

**No. Rôle: TAL-2020-03848**  
**No. 2020TALREFO/00216**  
**du 5 juin 2020**

Audience publique extraordinaire des référés du vendredi, 5 juin 2020, tenue par Nous Malou THEIS, Vice-Président au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme en matière de référés, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, assistée du greffier Loïc PAVANT.

---

## **DANS LA CAUSE**

### **ENTRE**

1. la société anonyme de droit luxembourgeois **SOC.1.)** S.A., établie et ayant son siège social à L(...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,
2. la société anonyme de droit luxembourgeois **SOC.2.)** S.A., établie et ayant son siège social à L(...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro (...) représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,
3. la société anonyme de droit luxembourgeois **SOC.3.)** S.A., établie et ayant son siège social à L(...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,
4. la société anonyme de droit luxembourgeois **SOC.4.)** S.A., établie et ayant son siège social à L(...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

élisant domicile au siège social de la société anonyme Arendt & Medernach S.A., inscrite au barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 41A, avenue J.F. Kennedy, immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 186.371, représentée aux fins des présentes par Maître Ariel DEVILLERS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

***parties demanderesses comparant par la société anonyme Arendt & Medernach S.A., représentée par Maître Ariel DEVILLERS, avocat, demeurant à Luxembourg,***

**ET**

1. la société à responsabilité limitée **SOC.5.)** SARL, établie et ayant son siège social à L-(...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B(...),
2. la société à responsabilité limitée de droit belge **SOC.6.)**, établie et ayant son siège social à B-(...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Bruxelles sous le numéro (...),
3. **A.)**, demeurant à L-(...),
4. **B.)**, demeurant à B-(...),

**parties défenderesses comparant par la société anonyme *ELVINGER HOSS PRUSSEN*, représentée par Maître Michel NICKELS, avocat, demeurant à Luxembourg, assisté de Maître Laura AREPTTI, avocat, demeurant à Luxembourg, et de Maître Bruno LEBRUN, avocat, demeurant à Bruxelles.**

---

**F A I T S :**

A l'appel de la cause à l'audience publique extraordinaire des référés du vendredi après-midi, 22 mai 2020, Maître Ariel DEVILLERS donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite et exposa ses moyens.

Maître Michel NICKELS, Maître Laura ARPETTI et Maître Bruno LEBRUN furent entendus en leurs explications.

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

## O R D O N N A N C E

### qui suit:

En vertu d'une ordonnance présidentielle du 15 mai 2020 et par exploit d'huissier de justice du 18 mai 2020, les sociétés anonymes de droit luxembourgeois **SOC.1.) SA**, **SOC.2.) SA**, **SOC.3.) SA** et **SOC.4.) SA** ont fait donner assignation à la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois **SOC.5.) Sàrl**, la société à responsabilité limitée de droit belge **SOC.6.), A.) et B.)** à comparaître devant le Président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme en matière de référé, pour voir

- annuler, sinon rétracter, sur base de l'article 66 du nouveau code de procédure civile, l'ordonnance présidentielle rendue le 10 avril 2020 de manière unilatérale, et voir lever toutes les mesures y ordonnées ;
- condamner les assignés solidairement, sinon in solidum, sinon chacun pour sa part, à payer à chacune des parties demanderesses la somme de 5.000 euros à titre d'indemnité de procédure sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

L'ordonnance présidentielle du 10 avril 2020 visée par la demande en annulation, sinon en rétractation a, sur base de l'article 66 du nouveau code de procédure civile, à la requête unilatérale déposée au guichet du greffe le 9 avril 2020 par **SOC.5.) Sàrl**, **SOC.6.), A.) et B.)**,

- nommé Maître Arsène KRONSHAGEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, mandataire ad hoc des sociétés de droit luxembourgeois **SOC.1.) SA**, **SOC.2.) SA**, **SOC.3.) SA** et **SOC.4.) SA** pour une durée de six mois, pouvant être reconduite à l'appréciation du Président, avec la mission de
  - o donner son approbation préalable pour toute sortie de fonds vers des sociétés tierces, et notamment vers toute autre société que les filiales détenues directement ou indirectement par **SOC.7.) S.A.**, afin d'éviter tout détournement des revenus générés par les sociétés luxembourgeoises **SOC.1.) SA**, **SOC.2.) SA**, **SOC.3.) SA** et **SOC.4.) SA** (y inclus sa succursale belge) à l'initiative et au profit des sociétés du groupe **GR.**);
  - o assurer le paiement des honoraires des consultants indépendants des sociétés luxembourgeoises **SOC.1.) SA**, **SOC.2.) SA**, **SOC.3.) SA** et **SOC.4.) SA** (y inclus sa succursale belge) dans les délais contractuels ;

- assurer l'apurement des factures échues des créanciers extérieurs des sociétés luxembourgeoises **SOC.1.) SA**, **SOC.2.) SA**, **SOC.3.) SA** et **SOC.4.) SA** (y inclus sa succursale belge) dans les délais contractuels ; et
- empêcher toute sortie de fonds - autrement que dans les conditions décrites dans les demandes précédentes - des sociétés luxembourgeoises **SOC.1.) SA**, **SOC.2.) SA**, **SOC.3.) SA** et **SOC.4.) SA** (y Inclus sa succursale belge);
- dit pour droit que le mandataire ad hoc dispose de tous pouvoirs sur les comptes bancaires des sociétés luxembourgeoises **SOC.1.) SA**, **SOC.2.) SA**, **SOC.3.) SA** et **SOC.4.) SA** (y inclus sa succursale belge) aux fins de remplir sa mission telle qu'énoncée ci-avant;
- fait interdiction aux sociétés luxembourgeoises **SOC.1.) SA**, **SOC.2.) SA**, **SOC.3.) SA** et **SOC.4.) SA** (y inclus sa succursale belge) de procéder à tout paiement sans l'accord exprès du mandataire ad hoc ;
- dit pour droit que les frais et honoraires du mandataire ad hoc seront à charge des sociétés luxembourgeoises **SOC.1.) SA**, **SOC.2.) SA**, **SOC.3.) SA** et **SOC.4.) SA**.

