

No. Rôle: 173297
No. 2019TALREFO/00192
du 2 mai 2019

Audience publique extraordinaire des référés du jeudi, 2 mai 2019, tenue par Nous Malou THEIS, Vice-Président au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement de Madame la Présidente du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, assisté du greffier Charles d'HUART.

DANS LA CAUSE

ENTRE

la société TOMSON PTe Limited, établie et ayant son siège social à 111 North Bridge Road, #08-10 Peninsula Plaza, 179098 Singapore, immatriculée au registre des sociétés de Singapour sous le numéro 199907653N), représentée par son représentant légal actuellement en fonctions,

élisant domicile en l'étude E2M S.à.r.l., inscrite au barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-2342 Luxembourg, 52, rue Raymond Poincaré, immatriculée au Registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B210821, représentée aux fins des présentes par Maître Max MAILLIET, avocat, demeurant à la même adresse,

partie demanderesse comparant par Maître Anne-Sophie BOUL, avocat, en remplacement de Maître Max MAILLIET, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

ET

- 1) la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois FURSTENBERG Sàrl, établie et ayant son siège social à L-1930 Luxembourg, 62, avenue de la Liberté, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B150636, représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions, sinon par ses gérants actuellement en fonctions,
- 2) A) , demeurant professionnellement à L-(...) , pris en sa qualité de gérant de la société FURSTENBERG Sàrl, préqualifiée,
- 3) B) , demeurant à L-(...) ,
- 4) C) , demeurant à F-(...) ,

5) **D)** , demeurant à F-(...) , pris en sa qualité de gérant de la société FURSTENBERG Sarl, préqualifié,

6) **E)** , demeurant à GB-(...) ,

partie défenderesse sub1) *comparant par la société DCL Avocats S.à.r.l., établie et ayant son siège social au 9, avenue Jean-Pierre Pescatore, L-2324 Luxembourg, représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des avocats de Luxembourg, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Guy PERROT, avocat, demeurant à la même adresse,*

partie défenderesse sub2) à sub6) *comparant par Maître Thomas WALSTER, avocat, demeurant à Luxembourg.*

F A I T S :

A l'appel de la cause à l'audience publique ordinaire des référés du lundi après-midi, 18 mars 2019, Maître Anne-Sophie BOUL fut entendue en ses explications et exposa ses moyens.

Maître Guy PERROT et Maître Thomas WALSTER furent entendus en leurs explications et moyens.

Le juge des référés prit l'affaire en délibéré et fixa le prononcé à l'audience publique extraordinaire des référés du mardi 2 avril 2019.

Par courrier du 2 avril 2019, le juge des référés prononça la rupture du délibéré et fixa l'affaire à l'audience publique extraordinaire du mardi 23 avril 2019.

A cette audience, Maître Anne-Sophie BOUL, Maître Guy PERROT et Maître Thomas WALSTER furent entendus en leurs explications et moyens.

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

O R D O N N A N C E

qui suit:

Par exploit d'huissier de justice du 9 novembre 2015, la société de droit singapourien TOMSON PTE Limited a fait comparaître la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois FURSTENBERG Sàrl, **A** , **B** , **C** , **D** et **E** devant Madame le Président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme juge des référés, pour

1. voir suspendre les effets de l'assemblée générale de FURSTENBERG Sàrl du 30 juin 2015 jusqu'à ce qu'une décision définitive soit prise au fond quant à la nullité de cette assemblée générale,
2. voir nommer un administrateur provisoire de FURSTENBERG Sàrl avec la mission de gérer et administrer la société suivant les lois et usages du commerce, de prendre possession de tous documents et autres livres comptables de la société jusqu'à ce qu'une décision définitive sur le fond sur la validité de l'assemblée générale des actionnaires du 30 juin 2015 soit intervenue ;
3. voir condamner la société FURSTENBERG Sàrl à remettre à TOMSON PTE Limited les documents suivants :
 - (i) Grand-livre des comptes pour la période du 1er janvier 2013 jusqu'au jour de l'ordonnance à intervenir,
 - (ii) Balance générale pour la période du 1er janvier 2013 jusqu'au jour de l'ordonnance à intervenir,
 - (iii) une copie de la version finale des procès-verbaux des conseils de gérance de FURSTENBERG Sàrl du 12 mars 2015, 8 mai 2015 et 22 mai 2015,

- (iv) une copie des procès-verbaux de toutes les réunions du conseil de gérance de FURSTENBERG Sàrl tenues entre le 22 mai 2015 et l'ordonnance à intervenir,
 - (v) une copie des contrats signés avec des "parties liées",
 - (vi) le détail des dépenses engagées par E) (frais de voyage et de déplacement, frais de restaurant et autres frais de représentation),
 - (vii) l'identité de la personne chargée du contrôle des dépenses engagées par E) et les autres membres du conseil de gérance de la société et les procédures de contrôle afférentes ;
4. voir nommer un mandataire ad hoc avec pour mission de convoquer une assemblée générale extraordinaire des associés de FURSTENBERG Sàrl, ayant pour ordre du jour :
- I. Réponse par le conseil de gérance aux questions des associés
 - II. Nomination d'un commissaire spécial, avec pour mission de vérifier la régularité des comptes sociaux de l'exercice 2014 ainsi que des opérations comptables enregistrées à ce jour pour l'exercice 2015
 - III. Adhésion aux principes de gouvernance pour sociétés non cotées proposés par l'ecoDA par l'Institut Luxembourgeois des Administrateurs
 - IV. Modifications statutaires
 - 1. Création d'un commissaire aux comptes de la société
 - 2. Création de différentes catégories de membres du conseil de gérance:
 - i. Catégorie A : un représentant de FURSTENBERG FINANCES SAS
 - ii. Catégorie B : un représentant de TOMSON PTe Limited
 - iii. Catégorie C : trois membres indépendants
 - V. Nominations statutaires
 - 1. Nomination d'un commissaire aux comptes
 - 2. Démission / Révocation des gérants actuels et décharge
 - 3. Nomination d'un gérant de catégorie A, d'un gérant de catégorie B et de trois gérants de catégorie C.

