

Texte pseudonymisé

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

No. Rôle: TAL-2023-04259
No. 2023TALREFO/00461
du 8 décembre 2023

Audience publique extraordinaire des référés du vendredi, 8 décembre 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 du greffier Charles d'HUART.

DANS LA CAUSE

ENTRE

PERSONNE1.), sans état connu, demeurant ADRESSE1.), États-Unis d'Amérique, élisant domicile en l'étude de Maître Pierre REUTER, avocat, demeurant à Luxembourg,

partie demanderesse comparant par Maître Pierre REUTER, avocat, assisté de Maître Anne CHARTON, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

ET

la société anonyme SOCIETE1.) S.A., 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 conseil d'administration actuellement en fonctions,

partie défenderesse comparant par la société à responsabilité limitée LOYENS & LOEFF LUXEMBOURG S.à r.l., représentée par Maître Anissa KABBAGE, avocat, en remplacement de Maître Véronique HOFFELD, avocat, les deux demeurant à Luxembourg.

F A I T S :

A l'appel de la cause à l'audience publique ordinaire des référés du lundi matin, 6 novembre 2023, Maître Pierre REUTER, assisté de Maître Anne CHARTON, donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite et exposa ses moyens.

Maître Anissa KABBAGE fut entendue en ses moyens et explications.

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:

Faits

La société SOCIETE2.) INC. est une société de droit américain spécialisée dans la création d'applications et de portails clients utilisant des méthodes de codage simplifiée (*low code*) alimentée par l'intelligence artificielle.

Suivant contrat de travail du 9 mai 2019, PERSONNE1.) a été engagé par la société SOCIETE2.) INC. en qualité de « *Senior Vice President Sales, Strategy and Acceleration* ».

En date du 15 octobre 2021, PERSONNE1.) et la société SOCIETE2.) INC. ont signé un acte intitulé « *Separation Agreement* » (ci-après « **le Separation Agreement** »), qui a mis fin à la prédite relation de travail.

La société SOCIETE2.) INC. est une filiale détenue à 100% par la société anonyme SOCIETE1.) S.A. (ci-après « **la société SOCIETE1.)** »).

En sa prédite qualité d'employé de la société SOCIETE2.) INC., PERSONNE1.) s'est vu accorder une participation dans la société SOCIETE1.).

Ainsi, il détient d'abord une participation à hauteur de 47.509 actions ordinaires, en pleine propriété, dans la société SOCIETE1.).

En vertu d'une convention intitulée « *Share Option Agreement* » (ci-après « **le Share Option Agreement** ») ayant pris effet le 1^{er} mai 2019, PERSONNE1.) dispose en outre d'une option d'achat (*stock options*) sur un total de 542.500 actions ordinaires de la société SOCIETE1.) à un prix d'exercice de 1,88.- euros par action.

Aux termes de l'article 1, point b) dudit Share Option Agreement, PERSONNE1.) est en droit de lever l'option d'achat pendant des périodes spécifiquement

déterminées, appelées « *fenêtres d'exercice* » (*exercise window*) et fixées en principe entre le 1^{er} septembre et le 31 octobre de chaque année.

Le Share Option Agreement a été conclu conformément à un acte intitulé « *2017 Share Option Plan* » (ci-après « **le Share Option Plan** »), qui se trouve annexé au Share Option Agreement en tant qu'annexe B (*EXHIBIT B*).

Au cours de l'année 2022, la société SOCIETE1.) a décidé de ne pas ouvrir la fenêtre d'exercice annuelle du 1^{er} septembre au 31 octobre 2022. Au lieu de cela, elle a décidé, en février 2023, d'ouvrir une fenêtre d'exercice pendant la période du 10 avril 2023 au 9 juin 2023, avec la précision que la première démarche en vue de la levée de l'option devait être accomplie pour le 24 mai 2023 et la seconde pour le 2 juin 2023 au plus tard.

Les parties sont en désaccord quant à la régularité de ce report de la fenêtre d'exercice de l'option d'achat.

Il est constant en cause qu'au jour de l'introduction de la présente demande, PERSONNE1.) disposait encore d'une option d'achat sur 307.497 actions ordinaires de la société SOCIETE1.).

