

Texte pseudonymisé

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

No. Rôle: TAL-2022-01572
Réf. no. 2022TALREFO/00227
du 17 juin 2022

Audience publique extraordinaire des référés du vendredi, 17 juin 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 Charles d'HUART.

DANS LA CAUSE

ENTRE

- 1) la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) S.à r.l., 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 de gérance actuellement en fonction, sinon par tout autre organe autorisé à la représenter légalement,
- 2) la société en commandite spéciale SOCIETE2.) SCSp, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.), représentée par son gérant SOCIETE3.) S.à r.l., sinon par tout autre organe autorisé à la représenter légalement,
- 3) la société à responsabilité limitée SOCIETE3.) S.à r.l., établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO3.), représentée par son conseil de gérance actuellement en fonction, sinon par tout autre organe autorisé à la représenter légalement,

élisant domicile en l'étude de Maître Nicolas THIELTGEN, avocat, demeurant à Luxembourg,

parties demanderesses comparant par Maître Nicolas THIELTGEN, avocat, demeurant à Luxembourg,

ET

- 1) la société à responsabilité limitée SOCIETE4.) S.à r.l., établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO4.), représentée par son conseil de gérance actuellement en fonction, sinon par tout autre organe autorisé à la représenter légalement,
- 2) la société en commandite spéciale SOCIETE5.) (anciennement SOCIETE6.) SCSp), établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO5.), représentée par son gérant, sinon par tout autre organe autorisé à la représenter légalement,

parties défenderesses comparant par la société à responsabilité limitée MOLITOR AVOCATS A LA COUR S.à r.l., établie et ayant son siège social à L-2763 Luxembourg, 8, rue Sainte-Zithe, inscrite sur la liste V du Tableau de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B211810, représentée par Maître Paulo LOPES DA SILVA, avocat, demeurant à la même adresse.

F A I T S :

A l'appel de la cause à l'audience publique ordinaire des référés du lundi matin, 25 avril 2022, Maître Nicolas THIELTGEN donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite et exposa ses moyens.

Maître Paulo LOPES DA SILVA fut entendu en ses explications et moyens.

Le juge des référés refixa l'affaire pour continuation des débats à l'audience publique ordinaire des référés du lundi matin, 16 mai 2022, lors de laquelle Maître Paulo LOPES DA SILVA et Maître Nicolas THIELTGEN furent entendus en leurs conclusions.

Le juge des référés refixa l'affaire pour continuation des débats à l'audience publique ordinaire des référés du lundi matin, 30 mai 2022, lors de laquelle Maître Nicolas THIELTGEN et Maître Paulo LOPES DA SILVA, assisté de Maître André LUTGEN, furent entendus en leurs explications et moyens.

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

O R D O N N A N C E

qui suit:

Par exploit d'huissier de justice du 22 février 2022, la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) S.à r.l. (ci-après « **SOCIETE1.)** »), la société en commandite spéciale SOCIETE2.) SCSp (ci-après « **SOCIETE2.)** ») et la société à responsabilité limitée SOCIETE3.) S.à r.l. (ci-après « **SOCIETE3.)** ») ont fait donner assignation à la société à responsabilité limitée SOCIETE4.) S.à r.l. (ci-après « **SOCIETE4.)** ») et à la société en commandite spéciale SOCIETE5.) (ci-après « **SOCIETE5.)** » ou « **le Fonds** ») à comparaître devant le Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, pour voir ordonner :

- la suspension de la prise de fonction de SOCIETE4.) en tant que gérant du Fonds résultant du dépôt par le Fonds auprès du Registre du Commerce et des Sociétés de la publication datée du 27 août 2021 actant cette prise de fonction,
- corrélativement, la réinstauration de SOCIETE1.) dans ses fonctions de gérant du Fonds,
- la suspension des effets de tous les actes pris par SOCIETE4.) en cette qualité à partir du 27 août 2021,

le tout dans l'attente qu'une décision au fond coulée en force de chose jugée soit rendue sur la réalisation de la condition suspensive permettant la prise d'effet par SOCIETE4.) de ses fonctions en tant que gérant du Fonds au 27 août 2021.

Les parties demanderesses demandent encore à voir ordonner la publication de l'ordonnance à intervenir par extrait au Registre de Commerce et des Sociétés.

Faits

Les faits pertinents, tels qu'ils résultent des pièces et renseignements fournis par les parties, peuvent être résumés comme suit :

SOCIETE5.) (le Fonds) (anciennement dénommé SOCIETE6.) SCSp) est un fonds d'investissement qui a été constitué le 23 août 2017 à l'initiative de trois fondateurs, à savoir PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.) (ci-après « **les Fondateurs** »).

Au moment de la constitution du Fonds, SOCIETE1.) a été nommée gérant du Fonds (ci-après « **le General Partner** » ou « **le Gérant** »).

Les associés commanditaires (« *limited partners* ») du Fonds sont des investisseurs institutionnels ou privés. Ils ont ensemble des engagements/investissements (« *fund commitments* ») d'environ un milliard d'euros.

Les relations entre le Gérant, le Fonds et les associés/investisseurs (« *limited partners* ») sont régies par le contrat social du Fonds, dénommé *Limited Partnership Agreement* (ci-après « **le LPA** »). Le LPA a été modifié à quatre reprises, à savoir le 15 novembre 2017, le 19 décembre 2018, le 5 août 2021 et le 27 août 2021.

D'après les définitions du LPA (cf. article 1.2 de la troisième version du LPA), SOCIETE2.) est le « *Carried Interest Partner* ».

En vertu de l'article 3.1 du LPA, le groupe GROUPE1.), auquel appartient SOCIETE1.), était tenu d'investir un certain montant dans le Fonds, cet investissement étant dénommé « *Sponsor Commitment* » (ci-après « **le Sponsor Commitment** »).

L'investissement du *Sponsor Commitment* a été réalisé notamment à travers SOCIETE2.) et SOCIETE3.).

En date du 9 juillet 2021, l'assemblée générale des associés/investisseurs du Fonds a décidé de révoquer la société SOCIETE1.) sans motif (« *without cause* ») de ses fonctions de Gérant, en application de l'article 20.2.1 du LPA.

D'après les dispositions de l'article 20.3 du LPA, la révocation du Gérant fait naître plusieurs droits dans le chef des parties demanderesses, à savoir :

- le Gérant révoqué (SOCIETE1.)) a droit au paiement d'une *Priority Profit Share* (article 20.3.1.1 du LPA),

- le *Carried Interest Partner* (SOCIETE2.) a droit au paiement d'un *Removal Entitlement* (articles 20.3.2 à 20.3.4 du LPA), et
- le Gérant révoqué a le droit de demander le rachat du *Sponsor Commitment* (article 20.3.5 du LPA).

Par courrier du 23 juillet 2021, SOCIETE1.) a notifié aux associés/investisseurs du Fonds son intention de faire usage de la faculté rachat du *Sponsor Commitment*, qui lui est accordée par l'article 20.3.5 du LPA.

En date du 6 août 2021, les associés/investisseurs du Fonds ont décidé par résolution circulaire, d'une part, de continuer le Fonds conformément à l'article 19.3 du LPA et, d'autre part, de nommer SOCIETE4.) comme nouveau Gérant à durée indéterminée.