TOMSON PTe Limited demande finalement la condamnation de FURSTENBERG Sàrl à lui payer une indemnité de procédure de 5.000 euros.

Au titre de son exploit d'assignation, TOMSON PTe Limited expose qu'elle est actionnaire à 40% de FURSTENBERG Sàrl, les autres 60% appartenant à la société FURSTENBERG FINANCES SAS, dont l'actionnaire majoritaire est E) ;

que TOMSON PTe Limited est l'associé commandité de la société FURSTENBERG CAPITAL SCA, qui est un véhicule de titrisation qui regroupe de nombreux investisseurs, gérée par FURSTENBERG Sàrl ;

que FURSTENBERG CAPITAL SCA est investie dans la société AHMOSE SA, elle-même investie dans la société ACHERON PORTFOLIO CORPORATION

(Luxembourg) SA, FURSTENBERG CAPITAL SCA étant également investie directement dans ACHERON PORTFOLIO CORPORATION (Luxembourg) SA ;

que les investisseurs, dont TOMSON PTe Limited, auraient investi dans FURSTENBERG CAPITAL SCA sur la base de la représentation que FURSTENBERG CAPITAL SCA serait gérée conjointement par **E)** et **F)**, mais que **E)** aurait pris le contrôle de FURSTENBERG Sàrl, et de facto de FURSTENBERG CAPITAL SCA, remettant ainsi en cause les termes donnés aux investisseurs, ce qui aurait pour conséquence d'entraîner des problèmes de gouvernance au niveau de FURSTENBERG Sàrl et de FURSTENBERG CAPITAL SCA, susceptible de causer des dommages aux investisseurs des deux sociétés.

Au titre des problèmes de gouvernance, TOMSON PTe Limited invoque notamment la non-vérification des comptes de FURSTENBERG Sàrl par une personne extérieure et le refus d'enquêtes sur l'utilisation des ressources de la société, toutes tentatives de TOMSON PTe Limited pour voir convoquer une assemblée générale de la société étant refusées, comme suite d'un abus de majorité.

Suivant ordonnance de référé numéro 124/2016 du 4 mars 2016, l'exception de caution judicatum solvi soulevée par les parties défenderesses a été déclarée recevable et il a été ordonné à TOMSON PTe Limited de fournir dans le mois de la signification de l'ordonnance, auprès de la Caisse de Consignation, la somme de 20.000 euros à titre de garantie judiciaire.

Suivant récépissé établi par la Trésorerie de l'Etat, Caisse de Consignation en date du 3 juin 2016, TOMSON PTe Limited a consigné la somme de 20.000 euros en date du 1^{er} juin 2016, en exécution de l'ordonnance de référé précitée.

Dans le cadre de la continuation des débats, TOMSON PTe Limited demande suivant note de plaidoiries consolidée du 5 février 2019,

principalement, à voir nommer Maître Nicolas THIELTGEN, avec pour mission:

1. de vérifier la régularité des comptes sociaux de FURSTENBERG Sàrl des exercices 2014, 2015 et 2016 et 2017, ainsi que des opérations comptables enregistrées à ce jour pour les exercices 2015, 2016, 2017 et 2018 ;
2. de vérifier les actes de gestion des gérants de FURSTENBERG Sàrl qui ont mené à ce que le *carried interest* chute de EUR 1.727.853 (pour l'année sociale 2014) à EUR 39.029 (pour l'année 2016)» ;
3. d'assigner en responsabilité les gérants de FURSTENBERG Sàrl au nom et pour le compte de FURSTENBERG Sàrl dans la mesure où il s'avère qu'il y a eu des erreurs de gestion des gérants de FURSTENBERG Sàrl;
4. de représenter FURSTENBERG Sàrl durant toute cette procédure et d'en assurer le suivi régulier jusqu'à l'obtention d'une décision définitive, sauf décision unanime contraire de l'assemblée générale des actionnaires ;
5. de référer régulièrement aux associés de FURSTENBERG Sàrl de l'avancement de FURSTENBERG Sàrl,

en toute état de cause :

à voir suspendre les effets de l'assemblée générale du 30 juin 2015, jusqu'à ce qu'une décision définitive sur le fond sur la nullité de cette assemblée générale du 30 juin 2015 soit intervenue ;

et à voir condamner la société FURSTENBERG Sàrl à remettre à TOMSON PTe Limited les documents suivants :

- (i) Grand-livre des comptes pour la période du 1er janvier 2013 jusqu'au jour de l'ordonnance à intervenir,
- (ii) Balance générale pour la période du 1er janvier 2013 jusqu'au jour de l'ordonnance à intervenir,
- (iii) une copie de la version finale des procès-verbaux des conseils de gérance de FURSTENBERG Sàrl du 12 mars 2015, 8 mai 2015 et 22 mai 2015,
- (iv) une copie des procès-verbaux de toutes les réunions du conseil de gérance de FURSTENBERG Sàrl tenues entre le 22 mai 2015 et l'ordonnance à intervenir,
- (v) une copie des contrats signés avec des "parties liées",
- (vi) le détail des dépenses engagées par E) (frais de voyage et de déplacement, frais de restaurant et autres frais de représentation),
- (vii) l'identité de la personne chargée du contrôle des dépenses engagées par E) et les autres membres du conseil de gérance de la société et les procédures de contrôle afférentes.

