

Audience publique du onze novembre deux mille vingt

Numéro CAL-2020-00232 du rôle.

Composition:

Karin GUILLAUME, président de chambre;
Elisabeth WEYRICH, premier conseiller;
Yola SCHMIT, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

1. la société anonyme L),

2. la société M),

3. la société anonyme MA),

appelantes aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Christine KOVELTER, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg en date des 13 et 14 février 2020,

comparant Maître Lionel SPET, assisté de Maître Lydie LORANG, avocats à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1. la société anonyme A),

2. U), administrateur de société,

3. S), administrateur de société,

4. W), administrateur de société,

5. Y),

intimé aux fins du susdit exploit MULLER des 13 et 14 février 2020,

comparant par Maître Georges WIRTZ, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

6. Z), administrateur de société,

intimé aux fins du susdit exploit MULLER des 13 et 14 février 2020,

comparant par Maître Amélie BAGNES, en remplacement de Maître Christelle BEFANA, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

7. la société anonyme X) BANK,

intimée aux fins du susdit exploit MULLER des 13 et 14 février 2020,

comparant par l'étude ALLEN & OVERY, établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 5, bd. J.F. Kennedy, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Antoine REILLIER, en remplacement de Maître Thomas BERGER, avocat à la Cour, demeurant à la même adresse.

LA COUR D'APPEL :

Par acte d'huissier de justice des 23 et 24 janvier 2019, la société anonyme L), la société M) et la société MA) ont assigné la société anonyme A), U), Z), S), W) et la société anonyme X) BANK (ci-après la société X) où la BANQUE) devant le Président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme juge des référés, pour voir nommer un administrateur provisoire au sein de la société A) avec la mission :

- de gérer et administrer A), au jour le jour, en lieu et place des administrateurs, activement et passivement tant dans l'intérêt d'A) que de ses actionnaires et des tiers, ainsi que dans l'intérêt de la filiale d'A), à savoir la société de droit _____n R), avec la plénitude des pouvoirs statutaires et légalement dévolus au conseil d'administration et, en général,

faire tout ce qu'il jugera nécessaire ou utile à l'accomplissement de sa mission,

- représenter A) judiciairement et extrajudiciairement et intenter et soutenir toute action en justice,

- convoquer assister à et présider toutes les assemblées générales des actionnaires d'A),

- exercer le droit de vote rattaché aux actions,

- intenter contre qui de droit une action en responsabilité en vue de récupérer le dommage causé à A) du fait de valeur de sa participation dans R), sinon instruire l'organe social de R) d'intenter une action en responsabilité en vue de récupérer le dommage causé à R) du fait de la vente à vil prix de son usine de fabrication d'azote,

- préparer, présenter, faire approuver les comptes sociaux d'A) pour les années 2016, 2017 et 2018,

- autoriser l'administrateur provisoire à se faire assister par toute personne de son choix pour le bon déroulement de sa mission.

Ils ont demandé à voir dire que les effets de l'ordonnance à intervenir cesseront dix-huit mois au plus tard à partir de son prononcé, sauf renouvellement éventuel, et que ces effets cesseront en tout état de cause le jour où un arrangement sera trouvé entre parties, et à voir dire que les frais de l'administrateur provisoire sont à charge de la société X).

Ils ont réclamé l'exécution provisoire de l'ordonnance à intervenir et à la voir déclarer commune aux membres du conseil d'administration actuel de la société A).

Par acte d'huissier de justice du 25 avril 2019, les mêmes parties requérantes ont assigné Y) devant le même juge des référés, aux fins de voir dire qu'il est tenu d'intervenir dans l'instance introduite suivant l'acte d'huissier de justice des 23 et 24 janvier 2019.

A l'appui de leur demande, les sociétés L), MA) et M) ont fait valoir être les actionnaires de la société A), qui détient 90% du capital social de la société de droit _____ n R), active dans le domaine de l'azote et la production de nitrate d'ammonium.

P), le bénéficiaire économique de toutes ces sociétés, aurait acquis le contrôle de la société A), par l'acquisition de la participation que détenait une société E) Ltd dans ladite société. Cette acquisition aurait été financée moyennant un « *facility agreement* » de 100 millions USD accordé par les sociétés X) et I) Ltd. le 27 juin 2014 à la société L). Suite à une cession de créance intervenue entre les deux prêteurs, la société X) serait devenue le seul prêteur. A titre de garantie du remboursement dudit « *facility*

agreement », la BANQUE s'est vue octroyer suivant contrat du 4 septembre 2015, un gage sur les actions détenues par les sociétés L) et MA) dans la société A). Ce même contrat a prévu la possibilité pour la BANQUE, en cas de défaut de paiement de la part de la société L), soit de réaliser le gage, sinon de s'octroyer les droits de vote attachés aux actions de la société A) détenues par les sociétés L) et MA).