Procédure

Par exploit d'huissier de justice du 24 mai 2023, PERSONNE1.) a fait donner assignation à la société SOCIETE2.) à comparaître devant le Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, aux fins de voir :

- ordonner la suspension de la décision de la société SOCIETE1.) matérialisée par un e-mail du 7 février 2023 lui imposant d'exercer la levée de son option au plus tard le 24 mai 2023,
- ordonner la suspension des délais indiqués dans la décision de la société SOCIETE1.) matérialisée par un e-mail du 7 février 2023 ainsi que dans le document intitulé « *2023 Stock Option Exercice Instructions* » encadrant l'exercice de la levée d'option lui accordée,
- interdire à la société SOCIETE1.) de le déclarer forclos à demander l'exercice de ses options s'il ne le fait pas jusqu'au 24 mai 2023,

le tout jusqu'à ce qu'une décision judiciaire coulée en force de chose jugée se soit prononcée sur la nullité des décisions prises par la société SOCIETE1.) concernant

le refus d'ouverture d'une fenêtre d'exercice en septembre 2022 et l'obligation de procéder à la levée d'option avant le 24 mai 2023.

Aux termes de son assignation, PERSONNE1.) réclame encore l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.500,- 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 SOCIETE1.) à tous les frais et dépens de l'instance.

Positions des parties

PERSONNE1.) soutient que le report de la fenêtre d'exercice de son option d'achat constitue une violation manifeste des termes du Share Option Agreement, dès lors qu'aucun évènement ne justifierait ce report et qu'aucune décision prise en ce sens par un organe de la société SOCIETE1.) ne lui aurait été communiquée.

Il souligne qu'en raison de cette décision illicite unilatéralement prise par la société SOCIETE1.), il a été dans l'impossibilité de lever son option durant l'année 2022.

Or, suite à une augmentation de capital réalisée au début de l'année 2023, et dans le cadre de laquelle deux sociétés appartenant au même groupe auraient acquis un important paquet d'actions (ordinaires) à un prix unitaire fixé à 13,72.- euros, la valeur de la société SOCIETE1.) aurait diminuée de 55% en passant d'une évaluation de 9,5 milliards de dollars américains en septembre 2022 à une évaluation de plus que 4,5 milliards de dollars américains en avril 2023.

Les conditions financières de la levée de son option d'achat auraient en conséquence fondamentalement changé en ce que, d'une part, il ne serait plus en mesure de trouver un financement pour l'acquisition des actions faisant l'objet de l'option dont il bénéficie, sachant que la levée de celle-ci engendrerait actuellement d'importants coûts dus notamment aux impôts et autres droits retenus à la source par l'administration fiscale américaine, et d'autre part, aucun acheteur ne serait intéressé par l'acquisition des actions lui appartenant en raison de la perte de valeur de la société.

Il reproche à la société SOCIETE1.) d'avoir ainsi commis des manœuvres abusives. Plus particulièrement, il critique le fait que cette dernière a, dans le cadre de la prédite opération de refinancement, fixé unilatéralement le prix d'achat des actions ordinaires à un montant plus élevé que celui des actions préférentielles, alors que ces dernières sont assorties de certains droits particuliers (droit de vote, droit de percevoir des dividendes...), et ce précisément au moment où venait de s'ouvrir la fenêtre d'exercice de son option d'achat.

Ainsi, en créant délibérément une incohérence, consistant en le maintien du prix d'une action ordinaire plus élevé que le prix d'une action préférentielle, la société SOCIETE1.) l'aurait empêché, d'un côté, de réussir à financer l'exercice de son option d'achat et, de l'autre côté, de vendre ses actions ultérieurement à un repreneur.

Il précise que le Separation Agreement lui impose de lever son option d'achat soit pendant la période d'exercice prévue pour 2022, soit au plus tard le 30 juin 2023. Or, en agissant comme elle l'a fait, la société SOCIETE1.) aurait rendu impossible la levée de son option, un achat au cours de l'année 2022 n'ayant pas été autorisé par cette dernière et les conditions financières pour la levée de l'option à partir du 30 avril 2023 ayant été volontairement rendues catastrophiques.

Se basant principalement sur l'article 933, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile, PERSONNE1.) reproche à la société SOCIETE1.) d'avoir manqué à ses obligations contractuelles dont elle tenue à son égard, et plus précisément d'avoir violé son obligation d'ouvrir une fenêtre d'exercice de son option d'achat entre le 1^{er} septembre et 31 octobre 2022, telle que prévue par l'article 1, point b) du Share Option Agreement. Cette violation constituerait un trouble manifestement illicite qu'il y aurait lieu de faire cesser en ordonnant les mesures de suspension sollicitées.

De même, la société SOCIETE1.) ne serait pas en droit de lui imposer, sans aucune justification, une obligation de procéder à la levée de son option d'achat avant le 24 mai 2023, sinon le 30 juin 2023 à des conditions financières inacceptables pour lui.