A l'audience publique du 18 mars 2018, TOMSON PTe Limited a déclaré renoncer à sa demande tendant à la nomination d'un administrateur provisoire de FURSTENBERG Sàrl (demande contenue dans l'assignation du 9 novembre 2015), insister à sa demande en nomination d'un administrateur ad hoc et se rapporter à prudence de justice concernant la demande en suspension des effets de l'assemblée générale des associés de FURSTENBERG Sàrl du 30 juin 2015.

A l'audience publique extraordinaire du 23 avril 2019, TOMSON PTe Limited précise qu'il y a lieu de statuer uniquement par rapport aux demandes formulées dans sa note de plaidoiries du 5 février 2019, qui remplace ses demandes et leur ordre de subsidiarité par rapport à l'assignation du 9 novembre 2015.

Il y a lieu de donner acte à TOMSON PTe Limited qu'elle renonce à sa demande tendant à la nomination d'un administrateur provisoire de FURSTENBERG Sàrl et qu'il y a lieu de statuer par rapport au dernier état des conclusions de TOMSON PTe Limited, à savoir la demande tendant à la nomination d'un administrateur ad hoc avec la mission retenue dans la note de plaidoiries du 5 février 2019, la demande en suspension des effets de l'assemblée générale de FURSTENBERG Sàrl du 30 juin 2015 et la demande en communication de pièces.

1. Quant à la demande en nomination d'un administrateur ad hoc

A l'appui de sa demande tendant à voir nommer un administrateur ad hoc avec la mission de vérifier l'activité et la gestion de la société FURSTENBERG Sàrl, TOMSON PTe Limited expose que FURSTENBERG Sàrl et ses dirigeants ont tout fait pour l'écarter des affaires sociales de la société, ce aux fins de faciliter la captation illégale et le cas échéant la dilapidation des actifs de FURSTENBERG Sàrl et potentiellement de FURSTENBERG CAPITAL S.C.A., en mettant ainsi à risque les petits investisseurs dans FURSTENBERG CAPITAL S.C.A., qui sont de ce fait à la merci de E), la société FURSTENBERG CAPITAL S.C.A. n'étant pas régulée. A titre d'exemple des fautes de gestion commises par les dirigeants de FURSTENBERG Sàrl suite à l'éviction de TOMSON PTe Limited, cette dernière se prévaut de la chute du *carried interest* de 1.727.853 euros en 2014 à 39.029 euros en 2016.

Afin dès lors de prévenir la réalisation d'un dommage dans le chef de FURSTENBERG Sàrl, de préserver les droits de l'associé minoritaire et de faire cesser le péril imminent menaçant FURSTENBERG CAPITAL S.C.A., TOMSON PTe Limited demande à voir nommer un administrateur ad hoc avec la mission de vérifier la régularité des comptes sociaux des exercices 2014, 2015 et 2016 de FURSTENBERG Sàrl, ainsi que les opérations comptables enregistrées à ce jour pour les exercices 2015 et 2016.

Les parties défenderesses soulèvent l'irrecevabilité de la demande tendant à voir nommer un administrateur ad hoc avec la mission telle que libellée dans la note de plaidoiries du 9 février 2019, précisant qu'il s'agirait d'une demande nouvelle formée en cours d'instance par rapport à celle requise au dispositif de l'assignation du 9 novembre 2015.

Elles précisent qu'à la différence d'un administrateur provisoire qui aurait vocation à remplacer les organes sociaux existant et à exercer la plénitude de leurs prérogatives, un administrateur ad hoc n'interviendrait que pour accomplir des missions énumérées limitativement. A cet égard, l'acte introductif d'instance dessinerait les limites de la demande et des missions spécifiques que TOMSON PTe Limited entendrait voir confier au mandataire ad hoc, à savoir la convocation d'une assemblée générale des associés, et les missions nouvelles que TOMSON PTe Limited entendrait actuellement voir confier au mandataire ad hoc n'auraient aucun lien avec la mission contenue dans la demande initiale, de sorte qu'il s'agirait d'une demande nouvelle, d'autant que TOMSON PTe Limited a renoncé à sa demande initiale en désignation d'un mandataire ad hoc avec pour seule mission de convoquer une assemblée générale.

TOMSON PTe Limited au contraire fait valoir que dans la mesure où elle aurait sollicité au titre de son exploit d'assignation la désignation d'un administrateur ad hoc avec une mission ponctuelle, certes distincte, de celle actuellement requise, et la désignation d'un administrateur provisoire de FURSTENBERG Sàrl, la mission dont elle entend actuellement voir charger l'administrateur ad hoc ne serait pas de nature à conférer à sa demande le caractère de demande nouvelle, la mission actuelle étant virtuellement comprise dans la demande initiale.

