

Texte pseudonymisé

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

**No. Rôle: TAL-2024-00823**  
**No. 2024TALREFO/00120**  
**du 15 mars 2024**

Audience publique extraordinaire des référés du vendredi, 15 mars 2024, 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 Carole STARCK.

## **DANS LA CAUSE**

### **ENTRE**

PERSONNE1.), née le DATE1.), demeurant à L-ADRESSE1.),

élisant domicile en l'étude de Maître Guillaume LOCHARD, avocat, demeurant professionnellement à L-1358 Luxembourg, 4, rue Pierre de Coubertin,

**partie demanderesse comparant par Maître Guillaume LOCHARD, avocat, demeurant à Luxembourg,**

### **ET**

1) PERSONNE2.), demeurant à L-ADRESSE2.),

2) la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) 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 NUMERO1.), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

**parties défenderesses comparant par Maître Pierre FELTGEN, avocat, demeurant à Luxembourg.**

---

**F A I T S :**

A l'appel de la cause à l'audience publique des référés ordinaires du lundi matin, 5 mars 2024, Maître Guillaume LOCHARD donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite et exposa ses moyens.

Maître Pierre FELTGEN fut entendu en ses moyens et explications.

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

## O R D O N N A N C E

### qui suit:

### Faits et rétroactes

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

PERSONNE1.) et PERSONNE2.) sont propriétaires de deux sociétés, à savoir :

- la société à responsabilité limitée SOCIETE2.) S.à r.l. (ci-après « **la société SOCIETE2.)** »), détenue à parts égales, et
- la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) S.à r.l. (ci-après « **la société SOCIETE1.)** »), détenue à 55% par PERSONNE2.) et à 45% par PERSONNE1.).

Par acte notarié n° NUMERO2.) du DATE2.), la société SOCIETE2.) a acquis l'immeuble sis à L-ADRESSE2.), dans lequel est exploité un hôtel-restaurant dénommé « ALIAS1.) ».

PERSONNE1.) et PERSONNE2.) sont les propriétaires indivis du fonds de commerce dudit hôtel-restaurant pour l'avoir acquis de PERSONNE3.) et PERSONNE4.) suivant un « *compromis de vente* » daté du « DATE3.) ».

Ce fonds de commerce est actuellement exploité par la société SOCIETE1.), qui loue à cette fin l'immeuble appartenant à la société SOCIETE2.).

PERSONNE2.) est le gérant unique de la société SOCIETE1.).

Saisi d'une demande de PERSONNE1.) sur le fondement de l'article 815-6, point 1° du Code civil, un vice-président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme en matière de référé, en remplacement du Président dudit tribunal, statuant contradictoirement, a, par ordonnance rendue en date du 28 juin 2023, nommé Maître Claude SCHMARTZ, demeurant professionnellement à L-7364 Bofferdange, 1B, a Romescht, Résidence les Cerisiers 2, avec la mission d'inventorier tous les éléments matériels (i.e. le matériel, l'outillage, les meubles et les ustensiles) servant à

l'exploitation du fonds de commerce de l'hôtel-restaurant « ALIAS1.) » sis à L-ADRESSE2.) ; dit que les honoraires promérités par ledit mandataire *ad hoc* sont à avancer par PERSONNE1.) ; condamné PERSONNE2.) et la société SOCIETE1.) *in solidum* à payer à PERSONNE1.) une indemnité de procédure de 700,- euros ; mis les frais de l'instance *in solidum* à charge des parties défenderesses.

Par exploit d'huissier de justice du 3 août 2023, PERSONNE2.) et la société SOCIETE1.) ont relevé appel de cette ordonnance.

Par arrêt n° 010/24-VII-CIV du 24 janvier 2024, la Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière civile, en la forme des référés, statuant contradictoirement, a reçu l'appel ; annulé l'ordonnance de référé n° 2023TALREFO/00252 du 28 juin 2023 ; statuant à nouveau, déclaré la demande dirigée par PERSONNE1.) contre la société SOCIETE1.) irrecevable ; reçu la demande dirigée par PERSONNE1.) contre PERSONNE2.) ; dit cette demande non fondée ; débouté toutes les parties de leurs prétentions sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ; condamné PERSONNE1.) aux frais et dépens des deux instances.

