

No. Rôle: TAL-2022-00892
No. 2022TALREFO/00101
du 9 mars 2022

Audience publique extraordinaire des référés du mercredi, 9 mars 2022, tenue par Nous Philippe WADLÉ, premier juge 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, assisté du greffier Loïc PAVANT.

DANS LA CAUSE

ENTRE

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

élisant domicile en l'étude de Maître William TANGUY, avocat, demeurant à Luxembourg,

partie demanderesse comparant par Maître William TANGUY, avocat, assisté de Maître Yuri AUFFINGER, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

ET

1) la société à responsabilité limitée B.), établie et ayant son siège social à (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro (...), représentée par son gérant unique actuellement en fonctions,

2) la société à responsabilité limitée C.), établie et ayant son siège social à (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro (...), représentée par son gérant unique actuellement en fonctions,

3) la société anonyme D.), établie et ayant son siège social à (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

parties défenderesses sub 1) et sub 2) comparant par Maître François PRUM, avocat, assisté de Maître Nora HERRMANN, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

partie défenderesse sub 3) comparant par Maître Robert LOOS, avocat, demeurant à Luxembourg.

F A I T S :

A l'appel de la cause à l'audience publique ordinaire des référés du lundi matin, 21 février 2022, Maître William TANGUY et Maître Yuri AUFFINGER donnèrent lecture de l'assignation ci-avant transcrite et exposèrent leurs moyens.

Maître François PRUM, Maître Nora HERRMANN et Maître Robert LOOS furent entendus en leurs explications et moyens.

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 d'huissier de justice du 25 janvier 2022, la société à responsabilité limitée A.) (ci-après « **la société A.)** ») a fait donner assignation à la société à responsabilité limitée B.) (ci-après « **la société B.)** »), à la société à responsabilité limitée C.) (ci-après « **la société C.)** ») et à la société anonyme D.) (ci-après « **la société D.)** ») à comparaître devant le Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, pour voir nommer un administrateur provisoire à la société D.) avec la mission telle que spécifiée dans le dispositif de son assignation.

Faits

La société D.) a été constituée en date du 17 novembre 2006.

Le capital social de la société D.), représenté par 1.753.568 actions d'une valeur nominale de 100,- euros chacune, est, selon les indications du registre des actionnaires, détenu comme suit :

| | |
|---------|-------------------|
| - B.): | 1.567.003 actions |
| - A.) : | 133.631 actions |
| - E.): | 12.371 actions |
| - C.): | 20.017 actions |
| - F.): | 4.003 actions |
| - G.): | 16.543 actions |

Moyens des parties

A l'appui de sa demande, la société A.) expose qu'en date du 5 mai 2021, elle a conclu notamment avec les parties assignées un contrat cadre (*master agreement*) en vue de

procéder à une restructuration de la société D.) et de subvenir aux besoins de liquidités de cette dernière.

Dans le cadre de cette restructuration, deux contrats de prêt auraient été signés, en vertu desquels l'associé unique de la société A.), à savoir la société H.), se serait engagé à prêter le montant de 18.000.000 USD à la société D.).

Toujours en date du 5 mai 2021, elle aurait encore conclu avec la société B.) et la société C.) un pacte d'actionnaires (*shareholders agreement*) afin de fixer certaines règles à respecter à l'égard de leur filiale, la société D.).

Elle explique qu'en vertu du pacte d'actionnaires du 5 mai 2021, elle se serait engagée avec les sociétés B.) et C.) à voter lors d'une assemblée générale d'actionnaires de la société D.) en faveur de toute résolution visant à modifier les statuts de celle-ci dans le but d'assurer leur conformité avec ledit pacte d'actionnaires. Les sociétés B.) et C.) auraient toutefois violé leurs engagements en décidant notamment, lors de l'assemblée générale du 20 décembre 2021, de voter contre les résolutions ainsi proposées en conformité avec le pacte d'actionnaires. Les sociétés B.) et C.) auraient encore méconnu leurs obligations contractuelles en approuvant la nomination de deux administrateurs de la société D.), sans respecter la composition du conseil d'administration qui avait été convenue dans le pacte d'actionnaires. Ce nouveau conseil d'administration aurait par la suite décidé, en date du 19 janvier 2021, de proposer aux actionnaires de continuer l'activité de la société D.), sans tenir compte des stipulations du contrat cadre et du pacte d'actionnaires.