En vertu du principe de l'immutabilité du litige tel qu'il était entendu sous l'empire de l'ancien code de procédure civile, il était interdit au demandeur de changer, en cours d'instance, tant l'objet, à savoir ses prétentions, que la cause de sa demande, c'est-à-dire l'ensemble des faits se trouvant à la base de la demande, à moins que le défendeur n'y consente. Cependant, la portée de ce principe se trouve modifiée depuis l'entrée en vigueur du nouveau code de procédure civile, dont l'article 53 est ainsi rédigé: « *L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant* ». Cette modification législative a substitué le critère, plus souple, du lien suffisant entre la demande originaire et la demande nouvelle au critère, qui existait sous l'ancienne législation telle qu'elle était interprétée en jurisprudence, de l'identité de leurs objets et causes (TAL 8^{ème} chambre, 2 mars 2010, numéro 118935 du rôle).

Au titre de son exploit d'assignation, TOMSON PTe Limited a requis la désignation, tant d'un administrateur provisoire de FURSTENBERG Sàrl, avec la mission de gérer et administrer la société suivant les lois et usages du commerce, que celle d'un administrateur ad hoc avec la mission de convoquer une assemblée générale des associés de FURSTENBERG Sàrl avec un ordre du jour bien déterminé.

Suite à la renonciation par TOMSON PTe Limited en cours de procédure à ces deux demandes, TOMSON PTe Limited sollicite actuellement la désignation d'un administrateur ad hoc avec la mission de

1. de vérifier la régularité des comptes sociaux de FURSTENBERG Sàrl des exercices 2014, 2015 et 2016 et 2017, ainsi que des opérations comptables enregistrées à ce jour pour les exercices 2015, 2016, 2017 et 2018 ;
2. de vérifier les actes de gestion des gérants de FURSTENBERG Sàrl qui ont mené à ce que le *carried interest* chute de EUR 1.727.853 (pour l'année sociale 2014) à EUR 39.029 (pour l'année 2016)» ;
3. d'assigner en responsabilité les gérants de FURSTENBERG Sàrl au nom et pour le compte de FURSTENBERG Sàrl dans la mesure où il s'avère qu'il y a eu des erreurs de gestion des gérants de FURSTENBERG Sàrl;
4. de représenter FURSTENBERG Sàrl durant toute cette procédure et d'en assurer le suivi régulier jusqu'à l'obtention d'une décision définitive, sauf décision unanime contraire de l'assemblée générale des actionnaires ;
5. de référer régulièrement aux associés de FURSTENBERG Sàrl de l'avancement de FURSTENBERG Sàrl.

La désignation d'un mandataire ad hoc est une mesure qui n'est pas toujours éloignée de la désignation d'un administrateur provisoire. La différence essentielle entre l'administration provisoire et le mandat ad hoc tient à ce que la première est un mandat judiciaire général d'administration courante, alors que le second est un mandat judiciaire spécial d'accomplir un acte déterminé. Il en résulte que l'administration provisoire emporte toujours mandat de représentation de la société et dessaisissement corrélatif de l'organe légal de représentation, alors que le mandat ad hoc, s'il peut exceptionnellement

être un mandat ad litem conférant un pouvoir spécial de représentation dans une instance judiciaire déterminée, n'emporte pas dessaisissement général de principe de l'organe légal de représentation. Le mandat ad hoc est antérieur au mandat judiciaire d'administration provisoire qui traduit un degré supérieur d'immixtion du juge dans le fonctionnement normal d'un groupement privé (Jurisclasseur commercial, fasc. 1074, n° 84 à 86).

Il en suit que la demande tendant à la nomination d'un administrateur provisoire de FURSTENBERG Sàrl destiné à se substituer aux organes de gestion de la société diffère de son objet et de sa cause de la demande en nomination d'un administrateur ad hoc chargé d'une mission ponctuelle, de sorte que la demande en nomination d'un administrateur ad hoc, indépendamment de la mission lui assignée, ne saurait être comprise virtuellement dans la demande tendant à la désignation d'un administrateur provisoire.

S'il est exact, tel que le fait plaider TOMSON PTe Limited, que tant la demande initiale suivant assignation du 9 novembre 2015 que celle formulée le 5 février 2019 tendent à la nomination d'un administrateur ad hoc de FURSTENBERG Sàrl, il n'en demeure pas moins que les missions à assigner à l'administrateur ad hoc diffèrent fondamentalement, la demande initiale tendant à voir charger l'administrateur ad hoc de la mission ponctuelle de convoquer une assemblée générale des associés, compte tenu de l'absence de convocation de pareille assemblée générale par le conseil de gérance de FURSTENBERG Sàrl et du refus du conseil de gérance de réserver une suite favorable à la demande afférente expresse de l'associé minoritaire TOMSON PTe Limited, tandis que la mission actuelle à assigner à l'administrateur ad hoc est destinée à vérifier la régularité des comptes sociaux de la société et des actes de gestion des gérants de la société en vue d'une éventuelle action en responsabilité à introduire par l'administrateur ad hoc à leur égard.

Le fait que dans le cadre de la mission de l'administrateur ad hoc initiale (convocation d'une assemblée générale des associés de FURSTENBERG Sàrl suivant l'ordre du jour déterminé par TOMSON PTe Limited), était prévu le point relatif à la « Nomination d'un commissaire spécial, avec pour mission de vérifier la régularité des comptes sociaux de l'exercice 2014 ainsi que des opérations comptables enregistrées à ce jour pour l'exercice 2015 », qui correspond en partie à la mission dont l'administrateur ad hoc est à charger suivant demande du 5 février 2019 (vérification de la régularité des comptes sociaux de FURSTENBERG Sàrl des exercices 2014, 2015 et 2016 et 2017, ainsi que des opérations comptables enregistrées à ce jour pour les exercices 2015, 2016, 2017 et 2018 et vérification des actes de gestion des gérants de FURSTENBERG Sàrl qui ont mené à ce que le *carried interest* chute de EUR 1.727.853 (pour l'année sociale 2014) à EUR 39.029 (pour l'année 2016)) n'est pas de nature à énerver ce constat, dans la mesure où dans le cadre de la mission initiale, il n'appartenait pas au tribunal de décider qu'il y avait lieu à vérification de la régularité des comptes sociaux de FURSTENBERG Sàrl en chargeant un administrateur ad hoc de la mission afférente, mais à l'organe souverain que constitue l'assemblée générale des associés.