Parallèlement à la relation contractuelle existant entre la BANQUE et la société L), la société R) s'était vu accorder le 30 septembre 2011 par la Bank of ____ (ci-après la banque BOG) une ligne de crédit de 100 millions d'USD, somme devenue entretemps exigible mais que la société R) restait en défaut de rembourser.

A la date reportée de l'échéance du prêt accordé à la société L), la créance de la société X) s'élevait à 93.572.064,79 USD au titre de principal.

En vue d'une restructuration globale des dettes du groupe L) -R), et pour voir refinancer les prêts L) et R), P), se serait approché de la European Bank for Restruction and Devolpment (ci-après EBRD) pour le refinancement par cette banque des dettes du groupe auprès des banques X) et BOG. Les négociations entre les sociétés du groupe et P) avec leurs prêteurs respectifs X) et BOG afin de trouver une solution de refinancement via le soutien d'EBRD auraient finalement échoué et la banque BOG, créancière de la société R), aurait réalisé son gage sur l'usine R) qui aurait été vendue aux enchères à l'initiative du créancier BOG.

Par courrier du 24 août 2016, la banque X) a notifié aux sociétés A), L) et MA) un « *event of default* » au titre du prêt Loyal et l'exercice de son droit de vote sur les actions gagées des sociétés L) et MA) dans la société A), en vertu de l'article 6.1 c) des contrats de gage du 4 septembre 2015 : « *We hereby wish to inform you in accordance with clause 6.1. 8 c) of each of the Share Pledge Agreements that we elect to exercise the voting rights attached to all the shares covered by the Share Pledge Agreements (...) in order to protect our rights under such Pledge Agreements* ».

L'article 6.1 c) des contrats de gage susvisés dispose sous un intitulé « *Rights attached to the shares- Right to vote* » que « *upon the occurrence of an Event of Default which is continuing, the pledgee shall be entitled to elect, by notice sent in writing to the company and the pledgor, to exercise the voting rights in relation to the shares in any manner it deems fit for the purpose of protecting an/or enforcing the rights under the Pledge Agreement.. (...) the Pledgor shall no longer be entitled to exercise any voting rights in relation to the shares nor, for the avoidance of doubt, to pass any resolution without the Pledgee's prior written consent. (...) The Pledgee shall furthermore be entitled to exercise all rights of the Pledgor in*

relation to the convening an/or holding of meetings of the shareholders of the company or the adoption of shareholder's resolutions in writing or otherwise. The Pledgee shall in particular have the right to request the board of directors (conseil d'administration) of the company to convene a meeting of the shareholders and to request items to be put and or added to the agenda, to convene such meeting itself and/or to propose and adopt resolutions in written form, to the extent permitted under applicable law ».

Depuis, la société X) exerce le droit de vote attaché aux actions gagées, représentant 90% du capital social de la société A).

Le créancier gagiste X) a fait procéder au remplacement des membres de catégorie A et B du conseil d'administration de la société A), l'administrateur de catégorie C représentant toujours les intérêts de l'actionnaire minoritaire M).

Les sociétés L), MA)et M) ont reproché à la société X) d'avoir par le biais de diverses manœuvres frauduleuses et de concert avec sa maison mère, la société de droit russe T), poussé la société L) dans la situation d'un « *event of default* » dans le seul but de permettre tant à la banque X) qu'à la société T) de prendre le contrôle du seul actif de la société A), à savoir de l'usine d'azote R) située en _____. Cette façon de procéder de la part des sociétés X) et T) aurait été d'autant plus frauduleuse que dès le 30 juin 2016, les sociétés L) et R) auraient disposé d'un refinancement bancaire ayant pu assurer la restructuration des dettes du groupe Loyal et le remboursement des engagements pris par la société L) envers la banque X).

La société A) aurait perdu le contrôle sur son actif industriel situé en _____.

Pour justifier la nomination d'une administrateur provisoire au sein de la société A), les demandeurs ont fait plaider que dans la mesure où les pouvoirs décisionnels au sein du conseil d'administration de la société A) appartiendraient actuellement à des employés de la banque X), ni la société A), ni la société R) ne pourraient agir en responsabilité ou en dommages-intérêts contre les sociétés BOG et/ou X) et T).

