

Audience publique du 15 février deux mille dix-sept

Numéros 43925 et 44011 du rôle.

Composition:

Astrid MAAS, président de chambre;
Marie-Laure MEYER, premier conseiller ;
Monique HENTGEN, premier conseiller ;
Daniel SCHROEDER, greffier.

I) E n t r e :

la société à responsabilité limitée SOC1.) 3, établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par ses gérants,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg en date du 25 août 2016,

comparant par Maître Sylvie DENAYER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1. la société à responsabilité limitée SOC2.) (anciennement SOC2'.) FUNDING), établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son ou ses gérants,

2. la société anonyme SOC3.), établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration,

intimées aux fins du susdit exploit KURDYBAN du 25 août 2016,

comparant par la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, représentée par Maître François KREMER, avocat à la Cour, assisté de Maître Elisabeth MARGUE, avocat, demeurant à Luxembourg ;

3. la société à responsabilité limitée SOC1.) 1, établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par ses gérants

intimée aux fins du susdit exploit KURDYBAN du 25 août 2016,

comparant par Maître Aurore MARCHAND, en remplacement de Maître Véronique HOFFELD, avocats à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

4. la société anonyme SOC4.) GROUP, établie et ayant son siège social à L-(...) représentée par son conseil d'administration,

intimée aux fins du susdit exploit KURDYBAN du 25 août 2016,

comparant par Maître Barbara TURAN, en remplacement de Maître Michel SCHWARTZ, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

5. la société anonyme BQUE1.) Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration,

intimée aux fins du susdit exploit KURDYBAN du 25 août 2016,

comparant par Maître Alexandre CAYPHAS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

II) E n t r e :

la société à responsabilité limitée SOC1.) 3, établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par ses gérants,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Cathérine NILLES, en remplacement de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg en date des 15 et 16 septembre 2016,

comparant par Maître Sylvie DENAYER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et :

1. la société à responsabilité limitée SOC2.) (anciennement SOC2'.) FUNDING), établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son ou ses gérants,

2. la société anonyme SOC3.), établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration,

intimées aux fins du susdit exploit NILLES du 15 septembre 2016,

comparant par la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, représentée par Maître François KREMER, avocat à la Cour, assisté de Maître Elisabeth MARGUE, avocat, demeurant à Luxembourg ;

3. la société à responsabilité limitée SOC1.) 1, établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par ses gérants

intimée aux fins du susdit exploit NILLES du 15 septembre 2016,

comparant par Maître Aurore MARCHAND, en remplacement de Maître Véronique HOFFELD, avocats à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

4. la société anonyme SOC4.) GROUP, établie et ayant son siège social à L-(...) représentée par son conseil d'administration,

intimée aux fins du susdit exploit NILLES du 15 septembre 2016,

comparant par Maître Barbara TURAN, en remplacement de Maître Michel SCHWARTZ, avocats à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

5. la société anonyme BQUE1.) Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration,

intimée aux fins du susdit exploit NILLES du 16 septembre 2016,

comparant par Maître Alexandre CAYPHAS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier de justice du 4 mai 2016, la société **SOC1.) 3** SARL (ci-après **SOC1.)3**) a fait donner assignation aux sociétés **SOC2'.)** FUNDING SARL (ci-après **SOC2'.)**), **SOC3.)** SA (ci-après **SOC3.)**), **SOC1.) 1** SARL (ci-après **SOC1.)1**), **SOC4.)** Group SA et **BQUE1.)** Luxembourg SA à comparaître devant le président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme juge des référés, aux fins de :

voir ordonner la mise sous séquestre des 14.000 actions et des Convertible Preferred Equity Certificates (ci-après CPEC) émises par **SOC3.)**, ainsi que les 108.050 parts B et des CPEC émises par **SOC1.)1** appropriées par **SOC2'.)** le 13 avril 2016, ainsi que des comptes bancaires auprès de **BQUE1.)**, objet de l'exécution réalisée par **SOC2'.)**, afin d'empêcher que ces titres et les sommes figurant sur ces comptes ne soient transférés, accaparés, cédés, vendus ou donnés de quelque manière que ce soit, de sorte à préserver les droits et intérêts de la demanderesse **SOC1.)3** jusqu'à ce que le fond du litige ayant trait à l'exécution des gages soit vidé par une décision coulée en force de chose jugée,

voir nommer un séquestre judiciaire avec pour mission de gérer et administrer ces titres et ces comptes bancaires et de veiller à leur conservation jusqu'à la délivrance d'une décision coulée en force de chose jugée vidant le fond du litige ayant trait à l'exécution des gages,

voir ordonner aux assignées **SOC3.)**, **SOC1.)1**, **SOC4.)** GROUP et **BQUE1.)** de procéder, sur les registres en vigueur, aux inscriptions s'imposant pour refléter cette mise sous séquestre ou autre formalité nécessaire pour rendre la mise sous séquestre effective et opposable aux tiers,

dire que toute somme percevable sur base des titres et comptes bancaires faisant objet de la mise sous séquestre, y compris au titre de dividendes ou d'intérêt, devra être consignée entre les mains du séquestre et conservée par ce dernier, jusqu'à la délivrance d'une décision coulée en force de chose jugée vidant le fond du litige ayant trait à l'exécution des gages ;

à titre subsidiaire, faire interdiction à **SOC2'.**) de se défaire d'une quelconque manière que ce soit des actions et CPEC émises par **SOC3.**), ainsi que des parts et CPEC émises par **SOC1.)**1 et des sommes figurant sur les comptes bancaires objet de la mesure d'exécution perpétrée par **SOC2'.**), jusqu'à la délivrance d'une décision coulée en force de chose jugée vidant le fond du litige ayant trait à l'exécution abusive des garanties,

voir ordonner la suspension jusqu'à la délivrance d'une décision coulée en force de chose jugée vidant le fond du litige ayant trait à l'exécution des gages, des effets de la décision prise par **SOC2'.**) le 13 avril 2016, en qualité d'actionnaire unique de **SOC3.**), révoquant les administrateurs de cette dernière et nommant un administrateur unique,

voir dire que de par l'effet de cette suspension et pendant sa durée, **SOC3.)** sera valablement représentée et administrée par les anciens administrateurs de **SOC3.)** en place avant la révocation du 13 avril 2016,

à titre subsidiaire, procéder à la nomination d'un administrateur provisoire avec pour mission de gérer **SOC3.)** dans les meilleurs de ses intérêts y compris la mission de veiller à l'entretien des villas avec interdiction de procéder à leur vente (sauf accord conjoint écrit de **SOC3.)** et de **SOC5.))** jusqu'à la délivrance d'une décision coulée en force de chose jugée vidant le fond du litige ayant trait à l'exécution des gages,

à titre plus subsidiaire, faire interdiction à **SOC3.)** de procéder à la vente des villas jusqu'à la délivrance d'une décision coulée en force de chose jugée vidant le fond du litige ayant trait à l'exécution des gages (sauf accord écrit de **SOC3.))**,

ordonner toute mesure conservatoire justifiée par la préservation des droits et intérêts de **SOC1.)**3.

La demande est basée sur l'article 932 alinéa 1 du NCPC et, subsidiairement, sur l'article 933 alinéa 1 du même code.

La société **SOC1.)**3 sollicite encore l'exécution provisoire de l'ordonnance à intervenir et la condamnation de la société **SOC2'.**) à lui payer une indemnité de 10.000.- euros sur base de l'article 240 du NCPC.

