convocation de pareille assemblée générale.

Cette demande reconventionnelle avait été déclarée irrecevable, motif pris que les conditions de nomination d'un administrateur *ad hoc* n'étaient pas remplies.

La demande en désignation d'un administrateur *ad hoc* pour effectuer un acte déterminé en lieu et place du gérant **A.)** ayant une cause distincte de la présente demande tendant à la nomination d'un administrateur provisoire chargé de la gestion courante de la société en lieu et place du gérant **A.)**, le moyen d'irrecevabilité tiré du « *non bis in idem* » est à rejeter.

- quant au fond

Il résulte des pièces versées en cause que la société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG** a été constituée le 29 décembre 2006 par **A.)**, qui avait à l'époque souscrit l'intégralité des 500 parts sociales représentant les 12.500 euros du capital social. La société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG** est une société d'investissement et détient notamment des brevets concernant notamment deux médicaments, à savoir **MED2.)** et **MED1.)**.

Suivant acte de cession du 24 avril 2009, **A.)** céda 250 parts sociales à la société anonyme **SOC1.)**, mais demeura gérant unique de la société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG**.

La société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG** détient une filiale à Chypre, dénommée **SOC2.) EUROPE**, qui, aux termes d'un contrat de licence d'exploitation signé entre la société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG** et la filiale **SOC2.) EUROPE**, exploite et commercialise les médicaments **MED2.)** et **MED1.)** dont la société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG** détient les brevets.

A.) est également gérant de la société filiale **SOC2.) EUROPE**.

Il n'est pas contesté qu'un conflit existe depuis des années entre **A.)** et **B.)**, bénéficiaire économique de la société anonyme **SOC1.)**, concernant notamment le développement des activités de la société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG** et que plusieurs procès sont actuellement pendants entre **A.)** et la société anonyme **SOC1.)**, actionnaires paritaires de la société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG** :

- une instance pendante devant le tribunal civil à la requête de **A.)**, tendant à la résolution du contrat de cession de parts sociales conclu entre parties le 24 avril 2009, pour non-paiement du prix de cession (assignation du 21 juin 2013);
- une instance pendante devant le tribunal de commerce à la requête de la société anonyme **SOC1.)**, tendant au recouvrement de son avoir en compte courant d'associé de la société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG** (assignation du 23 juillet 2013);
- une instance en validation d'une saisie-arrêt pendante devant le tribunal civil, à la requête de la société anonyme **SOC1.)** pour garantir le paiement de la créance invoquée au titre de son avoir en compte courant d'associé, suite à une saisie-arrêt pratiquée par la société anonyme **SOC1.)** sur les avoirs de la société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG** (assignation du 21 août 2013);
- une instance pendante devant le tribunal de commerce à la requête de la société anonyme **SOC1.)**, tendant à la révocation de **A.)** comme gérant de la société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG** et désignation de **B.)** comme gérant de la société (assignation du 22 juin 2016).

Il résulte encore des pièces versées en cause que cette mésentente entre les deux actionnaires **A.)** et la société anonyme **SOC1.)** a des répercussions sur le fonctionnement même de la société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG**, en ce que les bilans de la société, quoique déposés au registre du commerce et publiés, l'ont été sans approbation préalable de l'assemblée générale des associés, compte tenu de leur désaccord, les comptes étant approuvés à posteriori, tantôt par **A.)**, tantôt pas par la société anonyme **SOC1.)**, mais jamais par les deux associés.

Ce constat à lui seul suffit dès lors à justifier l'intervention du juge des référés dans la vie de la société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG**, eu égard aux principes dégagés par les articles 932 et 933 du nouveau code de procédure civile, l'organe souverain de la société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG** étant paralysé compte tenu de la parité au niveau de l'actionnariat et cette paralysie ayant une incidence sur l'organe de gestion de la société, en l'occurrence le gérant unique, actionnaire à concurrence de 50% de la société.

En effet, aux termes de l'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile, dans les cas d'urgence, le président ou le juge qui le remplace peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend.

Sous ce rapport, il importe de rappeler aux parties qu'il n'appartient pas au juge des référés, qui ne peut pas dire et juger, de porter un jugement sur le fond du litige divisant

les parties. A son niveau et quelle que soit la base légale invoquée, le juge des référés n'a à exercer qu'un contrôle de régularité formelle.

Il est en effet admis que l'intervention du juge des référés dans la vie des sociétés se fonde sur des critères très réticents: l'urgence, le provisoire, l'existence d'une apparence de droit et l'absence d'immixtion du juge dans la vie sociale.

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

Plus particulièrement en ce qui concerne le premier critère, l'intervention du juge des référés ne saurait se justifier que lorsqu'il y a urgence, c'est-à-dire quand le moindre retard peut causer un préjudice irréparable. D'une manière générale, la jurisprudence 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 (Edon N. : « L'intervention du juge des référés dans la vie des sociétés », *Diagonales à travers le droit luxembourgeois*, 1986, p. 189).

En revanche, lorsque les organes sont encore en état de fonctionner, l'urgence devra être démontrée par les circonstances de l'espèce.

Il a ainsi été jugé qu'il s'agira essentiellement de démontrer que la non-intervention du juge produirait des suites irréparables, d'apporter la preuve du péril que courent les droits de quelqu'un si les choses sont laissées en l'état en attendant que la contestation au fond soit vidée.

Quant à la condition du provisoire, celle-ci a été, selon la doctrine, petit à petit vidée de sa substance pour ne plus constituer aujourd'hui qu'une interdiction faite au juge des référés de rendre une ordonnance dont le dispositif serait déclaratif ou constitutif de droits.