Aussi, les demandeurs ont-ils fait état d'une paralysie au sein du conseil d'administration de la société A). Celle-ci serait dans l'impossibilité de pouvoir faire valoir ses droits ou d'instruire sa filiale R) d'agir en justice aux fins de récupérer contre qui de droit le préjudice social subi en raison de la vente publique de R). Le fonctionnement normal des organes sociaux de la société A) serait entravé, situation qui serait absolument contraire à l'intérêt social de la société et contreviendrait au surplus au principe des articles 6 et 13 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

Le blocage au sein du fonctionnement des organes sociaux des sociétés A) et R) ne pourrait se résoudre que par la nomination d'un administrateur provisoire au sein de la société A), lequel pourrait instruire la filiale R) d'ester en justice pour préserver les droits de R) et d'A).

Les demandeurs ont insisté pour dire que dans l'exercice de ses droits, le créancier gagiste, exerçant les droits de vote lui conférés par les actions gagées d'une société, devrait veiller à agir dans l'intérêt social de la société. Ceci ne serait plus le cas en l'espèce.

En effet, le remplacement des membres du conseil d'administration de catégorie A et B aurait créé une situation de conflit d'intérêts inacceptable, contraire à l'intérêt social de la société A) lui causant un préjudice certain, en raison du fait que la société A), aurait perdu son actif et été « vidée de sa substance ».

La nomination d'un administrateur provisoire s'imposerait d'autant plus que la société A) n'aurait pas publié les bilans des années 2016, 2017 et 2018, violant ainsi les dispositions des articles 461 à 461-7 de la loi sur les sociétés commerciales.

Il a également été reproché aux nouveaux membres composant le conseil d'administration de la société A) de ne pas avoir convoqué d'assemblée générale des actionnaires pour la présentation du rapport de gestion, la discussion et le vote sur les comptes annuels de la société des années 2016, 2017 et 2018.

La demande a été basée principalement sur l'article 932 alinéa 1^{er} et subsidiairement sur l'article 933 alinéa 1^{er} du NCPC.

Les parties défenderesses ont soulevé l'incompétence territoriale du juge luxembourgeois pour connaître de la demande, arguant que sous le couvert de la nomination d'un administrateur provisoire au sein de la société A), les demandeurs viseraient la mise sous administration provisoire de sa filiale R) en _____.

Elles ont invoqué le défaut de qualité et d'intérêt à agir dans le chef des demandeurs, étant donné que leur demande ne viserait qu'à obtenir une mesure qui concerne en fait la filiale R) en ____, et en ce que leur demande tendrait à voir enjoindre à l'administrateur de la société R) d'intenter une action en justice contre les banques X) et BOG et la société T).

Les défendeurs ont encore invoqué l'irrecevabilité de la demande pour défaut de mise en intervention de la société R) et des membres de son

organe de gestion, étant donné que le demande viserait in fine à obtenir une mesure concernant la société R).

La demande serait encore irrecevable, étant donné que les conditions cumulatives de la désignation d'un administrateur provisoire, à savoir un dysfonctionnement au sein de la société et un péril imminent menaçant la société, ne seraient pas réunies.

Les défendeurs ont réclamé une indemnité de procédure.

Par ordonnance contradictoire du 14 janvier 2020, le juge des référés, après avoir joint les instances introduites par actes d'huissier de justice des 23 et 24 janvier et 25 avril 2019, a rejeté les moyens d'incompétence et d'irrecevabilité invoqués, a dit la demande irrecevable, a condamné les sociétés L), M) et MA) une indemnité de procédure de 2.500 € à payer à la société X) et de chaque fois 500 € à la société A), à U), S), Y) et W).

Le moyen tiré de l'incompétence ratione loci du juge des référés luxembourgeois a été rejeté, motif pris que la demande tend à la mise sous administration provisoire d'une société de droit luxembourgeois. Le juge des référés a retenu que le fait que la mise sous administration judiciaire de la société mère soit de nature à impacter la filiale, n'est pas de nature à équivaloir à la mise sous administration judiciaire de la filiale.

Pour rejeter le moyen tiré du défaut d'intérêt et de qualité à agir dans le chef des parties demanderesses, le juge des référés de première instance a retenu qu'en leur qualité d'actionnaires de la société A), les parties L), MA) et M) avaient un intérêt direct et personnel, et partant qualité à agir en relation avec la gestion de A).

Les parties défenderesses ont encore soulevé l'irrecevabilité de la demande pour défaut de mise en intervention de la société R) et des membres de son organe de gestion, étant donné que leur demande viserait en fait à obtenir une mesure qui concernerait in fine la société R), dont les parties demanderesses ne sont pas actionnaires.

