

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

No. Rôle: 166213

Réf. no. 272/2015

du 11 juin 2015

Audience publique extraordinaire des référés du jeudi, 11 juin 2015, tenue par Nous Elisabeth CAPESIUS, Vice-Présidente au tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement du Président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, assistée du greffier assumé Larissa FANELLI.

DANS LA CAUSE

E N T R E

la société anonyme SOCIETE1.) SA, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction,

élisant domicile en l'étude de Maître Aurore MERZ-SPET, avocat, demeurant à Luxembourg,

partie demanderesse comparant par Maître Lionel SPET, avocat, en remplacement de Maître Aurore MERZ, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

E T

PERSONNE1.), demeurant à ADRESSE2.), Emirats Arabes Unis, élisant domicile pour les besoins de la signification de la prédite assignation en l'étude de la société d'avocats AMMC LAW SA, société anonyme inscrite au Barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-2453 Luxembourg, 2-4, rue Eugène Ruppert, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 174465, représentée par Maître Christophe MAILLARD, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, à la même adresse,

partie défenderesse comparant par Maître Emmanuelle PRISER, avocat, en remplacement de Maître Christophe MAILLARD, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

EN PRÉSENCE DE :

PERSONNE2.), demeurant à F-ADRESSE3.) ;

partie intervenant volontairement *comparant par Maître Nicolas THIELTGEN, avocat, demeurant à Luxembourg,*

F A I T S :

A l'appel de la cause à l'audience publique ordinaire des référés du 26 mars 2015, Maître Lionel SPET donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite et exposa ses moyens.

Maître Emmanuelle PRISER et Maître Nicolas THIELTGEN répliquèrent ;

L'affaire fut refixée au 27 avril 2015 ;

L'affaire fut ensuite refixée à l'audience publique extraordinaire des référés du 15 mai 2015, lors de laquelle les mandataires des parties furent entendus en leurs explications ;

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:

Suivant ordonnance du 23 septembre 2014, le magistrat siégeant en remplacement du Président du Tribunal de ce siège a au vu de la requête unilatérale déposée le 22 septembre 2014 par PERSONNE1.) sur base des articles 54 du décret du 30 mars 1808 et 66 du nouveau code de procédure civile et au vu de l'urgence, des motifs déduits à la requête et des pièces à l'appui, ordonné la suspension des effets de la décision du conseil d'administration de la société SOCIETE1.) du 28 août 2014, a ordonné la suspension des effets de la convocation pour l'assemblée générale extraordinaire de SOCIETE1.) devant se tenir à ADRESSE4.), L-ADRESSE4.), le 30 septembre 2014 à 10:00 heures, publiée au Mémorial C n° NUMERO2.) du 11 septembre 2014, a ordonné la suspension des effets de la convocation pour l'assemblée générale ordinaire de SOCIETE1.) devant se tenir au siège social de la société SOCIETE1.) le 30 septembre 2014 à 14:00 heures, publiée au Mémorial C n° NUMERO2.) du 11 septembre 2014, a interdit la tenue de l'assemblée générale extraordinaire de SOCIETE1.) convoquée pour le 30 septembre 2014 et appelée à délibérer sur les points à l'ordre du jour suivants :

1. Resignation of, and discharge to, SOCIETE2.) S.à r.l. as Statutory Auditor of the Company
2. Appointment of SOCIETE3.) S.A. as Statutory Auditor of the Company
3. Transfer the registered office from LIEU1.) to LIEU2.)
4. Removal of PERSONNE1.) as Director of the Company for behavior considered by the Board to be deliberately or recklessly destructive to the interest of the Company
5. Appointment of PERSONNE3.), born on DATE1.) in LIEU3.) (Belgium), residing professionally in L-ADRESSE5.), as Director of the Company
6. Miscellaneous ;

a interdit la tenue de l'assemblée générale ordinaire de SOCIETE1.) convoquée pour le 30 septembre 2014 et appelée à délibérer sur les points à l'ordre du jour suivants :

1. Approval of the management reports of the Board of Directors and of the reports of the Statutory Auditor concerning the Annual Accounts for the Financial Years 2011, 2012 and 2013
2. Approval of the Annual Accounts and allocation of the results as at: (i) December 31, 2011; (ii) December 31, 2012; and (iii) December 31, 2013
3. Granting discharge to the Directors and to the Statutory Auditor for the performance of their mandate
4. Any other business ;

a interdit aux administrateurs de SOCIETE1.) ainsi qu'à toute personne et/ou organe de SOCIETE1.) y autorisés selon les dispositions de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle qu'amendée, de convoquer, respectivement de demander la convocation