Par ordonnance du 12 août 2016, un premier juge, siégeant comme juge des référés, en remplacement du président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, statuant contradictoirement, a :

- reçu la demande en la forme,

- s'est déclaré compétent pour en connaître,

- dit irrecevable la demande tendant à voir ordonner la mise sous séquestre des 14.000 actions et des CPEC émises par la société **SOC3.)** ainsi que des 108.050 parts B et des CPEC émises par **SOC1.)**1 appropriées par la société **SOC2'.)** le 13 avril 2016, ainsi que des comptes bancaires auprès de la société **BQUE1.)** Luxembourg SA, objet de l'exécution réalisée par la société **SOC2'.)**, afin d'empêcher que ces titres et les sommes figurant sur ces comptes ne soient transférés, accaparés, cédés, vendus ou donnés de quelque manière que ce soit, de sorte à préserver les droits et intérêts de **SOC1.)**3 jusqu'à ce que le fond du litige ayant trait à l'exécution des gages soit vidé par une décision coulée en force de chose jugée, ainsi que les demandes en découlant, à savoir la nomination d'un séquestre, la mission du séquestre, la transcription de la mesure sur les registres et la consignation des sommes percevables sur base des titres et comptes bancaires entre les mains du séquestre,

- dit irrecevable la demande tendant à voir faire interdiction à la société **SOC2'.)** de se défaire d'une quelconque manière que ce soit des actions et CPEC émises par la société **SOC3.)** que des parts et CPEC émises par la société **SOC1.)**1 et des sommes figurant sur les comptes bancaires, objet de la mesure d'exécution perpétrée par la société **SOC2'.)**, jusqu'à la délivrance d'une décision coulée en force de chose jugée vidant le fond du litige ayant trait à l'exécution abusive des garanties,

- refixé les autres volets de la demande à l'audience de vacation du 22 août 2016 à 9.00 heures, et

- réservé les droits des parties, ainsi que les frais et dépens de l'instance.

Par ordonnance du 26 août 2016, un premier juge au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement de Madame la Présidente du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, statuant contradictoirement, a :

- vidant l'ordonnance de référé n° 446/2016 du 12 août 2016,

- rejeté le moyen d'irrecevabilité tiré du défaut de qualité et d'intérêt à agir dans le chef de la société **SOC1.)**3,

- déclaré irrecevable la demande de la société **SOC1.)3** tendant à voir suspendre jusqu'à la délivrance d'une décision coulée en force de chose jugée vidant le fond du litige ayant trait à l'exécution des gages, des effets de la décision prise par la société **SOC2'.)** le 13 avril 2016, en qualité d'actionnaire unique de la société **SOC3.)**, révoquant les administrateurs de cette dernière et nommant un administrateur unique,

- déclaré irrecevable la demande de la société **SOC1.)3** tendant à voir dire que de par l'effet de cette suspension et pendant sa durée, la société **SOC3.)** sera valablement représentée et administrée par les anciens administrateurs de la société **SOC3.)** en place avant la révocation du 13 avril 2016,

- déclaré irrecevable la demande de la société **SOC1.)3** tendant à voir procéder à la nomination d'un administrateur provisoire jusqu'à la délivrance d'une décision coulée en force de chose jugée vidant le fond du litige ayant trait à l'exécution des gages,

- déclaré irrecevable la demande de la société **SOC1.)3** tendant à voir faire interdiction à la société **SOC3.)** de procéder à la vente des villas jusqu'à la délivrance d'une décision coulée en force de chose jugée vidant le fond du litige ayant trait à l'exécution des gages (sauf accord écrit de **SOC3.)**),

- débouté les parties de leurs demandes respectives en paiement d'une indemnité de procédure,

- laissé les frais et dépens de l'instance à charge de la société **SOC1.)3**.

Selon les déclarations des parties, l'ordonnance de référé du 12 août 2016 a été signifiée à la société **SOC1.)3** en date du 19 août 2016 et l'ordonnance de référé du 26 août 2016 lui a été signifiée le 9 septembre 2016.

Les appels interjetés par la société **SOC1.)3** en date du 25 août 2016 (contre l'ordonnance du 12 août 2016) et en date des 15 et 16 septembre 2016 (contre l'ordonnance du 26 août 2016) sont donc réguliers en la forme et partant recevables.

Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, il convient de joindre ces deux appels, enregistrés sous les numéros 43925 et 44011 du rôle, pour y statuer par arrêt unique.

Pour une meilleure compréhension du litige, il convient de rappeler brièvement les faits :

La société **SOC1.)3** a été créée par l'entremise de la société **SOC3.) REAL ESTATE PARTNERS** (ci-après **SOC3.)**) dans le cadre d'un projet d'investissement immobilier dans le nord-est de l'île Saint Barthelemy dans la baie du (...); la société **SOC3.)** étant un fonds d'investissement anglais dédié au domaine immobilier et géré par **SOC3.) PRIVATE EQUITY Ltd.**

Outre la société **SOC1.)3**, trois entités supplémentaires furent créées au Luxembourg dans le cadre de ce projet, à savoir la société **SOC1.) 1**, **SOC1.) 2** et **SOC1.) GENERAL PARTNER SARL.**

La société **SOC1.)3** a comme objet social les activités d'une holding ; son principal actif constituant la détention de 100% du capital de la société **SOC3.)** qui s'élèverait à 14.000.000 euros, composé de 14.000 actions d'une valeur nominale de 1.000 euros.

Pour financer le projet immobilier en question, **SOC3.)** a eu recours au fonds d'investissement américain **SOC5.) CAPITAL** ; la société **SOC2'.)** étant une filiale spécialement créée à cette fin.

Suivant un contrat de prêt du 10 septembre 2013, soumis au droit de l'Etat de New York (« *Loan and Security agreement* »), **SOC3.)** a emprunté à **SOC2'.)** la somme de USD 21.569.170,00 avec pour objectif de financer l'achèvement des villas, à l'époque en cours de construction ; le montant du prêt ayant été augmenté à USD 22.385.170,00 suivant avenant du 23 décembre 2014 (« *Omnibus Amendment to Loan Documents* »).

Selon la société **SOC1.)3**, les obligations de remboursement de **SOC3.)** en relation avec le « prêt villas » sont garanties par de multiples sûretés, dont notamment :

- un gage de droit luxembourgeois sur les actions émises par **SOC3.)** qu'elle a accordé à **SOC2'.)** suivant un « *Share Pledge Agreement* » du 10 septembre 2013 ;

- un gage de droit luxembourgeois sur les « *Convertible Preferred Equity Certificates (CPEC)* » émises par **SOC3.)** qu'elle a accordé à **SOC2'.)** suivant un « *CPEC's Pledge Agreement* » du 20 décembre 2013 ;

- un gage de droit luxembourgeois sur les comptes bancaires de **SOC3.)** auprès de **BQUE1.)** ;

- un gage de droit luxembourgeois sur les 108.050 parts émises par **SOC1.)**1, accordé par **SOC3.)** à **SOC2'.)** ;

- une hypothèque de droit français sur chacune des villas, accordée par **SOC3.)** à **SOC2'.)**.

Les titres faisant l'objet des gages ont été placés entre les mains de la société **SOC4.)** Group SA en qualité de dépositaire.

Le remboursement du montant principal du « prêt villas » devait se faire moyennant les fonds générés par la vente des villas et l'échéance du prêt a été fixée au 1^{er} octobre 2015.

Selon l'appelante, le chantier ayant pris du retard, cette durée a été prolongée par accords successifs (Acknowledgment and Forbearance Agreement ; Second Acknowledgment and Forbearance Agreement et Third Acknowledgment and Forbearance agreement) au 2 novembre 2015, puis au 1^{er} décembre 2015 et finalement au 1^{er} avril 2016.

Faisant valoir que, au courant du mois de mars 2016, les parties ont envisagé de proroger le terme du prêt jusqu'au 1^{er} juillet 2016, mais qu'en cours de négociations quant aux conditions de cette prolongation du terme et après acceptation – le 13 avril 2016 - des conditions posées par **SOC2'.)**, cette dernière a, par voie d'appropriation, exécuté le 13 avril 2016 l'intégralité des gages (et notamment les 14.000 actions émises par **SOC3.)** et les 108.050 parts B émises par **SOC1.)**1 à la valeur d'un euro par action), exécution qu'elle a contestée de suite.