Selon les publications au Registre de Commerce et des Sociétés, le remplacement du Gérant a pris effet au 27 août 2021.

Par exploit d'huissier de justice du 25 février 2022, les parties demanderesses ont fait donner assignation, entre autres, à SOCIETE4.) et au Fonds à comparaître devant le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, aux fins notamment, à titre principal, de dire que le mandat de gérant de SOCIETE4.) n'est jamais devenu effectif ; dire que le mandat de SOCIETE1.) est resté effectif au 27 août 2021 ; annuler les décisions prises par SOCIETE4.) depuis le 27 août 2021 ; et condamner SOCIETE4.) à acquérir le *Sponsor Commitment*.

Objet du litige

Les parties sont en litige quant à la validité du remplacement du Gérant, les parties demanderesses estimant qu'une condition suspensive pour la prise d'effet de la nomination de SOCIETE4.) comme Gérant, prévue par le LPA, n'est à ce jour pas remplie, tandis que les parties défenderesses considèrent que toutes les conditions nécessaires à la nomination effective de SOCIETE4.) ont été satisfaites.

Il y a lieu de préciser que seule l'accomplissement de la condition relative au *Sponsor Commitment* reste disputé entre parties, alors qu'il est constant en cause que la *Priority Profit Share* a été payée le 25 août 2021 et que le paiement du *Removal Entitlement* ne constitue pas une condition préalable à l'entrée en fonction effective du nouveau Gérant.

Moyens des parties

SOCIETE1.), SOCIETE2.) et SOCIETE3.)

A l'appui de leur demande, les parties demanderesses font valoir qu'en vertu de l'article 20.3.5 du LPA, SOCIETE4.) était, en sa qualité de nouveau Gérant, tenue d'acquérir (ou de faire acquérir par un tiers), au plus tard au jour de la prise d'effet de sa nomination, le *Sponsor Commitment* de l'ancien Gérant, dont la valeur est à calculer sur base d'une évaluation d'un expert indépendant, qui doit être nommé par SOCIETE1.) avec l'approbation du comité de conseil des associés/investisseurs (« *Limited Partner Advisory Committee* » ou « LPAC »).

La prise d'effet de la nomination de SOCIETE4.) comme nouveau Gérant serait ainsi subordonnée à la réalisation d'une double condition suspensive, à savoir :

- la nomination d'un expert indépendant chargé d'évaluer la valeur du *Sponsor Commitment* au 9 juillet 2021, date de la révocation de SOCIETE1.) comme Gérant, et
- le paiement de ladite valeur par le nouveau Gérant, SOCIETE4.).

Cette double condition suspensive n'ayant pas été réalisée, dans la mesure où ni un expert n'a été nommé, ni le paiement du *Sponsor Commitment* n'est intervenu, l'entrée en fonction de SOCIETE4.) comme nouveau Gérant, telle que publiée au Registre de Commerce et des Sociétés, constituerait une voie de fait.

Les parties demanderesses considèrent qu'il résulte d'une lecture combinée des articles 20.2.2 et 20.3.5 du LPA, que le Gérant révoqué, SOCIETE1.), reste en fonction tant que le nouveau Gérant, SOCIETE4.), n'a pas rempli l'ensemble des conditions suspensives à sa prise de fonction effective.

Elles relèvent aussi que, contrairement à la position soutenue par SOCIETE4.), les documents émis en date des 27 et 28 août 2021, à savoir des *Notices of Acquisitions*, des *Promissory Notes* ainsi qu'un gage (*Pledge Agreement*), n'ont pas eu pour effet de réaliser la condition suspensive litigieuse et, partant, de rendre effective le remplacement du Gérant.

En réponse aux plaidoiries adverses, elles ajoutent que le rachat du *Sponsor Commitment* n'a pas pu valablement se faire en date du 27 août 2021, étant donné que les stipulations des 2^e et 3^e versions du LPA ne permettent pas au Fonds d'acquérir le *Sponsor Commitment* et que les conditions requises pour une modification valable du LPA n'étaient pas remplies au 27 août 2021.

Elles contestent par ailleurs toute renonciation au bénéfice de la condition suspensive stipulée par l'article 2.3.5 du LPA.

Elles reprochent ensuite à SOCIETE4.) d'avoir entamé un processus visant à vider le Fonds de tous ses actifs. Cette dernière serait ainsi en train non seulement de vendre les actifs du Fonds, de manière trop hâtive et à des prix inférieurs à leur valeur réelle, mais également

de mettre des actifs en gage au profit de tiers, de dépenser et de réorganiser les actifs du Fonds et de distribuer les produits en résultant en violation des règles contractuelles prévues par le LPA. Elles soulignent dans ce contexte qu'une évaluation rétroactive du Fonds au 9 juillet 2021, telle requise au titre de l'article 20.3 du LPA, sera impossible si les actifs dont disposait le Fonds à cette date venaient à être cédés, sachant que, si les investissements n'étaient plus détenus par le Fonds, il serait impossible d'accéder aux informations historiques nécessaires pour cette évaluation.

Elles basent leur demande principalement sur l'article 933, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile et soutiennent que le comportement de SOCIETE4.), en ce que celle-ci agit actuellement comme Gérant et fait obstacle à la réalisation des conditions suspensives auxquelles est soumise la prise d'effet de sa nomination, constitue une violation évidente des dispositions du LPA et, partant, un trouble manifestement illicite qu'il y aurait lieu de faire cesser.

Elles estiment que leur demande est en outre justifiée dans la mesure où les agissements de SOCIETE4.), qui serait actuellement en train de liquider les actifs du Fonds, alors qu'elle n'est pas valablement entrée dans les fonctions de Gérant, engendreront un préjudice irréversible dans leur chef, ainsi que dans celui des (autres) associés/investisseurs du Fonds, dommage imminent qu'il y aurait lieu de prévenir.

Les mesures sollicitées permettraient par ailleurs d'empêcher le dépérissement des preuves impliqué par la distraction en cours des actifs du Fonds, sachant que ces actifs seraient nécessaires pour toute évaluation à mener en application des articles 20.3.3 et 20.3.5 en vue de déterminer les montants du *Removal Entitlement* et du *Sponsor Commitment*.

A titre subsidiaire, la demande est basée sur l'article 932, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile, les parties demanderessees faisant exposer à ce titre que l'existence du différend entre parties, sinon l'absence de toute contestation sérieuse, eu égard aux stipulations contractuelles claires et univoques du LPA, justifieraient que les mesures sollicitées soient ordonnées, et que l'urgence serait caractérisée à suffisance au regard du processus de liquidation du Fonds, engagé par SOCIETE4.) et conduisant, à terme, à la disparition du Fonds.

L'intervention du juge des référés serait dès lors justifiée en raison de la nécessité de mettre fin à l'usurpation des fonctions de Gérant par SOCIETE4.), qui s'accompagnerait d'actes de dispositions graves remettant en cause la survie du Fonds et rendant impossibilité d'une remise en pristin état.