### **Procédure**

Par exploit d'huissier de justice du 30 janvier 2024, PERSONNE1.) a fait donner assignation à PERSONNE2.) et à la société SOCIETE1.) à comparaître devant le Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière de référé, pour voir nommer une personne avec la mission d'inventorier tous les éléments matériels servant à l'exploitation du fonds de commerce de l'hôtel-restaurant « ALIAS1.) », et notamment « *le matériel, l'outillage, les meubles et les ustensils* », sur base de l'article 350 du Nouveau Code de procédure civile, sinon sur le fondement de l'article 933, première sinon deuxième phrase, du même code, sinon sur toute autre base légale applicable.

Aux termes de son assignation, PERSONNE1.) réclame encore l'allocation d'une indemnité de procédure de 1.000.- euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, l'exécution provisoire de l'ordonnance à intervenir, ainsi que la condamnation de PERSONNE2.) aux frais et dépens de l'instance. Elle demande enfin à voir déclarer l'ordonnance à intervenir commune à la société SOCIETE1.).

### **Moyens des parties**

PERSONNE1.) expose que, pour des raisons inconnues et bien qu'elle ait payé la moitié du prix d'achat du fonds de commerce, à savoir 50.000,- euros, le fonds de commerce de l'hôtel-restaurant « ALIAS1.) » est actuellement exploité par la société SOCIETE1.), société sur laquelle elle n'a aucune emprise dans la mesure où dont PERSONNE2.) en est l'associé majoritaire (détenant 55% du capital social) et le gérant unique. Elle serait ainsi dépossédée de la moitié indivise du fonds de commerce, dont elle serait le propriétaire. Elle estime avoir un intérêt à voir établir un inventaire des éléments

matériels du fonds de commerce en vue de procéder à la vente de celui-ci et de solliciter, le cas échéant, la licitation dans un procès au fond.

PERSONNE2.) et la société SOCIETE1.) concluent au rejet de la demande au motif que la demanderesse ne justifie pas d'un motif légitime au sens de l'article 350 du Nouveau Code de procédure civile. Contrairement aux exigences posées par ledit article, la mesure sollicitée ne viserait pas à conserver ou à établir des faits pertinents en vue d'un litige au fond. Elles contestent en outre l'utilité de l'inventaire demandé, eu égard au fait qu'aucun inventaire n'a été dressé au moment de l'acquisition du fonds de commerce, de sorte qu'il n'est pas établi quels éléments comprenaient le fonds de commerce à ce moment-là, et que, par ailleurs, la société SOCIETE1.) exploite l'hôtel-restaurant « ALIAS1.) » depuis pratiquement huit ans et a, pendant ce temps, fait rénover 20 (sur 25) chambres de l'hôtel.

Elles contestent aussi l'existence d'une quelconque situation urgence telle que requise par les articles 932 et 933 du Nouveau Code de procédure civile. L'absence du caractère urgent de la demande de PERSONNE1.) aurait en outre déjà été constatée par la Cour d'appel dans son arrêt du 24 janvier 2024 relatif à la demande antérieurement introduite par cette dernière sur le fondement de l'article 815-6, point 1° du Code civil.

### **Appréciation**

PERSONNE1.) agit principalement sur la base de l'article 350 du Nouveau Code de procédure civile, qui dispose que : « *S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, [...] en référé* ».

Cet article institue un référé qui est autant « préventif », en ce qu'il tend à éviter tout procès au fond, que « probatoire », en ce qu'il tend à conserver des éléments de preuve soumis au risque d'un dépérissement prochain ou à établir la preuve de faits qui se sont déjà produits et qui ne sont pas soumis au risque d'un changement ou d'une disparition prochaine.