L'appelante ajoute que, le même jour, **SOC2'.)** a procédé, en sa qualité d'actionnaire unique de **SOC3.)**, à une modification des statuts, a révoqué les membres du conseil d'administration de **SOC3.)** et nommé la société **SOC5.)** Luxembourg SARL administrateur unique de ladite société.

Faisant valoir avoir introduit une action au fond pour voir annuler l'exécution des gages et condamner **SOC2'.)** à la restitution des avoirs appropriés et au paiement de dommages et intérêts, la société **SOC1.)**3 conclut :

dans son acte d'appel du 25 août 2016

par réformation de l'ordonnance du 12 août 2016,

voir dire non fondé le moyen d'irrecevabilité tiré des seules dispositions de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, quant à la demande tendant à voir ordonner la mise sous séquestre des 14.000 actions

et des CPEC émises par **SOC3.**), ainsi que des 108.050 parts B et des CPEC émises par **SOC1.)1** appropriées par **SOC2'.)** le 13 avril 2016, ainsi que des comptes bancaires auprès de **BQUE1.**), objet de l'exécution réalisée par **SOC2'.)**, afin d'empêcher que ces titres et les sommes figurant sur ces comptes ne soient transférés, accaparés, cédés, vendus ou donnés de quelque manière que ce soit, de sorte à préserver les droits et intérêts de **SOC1.)3** jusqu'à ce que le fond du litige ayant trait à l'exécution des gages soit vidé par une décision coulée en force de chose jugée, ainsi que les demandes en découlant, à savoir la nomination d'un séquestre, la mission du séquestre, la transcription de la mesure sur les registres et la consignation des sommes percevables sur base des titres et comptes bancaires entre les mains du séquestre ;

dire non fondé le moyen d'irrecevabilité tiré des seules dispositions de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, quant à la demande tendant à voir faire interdiction à **SOC2'.)** de se défaire d'une quelconque manière que ce soit des actions et CPEC émises par **SOC3.)** ainsi que des parts et CPEC émises par **SOC1.)1** et des sommes figurant sur les comptes bancaires objet de la mesure d'exécution perpétrée par **SOC2'.)**, jusqu'à la délivrance d'une décision coulée en force de chose jugée vidant le fond du litige ayant trait à l'exécution abusive des garanties ;

partant

voir ordonner la mise sous séquestre des 14.000 actions et des CPEC émises par **SOC3.**), ainsi que les 108.050 parts B et des CPEC émises par **SOC1.)1** appropriées par **SOC2'.)** le 13 avril 2016, ainsi que des comptes bancaires auprès de **BQUE1.**), objet de l'exécution réalisée par **SOC2'.)**, afin d'empêcher que ces titres et les sommes figurant sur ces comptes ne soient transférés, accaparés, cédés, vendus ou donnés de quelque manière que ce soit, de sorte à préserver les droits et intérêts de l'appelante **SOC1.)3** jusqu'à ce que le fond du litige ayant trait à l'exécution des gages soit vidé par une décision coulée en force de chose jugée,

voir nommer un séquestre judiciaire avec pour mission de gérer et administrer ces titres et ces comptes bancaires et de veiller à leur conservation jusqu'à la délivrance d'une décision coulée en force de chose jugée vidant le fond du litige ayant trait à l'exécution des gages,

voir ordonner aux intimées **SOC3.)**, **SOC1.)1**, **SOC4.)** GROUP et **BQUE1.)** de procéder, sur les registres en vigueur, aux inscriptions s'imposant pour refléter cette mise sous séquestre ou à toute autre formalité nécessaire pour rendre la mise sous séquestre effective et opposable aux tiers, sous peine d'une astreinte de 500.- euros par jour de retard, commençant à courir 5 jours après la signification de l'arrêt à intervenir,

dire que toute somme percevable sur base des titres et comptes bancaires faisant objet de la mise sous séquestre, y compris au titre de dividendes ou d'intérêt, devra être consignée entre les mains du séquestre et conservée par ce dernier, jusqu'à la délivrance d'une décision coulée en force de chose jugée vidant le fond du litige ayant trait à l'exécution des gages,

ordonner dès lors aux intimées **SOC3.)**, **SOC1.)1**, **SOC4.) GROUP** et **BQUE1.)** de verser pareille somme directement entre les mains du séquestre, immédiatement après qu'elle soit devenue exigible, sous peine d'une astreinte de 500.- euros par jour de retard, commençant à courir 5 jours après l'exigibilité de ladite somme;

à titre subsidiaire, faire interdiction à **SOC2'.)** de se défaire d'une quelconque manière que ce soit des actions et CPEC émises par **SOC3.)**, ainsi que des parts et CPEC émises par **SOC1.)1** et des sommes figurant sur les comptes bancaires, objet de la mesure d'exécution perpétrée par **SOC2'.)**, jusqu'à la délivrance d'une décision coulée en force de chose jugée vidant le fond du litige ayant trait à l'exécution abusive des garanties,

condamner **SOC2'.)** à payer à l'appelante une indemnité de procédure de 5.000.- euros sur base de l'article 240 du NCPC, ainsi qu'aux frais et dépens des instances.

dans son acte d'appel du 16 septembre 2016

par réformation de l'ordonnance du 26 août 2016,

voir ordonner la suspension jusqu'à la délivrance d'une décision coulée en force de chose jugée vidant le fond du litige ayant trait à l'exécution des gages, des effets de la décision prise, en qualité d'actionnaire unique de **SOC3.)**, par **SOC2.)** (anciennement **SOC2'.)**) le 13 avril 2016, révoquant les anciens administrateurs de **SOC3.)** et celle prise le 26 août 2016 nommant **A.)** et **B.)** administrateurs de **SOC3.)**,

voir dire que de par l'effet de cette suspension et pendant sa durée, **SOC3.)** sera valablement représentée et administrée par les anciens administrateurs de **SOC3.)** en place avant la révocation du 13 avril 2016,

à titre subsidiaire, procéder à la nomination d'un administrateur provisoire avec pour mission de gérer **SOC3.)** dans les meilleurs de ses intérêts en posant les actes d'administration courants, outre les missions spéciales de :

1) à titre principal, veiller à l'entretien des villas avec interdiction de procéder à leur vente (sauf accord conjoint écrit de **SOC1.)3** et de **SOC2.)**) jusqu'à la délivrance d'une décision coulée en force de chose jugée vidant le fond du litige ayant trait à l'exécution des gages,

sinon au moins s'assurer que l'exploitation et/ou la vente des villas se fasse à des conditions financières normales, dans le meilleur intérêt de **SOC3.)** et veiller à ce que le solde résultant sur le prix de vente des villas ou tout autre produit résultant de l'exploitation des villas demeure entre les mains de **SOC3.)**,

2) veiller à la défense des intérêts de **SOC3.)** face aux réclamations émises par **SOC6.) HOLDINGS**, y notamment compris, contester de manière circonstanciée les mises en demeure adressées le 18 mai 2016 et 10 août 2016 au nom de **SOC6.) HOLDINGS** par le cabinet **SOC7.)** et le cas échéant, s'assurer que **SOC3.)** soit dûment représentée en justice en cas de recours judiciaire entrepris par **SOC6.) HOLDINGS** ou une de ses filiales,

3) veiller à la défense des intérêts de **SOC3.)** vis-à-vis de l'appropriation par **SOC2.)** des titres émis par **SOC1.)1** (parts et CPEC) en ce notamment compris :

- porter devant le juge des référés une demande de mise en séquestre des titres émis par **SOC1.)1** (parts et CPEC),

- reprendre pour le compte de **SOC3.)** les demandes formulées par **SOC1.)3** dans l'assignation du 4 mai 2016, quant aux restitutions et paiements à effectuer en faveur de **SOC3.)**,

et cela jusqu'à ce que le fond du litige ayant trait à l'exécution des gages opposant **SOC1.)3** à **SOC2.)** soit vidé par une décision coulée en force de chose jugée ou par un accord transactionnel entre **SOC1.)3** et **SOC2.)** avec la précision que dès lors qu'un acte autre que ceux-visés ci-dessus, lui paraîtrait dépasser l'administration pure et simple de la société mais indispensable à la préservation des intérêts de **SOC3.)**, il demeura possible à l'administrateur provisoire de solliciter en référé une autorisation spéciale,

à titre plus subsidiaire, faire interdiction à **SOC3.)** de procéder à la vente des villas jusqu'à la délivrance d'une décision coulée en force de chose jugée vidant le fond du litige ayant trait à l'exécution des gages (sauf accord écrit de **SOC1.)3**),

ordonner toute mesure conservatoire justifiée par la préservation des droits et intérêts de **SOC1.)**3.

