

Texte pseudonymisé

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

No. Rôle: TAL-2022-09315
No. 2023TALREFO/00076
du 24 février 2023

Audience publique extraordinaire des référés du vendredi, 24 février 2023, 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 de la greffière assumée Stéphanie RIBEIRO.

DANS LA CAUSE

ENTRE

la société à responsabilité limitée SOCIETE1.), 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 organe statutaire actuellement en fonctions,

élisant domicile en l'étude de la société anonyme GSK STOCKMANN S.A., établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 44, avenue John F. Kennedy, inscrite sur la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats de Luxembourg, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 205326, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Marcus PETER, avocat, assisté de Maître Manuel FERNANDEZ, avocat, les deux demeurant professionnellement à la même adresse,

partie demanderesse comparant par la société anonyme GSK STOCKMANN S.A., représentée par Maître Manuel FERNANDEZ, avocat, assisté par Maître Louis-Guillaume ROLDAN, avocat, en remplacement de Maître Marcus PETER, avocat, les trois demeurant à Luxembourg,

ET

1) la société à responsabilité limitée de droit maltais SOCIETE2.), établie et ayant son siège social à ADRESSE2.), inscrite au registre de commerce de Malte (*Malta Business Registry*) sous le numéro NUMERO2.), représentée par son conseil d'administration ou son administrateur unique actuellement en fonctions,

2) la société à responsabilité limitée SOCIETE3.), établie et ayant son siège social à L-ADRESSE3.), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO3.), représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions,

partie défenderesse sub 1) comparant par la société à responsabilité limitée MOLITOR AVOCATS A LA COUR S.à r.l., représentée par Maître Philippe THIEBAUD, avocat, assisté par Maître Emilie PROBST, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

partie défenderesse sub 2) comparant par la société anonyme ARENDT & MEDERNACH S.A., représentée par Maître Ariel DEVILLERS, avocat, assisté par Maître Charles RIES, avocat, en remplacement de Maître François KREMER, avocat, les trois demeurant à Luxembourg.

F A I T S :

A l'appel de la cause à l'audience publique ordinaire des référés du lundi matin, 30 janvier 2023, Maître Manuel FERNANDEZ donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite et exposa ses moyens.

Maître Philippe THIEBAUD et Maître Ariel DEVILLERS furent entendus en leurs moyens et explications.

L'affaire fut refixée pour continuation des débats à l'audience publique ordinaire des référés du lundi matin, 6 février 2023, lors de laquelle Maître Manuel FERNANDEZ, Maître Philippe THIEBAUD et Maître Ariel DEVILLERS furent entendus en leurs conclusions.

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 10 novembre 2022, la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) (ci-après « **la société SOCIETE1.)** ») a fait donner assignation à la société à responsabilité limitée de droit maltais SOCIETE2.) (ci-après « **la société SOCIETE2.)** ») et à la société à responsabilité limitée SOCIETE3.) (ci-après « **la société SOCIETE3.)** ») à comparaître devant le Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, pour voir :

d'une part,

- interdire à PERSONNE1.), à PERSONNE2.) et à PERSONNE3.) de se prévaloir, à quelque titre que ce soit, de la qualité de gérant de la société SOCIETE3.) et de prendre quelque action que ce soit, qui puisse lier ladite société de quelque manière que ce soit, et
- ordonner à la société SOCIETE2.) de s'abstenir d'utiliser les droits de vote des parts sociales B, sinon de s'abstenir de les utiliser pour modifier la composition du conseil de gérance par rapport à la composition précédente, sous peine d'une astreinte de 100.000,- euros par jour en cas de violation, jusqu'à ce qu'une décision au fond intervienne sur la validité des résolutions écrites prises le 16 septembre 2022 par la société SOCIETE2.), en sa qualité d'associé de la société SOCIETE3.) (ci-après « **les Résolutions Litigieuses** »),

et d'autre part,

- ordonner la suspension des effets des Résolutions Litigieuses jusqu'à ce que le juge du fond ait pu se prononcer sur la problématique de la nullité desdites résolutions, et
- dire que les Résolutions Litigieuses et les nominations en découlant, ne pourront faire l'objet d'une inscription au Registre de Commerce et des Sociétés, ni d'une publication au Mémorial.

Aux termes de son assignation, la société SOCIETE1.) demande encore à voir ordonner la publication d'un extrait de l'ordonnance à intervenir au Registre de Commerce et des Sociétés. Elle réclame en outre l'allocation d'une indemnité de procédure de 5.000,- euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, l'exécution provisoire de l'ordonnance à intervenir sur minute et avant enregistrement, ainsi que la condamnation de la société SOCIETE2.) à l'entière des frais et dépens de l'instance. Elle demande enfin à voir déclarer l'ordonnance à intervenir commune à la société SOCIETE2.) et à la société SOCIETE3.).