et en attendant que le mandataire ad hoc accepte sa mission :

- fait interdiction à **BQUE.1.) Luxembourg**, **BQUE.1.) Belgique**, **BQUE.2.)** et **BQUE.3.)** de se dessaisir de quelques somme que ce soit sur tous les comptes ouverts dans leurs livres au nom des sociétés luxembourgeoises **SOC.1.) SA**, **SOC.2.) SA**, **SOC.3.) SA** et **SOC.4.) SA** (y inclus sa succursale belge) et notamment les comptes suivants :
  - **SOC.1.) S.A.** : **NO.1.)** auprès de **BQUE.1.) Luxembourg**,
  - **SOC.2.) S.A.** : **NO.2.)** auprès de **BQUE.1.) Luxembourg**,
  - **SOC.3.) S.A.** : **NO.3.)** auprès de **BQUE.1.) Luxembourg**,
  - **SOC.4.) S.A.** (et sa succursale belge): **NO.4.)** auprès de **BQUE.2.)**, **NO.5.)** et **NO.6.)** auprès de **BQUE.3.)**, **NO.7.)** et **NO.8.)** auprès de **BQUE.1.) Belgique**.
- ordonné la notification de l'ordonnance aux banques précitées,
- ordonné, au vu de l'urgence, l'exécution provisoire de l'ordonnance sur minute et avant enregistrement et sans caution.

#### Le groupe **GR.)** et le cluster **SOC.7.)**

La société anonyme de droit belge **SOC.8.) NV** (ci-après **SOC.8.) NV**) est la société mère d'un groupe de sociétés actif dans le domaine des technologies et de l'informatique, constituée et contrôlée par **C.)** et **D.)** (ci-après **D.))**.

La société anonyme de droit luxembourgeois **SOC.7.) SA** a été constituée le 12 mars 2009 par **SOC.8.) NV** et **D.)** avec un capital social représenté par 250 actions nominatives d'une valeur nominale de 1.000 euros chacune, **SOC.8.) NV** ayant souscrit 249 actions nominatives et **D.)** une action nominative.

Suivant convention d'achat-vente d'actions signée le 12 mars 2009, **SOC.8.)** NV cède à **A.)** et **B.)** 100 actions nominatives, **A.)** et **B.)** achetant chacun 50 actions.

Suivant renseignements fournis en cause, le capital social de **SOC.7.)** SA est actuellement détenu par **SOC.8.)** NV (59,2%), **SOC.6.)** (20%), dont **B.)** est le bénéficiaire économique, **SOC.5.)** Sàrl (20%), dont **A.)** est le bénéficiaire économique, **D.)** (0,4%) et **SOC.9.)** NV (0,4%).

**SOC.7.)** SA détient

- 100% du capital social de la société de droit luxembourgeois **SOC.10.)** SA,
- 100% du capital social de la société de droit luxembourgeois **SOC.3.)** SA,
- 100% du capital social de la société de droit belge **SOC.11.)** NV,
- 87% du capital social de la société de droit luxembourgeois **SOC.4.)** SA (via la société **SOC.10.)** SA), **SOC.8.)** NV détenant 13%,
- 80% du capital social de la société de droit luxembourgeois **SOC.1.)** SA, **D.)** détenant 10% et **A.)** et **B.)** chaque fois 5%,
- 80% du capital social de la société de droit luxembourgeois **SOC.2.)** SA, **D.)** détenant 5%, **A.)** et **B.)** chaque fois 2,5% et **E.)** 10%,
- 80% du capital social de la société de droit belge **SOC.1.)** NV.

Le conseil d'administration de **SOC.7.)** SA est composé de **SOC.8.)** NV, **D.)** et **C.)**.

Le conseil d'administration de **SOC.1.)** SA est composé de **SOC.8.)** NV, **D.)**, **A.)** et **B.)**, **A.)** étant délégué à la gestion journalière.

Le conseil d'administration de **SOC.2.)** SA est composé de **D.)**, **A.)** et **B.)**, **A.)** étant délégué à la gestion journalière.

Le conseil d'administration de **SOC.3.)** SA est composé de **SOC.8.)** NV, **D.)** et **A.)**, **A.)** étant délégué à la gestion journalière.

Le conseil d'administration de **SOC.4.)** SA est composé de **D.)**, **C.)**, **F.)** et **G.)**, **D.)** et **C.)** étant délégués à la gestion journalière.

Par la dénomination « cluster **SOC.7.)** », les parties à l'instance visent ainsi le groupe de sociétés **SOC.7.)** SA, **SOC.10.)** SA, **SOC.3.)** SA, **SOC.11.)** NV, **SOC.4.)** SA, **SOC.1.)** SA, **SOC.2.)** SA et **SOC.1.)** NV.