La partie demanderesse reproche à la société B.) et à la société C.), d'une part, d'avoir créé à travers leurs agissements une insécurité juridique quant à la composition du conseil d'administration et quant au sort des actes effectués par ses membres et, d'autre part, d'avoir exposé la société D.) à des difficultés financières en refusant de respecter le contrat cadre et le pacte d'actionnaires qui avaient été mis en place pour faire face aux besoins de fonds de la société.

Face au péril imminent d'une faillite, auquel la société D.) serait actuellement exposée, et dans la mesure où les intérêts sociaux seraient compromis par une composition illégitime du conseil d'administration, la société A.) sollicite la nomination d'un administrateur provisoire.

La société B.) et la société C.) concluent à titre principal à l'irrecevabilité de la demande de la société A.) au motif que celle-ci a omis, en violation du principe du contradictoire, d'assigner les trois autres actionnaires de la société D.), à savoir les sociétés E.), F.) et G.), alors que l'issue du litige est susceptible d'avoir un impact sur tous les actionnaires et que ceux-ci auraient dès lors un intérêt à participer à la présente instance.

En ordre subsidiaire, la société B.) et la société C.) s'opposent à la demande en soutenant que les conditions de l'article 932 du Nouveau Code de procédure civile ne sont pas remplies en l'espèce.

Elles font plus particulièrement valoir que la partie demanderesse ne démontre pas en quoi il y aurait urgence à nommer un administrateur provisoire, étant donné que la situation financière de la société D.) ne serait pas entravée et que les organes de celle-ci fonctionneraient régulièrement, une assemblée générale du 28 janvier 2022 ayant encore récemment décidé de voter pour la continuation des activités de la société.

Elles considèrent ensuite que la mesure sollicitée n'est pas justifiée par l'existence d'un différend et qu'elle se heurte par ailleurs à de nombreuses contestations sérieuses, dont notamment une nullité pour vice de consentement affectant le contrat cadre ainsi que le pacte d'actionnaires en raison du fait que ces accords auraient été imposés à l'un des signataires au moment où la santé de celui-ci était compromise.

Elles contestent toute violation des conventions litigieuses et relèvent, de leur côté, que l'actionnaire unique de la société A.) aurait négligé de procéder au paiement de la deuxième tranche du prêt tel que convenu par le contrat cadre et le pacte d'actionnaires, ce qui risquerait d'affecter la situation financière de la société.

La société B.) et la société C.) concluent également au rejet de la demande sur le fondement de l'article 933 du Nouveau Code de procédure civile, en faisant plaider que l'urgence n'est pas prouvée et qu'au regard des contestations sérieuses émises par elles à l'égard de la mesure sollicitée, l'existence d'un dommage imminent ou d'un trouble manifestement illicite ne saurait être retenue.

Elles ajoutent enfin que le juge des référés est incompétent pour ordonner la mesure sollicitée, dans la mesure où il préjugerait le fond de l'affaire en nommant un administrateur provisoire qui, au regard de la mission proposée par la partie demanderesse, serait amené à procéder à l'exécution des accords litigieux.

A titre plus subsidiaire, si la demande était déclarée fondée, la société B.) et la société C.) considèrent qu'il y a lieu d'investir l'administrateur provisoire d'une mission plus générale, dans le cadre de laquelle il n'aura pas à procéder à l'exécution des contrats litigieux.

La société D.) se rallie d'abord au moyen d'irrecevabilité de la demande tiré du défaut d'assignation de tous les actionnaires de la société D.).

Elle conclut ensuite à l'irrecevabilité la demande en nomination d'un administrateur provisoire au motif que les conditions requises par les dispositions légales invoquées ne sont pas remplies en l'espèce. Dans ce contexte, elle fait souligner que les organes sociaux de la société fonctionnent normalement et que, contrairement aux dires de la partie

demanderesse, la société est actuellement gérée par des administrateurs de droit, nommés en bonne et due forme par l'assemblée générale des actionnaires. Elle explique encore que la gestion de la société D.) risque d'être paralysée par la nomination d'un administrateur provisoire dans la mesure où celui-ci, avant de pouvoir accomplir sa mission, aura besoin de temps pour se familiariser avec le fonctionnement de la société.