A l'audience publique du 30 janvier 2023, la société SOCIETE1.) a demandé acte de ce qu'elle renonce à ses demandes visant à voir prononcer une interdiction à l'encontre d'PERSONNE1.), de PERSONNE2.) et de PERSONNE3.), non appelés en cause.

Acte lui en sera donné.

A l'audience publique du 6 février 2023 et suite aux exceptions de nullité et d'incompétence soulevées par la société SOCIETE2.) et la société SOCIETE3.), les plaideurs se sont accordés, sur proposition du tribunal, pour limiter les débats dans un premier temps aux questions (i) de la régularité formelle de l'assignation introductive d'instance et (ii) de la compétence du juge saisi.

Motifs de la décision

- *Quant à l'exception de nullité*

La société SOCIETE2.) et la société SOCIETE3.) invoquent la nullité de l'acte introductif d'instance pour défaut de mise en cause d'PERSONNE1.), de PERSONNE2.) et de PERSONNE3.).

Elles estiment que, dans la mesure où l'assignation contient une demande d'interdiction directement dirigée contre PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.), celle-ci doit obligatoirement indiquer ces derniers comme destinataires. Faute de ce faire, l'assignation contreviendrait non seulement aux formalités requises par l'article 153 du Nouveau Code de procédure civile, mais violerait également le principe du contradictoire, tel qu'il découle des articles 63 et 66 du Nouveau Code de procédure civile, ce qui l'entacherait de nullité.

La société SOCIETE1.) conclut au rejet de ce moyen de nullité en rappelant d'abord qu'elle a renoncé définitivement à sa demande dirigée contre PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.). Elle relève ensuite que si ces derniers n'ont pas été personnellement appelés en cause, ils ont néanmoins été informés de la présente instance en leur qualité de gérants représentant la société SOCIETE3.). Elle conclut encore à l'inapplicabilité de l'article 153 du Nouveau Code de procédure civile en faisant valoir que celui-ci a uniquement pour objet de lister les indications permettant d'identifier correctement les destinataires de l'acte, et n'implique partant aucune obligation d'assigner telle ou telle personne. Elle expose enfin qu'en tout état de cause, la nullité découlant de ce texte est une nullité de forme soumise à l'exigence d'un grief dans le chef de celui qui l'invoque. Par conséquent, à défaut pour les parties défenderesses de justifier d'un préjudice, la nullité ne saurait être prononcée.

L'article 153, point 4) du Nouveau Code de procédure civile dispose que : « *Tout acte d'huissier de justice indique à peine de nullité, [...] les nom, prénoms, profession et domicile du destinataire* ».

Ce texte exige que tout exploit d'huissier de justice identifie la (ou les) personne(s) à laquelle (auxquelles) il est signifié.

Contrairement à ce qui est soutenu par les défenderesses, il n'en découle aucune obligation pour un demandeur d'indiquer dans l'acte d'introductif d'instance toutes les personnes visées ou concernées par sa (ou ses) demande(s) formulée(s) dans ledit acte.

Le destinataire visé par l'article 153 précité est celui de l'acte instrumentaire (*instrumentum*) et non pas celui de la demande y contenue (*negotium*).

Le défaut d'assigner une personne visée par une demande en justice peut certes rendre cette demande irrecevable pour non-respect du principe du contradictoire, mais elle n'affecte cependant pas la régularité formelle de l'acte qui la contient.

Le moyen de nullité est partant à écarter.

- *Quant à l'exception d'incompétence tirée de l'existence d'une clause d'arbitrage*

Les parties défenderesses soulèvent l'incompétence du juge saisi, motif pris que le pacte d'associés (*shareholders' agreement*) liant les parties contient, en son article 22.20.2, une clause d'arbitrage en vertu de laquelle tout différend à naître dudit pacte ou en relation avec celui-ci relève de la compétence exclusive d'un tribunal arbitral.

Elles estiment qu'au vu de la formulation générale utilisée (« *Any and all disputes* », « *shall be exclusively submitted* », « *to the exclusion of any courts of law* »), cette clause exprime

la volonté des parties de soumettre à l'arbitrage non seulement le fond de leur litige, mais également la prise de mesure conservatoires et provisoires. Le vocabulaire employé par les parties impliquerait que celles-ci ont voulu exclure la compétence des juridictions étatiques pour prendre des mesures conservatoires et provisoires.