Les mesures unilatérales actuellement litigieuses ont été requises à l'égard des sociétés **SOC.1.)** SA, **SOC.2.)** SA, **SOC.3.)** SA et **SOC.4.)** SA dans lesquelles **A.)** et **B.)**, en nom personnel, respectivement via leurs sociétés **SOC.5.)** Sàrl et **SOC.6.)** NV, ne détiennent qu'une participation minoritaire, les parties reconnaissant à l'audience qu'il existe un différend entre les actionnaires majoritaires (**SOC.8.)** NV et **D.)**) détenant 60% du capital social de **SOC.7.)** SA et les actionnaires minoritaires de **SOC.7.)** SA (**A.)** et **B.)** via leurs sociétés **SOC.5.)** Sàrl et **SOC.6.)** NV) quant à la gouvernance, ayant amené les parties requérantes initiales à introduire le 18 mars 2020 une

assignation en expertise devant le tribunal de commerce de Luxembourg afin d'obtenir des clarifications quant à la gestion de **SOC.7.) SA** et du cluster **SOC.7.)**.

Il est encore acquis en cause qu'il n'existe pas de pacte d'actionnaires entre les actionnaires de **SOC.7.) SA**.

### Les moyens des parties

Les parties requérantes initiales, se prévalant d'une gouvernance impérialiste du cluster **SOC.7.)** par **SOC.8.) NV** et **D.)**, dans l'intérêt exclusif du groupe **GR.)** et aux détriment de ses filiales, ont justifié les mesures par le fait que dans le cadre de la crise sanitaire Covid-19, le modus operandi mis en place au niveau du groupe dans le cadre de la gestion de trésorerie, s'apparentant en fait à du *cash pooling*, paralyse le fonctionnement des sociétés filiales, en les dépossédant de l'ensemble des revenus qu'elles génèrent, la crise sanitaire ayant semblé avoir provoqué un déficit de trésorerie chez **SOC.8.) NV**, de sorte que les transferts des revenus des filiales vers **SOC.8.) NV** se sont accentués de façon dramatique en mars 2020, sans réel retour de trésorerie, mettant en péril la survie économique des filiales, mises dans l'impossibilité matérielle de payer les factures échues devant arriver à échéance, et de payer les honoraires de leurs consultants dans les délais contractuellement convenus, ce qui, outre de provoquer le départ de ces consultants chez des concurrents du cluster **SOC.7.)**, aurait pour conséquence de mettre le cluster **SOC.7.)** et ses filiales dans un état de cessation de paiement.

Se livrant à une analyse des comptes bancaires des filiales, elles ont fait valoir que sur un montant de 38.345.816,07 euros facturé par les filiales **SOC.4.) SA**, **SOC.4.) BRANCH**, **SOC.1.) SA**, **SOC.13.) NV**, **SOC.2.) SA**, **SOC.3.) SA**, **SOC.11.) NV** et **SOC.12.)**, 21.878.274,01 euros ont d'ores et déjà été transférés vers **SOC.8.) NV**, de sorte que ces transferts ne peuvent pas s'apparenter à du *cash pooling* légitime dans l'intérêt social de **SOC.7.) SA** et de ses filiales, mais plutôt à un abus de biens sociaux de la part de **SOC.8.) NV**, de sorte qu'il serait impérieux d'éviter le détournement futur des avoirs des filiales moyennant institution d'un administrateur ad hoc ayant pour mission d'approuver tout transfert de fonds des filiales vers toute autre société du groupe.

A l'appui de la demande en annulation, sinon en rétractation de l'ordonnance présidentielle du 10 avril 2020, les parties demandereses exposent que les parties assignées auraient, par une présentation tendancieuse des mesures prises par **SOC.8.) NV** en réponse à la crise sanitaire Covid-19 au courant du mois de mars 2020, fait croire au Président que le système de *cash pooling* mis en place au niveau du groupe **GR.)** depuis des années, était utilisé pour transférer abusivement des revenus des entités du cluster **SOC.7.)** vers **SOC.8.) NV**.

Elles précisent que le mécanisme du *cash pooling*, bien que non règlementé par une convention, a toujours fonctionné au niveau du groupe **GR.)**, le compte courant de chaque société du groupe reflétant à tout moment la situation comptable, créditrice et

débitrice, de chacune des sociétés et que **A.)** et **B.)**), en qualité d'actionnaires et d'administrateurs ou managers de certaines sociétés du groupe, n'ont jamais objecté contre le fonctionnement du système de trésorerie centralisée qu'elles qualifient de *cash pooling*.

Elles contestent formellement tout problème de liquidités au niveau de **SOC.7.) SA** et de **SOC.8.) NV**, précisant que dans le cadre de la crise sanitaire Covid-19, des mesures préventives ont été adoptées, telles des demandes adressées aux fournisseurs afin de prolonger temporairement d'un mois les délais de paiement applicables, la prolongation proposée pour **SOC.7.) SA** étant de 10 jours par rapport aux 30 jours des autres sociétés du groupe, une proposition de lignes de crédit du groupe **GR.)** et la mise au chômage partiel et temporaire des salariés dans la cadre des mesures d'urgence mises en place par le gouvernement belge.

Elles donnent à considérer que **A.)** et **B.)**), en leur qualité d'actionnaires minoritaires, ont profité de la crise du Covid-19 pour faire pression sur les actionnaires majoritaires de **SOC.7.) SA (SOC.8.) NV** et **D.)**) dans le cadre de la stratégie de sortie du groupe qu'ils poursuivent depuis l'été 2019.

Elles demandent en conséquence à voir faire droit à leur demande.

#### L'appréciation de la demande

Les parties défenderesses (requérantes initiales) invoquent la nullité, sinon l'irrecevabilité de la demande pour absence de mise en intervention de l'administrateur ad hoc.

Outre la considération que ce moyen de nullité n'a pas été soulevé *in limine litis*, aucune disposition légale n'exige à peine d'irrecevabilité d'une demande en rétractation d'une mesure unilatérale ayant nommé un mandataire judiciaire la mise en intervention de ce mandataire de justice, qui n'est pas assigné aux mêmes fins que les parties défenderesses à l'instance et qui ne peut s'opposer à la rétractation de l'ordonnance l'ayant nommé, dans l'hypothèse où les conditions pour procéder à sa nomination n'étaient pas données.