Aussi, en demandant actuellement au tribunal de nommer un administrateur ad hoc avec la mission de vérifier la régularité des comptes sociaux des exercices 2014 à 2017 et les opérations comptables enregistrées à ce jour pour les exercices 2015, 2016, 2017 et 2018, ainsi que les actes de gestion effectués par le conseil de gérance de FURSTENBERG Sàrl, dont essentiellement ceux de E) , TOMSON PTe Limited entend voir soustraire l'appréciation de la pertinence de ces mesures à l'organe souverain de la société que constitue l'assemblée générale des associés, laquelle serait le cas échéant à convoquer par un administrateur ad hoc, dans l'hypothèse où TOMSON PTe Limited aurait maintenu cette mission dans le chef de l'administrateur ad hoc à nommer.

Aussi, par le libellé de la mission que TOMSON PTe Limited entend actuellement voir assigner à l'administrateur ad hoc, TOMSON PTe Limited entend voir substituer la décision de justice à celle de l'organe souverain de la société, de sorte que la demande actuelle suivant note de plaidoiries du 5 février 2019 ne saurait être comprise virtuellement dans la demande initiale tendant à la désignation d'un administrateur ad hoc.

La demande est dès lors à déclarer irrecevable pour constituer une modification en cours d'instance du contrat judiciaire.

2. Quant à la demande en suspension des effets de l'assemblée générale de FURSTENBERG Sàrl du 30 juin 2015

TOMSON PTe Limited de préciser que l'assemblée générale des associés de FURSTENBERG Sàrl du 30 juin 2015 est irrégulière, pour (i) défaut de convocation régulière, le délai de convocation de cinq jours, dont trois jours ouvrables seulement, étant insuffisant, (ii) absence de signature de la convocation, et (iii) abus de majorité dans le chef de l'associé majoritaire qui a fait nommer un conseil de gérance proche et favorable à l'associé majoritaire E) , dans le seul dessein d'écarter TOMSON PTe Limited, qui détient néanmoins 40% du capital social de FURSTENBERG Sàrl, de la gestion de FURSTENBERG Sàrl.

Elle demande en conséquence la suspension des effets de ladite assemblée générale, principalement sur base de l'article 933 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile, subsidiairement sur base de l'article 932 alinéa 1^{er} du même code.

Les parties défenderesses contestent la recevabilité de la demande, pour absence d'urgence requise pour l'application du référé-urgence et du référé-sauvegarde, TOMSON PTe Limited ayant, d'une part, attendu plus de cinq mois après la tenue de l'assemblée générale litigieuse pour solliciter la suspension des effets de ladite assemblée, d'autre part, ayant omis d'assigner depuis plus de quatre ans après la tenue de l'assemblée générale litigieuse, au fond, afin de voir ordonner l'annulation des délibérations litigieuses.

Or, en vertu de 1400-6 alinéa 3 (anciennement article 157 alinéa 3) de la loi sur les sociétés commerciales, l'action au fond serait prescrite, à défaut d'avoir été introduite dans le délai de six mois de la connaissance de la délibération litigieuse, de sorte qu'il ne saurait être admis que le juge des référés suspende les effets de l'assemblée générale du 30 juin 2015, en attendant une décision à intervenir au fond, irrecevable pour cause de prescription de l'action au fond.

Elles contestent à titre subsidiaire les violations légales et statutaires invoquées par TOMSON PTe Limited à l'appui de sa demande.

A l'audience publique des 18 mars 2019 et 23 avril 2019 TOMSON PTe Limited se rapporte à prudence de justice concernant sa demande en suspension des effets de l'assemblée générale du 30 juin 2015, eu égard au fait que les parties demanderesse invoquent l'absence d'urgence pour voir statuer quant à cette demande et l'absence de saisine du juge au fond dans le délai de prescription légal, d'une demande en annulation de l'assemblée générale litigieuse.

Le fait pour une partie de s'en rapporter à justice, sur le mérite d'une demande, n'implique pas de sa part, un acquiescement à cette demande, mais la contestation de celle-ci (Civ. 1ère, 9 juillet 2014, Juris Data n° 2014 – 016862).

« *S'en rapporter à justice* », est une expression qui de fait signifie qu'en prononçant cette phrase, le conseil de la partie qu'il représente, n'a pas de moyen à opposer à son adversaire.

Dans la mesure où en l'espèce, ce n'est pas la partie défenderesse qui s'en rapporte à prudence de justice, équivalant à une contestation de principe de la demande de TOMSON PTe Limited, mais le mandataire de la partie demanderesse TOMSON PTe Limited, et qu'il ne saurait raisonnablement en être déduit que TOMSON PTe Limited conteste elle-même le bien-fondé de sa demande ou qu'elle ait entendu renoncer à cette demande, il y a lieu de considérer qu'en prononçant l'expression « *s'en rapporter à justice* », le conseil de la partie demanderesse TOMSON PTe Limited qu'il représente, n'a pas de moyen à opposer aux parties défenderesses, sans que le tribunal ne soit pour autant affranchi de l'analyse du bien-fondé de la demande.