L'urgence de faire cesser les agissements de SOCIETE4.) résiderait encore dans le fait que des clauses de changement de contrôle (« *change of control* ») figureraient dans des contrats de financement conclus par le Fonds ou des sociétés détenues par celui-ci, et que les bénéficiaires de ces clauses pourraient, si SOCIETE1.) n'était pas réinstallée comme Gérant, décider d'actionner ces clauses pour s'approprier des actifs du Fonds, tel que

l'aurait déjà fait la société SOCIETE7.) en relation avec les actions détenues par le Fonds dans la société SOCIETE8.), société holding d'un des principaux actifs du Fonds, le laboratoire pharmaceutique français SOCIETE9.). Aux yeux des parties demanderesse, seule la suspension de la prise de fonctions de SOCIETE4.) et la réinstallation de SOCIETE1.) au poste de Gérant permettront d'éviter ou d'arrêter de telles actions préjudiciables.

Face aux moyens adverses, les demanderesse répliquent aussi que SOCIETE1.) a intérêt et qualité à agir dans la mesure où elle est non seulement responsable à l'égard des créancières du *Sponsor Commitment* et a, partant, un intérêt à assurer que les conditions de l'article 20.3.5 du LPA soient respectées, mais où elle a encore un intérêt direct à se voir réinstaller dans ses fonctions de Gérant. En sa qualité d'associé commandité, exposé à une responsabilité illimitée quant aux dettes du Fonds, SOCIETE1.) aurait enfin tout intérêt à voir mettre fin aux agissements illicites et irréflechis de SOCIETE4.) en tant que Gérant.

Par ailleurs, et contrairement à ce qui est plaidé par les parties défenderesse, leur demande serait suffisamment précise et ne prêterait à aucune ambiguïté, puisqu'elle viserait tous les actes pris par SOCIETE4.) depuis le 27 août 2021 et les parties défenderesse n'auraient pas pu se méprendre sur l'objet de la demande. Celle-ci serait dès lors recevable pour avoir un objet déterminé, sinon déterminable.

Elles concluent en outre au rejet de l'exception de renonciation soulevée par les défenderesse, en faisant plaider que les engagements (« *Undertakings* ») invoqués par ces dernières leurs sont inopposables. A cet égard, elles relèvent d'abord que SOCIETE1.) n'a souscrit aucun engagement. Soutenant que les engagements en question forment partie d'un ensemble contractuel indivisible, elles font ensuite valoir que ceux-ci sont entachés de nullité pour défaut de cause et qu'en ordre subsidiaire, elles seraient en droit d'opposer aux défenderesse l'exception d'inexécution face au manquement dont se serait rendue coupable SOCIETE4.) en refusant de procéder à la nomination d'un évaluateur indépendant.

Elles sollicitent enfin la condamnation des parties défenderesse au paiement d'une indemnité de procédure de 25.000,- euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

SOCIETE4.) et SOCIETE5.) (le Fonds)

Les parties défenderesse soutiennent que le *Sponsor Commitment* a été valablement racheté par le Fonds en date du 27 août 2021, moyennant l'émission des *Promissory Notes* et la réalisation d'un premier paiement de 43.290.532,63.- euros, cette façon de procéder ayant reçu l'approbation des parties créancières du *Sponsor Commitment* et étant conforme aux dispositions du LPA et de la loi luxembourgeoise. Afin de garantir la bonne exécution

desdites notes, elles auraient en outre accordé le 28 août 2021 un gage à SOCIETE1.) sur les créances que le Fond détient sur ses investisseurs. En contrepartie, SOCIETE4.) aurait obtenu de chacun des Fondateurs et de chacune des entités sponsor des engagements écrits (« *Undertakings* »), aux termes desquels ceux-ci reconnaissant SOCIETE4.) comme nouveau Gérant avec effet au 27 août 2021 et s'engagent irrévocablement et inconditionnellement à ne pas remettre en question la validité de sa nomination.

Elles contestent tout manquement dans la gestion du Fonds, et plus particulièrement l'allégation des parties demanderesse selon laquelle SOCIETE4.) serait en train de liquider le Fonds, et soulignent que cette dernière a toujours agi et continue d'agir dans le meilleur intérêt du Fonds et de ses investisseurs, conformément à son mandat de gérant. Ainsi, depuis sa nomination, SOCIETE4.) tenterait notamment de corriger les erreurs commises par SOCIETE1.) et d'atténuer les effets dommageables du litige existant entre les Fondateurs.

Elles précisent que la gestion du Fonds par SOCIETE4.) ne menace par ailleurs nullement les intérêts financiers des parties demanderesse, étant donné que le Fonds disposerait d'actifs largement suffisants pour satisfaire, le cas échéant, les prétentions de ces dernières.

En droit, les parties défenderesse concluent principalement à l'irrecevabilité de la demande au motif que les parties demanderesse auraient, en vertu des engagements (« *Undertakings* ») pris le 28 août 2021, renoncé expressément à toute action visant à remettre en cause la nomination de SOCIETE4.) en tant que Gérant.

En réponse aux contestations adverses, elles précisent que même si SOCIETE1.) n'a pas signé d'engagement en bonne et due forme, il faudrait néanmoins considérer qu'elle a implicitement pris le même engagement que SOCIETE2.) et SOCIETE3.), dès lors qu'elle aurait activement participé aux opérations liées à l'entrée en fonctions de SOCIETE4.) avec effet au 27 août 2021 et ainsi notamment fait siens les engagements pris par son associé unique, SOCIETE3.).

A titre subsidiaire, elles soulèvent l'irrecevabilité de la demande pour défaut de qualité et d'intérêt agir dans le chef de SOCIETE1.). Elles soutiennent plus particulièrement que cette dernière ne dispose d'aucun intérêt personnel et direct à obtenir la suspension de la prise de fonction de SOCIETE4.), étant donné que les droits de SOCIETE1.) à l'égard du Fonds se seraient éteints par le paiement de la *Priority Profit Share*. SOCIETE2.) et SOCIETE3.) étant seules créancières au titre du *Sponsor Commitment*, il n'appartiendrait pas à SOCIETE1.) de se substituer à celles-ci en se prévalant du non-paiement de celui-ci.

Se référant à l'article 53 du Nouveau Code de procédure civile, elles estiment par ailleurs que la demande tendant à « *la suspension des effets de tous les actes pris par SOCIETE4.) [en qualité de Gérant] à partir du 27 août 2021* » est à déclarer irrecevable pour avoir un objet indéterminé et indéterminable, en ce que les actes visés par cette demande ne sont pas expressément énoncés dans l'assignation.

En ordre plus subsidiaire, les parties défenderesses concluent au rejet de la demande en soutenant que les conditions pour l'intervention du juge des référés, telles qu'elles découlent des articles 933, alinéa 1^{er} et 932, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile, ne sont pas remplies en l'espèce.

A ce titre, elles contestent en premier lieu l'existence de tout manquement contractuel susceptible de constituer un trouble manifestement illicite.

Elles estiment d'abord que l'acquisition du *Sponsor Commitment*, tel que prévu par l'article 2.3.5 du LPA, ne constitue pas une condition suspensive au sens de l'article 1168 du Code civil, mais une simple obligation contractuelle dans le chef du nouveau Gérant. Selon elles, les clauses en question poseraient, en tout état de cause, un sérieux problème d'interprétation qui ne saurait être tranché par le juge des référés.