Le moyen de nullité est dès lors à rejeter.

La présente demande est basée sur l'article 66 du nouveau code de procédure civile qui dispose que lorsque la loi permet ou la nécessité commande qu'une mesure soit ordonnée à l'insu d'une partie, celle-ci dispose d'un recours approprié contre la décision qui lui fait grief.

L'article 66 se limite à imposer un but à atteindre : la disponibilité d'un recours réel contre la mesure unilatérale au profit de celui qui est affecté dans ces droits par cette mesure (Cour, arrêt n° 134/16-VII-REF du 19 octobre 2016, numéro 44000 du rôle).

Le régime juridique de l'action en rétractation de l'ordonnance présidentielle se différencie de celui des procédures de référé proprement dites. En effet, ce mode de contestation ne constitue pas à proprement parler un recours, en ce sens qu'il ne s'agit pas de juger une nouvelle fois l'affaire, mais d'instaurer le contentieux et la discussion contradictoire qui, par hypothèse, n'a pu avoir lieu auparavant (Jurisclasseur Procédure civile, fasc. 480, n° 55).

Le juge saisi d'un recours en rétractation doit rechercher, mais alors contradictoirement, si la requête est, ou non, fondée. S'agissant du prolongement contradictoire de la procédure ouverte par requête, il appartient au requérant de justifier que sa requête initiale est fondée, en non pas au demandeur en rétractation de justifier qu'elle ne l'est pas (Jurisclasseur Procédure civile, fasc. 480, n° 61).

Le rôle du juge consiste en un réexamen contradictoire des motifs de la saisine. Son pouvoir se limite strictement à la demande initiale dont il apprécie le bien-fondé au regard du débat contradictoire se déroulant entre les parties. Il peut soit rejeter la demande de rétractation et confirmer l'ordonnance, soit la rétracter, l'ordonnance devenant alors caduque.

La requête initiale était basée sur les articles 932 alinéa 1<sup>er</sup> sinon article 933 alinéa 1<sup>er</sup> du nouveau code de procédure civile, ensemble l'article 66 du même code, l'institution des mesures sollicitées étant destinée à mettre fin à la voie de fait commise par **SOC.8.) NV**, de connivence avec les administrateurs des filiales luxembourgeoises d'**SOC.7.) SA**, et consistant à vider, en l'absence de tout droit, les comptes bancaires de **SOC.7.) SA** et de ses filiales.

Aucune disposition légale ne permettant au président du tribunal d'ordonner pareilles mesures par voie d'ordonnance sur requête, il appartient aux requérants d'établir que la « nécessité » commandait les mesures.

La notion de nécessité qui autorise le recours à la procédure sur requête unilatérale doit rester exceptionnelle, dès lors qu'elle emporte une dérogation substantielle au principe fondamental du contradictoire et exclut de tout débat les parties concernées par le litige.

La notion de nécessité doit en outre être interprétée très restrictivement, cette exigence devant être renforcée en matière du 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 demandeur.

Cette nécessité existe dans trois hypothèses : (i) s'il est nécessaire de provoquer un effet de surprise, (ii) lorsqu'il est impossible d'identifier de manière certaine et précise les

personnes à charge desquelles les mesures doivent être exécutées et (iii) en cas d'urgence.

Le président ne peut accepter de statuer unilatéralement qu'après s'être assuré que la mesure sollicitée exige effectivement qu'il soit, en l'occurrence, dérogé à la règle de la contradiction. Pour autoriser cette dérogation, il est impératif que les craintes et motifs du requérant justifient le recours à une procédure unilatérale soient réels, suffisamment établis et objectivement démontrés par l'ensemble des éléments concrets du dossier. Le besoin d'agir clandestinement doit être apprécié de manière particulièrement stricte et rigoureuse (Hakim Boularbah, Requête unilatérale et inversion du contentieux, Ed. Larcier 2010, n° 656).

Cependant, précisément en raison de l'urgence, la requête ne peut faire l'objet que d'un examen sommaire par le président, d'où le caractère provisoire attaché à l'ordonnance sur requête (Sylvie Pierre-Maurice Sylvie Pierre-Maurice : Ordonnances sur requête en matière gracieuse, Nouvelles Bibliothèques de Thèses, Dalloz 2003, n° 227).

En l'espèce, il résulte de la requête déposée le 9 avril 2020 que le 16 mars 2020, le département trésorerie de **SOC.8.) NV** avertissait **SOC.7.) SA** de la suspension immédiate des paiements dus à des fournisseurs, en ce compris les consultants indépendants qui constituent le moteur de l'activité de **SOC.7.) SA** et que malgré courriers de contestation du 25 mars 2020, aucune suite favorable n'y aurait été réservée par **SOC.8.) NV** et **D.)**, les mesures décidées dans l'intérêt exclusif de **SOC.8.) NV** ayant été mises en place, telles la rétention de tous les paiements des fournisseurs, la mise immédiate au chômage partiel de l'ensemble des employés du groupe alors que **SOC.7.) SA** n'était pas susceptible d'être impactée par la crise sanitaire, l'extension du délai de paiement des consultants de 30 jours à 60 jours, alors même qu'un délai de paiement de 30 jours était contractuellement convenu avec les consultants, et le fait que tous les fonds des filiales ont été transférés à **SOC.8.) NV**, laissant une trésorerie de seulement 10.00 euros au sein de chacune des filiales.

A supposer ces faits établis, les requérants ont établi, au moment de la présentation de leur requête, la « nécessité » qui commandait de solliciter de manière unilatérale la mesure conservatoire destinée à éviter la disparition des fonds rentrant sur les comptes bancaires des filiales, au profit de **SOC.8.) NV**.