Ce moyen a été rejeté, motif pris que le fait que la mise sous administration judiciaire de la société mère A) soit de nature à impacter la filiale R), n'est pas de nature à équivaloir à la mise sous administration judiciaire de la filiale, de sorte que la mise en intervention de cette dernière n'est pas requise.

Après avoir exposé les principes régissant l'intervention du juge des référés dans la vie d'une société, le juge des référés a, concernant le reproche tiré de l'absence de convocation de l'assemblée générale des

actionnaires, du non-dépôt des bilans et des comptes annuels des années 2016, 2017 et 2018 retenu que les bilans d'A) pour les années 2016, 2017 et 2018 ont été validés par le conseil d'administration lors de sa réunion du 26 février 2019 et approuvés par l'assemblée générale le 28 mars 2019 à la majorité de 90%.

Il a retenu que bien que la société A) ait accusé un certain retard dans l'approbation de ses comptes sociaux, elle n'était cependant plus en défaut par rapport à son obligation légale de déposer ses bilans approuvés, au jour où le juge des référés a statué. Il a précisé que la non-approbation des bilans antérieurement à sa saisine ne saurait valoir preuve d'un dysfonctionnement au niveau du conseil d'administration et de l'assemblée générale de la société justifiant la mise en œuvre de la mesure requise.

Concernant le reproche tiré de la prétendue violation des dispositions de la loi du 13 janvier 2019 instituant un Registre des bénéficiaires effectifs (RBE), devenu effectif le 1^{er} mars 2019, le juge des référés a relevé que dans la mesure où une telle violation n'est pas sanctionnée par la dissolution avec liquidation judiciaire de la société, elle n'est pas susceptible de causer un préjudice irréversible dans le chef de la société, de sorte qu'elle ne saurait à elle-seule revêtir le caractère de gravité requis pour la désignation d'un administrateur provisoire.

Le moyen tiré d'une situation de conflit d'intérêt au sein du conseil d'administration de la société A) a également été rejeté. Le juge des référés a relevé que les sociétés demanderessees n'ont pas établi l'existence d'un préjudice subi par A), voire sa filiale, du fait de l'inaction d'une éventuelle action en responsabilité à l'égard de la société X) pour violation de son obligation de loyauté et violation du secret bancaire. Pour statuer ainsi, il s'est référé à un jugement rendu le 12 juillet 2017 par une chambre commerciale du tribunal d'arrondissement de Luxembourg bénéficiant de l'autorité de chose jugée, tant qu'il n'a pas été réformé, ayant exclu toute responsabilité dans le chef la société X).

Faute d'avoir établi l'existence des deux conditions cumulatives, à savoir un dysfonctionnement des organes statutaires au sein de la société A) et un péril imminent dans son chef, la demande a été déclarée irrecevable sur toutes les bases invoquées.

Par acte d'huissier de justice des 13 et 14 février 2020, les sociétés L), M) et MA) ont régulièrement relevé appel de cette ordonnance qui ne leur a pas été signifiée.

Les appelantes concluent, par réformation de l'ordonnance entreprise, à voir nommer un administrateur provisoire au sein de la société A) avec la

mission telle que formulée dans l'assignation introductive d'instance, sauf à exclure de la mission celle de préparer et de faire approuver les comptes sociaux de la société A) des années 2016 à 2018 qui ont entretemps été déposés.

Elles concluent à voir dire que les frais de l'administration provisoire sont à charge de la société X), à voir déclarer l'arrêt à intervenir commun à la société A) et à voir ordonner l'exécution provisoire de l'arrêt.

Les appelantes réitèrent l'exposé des faits de première instance. Elles insistent sur le caractère abusif de la décision de la BANQUE de résilier le contrat de prêt conclu avec la société L), étant donné que l'emprunteur, la société L) aurait disposé d'une solution de refinancement qui aurait permis à la société X) d'être désintéressée entièrement. Par le biais de manœuvres frauduleuses, A) aurait perdu son actif, à savoir sa filiale R) située en _____ et les banques X) et sa maison mère, la société T), seraient en négociations avec la BOG afin que T) puisse racheter l'usine en _____. Le seul objectif d'X), voire de T) aurait été l'appropriation de la société R). Cet objectif serait aujourd'hui quasiment atteint, puisqu'elle serait sur le point de prendre le contrôle de l'usine.