Elles font ensuite valoir que la condition posée par l'article 20.3.5 du LPA a été satisfaite et que la nomination de SOCIETE4.) est devenue effective le 27 août 2021 par le fait que cette dernière a, moyennant l'émission des *Notices of Acquisition* et des *Promissory Notes* au profit de SOCIETE2.) et SOCIETE3.), accepté sa nomination et fait procéder au rachat du *Sponsor Commitment* par le Fonds. Le Fonds ayant manifesté sa volonté non équivoque d'accepter l'offre de rachat formulée par SOCIETE1.), conformément aux termes de l'article 20.3.5 du LPA, un contrat se serait formé et le *Sponsor Commitment* aurait été valablement acquis. Elles contestent que la valeur du *Sponsor Commitment* ait dû être payée au jour de la nomination du nouveau Gérant et estiment que l'article 20.3.5 du LPA exige uniquement que ce dernier acquiert ou fasse acquérir le *Sponsor Commitment*, le paiement effectif du prix n'étant pas une condition de cette acquisition.

Les parties demanderesses auraient par ailleurs accepté un gage en garantie des *Promissory Notes*, ce qui démontrerait qu'elles étaient d'accord sur les modalités de paiement du *Sponsor Commitment* prévues dans les *Promissory Notes*. Ayant été acceptées par leurs bénéficiaires et ayant en outre été partiellement exécutées par le paiement non contesté d'une somme de 43.290.532,63.- euros, les *Promissory Notes* ne sauraient constituer de simples engagements unilatéraux, tel que soutenu par les demanderesses.

Plus subsidiairement, elles font plaider que, même à considérer que l'article 20.3.5 du LPA renferme une condition suspensive, les bénéficiaires de cette condition, à savoir les créancières du rachat du *Sponsor Commitment*, SOCIETE2.) et SOCIETE3.), auraient, dans le cadre des accords intervenus le 30 août 2021 et de la période qui s'en est suivie, renoncé à invoquer ladite condition.

Elles soulignent aussi que les parties demanderesses n'ont pas agi en nullité de la résolution du 6 août 2021 portant nomination de SOCIETE4.) comme Gérant, de sorte que l'exercice par cette dernière de son mandat de Gérant ne peut actuellement plus être remis en question, suite à l'expiration du délai d'action de 6 mois prévu par l'article 1400-6 de la loi modifiée

du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales. Cette prescription de l'action en nullité constituerait une contestation sérieuse qui s'opposerait aux mesures provisoires actuellement sollicitées par les parties demanderessees.

Elles considèrent finalement que l'intervention du juge des référés n'est pas justifiée au vu du principe de non-immixtion, étant donné que les intérêts des parties demanderessees ne sont nullement compromis et que l'institution des mesures sollicitées auraient, en revanche, des conséquences dommageables pour le Fonds et les sociétés détenues par celui-ci.

En deuxième lieu, les parties défenderesses contestent l'existence d'un dommage imminent. Elles rappellent dans ce contexte que les affirmations des parties demanderessees, selon lesquelles SOCIETE4.) serait en train de liquider les actifs du Fonds, sont contestées et ne sont étayées par aucun élément de preuve. Elles soulignent que les comptes du Fonds sont audités par un réviseur d'entreprise, que les actifs du Fonds sont gérés par un gestionnaire de fonds d'investissements alternatifs agréé (AIFM) soumis à la surveillance de la Commission de Surveillance du Secteur Financier et que le Fonds comprend un comité de conseil des investisseurs (le LPAC) qui ne tolérerait aucun acte de disposition contraire aux intérêts des investisseurs. Par ailleurs, les droits de SOCIETE2.) et de SOCIETE3.) ne seraient nullement compromis au regard des actifs dont disposerait le Fonds ainsi que du gage consenti aux parties demanderessees et portant sur les créances du Fonds vis-à-vis des investisseurs.

En dernier lieu, elles contestent l'existence d'un risque de déperissement des preuves et expliquent que les mesures sollicitées par les parties demanderessees ne sauraient être prononcées sur le fondement de l'article 933, alinéa 1^{er}, deuxième phrase, du Nouveau Code de procédure civile parce qu'elles ne constituent pas des mesures d'instruction.

Elles contestent également l'existence de toute urgence, telle que requise notamment en vertu de l'article 932, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile, en relevant que le paiement du *Sponsor Commitment* n'est pas menacé au vu notamment du gage dont bénéficient les parties demanderessees et des actifs que possèdent le Fonds. Les mesures demandées se heurteraient d'ailleurs à des contestations sérieuses, eu égard aux développements qui précèdent.

Les mesures sollicitées ne seraient pas non plus justifiées par l'existence d'un différend entre parties, dès lors que la nature de ce différend, tel qu'exposé dans l'assignation introductive d'instance, serait d'ordre purement financier.

Pour finir, les parties défenderesses font état de plusieurs éléments qui, selon elles, s'opposent aux mesures sollicitées, dans le sens que celles-ci risquent de causer un préjudice irréversible au Fonds. Elles exposent d'abord que la suspension de SOCIETE4.) et le rétablissement de SOCIETE1.) comme Gérant aurait, conformément à l'article 20.2.2 du LPA, pour conséquence la mise en liquidation du Fonds. Ensuite, SOCIETE1.) ne pourrait plus assumer le mandat de Gérant, étant donné que le Fonds et les parties

demandereses seraient engagés dans un litige, faisant l'objet d'une procédure au fond, et que, partant, SOCIETE1.) se retrouverait dans une situation de conflit d'intérêts s'il était fait droit à sa demande. Les demanderesses ne prouveraient d'ailleurs pas que SOCIETE1.) dispose encore des compétences et ressources nécessaires pour reprendre la gestion du Fonds. Elles font enfin plaider qu'un nouveau changement de Gérant aurait des conséquences préjudiciables pour les « sociétés portfolio » et aboutirait à une remise en cause probable des engagements financiers de celles-ci, compte tenu notamment des clauses dites de « *change of control* » contenues dans les principaux contrats de financement desdites sociétés, qui pourraient rendre immédiatement exigibles les prêts et garanties en cas de changement de Gérant au niveau du Fonds.

En dernier ordre de subsidiarité, pour le cas où la demande serait déclarée recevable et fondée, elles demandent, par reconvention, à voir ordonner la restitution avec effet immédiat de toute somme versée au titre de la *Priority Profit Share* et du *Sponsor Commitment*, ainsi que la mainlevée du gage du 28 août 2021 et la restitution des *Notices of Acquisition* et des *Promissory Notes*, sans préjudice quant à toute autre obligation de restitution qu'impliquerait un retour de SOCIETE1.) comme Gérant.

A l'audience des plaidoiries du 30 mai 2022, les parties défenderesses ont par ailleurs sollicité le rejet des pièces numéros 46 (« *Waiver response letter à SOCIETE8.) du 8 novembre 2021* ») et 47 (« *Courrier de SOCIETE4.) (par PERSONNE4.) du 8 mai 2022* ») versées par les parties demanderesses, au motif que celles-ci ont été obtenues de manière illicite, en violation d'une obligation contractuelle de confidentialité.

Elles réclament l'allocation d'une indemnité de procédure de 15.000,- euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, ainsi que la condamnation des parties demanderesses aux frais et dépens de l'instance.