Les parties demanderesses de contester cependant la qualité et l'intérêt à agir dans le chef des requérants initiaux concernant les mesures requises à l'égard des sociétés **SOC.3.) SA** et **SOC.4.) SA**, dont les parties requérantes ne sont ni actionnaires, ni administrateurs, tandis que les parties requérantes font valoir qu'elles auraient qualité à agir en raison de leur qualité d'actionnaires indirects de ces sociétés.

Ont qualité pour demander en justice la nomination d'un administrateur provisoire : la société, personne morale distincte de ses associés et, par répercussion, les associés ou actionnaires; les organes sociaux comme le conseil d'administration, l'administrateur délégué, le gérant, le commissaire en compte; ainsi que les créanciers de la société, lorsque la société est pratiquement en état de liquidation ou quand il n'existe plus aucun

organe représentatif de la société (Emile PENNING: "De la désignation en référé d'administrateurs provisoires et de séquestres", Bulletin Cercle François Laurent II, 1991, no 9, p.7).

Il est constant en cause que **A.)** est administrateur délégué à la gestion journalière de **SOC.3.) SA**, de sorte qu'il justifie sa qualité à agir au titre des mesures sollicitées concernant cette société.

Il est encore constant en cause que **SOC.5.) SA** et **SOC.6.)** sont actionnaires minoritaires de **SOC.7.) SA**, qui détient l'intégralité du capital social de **SOC.3.) SA** et l'intégralité du capital social de **SOC.10.) SA**, qui détient 87% d'un capital social de **SOC.4.) SA**, de sorte que **SOC.5.) SA** et **SOC.6.)** sont actionnaires indirects des sociétés **SOC.3.) SA** et **SOC.4.) SA**.

Il ne résulte pas des pièces du dossier si **A.)** et **B.)** sont actionnaires directs ou bénéficiaires économiques de **SOC.3.) SA** et **SOC.4.) SA**.

Se pose dès lors la question de la qualité à agir de **SOC.5.) SA**, **SOC.6.)** et **B.)** en relation avec la société **SOC.3.) SA** et de celle de toutes les parties requérantes en relation avec **SOC.4.) SA**, à défaut de preuve qu'elles soient actionnaires directs des sociétés visées, respectivement occupent un mandat social dans ces sociétés.

En principe, l'associé d'une société associée ne peut demander la désignation d'un administrateur provisoire dans la société dont il est l'associé « indirect » (Cour d'appel de Paris 1<sup>er</sup> juin 2007, 1rech.B).

Il a cependant été jugé qu'une irrecevabilité de principe de la demande présentée par un associé « indirect » n'aurait guère de fondement juridique dès lors qu'à travers l'atteinte à l'intérêt social d'une société, celui d'une autre société du même groupe peut également être menacé. Ainsi, la Cour de cassation française a admis la nomination d'un administrateur provisoire commun à plusieurs sociétés d'un groupe dans une hypothèse où la mesure a été sollicitée par une requête commune présentée par l'ensemble des sociétés et tout en faisant ressortir que le péril retenu s'étendait nécessairement à l'ensemble des sociétés du groupe (Cass. fr. com. 5 février 1985, Bulletin 1985 IV N. 44 p. 37).

En l'occurrence, la mesure requise au titre de la requête unilatérale est moins incisive que celle de la nomination d'un administrateur provisoire, ayant pour effet de désaisir les organes de gestion habituelle. Il est encore acquis en cause que les actionnaires majoritaires des sociétés, dont les intérêts peuvent être opposés à ceux des actionnaires minoritaires, ne vont pas nécessairement agir en protection des droits de la société et des actionnaires minoritaires, de sorte que les actionnaires minoritaires, fussent-ils directs ou indirects, justifient leur intérêt et qualité à agir en protection des intérêts des sociétés faisant partie du groupe et qui se trouvent impactées par les décisions prises au niveau de **SOC.8.) NV** concernant la gestion de la trésorerie des sociétés filiales.

Aussi, le moyen tiré du défaut de qualité et d'intérêt à agir dans le chef des parties requérantes est à rejeter.

Dans le cadre du débat contradictoire, il appartient dès lors d'apprécier si la situation factuelle telle qu'exposée par les requérants le 9 avril 2020 était donnée en l'espèce, de nature à justifier l'intervention du juge sur le fondement des articles 932 alinéa 1<sup>er</sup> sinon 933 alinéa 1<sup>er</sup> du nouveau code de procédure civile pour mettre fin à la voie de fait alléguée dans le chef de **SOC.8.) NV**, de connivence avec les administrateurs des filiales luxembourgeoises.

D'après l'article 932 alinéa 1<sup>er</sup> du nouveau code de procédure civile : « *Dans les cas d'urgence, le président du tribunal d'arrondissement, 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* ».

La mise en œuvre de cette disposition légale requiert qu'il y ait urgence pour le juge des référés à intervenir. La question de l'urgence, qui est une question d'ordre public, est laissée à l'appréciation souveraine du juge des référés.

L'article 933, alinéa 1<sup>er</sup> du nouveau code de procédure civile dispose que « *Le président, ou le juge qui le remplace, peut toujours prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite* ».

La voie de fait se définit comme la violation évidente, illégale et intolérable d'un droit certain et évident; il faut que le créancier soit certainement et concrètement entravé dans l'exercice de son droit; ces conditions englobent l'existence d'un préjudice dans le chef du créancier du droit.

Il n'appartient, en principe, pas aux juges d'intervenir dans le fonctionnement des sociétés, ce rôle étant dévolu aux organes sociaux (principe de non-intervention). Ce principe général n'empêche toutefois pas le juge des référés, en cas d'urgence et de blocage des organes sociaux, d'organiser des situations d'attente.