Elles relèvent à ce titre que le Règlement d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (ci-après « **le Règlement CCI** ») prévoit la possibilité pour le tribunal arbitral de prendre des mesures provisoires (article 28), ainsi qu'une procédure d'urgence permettant aux parties d'obtenir des mesures provisoires et/ou conservatoires qui s'imposeraient en attendant la constitution du tribunal arbitral (article 29). Etant donné que les parties n'aurait exclu ni la compétence du tribunal arbitral pour prononcer des mesures provisoires, ni les dispositions relatives à l'arbitre d'urgence, il faudrait considérer que le pacte d'associés soumet le prononcé de telles mesures à l'arbitrage tel que prévu par le Règlement CCI.

Elles soulignent en outre que la formulation de la clause, en ce qu'elle contient l'indication « *to the exclusion of any courts of law* », diffère du modèle de clause mis à disposition par la Chambre de Commerce Internationale (ci-après « **la CCI** »). L'inclusion de ces termes serait en contradiction avec les dispositions du Règlement CCI, qui n'excluraient pas, sous certaines conditions, la compétence des juridictions étatiques pour prendre des mesures conservatoires et provisoires (articles 28.2 et 29.7), et aurait partant pour conséquence d'interdire aux parties de recourir au juge étatique pour voir prononcer de telles mesures.

Rappelant que le pacte d'associés en cause est régi par le droit anglais, elles soutiennent, en outre, que l'exclusion générale et absolue du recours aux tribunaux étatiques est en accord avec les principes d'interprétation des contrats en droit anglais, la loi sur l'arbitrage applicable en Angleterre et la jurisprudence pertinente en la matière.

Reconnaître ses pleins effets à la clause d'arbitrage du pacte d'associés s'imposerait d'autant plus que la jurisprudence luxembourgeoise aurait confirmé que la compétence du juge des référés n'est pas d'ordre public et que les parties contractantes disposeraient dès lors de la possibilité d'exclure le recours aux juridictions étatiques non seulement pour les litiges au fond, mais également pour les mesures provisoires et conservatoires. A partir du moment où les parties auraient choisi de recourir de manière exclusive à l'arbitrage pour le règlement des différends en relation avec une convention, les institutions arbitrales auraient compétence exclusive tant en ce qui concerne le fond que les mesures d'urgence.

Lorsque les parties décident d'exclure la compétence des juridictions étatiques en matière de mesures provisoires et conservatoires, elles ne seraient cependant pas privées de toute possibilité de recours, dès lors que le Règlement CCI prévoit des procédures d'urgences permettant d'obtenir des mesures conservatoires ou provisoires urgentes. Elles estiment qu'en l'occurrence, les parties au pacte d'associés ont clairement voulu que toutes les

mesures provisoires soient exclusivement décidées par le tribunal arbitral ou, avant la constitution de celui-ci, par l'arbitre d'urgence.

La volonté des parties d'exclure la compétence du juge des référés seraient encore corroborée par le fait qu'un arbitre d'urgence aurait déjà été saisi par la demanderesse. En effet, le 18 novembre 2022 la société SOCIETE1.) aurait fait usage de l'article 29 du Règlement CCI en déposant une requête (*Application for Emergency Interim Measures*) et le 3 décembre 2022, un arbitre d'urgence (*Emergency Arbitrator*) aurait rendu une ordonnance rejetant toutes les mesures sollicitées.

Elles ajoutent, à titre subsidiaire, que même s'il devait être retenu que la clause d'arbitrage ne couvre pas les litiges quant aux mesures provisoires et conservatoires, le juge des référés saisi devrait néanmoins se déclarer incompétent parce que le tribunal arbitral serait entretemps constitué et qu'il n'existerait pas urgence dans cette affaire.

Elles se réfèrent dans ce contexte à une jurisprudence récente de la Cour d'appel, selon laquelle, en présence d'une clause d'arbitrage couvrant les demandes de mesures provisoires, la compétence du juge des référés serait maintenue sous la double condition que tribunal arbitral ne soit pas d'ores et déjà constitué et qu'il y ait urgence à adopter la mesure sollicitée. L'urgence ainsi visée devrait être insurmontable en ce sens que le référé arbitral serait impuissant à résoudre le différend en temps voulu. La solution retenue s'expliquerait à la lumière de l'objectif sous-jacent à la compétence du juge étatique en présence d'une clause d'arbitrage, à savoir l'objectif de complémentarité. La compétence complémentaire du juge des référés résiderait dans l'objectif de protection des parties. Ainsi, la condition d'intervention du juge étatique, exceptionnelle face à la volonté contraire des parties telle qu'exprimée dans la convention d'arbitrage, ne serait plus seulement celle de l'urgence mais celle du déni de justice déduite de l'impossibilité pour l'arbitre d'intervenir et du péril qui en résulterait.