d'une assemblée générale ordinaire ayant le même ordre du jour que celui de l'assemblée générale ordinaire du 30 septembre 2014, tel que repris ci-dessus, jusqu'à ce qu'il soit statué sur la demande tendant à la nomination d'un administrateur provisoire formulée par le requérant dans les termes de son assignation en référé du 30 juin 2014 et de sa réassignation en référé du 13 août 2014, a interdit aux administrateurs de SOCIETE1.) ainsi qu'à toute personne et/organe de SOCIETE1.) y autorisés selon les dispositions de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle qu'amendée, de convoquer, respectivement de demander la convocation, d'une assemblée générale extraordinaire ayant le même ordre du jour que celui de l'assemblée générale extraordinaire du 30 septembre 2014, tel que repris ci-dessus, jusqu'à ce qu'il soit statué sur la demande tendant à la nomination d'un administrateur provisoire formulée par le requérant dans les termes de son assignation en référé du 30 juin 2014 et de sa réassignation en référé du 13 août 2014, a déclaré la demande en nomination d'un administrateur provisoire irrecevable et a autorisé le dépôt de la présente ordonnance au Registre de commerce et des sociétés et la publication de son dispositif au Mémorial C.

Cette ordonnance a été signifiée le 25 septembre 2014 à la société anonyme de droit luxembourgeois SOCIETE1.) SA.

Par exploit de l'huissier de justice de justice suppléant Patrick MULLER, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg 3 décembre 2014, la société anonyme SOCIETE1.) SA a fait donner assignation à PERSONNE1.) à comparaître devant le Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière de référés, pour voir ordonner l'annulation sinon la rétractation de l'ordonnance présidentielle du 23 septembre 2014 sur base de l'article 66 du nouveau code de procédure civile, sinon de l'article 932 alinéa 1^{er} sinon encore de l'article 933 alinéa 1^{er} du même code.

Quant au contexte général :

Au courant du mois de juin 2010, PERSONNE1.), PERSONNE2.), PERSONNE4.) et PERSONNE5.) décident d'investir ensemble dans des sociétés actives dans le domaine du pétrole et à cette fin conviennent en date du 6 juin 2010 d'un « joint venture termsheet » aux termes duquel :

- PERSONNE2.) et PERSONNE4.) devaient chacun contribuer à hauteur de 7 millions d'euros dans le « joint venture » ;
- PERSONNE1.) et PERSONNE5.) devaient contribuer ensemble à hauteur de 7 millions d'euros dans le « joint venture » ;
- PERSONNE2.) et PERSONNE4.) chacun, et PERSONNE1.) et PERSONNE5.) ensemble, devaient recevoir en contre-partie de leur investissement un tiers des parts sociales d'une nouvelle société à constituer avec siège social à LIEU1.).

Ce « termsheet » est complété par un avenant signé en date du 16 décembre 2010.

Pour la conduite de leurs activités communes suivant le « termsheet », les parties décident d'utiliser la société luxembourgeoise SOCIETE1.) SA (anciennement SOCIETE1'.) SA, puis SOCIETE1''.) SA) pour réaliser les investissements visés dans la convention.

Les mêmes parties, alors actionnaires de la société SOCIETE1.), signent également un pacte d'actionnaires (« First Shareholders' Agreement ») en date du 16 juillet 2010 prévoyant entre autres, les conditions de transfert de certains actifs à SOCIETE1.) avant le 31 décembre 2010

par PERSONNE1.) et PERSONNE5.) (ensemble « party A ») et par PERSONNE2.) et PERSONNE4.) (ensemble « Party B »).

Ce pacte est modifié par un avenant signé le 16 décembre 2010 (« Deed of Variation »).

Depuis une augmentation de capital du 21 janvier 2011, le capital social est de 45.000 euros, représenté par 45.000 actions d'une valeur nominale d'un euro, et souscrit comme suit :

- PERSONNE2.) : 15.000 actions, soit 1/3 du capital
- PERSONNE4.) : 15.000 actions, soit 1/3 du capital
- PERSONNE1.) : 7.500 actions, soit 1/6 du capital
- PERSONNE5.) : 7.500 actions, soit 1/6 du capital.

Depuis la révocation d'PERSONNE5.) de ses fonctions d'administrateur lors d'une assemblée générale extraordinaire du 28 novembre 2012, le conseil d'administration de SOCIETE1.) est composé de 3 membres, à savoir PERSONNE2.), PERSONNE1.) et PERSONNE4.). Ce dernier est désigné comme président du conseil d'administration.

Il est constant en cause que les parties sont en désaccord quant à la bonne exécution de leurs obligations respectives en vertu du « termsheet » et de son avenant, ainsi que sous le « First Shareholders' Agreement » et le « Deed of Variation ».

Dans ce contexte, PERSONNE1.) engage une procédure judiciaire à l'encontre des trois autres parties qui est actuellement pendante devant la High Court of Justice de Londres.

Il est constant en cause que les derniers comptes annuels de SOCIETE1.) approuvés par l'assemblée générale des actionnaires sont ceux de l'exercice social clos au 31 décembre 2010 et déposés au registre de commerce et des sociétés le 26 mars 2012.

Aux termes de sa requête du 22 septembre 2014, PERSONNE1.) reproche à la société SOCIETE1.) d'avoir enfreint un certain nombre de ses obligations légales.