Les situations d'attente qu'organise le juge des référés se caractérisent par le fait qu'il ne s'agit que de mesures provisoires ; le juge des référés n'aborde pas le fond du litige. Il n'entend pas donner au litige une solution définitive, mais se contente de prendre des mesures provisoires urgentes pour conserver les droits de la société comme ceux de ses membres. Il s'agit de suppléer temporairement les dirigeants d'une société en attendant le dénouement d'une crise interne paralysant la société et qui pourrait s'avérer gravement préjudiciable à celle-ci si rien n'était fait.

L'intervention du juge des référés est soumise à une condition générale, celle de l'urgence de la situation. Il n'y a urgence que si le moindre retard peut causer un préjudice certain. L'urgence s'apprécie dans le chef de la personne morale, et non dans celui de ses associés, car ce que le juge entend éviter, c'est le dommage certain,

imminent et irréversible pour la société, la plupart du temps le risque de disparition de la société. (Cour 25 avril 2018, arrêt N° 85/18– VII – REF / Rôle CAL-2018-00229)

S'agissant spécialement de la nomination d'un administrateur ad hoc, elle ne peut être adoptée que pour protéger des intérêts sérieusement menacés. Il faut donc qu'il y ait un abus de majorité ou de minorité risquant de causer un préjudice irréversible, soit une paralysie des organes sociaux faisant courir des périls graves pour l'existence de la société. C'est l'existence de circonstances exceptionnelles et particulièrement graves compromettant le fonctionnement régulier de la société qui caractérise l'urgence et justifie l'intervention du juge des référés.

Les requérantes ont justifié leur demande par la crainte que **SOC.8.)** NV prépare un détournement de fonds au préjudice des filiales d'**SOC.7.)** SA, qui ne pourront pas donner suite à leurs obligations contractuelles vis-à-vis notamment de leurs consultants qui travaillent pour ou auprès de clients d'**SOC.7.)** SA, ces agissements étant constitutifs de fautes de gestion, ou d'abus de biens sociaux, par le mécanisme d'un *cash pooling* non conventionnel, que les parties requérantes auraient seulement découvert au courant du mois de mars 2020, le terme de *cash pooling* n'ayant jamais été employé avant le courrier de **D.)** et **C.)** du 7 avril 2020.

Le *cash pooling* (gestion centralisée de trésorerie) est un mécanisme juridique permettant une gestion centralisée des comptes des sociétés d'un groupe. Il existe deux types de *cash-pooling* : le *cash pooling* physique, outil de financement intragroupe qui repose sur un transfert réel du solde des comptes en banque des sociétés participantes vers un compte centralisateur et le *cash pooling* notionnel, qui consiste en la centralisation abstraite, fictive des soldes des comptes participants afin de calculer les intérêts sur une base compensée des soldes fusionnés de tous les participants.

Le *cash pooling* physique opère le transfert réel, périodique et automatique du solde des comptes individuels des sociétés participantes vers un compte central, dont le titulaire est le plus souvent une société de management. Pour ce faire, les participants donnent une instruction permanente, irrévocable et continue de verser soit l'entière soit une partie du solde de leur compte sur le compte central. Si les entités participantes restent indépendantes les unes des autres, les banques exigent cependant souvent la conclusion de mécanismes de connexité conventionnelle entre les comptes participants. Les créances réciproques nées des transferts automatiques de liquidités sont continuellement compensées en vertu de la clause de *netting* incluse dans le contrat de *cash pooling*, chacun des transferts donnant lieu aux créances et dettes réciproques qui doivent être inscrits dans la comptabilité des sociétés participantes et du titulaire du compte central.

Une des caractéristiques du *cash pooling* physique est que, tout comme le *cash pooling* notionnel, il requiert la conclusion de conventions entre le titulaire du compte central et la/les banque(s) impliquée(s) ainsi que la conclusion de conventions additionnelles entre le titulaire du compte central et chaque participant et le cas échéant entre le(s) participant(s) et la/ les banque(s) (Anne-Louise SERVAIS : Le *cash pooling* en droit

belge – aspects juridiques et transactionnels, Revue pratique des sociétés, Louvain, 2014, n° 1.2.1, pages 331-334).

Le *cash pooling* implique une structure contractuelle complexe, à savoir (i) la convention de *cash pooling* conclue entre le titulaire du compte central et la/les banque(s) impliquées(s), (ii) les contrats intra-groupe de *cash pooling* conclus entre chaque société participante et le titulaire du compte central, (iii) un contrat conclu entre chaque participant et la/les banque(s) dans laquelle chaque participant tient son ou ses comptes concernés par le *cash pooling* et (iv) l'accord de coopération entre les différentes banques impliquées, conclu dans l'hypothèse où le compte central et les comptes impliqués ne sont pas tenus dans la même banque (Anne-Louise SERVAIS précité, n° 1.3.1 page 338-339).

Si le *cash pooling* présente ses avantages du point de vue du groupe lui-même, en ce qu'il induit une plus grande transparence de la situation de l'ensemble du groupe en termes de liquidités et qu'il est un véritable outil de financement intra-groupe et que les sociétés participantes en tirent également des avantages, en ce qu'elles bénéficient notamment d'une ristourne d'intérêts et d'un taux d'intérêt débiteur intéressant, il présente cependant également des désavantages pour les sociétés participantes : il peut présenter un risque lié à une disproportion entre l'intérêt du groupe et l'intérêt social propre des sociétés participantes, ce risque étant d'autant plus grand si des actionnaires sont présents dans le capital des sociétés participantes et qu'ils voient notamment toutes les liquidités remonter vers la société mère ou immigrer vers une société sœur alors que la société dont ils sont actionnaires pourrait, avec ces liquidités faire des investissements ou réduire son endettement (Anne-Louise SERVAIS précité, n° 1.4.1 et 1.4.2., page 344-348).