Dès la constitution du tribunal arbitral, le principe serait l'incompétence du juge des référés étatiques pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires. Selon la jurisprudence, ce principe serait absolu et ne souffrirait donc d'aucune exception. Avant la constitution du tribunal arbitral, le juge des référés devrait apprécier l'urgence de la demande au sens de l'urgence insurmontable équivalant au déni de justice.

En l'espèce, aucune des conditions justifiant la compétence du juge étatique ne serait réunie. D'abord, le tribunal arbitral serait constitué depuis le 11 janvier 2023. Ensuite, il n'y aurait aucune urgence à ce que juge des référés ordonne les mesures sollicitées par la demanderesse puisque non seulement les parties ont choisi de soumettre tous les litiges en lien avec le pacte d'associés au Règlement CCI, qui prévoit en son article 29 une procédure d'arbitrage d'urgence, mais en plus, l'arbitre d'urgence a déjà été saisi et a rendu une décision le 3 décembre 2022. Le fait que la demanderesse a d'ores et déjà pu bénéficier d'une procédure d'urgence, lors de laquelle elle a pu réclamer des mesures d'urgence

similaires voire identiques à celles actuellement sollicitées, enlèverait tout caractère urgent aux présentes demandes de la demanderesse. En vertu des articles 28.3 et 28.4 du Règlement CCI, la société SOCIETE1.) aurait en outre le droit de demander au tribunal arbitral de modifier ou d'annuler la décision de l'arbitre d'urgence. En conséquence, la demanderesse ne serait nullement confrontée à une situation d'urgence insurmontable tenant à l'impossibilité d'obtenir des mesures provisoires ou conservatoires. Le juge étatique n'aurait partant plus vocation, en vertu du principe de complémentarité et de la volonté des parties de soumettre leurs différends à l'arbitrage, d'intervenir en accordant des mesures que l'arbitre d'urgence a rejeté, et sur lesquelles le tribunal arbitral, entretemps constitué, pourrait se prononcer.

En réponse aux plaidoiries adverses, elles rappellent qu'à l'origine de leur litige se trouve un problème d'exécution du pacte d'associés. Dans la mesure où les statuts de la société SOCIETE3.) renvoient expressément à ce pacte, ces deux documents formeraient un tout contractuel. Dans cette optique, il ne serait pas possible de distinguer les questions de responsabilité contractuelle de celles du droit des sociétés, et les mesures recherchées par la société SOCIETE1.) devant l'arbitre d'urgence seraient à qualifier d'identiques à celles actuellement revendiquées devant le juge des référés.

Elles soulignent encore que la clause d'arbitrage telle que formulée par les parties exprimerait le vœu de ces dernières de concentrer entre les seules mains des juridictions arbitrales tout contentieux potentiel pouvant naître en relation avec leur pacte d'associés, et ce afin notamment d'éviter un éclatement du litige.

Quant au Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après « **le Règlement (UE) n° 1215/2012** »), invoqué par la demanderesse, elles concluent à l'inapplicabilité de ce texte au motif que celui exclut expressément l'arbitrage de son champ d'application. Ledit règlement n'aurait pas pour finalité de déterminer quels litiges sont arbitrables. La possibilité de recours à l'arbitrage ne serait dès lors pas exclue par ledit règlement, et ce même pour des litiges concernant des sociétés ou actes de sociétés luxembourgeois.

La société SOCIETE1.) conclut au rejet de l'exception d'incompétence, en soutenant que la clause d'arbitrage invoquée ne s'oppose pas à la compétence du juge des référés étatique.

Elle estime d'abord que les termes de la clause d'arbitrage, et plus particulièrement le terme de « *disputes* » ne vise que les litiges au fond, à l'exclusion de toute procédure en référé.

Elle fait ensuite valoir que les dispositions du Règlement CCI permettent seulement d'obtenir des mesures provisoires et conservatoires en relation avec le pacte d'associés liant les parties. Or, en l'espèce, ne seraient pas en cause des mesures relatives à l'exécution d'un contrat, mais des mesures provisoires en droit des sociétés qui trouveraient leur

fondement dans la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (ci-après « **la LSC** »). La suspension des effets de résolutions prises par des organes sociaux, telle que demandée en l'espèce, n'entrerait pas dans les prérogatives d'un arbitre, dont les compétences se limiteraient au champ contractuel des parties impliquées. Elle relève aussi que la société SOCIETE3.) n'est pas partie à l'instance d'arbitrage. Il n'y aurait dès lors ni identité de parties, ni identité de fondement entre la procédure d'arbitrage et la présente instance en référé, de sorte l'une n'exclurait pas l'autre. Elle insiste sur le fait que la présente demande en référé a un objet distinct de celle soumise à l'arbitre d'urgence, cette dernière ayant visé à inverser les effets des résolutions litigieuses non pas à titre provisoire, mais de manière définitive.