Il reproche plus particulièrement au conseil d'administration de la société SOCIETE1.) de s'être réuni en date du 28 août 2014 avec pour agenda :

- A. Verbal update by Daily Manager appointed on 4 August ;
- B. Approval of the Company Accounts 2011-2013 ;
- C. Fixing date for forthcoming Extraordinary General meeting to :
 - a. Approve annual accounts ;
 - b. Approve or ratify appointment of Statutory Auditor and Accountants ;
 - c. Remove PERSONNE1.) as Director of the Company due to behaviour considered obstructive, damaging and/or inappropriate towards the Company ; and
 - d. Appoint an independent third Director to the Board of the Company ;
- D. Miscellaneous,

et d'avoir approuvé les comptes annuels alors que seule une version incomplète et entachée d'erreurs a été présentée au conseil d'administration, alors que les comptes n'ont pas été établis dans leur forme finale et que les projets n'ont pas été revus par le commissaire de la société, alors que les rapports de gestion n'ont pas été établis et que les notes aux comptes n'ont pas été présentés.

PERSONNE1.) explique que la réunion précipitée du conseil d'administration en date du 28 août 2014 a eu lieu en réaction à l'assignation en référé qu'il a lancée en date du 30 juin 2014 et tendant à la nomination d'un administrateur provisoire de SOCIETE1.) aux fins de voir

établir, présenter et faire approuver les comptes sociaux de SOCIETE1.) pour les exercices clos aux 31 décembre 2011, 2012 et 2013 et de voir autoriser et ordonner la remise à l'administrateur provisoire de tous les documents sociaux, commerciaux, comptables et fiscaux.

Quant à sa demande tendant à la suspension des effets de la convocation pour l'assemblée générale extraordinaire et de l'assemblée générale ordinaire de SOCIETE1.) et aux interdictions subséquentes, PERSONNE1.) la justifie par le fait que des comptes sociaux qui n'ont pas été valablement approuvés par le conseil d'administration pour toutes les raisons mentionnées ci-dessus ne pouvaient être valablement approuvés au sein d'une assemblée générale et que les administrateurs ne pouvaient dès lors obtenir décharge de leur gestion.

La société SOCIETE1.), aux termes de son assignation en rétractation du 3 décembre 2014, conteste toutes les critiques formulées à son encontre par PERSONNE1.) et reproche à ce dernier de s'être lancé dans une « vendetta » judiciaire en lançant plusieurs procédures à son encontre et à l'encontre des autres actionnaires et administrateurs de la société. Elle estime être victime de l'acharnement judiciaire d'un actionnaire minoritaire qui souhaite semer le trouble dans la vie sociale de SOCIETE1.) en lançant des procédures judiciaires totalement injustifiées.

A l'audience du 2 février 2015, PERSONNE2.) a déclaré intervenir volontairement à l'instance pendante entre la société anonyme SOCIETE1.) SA et PERSONNE1.) aux fins de soutenir les demandes de la société SOCIETE1.) SA et aux fins de veiller à ce que ses intérêts ne soient pas compromis et le cas échéant, pour faire valoir tous moyens dans l'instance en référé-rétractation.

La partie défenderesse soulève in limine litis l'incompétence du juge des référés pour connaître de la demande en rétractation au motif qu'aux termes de l'assignation du 3 décembre 2014, elle est invitée à comparaître devant *le Président du Tribunal d'arrondissement et à Luxembourg, siégeant en matière de référés*, alors que le seul juge compétent pour maintenir ou révoquer l'ordonnance unilatérale contestée du 23 septembre 2014 serait le Président du Tribunal d'arrondissement, siégeant *comme en matière de référés*.

La demande en rétractation de l'ordonnance sur requête trouve son fondement dans l'article 66 du nouveau code de procédure civile.

L'article précité 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.

Dans les documents parlementaires, le législateur relève que le président du tribunal d'arrondissement a la possibilité, dans un certain nombre de cas, de prescrire par ordonnance rendue sur requête certaines mesures pouvant être très importantes. Ces ordonnances ne sont pas précédées d'un débat contradictoire, leur caractère spécifique étant que seul le requérant est entendu. De ce fait, elles sont susceptibles de faire grief.

Ainsi, pour sauvegarder les légitimes intérêts de la partie non appelée à se défendre, l'article prémentionné met-il à sa disposition un recours, de sorte que rien d'irréparable ne sera décidé par l'ordonnance.

Il ressort de ce commentaire que le grand souci du législateur en matière d'ordonnances sur requête soustraites à un débat contradictoire, est de sauvegarder les droits de la partie absente en lui accordant le droit de former un recours. Ce recours est toutefois subordonné à l'existence d'un grief causé par la décision prise à son insu.