Il invoque en outre l'existence d'un dommage imminent, qui résiderait dans le fait qu'il se trouverait actuellement coincé dans la situation où il doit choisir entre la levée de son option à un prix de 2.111.755,15.- euros, qu'il n'arrive actuellement pas à financer, ou la perte de ses *stock options*, évaluée à 4.268.058,36.- euros.

En ordre subsidiaire, PERSONNE1.) se fonde sur l'article 932, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile. A cet titre, il se prévaut de l'existence d'une situation d'urgence consistant dans le fait que la levée de son option d'achat devait être initiée pour le 24 mai 2023 au plus tard, sous peine de subir un préjudice financier important du fait de la déchéance de son option d'achat.

Il conclut au rejet de l'ensemble des moyens adverses.

La société SOCIETE1.) soulève à titre liminaire l'exception de transaction en faisant valoir qu'en vertu du Separation Agreement signé le 15 octobre 2021, le demandeur aurait renoncé à toute action à son encontre. La présente action serait en conséquence à déclarer irrecevable.

Elle soulève ensuite l'incompétence du magistrat saisi au motif que l'action de PERSONNE1.) amène la présente juridiction à interpréter les termes du (des) contrat(s) conclu(s) entre parties, à savoir notamment ceux du Share Option Agreement et du Share Option Plan. Une telle interprétation relèverait toutefois de la seule compétence des juges du fond.

En ordre subsidiaire, elle conclut au rejet de la demande en soutenant que les conditions d'application des bases légales invoquées par PERSONNE1.) ne sont pas remplies en l'espèce. Plus particulièrement, elle conteste l'existence de tout trouble manifestement illicite ou dommage imminent au sens de l'article 933, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile. Elle conteste également l'existence de toute urgence et estime que les contestations qu'elle émet sont sérieuses et font, partant, obstacle à l'octroi des mesures sollicitées sur base de l'article 932, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile.

Elle conteste tout manquement contractuel dans son chef et soutient que les termes des documents contractuels régissant la relation entre parties l'autorisent à déplacer la fenêtre d'exercice des options d'achat. Elle renvoie plus précisément aux articles 3.1, 3.2 et 8.1 du Share Option Plan, dont il résulterait qu'en tant qu'administrateur du Share Option Plan, le conseil d'administration dispose d'un large pouvoir pour déterminer notamment les modalités d'exercice des options d'achats litigieuses. Elle disposerait ainsi du pouvoir de modifier les dates des périodes d'exercice sans devoir obtenir le consentement du demandeur, à condition que cette modification n'implique pas une réduction des droits du demandeur, telle réduction n'ayant pas eu lieu en l'espèce.

En effet, le déplacement litigieux de la fenêtre d'exercice de l'option d'achat des actions n'aurait pas affecté les droits du requérant, de sorte que le consentement de ce dernier n'était pas nécessaire pour pouvoir valablement procéder à la modification du Share Option Plan. Elle souligne à ce titre que ni le prix d'exercice ou le nombre d'actions accordées, ni aucune autre modalité ou condition spécifique prévue par les annexes pertinentes, à savoir les annexes A et A1 du Share Option Agreement, n'a été modifiée.

Elle donne encore à considérer que, contrairement à ce qui est soutenu par le demandeur, les conditions financières pour l'exercice des options d'achat n'ont pas changé depuis le mois juin 2022 en ce que la juste valeur marchande des actions de la société, telle que déterminée suivant une procédure d'évaluation dite « 409A », est restée à 13,85.- euros par action.

Elle conteste par ailleurs que les actions ordinaires auraient été valorisées à un prix plus élevé que les actions privilégiées et relève que cette allégation adverse n'est étayée par aucun élément probant.

S'agissant de l'impossibilité de revendre les actions, dont fait état le demandeur, elle souligne qu'en application des articles 7 et 22 du Share Option Agreement et 9.4 du Share Option Plan, les actions détenues par le demandeur ne sont pas librement cessibles et que leur vente ou transfert nécessite un accord préalable du conseil d'administration. Les actions ordinaires ne pourraient d'ailleurs généralement pas être vendues en dehors d'un évènement de liquidité.

Elle conteste également l'existence de tout préjudice dans le chef du demandeur, en faisant valoir qu'après le déplacement de la fenêtre d'exercice, ce dernier disposait toujours de la possibilité de lever 307.497 options à un prix d'exercice de 1,88.- euros par actions. Ni le nombre des actions pouvant être acquises, tel que déterminé au moment de la cessation de l'emploi du demandeur auprès de la filiale, ni le prix d'achat, tel que fixé au début de la relation contractuelle entre parties, n'auraient été changés.