L'appelante conclut encore à la condamnation de la société **SOC2.)** à lui payer une indemnité de procédure de 5.000.- euros sur base de l'article 240 du NCPC, ainsi qu'aux frais et dépens d'instances.

Les intimées **SOC2'.)** et **SOC3.)** soulignent que les six demandes de **SOC1.)**3 tendent toutes à bloquer l'exécution des garanties et ont toutes – à bon droit - été déclarées irrecevables par les juges de première instance. Elles concluent à la confirmation des deux ordonnances.

SOC2'.) et **SOC3.)** font valoir que la loi modifiée de 2005 sur les contrats de garantie financière ne permet pas la suspension des effets de l'exécution des gages et elles concluent à l'irrecevabilité des demandes adverses en suspension des effets et en nomination d'un séquestre.

SOC2'.) et **SOC3.)**, qui affirment que l'échéance contractuelle du prêt n'a jamais été modifiée, contestent la compétence du juge des référés pour analyser si le prêt (soumis au droit de l'Etat de New York et aux juridictions exclusives de New York) est exigible ou non depuis la date d'échéance contractuelle du 1^{er} octobre 2015 compte tenu des trois Acknowledgment and Forbearance Agreements. Elles contestent toutefois énergiquement l'existence d'un quatrième Acknowledgment and Forbearance Agreement.

Selon **SOC2'.)** et **SOC3.)** le prêt était exigible et la réalisation des gages était autorisée. A l'appui de leur thèse, elles versent un avis (« expert report ») d'**C.)** du 9 juin 2016 qui conclut ce qui suit (point 45 A,B,C et D) :

- an event of default had occurred and was continuing at the time the pledges were enforced,
- nothing in the three executed forbearance agreements prevented **SOC5.)** from enforcing the pledges at the time of enforcement,
- the pre-negotiation agreement prohibits consideration of any understandings between the parties as proof of any forbearance period, except to the extent such understandings are embodied in a final, signed writing, and the parties never entered into a fully-executed fourth forbearance agreement,
- the conclusion that the parties never entered into a fourth forbearance agreement is further supported by established New York law concerning the formation of contracts.

L'intimée **SOC1.)**¹ se rapporte à prudence de justice quant à la recevabilité des appels en la forme, et requiert la confirmation de l'ordonnance du 12 août 2016. En ce qui concerne l'appel dirigé contre l'ordonnance du 26 août 2016, **SOC1.)**¹ fait valoir que l'appelante aurait dans son acte d'appel formulé des demandes nouvelles qui seraient irrecevables en appel. Ces demandes auraient trait à l'astreinte qui n'avait pas été demandée en première instance, ainsi qu'à la révocation des administrateurs **A.)** et **B.)** nommés par décision de **SOC2'.)** du 26 août 2016.

Appréciation

La Cour tient à préciser que nonobstant le changement de dénomination de la société **SOC2'.)** en **SOC2.)**, il y a lieu - afin d'éviter des redites ou des confusions - de continuer d'utiliser dans le présent arrêt l'ancienne dénomination de **SOC2'.)**.

A l'audience du 24 janvier 2017, le mandataire de la société **BQUE1.)** a déclaré que suite à l'exécution des gages par la société **SOC2'.)** en date du 13 avril 2016, les fonds ne sont plus entre les mains de la banque.

Il en suit que les demandes de **SOC1.)**³ à l'égard de **BQUE1.)**, tendant notamment à voir ordonner la mise sous séquestre « *des comptes bancaires auprès de **BQUE1.)** (...) afin d'empêcher que ces sommes figurant sur ces comptes ne soient transférées, accaparées, cédées ou données de quelque manière que ce soit* » et celles relatives à la consignation des sommes percevables sur base des comptes bancaires tout comme celle tendant à « *faire interdiction à **SOC2'.)** de se défaire d'une quelconque manière que ce soit des sommes figurant sur les comptes bancaires* » sont devenues sans objet.

L'appelante invoque ensuite trois moyens à l'appui de sa demande de réformation :

- l'exécution des gages pendant la période des négociations pour obtenir un report de l'échéance est abusive. Elle fait valoir que l'existence de négociations ne permettait pas au prêteur de réaliser les gages.

- le double jeu du prêteur vis-à-vis de l'emprunteur. L'appelante **SOC1.)**³ affirme que le prêteur a de manière déloyale fait croire à l'emprunteur - dans le seul but de pouvoir préparer la réalisation des gages et la modification statutaire de la société **SOC3.)** - qu'il y aurait une possibilité d'un quatrième report d'échéance, et

- le caractère anormalement lucratif de la réalisation des gages étant donné que le prêteur devient propriétaire du groupe en acquérant les actions au prix de 1 USD. **SOC1.3** relève que selon les comptes annuels de **SOC2.1**), le prêteur évalue les villas à 23,000,000 USD.

Selon l'appelante ces trois éléments démontrent à suffisance de droit que l'exécution des gages n'est pas régulière et qu'ils n'ont pas été exécutés pour garantir le prêt. Soutenant que le législateur, en introduisant la loi de 2005, n'aurait pas voulu protéger un tel comportement proche de l'escroquerie, **SOC1.3** soutient qu'il y a lieu à application de l'article 933 du NCPC (référé voie de fait) sinon subsidiairement de l'article 932 du NCPC étant donné que les trois éléments cités ci-dessus prouvent l'existence d'un litige sérieux susceptible de mener à la restitution des avoirs.

Les mesures sollicitées seraient par ailleurs opportunes pour ne pas porter préjudice aux intérêts du prêteur et pour sauvegarder les droits de l'emprunteur, constituant des gages.

Finalement, **SOC1.3** expose qu'il existe un risque sérieux qu'elle ne puisse être dédommée alors que tous les fonds ne transitent que par **SOC2.1**) pour remonter dans le groupe **SOC5.1**), de sorte que son cocontractant **SOC2.1**) ne disposera, le cas échéant, plus des fonds nécessaires pour l'indemniser des préjudices qu'il lui a causés lors de la réalisation des gages.

L'urgence requise par l'article 932 du NCPC existerait donc au vu de ce péril.

Dans son ordonnance du 12 août 2016, le juge de première instance a retenu, que l'article 20 (4) de la loi modifiée du 5 août 2005 empêche le juge des référés d'ordonner des mesures qui auraient pour conséquence de paralyser le fonctionnement d'une société et qui rendraient inopérantes les dispositions aux termes desquelles l'exécution des contrats de garantie financière et l'exécution des obligations contractées par les parties en vertu de ces contrats se poursuit, nonobstant toutes sortes de mesures coercitives prévues à l'article 19 (b) de la loi de 2005. Il a ainsi déclaré irrecevables la demande de mise sous séquestre, les demandes en découlant, ainsi que la demande subsidiaire tendant à faire interdiction à **SOC2.1**) de se dessaisir des titres qu'elle s'est appropriés moyennant l'exécution des gages.