En ce qui concerne le troisième critère, à savoir l'apparence de droit, celui-ci découle tout naturellement du libellé de l'article 932 du nouveau code de procédure civile qui permet au juge des référés de fonder sa décision sur une situation de fait ou de droit qui n'est ou ne peut être sérieusement contestée.

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.

Il est ainsi admis en jurisprudence luxembourgeoise que si les organes de la société sont en état de fonctionnement, le juge des référés n'a à y intervenir par des mesures provisoires qu'au cas de l'existence d'un trouble manifestement illicite ou d'un dommage imminent, hypothèses dans lesquelles l'urgence est toujours sous-entendue

et présumée, ou 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.

Cette jurisprudence classique a évolué en France, en matière de désignation d'administrateurs provisoires, en ce que l'accent est mis plutôt sur le péril encouru par la société en tant qu'être moral, lorsqu'elle 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 ou si certains faits, notamment imputés au gérant, sont de nature à porter préjudice irrémédiable aux intérêts de la société.

Concernant plus particulièrement les carences invoquées par la société anonyme **SOC1.)** au niveau de l'organe de gestion de la société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG**, un examen sommaire et rapide des pièces versées de part et d'autre ne permet pas au juge des référés de retenir, compte tenu des contestations formelles de **A.)**, que celui-ci ait manipulé ou entendu manipuler les comptes de la société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG**, notamment au niveau de deux virements de chaque fois 250.000 euros, respectivement au niveau des comptes courants d'associés.

Concernant la carence de **A.)** au sujet du renouvellement des A.M.M pour les deux médicaments **MED2.)** et **MED1.)**, si la société anonyme **SOC1.)** établit certes que **A.)** reconnu lors de l'assemblée générale du 12 août 2015 qu'il n'était pas au courant que les A.M.M. étaient arrivés à échéance, il résulte néanmoins des pièces versées en cause que l'agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM) a, suivant décision du 30 septembre 2016, délivré l'autorisation de mise sur le marché du médicament **MED1.)**, suite à la demande de **A.)** du 17 février 2016 et suivant décisions du 29 novembre 2016 délivré l'autorisation de mise sur le marché du médicament **MED2.)**, suite à la demande de **A.)** du 5 février 2016, de sorte qu'il est établi qu'antérieurement au dépôt de la requête unilatérale du 7 septembre 2016, **A.)** avait fait les démarches afférentes en vue du renouvellement des A.M.M.

Cependant, le fait que malgré demandes afférentes, **A.)** n'ait pas continué ces informations à la société anonyme **SOC1.)** qui, en tant qu'associé, détient un droit à l'information, témoigne de la mésentente entre les actionnaires.

Il en est de même de l'absence d'informations concernant la participation de la société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG** dans la filiale **SOC2.) EUROPE**.

Concernant finalement la nécessité de procéder dans ces circonstances par mesure unilatérale, la société anonyme **SOC1.)** justifie l'urgence objective à voir prendre à l'insu de **A.)**, en sa qualité d'actionnaire et de gérant de la société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG**, la mesure sollicitée, étant donné que les voies de recours ordinaires en matière de référé, même par abréviation des délais, compte tenu

notamment des délais de signification au destinataire **A.)** domicilié en Suisse, n'auraient pas permis de prendre une décision en temps utile.

Il en suit que la société anonyme **SOC1.)** justifie les conditions d'application de l'article 66 du nouveau code de procédure civile concernant les mesures adoptées par le magistrat ayant siégé en remplacement de Madame le Président du tribunal d'arrondissement légitimement empêchée, suivant ordonnance du 9 septembre 2016, de sorte que la demande de **A.)**, tendant à la rétractation de ladite mesure unilatérale, est à rejeter.

En ce qui concerne la durée de la mission de l'administrateur provisoire, il est de jurisprudence que celle-ci doit être limitée dans le temps, alors que l'intervention judiciaire doit rester exceptionnelle.

Aussi, il y a lieu de retenir que la présente ordonnance cesse ses effets de plein droit à partir du jour où une décision ayant acquis autorité de chose jugée est intervenue dans le cadre de l'instance introduite suivant assignation du 22 juin 2016, tendant à la révocation de **A.)** comme gérant de la société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG**.

A.) et la société anonyme **SOC1.)** ne justifiant pas l'iniquité requise pour l'application de l'article 240 du nouveau code de procédure civile, leurs demandes respectives en allocation d'une indemnité de procédure de 2.500 euros, respectivement 4.000 euros, sont à rejeter.

Par ces motifs

Nous Malou THEIS, Vice-Président au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement de Madame le Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, statuant contradictoirement;

recevons la demande en la forme,

Nous déclarons compétent pour connaître de la demande ;

déclarons la demande en rétractation de l'ordonnance présidentielle du 9 septembre 2016 recevable mais non fondée, partant en déboutons;

disons que la présente ordonnance cesse ses effets de plein droit à partir du jour où une décision ayant acquis autorité de chose jugée est intervenue dans le cadre de l'instance introduite suivant assignation du 22 juin 2016, tendant à la révocation de **A.)** comme gérant de la société à responsabilité limitée **SOC2.) LUXEMBOURG** ;

déclarons la présente ordonnance commune à Maître Yann BADEN ;

ordonnons la publication, sous forme d'un extrait, auprès du registre du commerce et des sociétés de Luxembourg, de la présente ordonnance ;

rejetons les demandes de **A.)** et la société anonyme **SOC1.)** sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;

laissons les frais et dépens de l'instance à charge de **A.)** ;

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