Elle considère que la compétence des juridictions étatiques pour ordonner des mesures provisoires et conservatoires n'est pas exclue en vertu de la clause d'arbitrage, telle qu'elle est formulée par les parties dans le pacte d'associés. Elle souligne que si, en vertu des dispositions du Règlement CCI, les parties disposent en effet de la possibilité d'exclure la compétence étatique, elles auraient cependant décidé, en l'espèce, de ne pas le faire, en se basant sur la clause modèle de la CCI et en ne prenant pas expressément position à ce sujet. Comme la compétence du juge des référés n'a pas été expressément exclue par les parties, il faudrait retenir qu'elle n'est pas exclue et que, partant, le juge des référés est toujours compétent pour connaître de sa demande.

Elle estime par ailleurs que les jurisprudences citées par la société SOCIETE2.) ne sont pas transposables à la présente affaire dans la mesure où les circonstances de l'espèce (formulation de la clause d'arbitrage, demandes en cause...) sont différentes de celles traitées dans les décisions invoquées.

Elle souligne encore qu'en vertu des articles 28.2 et 29.7 du Règlement CCI, le recours aux juridictions étatiques est toujours permis, même après la remise du dossier au tribunal arbitral.

Elle rappelle aussi les différences existant entre la présente procédure et celle intentée par elle devant l'arbitre d'urgence. D'abord, la société SOCIETE3.) n'aurait pas été partie à l'instance arbitrale et les mesures d'urgence sollicitées auraient été dirigées contre la société SOCIETE2.). Lesdites mesures inscriraient d'ailleurs dans les prérogatives contractuelles de l'arbitre d'urgence, qui serait sans pouvoir pour ordonner des mesures portant sur les effets de résolutions prises par un organe de la société SOCIETE3.). Dans ce contexte, elle fait plaider que l'article 100-22 de la LSC, en ce qu'il prévoit la possibilité de solliciter en référé la suspension provisoire de l'exécution d'une décision sociale attaquée, serait privé d'effet si l'incompétence du juge des référés était retenue, dès lors que cette solution la priverait de la possibilité de demander des mesures provisoires que l'arbitre d'urgence ne peut pas ordonner. Cela reviendrait à un déni de justice à son égard.

S'agissant de la question de l'existence d'une situation d'urgence, elle fait exposer que la décision rendue en décembre 2022 par l'arbitre d'urgence n'est pas satisfaisante et soutient que c'est justement parce que ce dernier a rejeté ses demandes qu'il existe aujourd'hui une urgence à agir devant le juge des référés.

Par ailleurs, elle souligne que l'assignation en référé a été signifiée avant la constitution du tribunal arbitral et avant que l'arbitre d'urgence n'ait rendu sa décision. Dans la mesure où la compétence s'apprécierait au jour de l'introduction de la demande, il faudrait donc retenir que le juge des référés est compétent et qu'il n'y a pas eu de désaisissement au profit des juridictions arbitrales.

Elle ajoute que la décision rendue par l'arbitre d'urgence, faute d'être exécutée, n'a pas d'existence dans l'ordre juridique luxembourgeois et ne saurait dès lors justifier l'incompétence du juge des référés ou l'irrecevabilité de sa demande.

Enfin, selon elle, les pouvoirs que le juge des référés tient des articles 932 et 933 du Nouveau Code de procédure civile, en combinaison avec l'article 100-22 de la LSC, relèvent de l'ordre public, de sorte qu'il ne peut pas y être dérogé par voie contractuelle. Cette conclusion serait confirmée par le fait qu'en vertu de l'article 24, sub 2) du Règlement (UE) n° 1215/2012, en matière de validité des décisions d'organes de sociétés, les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel celles-ci ont leur siège sont exclusivement compétentes.

Il est constant en cause que les parties sont contractuellement liées par un pacte d'associés (*Shareholders' agreement*) conclu le 22 février 2021 et modifié la dernière fois en date du 21 mai 2021, qui contient en son article 22.20.2 une clause d'arbitrage libellée comme suit :

« Any and all disputes arising out of or connected with this Agreement which cannot be solved amicably by the Parties, including a dispute as to the validity, existence or termination of this Agreement and/or this Clause 22.20.2 or any non-contractual obligation arising out of or in connection with this Agreement shall be exclusively submitted for decision and final resolution to arbitration (to the exclusion of any courts of law) pursuant to the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce (the Rules) in force upon submission of a dispute, before a panel of three arbitrators selected in accordance with the Rules. »

Il résulte ensuite de la motivation de l'assignation introductive d'instance que le litige au fond sous-jacent à la présente instance porte sur des manquements contractuels que les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.), en leur qualité d'associés paritaires de la société SOCIETE3.), se reprochent mutuellement d'avoir commis dans l'exécution dudit pacte d'associés.