Les parties requérantes de se prévaloir précisément à l'appui des mesures requises du fait que le système de trésorerie mis en place par **SOC.8.) NV**, outre qu'il n'est pas réglementé pour avoir été mis en place de facto par **SOC.8.) NV** et **D.)**, est exclusivement dans l'intérêt de **SOC.8.) NV**, au détriment des sociétés participantes et de leurs actionnaires minoritaires.

Il est établi, sur base des pièces versées en cause, que le système de gestion centralisé des comptes du groupe **GR.)** actuellement litigieux entre parties s'apparente à un système de *cash pooling* physique, en ce que les comptes bancaires des sociétés **SOC.1.) SA**, **SOC.2.) SA**, **SOC.3.) SA** et **SOC.4.) SA** sont automatiquement débités en faveur du compte bancaire central.

Il est encore acquis en cause qu'aucun contrat intra-groupe de *cash pooling* n'a été conclu entre les sociétés **SOC.1.) SA**, **SOC.2.) SA**, **SOC.3.) SA** et **SOC.4.) SA** et le titulaire du compte central.

S'il est exact, tel que le font plaider les parties requérantes, que le système du *cash pooling* requiert en principe la conclusion de conventions, dans un souci de sécurité juridique des participants du système, il n'en demeure pas moins que l'absence de

conventions afférentes ne constitue pas en soi une atteinte aux droits des sociétés participant audit système, et partant aux droits de leurs actionnaires, dans la mesure où une société du groupe peut décider de participer à pareil système de centralisation de trésorerie de plein gré, tel le cas en l'espèce, les parties requérantes reconnaissant d'ailleurs qu'elles savaient que **SOC.8.) NV** était en charge du paiement des factures reçues des sociétés du *cluster* **SOC.7.)**, bien qu'elles ignoraient apparemment que cela se faisait par le biais d'un transfert de la totalité de l'argent détenu sur leurs comptes vers un compte de **SOC.8.) NV**.

Cependant, dans la mesure où **B.)** siège au conseil d'administration de **SOC.1.) SA**, et que **A.)** siège au conseil d'administration de **SOC.1.) SA**, **SOC.2.) SA** et **SOC.3.) SA**, dont il est également administrateur délégué, les parties requérantes ne peuvent raisonnablement faire valoir avoir seulement découvert au mois de mars 2020 le système de centralisation de trésorerie mis en place au niveau du groupe **GR.)** depuis des années, à défaut de quoi il y aurait lieu de s'interroger sur la manière dont **A.)** et **B.)** ont exécuté leur mandat social.

Il est établi en cause que **SOC.8.) NV** et **D.)** sont les actionnaires majoritaires du groupe **GR.)**, de **SOC.7.) SA** et du *cluster* **SOC.7.)**, de sorte que pour prospérer dans leur demande, les parties requérantes doivent établir que le système de centralisation de trésorerie actuellement en place depuis des années au sein du groupe **GR.)**, et auquel ont adhéré les sociétés **SOC.1.) SA**, **SOC.2.) SA**, **SOC.3.) SA** et **SOC.4.) SA** en l'absence de l'architecture contractuelle d'usage pour un *cash pooling* physique, est préjudiciable à leurs droits, pour avoir été décidé dans l'intérêt exclusif de la société mère et des actionnaires majoritaires des sociétés **SOC.1.) SA**, **SOC.2.) SA**, **SOC.3.) SA** et **SOC.4.) SA** et au détriment des sociétés concernées.

Concernant précisément l'abus de majorité invoqué de manière indirecte à l'appui de la mesure provisoire requise du juge des référés, il est rappelé que les décisions de la majorité, pourvu qu'elles soient régulièrement prises, s'imposent à la minorité. Le juge ne peut ni les critiquer, ni les modifier, si les prescriptions légales ont été respectées. Il en est ainsi même lorsqu'un actionnaire possède à lui seul cette majorité et peut faire prévaloir son opinion à l'encontre des autres actionnaires. L'abus de majorité peut être soulevé quand les actionnaires minoritaires se plaignent d'une décision abusive prise par les actionnaires majoritaires. L'existence de cet abus est conditionnée par la réunion de deux éléments, d'une part, une atteinte portée à l'intérêt social par la décision adoptée et, d'autre part, une rupture d'égalité entre des actionnaires, au profit des majoritaires. L'action fondée sur l'abus de majorité doit néanmoins demeurer exceptionnelle afin de ne pas entraver le fonctionnement de la société et de ne pas faire obstacle à l'application de la règle de la majorité. La rupture d'égalité ne suffit pas à elle seule, car elle peut aller dans l'intérêt de la société. La seule violation de l'intérêt social ne suffit pas non plus à entraîner la remise en cause de l'opération critiquée, car il n'y a pas lieu d'apprécier l'opportunité des orientations stratégiques économiques des sociétés. C'est à l'associé qui se prétend victime d'un abus de majorité, d'en prouver l'existence (JCL Commercial, fasc.1419, sociétés anonymes, assemblées des actionnaires, règles communes à toutes les assemblées, n° 147).

En l'occurrence, il ne résulte d'aucun élément probant du dossier que le **SOC.8.) NV** ait connu des difficultés financières aux mois de mars et avril 2020, nécessitant de ponctionner les avoirs de ses filiales, notamment du cluster **SOC.7.)**, respectivement que les mesures adoptées à partir du 13 mars 2020, en début de la crise sanitaire Covid-19, par **D.)**, consistant notamment en une extension des délais de paiement des fournisseurs et consultants de groupe de 30 jours supplémentaires par rapport aux 30 jours habituels, et la mise en chômage partiel et temporaire des salariés, aient été préjudiciables au groupe et aux filiales.