Il s'agit d'un texte autonome auquel les conditions habituelles du référé ne sont pas applicables. Il n'est ainsi soumis ni à la condition d'urgence, ni à la condition d'absence de contestation sérieuse et ne doit répondre qu'aux exigences posées par ledit texte, lesquelles sont, à part (i) l'absence de procès au fond, (ii) l'existence d'un motif légitime d'établir, (iii) par mesure d'instruction légalement admissible, (iv) la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige.

Une demande basée sur cette disposition légale requiert donc que le demandeur démontre cumulativement que :

- 1) la mesure d'instruction est demandée avant tout procès au fond,

- 2) la mesure d'instruction demandée est pertinente en ce sens qu'elle doit porter sur un fait dont dépend la solution d'un procès au fond qui reste à être introduit,
- 3) le motif pour établir le fait devant faire l'objet de la mesure d'instruction et pour en conserver la preuve doit être légitime en ce sens que la mesure sollicitée doit être adaptée, utile et proportionnée au litige, et
- 4) la mesure d'instruction sollicitée doit être légalement admissible.

Il convient de noter d'emblée qu'en l'occurrence, la mesure d'instruction sollicitée est légalement admissible, ce qui n'est d'ailleurs pas contesté, et que, d'après les renseignements fournis par les parties, il n'y a pour l'instant pas encore de procès au fond concernant les faits dont la demanderesse vise à établir la preuve.

Le motif légitime exigé par cette disposition légale est fonction de la plausibilité d'un procès au fond et de l'utilité, dans cette perspective, de la mesure d'instruction sollicitée.

Il y a motif légitime au sens de la loi s'il n'est *a priori* pas exclu que des faits ou des éléments dont l'on veut établir ou conserver la preuve, puisse dépendre la solution d'un éventuel procès au fond entre parties, voire qu'ils soient susceptibles d'avoir une influence sur la solution du litige. Le juge est souverain pour apprécier le motif légitime qui constitue la seule condition positive du recours à une mesure d'instruction *in futurum*.

A la nécessité du motif légitime s'ajoute celle du caractère opérant, de la pertinence de la mesure sollicitée (*Jacques et Xavier VUITTON, Les référés, 4<sup>ème</sup> édition 2018, LEXISNEXIS, n° 179 et suivants*).

Le demandeur est ainsi tenu de démontrer, outre la légitimité de la mesure sollicitée, qu'elle est pertinente, c'est-à-dire adaptée, utile et proportionnée au litige ultérieur qui la requiert.

Si la partie demanderesse dispose d'ores et déjà de moyens de preuves suffisants pour conserver ou établir la preuve des faits litigieux, la mesure d'instruction demandée est dépourvue de toute utilité et doit être rejetée (*Cass. fr. com., 18 févr. 1986 : Bull. civ. IV, n° 26 ; Gaz. Pal. 1986, 1, pan. jurispr. p. 109, note S. Guinchard et T. Moussa. – CA Orléans, 4 mars 1983 : D. 1983, p. 343, note Jeantin ; RTD civ. 1983, p. 785, obs. J. Normand*). En d'autres termes, le demandeur doit établir l'existence de son « intérêt probatoire » (*Ord. 12 août 1983 : Gaz. Pal. 1983, 2, somm. p. 425 ; RTD civ. 1983, p. 785, obs. J. Normand*).

En l'espèce, PERSONNE1.) fait valoir que l'inventaire sollicité lui servira d'appui à une demande en licitation du fonds de commerce litigieux.

Le litige futur invoqué par la demanderesse est donc celui d'une action en partage de l'indivision existant entre elle et PERSONNE2.).

Or, l'existence ou l'absence d'un inventaire des biens indivis n'a aucune influence sur le sort d'une telle action, puisque que le droit de solliciter le partage de l'indivision, dont dispose tout indivisaire, est un droit absolu et discrétionnaire qui ne dépend pas de la nature et/ou de la quantité des biens composant l'indivision (*cf. article 815, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil ; Cour d'appel, 14 février 2007, Pas. 33, p. 516*).