Motifs de la décision

Le tribunal relève à titre préliminaire qu'en date des 13, 14 et 16 juin 2022, les mandataires des parties lui ont adressé des courriers ainsi que des pièces supplémentaires. Etant donné que les débats, qui sont oraux en matière de référé, ont été clos à l'audience des plaidoiries du 30 mai 2022, ces éléments communiqués après la prise en délibéré de l'affaire ne sont pas pris en considération.

Dans un souci de logique juridique, il convient d'examiner en premier lieu le moyen de défense tiré de l'imprécision de la demande, s'agissant d'une exception d'irrecevabilité tenant à la forme de l'acte introductif d'instance (nullité de procédure), avant de s'intéresser à la fin de non-recevoir tirée d'un défaut de qualité et d'intérêt à agir dans le chef de SOCIETE1.). Dans un troisième temps, le tribunal s'intéressera au moyen tiré de l'existence d'une renonciation dans le chef des parties demanderesses, ce moyen devant s'analyser, d'une part, comme une exception de procédure et, d'autre part, comme un

moyen de contestation du bien-fondé de la demande, faisant appel aux conditions d'application des bases légales servant de fondement à l'action des demanderesse.

1. Quant au moyen tiré de l'imprécision de l'objet de la demande

Les parties défenderesses soutiennent que la demande, en ce qu'elle tend à « *la suspension des effets de tous les actes pris par SOCIETE4.) en cette qualité [de Gérant] à partir du 27 août 2021* », est irrecevable pour avoir un objet indéterminable.

Contrairement aux plaidoiries des parties défenderesses, ce moyen, qui a trait à la précision de l'objet de la demande, trouve son fondement légal non pas dans l'article 53 du Nouveau Code de procédure civile, relatif notamment aux conditions de recevabilité d'une demande nouvelle (en première instance), mais dans l'article 154, point 1) du Nouveau Code de procédure civile, aux termes duquel « [...] *l'assignation doit contenir [...] l'objet et un exposé sommaire des moyens [...] à peine de nullité* ».

Il s'agit de l'exception du libellé obscur.

Concernant la sanction du libellé obscur, il faut rappeler que ce moyen relève de la régularité formelle de l'assignation et que s'il est fondé, il entraîne la nullité de l'assignation.

L'objet de la demande doit toujours être énoncé de façon claire et complète, à la différence de l'exposé des moyens, qui peut être sommaire.

L'objet d'une demande en justice est constitué par les prétentions du demandeur, alors que la cause d'une telle demande consiste dans l'ensemble des faits se trouvant à la base de la demande.

Si la cause peut être décrite sommairement, le libellé de la prétention formulée à l'encontre de l'adversaire doit être énoncé de façon claire, complète et exacte, de façon à déterminer et délimiter l'objet initial du litige afin de permettre non seulement à la partie défenderesse d'élaborer d'ores et déjà ses moyens en connaissance de cause, et éventuellement, transiger si elle l'estime nécessaire, mais encore au tribunal de connaître exactement le litige dont il est saisi pour qu'il puisse y statuer utilement.

En l'espèce, il se dégage clairement de l'assignation introductive d'instance que l'action des parties demanderesse tend principalement à voir suspendre provisoirement la prise de fonction de SOCIETE4.) en tant que gérant du Fonds, en attendant que la question litigieuse de la régularité de celle-ci soit toisée définitivement au fond.

La demande tendant à voir ordonner la suspension des effets des actes pris par SOCIETE4.) depuis le 27 août 2021, date de l'entrée en fonctions litigieuse, en est une suite logique et en constitue un accessoire.

En tout état de cause, il est évident quels actes sont visés par ce volet de la demande, ceux-ci étant parfaitement déterminables dans la mesure où tant leur auteur que la période de temps concernée sont spécifiés dans l'assignation, de sorte que les parties défenderesses, sur base des indications contenues dans l'assignation, devaient être capables de cerner l'objet et la portée de la demande dirigée contre elles.

Il convient encore de rappeler que l'exception du libellé obscur est soumise aux dispositions de l'article 264 du Nouveau Code de procédure civile, partant à l'exigence de la preuve d'un grief dans le chef de la personne qui l'invoque.

Or, mise à part l'affirmation non établie qu'elles ne seraient pas en mesure d'identifier les actes visés par la demande, les parties défenderesses ne font état d'aucun préjudice dans leur chef.

L'exception du libellé obscur est par conséquent à rejeter.

2. Quant au moyen tiré d'un défaut de qualité et d'intérêt agir dans le chef de SOCIETE1.)

L'intérêt à agir existe lorsque le résultat de la demande introduite est de nature à modifier ou à améliorer la condition juridique du demandeur, respectivement lorsque la demande est de nature à présenter pour lui une utilité ou un avantage (*Thierry HOSCHEIT, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, 2^e édition, n° 997, p. 567, et les références jurisprudentielles y citées*).

Il suffit que le demandeur prétende qu'il y a eu lésion d'un droit et que l'action intentée puisse y remédier. L'intérêt à agir existe dès lors indépendamment du résultat que procure effectivement l'action et n'est pas subordonné à la démonstration préalable du bien-fondé de l'action ou de l'existence réelle du droit invoqué ou de l'existence du préjudice invoqué. La vérification de l'existence réelle du droit ou de la lésion invoqués ne produit une incidence que sur le bien-fondé de la demande (*Thierry HOSCHEIT, précité*).

La vérification de l'intérêt à agir fait donc abstraction de la question de savoir si le demandeur est réellement titulaire du droit qu'il invoque à l'appui de son action. La question qui doit être examinée est celle de savoir si le droit, respectivement la qualité, invoqué par le demandeur est de nature à fonder son action (*Thierry HOSCHEIT, précité, n° 998, p. 568*).

D'autre part, celui qui se prétend être titulaire du droit litigieux a la qualité pour agir, c'est-à-dire la qualité pour saisir le juge afin qu'il se prononce sur l'existence et l'étendue de ce droit. Dès lors, la question de savoir s'il est réellement titulaire de ce droit n'a aucune incidence au stade de la recevabilité, cette question relevant du fond et n'étant pas à examiner au stade de la recevabilité de l'action. Dans cette logique, il est admis que la

qualité à agir n'est qu'un aspect particulier de l'intérêt à agir et est absorbée par celui-ci (*Thierry HOSCHEIT, précité, n° 1005, p. 573*).

Dans cette conception, l'existence de la qualité à agir en tant que condition de recevabilité de l'action s'apprécie au jour de la demande en justice : elle doit être réalisée à ce stade pour que l'action soit recevable.

Celui qui prétend qu'une atteinte a été portée à un droit lui appartenant et qui profitera personnellement de la mesure réclamée a un intérêt à agir et partant également qualité pour agir.

En l'occurrence, il est constant que SOCIETE1.) était le gérant du Fonds depuis sa constitution en août 2017 jusqu'au 27 août 2021, date à laquelle SOCIETE4.) l'a remplacé en cette fonction.

L'action des parties demanderesses tend en somme à voir remettre les parties dans la situation antérieure au 27 août 2021, dans l'attente d'une décision définitive au fond quant à la régularité du changement de Gérant intervenu.