Il y a lieu de rappeler que le président du tribunal d'arrondissement au Luxembourg - en France le président du tribunal de grande instance - dispose d'attributions se répartissant en deux catégories. Dans l'une, qui couvre les ordonnances rendues sur assignation en référé dans le cadre d'une procédure contradictoire, ou sur simple requête dans le cadre d'une procédure unilatérale, le président rend une décision provisoire qui ne touche pas le fond du droit et qui, même si elle effleure le fond, ne le tranche pas (Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, Procédure Civile, édition 1996, numéros 234 et 254). Tant qu'il statue sur requête ou sur assignation en référé, le président ne peut prendre qu'une décision provisoire (Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, op. précité, numéro 254). Dans l'autre catégorie, le président statue également seul, mais il rend une décision qui est définitive en ce qui concerne le fond (Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, op. précité, numéro 234).

Ainsi, le président se voit en certaines matières attribuer le pouvoir de trancher le fond du droit et de statuer définitivement, mais « en la forme des référés » ou « comme en matière de référé ». Dans cette dernière catégorie d'attributions, le président statue en la forme des référés tout en étant juge du fond et non juge des référés (Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, op. précité, numéros 255 et 256).

Il est vrai que l'article 66 est nettement moins explicite que les articles 496 alinéa 2 et 497 du nouveau code de procédure civile français qui concernent le même recours, raison pour laquelle il échet de s'appuyer sur les doctrines et jurisprudences françaises en la matière.

Comme le juge auquel il est demandé de rétracter son ordonnance n'est pas soumis aux conditions du référé de droit commun, il est admis qu'il est saisi « comme en matière de référé ».

En effet, le régime juridique de l'action en rétractation de l'ordonnance présidentielle se différencie de celui des procédures de référé proprement dites en ce que ce mode de contestation ne constitue pas à proprement parler une voie de recours, mais un recours permettant de faire respecter le contradictoire a posteriori (S. Guinchard, Procédure civile, n° 2115, éd. 2010, Précis Dalloz). Il ne s'agit en effet 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 (Solus et Perrot, cité in Jurisclasseur Proc. Civ., fasc. 480, n° 55).

Il s'ensuit que le régime du référé-rétractation lui est spécifique et est, en particulier, distinct des règles gouvernant les référés de droit commun. La condition d'urgence n'est ainsi pas requise. De même l'existence d'une contestation sérieuse ne constitue pas un obstacle à la rétractation (Jurisclasseur Proc. Civ., fasc. 480, n° 55).

La demande en rétractation de l'ordonnance présidentielle constitue donc un recours autonome des actions en référé prévues par les articles 932 et 933 du nouveau code de procédure civile.

Aux termes de son exploit d'assignation du 3 décembre 2014, la société anonyme SOCIETE1.) SA a donné assignation à comparaître devant le président du tribunal d'arrondissement siégeant en matière de référés.

Le juge des référés saisi par l'exploit d'assignation du 3 décembre 2014 est ainsi compétent pour connaître de la demande en rétractation.

Irrecevabilité de la demande pour défaut de qualité et/ou d'intérêt à agir de la société SOCIETE1.)

A l'appui de ce moyen, PERSONNE1.) fait valoir que la société SOCIETE1.) n'a aucun intérêt à agir dès lors que l'ordonnance présidentielle du 23 septembre 2014 ne lui cause aucun grief personnel.

Elle n'aurait également pas qualité pour agir dans la mesure où il résulte de l'assignation du 3 décembre 2014 qu'elle n'agit pas pour la défense de ses intérêts propres mais se fait le porte-parole de tiers, dont notamment les administrateurs pris individuellement, le conseil d'administration et l'assemblée générale des actionnaires.

Pour qu'une action puisse être introduite par le demandeur, il faut que certaines conditions soient remplies dans son chef pour que l'action existe réellement à son profit. Il doit avoir intérêt à agir et qualité à agir.

L'intérêt est fonction de l'utilité que peut présenter pour le demandeur l'exercice de l'action. Le demandeur a un intérêt à agir dès lors que le succès de ses prétentions est susceptible de lui procurer des avantages matériels ou moraux.

L'intérêt est en principe une condition suffisante pour être investi du droit d'agir. Le recours à la justice ne doit en effet être ouvert que si son auteur peut espérer en retirer un certain avantage, ceci afin d'éviter un encombrement inutile des tribunaux. S'il apparaît que l'exercice d'une action en justice ne présente aucune utilité pour un plaideur, le juge peut déclarer la demande irrecevable, se dispensant par là même de statuer sur le fond. L'intérêt constitue une condition générale d'existence de l'action, il est exigé de toute partie au procès.

L'intérêt à agir est le profit, l'utilité ou l'avantage que l'action peut procurer au plaideur. Il existe lorsque le résultat de la demande introduite est de nature à modifier ou à améliorer la condition juridique du demandeur, et il suffit qu'il affirme que tel est le cas.

Toute personne qui prétend qu'une atteinte a été portée à un droit lui appartenant et qui profitera personnellement de la mesure qu'elle réclame a un intérêt personnel à agir en justice et donc qualité pour se faire.

L'article 66 du nouveau code de procédure civile dispose que lorsque la loi permet ou la nécessite 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.