Bien qu'en vertu des dispositions des contrats de gage, le non-paiement du prêt aux échéances ait permis à X) de s'approprier le droit de vote sur les actions détenues par les sociétés L) et MA) dans la société A), le remplacement par la société X) des membres du conseil d'administration de catégorie A et B par des personnes nommées et contrôlées par X) aurait été effectué dans le seul intérêt du créancier gagiste X) et aurait été contraire à l'intérêt social d'A). En effet, les sociétés L), MA) et M), en leur qualité d'actionnaires d'A) ne disposeraient plus d'aucun pouvoir décisionnel dans ledit conseil d'administration, ni d'ailleurs dans le conseil d'administration de la filiale R), dont les membres auraient également été remplacés par des personnes contrôlées par X).

Les appelantes reprochent au magistrat de première instance de ne pas avoir tenu compte de ce fait et de ne pas avoir retenu que les sociétés A) et R) seraient actuellement dans l'impossibilité, du fait de l'obstruction délibérée des administrateurs désignés par la société X), de pouvoir faire valoir leurs droits ou d'instruire la filiale R) d'agir en justice aux fins de récupérer contre qui de droit le préjudice social subi. Il y aurait en conséquence aujourd'hui une paralysie anormale du fonctionnement des organes sociaux d'A), laquelle ne pourrait plus faire valoir ses droits en justice dans son intérêt social propre. Une telle situation serait absolument contraire à l'intérêt social d'une société et contreviendrait au principe des articles 6 et 13 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Ni A), ni R) n'auraient pu agir en responsabilité ou en dommages-intérêts contre

X) et/ou T) et la société BOG, pour avoir perdu le contrôle sur l'actif industriel en _____.

Bien que le conseil d'administration de la société A) fonctionne, il ne fonctionnerait que dans l'intérêt du seul créancier gagiste, la société X) et de sa maison mère T). A l'appui de ce reproche, les appelantes font encore valoir que les administrateurs des catégories A et B manqueraient de transparence vis-à-vis de l'administrateur C concernant les procédures judiciaires pendantes en _____ en rapport avec la société R), impliquant les sociétés X) et T).

Le juge des référés est dès lors critiqué pour ne pas avoir retenu au vu de ces circonstances précitées tant un dysfonctionnement des organes sociaux de la société A) qu'un conflit d'intérêt des administrateurs des catégories A et B, et que des mesures conservatoires s'imposaient d'urgence.

Pour souligner le péril imminent dans le chef d'A), les appelantes expliquent qu'elles avaient assigné la société X) en responsabilité devant les juridictions luxembourgeoises, afin de la voir condamner à leur payer des dommages-intérêts, mais que cette demande a été déclarée irrecevable par jugement du 12 juillet 2017, pour défaut d'intérêt à agir dans le chef des demandeurs. Exposant que cette décision a été frappée d'appel le 19 septembre 2017, les appelantes font grief au juge des référés d'avoir fait état de l'autorité de la chose jugée attachée au jugement du 12 novembre 2017, rendant irrecevable toute action en responsabilité et en dommages-intérêts engagée par la société A) contre les sociétés X) et T). Les appelantes insistent pour dire que les conditions d'existence de l'article 1351 du Code civil ne seraient pas données en l'espèce. A) n'aurait pas été partie à l'instance ayant donné lieu au jugement du 12 juillet 2017. Il n'y aurait pas non plus identité d'objet, ni identité de cause. En tout état de cause, l'autorité de la chose jugée aurait disparu du fait de l'appel relevé contre ladite décision.

Les appelantes reprennent le moyen tiré de la violation des statuts de la société A) lors de l'approbation des comptes annuels des années 2016 à 2018 par l'assemblée générale. Ces comptes n'auraient pas été approuvés à l'unanimité conformément à l'article 13.9 des statuts. Il y aurait également eu violation de l'article 15.6 des statuts de la société A), étant donné que l'administrateur de catégorie C n'aurait pas été invité à participer aux négociations de la société A) avec les sociétés X) et T).

La société X) réitère en instance d'appel ses moyens tirés de l'incompétence ratione loci du magistrat saisi, et du défaut d'intérêt à agir dans le chef des sociétés L), M) et MA). L'action serait encore irrecevable à

défaut pour ces sociétés d'avoir mis en intervention la filiale R) située en _____.

L'intimée X) conteste également tout dysfonctionnement des organes sociaux de la société A), et tout blocage au sein du conseil d'administration. Il n'y aurait pas non plus de péril imminent menaçant l'intérêt social d'A).