S'il était fait droit à sa demande, SOCIETE1.) se retrouverait, du moins provisoirement, dans son ancienne position de gérant, avec tous les droits et prérogatives y attachés, lui permettant de contrôler et de diriger les activités du Fonds.

Sous cet aspect, la demande est incontestablement de nature à améliorer la condition juridique de SOCIETE1.) et présente une utilité pour elle.

Par application des principes ci-avant exposés, il faut dès lors retenir que la condition de l'intérêt à agir est remplie en l'espèce dans le chef de SOCIETE1.) et que celle-ci a partant également qualité à agir.

Ce moyen est partant également à écarter.

3. Quant au moyen tiré de l'existence d'une renonciation dans le chef des parties demanderesses

Le tribunal procédera sur ce point à une analyse en deux temps, la question de l'existence de la renonciation invoquée devant être examinée avant de pouvoir en tirer des conclusions, d'une part, quant à la recevabilité de la demande et, d'autre part, quant au bien-fondé de celle-ci.

3.1. La question de l'existence d'une renonciation

La renonciation est définie comme le fait pour un justiciable d'abandonner définitivement un droit auquel il pourrait prétendre ou dont il pourrait faire valoir l'exécution devant les tribunaux.

La renonciation à un droit ne se présume pas ; elle ne peut être établie que par des faits qui l'impliquent nécessairement.

La renonciation peut être expresse ou tacite. Encore faut-il qu'elle résulte d'une manifestation de volonté non équivoque.

La renonciation tacite résulte d'un fait supposant l'abandon de la prérogative considérée, c'est-à-dire d'un fait directement contraire au droit prétendument abdiqué : pour reprendre la formule employée par la Cour de cassation française, la renonciation doit être « *directement et à tous égards contraire au droit dont il s'agit* » (Cass. fr., com. 10 avr. 1964, Bull. civ. III, n° 173).

La renonciation implicite à une action en justice doit être certaine, c'est-à-dire résulter d'actes incompatibles avec la volonté d'exercer cette action, et démontrant avec évidence la volonté de celui auquel on l'oppose d'abandonner le droit y afférent.

En l'espèce, il résulte des pièces versées que SOCIETE3.) et SOCIETE2.) ont signé le 28 août 2021 des documents en langue anglaise libellés comme suit :

« [...] We [...] hereby acknowledge that SOCIETE4.) Sarl is the managing general partner (« General Partner ») of SOCIETE5.) with effect from 27 August 2021 and (having been offered the pledge of today's date) unconditionally and irrecoverably undertake (a) not to assert otherwise, or to induce or procure an assertion to the contrary or otherwise challenge or question the validity of its appointment or induce or produce such challenge or question, in any applicable forum and (b) to cooperate with and assist the General Partner in completing a full, orderly and timely transfer of the control of the Partnership and all of its assets and any obligations to the General Partner. [...] »

Aux termes de ces actes, SOCIETE3.) et SOCIETE2.) ont donc déclaré reconnaître SOCIETE4.) comme Gérant et se sont engagées à ne pas remettre en cause la validité de la nomination de cette dernière.

Or, l'opposabilité de ces engagements est contestée par les parties demanderesse, motif pris qu'ils seraient dépourvus de cause au sens de l'article 1108 du Code civil, étant donné qu'ils formeraient un ensemble contractuel indivisible avec le gage (« Pledge Agreement ») du 28 août 2021 et des « principes » (d'évaluation) énoncés dans un courriel du 30 août 2021 (ci-après « **les Principes** »), et que, d'une part, ledit gage serait entaché de nullité pour n'être qu'un accessoire aux *Promissory Notes*, qui ont été émises le 27 août 2021 par le Fonds et qui, elles-mêmes, seraient nulles aussi bien sous le droit anglais que sous le droit luxembourgeois, notamment, pour ne contenir aucune obligation à charge de leur

émetteur, et que, d'autre part, les Principes seraient, eux aussi, nuls dans la mesure où ils n'auraient pas été valablement souscrits par SOCIETE2.) et reposeraient par ailleurs sur une cause impossible. Les demanderesses ajoutent que même à supposer que les engagements, et partant le complexe contractuel dont ils forment partie, soient valables, elles estiment qu'en raison de l'inexécution par SOCIETE4.) de ses obligations découlant des Principes, et plus particulièrement du refus de cette dernière de procéder à la nomination d'un expert évaluateur indépendant, elles sont en droit de se prévaloir de l'exception d'inexécution.

A cet endroit, il convient de rappeler que le juge des référés, qui est le juge de l'évident et de l'incontestable, ne saurait se livrer à un examen approfondi des éléments de fait et de droit invoqués par les parties, sous peine d'excéder les pouvoirs lui attribués.

En l'occurrence, il est établi que les engagements ci-avant cités ont été signés dans le cadre de pourparlers menés entre parties au litige et ayant abouti, entre autres, à l'émission des *Notices of Acquisition* et des *Promissory Notes* du 27 août 2021, du gage (« *Pledge Agreement* ») du 28 août 2021 et des Principes du 30 août 2021. Ceci est confirmé non seulement par la coïncidence temporelle de tous ces actes, mais aussi par le fait que les engagements du 28 août 2021 précisent expressément qu'ils ont été pris en considération du gage du même jour (« *having been offered the pedge of today's date* »), ce dernier faisant, à son tour, référence au *Promissory Notes* (voir notamment l'article 1.1 du *Pledge Agreement* du 28 août 2021).

L'examen de la validité et de l'opposabilité desdits engagements ne peut dès lors se faire sans avoir égard à ces autres éléments contractuels.

Toutefois, les questions de l'existence d'un ensemble contractuel, du caractère divisible ou indivisible de celui-ci, ainsi que, le cas échéant, les questions subséquentes de la validité des conventions liées et des conséquences juridiques à tirer d'une éventuelle nullité (ou invalidité) de celles-ci, suppose un examen approfondi des éléments de fait et de droit, examen qui relève de la seule compétence des juges du fond.

Il en est de même de la question de savoir si et dans quelle mesure SOCIETE3.) et SOCIETE2.) sont en droit de se prévaloir de l'exception d'inexécution à l'encontre des parties défenderesses.

Quant à SOCIETE1.), il est constant en cause que celle-ci n'a jamais signé un engagement susceptible d'emporter renonciation expresse dans son chef.

Reste à voir si une renonciation implicite peut être retenue dans son chef.

Toutefois, le point de savoir si le comportement de SOCIETE1.), dans le cadre des négociations entre parties menées à la fin du mois d'août 2021, est suffisamment univoque pour valoir renonciation tacite, tel que soutenu par les parties défenderesses, constitue une

question de fond qui échappe au pouvoir d'appréciation sommaire du juge des référés, compte tenu notamment du fait que SOCIETE1.) est une filiale à 100% de SOCIETE3.), qui pour rappel a signé un engagement exprès, qu'elle a signé le gage (« *Pledge Agreement* ») du 28 août 2021 en qualité de créancier gagiste (« *pledgee* ») et que la question de pose aussi si elle n'a pas accepté les Principes du 30 août 2021 moyennant un courriel du même jour émanant d'un de ses gérants (PERSONNE5.)).