Le demandeur aurait eu la possibilité d'exercer son option d'achat pendant la période du 10 avril 2023 au 24 mai 2023, mais il aurait décidé volontairement de ne pas en faire usage, sinon d'en faire usage conformément aux instructions lui fournies.

Par ailleurs, compte tenu de la valeur marchande des actions, s'élevant depuis le mois de juin 2023 à 13,85.- euros, le demandeur pourrait toujours réaliser une plus-value de $(13,85 - 1,88 =) 11,97.-$ euros par actions en cas de revente de ses actions.

Elle souligne encore que le requérant a été informé dès le 19 août 2022 du décalage de la fenêtre d'exercice de son option d'achat et n'aurait, à ce moment, formulé aucune objection. De plus, il n'aurait à ce jour pas introduit une action au fond, ce qui démontrerait l'absence de toute urgence et le manque de sérieux de la présente demande.

A titre reconventionnel, elle sollicite la condamnation de PERSONNE1.) à lui payer une indemnité de 25.000,- euros pour procédure abusive et vexatoire sur base de l'article 6-1 du Code civil, ainsi qu'une indemnité de procédure de 5.000,- euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Appréciation

- Quant à la compétence

Il convient d'abord de noter que le moyen de la société SOCIETE1.) tiré de l'impossibilité pour le juge des référés de procéder à une interprétation contractuelle

a trait non pas à la compétence (matérielle) du juge saisi, mais à la limite des pouvoirs d'appréciation dont ce dernier dispose dans l'exercice des compétences lui attribuées par la loi.

Ce moyen n'est partant pas à examiner sous l'angle de la compétence de la juridiction saisie, mais aura le cas échéant une incidence au niveau de la vérification du bien-fondé de la demande.

A toutes fins utiles, le tribunal constate néanmoins qu'il résulte de l'assignation introductive d'instance que l'action de PERSONNE1.), qui est expressément basée sur les articles 933, alinéa 1^{er}, sinon 932, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civil, tend à voir prononcer des mesures provisoires visant à conserver ses (prétendus) droits en attendant de l'issue d'un procès à intenter au fond.

Il faut en conclure que le magistrat saisi, siégeant comme juge des référés, est compétent *ratione materiae* pour connaître de la demande.

- Quant à l'exception de transaction

La transaction en tant que mécanisme conventionnel est régie par les articles 2044 à 2058 du Code civil. Elle est définie par l'article 2044 du Code civil comme étant « un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître ».

La conclusion d'une transaction présuppose ainsi par définition une situation conflictuelle, qui peut être tranchée par un juge, mais à laquelle les parties préfèrent mettre un terme par voie négociée (*Thierry HOSCHEIT, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, 2^e édition, n° 1052, p. 600*).

Une action visant à saisir le juge d'un litige qui a été précédemment réglé par une transaction se heurte à l'exception de transaction.

Cette exception trouve son fondement légal dans l'article 2052, alinéa 1^{er} du Code civil, aux termes duquel « [l]es transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort ».

Il existe ainsi une étroite corrélation dans leurs effets procéduraux entre l'exception de l'autorité de la chose jugée et l'exception de transaction. Les conditions d'application sont les mêmes : identité d'objet, de cause et de parties (*Cour d'appel, 18 janvier 2012, n° 36433 du rôle*).

Concernant l'objet d'une transaction, l'article 2048 du Code civil dispose que « [l]es transactions se renferment dans leur objet: la renonciation qui y est faite à

tous droits, actions et prétentions, ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu ».

L'article 2049 du même code précise que « *[l]es transactions ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris, soit que les parties aient manifesté leur intention par des expressions spéciales ou générales, soit que l'on reconnaisse cette intention par une suite nécessaire de ce qui est exprimé ».*

Pour que l'exception de transaction puisse être admise, il faut donc que l'objet de la transaction invoquée coïncide avec l'objet du litige dont est saisi le juge.

En l'espèce, cette condition n'est pas remplie dès lors qu'il est constant en cause que les faits ayant donné lieu à la présente action, à savoir le report de la fenêtre d'exercice de l'option d'achat d'actions du demandeur et l'augmentation du capital social de la société SOCIETE1.), sont nés bien après à la signature du Separation Agreement du 15 octobre 2021.