La BANQUE renvoie au contrat de prêt conclu avec la société L) le 27 juin 2014 et aux contrats de gage du 4 septembre 2015 pour soutenir que suite au non remboursement du prêt « Loyal », elle aurait choisi d'exercer ses droits de vote. Elle conteste tout abus de majorité dans son chef de même que l'existence d'un conflit d'intérêt. Elle fait état de procédures pendantes en _____ entre les sociétés A), X) et T) et BOG tendant à obtenir l'annulation de la vente aux enchères des actifs de la filiale R). Elle fait encore état d'une action en justice pendante entre les sociétés A) et BOG relative à l'annulation d'une sentence arbitrale concernant la réalisation du gage par la banque BOG sur l'usine d'azote R) en _____. De même fait-elle état d'une action en dommages-intérêts introduite par le bénéficiaire économique de la société A) en Grande-Bretagne en relation avec la vente publique de l'usine située en _____.

L'intimée réitère en outre son moyen tiré de l'autorité de chose jugée attachée au jugement rendu le 12 juillet 2017 par une chambre commerciale du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, ayant rejeté la demande des sociétés L), MA) et M) contre la société X).

Concernant le moyen tiré de la violation des articles 13-9 et 15 des statuts de la société A), l'intimée fait plaider qu'une telle violation ne justifierait pas à elle seule la nomination d'un administrateur provisoire.

La BANQUE sollicite en conséquence la confirmation de l'ordonnance entreprise et réclame une indemnité de procédure de 10.000 €.

Z) se rallie aux développements des parties appelantes pour solliciter, par réformation, la nomination d'un administrateur provisoire.

La société A), U), S), W) et Y) concluent tout d'abord à l'irrecevabilité de l'appel. A l'appui de ce moyen, ils reprochent aux appelantes de plaider le fond d'une affaire en responsabilité contre le créancier gagiste X), qui aurait fait l'objet d'une procédure devant une chambre du tribunal d'arrondissement de Luxembourg et abouti au jugement du 12 juillet 2017, ayant acquis autorité de chose jugée.

Aux moyens d'incompétence *ratione loci* et d'irrecevabilité de la demande soulevés par la société X), les intimés sub 1) à 5) ajoutent que les

conditions d'urgence, voire de péril imminent posées par les articles 932 et 933 du NCPC ne seraient pas données en l'occurrence.

Ils se rallient aux développements de la société X) pour solliciter la confirmation de l'ordonnance entreprise. Ils demandent à la Cour de constater que les parties appelantes ne contestent pas l'existence d'actions en justice pendantes tant en _____ qu'en Grande-Bretagne introduites par la société A), voire son bénéficiaire économique, afin d'obtenir l'annulation de la vente publique de la filiale d'A), respectivement réparation du préjudice leur accru du fait de la vente aux enchères de l'usine R), filiale d'A), située en _____. Ces procédures auraient été engagées dans l'intérêt social d'A) à une époque où les actuels administrateurs de catégorie A et B n'étaient pas encore membres du conseil d'administration de la société A). Il n'y aurait ni dysfonctionnement au sein des organes sociaux de la société A), ni péril imminent, ni trouble manifestement illicite.

Le reproche tiré de la non-approbation à l'unanimité des comptes sociaux de la société A) en violation de l'article 13 des statuts ne justifierait pas non plus la nomination d'un administrateur provisoire. L'adoption par les actionnaires réunis en assemblée générale d'une résolution en violation des statuts d'une société serait le cas échéant à sanctionner par l'annulation de ladite résolution et non pas par la désignation d'un administrateur provisoire au sein de cette société. Les organes de la société étant en l'état de fonctionner, et à défaut de péril imminent dans le chef d'A), l'ordonnance entreprise serait à confirmer.

Les intimés sub 1) à 5) réclament également une indemnité de procédure de 10.000 €.

Appréciation de la Cour

Les parties intimées sub 1) à 5) concluent à l'irrecevabilité de l'appel, en reprochant aux parties appelantes de préjuger au fond, en ce qu'elles demandent à la Cour de constater que la société X) a commis des manœuvres frauduleuses pour se voir procurer le droit de vote attaché aux actions détenues par les sociétés L) et MA).

Le moyen invoqué par les intimés n'est cependant pas à analyser au niveau de la recevabilité de l'appel. La Cour prendra position sur ledit moyen dans le cadre des conditions nécessaires à la désignation d'un administrateur provisoire.

L'appel est recevable pour avoir été relevé dans les forme et délai de la loi.

Reprochant au juge des référés de ne pas s'être déclaré incompétent *ratione loci* pour connaître de la demande des sociétés L), MA) et M), la société X) de même que les intimés sub 1) à 5) relèvent implicitement appel incident de l'ordonnance entreprise sur ce point spécifique.

Dès lors que la demande vise la nomination d'un administrateur provisoire d'une société située au Grand-Duché de Luxembourg, le moyen tiré de l'incompétence territoriale a été rejeté à juste titre par le juge des référés.