La société SOCIETE2.) soutient que son partenaire, la société SOCIETE1.), s'est rendu coupable d'une inexécution au sens de l'article 16.7.1 (f) du pacte d'associés (*Default Event*), ce qui aurait pour conséquence que les droits de vote attachés aux parts sociales de cette dernière dans leur entreprise commune (*joint venture*), la société SOCIETE3.), sont suspendus conformément aux termes de l'article 9.4 (a) du pacte d'associés, de sorte qu'elle a valablement pu prendre seule les Résolutions Litigieuses.

La société SOCIETE1.), de son côté, conteste toute faute contractuelle dans son chef et estime que c'est à tort que la société SOCIETE2.) se prévaut des stipulations précitées du pacte d'associés. Comme ses droits de vote n'auraient, en l'absence d'un manquement, pas pu être valablement suspendus, la société SOCIETE2.) n'aurait pas été en droit d'adopter seule les Résolutions Litigieuses et de procéder ainsi à une modification de la composition du conseil de gérance de la société SOCIETE3.). Elle y ajoute que, même à supposer que ses droits de vote aient été régulièrement suspendus, les termes du pacte d'associés (article 6.1.8) ne permettent pas à la société SOCIETE2.) de remplacer seule le gérant de classe C.

Il suit de ce qui précède que l'origine du litige opposant les parties se trouve dans l'exécution du pacte d'associés.

En effet, la validité des Résolutions Litigieuses, qui est actuellement remise en cause par la demanderesse, dépend directement de la question de savoir si la suspension des droits de vote de cette dernière est intervenue en conformité avec les stipulations du pacte d'associés, ainsi que de la question première de l'existence d'un manquement de la société SOCIETE1.) dans l'exécution de ses obligations contractuelles à l'égard de son associé, la société SOCIETE2.).

Le litige relatif à la régularité des Résolutions Litigieuses rentre donc dans le champ d'application de la clause d'arbitrage en ce qu'il constitue un litige qui est, sinon directement né de l'exécution du pacte d'associés (*dispute arising out of the Shareholders' agreement*), du moins en relation avec celui-ci (*disputes connected with the Shareholders' agreement*).

Se pose encore la question, longuement débattue entre parties, de savoir si, au-delà du fond du litige existant entre parties, les effets de cette clause d'arbitrage s'étendent également aux procédures d'urgence visant à voir prononcer des mesures provisoires et/ou conservatoires en attendant que le fond soit toisé.

A cet égard, le tribunal tient d'abord à relever qu'il ne saurait suivre la demanderesse dans son argument linguistique selon lequel la notion de « *disputes* » ne viserait que les litiges au fond, alors qu'il s'agit, aux yeux du tribunal, d'un terme générique englobant tous les différends pouvant naître entre parties, que ceux-ci tiennent au fond du litige ou concernent des mesures provisoires et/ou conservatoires.

D'après la jurisprudence luxembourgeoise dominante, le juge des référés reste en principe compétent pour ordonner des mesures provisoires en présence d'une clause compromissoire, à moins que les parties n'aient exclu sa compétence (*voir les jurisprudences citées par Armel WAISSE, Clause d'arbitrage et référé-provision / la nécessité de l'urgence, in Revue des Procédures, LEGITECH, 2021/02, p. 27*).

Il résulte de cette jurisprudence que, contrairement au soutènement de la demanderesse, il est possible de déroger à la compétence du juge des référés étatique. Celle-ci ne relève donc pas de l'ordre public.

Il convient de préciser que le juge des référés ne tient pas de pouvoirs spéciaux de l'article 100-22, paragraphe 3 de la LSC dès lors qu'il est admis que ce texte n'est pas un fondement légal autonome, mais ne constitue qu'un simple rappel du droit commun des référés, tel qu'appliqué par jurisprudence sur base des articles 932 et suivants du Nouveau Code de procédure civile.

La clause compromissoire qui soustrait à la compétence des juridictions étatiques la connaissance des différends entre certaines parties peut donc s'étendre aux demandes en référé à condition que la volonté des parties telle qu'elle se reflète dans la rédaction de la clause compromissoire permet de caractériser pareille exclusion (*Cour d'appel, 2 mars 2022, n° CAL-2021-01189 du rôle*).

Cette solution se recoupe avec celle retenue en droit anglais sous l'article 44 du *Arbitration Act 1996*, auquel s'est référée la société SOCIETE2.). En effet, ce texte énonce les pouvoirs des juridictions étatiques en présence d'une clause d'arbitrage, pouvoirs qui peuvent être exercés en complément à la procédure d'arbitrage (*Court powers exercisable in support of arbitral proceedings*), mais seulement si les parties n'en ont pas autrement convenu (*unless otherwise agreed by the parties*).