Etant donné que la présente action porte sur une nouvelle contestation, à laquelle le Separation Agreement ne peut pas avoir mis fin, l'exception de transaction est à écarter.

- *Quant à la demande principale*

PERSONNE1.) agit principalement sur base de l'article 933, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile, qui dispose que : « *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 ».*

Il y a deux cas d'ouverture distincts à l'action sur base de l'article 933, alinéa 1^{er} précité, à savoir s'il y a lieu de prévenir un dommage imminent et ensuite en cas de trouble manifestement illicite.

Le dommage imminent est la voie de fait dont les circonstances font admettre qu'elle est sur le point de se produire et qu'il faut prévenir par des mesures appropriées. Le trouble manifestement illicite est la voie de fait qui s'est déjà produite et qu'il s'agit de faire cesser le plus souvent par une mesure de remise en état.

Le trouble manifestement illicite se définit comme toute perturbation résultant d'un fait matériel ou juridique qui, directement ou indirectement, constitue une violation évidente de la règle de droit. Il procède donc de la méconnaissance d'un droit, d'un titre, ou corrélativement, d'une interdiction les protégeant. L'illicéité se comprend comme la méconnaissance d'une norme juridique obligatoire, que son origine soit

délictuelle ou contractuelle, législative ou réglementaire, de nature civile ou pénale. Le caractère « manifeste » du trouble illicite renvoie à la raison d'être initiale du juge des référés, juge de l'immédiat, de l'évident, ce qui implique une intervention dans un litige exempt de doute. Le juge des référés ne disposant pas de temps et son intervention ne supportant pas de retard, le trouble dont il est saisi doit être incontestable. L'intervention du juge des référés reste nécessairement marquée par une évidence, même s'il est autorisé à procéder à des recherches plus approfondies qu'autrefois pour la mettre en évidence (*Cour d'appel, 13 juillet 2022, n° CAL-2022-00504 du rôle, citant Jacques et Xavier VUITTON, Les référés, édition 2003, n°315, 322 et 327*).

Le dommage imminent est celui qui n'est pas encore réalisé, mais qui se produira sûrement si la situation présente doit se perpétuer. La survenance du dommage doit être certaine, il ne suffit pas qu'il soit seulement éventuel (*Droit et pratique de la procédure civile, Dalloz Action 2021/2022, n° 236.231 ; Cour d'appel 15 février 2012, Pas. 36, page 83*). Il y a lieu de tenir compte de tout dommage potentiel qui puisse être mis en relation causale avec le comportement dénoncé à travers l'action en référé.

Si le texte ne fait aucune référence au caractère licite ou non du fait critiqué, il est toutefois certain qu'un dommage n'est subi que par la méconnaissance d'un droit. Un dommage n'est, en effet, pas susceptible d'être prévenu en référé s'il est légitime. Et en l'absence d'une possible illicéité, les conséquences, seraient-elles dommageables, n'en sont pas moins légitimes et donc inévitables. Le dommage imminent suppose une illicéité, ou tout au moins, du fait de l'urgence inhérente à l'imminence, qu'il apparaisse comme potentiellement illicite. Mais l'illicéité doit s'entendre dans un sens très large. Il doit au moins s'agir d'une anomalie, tout au plus qualifiable d'abus de droit. À la différence d'un litige placé sur le fondement du trouble manifestement illicite, le centre du débat en matière de dommage imminent se trouve déplacé de l'existence d'une illicéité qui, si elle est nécessairement présente, n'est que secondaire, vers l'existence de ses conséquences, un dommage imminent imputable à un acte du défendeur (*JurisClasseur, Fasc. 1200-95 : RÉFÉRÉS – Conditions générales des pouvoirs du juge des référés.– Fonctions du juge des référés, n° 66*)

Les mesures réclamées sur base de l'alinéa 1^{er} de l'article 933 du Nouveau Code de procédure civile ne sont pas subordonnées à la preuve de l'urgence, les conditions ayant trait à l'imminence du dommage et au caractère manifestement illicite du trouble se suffisant à elles-mêmes dans la mesure où il est toujours pressant de prévenir pareil dommage et de mettre un terme à l'illicéité manifeste (*Cour d'appel, 21 janvier 1997, Pas. 30, p. 247*).

Or, même si l'article 933, alinéa 1^{er}, contrairement aux articles 932, alinéa 1^{er} et 933, alinéa 2, n'exige pas formellement l'absence de contestations sérieuses, l'examen des contestations soulevées en cause, qui s'impose, peut cependant conduire au constat que les conditions d'application de cette disposition légale ne sont pas établies de façon suffisamment évidente pour permettre au juge des référés de prendre la mesure sollicitée (*Cass. 19 décembre 2019, Pas. 39, p. 663 ; dans le même sens Cour d'appel, 16 décembre 2015, Pas. 37 p 328*).