Ce recours approprié est toutefois subordonné à l'existence d'un grief causé par la décision prise à son insu. Toute partie qui se prétend victime d'un dommage doit pouvoir faire valoir ses droits en justice.

Il ne saurait être contesté que la société SOCIETE1.), qui se voit temporairement dans l'impossibilité d'approuver ses comptes sociaux, subit un grief de sorte qu'elle a un intérêt et qualité pour agir.

Quant à l'intervention volontaire d'PERSONNE2.)

A l'audience du 2 février 2015, PERSONNE2.) a déclaré intervenir volontairement à l'instance pendante entre la société anonyme SOCIETE1.) SA et PERSONNE1.) aux fins de soutenir les demandes de la société SOCIETE1.) SA et aux fins de veiller à ce que ses intérêts ne soient pas compromis et le cas échéant, pour faire valoir tous moyens dans l'instance en référé-rétractation.

PERSONNE1.) se rapporte tout d'abord à prudence de justice quant à la recevabilité en la forme de l'intervention volontaire d'PERSONNE2.) par voie de conclusions orales. Il est d'avis que l'intervention aurait dû se faire comme toute demande en référé exclusivement par voie d'assignation, conformément à l'article 934 du nouveau code de procédure civile ; il ajoute que le fait d'intervenir à l'instance par voie de conclusions orales violerait manifestement les droits de la défense alors que le défendeur ignorerait tout, avant l'audience de plaidoiries, des demandes formulées contre lui. Finalement, seule pourrait intervenir volontairement une personne qui peut former tierce opposition au jugement sur la contestation principale ; or PERSONNE2.) ne démontrerait pas qu'il serait recevable à former tierce opposition

L'intervention volontaire est celle dont un tiers prend l'initiative lui-même pour s'associer à une instance pendante.

Aux termes de l'article 483 du nouveau code de procédure civile, l'intervention sera formée par requête qui contiendra les moyens et conclusions, dont il sera donné copie ainsi que des pièces justificatives.

D'un point de vue formel, l'intervention volontaire se fait par acte d'avocat à avocat dans les procédures écrites, respectivement par déclaration orale à l'audience dans les autres procédures.

La requête en intervention volontaire d'PERSONNE2.) faite par conclusions orales à l'audience du 2 février 2015 est partant à déclarer régulière en la forme.

L'intervention volontaire n'est recevable que de la part de ceux qui auraient pu former tierce-opposition contre la décision, respectivement si l'intervenant a la qualité de tiers et qu'il se prévaut d'un intérêt légitime, personnel et suffisant, direct ou indirect, matériel ou moral, ou d'un simple préjugé défavorable que pourrait créer une décision judiciaire, de nature à justifier sa participation à l'instance.

En l'espèce, PERSONNE2.) intervient dans l'instance pendante en sa qualité de membre du conseil d'administration de la société SOCIETE1.) dans le but d'appuyer les prétentions de la partie demanderesse.

Il est de l'essence d'une intervention volontaire conservatoire, par laquelle l'intervenant volontaire poursuit comme seul objectif de suivre les débats et de se voir rendre opposable la décision à intervenir, qu'elle ne peut avoir pour effet de modifier la situation de l'intervenant

volontaire d'un point de vue matériel, mais seulement d'un point de vue immatériel en ce qu'il est informé du contenu des débats et que la décision à intervenir lui devient opposable. Dans la mesure où il peut être important pour la partie intervenante d'être renseignée sur le sort réservé au présent litige, ces éléments suffisent à caractériser son intérêt à intervenir.

PERSONNE2.) justifie dès lors d'un intérêt à intervenir dans la présente instance.

L'intervention volontaire est partant recevable.

La société SOCIETE1.) conclut à la nullité de l'ordonnance unilatérale du 23 septembre 2014 au motif que l'ordonnance fait interdiction aux administrateurs de SOCIETE1.) de demander la convocation d'une assemblée générale ayant le même ordre du jour que celui de l'assemblée générale ordinaire du 30 septembre 2014 alors que PERSONNE1.) aurait introduit sa requête contre la seule société SOCIETE1.) et non pas contre les administrateurs et actionnaires et que le principe du contradictoire et le principe de l'autorité de chose jugée s'opposent à ce qu'une ordonnance unilatérale puisse produire des effets à l'encontre de tiers à la procédure en question.

Ce moyen est à écarter dans la mesure où le recours à la procédure unilatérale est par définition non contradictoire et que le requérant est à ce égard fondé à ne pas appeler de partie adverse. Il appartient à la partie ou aux parties qui estime(nt) que l'ordonnance qui a été rendue à son/leur insu lui/leur cause un grief, de rétablir a posteriori le contradictoire en demandant la rétractation de l'ordonnance.

La société SOCIETE1.) conclut encore à la nullité de l'ordonnance unilatérale du 23 septembre 2014 pour défaut de motivation, le juge s'étant contenté de renvoyer tout simplement à la requête unilatérale du demandeur.

