

No. Rôle: TAL-2021-06044
Réf. no. 2021TALREFO/00634
du 8 décembre 2021

Audience publique extraordinaire des référés du mercredi, 8 décembre 2021, tenue par Nous Magistrat A.), Vice-Président au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, assistée du greffier Greffier A.).

DANS LA CAUSE

ENTRE

la société A.), établie et ayant son siège social à (...), représentée par son gérant actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro [...],

comparant par la société B.), établie et ayant son siège social à (...), immatriculée au Registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro [...], inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Avocat A1.), avocat, demeurant à Luxembourg,

partie demanderesse *comparant par Maître Avocat A1.), avocat, assisté de Maître Avocat A2.), avocat, les deux demeurant à Luxembourg,*

E T

1. la société C.), établie et ayant son siège social à (...), représentée par ses gérants actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro [...],
2. la société D.), établie et ayant son siège social à (...), représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro [...],
3. la société E.), établie et ayant son siège social à (...), représentée par son gérant actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro [...],

4. Personne A.), demeurant à (...),

partie défenderesse sub.1) *ne comparant pas à l'audience,*

parties défenderesses sub.2) à sub.4) *comparant par Maître Avocat B.), avocat, demeurant à Luxembourg.*

F A I T S :

A l'appel de la cause à l'audience publique ordinaire des référés du jeudi matin, 28 octobre 2021, Maître A1.) donna lecture de l'assignation principale et en intervention ci-avant transcrites et exposa ses moyens.

Maître Avocat B.) fut entendu en ses explications et moyens.

La société C.) ne comparut pas à l'audience.

Le juge des référés refixa l'affaire pour continuation des débats à l'audience publique ordinaire des référés du jeudi matin, 18 novembre 2021.

A cette audience, Maître A1.), Maître Avocat A2.) et Maître Avocat B.) furent entendus en leurs explications et moyens.

La société C.) ne comparut pas à l'audience.

Le juge des référés refixa l'affaire pour continuation des débats à l'audience publique ordinaire des référés du jeudi matin, 25 novembre 2021.

A cette audience, Maître A1.), Maître Avocat A2.) et Maître Avocat B.) furent entendus en leurs explications et moyens.

La société C.) ne comparut pas à l'audience.

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:

Par exploit de l'huissier Huissier A.), huissier de justice à (...), du 5 juillet 2021, la société A.), a fait comparaître la société C.), la société D.), la société E.) et Personne A.) devant le Président du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme juge des référés, pour voir suspendre les effets de l'assemblée générale du 10 décembre 2020 et notamment la décision de démission de la société A.) et de la nomination de la société E.) en tant que gérant de la société C.).

La demande est basée sur l'article 933 alinéa 1^{er} sinon sur l'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile.

I. Faits

A l'appui de sa demande, la société A.) fait plaider qu'ensemble avec la société D.) elle était l'associée-commandité gérante du fonds d'investissement société C.) dans lequel elle détenait une part d'intérêt ; que Personne A.) était le gérant unique de la société A.) et membre du conseil de gérance ainsi que bénéficiaire effectif majoritaire de la société D.).

La société A.) explique ensuite que le 7 janvier 2021, ses deux associés, détenant à parts égales le capital social, à savoir Personne B.) et Personne C.), auraient appris, par le biais du système de notification du site du Registre de Commerce et des Sociétés, qu'une assemblée générale avait été tenue le 10 décembre 2020 par son gérant unique Personne A.) et que lors de cette assemblée un changement d'associé-commandité au sein du fonds société C.) avait été opéré en ce que la société A.) fut remplacée par une société dénommée société E.); qu'il se serait également avéré qu'au cours de cette assemblée générale tenue le 10 décembre 2020, la société A.) a vendu son seul et unique actif, à savoir la part sociale qu'elle détenait dans le fonds société C.), pour 1 USD, alors que pourtant cette part donnait droit à une rémunération d'environ 1.010.132,15 USD pour la société A.), se composant d'une part de *management fees* d'un montant égal à 2% du capital investi net et d'un « *carried interest* » d'un montant égal à 20% du gain sur chaque cession de société détenue par le portefeuille du Fonds ; que le 19 janvier 2021, les deux associés Personne B.) et Personne C.) auraient par ailleurs appris que Personne A.) avait mis fin, sous de vains prétextes, à la convention de domiciliation qu'il avait conclue avec lui-même pour le siège social de la société A.), de même qu'il avait démissionné de ses fonctions de gérant de la société A.) qu'il venait de vider de son actif, exposant de cette façon la société à un risque de liquidation judiciaire sur base de l'article 1200-1 de la loi du 10 août 2015 relative aux sociétés commerciales.