En effet, la voie de fait se définit comme étant constituée par une atteinte manifestement illicite et intolérable à un droit certain et évident d'autrui par des actes matériels posés par leur auteur en vue d'usurper un droit qu'il n'a pas ou pour se rendre justice à soi-même et qui doivent être manifestement illicites, ce qui présume que leur caractère illicite doit précisément ne pas faire l'objet de contestations sérieuses (*Cour d'appel, 14 juillet 2021, n° CAL-2020-01018 du rôle*).

Etant par essence le juge de l'évident et de l'incontestable, le juge des référés ne pourra faire droit à la prétention du demandeur que si les moyens invoqués par le défendeur pour s'opposer à la demande sont manifestement vains et dénués de tout fondement.

Dans cet ordre d'idées, il a également été considéré que l'article 933, alinéa 1^{er} du Nouveau code de procédure civile 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 y a dès lors lieu de vérifier si, conformément aux principes ci-avant énoncés, PERSONNE1.) peut se prévaloir d'une voie de fait justifiant l'intervention du juge des référés sur base de l'article 933, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile.

Ce dernier reproche à la société SOCIETE1.) d'avoir commis un acte illicite en décidant de reporter la fenêtre d'exercice de son option d'achat d'actions. Plus précisément, il estime que la société SOCIETE1.) était contractuellement obligée d'ouvrir cette fenêtre d'exercice pendant la période du 1^{er} septembre au 31 octobre 2022, et qu'elle ne pouvait dès lors pas, sans aucune justification et sans son consentement, décider de reporter celle-ci à l'année suivante.

Aux termes du Share Option Agreement, la société SOCIETE1.) a accordé à PERSONNE1.), avec effet au 1^{er} mai 2019 et en conformité notamment avec le Share Option Plan, tel que modifié de temps à autre, l'option d'acheter les actions ordinaires tels que visées aux annexes A et A1 du Share Option Agreement (voir première page, sub « *TERMS AND CONDITIONS* »).

Il résulte de l'article 1, point b) du même document que cette option d'achat peut être exercée pendant la période courant du 1^{er} septembre au 31 octobre de chaque année.

Or, il ressort des articles 2, 3.1, 3.2 et 8.1 du Share Option Plan, qui se trouve annexé au Share Option Agreement (cf. « *EXHIBIT B* »), que la société SOCIETE1.) assure la gestion et l'interprétation du Share Option Plan et que son conseil d'administration dispose du pouvoir de procéder à des modifications dudit plan sans avoir besoin de requérir le consentement du bénéficiaire de l'option d'achat, à condition toutefois que la (ou les) modification(s) en question n'a (n'ont) pas pour effet de réduire les droits de ce dernier.

L'article 2.24 du Share Option Plan précise ce qu'il faut entendre par réduction des droits du bénéficiaire d'une option d'achat (*Participant's Rights Reduction*).

A la lecture de cette stipulation, le tribunal constate que les droits ainsi visés semblent être uniquement ceux spécifiquement accordés au bénéficiaire d'une option d'achat dans la (ou les) annexe(s) (*Exhibit*) respective(s), en l'occurrence ceux prévus aux annexes A et A1 du Share Option Agreement, ce qui exclurait la fenêtre d'exercice fixée par l'article 1, point b) du Share Option Agreement.

Il convient encore de relever que l'ensemble des documents contractuels versés en cause est rédigé en langue anglaise, ce qui fait planer un doute quant à la portée et quant au sens exact des termes juridiques y employés.

Ces éléments conduisent le tribunal à retenir que l'illicéité alléguée par PERSONNE1.) n'est pas établie avec la certitude requise.

En effet, la question de l'illicéité de l'acte incriminé par PERSONNE1.), et plus particulièrement celle de savoir si et dans quelle mesure la société SOCIETE1.) était en droit de décaler la fenêtre d'exercice de son option d'achat nécessite, au vu des stipulations contractuelles invoquées par cette dernière à l'appui de sa défense, un examen plus approfondi auquel la présente juridiction ne saurait procéder sans dépasser ses pouvoirs et porter préjudice au fond.