Il suit des développements qui précèdent que l'existence d'une renonciation dans le chef des parties demanderesses, même si le juge des référés ne peut pas la retenir comme étant établie à ce stade, est néanmoins sérieusement discutable.

3.2. Conséquence sur la recevabilité de la demande

Conformément au droit commun (article 1315 du Code civil), il incombe à celui qui invoque la renonciation à un droit par son titulaire de la prouver (*Cour d'appel, 20 décembre 2017, Pas. 38, p. 751*).

Le défendeur se mue en demandeur en tant qu'il invoque une exception : *reus in excipiendo fit actor*. Il lui appartient donc de faire la preuve des faits qu'il invoque à titre d'exception.

Les parties défenderesses ayant soulevé l'exception de renonciation, il leur appartient d'établir la renonciation invoquée dans le chef des parties demanderesses.

Il résulte des développements faits sub 3.1. que cette preuve n'est pas rapportée à ce stade, le magistrat saisi ne disposant pas des pouvoirs d'appréciation nécessaires pour procéder aux examens juridiques qui s'imposent au vu des arguments avancés de part et d'autre.

Il s'ensuit que la fin de non-recevoir tirée de l'existence d'une renonciation est à rejeter.

3.3. Conséquence sur le bien-fondé de la demande

L'existence d'une renonciation est de nature à constituer un obstacle non seulement à la recevabilité de la présente action en référé, mais également à celle de l'action au fond, introduite les parties demanderesses suivant assignation signifiée le 25 février 2022.

Considérée sous cet angle, la renonciation est susceptible de constituer une contestation sérieuse.

Une contestation sérieuse est celle que le juge ne peut sans hésitation rejeter en quelques mots ; ainsi, il y a contestation sérieuse si l'un des moyens de défense opposés aux prétentions du demandeur n'est pas manifestement vain, dès lors qu'il existe une incertitude, si faible soit-elle, sur le sens dans lequel trancherait le juge du fond.

En l'occurrence, il résulte des développements faits sub 3.1. que l'existence d'une renonciation dans le chef des parties demanderesse est discutable et que l'examen de cette question requiert une appréciation au fond qui échappe aux pouvoirs du juge des référés.

En effet, d'un côté, une renonciation dans le chef de SOCIETE3.) et de SOCIETE2.) paraît être donnée au vu des termes exprès des engagements signés le 28 août 2021. Mais elle est remise en cause par les contestations émises par les parties demanderesse et tenant notamment à la validité des engagements et du complexe contractuel dans lequel ceux-ci s'inscrivent le cas échéant.

De l'autre côté, il est un fait que SOCIETE1.) n'a pas expressément renoncé à ses éventuels droits à l'encontre de SOCIETE4.). Eu égard aux éléments du dossier et aux arguments circonstanciés avancés par les parties défenderesse, il ne saurait cependant être exclu *a priori* que les actes entrepris par SOCIETE1.), respectivement son associé unique, SOCIETE3.), et/ou ses gérants dans la cadre des négociations et accords intervenus à la fin du mois d'août 2021 puissent être considérés comme valant renonciation tacite.

Il en découle que le moyen de défense tiré de l'existence d'une renonciation constitue une contestation sérieuse à l'encontre des prétentions au fond des parties demanderesse.

En tant que tel, le moyen fait échec à la demande tant en ce qu'elle est basée sur la première hypothèse de l'article 932, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile (mesure qui ne se heurte à aucune contestation sérieuse), qu'en ce qu'elle prend appui sur la deuxième hypothèse de la première phrase de l'article 933, alinéa 1^{er} du même code (trouble manifestement illicite).

Nous y reviendrons ci-après dans le cadre de l'examen du bien-fondé de la demande.

4. Quant au bien-fondé de la demande

A titre liminaire, le tribunal retient que la demande en rejet de pièces formulée par les parties défenderesse n'est pas fondée, ces dernières étant restées en défaut, face aux contestations adverses, de justifier de la réalité et du fondement juridique de l'obligation de confidentialité invoquée.

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 du Fonds (SOCIETE5.) au regard des principes ci-avant énoncés.

A ce titre, il convient d'abord de rappeler qu'il découle des développements faits sub 3.3. que la demande se heurte à une contestation sérieuse, en ce que l'action au fond des parties demanderesses est potentiellement irrecevable en raison de l'existence discutable d'une renonciation dans leur chef.

Il faut en conclure que le critère de l'existence d'une apparence de droit, telle que définie ci-dessus, n'est pas donné en l'espèce.

A cela s'ajoute qu'il n'est pas établi, ni même allégué que les organes du Fonds soient actuellement hors d'état de fonctionner.

Il ressort au contraire des pièces et renseignements fournis par les parties que tant le Gérant que l'assemblée générale des associés/investisseurs du Fonds sont en mesure de prendre des décisions.

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

Les organes du Fonds étant en état de fonctionner, il appartient aux parties demanderesses de rapporter la preuve du caractère urgent de leur demande.

A ce titre, les parties demanderesses se prévalent principalement d'une violation du LPA, et plus précisément de l'article 2.3.5 de celui-ci, consistant dans le fait que SOCIETE4.) serait entrée dans les fonctions de Gérant, sans que la condition suspensive à laquelle était soumise cette prise de fonction, à savoir le rachat du *Sponsor Commitment* avec paiement effectif de la valeur de celui-ci, n'ait été réalisée.

Force est cependant de constater que la régularité de la prise de fonction de SOCIETE4.) comme Gérant fait l'objet d'un litige entre parties qui, au vu des contestations et moyens émis de part et d'autre, relève de la compétence exclusive des juges du fond.

La clause contractuelle litigieuse se lit comme suit :

« [SOCIETE1.)] shall be released from all obligations to invest the Sponsor Commitment and, if removed pursuant to clause 20.2 only, [SOCIETE1.)] may elect that the new General Partner, at any time, acquire (or procure the acquisition of) the Sponsor Commitment at a price equal to the Value of the Interest as of the date of its removal provided that: (i) for the purpose of this clause 20.3.5, the removed General Partner shall appoint an independent valuer from an internationally-recognised financial institution or accounting firm who has been approved by the Advisory Committee, who shall determine the Value of such Interest as of the date of its removal; and (ii) as a condition of the appointment of the new General Partner, it must acquire or procure the acquisition of the Sponsor Commitment pursuant to this clause 20.3.5 on or before the date that it is appointed as the new General Partner. [...] ».

Il est admis que le juge des référés peut se baser sur un contrat clair et précis pour ordonner la mesure sollicitée par une partie à ce contrat. Ses pouvoirs cessent toutefois lorsqu'il s'agit d'interpréter les obligations contractuelles assumées de part et d'autre, d'apprécier si elles furent exécutées ou non et surtout lorsqu'il y a lieu de se prononcer sur les conséquences d'une éventuelle inexécution. Seul le juge du fond a le pouvoir de se prononcer à ce sujet.

Le juge des référés étant le juge de l'évident et de l'incontestable, il lui est défendu d'interpréter une convention contestée entre parties et d'en qualifier la nature exacte, sous peine de porter préjudice au fond.