La société A.) explique encore que par requête unilatérale du 18 février 2021 adressée au Président du Tribunal d'arrondissement, elle a requis de toute urgence la mise sous séquestre de la part d'intérêt qui venait d'être transférée à la société E.) ; que suivant Ordonnance présidentielle du 22 février 2021 un séquestre fut nommé avec la mission de conserver la part d'intérêt et de poser tous les actes conservatoires en relation avec cette part mise sous séquestre.

La société A.) soutient que le fait que Personne A.) ait non seulement transféré frauduleusement la part d'intérêt de société A.) à société E.) mais encore le fait qu'il ait procédé au remplacement de société A.) par société E.) en tant que co-gérante du Fonds, constitueraient des atteintes graves aux droits de la société A.) sur la part d'intérêt de celle-ci mais également une usurpation des fonctions de gestion de société A.) dans le Fonds société C.); que ces décisions sont constitutives d'une voie de fait auxquelles il y aurait lieu remédier en les suspendant.

Les parties défenderesses société D.), société E.) et Personne A.) contestent toute voie de fait dans leur chef et soutiennent que c'est l'attitude de Personne B.) et de Personne C.) qui justifiait la cession de la part d'intérêt de société A.) dans le Fonds d'investissement. Elles font plus particulièrement valoir que des poursuites judiciaires dirigées contre les deux associés Personne B.) et Personne C.) auraient suscité de vives inquiétudes chez les investisseurs du Fonds alors qu'il se serait avéré que les sociétés financées par le Fonds société C.), comme la société société F.), société G.) ou encore société H.) auraient fait faillite juste au moment de l'arrivée à terme de la période d'investissement donc à un moment où les investisseurs espéraient être rémunérés de leur investissement ; qu'au vu de la gravité de la situation, la cession de la part d'intérêt aurait été la seule issue possible afin d'éviter la perte totale des actifs investis.

II. Quant à la recevabilité de la demande de la société A.)

Le principe de l'autorité de la chose jugée

Les parties défenderesses société D.), société E.) et Personne A.) soulèvent notamment la question de l'autorité de chose jugée attachée à l'Ordonnance présidentielle du 22 février 2021 précitée au motif que la présente cause se meut entre les mêmes parties et dans le même contexte conflictuel tenant aux résolutions votées lors de l'assemblée générale de la société A.) du 10 décembre 2020 ; que l'objet de l'instance introduite par requête unilatérale le 18 février 2021 ainsi que l'objet de la présente instance seraient identiques dans la mesure où l'on viserait à chaque fois la suspension des effets de la cession de la part d'intérêts de société A.) à société E.).

Par rapport à l'identité de la cause dans les deux instances, les parties défenderesses société D.), société E.) et Personne A.) font valoir que le fondement juridique de chaque instance repose sur les articles 932 et 933 du nouveau code de procédure civile de sorte que l'identité des causes serait nécessairement donnée.

La société A.) s'oppose au moyen d'irrecevabilité soulevé et soutient que les deux instances ont chacune un objet différent. Selon société A.), la requête unilatérale tendait à la mise sous séquestre de la part d'intérêt de société A.) à charge pour le séquestre de conserver la part d'associé-commandité et d'exercer les droits de vote y attachés alors que dans la présente instance elle viserait la suspension de la décision de démission de société A.) et de nomination de société E.) en tant que gérant du Fonds. La deuxième instance serait donc non seulement différente de la première par son objet mais constituerait encore la suite logique de celle-ci.

Aux termes de l'article 938 du nouveau code de procédure civile: « *L'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de chose jugée. Elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles* ».

Si l'ordonnance de référé n'a pas l'autorité de la chose jugée au principal, elle possède néanmoins une telle autorité au provisoire. Effectivement, le juge des référés ne peut être saisi une nouvelle fois d'une demande qu'il a déjà tranchée ; cette nouvelle demande est irrecevable en application des articles 1351 du code civil et 488, alinéa 2, du code de procédure civile (article 938, alinéa 2, du nouveau code de procédure civile luxembourgeois) (Civ. 3^e, 17 juillet. 1974, Bull. civ. III, n° 317, JCP 1974. IV. 328 ; Civ. 2^e, 25 juin 1986, n° 85-10.637 , Bull. civ. II, n° 100 ; Civ. 3^e, 29 juin 1988, ibid. III, n° 118, D. 1988. IR. 216 ; Com. 6 juillet. 1993, Bull. civ. IV, n° 288). Ce dernier texte dispose en effet que l'ordonnance ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles. Un changement de circonstances, suffisamment important pour être susceptible d'entraîner une révision de la première décision, doit donc être intervenu.