L'ordonnance est entreprise sur ce point et l'appelante fait grief au premier juge d'avoir rejeté les mesures conservatoires sollicitées au motif d'une irrecevabilité automatique tirée de la loi modifiée de 2005. Cette décision procéderait selon l'appelante d'une interprétation extra legem des

dispositions de la loi sur les contrats de garantie financière et d'une confusion concernant les conséquences dérivant de l'absence de contrôle à priori.

La demande de **SOC1.)3** était basée sur les articles 932 et 933 du NCPC.

Aux termes de l'article 932 alinéa 1er du NCPC:

« 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'article 933 alinéa 1^{er} du même code 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 préserver un dommage imminent, soit pour cesser un trouble manifestement illicite... ».

Rappelons que pour garantir le prêt accordé par la société **SOC2'.)** à la société **SOC3.)** - la société **SOC1.)3** a - en sa qualité d'actionnaire unique de la société emprunteuse - consenti au prêteur (**SOC2'.)** un gage sur les actions par elle détenues dans la société **SOC3.)**, ainsi qu'un gage sur les CPEC, émis par la société **SOC3.)** et souscrits par la société **SOC1.)3** et - en sa qualité d'associé minoritaire de la société **SOC1.)1** - un gage sur toutes les parts sociales émises par **SOC1.)1**, ainsi qu'un gage sur les CPEC émis par cette dernière et souscrits par **SOC3.)**.

Les parties exposent que le prêt est venu à échéance le 1^{er} octobre 2015 et que l'exécution des gages fut reportée à plusieurs reprises suivant contrats conclus entre parties. Le 13 avril 2016, la société **SOC2'.)** a réalisé les gages.

La société **SOC1.)3** fait valoir que l'exécution des gages pendant les négociations pour obtenir un quatrième report de l'exécution des gages, respectivement du remboursement du prêt, est abusive. **SOC2'.)** conteste tout accord pour un quatrième report d'échéance de l'exécution des gages.

Les gages sont soumis à la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière portant transposition de la directive 2002/47/CE du

Parlement Européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière. Cette loi a introduit en droit luxembourgeois un régime favorable au créancier gagiste, dans l'objectif d'assurer l'effectivité des mécanismes qu'elle régit.

L'article 20 (4) de la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière dispose ce qui suit :

« A l'exception des dispositions de la loi du 8 décembre 2000 sur le surendettement, les dispositions du Livre III ; Titre XVII du Code Civil, du Livre I^{er} , Titre VIII et du Livre III du Code de Commerce ainsi que les dispositions nationales ou étrangères régissant les mesures d'assainissement, les procédures de liquidation, les autres situations de concours et les saisies ou autres mesures visées au point b) de l'article 19 ne sont pas applicables aux contrats de garantie financière, aux contrats de compensation et aux renonciations visées par les articles 2(5) et 2(6) et ne font pas obstacle à l'exécution de ces contrats et à l'exécution par les parties de leurs obligations notamment de retransfert ou de rétrocession ».

Il ressort de l'ordonnance entreprise que le premier juge s'est référé aux documents parlementaires de la loi de 2005 n° 5251 (cités erronément comme n° 5021). Il est toutefois contraire en fait et en droit qu'il ait statué extra legem.

S'il tombe sous le sens que les travaux préparatoires ne peuvent pas servir à compléter le texte légal, il est cependant admis que le juge peut se référer aux documents parlementaires pour connaître les circonstances ayant amené le législateur à légiférer. Comme l'appelante reproche au premier juge d'avoir sorti une partie du texte des travaux parlementaires de son contexte, il convient de le citer ci-après in extenso. Le commentaire relatif à l'article 20 est rédigé comme suit :

« Ad Article 20

Le paragraphe (1) reprend en substance le deuxième alinéa de l'article 3(4) de la Loi sur le transfert à titre de garantie.

Le paragraphe (2) reproduit le dernier alinéa de l'article 3(4) de la Loi sur le transfert à titre de garantie ainsi que le paragraphe (3) de l'article 61-1 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

L'article 3(2) de la Loi sur la mise en pension est repris au paragraphe (3) de l'article 20.

Le paragraphe (4) correspond à la dernière phrase du paragraphe (2) de l'article 61-1 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier et à la disposition quasi identique de l'avant dernier alinéa de l'article 3(4) de la Loi sur le transfert à titre de garantie. Il transpose également l'article 8.1. de la Directive.

La véritable innovation est que cette disposition exigée par la Directive s'applique dorénavant également aux gages. Cette extension du champ d'application assure le respect du „level playing field“ entre les garanties financières que le présent projet s'est fixé comme objectif d'établir.

*Le texte de l'article 20(4) donne clairement à la loi le caractère d'une loi de police, ce qui était déjà le cas de la Loi sur le transfert à titre de garantie, de la Loi sur la mise en pension, de l'article 61-1 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier et selon la doctrine (P. Kinsch, *La faillite en droit international privé luxembourgeois*, Pas 29, pp. 118 s. – note 54) également de la loi sur le gage.*

*L'ambition de mettre les contrats de prises de garantie financière à l'abri d'une possible remise en cause et d'offrir ainsi aux organismes prêteurs un cadre dans lequel ils peuvent opérer en toute sécurité, doit se lire dans le contexte du récent règlement 1346/2000/CE du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. Ce règlement, qui prévoit un système aménagé de l'effet universel de la *lex concursus*, dispose en son article 5.1 que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité n'affecte pas le droit réel dont bénéficie un créancier sur certains biens de son débiteur failli, si les biens en question se trouvent dans un pays autre que celui de l'ouverture de la faillite. Cette exception est limitée par l'article 5.4 du même règlement qui dispose que les actions particulières en nullité ou inopposabilité restent néanmoins régies par la *lex concursus*, sauf si l'acte constitutif du droit réel est soumis à une loi autre que celle de l'Etat d'ouverture de la faillite et si cette autre loi ne permet aucun moyen d'attaquer l'acte (article 13).*

Le but du projet de loi est de rendre le contrat de garantie financière inattaquable afin de bénéficier de l'exception décrite ci-dessus. Ceci ne signifie cependant pas qu'il n'existe aucune sanction. En cas de concert frauduleux entre parties, ces dernières pourront toujours être sanctionnées au niveau de la responsabilité civile.

Ce besoin de sécurité juridique s'explique tout particulièrement par les travaux du Comité de Bâle et de la Commission sur les exigences de fonds propres plus amplement analysés à l'article 5(5).

Une exception est cependant ménagée en faveur des personnes les plus défavorisées par l'exclusion des règles particulières de la loi du 8 décembre 2000 sur le surendettement des particuliers ».

Ce texte est des plus clair et le premier juge en ne citant que la partie essentielle de ce commentaire (cf. « ...le but du projet de loi est de rendre le contrat de garantie financière inattaquable afin de bénéficier de l'exception décrite ci-dessus. Ceci ne signifie cependant pas qu'il n'existe aucune sanction. En cas de concert frauduleux entre parties, ces dernières pourront

toujours être sanctionnées au niveau de la responsabilité civile ») ne l'a aucunement sortie de son contexte.

D'ailleurs, la doctrine souligne également (à l'instar de la jurisprudence citée ci-dessous) que l'intention des rédacteurs du projet de la loi était d'immuniser l'exécution des garanties financières contre tous incidents et de ne renvoyer qu'à la responsabilité des bénéficiaires après réalisation (cf. P.SCHLEIMER Réalisation des garanties financières et pratiques des prêteurs bancaires).