Pour être complet, le tribunal tient à préciser que le demandeur ne fait état d'aucune disposition légale ou contractuelle qui lui conférerait le droit d'obtenir la communication sous une forme particulière des décisions prises par la société SOCIETE1.), de sorte que la critique tenant au défaut d'information de la part de cette dernière laisse d'être établi, sachant qu'il ressort des pièces versées que les bénéficiaires d'options d'achat sur les actions de la société SOCIETE1.) ont été informés déjà au mois d'août 2022, par voie de courriel, du fait que la fenêtre

d'exercice devant initialement s'ouvrir en septembre 2022 était reportée au premier trimestre 2023.

De même, le demandeur reste en défaut de justifier d'une norme juridique qui se trouverait méconnue en raison du prix des actions émises dans le cadre de l'augmentation de capital intervenue début 2023, de sorte que le tribunal ne saurait admettre qu'une illicéité ait été commise dans ce cadre.

Faute de preuve d'une voie de fait, la demande de PERSONNE1.) est à déclarer irrecevable en ce qu'elle est basée sur l'article 933, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile.

La demande est basée en ordre subsidiaire sur l'article 932, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile. Cet article est libellé comme suit : « *Dans les cas d'urgence, le président du tribunal d'arrondissement, ou le juge qui le remplace, peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend* ».

L'urgence est la condition première et déterminante de la saisine du juge des référés sur base de l'article 932, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile.

La question de l'urgence, qui est une question d'ordre public, est laissée à l'appréciation souveraine du juge des référés. Il y a urgence toutes les fois que le retard apporté à une solution provisoire et ne préjugant en rien le fond met en péril les intérêts d'une des parties.

L'urgence a un caractère relatif et s'apprécie au regard de la possibilité d'obtenir satisfaction devant le juge ordinaire. Elle a encore un caractère objectif en ce qu'elle résulte de la nature des choses et non des convenances des parties ou des diligences plus ou moins grandes de celles-ci. L'urgence s'apprécie au moment où la décision est prise (*Cour d'appel, 22 décembre 1992, n° 13.567 du rôle*).

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 quel 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*).

En l'espèce, la condition de l'urgence n'est pas remplie puisque la circonstance invoquée par PERSONNE1.), à savoir l'expiration du délai lui accordé par la société SOCIETE1.) pour lever son option d'achat, s'est d'ores et déjà réalisée, étant précisé à cet égard que l'assignation introductive de la présente instance n'a été signifiée que quelques jours avant l'expiration dudit délai, alors même que le demandeur était

informée de celui-ci, selon ses propres déclarations, depuis le mois de février 2023. Force est encore de constater que le demandeur n'a à ce jour pas jugé utile d'introduire une action au fond visant à voir annuler la (ou les) décision(s) critiquée(s).

Dans les conditions ainsi données, l'urgence laisse d'être établie.

Le tribunal note en outre que la condition de l'absence de contestations sérieuses n'est pas non plus remplie en l'espèce, eu égard aux développements faits ci-avant et desquels il résulte que l'examen des moyens de défense opposés par la société SOCIETE1.) relève du fond et échappe comme tel aux pouvoirs d'appréciation sommaires du juge des référés.

Au vu de ce qui précède, la demande de PERSONNE1.) est également irrecevable en ce qu'elle est basée sur l'article 932, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile.

- Quant à la demande reconventionnelle en paiement d'une indemnité pour procédure abusive et vexatoire

Si le juge des référés ne peut connaître du principal ce qui l'empêche de prononcer une condamnation à des dommages et intérêts, il en est autrement en matière de dommages et intérêts pour procédure abusive. Le juge des référés est en effet le mieux à même d'assurer la police au sens large de sa propre instance, une telle condamnation, en ce qu'elle ne tranche pas le principal dont elle est par nature indépendante, ne pouvant être valablement appréciée que par le juge devant lequel elle s'est manifestée, raison pour laquelle il est admis que toute juridiction peut statuer sur la réparation du préjudice né des termes de l'assignation qui l'a saisie (*Cass. Civ. 16 décembre 1986, Bull.civ. 1986, I, n° 308, cité dans « Les référés », X. Vuitton, J. Vuitton, LexisNexis, édition 2018, n° 504 à 509, dont précisément le n° 507*).

Il s'ensuit que le juge des référés ne dépasse pas ses pouvoirs en connaissant d'une demande en allocation de dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire.

La demande reconventionnelle en paiement d'une telle indemnité est partant recevable.

L'article 6-1 du Code civil dispose que : « *Tout acte ou tout fait qui excède manifestement, par l'intention de son auteur, par son objet ou par les circonstances dans lesquelles il est intervenu, l'exercice normal d'un droit, n'est pas protégé par la loi, engage la responsabilité de son auteur et peut donner lieu à une action en cessation pour empêcher la persistance dans l'abus* ».