L'appel incident n'est dès lors pas fondé.

La société X) de même que les intimés sub 1) à 5) réitèrent ensuite le moyen tiré de l'irrecevabilité de la demande pour défaut d'intérêt à agir dans le chef des sociétés L), MA) et M) et pour absence de mise en intervention de la société de droit _____ R).

L'intérêt à demander un administrateur provisoire existe en l'espèce, étant donné que les sociétés L), MA) et M) sont actionnaires de la société A) pour laquelle l'administrateur provisoire est sollicité. Les actionnaires tirent du pacte social qui les lie à la société la qualité à agir en désignation d'un mandataire provisoire de la personne morale (Cass. com. 3 juillet 1984 : Bull.civ. 1984,IV, n° 210, Rev sociétés 1985, p. 628). Le moyen tiré du défaut d'intérêt à agir a dès lors été rejeté à bon droit par le juge des référés.

C'est également à juste titre et par une motivation que la Cour approuve que le juge des référés a rejeté le moyen d'irrecevabilité tiré du défaut de mise en intervention de la société de droit _____ R), filiale de la société A).

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.

La désignation d'un administrateur provisoire est une mesure exceptionnelle à laquelle le juge ne recourt qu'en dernier recours. En effet, il s'agit d'une mesure grave qui ne peut être adoptée que pour protéger des intérêts sérieusement menacés. La désignation d'un administrateur provisoire exige la réunion de deux conditions cumulatives : l'atteinte au fonctionnement normal de la société et l'existence d'un péril imminent (A. Steichen, Précis du droit des sociétés, 6^{ème} éd. p. 370 et suiv.).

L'administrateur provisoire est une création prétorienne qui se fonde, non sur un principe de droit des sociétés, mais sur le pouvoir que le NCPC accorde au juge de prescrire toute mesure conservatoire en vue de prévenir un dommage imminent ou de faire cesser un trouble manifestement illicite.

L'imminence d'un péril et l'urgence sont une seule et même condition. Le caractère essentiellement provisoire et conservatoire de la mesure suppose toujours une menace qu'il importe rapidement de prévenir.

Le péril imminent se confond le plus souvent avec un risque de préjudice grave encouru par la société elle-même, voire par l'ensemble des sociétés du groupe (Cass.com, 5 février 1985 :Bull.civ.1985,IV,no . 44). L'administration provisoire n'est pas faite pour protéger l'intérêt des associés, mais le seul intérêt social (Cass.com, 3 juill.1984 : Juris-data n°1984-701207).

L'urgence doit s'apprécier, non dans la personne de celui qui agit, mais dans celle de la personne morale qui doit être exposée à un péril certain et imminent.

Il est vrai que des difficultés purement financières pourraient justifier la désignation d'un administrateur provisoire, à supposer qu'elles présentent une intensité suffisante pour porter atteinte à l'intérêt social et pour paralyser le fonctionnement normal de la société (voir en ce sens CA Paris, 3 avril 1998 : JurisData n° 1998-020715). De même, l'existence d'une grave mésentente entre les actionnaires peut légitimer une intervention du juge.

Il n'appartient ni au juge des référés, ni à la Cour statuant en appel des référés sous peine de préjuger le fond, de se prononcer sur la question de savoir si la société X) a le cas échéant engagé sa responsabilité, respectivement de rechercher si cette société a commis des manœuvres frauduleuses pour s'attribuer le droit de vote attaché aux actions détenues par les actionnaires L) et MA).

Saisie de l'appel relatif à une ordonnance ayant rejeté la demande en désignation d'un administrateur provisoire basée sur les articles 932, voire 933 du NCPC, l'examen de la Cour doit se limiter à rechercher, au vu de l'exposé des faits lui présentée, si les conditions cumulatives d'un dysfonctionnement au sein des organes de la société A) et d'un péril imminent menaçant cette société sont réunies.

La mission du juge des référés consiste en effet à éviter qu'une situation irréversible ne se crée. Doit être ainsi constaté un dommage, un préjudice ou la méconnaissance d'un droit, qui soit imminent, donc sur le point de se

réaliser, et dont la survenance et la réalité sont certaines (Cass. 3e civ., 7 juill. 2015, n° 14-14.796. – Cass. 3e civ., 22 oct. 2015, n° 14-11.776 : JurisData n° 2015-023501).