Il a été décidé que le visa de la requête, emportant adoption de ses motifs, suffit à la motivation requise (Civ. 1^{re}, 24 octobre 1978, n° 77-11.513, Bull. civ. I. n° 317 ; Civ. 2^e, 6 mai 1999, n° 96-10-613, Bull. civ. II, n° 81). Par contre, le juge devra spécialement motiver son ordonnance s'il rejette la requête, et qu'en conséquence, il désapprouve, par hypothèse, les motifs qu'elle contient.

C'est d'ailleurs à juste titre que PERSONNE1.) fait valoir qu'il lui appartiendrait à lui seul, le cas échéant, de soulever le défaut de motivation de l'ordonnance, et non à la partie demanderesse en rétractation.

Le moyen de nullité soulevé par la société SOCIETE1.) est partant à écarter.

La société SOCIETE1.) conclut finalement à la nullité de l'ordonnance unilatérale du 23 septembre 2014 au motif que le requérant aurait fait preuve de déloyauté dans les informations fournies au Président du Tribunal en se gardant de lui indiquer notamment l'existence de sa plainte pendante devant les juridictions anglaises et de verser les conclusions contenant les explications et contestations des deux autres membres du conseil d'administration au sujet des prétendues opérations de financement non autorisées ou contraires à l'intérêt de SOCIETE1.) ainsi que les réponses de la société SOCIETE1.) aux courriers de Maître Maillard, donnant l'impression que le point de vue de PERSONNE1.) ne souffrait d'aucune contestation.

Contrairement aux affirmations de la société SOCIETE1.), PERSONNE1.) a fait état dans sa requête de l'existence d'une procédure pendante devant les juridictions anglaises et a versé sa plainte (Claim Form) à l'appui de sa requête.

Quant aux autres éléments que le requérant aurait cachés au tribunal, il ne suffit pas d'alléguer et de démontrer l'absence d'une pièce ou information quelconque dans le dossier soumis de façon unilatérale au magistrat pour que la procédure doive être sanctionnée. Pour pouvoir engendrer des conséquences au regard de la régularité de la procédure unilatérale, seules les pièces qui démontrent la réalité d'une contestation qui puisse s'opposer à la mesure unilatérale sollicitée doivent entrer en ligne de compte (TAL référé, 13 janvier 2015, n° 165674 du rôle).

Or, en l'espèce, les conclusions contenant les explications et contestations des deux autres membres du conseil d'administration au sujet des prétendues opérations de financement non autorisées ou contraires à l'intérêt de SOCIETE1.) et les réponses de la société SOCIETE1.) aux courriers de Maître Maillard, tout comme d'ailleurs la plainte devant les juridictions anglaises, n'ont aucune pertinence au regard du bien-fondé des mesures sollicitées par PERSONNE1.).

Le moyen de nullité pour violation de l'obligation de loyauté dans les débats soulevé par la société SOCIETE1.) est partant à écarter.

La société SOCIETE1.), appuyée également en ce sens par PERSONNE2.), fait valoir que l'article 54 du décret impérial du 30 mars 1808 et l'article 66 du nouveau code de procédure civile sur lesquels le magistrat s'est basée pour rendre l'ordonnance présidentielle du 23 septembre 2014 ne constituent pas des bases légales adéquates.

Ce moyen est à écarter.

En effet, l'usage illimité des ordonnances sur requête, sous la seule condition de l'urgence, est consacré par un texte formel, l'article 54 du décret du 30 mars 1808, qui prescrit de présenter au président toute requête à fin d'arrêt ou de revendication de meubles ou de marchandises, ou autres mesures urgents.

Ce décret n'a pas été abrogé au grand-Duché de Luxembourg.

D'après la doctrine française, le texte de l'article 54 du décret du 30 mars 1808 est absolument général et permet en cas d'urgence de recourir au président, en dehors des cas énumérés par la loi. Le président aura alors le droit et le devoir de répondre à toutes les requêtes que les parties lui adressent, dans les hypothèses où une décision immédiate est nécessaire (E. Garsonnet, Traité théorique et pratique de procédure, t. 8)

Il y a partant lieu de retenir que le décret de 1808 ne concerne pas uniquement une règle d'organisation interne ayant trait à la distribution des affaires, de sorte que le président du tribunal d'arrondissement peut, même en dehors d'un cas prévu par un texte de loi, à condition qu'il y ait urgence objective, prendre des mesures commandées par des intérêts tellement pressants que le recours en référé ne suffirait pas aux exigences de la situation.

Quant à l'article 66 du nouveau code de procédure civile, il introduit, de par son libellé, non seulement un recours contre les ordonnances prises sur requête, mais confère encore pouvoir

aux magistrats de prendre des mesures sur requête, d'une part, si la loi le permet et d'autre part, si « la nécessité le commande ». En d'autres termes, même lorsque l'intervention du juge sur requête unilatérale n'est pas prévue par un texte, elle est possible pourvu que la nécessité le commande.

L'ordonnance présidentielle du 23 septembre 2014 actuellement litigieuse n'était dès lors pas dépourvue de base légale.