Que ce soit donc en vertu du droit luxembourgeois ou en application du droit anglais, il s'agit de vérifier dans chaque cas d'espèce si les parties ont ou non renoncé dans leur convention d'arbitrage à la faculté de saisir le juge étatique d'une demande de mesures provisoires ou conservatoires.

En l'occurrence, deux éléments caractérisent la clause d'arbitrage sous examen.

Le premier est le libellé particulièrement large de la clause, tel que relevé à juste titre par les parties défenderesses. En effet, non seulement la clause vise généralement tous les différends en relation avec le pacte d'associés (« *Any and all disputes arising out of or connected with this Agreement [...]* »), mais en plus elle exprime clairement la volonté des parties de soumettre leurs différends à la compétence exclusive des juridictions arbitrales (« *[...] shall be exclusively submitted for decision and final resolution to arbitration (to the exclusion of any courts of law) [...]* »).

Aucune stipulation de la clause ainsi rédigée ne permet d'admettre que les parties aient entendu exclure certains litiges, tels que ceux relatifs à des mesures d'urgence, de la compétence des juridictions arbitrales.

Le second élément est le renvoi exprès au Règlement CCI, qui fait que les effets de la clause doivent être examinés à la lumière des dispositions de celui-ci.

Le Règlement CCI prévoit que, sauf accord contraire des parties, deux juridictions arbitrales ont vocation à connaître de demandes en obtention de mesures conservatoires ou provisoires, à savoir le tribunal arbitral lui-même, une fois qu'il est constitué (cf. article 28) et, avant la constitution de celui-ci, l'arbitre d'urgence (cf. article 29).

En l'espèce, la clause n'exclut aucune de ces deux facultés pour les parties.

Tant l'article 28 que l'article 29 du Règlement CCI consacrent ensuite une compétence complémentaire des juridictions étatiques en matière de mesures provisoires et conservatoires.

D'un côté, l'article 28.2 dispose que « *[a]vant la remise du dossier au tribunal arbitral et même postérieurement si les circonstances s'y prêtent, les parties peuvent demander à toute autorité judiciaire des mesures provisoires et conservatoires* », et de l'autre côté, l'article 29.7 prévoit que « *[l]es Dispositions relatives à l'arbitre d'urgence n'empêchent pas les parties de solliciter l'octroi de mesures provisoires et conservatoires urgentes auprès de tout autorité judiciaire compétente à tout moment avant la soumission d'une requête à cette fin conformément au Règlement et même postérieurement si les circonstances s'y prêtent* ».

Or, eu égard aux termes employés par les parties dans la formulation de leur convention d'arbitrage, formulation qui a été choisie par elles en concertation avec un conseil juridique (cabinet d'avocats DENTONS) et qui diverge de la clause d'arbitrage type recommandée par la CCI, notamment en ce qu'elle institue une exclusivité (répétée) en faveur des juridictions arbitrales, il faut considérer que les parties ont voulu écarter toute compétence résiduelle des juridictions étatiques et ont ainsi écarté l'application des articles 28.2 et 29.7 précités.

En d'autres termes, le fait pour les parties d'avoir caractérisé le recours à l'arbitrage comme le mode exclusif de règlement de leurs différends emporte l'exclusion des procédures judiciaires de référé, qui sont en principe possibles sous le régime du Règlement CCI.

Toutefois, il est admis, tel que relevé dans un récent arrêt de la Cour d'appel cité par les parties défenderesses, que « *lorsque la clause compromissoire couvre tel qu'en l'espèce les demandes de mesures d'instruction, provisoires ou conservatoires, la compétence de la*

juridiction étatique pour en connaître est maintenue sous la double condition que le tribunal arbitral ne soit pas d'ores et déjà constitué [...] et qu'il y ait urgence à adopter la mesure sollicitée [...] » (Cour d'appel, 2 mars 2022, n° CAL-2021-01189, et les références doctrinales y citées).

Il en suit qu'en présence d'une clause d'arbitrage comme celle en cause dans la présente affaire, les juridictions étatiques restent compétentes uniquement si le tribunal arbitral n'est pas encore constitué et s'il y a urgence à adopter la mesure revendiquée.

La première de ces conditions se trouve remplie en l'espèce dès lors que, contrairement à ce qui est soutenu par les défenderesses, la compétence s'apprécie au jour de l'introduction de la demande et qu'il est constant en cause que le tribunal arbitral n'est constitué que depuis le 11 janvier 2023, soit postérieurement à l'assignation en référé.

En revanche, la deuxième condition, tenant à l'urgence, fait défaut.