TOMSON PTe Limited, en sa qualité d'associé minoritaire de FURSTENBERG Sàrl, agit principalement sur base de l'article 933 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile, subsidiairement sur base de l'article 932 alinéa 1^{er} du même code, et demande à voir suspendre les effets de l'assemblée générale du 30 juin 2015 en attendant qu'une décision intervienne au fond sur la validité de ladite assemblée générale.

Dans le cadre de l'article 932, alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile, l'urgence consiste dans la nécessité dans laquelle une personne peut se trouver de voir prendre une mesure actuellement nécessaire pour éviter un préjudice certain. Cette urgence doit s'apprécier au moment où la décision de justice est prise et non au moment où le juge est saisi.

Les mesures demandées sur base de l'article 933, alinéa 1^{er} du même code ne sont pas subordonnées à la preuve de l'urgence, les conditions ayant trait à l'imminence du dommage et au caractère manifestement illicite du trouble se suffisant à elles-mêmes.

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 (Cour d'appel, 26 octobre 1993, nos 15376 et 15377 du rôle).

Pour que l'intervention du juge des référés dans la vie des sociétés se justifie, il faut en effet que les droits de la société ou de certains de ses membres soient sérieusement menacés et que l'intervention du juge soit rigoureusement nécessaire pour pourvoir à leur protection.

Il est constant en cause qu'à ce jour, soit quarante-six mois après l'assemblée litigieuse et quarante-et-un mois après l'introduction de la présente demande en justice, TOMSON PTe Limited n'a pas saisi les juridictions du fond d'une demande tendant à voir apprécier la validité de l'assemblée générale dont elle poursuit la suspension des effets en attendant la décision au fond.

En vertu du principe de l'autonomie de l'instance en référé par rapport à celle du fond, la saisine du juge des référés n'est pas subordonnée à la saisine préalable du juge compétent au fond, le juge du fond et celui des référés n'intervenant pas au même plan, le recours à l'un ou à l'autre étant à la discrétion des parties. L'autonomie du référé est essentielle à son utilité fonctionnelle. Cette autonomie marque le fait que le juge des référés n'est pas uniquement le juge qui statue dans l'attente d'une intervention au fond – ce qui peut arriver mais n'a pas à être systématique et, en tout cas, ne peut avoir lieu que sans contrainte ou nécessité organique, mais la volonté des parties qui dirigent l'instance et leur stratégie. Les deux instances ne poursuivent pas le même objectif et l'une ne saurait donc être considérée comme le simple préliminaire de l'autre. Le juge des référés est, avant tout, le juge des situations choquantes qui requièrent une solution immédiate et il bénéficie pour ce faire de pouvoirs qui lui sont propres (Xavier Vuitton, Jacques Vuitton, Les référés, 4^{ème} édition, Lexisnexis n° 388 ; Jurisclasseur Procédure civile, fasc. 1300-5, Les référés, n° 61 à 64).

Il en suit que l'absence de saisine de la juridiction du fond d'une instance tendant à voir statuer quant à la validité de l'assemblée générale du 30 juin 2015 ne constitue pas en soi une cause d'irrecevabilité de la demande sur base du référé-urgence ni du référé-sauvegarde.

Elle démontre en revanche le désintérêt de TOMSON PTe Limited à voir statuer quant à la validité de l'assemblée générale litigieuse en vue d'une solution définitive au fond, et l'absence d'urgence requise pour l'intervention du juge des référés dans la vie d'une société commerciale, afin de voir remédier à une éventuelle situation de crise, alors que TOMSON PTe Limited aurait déjà pu avoir obtenu satisfaction devant les juges du fond depuis quarante-et-un mois suivant la saisine du juge des référés.

A cela il convient d'ajouter qu'il y a en l'occurrence contestation sérieuse quant au caractère provisoire de la mesure requise du juge des référés, eu égard à une éventuelle prescription de l'action en nullité des actes et délibérations, telle que prévue par article 1400-6, alinéa 3 de la loi sur les sociétés commerciales (anciennement article 157 alinéa 3).

Il n'est en effet pas à exclure qu'à défaut de saisine du juge du fond dans le délai de prescription légal d'une action tendant à voir statuer quant à la validité de l'assemblée générale litigieuse, une éventuelle suspension des effets de ladite assemblée générale par le juge des référés constituerait une décision définitive et irrémédiable, dépassant par là-même les pouvoirs du juge des référés.

La demande est dès lors à déclarer irrecevable sur base des articles 933 alinéa 1^{er} et 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile.

3. Quant à la demande en communication de pièces

TOMSON PTe Limited demande à voir condamner FURSTENBERG Sàrl à lui remettre les documents suivants :

- (i) Grand-livre des comptes pour la période du 1er janvier 2013 jusqu'au jour de l'ordonnance à intervenir,
- (ii) Balance générale pour la période du 1er janvier 2013 jusqu'au jour de l'ordonnance à intervenir,
- (iii) une copie de la version finale des procès-verbaux des conseils de gérance de FURSTENBERG Sàrl du 12 mars 2015, 8 mai 2015 et 22 mai 2015,
- (iv) une copie des procès-verbaux de toutes les réunions du conseil de gérance de FURSTENBERG Sàrl tenues entre le 22 mai 2015 et l'ordonnance à intervenir,
- (v) une copie des contrats signés avec des "parties liées",
- (vi) le détail des dépenses engagées par **E)** (frais de voyage et de déplacement, frais de restaurant et autres frais de représentation),
- (vii) l'identité de la personne chargée du contrôle des dépenses engagées par **E)** et les autres membres du conseil de gérance de la société et les procédures de contrôle afférentes