La société SOCIETE1.) fait encore valoir que l'ordonnance présidentielle n'aurait aucun caractère provisoire dans la mesure où elle préjudicierait au fond et qu'elle ne serait pas limitée dans le temps.

Ce moyen est à écarter étant donné que les mesures ordonnées par l'ordonnance querellée sont limitées dans le temps et ne tranchent pas le principal. Le magistrat n'a fait qu'exercer un contrôle de régularité formelle et n'a fait que tirer les conséquences pratiques de la situation dont il était saisi provisoirement.

Quant au bienfondé de la demande en rétractation

Il convient de rappeler que 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 des référés 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.

Aucune disposition légale ne permettant au président du tribunal de suspendre par voie d'ordonnance sur requête les effets des résolutions prises par le conseil d'administration d'une société ainsi que les effets d'une convocation pour des assemblées générales, il appartient à la partie requérante d'établir que la « nécessité » commandait une telle mesure.

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 :

- s'il est nécessaire de provoquer un effet de surprise,
- lorsqu'il est impossible d'identifier de manière certaine et précise les personnes à charge desquelles les mesures doivent être exécutées et
- en cas d'extrême urgence.

La notion d'extrême urgence ne se confond pas avec la notion d'urgence qui justifie le recours au référé. L'extrême urgence doit être appréciée de manière particulièrement rigoureuse. Il faut que l'introduction de la demande en référé, même par délai abrégé, soit de toute évidence impuissante à régler la situation en temps utile, inefficace ou impossible. Il faut que la crainte d'un péril grave et imminent nécessite une mesure immédiate qui ne saurait souffrir du délai causé par le recours à une procédure contradictoire (Hakim Boularbah, Requête unilatérale et inversion du contentieux, Ed. Larcier 2010, n° 646).

La requête, dérogation au principe de portée générale du contradictoire, ne peut être tolérée qu'à titre purement exceptionnel, c'est-à-dire en présence d'une cause légitime justifiant qu'il y soit dérogé (X. et J. Vuitton, Les référés, p. 186, LexisNexis 3^{ème} édition).

Pour opérer valablement la saisine juge des référés, il faut établir qu'à défaut de son intervention, la situation deviendrait irréversible.

Le président ne peut partant 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 justifiant 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, op. cité, n° 656).

Au vu des circonstances fournies par PERSONNE1.) à l'appui de sa requête et qui n'ont pas été autrement contestées, à savoir que le conseil d'administration de SOCIETE1.) qui s'est réunie en date du 28 août 2014 a procédé à l'approbation des comptes sociaux pour les exercices 2011, 2012 et 2013 sans que les administrateurs soient en possession de toutes les informations utiles pour pouvoir voter de manière utile et éclairée et notamment sans être en possession d'un rapport de gestion et du rapport du commissaire, il convient de retenir qu'il existe un doute sur la question de savoir si les « comptes annuels » qui ont été approuvés lors de la réunion du conseil d'administration correspondent à la situation comptable et réelle de la société, doute qui est d'ailleurs amplifiée d'une part par la minute même de la réunion du conseil d'administration de laquelle il résulte que Monsieur PERSONNE6.), ancien (!) membre du conseil d'administration a expliqué lors de la réunion du conseil d'administration que « *that the new statutory auditors are considered necessary because the existing auditors (à savoir PERSONNE7.) did not agree with the equity treatment of the capital contributions by shareholders, contrary to the legal advice form (...) (étude d'avocats). It was therefore considered prudent to go back to the original auditors who had approved the treatment in the*

2010 accounts, namely Mr PERSONNE8.), formerly of SOCIETE4.) who was now at the firm SOCIETE5.) » , d'autre part par le fait que les comptes présentés lors de la réunion du conseil d'administration avaient aux termes de la minute vocation à être modifiés et partant nécessitaient d'être revus par le commissaire aux comptes, et finalement par le fait que le commissaire PERSONNE7.), qui a actuellement démissionné de ses fonctions de commissaire de SOCIETE1.), avait au mois de juillet 2014, préparé les comptes annuels de SOCIETE1.) aux 31 décembre 2011, 2012 et 2013 comprenant à chaque fois le rapport de gestion et le rapport du commissaire, documents qui avaient été adressés au comptable de la société pour être communiqués au conseil d'administration mais qui n'ont jamais été communiqués à celui-ci pour discussion et approbation.

A ce sujet, la société SOCIETE1.) n'a fourni aucune explication à l'audience.

Or force est de constater qu'il résulte des prédits rapports du commissaire PERSONNE7.) pour les trois exercices en cause que les pertes reportées excèdent le capital social et que les actionnaires doivent partant délibérer sur la dissolution éventuelle de la société conformément à l'article 100 de la loi sur les sociétés commerciales. Le commissaire retient encore que dans les comptes annuels, certaines opérations ont été enregistrées pour lesquelles une documentation adéquate n'a pu lui être présentée de sorte qu'il n'a pas pu se prononcer sur ces transactions. Le commissaire conclut dans chacun de ses rapports qu'il lui est impossible de se prononcer sur les comptes annuels de SOCIETE1.) aux 31 décembre 2011, 2012 et 2013.