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 (T.A 6^e. Chambre du 17 juin 2004 no. 70114 du rôle, no. 385/ 2004).

En l'espèce, force est de constater que les faits exposés par la société A.) dans sa requête unilatérale du 18 février 2020 et dans l'exploit d'assignation de la présente instance sont quasiment identiques.

Les demandes de la société A.) telles qu'elles résultent du dispositif de la requête unilatérale de société A.) du 18 février 2020 sont formulées tel qu'il suit :

« déclarer la demande recevable en la forme,

au fond, renvoyer les parties au principal, mais dès à présent et par provision, vu l'urgence,

constater que les lenteurs de la justice ne permettent pas à la Requérente d'obtenir une ordonnance contradictoire de référé sur assignation à comparaître devant le président du Tribunal d'arrondissement siégeant en matière de référé dans les délais requis;

partant, principalement sur base des dispositions de l'article 933, première phrase, du Nouveau code de procédure civile code, subsidiairement sur celles de l'article 932, alinéa 1^{er}, du même code, le tout combiné avec les dispositions de l'article 66 du Nouveau Code de Procédure civile et de l'article 1961 du Code civil, sous réserve et sans nul préjudice à toute autre base légale ou réglementaire applicable,

ordonner le placement sous séquestre de la part d'intérêts de société C.) ayant appartenu à société A.), et qui est actuellement inscrite au nom de société E.) au Registre de Associés

de la société C.), tel que prévu à l'article 320-1 (6) de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales ,

ordonner l'inscription de cette mesure de séquestre sur le Registre des Associés de la société C.,

ordonner et dire que le droit de vote attaché à la part d'intérêt de société C.) ayant appartenu à société A.) sera suspendu, subsidiairement, voir désigner un mandataire de justice avec mission d'exercer le droit de vote attachés à cette prédite part d'intérêts ;

nommer séquestre de la part d'intérêts de société C.) ayant appartenu à société A.), Avocat C.), avec la mission de conserver la part d'intérêts, de la gérer en bon père de famille et de voter dans l'intérêt du maintien des conditions légales de la société aux assemblées générales ordinaires et extraordinaires, et, pour le surplus, voir attribuer au séquestre les pouvoirs habituels en la matière ,

dire qu'une provision de EUR 1.000 sera versée par société A.) au séquestre, avant toute mise à exécution par ce dernier de sa mission, le tout sans préjudice du droit de société A.) de demander, dans le cadre de la procédure contradictoire à engager devant Monsieur le Président du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg siégeant en matière de référés, que les frais du séquestre soient ensuite avancés par société E.);

suspendre les effets de l'inscription de la cession de la part d'intérêts ayant appartenu à société A.) dans le Registre des Associés de société C.);

interdire à la société E.) de procéder, de faire procéder, laisser procéder à l'inscription de quelque cession à un tiers de la part d'intérêts ayant appartenu à société A.) dans le Registre des Associés de société C.), sous peine d'une astreinte de EUR 50.000 par infraction constatée à compter de la signification de l'ordonnance à Intervenir;

dire que les effets de l'ordonnance à intervenir cesseront et qu'elle sera caduque à l'expiration d'un délai de dix jours suivant la signification de l'ordonnance à intervenir, si la Requérante n'a pas introduit devant le président du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg une assignation contradictoire en référé tendant à la confirmation du placement sous séquestre de la part d'intérêts ayant appartenu à société A.), le tout jusqu'à ce qu'il soit définitivement statué sur la validité de la cession litigieuse par les juridictions compétentes sur le fond »

Par Ordonnance présidentielle du 18 février 2020, modifiée par l'Ordonnance présidentielle du 26 février 2021, en ce que Maître Avocat D.) a été remplacé par Maître Avocat E.) – les deux décisions n'ayant pas été entreprises par la voie de l'appel - on peut lire ce qui *suit* :