Finalement, la Cour tient à souligner que le premier juge n'avait même pas besoin de se référer aux travaux parlementaires pour rappeler que le but du législateur était de rendre les contrats de garantie financière inattaquables. La loi elle-même le déclare dans son article 11. Cet article, qui transpose le paragraphe 4 de l'article 4 de la directive, reproduit en effet, à l'ingrès de son paragraphe (1) la non-nécessité d'une mise en demeure, sub (1) e) la faculté d'appropriation, sub (1) b) la non-exigence de vente aux enchères et, au paragraphe (3), lorsque le gage est tenu auprès d'un tiers, la remise des instruments financiers sur « *simple déclaration* » par le créancier gagiste « *de la survenance d'un fait entraînant l'exécution de la garantie* ».

L'article 20 (4) précité ne permet pas au juge des référés de prendre, tel qu'il lui est demandé en l'espèce, des mesures qui auraient pour conséquence de paralyser les effets d'une exécution des gages et qui rendraient inopérantes les dispositions aux termes desquelles l'exécution des contrats de garantie financière et l'exécution des obligations contractées par les parties en vertu de ces contrats se poursuit, nonobstant d'ailleurs toutes sortes de mesures coercitives prévues à l'article 19 (b) de la même loi.

La Cour ne saurait suivre le raisonnement de l'appelante consistant à dire que l'existence d'un contrôle a posteriori impliquerait que le juge des référés serait compétent pour prendre, dans le cadre d'un contrôle a priori, des mesures provisoires mettant en suspension et donc paralysant les effets d'une exécution de gages déjà réalisée.

En effet, si l'exécution des contrats de garantie financière ne saurait être interrompue, a fortiori ne saurait-elle être remise en cause en référé par des mesures qui affectent les opérations déjà exécutées. A ce titre, il convient de noter que les mesures sollicitées ne se justifient d'ailleurs plus aux termes de l'urgence, les gages ayant été réalisés et que ces opérations d'exécution peuvent faire l'objet d'une action en responsabilité.

Le caractère frauduleux de l'exécution des gages, invoqué par **SOC1.)3**, établit l'existence d'un différend entre parties qui se heurte à des contestations sérieuses. Mais en présence de gages qui paraissent avoir été valablement constitués, l'on voit mal comment une demande de paralysie des effets de leurs réalisations, fût-elle temporaire, ne se heurtera à aucune contestation sérieuse de la part du créancier gagiste, titulaire par hypothèse du droit de réalisation.

Au vu de ce qui précède, c'est à bon droit que le juge de première instance n'a pas fait droit à la demande sur base de l'article 932 du NCPC.

En ce qui concerne l'article 933 du NCPC, les mêmes considérations valent à propos des mesures prétendument conservatoires demandées. En effet, si les garanties financières données peuvent faire l'objet d'un contrôle a posteriori, de sorte que si **SOC2'.)** a engagé sa responsabilité, et qu'il y a lieu à indemnisation, il n'y a pourtant pas lieu de remettre en cause, en référé, la réalisation des garanties financières en édictant des mesures de suspension d'effet (cf. Cour, 3 nov. 2010, rôle 35824 ; Cour, 27 janvier 2016, rôles 42760 et 42971 ; TL, 16 nov. 2012, rôle 143752).

Pareillement, la nomination d'un séquestre des titres (actions, CPEC, parts) et des avoirs en compte, donnés en gage n'est pas une mesure conservatoire qui s'impose en l'occurrence au seul motif – non établi – que **SOC1.)3** risquerait de se retrouver face à « une coquille vide » au cas où la responsabilité de **SOC2'.)** en relation avec la réalisation des gages serait retenue au fond.

Dès lors, les mesures demandées sont également irrecevables sur base de l'article 933, alinéa 1er du NCPC.

Au vu de ce qui précède, c'est à bon droit que le premier juge a retenu que le juge des référés ne peut ordonner des mesures qui auraient pour conséquence de paralyser le fonctionnement d'une société et qui rendraient inopérantes les dispositions aux termes desquelles l'exécution des contrats de garantie financière et l'exécution des obligations contractées par les parties en vertu de ces contrats se poursuit, nonobstant toutes mesures coercitives prévues à l'article 19 (b) de la loi modifiée de 2005. C'est encore à juste titre et pour des motifs que la Cour adopte qu'il a retenu que le juge des référés ne saurait ordonner la mise sous séquestre des parts sociales et CPEC ayant fait l'objet des gages étant donné que le séquestre entraîne une restriction au droit de propriété et a pour effet de dépouiller le propriétaire de ses droits. La demande tendant à voir interdire à **SOC2'.)** de se défaire des actions et CPEC a également à juste titre été déclarée irrecevable au motif de porter une atteinte à son droit de propriété.

Au vu des développements qui précèdent, il est établi que la directive et la loi modifiée de 2005 ne laissent, dans des conditions normales, pas place à une intervention du juge des référés pour procéder, par des mesures de suspension de la réalisation, à une mise en question de l'exécution du contrat de garantie financière.

Si le juge des référés peut dans des cas où il se trouvera en présence d'une voie de fait évidente ou d'un trouble manifeste retrouver sa compétence, pour prendre des mesures provisoires pour des contrats soumis à la loi modifiée de 2005, tel n'est cependant pas le cas en l'espèce.

Il s'ensuit que l'ordonnance de première instance du 12 août 2016 est à confirmer en ce qu'elle a admis que les mesures demandées sont irrecevables sur base des articles 932 et 933 du NCPC.

Dans son acte d'appel dirigé contre l'ordonnance du 26 août 2016, l'appelante demande à voir ordonner la suspension des effets de la décision de **SOC2'.**) du 13 avril 2016 - en tant qu'actionnaire unique de **SOC3.**) - de révoquer les anciens administrateurs de **SOC3.**) et celle du 26 août 2016 nommant **A.**) et **B.**) administrateurs de **SOC3.**)

A titre subsidiaire, l'appelante conclut à la nomination d'un administrateur provisoire.

A titre plus subsidiaire elle demande à voir interdire à **SOC3.**) de procéder à la vente des villas.

L'appelante rappelle que son recours ne se limite pas à des dommages et intérêts et elle donne à considérer que l'existence du contrôle à posteriori de la régularité de l'exécution des gages par le juge du fond implique que le juge des référés est compétent pour prendre des mesures conservatoires.

Les intimées **SOC2'.**) et **SOC3.**) soulèvent que **SOC1.)3** n'est plus actionnaire de **SOC3.**) et ne peut donc plus demander la nomination d'un administrateur provisoire. Elles rappellent ensuite qu'il n'y a lieu à nomination d'un administrateur provisoire que s'il existe une paralysie des organes de la société et que cette paralysie risque de mener la société à la ruine ; conditions qui ne seraient pas remplies en l'espèce.

Les intimées concluent donc à la confirmation de l'ordonnance du 26 août 2016 et réclament une indemnité de procédure de 10.000.- euros pour l'instance d'appel.

L'intimée **SOC1.)**¹ requiert une indemnité de procédure de 5.000.- euros sur base de l'article 240 du NCPC.

- quant au défaut de qualité à agir

Les intimées **SOC2'.)** et **SOC3.)** soulèvent le défaut de qualité à agir dans le chef de **SOC1.)**³ qui n'est plus actionnaire de **SOC3.)** et ne peut pas demander la nomination d'un administrateur provisoire.

Elles demandent partant la réformation de l'ordonnance sur ce point et interjettent donc appel incident.

Le premier juge, dans l'ordonnance du 26 août 2016, a rappelé que l'intérêt est fonction de l'utilité que le demandeur escompte de son initiative devant les tribunaux et que l'existence effective du droit invoqué par le demandeur à l'encontre des défendeurs n'est pas une condition de recevabilité de la demande, mais uniquement la condition de son succès au fond, en d'autres termes, de son bien-fondé ; le demandeur a un intérêt à agir dès lors que le succès de ses prétentions est susceptible de lui procurer des avantages matériels ou moraux.