Concernant précisément les sociétés visées par la mesure unilatérale, il résulte des pièces et renseignements fournis en cause que le délai de paiement supplémentaire a seulement été de 10 jours, de sorte que les factures du mois de février 2020 ont au plus tard dû être payées le 10 avril 2020. Si les parties requérantes versent des courriels de fournisseurs et consultants de fin mars 2020, début avril 2020, s'enquérant de la date de paiement de leurs factures émises au mois de février 2020, il ne résulte cependant d'aucune pièce du dossier que les paiements n'aient pas été effectués au plus tard le 10 avril 2020, correspondant à l'extension du délai de paiement de 10 jours par rapport au délai de paiement de 30 jours usuel. Il résulte au contraire des pièces du dossier que les 6 et 7 avril 2020, des paiements pour un montant total de 4 millions d'euros ont été effectués par le titulaire du compte central de **SOC.8.) NV** au profit des sociétés visées par la mesure unilatérale.

Aussi, les éventuelles craintes des parties requérantes quant à un éventuel problème de liquidité de **SOC.8.) NV** et un risque de malversations et abus de biens sociaux, à les supposer légitimes au moment de leur requête en date du 9 avril 2020, ne sont dès lors corroborées par aucun élément probant du dossier.

Finalement, il ne résulte d'aucun élément du dossier que l'intégralité des avoirs des sociétés participant au système de trésorerie centralisée soit transféré vers **SOC.8.) NV**, ne laissant à disposition des sociétés visées que des liquidités réduites de 10.000 à 15.000 euros, tel qu'allégué par les parties requérantes, qui ont exposé dans leur requête que l'analyse des comptes bancaires des filiales avait révélé que sur un montant de 38.345.816,07 euros facturé par les filiales **SOC.4.) SA**, **SOC.4.) BRANCH**, **SOC.1.) SA**, **SOC.13.) NV**, **SOC.2.) SA**, **SOC.3.) SA**, **SOC.11.) NV** et **SOC.12.)**, 21.878.274,01 euros ont d'ores et déjà été transférée vers **SOC.8.) NV**. Il en résulte un disponible de liquidités de 16.467.542,06 euros dans le chef des huit sociétés concernées, soit une moyenne de liquidités de 2.058.442,75 euros dans le chef de chacune des sociétés participant au système de trésorerie centralisée.

Les parties requérantes ne justifient ainsi pas que les mesures adoptées par les actionnaires majoritaires au niveau de la gestion de la trésorerie de **SOC.8.) NV** d'une manière générale, et en particulier depuis le début de la crise sanitaire Covid-19, ont été décidées dans l'intérêt exclusif du groupe et des actionnaires majoritaires **SOC.8.) NV**, **D.)** et **C.)**, au détriment de l'intérêt social des sociétés filiales, dont les sociétés **SOC.1.) SA**, **SOC.2.) SA**, **SOC.3.) SA** et **SOC.4.) SA**, et des actionnaires minoritaires.

Les conditions d'application du référé urgence et du référé sauvegarde n'étant pas remplies, il y a lieu de faire droit à la demande des parties demanderesses et de rétracter l'ordonnance présidentielle du 10 avril 2020.

En conséquence, il y a lieu de mettre les frais et dépens de l'administrateur ad hoc à charge des parties requérantes initiales et d'en décharger les sociétés **SOC.1.) SA**, **SOC.2.) SA**, **SOC.3.) SA** et **SOC.4.) SA**, les frais afférents ayant été exposés dans l'intérêt exclusif des parties requérantes.

Eu égard à l'issue du litige, il serait inéquitable de laisser l'entièreté des frais exposés par les parties demanderesses pour la défense de leurs intérêts à leur charge exclusive, de sorte qu'elles justifient les conditions d'application de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Compte tenu de l'enjeu de l'affaire et des soins requis, il y a lieu de leur allouer à ce titre à chacune la somme de 2.000 euros.

## 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 en matière de référés, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement légitimement empêché, statuant contradictoirement,

recevons la demande en la forme,

Nous déclarons compétent pour en connaître,

rejetons les moyens de nullité et d'irrecevabilité invoqués,

déclarons la demande recevable et fondée sur base de l'article 66 du nouveau code de procédure civile,

ordonnons la rétractation de l'ordonnance présidentielle du 10 avril 2020,

déchargeons les sociétés **SOC.1.) SA**, **SOC.2.) SA**, **SOC.3.) SA** et **SOC.4.) SA** du paiement des frais et honoraires de l'administrateur ad hoc,

mettons les frais et honoraires de l'administrateur ad hoc à charge de la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois **SOC.5.) Sàrl**, la société à responsabilité limitée de droit belge **SOC.6.), A.)** et **B.)**,

condamnons la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois **SOC.5.) Sàrl**, la société à responsabilité limitée de droit belge **SOC.6.), A.)** et **B.)** in solidum à payer à chacune des sociétés anonymes de droit luxembourgeois **SOC.1.) SA**, **SOC.2.) SA**, **SOC.3.) SA** et **SOC.4.) SA** la somme de 2.000 euros à titre d'indemnité de procédure,

condamnons la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois **SOC.5.)** Sàrl, la société à responsabilité limitée de droit belge **SOC.6.), A.)** et **B.)** in solidum aux frais de l'instance,

ordonnons l'exécution provisoire de la présente ordonnance nonobstant appel et sans caution.