A l'appui de sa demande, TOMSON PTe Limited expose que les actionnaires ont un droit d'information effectif qui comporte le droit d'obtenir des informations périodiques sur la marche de la société. Elle précise qu'aucun texte légal n'interdit à un associé de soumettre des questions écrites aux dirigeants d'une société à responsabilité limitée, et que le refus des dirigeants d'y réserver une suite est susceptible de voir engager leur responsabilité. Dans la mesure où tant l'article 710-24 (anciennement article 198) de la loi sur les sociétés commerciales que l'article 21 des statuts de la société permettraient à un associé de prendre connaissance, au siège de la société, de l'inventaire et du bilan de la société, le refus du conseil de gérance d'accéder à la demande afférente de TOMSON PTe Limited serait constitutif d'une voie de fait.

Les parties défenderesses contestent la recevabilité de cette demande, motif pris qu'en vertu de l'article 710-24 de la loi sur les sociétés commerciales, l'associé peut prendre connaissance, au siège de la société, du bilan et de l'inventaire et, le cas échéant, du rapport du conseil de surveillance.

En l'occurrence cependant, la demande de TOMSON PTe Limited viserait à avoir communication de documents qui ne sont pas listés à l'article 710-24 précité, en ce qui concerne les documents suivants : le grand-livre, la balance générale, la copie de la version finale des procès-verbaux des conseils de gérance de la société, une copie des contrats signés avec des « parties liées », le détail des dépenses engagées par E) , l'identité de la personne chargée du contrôle des dépenses engagées par E) et les autres membres du conseil de gérance et les procédures de contrôle afférentes, de sorte que la demande serait à déclarer irrecevable pour autant qu'elle vise la communication de ces documents.

S'agissant des documents auxquels TOMSON PTe Limited est en droit de prendre connaissance au siège social de la société, en vertu de l'article 710-24 de la loi sur les sociétés commerciales, à savoir le bilan et l'inventaire, les parties défenderesses font valoir que TOMSON PTe Limited a eu accès au bilan de la société lors du déplacement de Maître Mailliet au siège social de la société le 20 juillet 2015, de même qu'au procès-verbal de l'assemblée générale du 30 juin 2015, de sorte que la demande serait à déclarer irrecevable pour autant qu'elle vise la communication de ces documents.

En ce qui concerne l'inventaire, les parties défenderesses reconnaissent que TOMSON PTe Limited n'y a pas eu accès, précisant que l'inventaire est uniquement requis pour les sociétés à caractère industriel ou commercial ayant des actifs meubles ou des marchandises, et que tel ne serait pas le cas de FURSTENBERG Sarl, qu'en l'occurrence, les informations contenues dans le bilan de la société constitueraient son inventaire, de sorte que la demande serait à déclarer irrecevable pour autant qu'elle vise la communication de ce document.

A l'audience publique du 23 avril 2019, TOMSON PTe Limited précise que la demande est exclusivement basée sur les articles 932 et 933 du nouveau code de procédure civile.

L'une des conditions pour qu'il y ait voie de fait au sens de l'article 933 du nouveau code de procédure civile est l'existence d'une attaque, d'une entreprise délibérée par laquelle l'auteur porte atteinte aux droits d'autrui pour s'arroger un droit qu'il sait ne pas avoir ou pour se procurer un droit qu'il croit avoir et qu'en réalité il n'a pas. A partir du moment où la voie de fait imminente ou consommée est caractérisée, il importe peu qu'elle soit le résultat d'une action positive ou d'une abstention. Ce qui importe, c'est le constat d'une atteinte manifestement illicite et intolérable à un droit certain et évident d'autrui et qu'il y soit mis fin dans l'intérêt de la victime, sans égard au mode de réalisation de cette atteinte.

Il en suit que l'attitude passive de FURSTENBERG Sàrl consistant dans le refus de remettre à TOMSON PTe Limited les documents réclamés n'est pas de nature à faire échec à la demande sur base de l'article 933 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile.

Conformément aux développements de TOMSON PTe Limited, le droit de contrôle des associés est lié au droit d'information sur l'action des dirigeants. Si le droit de l'information n'est véritablement réglementé que pour les sociétés à risque limité, il existe néanmoins un principe général du droit à l'information des associés, quel que soit le type de société concerné, le droit à l'information étant généralement exercé dans le cadre des assemblées générales devant approuver les comptes sociaux (Alain STEICHEN : Précis de droit des Sociétés, 5^{ème} édition, n° 229).

Concernant précisément le droit d'obtenir communication des documents sociaux, l'article 710-24 (ancien article 198) de la loi sur les sociétés commerciales dispose comme suit : « *Tout associé peut par lui-même ou par un fondé de pouvoir prendre au siège social communication de l'inventaire, du bilan et du rapport du conseil de surveillance constitué conformément à l'article 710-27.*

Dans les sociétés de plus de soixante membres, cette communication ne sera permise que pendant les quinze jours qui précèdent cette assemblée générale.

Le droit à communication des documents, appartient également à chacun des copropriétaires de parts indivises, au nu-propriétaire et à l'usufruitier de parts sociales et de parts bénéficiaires. »

L'article 710-24 précité faisant une énumération limitative des documents dont un associé peut prendre communication au siège de la société, il y a contestation sérieuse quant au droit de TOMSON PTe Limited à obtenir communication des documents autres que l'inventaire, le bilan et le rapport du conseil de surveillance constitué conformément à l'article 710-27.