A titre subsidiaire, si le juge des référés devait ordonner la mesure sollicitée, la société D.) demande à ce que l'administrateur provisoire soit investi d'une mission classique, excluant toute mise à exécution des accords intervenus entre les parties.

Appréciation

Quant au moyen d'irrecevabilité tiré du défaut d'assignation de tous les actionnaires de la société D.), il y a lieu de retenir qu'il n'existe aucune disposition légale qui sanctionnerait une demande en nomination d'un administrateur provisoire d'irrecevabilité en raison de l'absence de mise en cause de tous les actionnaires de la société concernée.

Ce moyen est partant à rejeter pour être non fondé.

Quant au bien-fondé de la demande, il y a lieu de rappeler que l'intervention du juge des référés dans la vie des sociétés se fonde sur des critères très réticents : (i) l'urgence, (ii) le provisoire, (iii) l'existence d'une apparence de droit et (iv) l'absence d'immixtion du juge dans la vie sociale (*E. POTTIER et M. DE ROECK, L'administration provisoire: bilan et perspectives, RDCB, 1997, p. 204, n° 5*).

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

Plus particulièrement, en ce qui concerne le premier critère, l'intervention du juge des référés ne saurait se justifier que lorsqu'il y a urgence, c'est-à-dire quand le moindre retard peut causer un préjudice irréparable. D'une manière générale, la jurisprudence considère qu'il y a toujours urgence dans tous les cas où la gestion sociale n'est plus assurée par suite de la disparition, de la carence ou de la paralysie de l'un ou de plusieurs des organes sociaux (*Nico EDON, L'intervention du juge des référés dans la vie des sociétés, Diagonales à travers le droit luxembourgeois, 1986, p. 189*).

En revanche, lorsque les organes sont encore en état de fonctionner, l'urgence devra être démontrée par les circonstances de l'espèce. Il s'agira essentiellement de démontrer que la non-intervention du juge produirait des suites irréparables, d'apporter la preuve du péril que courent les droits de quelqu'un si les choses sont laissées en l'état en attendant que la contestation au fond soit vidée (*TAL (référé), 28 juillet 1986, n° 832/86 ; TAL (référé), 27 juillet 1987, n° 811/87 ; TAL (référé), 3 novembre 1988, n° 1331/88*).

Quant à la condition du provisoire, celle-ci a été, selon la doctrine, petit à petit vidée de sa substance pour ne plus constituer aujourd'hui qu'une interdiction faite au juge des référés de rendre une ordonnance dont le dispositif serait déclaratif ou constitutif de droits (*E. POTTIER et M. DE ROECK, op.cit., p. 205, n° 9*).

La Cour de cassation belge a à ce sujet décidé que la seule limite du juge des référés est que ce dernier ne peut modifier la situation juridique des parties de manière définitive et irréversible rendant inutile ou sans intérêt une décision du juge du fond en sens opposé (*Cass. belge, 14 juin 1991, Pas. belge, 1991, I, p. 99*).

En ce qui concerne le troisième critère, à savoir l'apparence de droit, celui-ci découle tout naturellement du libellé de l'article 933 du Nouveau code de procédure civile, qui permet au juge des référés de fonder sa décision sur une situation de fait ou de droit qui n'est ou ne peut être sérieusement contestée (*Cour d'appel, 26 juin 1985, Pas. 26, p. 354*).

Il est enfin de principe qu'en matière de droit des sociétés, l'intervention du juge des référés est soumise à un principe de subsidiarité (également appelé « principe du dernier recours » ou « principe de non-intervention »).

La subsidiarité de l'action en référé implique qu'elle ne peut être mue que lorsque les modes de résolution des conflits offerts par la loi sur les sociétés et la convention (statutaire ou extrastatutaire) des parties sont impuissantes à résoudre le différend ; l'intervention judiciaire doit donc être nécessaire (*Roman AYDOGDU, Les conflits entre actionnaires, 1^{ère} édition, Bruxelles, LARCIER, 2010, n° 251, p. 146*).