Comme le bien-fondé du droit invoqué ne se vérifie pas lors de l'appréciation de la recevabilité de la demande (cf. Cour 20 mars 2002, numéro 25592 du rôle), toute personne qui prétend qu'une atteinte a été portée à un droit lui appartenant et qui profitera personnellement de la mesure qu'elle réclame a un intérêt personnel à agir en justice et donc qualité pour ce faire.

Le moyen soulevé par les parties appelantes sur incident n'est donc pas fondé.

SOC1.)³, qui - au motif du caractère abusif et frauduleux de l'exécution des gages - se considère toujours comme actionnaire de **SOC3.)** et qui poursuit en cette qualité la désignation d'un administrateur provisoire afin de voir sauvegarder ses droits d'actionnaire, justifie dès lors sa qualité et son intérêt à agir.

C'est donc à bon droit que le premier juge n'a pas fait droit au moyen d'irrecevabilité soulevé ; sa décision est à confirmer et l'appel incident n'est donc pas fondé.

- quant aux demandes nouvelles

SOC1.)3 conteste avoir formulé des demandes nouvelles en instance d'appel. Elle concède avoir formulé des demandes d'astreintes et la demande en suspension de la décision du 26 août 2016 nommant **A.)** et **B.)** comme administrateurs de **SOC3.)** et fait valoir qu'il s'agit de demandes additionnelles.

L'article 592 du NCPC prohibe les demandes nouvelles en appel. Cette prohibition ne concerne cependant pas les conclusions actuelles tendant à voir assortir la mesure déjà réclamée en première d'instance d'une astreinte étant donné que la demande d'astreinte ne constitue pas une demande nouvelle mais tout au plus une demande additionnelle. De même, ne constitue pas une demande nouvelle prohibée en appel toute demande qui est implicitement comprise dans une demande antérieure ou qui n'est formulée que suite à la survenance de faits depuis l'ordonnance entreprise. Tel est le cas de la demande de **SOC1.)3** en suspension de la nomination des administrateurs **A.)** et **B.)** alors que cette demande était (i) déjà implicitement comprise dans la demande formulée en première instance et tendant à la suspension de la révocation des anciens administrateurs de **SOC3.)** et (ii) la nomination de **A.)** et **B.)** n'est intervenue que le jour du prononcé de l'ordonnance entreprise.

Le moyen qui laisse d'être fondé requiert un rejet.

- quant au fond

Dans l'ordonnance du 26 août 2016, le juge de première instance a examiné les demandes restantes de **SOC1.)3** à savoir :

- la demande tendant à voir ordonner la suspension jusqu'à la délivrance d'une décision coulée en force de chose jugée vidant le fond du litige ayant trait à l'exécution des gages, des effets de la décision prise par **SOC2'.)** le 13 avril 2016, en qualité d'actionnaire unique de la société **SOC3.)**, révoquant les administrateurs de cette dernière et nommant un administrateur unique,

- la demande tendant à voir dire que de par l'effet de cette suspension et pendant sa durée **SOC3.)** sera valablement représentée et administrée par les anciens administrateurs de **SOC3.)** en place avant la révocation du 13 avril 2016,

- la demande subsidiaire tendant à voir procéder à la nomination d'un administrateur provisoire jusqu'à la délivrance d'une décision coulée en force de chose jugée vidant le fond du litige ayant trait à l'exécution des gages, et

•la demande subsidiaire tendant à voir « faire interdiction à **SOC3.)** de procéder à la vente des villas jusqu'à la délivrance d'une décision coulée en force de chose jugée vidant le fond du litige ayant trait à l'exécution des gages (sauf accord écrit de **SOC3.)**) ».

Les deux premières demandes (tendant à voir suspendre les effets de la décision prise par **SOC2'.)** le 13 avril 2016, révoquant les administrateurs de **SOC3.)** et nommant un administrateur unique et à voir réintégrer les anciens administrateurs de **SOC3.)** et tendant à voir dire que de par l'effet de cette suspension et pendant sa durée **SOC3.)** sera valablement représentée et administrée par les anciens administrateurs de **SOC3.)** en place avant la révocation du 13 avril 2016) ont été déclarées irrecevables par le premier juge sur les deux bases invoquées.

L'appelante fait grief au premier juge d'avoir ainsi décidé et elle donne à considérer qu'il existe un litige entre parties quant à la réalisation des gages. Elle expose ensuite qu'il existe un conflit d'intérêt patent entre **SOC3.)** et ceux de son administrateur **A.)** qui contrôlerait **SOC3.)** pour le compte de **SOC2'.)** et du groupe **SOC6.)**.

Au vu de ces éléments, il serait établi que des mesures conservatoires s'imposeraient en veillant à une gestion dans l'intérêt social de **SOC3.)**.

Elle base sa demande sur les articles 933 alinéa 1^{er} et 932 alinéa 1^{er} du NCPC.

SOC2'.), SOC3.) et **SOC1.)**1 estiment, pour leur part, que **SOC2'.)** était parfaitement en droit d'exécuter les gages qui lui avaient été octroyés en garantie du remboursement du prêt, étant donné notamment qu'aucun quatrième Acknowledgment and Forbearance Agreement n'a été signé entre parties. Pour le surplus, ils insistent sur le fait que le juge de référés ne saurait remettre en cause l'exécution des contrats de garantie financière.

C'est à bon droit que le premier juge a relevé que cette demande tend à voir suspendre les effets de la réalisation des gages, étant donné que ce n'est que suite à la réalisation, en date du 13 avril 2016, des gages lui octroyés en garantie du remboursement du prêt, que **SOC2'.)** est devenue propriétaire de toutes les actions et CPEC émis par **SOC3.)** ainsi que des parts sociales et CPEC émis par **SOC1.)**1, qu'elle a procédé à la modification des statuts de **SOC3.)**, révoqué les anciens administrateurs, **D.), E.)** et **F.)**, et nommé **SOC5.) LUXEMBOURG** comme administrateur unique de **SOC3.)** puis en date du 26 août 2016 a nommé **A.)** et **B.)** administrateurs de **SOC3.)**.

Le premier juge a relevé que, comme les gages ont été réalisés, les mesures provisoires que **SOC1.)3** lui réclame ne peuvent plus vraiment être qualifiées d'urgentes. Il a ensuite, à l'instar du juge qui a prononcé l'ordonnance du 12 août 2016, rappelé que les gages sont soumis à la loi modifiée de 2005 et il a déclaré irrecevable la demande sur base de l'article 932 alinéa 1^{er} du NCPC. La demande sur base de l'article 933 a été déclarée irrecevable au vu du constat que suite à la réalisation des gages, **SOC2'.)** a légitimement pu nommer un autre administrateur, le premier juge ayant rappelé à juste titre que dans le cadre d'un contrôle a posteriori des conditions de réalisation des gages le juge du fond pourra dire qu'il y a lieu à indemnisation.

La suspension des décisions de révocation et de nomination prises par **SOC2'.)** n'est pas recevable.

En effet, il ressort des développements ci-dessus (concernant l'appel de l'ordonnance du 12 août 2016) que la loi modifiée de 2005 immunise la réalisation et l'exécution des gages qui ne sauraient être remises en cause en référé par des mesures affectant des opérations déjà exécutées.

Les droits de l'appelante sont d'ailleurs suffisamment garantis par le contrôle a posteriori.

Tout en admettant qu'en l'espèce la démonstration d'un trouble manifestement illicite reste extrêmement malaisée car cela impliquerait de trancher des questions complexes de droit et de fond, ce qui n'est pas la vocation du juge des référés, la Cour constate que **SOC1.)3** est restée en défaut d'établir que la réalisation des gages le 13 avril 2016 est frauduleuse ou abusive.

Une analyse sommaire des pièces par la Cour permet de retenir que la réalisation des gages est intervenue dans des conditions apparentes de régularité conformes à la convention des parties et aux dispositions de la loi modifiée de 2005.