Cette contestation est dès lors de nature à faire échec à la demande sur base des articles 932 et 933 du nouveau code de procédure civile en ce qui concerne les documents autres que ceux énumérés à l'article 710-24 précité, à savoir le grand-livre, la balance générale la copie de la version finale des procès-verbaux des conseils de gérance de la société, une copie des contrats signés avec des « parties liées », le détail des dépenses engagées par E), l'identité de la personne chargée du contrôle des dépenses engagées par E) et les autres membres du conseil de gérance et les procédures de contrôle afférentes, de sorte que la demande est à déclarer irrecevable pour autant qu'elle vise la communication de ces documents.

Si TOMSON PTe Limited reproche encore à FURSTENBERG Sàrl une violation de l'article 710-24 de la loi sur les sociétés commerciales, en ce que la société ne lui aurait pas remis l'inventaire (bien que TOMSON PTe Limited n'a pas précisé au titre de quelle année, il y a lieu de déduire qu'il s'agit de l'année 2014, s'agissant de l'assemblée générale du 30 juin 2015 ayant pour objet d'approuver les comptes de la société au titre de l'année 2014), il convient cependant de noter que TOMSON PTe Limited n'en a tiré

aucune conséquence juridique, en ce qu'elle n'a pas sollicité la communication de l'inventaire, ni au titre de son assignation du 9 novembre 2015, ni au titre de sa note de plaidoirie consolidée du 9 février 2019.

Aussi, le juge saisi ne saurait statuer par rapport aux développements afférents des parties, la prétention afférente ne lui ayant pas été soumise par TOMSON PTe Limited.

4. Quant aux demandes en allocation d'une indemnité de procédure

Au titre de son exploit d'assignation, TOMSON PTe Limited sollicite la condamnation de FURSTENBERG Sàrl à lui payer la somme de 5.000 euros à titre d'indemnité de procédure.

FURSTENBERG Sàrl demande reconventionnellement la condamnation de TOMSON PTe Limited à lui payer la somme de 5.000 euros à titre d'indemnité de procédure, augmentée en cours d'instance à la somme de 15.000 euros.

A) , B) , C) , D) et E) demandent reconventionnellement la condamnation de TOMSON PTe Limited à leur payer la somme de 3.000 euros à titre d'indemnité de procédure, augmentée en cours d'instance à la somme de 5.000 euros.

L'article 240 du nouveau code de procédure civile permet au juge de condamner l'une des parties à payer à l'autre une indemnité lorsqu'il paraît inéquitable de laisser à la charge de cette partie les sommes réellement exposées par elle et non comprises dans les dépens (Cass. 27 février 1992, no 7/92).

Pour cerner la notion d'équité, il est nécessaire que le juge se réfère à des critères objectifs qui tiennent soit à la situation financière des parties, soit à l'attitude procédurale de la partie adverse, soit aux agissements précontentieux du défendeur.

Au vu de l'issue de l'instance, TOMSON PTe Limited étant la partie qui succombe, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure est à déclarer non-fondée.

Eu égard à l'issue du litige, il serait inéquitable de laisser à l'unique charge des parties défenderesses l'entièreté des frais de justice exposés, de sorte qu'il y a lieu de faire droit à leur demande en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Quant au montant à allouer, le tribunal ne peut prendre en considération que les honoraires d'avocat pour évaluer l'indemnité à allouer étant donné que les parties défenderesses n'ont ni allégué ni prouvé avoir eu à supporter d'autres frais que des honoraires d'avocat qui, eu égard au caractère confidentiel qui leur est attaché, n'ont pas à être documentés par des pièces justificatives. Compte tenu de l'import de l'affaire, des difficultés qu'elle comporte et des soins qu'elle exige, l'indemnité est à évaluer au montant de 5.000 euros, dont 3.500 euros au profit de FURSTENBERG Sàrl et 1.500

euros au profit de **A) , B) , C) , D) et E)** , ces derniers s'étant essentiellement rapportés aux moyens de défense développés par FURSTENBERG Sàrl.

Il y a dès lors lieu de condamner TOMSON PTe Limited à payer à FURSTENBERG Sàrl la somme de 3.500 euros à titre d'indemnité de procédure et à **A) , B) , C) , D) et E)** la somme totale de 1.500 euros à titre d'indemnité de procédure.

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

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 ;

statuant en continuation de l'ordonnance de référé numéro 124/2016 du 4 mars 2016 ;

donnons acte à la société TOMSON PTe Limited qu'il y a lieu de statuer par rapport aux demandes formulées dans sa note de plaidoirie consolidée du 9 février 2019 ;

donnons acte à la société TOMSON PTe Limited qu'elle renonce à sa demande en nomination d'un administrateur provisoire de la société à responsabilité limitée FURSTENBERG Sàrl ;

déclarons les demandes de la société TOMSON PTe Limited irrecevables ;

rejetons la demande de la société TOMSON PTe Limited en allocation d'une indemnité de procédure ;

condamnons la société TOMSON PTe Limited à payer à la société à responsabilité limitée FURSTENBERG Sàrl la somme de 3.500 euros à titre d'indemnité de procédure ;

condamnons la société TOMSON PTe Limited à payer à **A) , B) , C) , D) et E)** la somme totale de 1.500 euros à titre d'indemnité de procédure ;

laissons les frais et dépens de l'instance à charge de la société TOMSON PTe Limited;

ordonnons l'exécution provisoire de la présente ordonnance, nonobstant toute voie de recours et sans caution.