Il n'appartient pas au juge des référés d'intervenir, même temporairement, dans le fonctionnement d'une société commerciale, alors qu'il appartient aux seuls organes de la société tels qu'ils sont institués par la loi, de gérer la société et de mettre tout en œuvre pour assurer son fonctionnement.

Le principe est donc qu'il n'appartient pas aux juges d'intervenir dans le fonctionnement des sociétés, ce rôle étant dévolu aux organes sociaux.

Il découle de ce qui précède que pour que l'intervention du juge des référés dans la vie d'une société se justifie, il faut 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 y a dès lors lieu d'analyser si les circonstances de l'espèce justifient l'intervention du juge des référés dans la vie de la société D.) au regard des principes ci-avant énoncés.

A ce titre, il y a d'abord lieu de noter qu'il n'est pas établi, ni même allégué que les organes de la société D.) soient hors d'état de fonctionner.

Il ressort au contraire des pièces et renseignements fournis par les parties que tant le conseil d'administration que l'assemblée générale des actionnaires de la société D.) sont actuellement en mesure de prendre des décisions.

Il résulte ainsi notamment du dossier soumis que l'assemblée générale de la société D.) a, sur convocation du conseil d'administration et par une résolution adoptée à l'unanimité en date du 28 janvier 2022, décidé la poursuite des activités de la société.

Un dysfonctionnement ou une carence des organes sociaux laisse partant d'être établi.

Les organes de la société D.) étant en état de fonctionner, il appartient à la partie demanderesse de rapporter la preuve du caractère urgent de sa demande.

A cet égard, la société A.) se prévaut de plusieurs violations du contrat cadre et du pacte des actionnaires conclus le 5 mai 2021, ainsi que de difficultés financières qui en résulteraient pour la société D.). Elle fait encore valoir que la gestion de la société est actuellement assurée par des administrateurs illégitimes, dont deux nommés en violation des prédicts accords, qui compromettent les intérêts de la société en ce qu'ils agissent sur instructions de la société B.) et du bénéficiaire ultime de celle-ci, I.).

Force est cependant de constater que la validité ainsi que l'exécution desdits accords contractuels font l'objet d'un litige entre parties qui, au vu des contestations et moyens émis de part et d'autre, relève de la seule compétence des juges du fond.

En effet, tant la question de la validité des contrats du 5 mai 2021, que celle de la réalité des manquements contractuels invoqués, supposent un examen approfondi des éléments de fait et de droit gisant à la base de la demande de la société A.), examen qui échappe toutefois au pouvoir d'appréciation sommaire du juge des référés.

En tout état de cause, les fautes contractuelles alléguées par la société A.) ne sont pas à ce point claires et évidentes qu'elles puissent être considérées comme constituant un trouble manifestement illicite au sens de l'article 933, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile.

Par ailleurs, il ne découle d'aucun élément du dossier que le conseil d'administration dans son ensemble ou les administrateurs litigieux en particulier, aient agi ou aient l'intention d'agir contre les intérêts de la société en prenant des décisions dans le seul but de servir les intérêts de la société B.) (ou de son bénéficiaire économique) ou aux fins de compromettre la situation financière déjà précaire de la société, les affirmations faites à ce sujet par la partie demanderesse restant à l'état de pures allégations.

Eu égard à sa qualité d'actionnaire majoritaire, la société B.) n'a d'ailleurs *a priori* aucun intérêt à agir contre les intérêts économiques de la société D.).

Dans les conditions ainsi données, l'urgence requise pour l'application de l'article 932 alinéa 1^{er} et inhérente à l'application de l'article 933 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile laisse également d'être établie.

Il s'ensuit que la demande de la société A.) est à déclarer irrecevable sur toutes les bases légales invoquées.

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

Nous Philippe WADLÉ, premier juge 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 forme ;

Nous déclarons compétent pour en connaître ;

au principal renvoyons les parties à se pourvoir devant qui de droit, mais dès à présent et par provision,

déclarons la demande irrecevable sur toutes les bases légales invoquées ;

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

laissons les frais de l'instance à charge de la société à responsabilité limitée A.).