L'appel de **SOC1.)3** sur ce point n'est donc pas fondé.

La demande en nomination d'un administrateur provisoire a été déclarée irrecevable par le premier juge au motif que les conditions justifiant une telle intervention de sa part ne sont pas réunies en l'espèce.

L'appelante fait grief au premier juge d'avoir ainsi statué et donne à considérer qu'en cas de situation conflictuelle dans une société, le juge devrait adopter un rôle plus préventif en vue d'écarter un péril. Elle expose

que la nomination d'un administrateur provisoire peut également intervenir, même si les organes de la société sont en état de fonctionner normalement, en cas de réticence des administrateurs de procéder à des démarches dans l'intérêt évident de la société. **SOC1.)**³ affirme qu'en l'espèce la survie de **SOC3.)** n'intéresserait pas ses dirigeants qui oeuvreraient dans le seul objectif du désintéressement de **SOC2'.)** et de l'enrichissement du groupe **SOC6.)**. Elle soutient que **SOC3.)** n'a pas répondu à une réclamation lui adressée par **SOC6.) HOLDINGS LLC**, plaçant ainsi **SOC3.)** - qui n'a comme seuls actifs que les deux villas - dans une position vulnérable voire en situation de cessation de paiement.

Les intimées **SOC2'.)**, **SOC3.)** et **SOC1.)**¹ affirment que les conditions justifiant la nomination d'un administrateur provisoire laissent d'être remplies.

Il est admis que l'intervention du juge des référés aux fins de désignation d'un administrateur doit reposer sur des faits concrets susceptibles de motiver une telle désignation, étant entendu qu'il n'incombe pas aux juridictions de se substituer aux organes de la société, mais d'aider au redressement de son fonctionnement si celui-ci est paralysé ou faussé ou risque de l'être.

Cette intervention du juge des référés dans la vie des sociétés se fonde sur des critères très réticents: l'urgence, le provisoire, l'existence d'une apparence de droit et l'absence d'immixtion du juge dans la vie sociale (cf. POTTIER E. et DE ROECK M., L'administration provisoire: bilan et perspectives, RDCB, 1997, p. 204, n° 5).

En principe, la désignation d'un administrateur provisoire est une mesure exceptionnelle, qui suppose rapportée la preuve de circonstances rendant impossible le fonctionnement normal de la société et, menaçant celle-ci d'un dommage imminent.

Ainsi, ces principes se focalisent sur le fonctionnement de la société en cause.

Lorsque la désignation d'un administrateur provisoire est sollicitée dans le cadre d'un conflit entre associés, la jurisprudence se montre prudente et veille effectivement à ce que les juges aient constaté la réunion de deux conditions, à savoir le fonctionnement anormal de la société et l'intérêt social gravement compromis. Il apparaît que ces deux conditions sont renforcées dans l'hypothèse d'une mésentente (cf. Benoît Lecourt Revue des sociétés 2006 page 828 note sous Cour de cassation (com) 25 janvier 2005 M./ L.).

Contester la politique menée n'est donc pas suffisant pour justifier la nomination d'un administrateur provisoire. L'intérêt social ne se confond pas avec celui des associés minoritaires. Il pourrait en être autrement, exceptionnellement si, malgré l'absence de paralysie, des irrégularités graves étaient établies.

En l'espèce, la partie appelante ne saurait se prévaloir de l'absence de prise de position alléguée de la part des administrateurs de **SOC3.)** face à une réclamation de **SOC6.) HOLDINGS LLC** pour conclure (i) à l'existence imminente d'une condamnation par les juridictions anglaises et pour conclure (ii) que le péril de cette condamnation justifierait la nomination d'un administrateur provisoire.

SOC1.)3 reste en défaut d'établir que les organes de la **SOC3.)** ne fonctionnent plus et n'assurent plus la gestion normale, respectivement elle reste en défaut de rapporter la preuve d'une paralysie ou d'un blocage de la vie sociale de **SOC3.)**. Elle ne rapporte pas davantage la preuve de l'existence d'un trouble manifestement illicite, respectivement d'un dommage imminent, alors qu'elle ne rapporte la preuve d'aucun dysfonctionnement des organes de la société ou d'un quelconque blocage de la vie sociale.

La décision du premier juge est donc à confirmer et l'appel de **SOC1.)3** n'est donc pas fondé sur ce point.

Finalement, l'appelante conclut à la réformation de la décision du premier juge en ce qu'il a déclaré irrecevable la demande de **SOC1.)3** tendant à voir faire interdire à **SOC3.)** de procéder à la vente des villas.

Le premier juge a motivé sa décision en adoptant ses développements concernant le refus de nomination d'un administrateur provisoire.

A défaut de **SOC1.)3** d'établir les conditions permettant au juge des référés d'intervenir dans la vie sociale de **SOC3.)** et de se substituer aux administrateurs en place pour décider à leur place, la demande de **SOC1.)3** a, à bon droit, été déclarée irrecevable par le premier juge.

Les appels de **SOC1.)3** ne sont donc pas fondés.

Les indemnités de procédure

L'appelante **SOC1.)3** réclame dans chacun des deux rôles une indemnité de procédure de 5.000.- euros.

Au vu du sort réservé à ses appels ces demandes sont à rejeter.

Les intimées **SOC2'.)** et **SOC3.)** réclament une indemnité de procédure de 10.000.- euros pour l'instance d'appel.

L'intimée **SOC1.)1** requiert une indemnité de procédure de 5.000.- euros sur base de l'article 240 du NCPC.

Eu égard aux éléments de la cause, il paraît inéquitable de laisser à leur charge l'intégralité des frais irrépétibles qu'elles ont dû exposer pour faire valoir leurs droits devant la Cour. Il y a donc lieu de faire droit à leur demande et de condamner la société **SOC1.)3** à payer à **SOC2'.)** et **SOC3.)** une indemnité de procédure de 10.000.- euros et à **SOC1.)1** une indemnité de procédure de 5.000.- euros.

PAR CES MOTIFS :

La Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé, statuant contradictoirement,

reçoit les appels principaux en la forme,

reçoit l'appel incident en la forme,

ordonne la jonction des rôles 43925 et 44011,

donne acte à la société anonyme **BQUE1.)** Luxembourg SA de sa déclaration que suite à l'exécution des gages elle n'a plus de fonds de **SOC1.)3** entre ses mains,

constate que les demandes concernant la société anonyme **BQUE1.)** Luxembourg SA sont partant devenues sans objet,

dit non fondé le moyen sur base de l'article 592 du NCPC,

dit non fondé l'appel incident,

dit non fondé l'appel interjeté contre l'ordonnance n° 446/2016 du 12 août 2016,

partant confirme l'ordonnance n° 446/2016 du 12 août 2016,

dit non fondé l'appel interjeté contre l'ordonnance n° 463/2016 du 26 août 2016,

partant confirme l'ordonnance n° 463/2016 du 26 août 2016,

dit non fondées les demandes de la société **SOC1.)3** sur base de l'article 240 du NCPC,

dit fondées les demandes des sociétés **SOC2.)** SARL (anciennement **SOC2'.)** FUNDING) et **SOC3.)** SA sur base de l'article 240 du NCPC,

condamne la société à responsabilité limitée **SOC1.) 3** à payer aux sociétés **SOC2.)** SARL (anciennement **SOC2'.)** FUNDING) et **SOC3.)** SA une indemnité de procédure de 10.000.- euros,

dit fondée la demande de la société à responsabilité limitée **SOC1.) 1** sur base de l'article 240 du NCPC,

condamne la société à responsabilité limitée **SOC1.) 3** à payer à la société à responsabilité limitée **SOC1.) 1** une indemnité de procédure de 5.000.- euros,

condamne la société à responsabilité limitée **SOC1.) 3** aux frais de l'instance d'appel.