Aux termes de l'article 72 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, l'administration remet les pièces, avec un rapport sur les opérations de la société, un mois au moins avant l'assemblée générale ordinaire, aux commissaires, qui doivent faire un rapport contenant leurs propositions.

L'article 73 de ladite loi prévoit que quinze jours avant l'assemblée générale, les actionnaires peuvent prendre connaissance au siège social : 1) du bilan et du compte des profits et pertes. (...), 4) du rapport des commissaires. Le bilan et le compte, de même que le rapport des commissaires, sont adressés aux actionnaires en nom, en même temps que la convocation. Tout actionnaire a le droit d'obtenir gratuitement, sur la production de son titre, quinze jours avant l'assemblée, un exemplaire des pièces mentionnées à l'alinéa qui précède.

Il s'ensuit que le rapport du commissaire doit être tenu à la disposition des associés au siège de la société et ceci au moins 15 jours avant l'assemblée annuelle, et le commissaire doit être mis en mesure de faire un rapport sur la situation de la société et d'examiner la concordance des écritures et pièces comptables avec les comptes. Or il est constant en cause qu'un tel rapport du commissaire n'existait pas et il résulte d'un email adressé par le commissaire PERSONNE7.) à PERSONNE4.) versé en tant que pièce par PERSONNE1.) que le commissaire a à de nombreuses reprises sollicité la communication de la documentation et des informations qui lui manquaient.

Il y a également lieu de rappeler que parmi les documents qui sont à établir par les organes de gestion et qui doivent être remis aux actionnaires figure le rapport de gestion et que les personnes chargées du contrôle doivent vérifier la concordance du rapport de gestion avec les comptes annuels de la société.

Or en l'espèce, un tel rapport de gestion qui relève de la responsabilité du conseil d'administration n'a jamais été établi.

En présence de ces circonstances, il convient de retenir que PERSONNE1.) a établi la « nécessité » qui commandait de solliciter de manière unilatérale des mesures urgentes.

En effet, PERSONNE1.) ayant été convoqué par email du 8 septembre 2014 aux assemblées générales litigieuses prévues pour se tenir le 30 septembre 2014, il y a lieu de retenir que l'introduction d'une demande en référé, même par délai abrégé, aurait été impuissante à régler la situation en temps utile. A cela vient s'ajouter qu'au moment du dépôt de sa requête, les mesures qu'il sollicitait risquaient d'être inopérantes si elles n'étaient pas ordonnées immédiatement et à l'insu de la société SOCIETE1.). PERSONNE1.) se serait en outre trouvé confronté à une situation inextricable dans la mesure où des comptes sociaux de la société SOCIETE1.) qui, au vu des développements qui précèdent, ne sont pas exempts de toute critique, auraient été adoptés une fois qu'il ait été révoqué de ses fonctions en tant qu'administrateur, l'écartant partant de tout vote d'une décharge à son profit, et les deux membres restant du conseil d'administration, PERSONNE2.) et PERSONNE4.), votant la décharge pour leur gestion.

Il convient également dans ce contexte de relever la précipitation dans laquelle l'assemblée générale a été convoquée pour permettre aux administrateurs d'obtenir quitus de leur gestion.

Au vu de l'ensemble des développements qui précèdent, il y a lieu de maintenir l'ordonnance présidentielle du 23 septembre 2014 et de rejeter la demande en rétractation de la société SOCIETE1.) SA.

Au vu de l'issue du litige, la demande la société anonyme SOCIETE1.) SA en allocation d'une indemnité de procédure doit être rejetée.

PERSONNE1.) sollicite l'allocation d'une indemnité de procédure de 4.000 euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Ne démontant pas le caractère inéquitable du maintien à sa charge des frais irrépétibles exposés à l'occasion de la présente instance, PERSONNE1.) est à débouter de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure.

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

Nous Elisabeth CAPESIUS, Vice-Présidente au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme en matière de référé, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg légitimement empêché, statuant contradictoirement ;

recevons la demande en la forme ;

Nous déclarons compétent pour connaître de la demande en rétractation de l'ordonnance présidentielle du 23 septembre 2014 ;

rejetons le moyen d'irrecevabilité tiré du défaut de qualité à agir et du défaut d'intérêt à agir dans le chef de la société anonyme SOCIETE1.) SA ;

rejetons les moyens de nullité de l'ordonnance présidentielle du 23 septembre 2014 ;

donnons acte à PERSONNE2.) de son intervention volontaire ;

la déclarons recevable ;

rejetons la demande en rétractation de l'ordonnance présidentielle du 23 septembre 2014 ;

rejetons les demandes basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;

déclarons l'ordonnance commune à PERSONNE2.) ;

condamnons la société anonyme SOCIETE1.) SA aux frais et dépens de l'instance.