La qualité d'indivisaire de la demanderesse, qui n'est pas contestée, est en principe suffisante pour lui permettre d'obtenir le partage et, le cas échéant, la licitation des biens qu'elle détient en indivision avec PERSONNE2.), étant précisé que, si un inventaire des biens indivis s'avèrerait nécessaire, celui-ci pourra toujours être ordonné par la juridiction saisie du fond du litige et dressé notamment dans le cadre des opérations de partage et de liquidation à intervenir.

Il suit de ce qui précède que la mesure d'instruction sollicitée par PERSONNE1.) n'a pour objet ni l'établissement, ni la conservation d'un fait dont dépend la solution du futur procès au fond.

PERSONNE1.) reste par conséquent en défaut de justifier d'un intérêt probatoire, de sorte que sa demande est à déclarer irrecevable sur le fondement de l'article 350 du Nouveau Code de procédure civile.

En ordre subsidiaire, la demanderesse se base sur l'article 933, paragraphe 1<sup>er</sup> du Nouveau Code de procédure civile. Le texte en question est libellé comme suit : « *Le président, ou le juge qui le remplace, peut toujours prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Pour empêcher le dépérissement des preuves, il peut ordonner toute mesure d'instruction utile, y compris l'audition de témoins* ».

Etant donné que la demanderesse ne fait état ni d'un dommage imminent que la mesure sollicitée viserait à prévenir, ni d'un trouble manifestement illicite que la mesure sollicitée permettrait de faire cesser, la demande est à déclarer irrecevable en ce qu'elle est basée sur la première phrase de l'article 933, alinéa 1<sup>er</sup> précité.

Enfin, comme PERSONNE1.) ne justifie d'aucune circonstance particulière d'urgence rendant nécessaire, dès à présent et avant tout procès au fond, l'établissement de l'inventaire sollicité, sa demande est également irrecevable sur le fondement de la deuxième phrase du même article.

Il convient de rappeler à cet égard que l'urgence au sens de l'article 933, deuxième phrase du Nouveau Code de procédure civile est impliquée par la nécessité qu'il doit y avoir pour empêcher un dépérissement des preuves qui risquerait de se produire, si d'ores et déjà le juge des référés n'ordonnait pas la mesure d'instruction sollicitée.

L'urgence se confond dans ce cas avec le caractère imminent de la disparition de traces matérielles qu'il s'agit de constater, le caractère proche de l'évanouissement d'un état de fait dont il y a lieu de conserver ou d'établir la preuve, l'imminence de la perte d'une preuve tangible résultant de la nature intrinsèque de la chose ou du fait à prouver.

PERSONNE1.) ne fournit aucun élément probant permettant d'admettre qu'il y ait actuellement un risque que l'établissement de l'inventaire des biens indivis devienne impossible ou plus difficile s'il n'était pas immédiatement ordonné. La mesure d'instruction sollicitée peut parfaitement, sans risque pour les droits des parties, être ordonnée par le juge du fond s'il l'estime utile.

Pour être complet, il y a lieu d'ajouter que la demande ne saurait pas non plus être accueillie sur le fondement de l'article 932, alinéa 1<sup>er</sup> du Nouveau Code de procédure civile, dès lors qu'il résulte des développements qui précèdent que l'urgence laisse d'être établie.

L'article 240 du Nouveau Code de procédure civile dispose que : « *Lorsqu'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 PERSONNE5.) en obtention d'une indemnité de procédure est à rejeter.

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

Nous Philippe WADLÉ, premier juge au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, statuant contradictoirement,

recevons la demande en la forme ;

Nous déclarons compétent pour en connaître ;

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

déclarons la demande irrecevable ;

déboutons PERSONNE1.) de sa demande en allocation d'une indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ;

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

condamnons PERSONNE1.) aux frais de l'instance.