En l'occurrence, le sort de la demande dépend d'abord de la qualification juridique à donner à la clause contractuelle litigieuse (condition suspensive ou non) et, surtout, de la question, longuement débattue entre parties, de savoir si l'article 2.3.5 du LPA, et plus précisément les termes « *acquire or procure the acquirement* », implique que le *Sponsor Commitment* doit être payé avant que le nouveau Gérant puisse valablement entrer en fonctions ou s'il suffit que le *Sponsor Commitment* soit acquis ou racheté au sens juridique du terme, c'est-à-dire par la conclusion d'une convention en ce sens.

Il faudrait ensuite examiner si les documents émis à la fin du mois d'août 2021, à savoir notamment les *Notices of Acquisition* et les *Promissory Notes*, ainsi que le paiement partiel intervenu à ce moment, permettent de satisfaire les conditions de l'article 20.3.5 du LPA. Il importe de relever que cet examen est compliqué en l'espèce par le fait que les *Promissory Notes* sont soumises à la loi anglaise avec élection de for en Angleterre (cf. article 5 de celles-ci) et que les parties produisent en cause des avis juridiques divergents sur la question tant de la validité que des effets de celles-ci.

Dans le même contexte se pose aussi la question de la validité de la quatrième modification du LPA qui, d'après les parties demanderesses, était nécessaire pour permettre au Fonds d'acquiescer le *Sponsor Commitment*.

Le désaccord des parties sur l'ensemble de ces points, reflété par le besoin éprouvé de chaque côté de devoir recourir à de très longs développements factuels et juridiques, rend la demande sérieusement contestable.

Il faut en conséquence retenir que le manquement contractuel allégué n'est pas à ce point clair et évident qu'il puisse être considéré comme constituant un trouble manifestement illicite au sens de l'article 933, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile.

Les parties demanderesses font encore état d'un risque de dommage irréversible résultant du fait que SOCIETE4.), en sa qualité de nouveau Gérant, serait en train d'organiser une liquidation du Fonds, notamment en procédant à la cession de ses actifs à des prix inférieurs à leur valeur réelle et en mettant ceux-ci en gage au bénéfice de tiers.

Ces affirmations ne sont toutefois étayées par aucun élément objectif du dossier et restent, partant, à l'état de pures allégations.

Aucune des pièces produites ne permet, en effet, de retenir que SOCIETE4.) ait agi ou ait l'intention d'agir contre les intérêts du Fonds ou de ses investisseurs en détournant ou en dissipant des actifs.

Le fait que, depuis le changement de Gérant, certains actifs aient été vendus ou mis en gage n'est pas, à lui seul, suffisant pour caractériser des agissements contraires aux intérêts du Fonds, de ses associés ou à ceux des parties demanderesses, sachant que la gestion d'un fonds d'investissement implique naturellement des acquisitions et cessions d'actifs et qu'il n'est pas contesté que suite au remplacement de gérant intervenu, SOCIETE4.) est amenée à procéder à une certaine restructuration du Fonds. Rien n'oblige d'ailleurs cette dernière à poursuivre la même politique d'investissement que celle antérieurement pratiquée par SOCIETE1.).

Il est encore acquis en cause que le changement de Gérant a déclenché un certain nombre de mécanismes juridiques, tels que notamment des clauses de changement de contrôle (« *change of control* ») contenues dans certains contrats de financement, qui font que SOCIETE4.), en tant que nouveau Gérant, était et continue à être obligée de mener des négociations contractuelles en vue de maintenir, de remplacer ou de mettre un terme à une partie des relations contractuelles entretenues par le Fonds, respectivement les sociétés en faisant partie. Ainsi, le fait que l'un ou l'autre cocontractant du Fonds ou des sociétés détenues par celui-ci ait décidé, à tort ou à raison, mettre fin à un contrat ou d'en poursuivre l'exécution forcée n'est pas non plus de nature à caractériser une gestion préjudiciable.

Il convient aussi de rappeler qu'en tant que Gérant, SOCIETE4.) est statutairement tenue d'agir dans l'intérêt du Fonds et de ses associés/investisseurs, sous peine d'engager sa responsabilité, de sorte qu'elle ne tire *a priori* aucun avantage d'une mauvaise gestion des actifs du Fonds.

Face aux contestations adverses, les parties demanderesses sont, en outre, restées en défaut d'établir que la vente d'actifs du Fonds rendrait impossible une évaluation de la valeur du Fonds à la date de la révocation de SOCIETE1.), telle que prévue aux termes de l'article 20.3 du LPA pour déterminer la valeur du *Sponsor Commitment* et celle-ci du *Removal Entitlement*. Il n'est enfin pas établi qu'une vente des actifs du Fonds compromettrait les intérêts financiers des parties demanderesses, sachant qu'il n'est pas contesté que le Fonds dispose d'un patrimoine suffisant pour assurer le paiement du *Sponsor Commitment*, dont seules SOCIETE2.) et SOCIETE3.) sont créancières, et que les parties demanderesses bénéficient d'une garantie financière sous forme d'un gage, accepté par elles, sur les créances du Fonds à l'égard de ses associés/investisseurs.

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 d'être établie.

Pour être complet, il convient de noter que le risque de dépérissement des preuves visé par l'article 933, alinéa 1^{er}, deuxième phrase, n'autorise le juge des référés qu'à prendre des mesures d'instruction. Partant, eu égard à l'objet de la demande tel que relevé ci-avant sub 1., celle-ci est également à rejeter sur cette base.

Il suit de l'ensemble des développements qui précèdent que les conditions nécessaires pour l'intervention du juge des référés dans la vie du Fonds ne sont pas remplies, de sorte que la demande est à déclarer non fondée sur toutes les bases légales invoquées.

5. Quant aux demandes accessoires

L'article 240 du Nouveau Code de procédure civile dispose que : « [l]orsqu'il paraît inéquitable de laisser à la charge d'une partie les sommes exposées par elle et non comprises dans les dépens, le juge peut condamner l'autre partie à lui payer le montant qu'il détermine ».

L'application de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile relève du pouvoir discrétionnaire du juge (*Cass.*, 2 juillet 2015, n° 60/15 du registre, *JTL* 2015, p. 166).

Au vu de l'issue de la présente instance, la demande des parties demanderesses en obtention d'une indemnité de procédure n'est pas fondée.

Les parties défenderesses ayant été contraintes d'assurer la défense de leurs intérêts en justice, il serait inéquitable de laisser à leur charge l'intégralité des sommes non comprises dans les dépens qu'elles ont dû exposer. Leur demande en obtention d'une indemnité de procédure est partant justifiée en principe. Compte tenu de l'envergure du litige, de son degré de difficulté et des soins y requis, cette demande est fondée pour un montant fixé à 5.000.- euros.

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,

rejetons l'exception du libellé obscur ;

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,

rejetons le moyen tiré d'un défaut de qualité et d'intérêt à agir dans le chef de la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) S.à r.l. ;

rejetons l'exception de renonciation ;

rejetons la demande en rejet de pièces formulée par les parties défenderesses ;

déclarons la demande recevable, mais non fondée ;

rejetons la demande des parties demanderesses en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ;

condamnons les parties demanderesses à payer aux parties défenderesses une indemnité de procédure de 5.000,- euros ;

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

laissons les frais de l'instance à charge des parties demanderesses.