« au fond, renvoyons les parties à se pourvoir au principal, mais dès à présent et par provision, vu l'urgence,

nommons Maître Avocat D.), avocat à la Cour, demeurant professionnellement à (...) séquestre de la part d'intérêts dans la société C.) (n ° RCS : [...]), ayant appartenu à la société A.) (n ° RCS : [...]), et qui est actuellement inscrite au nom de la société E.) (n ° RCS : [...]) au registre des associés de la société C.), tel que prévu à l'article 320-1 (6) de la loi modifiée du 10 aout 1915 concernant les sociétés commerciales, avec la mission de conserver la part d'intérêts et de poser tous actes conservatoires en relation avec la part d'intérêts mise sous séquestre,

disons que le séquestre pourra exercer tous les droits de vote attachés à la part d'intérêts litigieuse durant la durée de la mesure de séquestre,

disons que la mesure de séquestre sera inscrite dans le registre des associés de la société C.), tel que prévu à l'article 320-1 (6) de la loi modifiée du 10 aout 1915 concernant les sociétés commerciales et que la prédite mesure restera en vigueur tant que le litige au sujet de la cession de la participation de la société A.) dans la société C.) au profit de la société E.) n'aura pas été définitivement tranché par la juridiction du fond ou réglé entre parties,

accordons au séquestre les pouvoirs d'administration et de signature pour l'exécution de sa mission,

disons que les honoraires promérités par le séquestre sont à charge de la société A.),

ordonnons à la société A.) de se pourvoir au plus tard le 5 mars 2021 devant la juridiction du fond compétente pour connaître du litige relatif à la cession de la part d'intérêts actuellement litigieuse, sous peine de caducité de plein droit de la présente ordonnance,

ordonnons la signification de la présente ordonnance au plus tard le 29 février 2021 à la société C.) et à la société E.), déboutons pour le surplus,

ordonnons l'exécution provisoire de la présente ordonnance, nonobstant appel ou opposition, sur minute et avant enregistrement. »

Force est donc de constater que dans le dispositif de sa requête unilatérale du 18 février 2020 - sous l'alinéa 7 - la société A.) avait formulé une demande de suspension du droit de vote attaché à la part sociale de société C.). D'après société A.), cette mesure se justifiait au regard du fait que les décisions de démission de société A.) et de nomination de société E.) en tant que gérant du Fonds société C.) avaient prétendument été prises par Personne A.) en violation des droits des associés de société A.), à savoir Personne B.) et Personne C.).

Suivant Ordonnance Présidentielle du 22 février 2021, le magistrat siégeant en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement n'a pas fait droit à cette demande de suspension du droit de vote mais il a ordonné la mise sous séquestre de la part ayant appartenu à société A.) dans le Fonds et il a accordé au séquestre le pouvoir de réaliser tous les actes conservatoires par rapport à cette part de même qu'il a donné à celui-ci le pouvoir d'exercer le droit de vote attaché à la part en question.

Dès lors, les demandes de suspension de la décision de démission de société A.) et de nomination de société E.) en tant que gérant du Fonds formulées dans la présente instance en ce qu'elles tendent en réalité à rien d'autre qu'à la suspension du droit de vote attaché à la part sociale détenue par société A.) dans le Fonds, ont déjà été définitivement tranchées par l'Ordonnance présidentielle du 22 février 2021 qui a autorité de chose jugée.

On ne saurait donc plus revenir sur cette décision dans le cadre de la présente instance.

Il s'ensuit que la demande de société A.) est à déclarer irrecevable.

III. Les indemnités de procédure

La partie demanderesse société A.) demande à voir condamner les parties société D.), société E.) et Personne A.) *in solidum* au paiement du montant de 5.000 euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Etant donné que la société A.) succombe à l'instance, elle est à débouter de sa demande basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Les parties défenderesses société D.), société E.) et Personne A.) demandent chacune à se voir allouer une indemnité de procédure de 5.000 euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Au vu des éléments du dossier, il paraît inéquitable de laisser à la seule charge des parties défenderesses société D.), société E.) et Personne A.) tous les frais d'avocat qu'elles ont dû exposer pour assurer leur défense. Il convient partant d'allouer à chacune d'elles une indemnité de procédure de 500 euros.

La société C.) quoique régulièrement réassignée aux termes de l'article 84 du nouveau code de procédure civile, suivant exploit de réassignation du 4 octobre 2021, n'a pas comparu. Il y a partant lieu de statuer avec effet contradictoire à son encontre en application de l'article 79 alinéa 2 du nouveau code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS

Nous Magistrat A.), Vice-Président au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement du Président du Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg, statuant contradictoirement;

recevons la demande en la pure forme ;

la déclarons irrecevable ;

déboutons la société A.) de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;

condamnons la société A.) à payer à chacune des parties la société D.), la société E.) et Personne A.) le montant de 500 euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;

laissons les frais et dépens de la présente instance à charge de la société A.)