Il est admis qu'en matière d'abus de droits processuels, un abus peut être commis dans l'exercice d'une voie de droit. La question essentielle est évidemment celle de savoir en quoi consiste l'abus dans de semblables hypothèses. Elle est délicate, car il faut tenir compte de deux impératifs contradictoires: d'une part, la liberté de recourir à la justice de sorte que l'échec ne peut constituer en soi une faute (il serait excessif de sanctionner la moindre erreur de droit). D'autre part, la nécessité de limiter les débordements de procédure (la justice est un service public - gratuit en principe - et dont il ne faut pas abuser).

S'agissant des abus en matière d'action de justice, il est de règle que le demandeur qui échoue dans son action et le défendeur qui est condamné ne sont pas considérés *ipso facto* comme ayant commis un abus (*Cass. fr., Civ. 1ère, 18.5.1949, Bull. Civ. I, n° 175 ; Soc. 7.1.1955, Gaz. Pal. 1955.1.182 ; Civ. 2e, 19.4.1958, Bull. Civ. II, n° 260 ; Civ. 1ère, 8.11.1976, JCP 1976.IV.395 ; Civ. 2e, 24.6.1987, Bull. Civ. II, n° 137*).

Après avoir exigé une attitude malicieuse, sinon une erreur grossière équipollente au dol, la jurisprudence en est arrivée à ne plus exiger qu'une simple faute, souvent désignée de légèreté blâmable.

Il ne suffit cependant pas que la demande soit téméraire, mais il faut un comportement procédural excédant l'exercice légitime du droit d'ester en justice.

Il convient de sanctionner non pas le fait d'avoir exercé à tort une action en justice ou d'y avoir résisté injustement, puisque l'exercice d'une action en justice est libre, mais uniquement le fait d'avoir abusé de son droit en commettant une faute indépendante du seul exercice des voies en justice et de recours (*Cour d'appel, 20 mars 1991, Pas. 28, p. 150 ; Cour d'appel, 17 mars 1993, n° 14446 du rôle ; Cour d'appel, 22 mars 1993, n° 14971 du rôle, TAL, 9 février 2001, n° 25/2001 du registre*). Cette faute intentionnelle engage la responsabilité civile de la partie demanderesse à l'égard de la partie défenderesse, si cette dernière prouve avoir subi un préjudice (*cf. Cour d'appel, 16 février 1998, nos. 21687 et 22631 du rôle*).

Il convient aussi de rappeler que ne constitue pas un acharnement judiciaire, l'opiniâtreté à défendre sa thèse devant les juridictions et de montrer de l'obstination à vouloir que ses droits - ou du moins ce que l'on considère comme tels - soient reconnus légitimes (*Cour d'appel, 21 mars 2002, n° 25297 du rôle*).

Compte tenu de ces principes et eu égard aux circonstances de l'espèce, le tribunal considère qu'il ne saurait être reproché ni malice, ni faute, ni même légèreté blâmable à PERSONNE1.), de sorte que la société SOCIETE1.) est à débouter de sa demande reconventionnelle.

- Quant aux demandes accessoires

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*).

Pour cerner la notion d'équité, il est nécessaire que le juge se réfère à des critères objectifs qui tiennent soit à la situation financière des parties, soit à l'attitude procédurale de la partie adverse, soit aux agissements précontentieux du défendeur.

Au vu de l'issue de la présente instance, la demande de PERSONNE1.) n'est pas fondée.

La société SOCIETE1.) ayant été contrainte d'assurer la défense de ses intérêts en justice, il serait inéquitable de laisser à sa charge l'intégralité des sommes non comprises dans les dépens qu'elle a dû exposer. Sa 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 à déclarer fondée pour un montant fixé à 1.500.- 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 en matière de référé, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, statuant contradictoirement,

recevons la demande principale en la forme ;

Nous déclarons compétent pour en connaître ;

la déclarons irrecevable sur toutes les bases légales invoquées ;

recevons la demande reconventionnelle en la forme ;

Nous déclarons compétent pour en connaître ;

la déclarons recevable, mais non fondée ;

déboutons PERSONNE1.) de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure ;

condamnons PERSONNE1.) à payer à la société anonyme SOCIETE1.) S.A. une indemnité de procédure de 1.500,- euros ;

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

condamnons PERSONNE1.) aux frais et dépens de l'instance.