En effet, la compétence des tribunaux judiciaires peut exceptionnellement renaître, en raison de l'urgence que l'institution de l'arbitrage a du mal à maîtriser. L'arbitrage offre des réponses souvent mal adaptées à l'urgence, surtout lorsque la convention d'arbitrage existe, mais que les arbitres n'ont pas encore été saisis du litige. Le temps utile à la constitution du tribunal arbitral interdit que les mesures imposées par l'urgence puissent être décidées par les arbitres dans les délais nécessaires (*JCl. Procédure civile, Fasc. 1800-60 : ARBITRAGE. – Compétence arbitrale. – Conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire, version juillet 2021, n° 15*). La convention d'arbitrage limite donc la compétence du juge des référés aux seules hypothèses où son intervention s'impose pour effacer les « infirmités » de l'arbitrage. Plus précisément encore, le juge des référés doit se déclarer incompétent dès lors que la procédure d'arbitrage offre au plaideur la possibilité d'obtenir une mesure conservatoire ou provisoire en s'adressant aux arbitres (*JCl. Procédure civile, Fasc. 1800-60 : ARBITRAGE. – Compétence arbitrale. – Conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire, version juillet 2021, n° 24*).

Il a été relevé ci-avant qu'en l'espèce, les parties disposent, en vertu de leur convention d'arbitrage, de la possibilité non seulement de saisir le tribunal arbitral constitué d'une demande urgente, conformément à l'article 28 du Règlement CCI, mais également de la faculté de saisir, avant la constitution du tribunal arbitral, l'arbitre d'urgence sur base de l'article 29 du même règlement.

Ce dernier droit a d'ailleurs été exercé par la société SOCIETE1.). Il est en effet acquis en cause que suite à une requête (*Application for Emergency Interim Measures*) déposée par cette dernière en date du 18 novembre 2022, donc antérieurement à l'introduction de la présente instance, un arbitre d'urgence a rendu le 3 décembre 2022 une ordonnance de rejet.

Même si les demandes formulées dans ce contexte par la demanderesse n'avaient pas exactement le même objet que les présentes demandes, il n'en reste pas moins que la finalité de celles-ci était la même, à savoir anéantir ou inverser les effets des Résolutions Litigieuses qui, pour rappel, portent nomination de nouveaux gérants de la société SOCIETE3.).

En tout état de cause, le fait que la société SOCIETE1.) ait pu tenter la prédite procédure et ainsi pu obtenir, le cas échéant, des mesures aux effets similaires à celles actuellement demandées, témoigne de l'absence d'urgence à voir intervenir une juridiction étatique.

Par ailleurs, si actuellement une des parties souhaite obtenir des mesures provisoires ou conservatoires, elle dispose de la faculté de saisir à cette fin de tribunal arbitral constitué depuis janvier 2023, conformément aux dispositions de l'article 28 du Règlement CCI.

Il faut par conséquent retenir, au vu de ce qui précède, que l'existence d'une situation d'urgence, requérant l'intervention d'une juridiction étatique, laisse d'être établie.

Les conditions pour le maintien de la compétence des juridictions étatiques en présence de la clause d'arbitrage soumise n'étant pas données, il faut en conclure que le juge des référés saisi est incompétent pour connaître des demandes de la société SOCIETE1.).

Pour être complet, le tribunal tient à préciser que le Règlement (UE) n° 1215/2012 est inapplicable au présent litige dans la mesure où son article 2, sub d) exclut expressément l'arbitrage de son champ d'application, le considérant (12) dudit règlement précisant clairement que « *[r]ien dans le présent règlement ne devrait empêcher la juridiction d'un État membre, lorsqu'elle est saisie d'une demande faisant l'objet d'une convention d'arbitrage passée entre les parties, de renvoyer les parties à l'arbitrage* ».

Tant la société SOCIETE1.) que les sociétés SOCIETE2.) et SOCIETE3.) réclament l'allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

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 de la société SOCIETE1.) en obtention d'une indemnité de procédure n'est pas fondée.

Les sociétés SOCIETE2.) et SOCIETE3.) n'établissant pas l'iniquité requise sur base de cette disposition, leurs demandes en allocation d'une indemnité de procédure ne sont pas non plus fondées.

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,

donnons acte à la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) de ce qu'elle renonce à ses demandes tendant à voir prononcer une interdiction à l'encontre d'PERSONNE1.), de PERSONNE2.) et de PERSONNE3.) ;

recevons le surplus des demandes en la forme ;

Nous déclarons incompetent pour en connaître ;

déboutons les parties de leurs demandes respectives en allocation d'une indemnité de procédure ;

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

laissons les frais de l'instance à charge de la société à responsabilité limitée SOCIETE1.)