Il importe également de préciser que le juge des référés doit s'assurer de l'existence d'un cas d'urgence au moment où il statue et non pas au moment de sa saisine par le demandeur, tant en première instance qu'en appel. Pour statuer sur le mérite de l'appel d'une ordonnance de référé, la Cour doit en conséquence se placer, pour ordonner ou refuser des mesures urgentes, à la date à laquelle elle rend sa décision.

Concernant le reproche tiré de la non-approbation des comptes sociaux des années 2016 à 2018, il n'est pas contesté que la société A) a accusé un certain retard dans l'établissement desdits comptes sociaux.

Le juge des référés n'est toutefois pas critiqué d'avoir constaté que les bilans d'A) relatifs aux années 2016, 2017 et 2018 avaient été approuvés par une majorité de 90% lors de la réunion de l'assemblée générale des actionnaires du 28 mars 2019 et qu'au jour où il a rendu son ordonnance les bilans susvisés avaient tous été approuvés. La Cour approuve en conséquence le magistrat de première instance d'avoir retenu que la non-approbation des bilans à une date antérieure à sa saisine ne constituait plus au regard de la régularisation de la situation un élément de preuve d'un dysfonctionnement au niveau du conseil d'administration et de l'assemblée générale d'A) justifiant la désignation d'un administrateur provisoire.

C'est encore à bon droit et par une motivation que la Cour approuve que le juge des référés a retenu que le défaut d'inscription du bénéficiaire économique effectif d'une société en application de l'article 4 (1) de la loi du 13 janvier 2019 instituant un registre des bénéficiaires économiques (RBE) ne constituait pas la preuve d'une paralysie au niveau du fonctionnement d'une société.

Les appelantes se prévalent ensuite d'un conflit d'intérêt opposant les administrateurs des catégories A et B à la société A) et à l'administrateur de catégorie C.

Elles font tout d'abord valoir que les comptes annuels relatifs aux années 2016 à 2018 n'auraient pas été adoptés à l'unanimité et ce en violation de l'article 13.9 des statuts d'A). La non-approbation des comptes annuels à l'unanimité des actionnaires et en violation des statuts d'une société serait de nature à établir un dysfonctionnement au sein des organes sociaux justifiant la nomination d'un administrateur provisoire, notamment au regard de la situation de conflit d'intérêt dans laquelle se trouveraient les administrateurs de catégorie A et B.

L'adoption par les actionnaires réunis en assemblée générale d'une résolution en violation des statuts d'une société ne caractérise cependant ni une situation de conflit d'intérêt, ni un dysfonctionnement des organes sociaux. Elle ne constitue pas non plus la preuve qu'un péril imminent menace l'intérêt social de la société A). Les intimés font dès lors à juste titre plaider que l'adoption d'une résolution en violation des statuts serait tout au plus à sanctionner par l'annulation de ladite résolution.

L'argumentation des appelantes tirée de la violation de l'article 15.6 des statuts pour ne pas avoir associé l'administrateur de catégorie C aux négociations en cours entre les sociétés X), T) et BOG est à rejeter pour les mêmes motifs.

Pour justifier la désignation d'un administrateur provisoire au sein d'A), les appelantes font encore valoir que les administrateurs, mis en place par le créancier gagiste, la société X), n'agiraient pas dans l'intérêt social de la société A), mais dans le seul intérêt du créancier gagiste X). A) aurait perdu un actif important, à savoir sa filiale située en _____, suite à la vente publique de cette société par la banque BOG. Les administrateurs de catégorie A et B refuseraient d'agir en responsabilité contre qui de droit, de sorte qu'il y aurait un dysfonctionnement des organes sociaux au sein de la société A). Cette situation créerait un blocage au niveau du fonctionnement de la société, exposant la société A) à un péril imminent.

Force est tout d'abord de relever que contrairement à l'argumentation des appelantes, les organes sociaux d'A) continuent à fonctionner. Les réunions du conseil d'administration sont tenues, les actionnaires sont convoqués en assemblées générales et des résolutions sont votées au sein du conseil d'administration et adoptées par l'assemblée générale. Il n'est pas non plus établi que les résolutions adoptées par l'assemblée générale aient été adoptées dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de l'actionnaire minoritaire M) et que l'adoption de ces résolutions soit contraire à l'intérêt social d'A).

Tout en admettant que les organes sociaux de la société A) ne sont pas paralysés, les appelantes font plaider que la situation de blocage résulterait du fait que les administrateurs de catégorie A et B, mis en place par la société X) dans le seul intérêt de celle-ci, refuseraient d'engager une action de quelque nature que ce soit en rapport avec la perte de l'usine R) en _____, mettant ainsi en péril les intérêts sociaux d'A).

L'affirmation des appelantes qu'A) se voit confrontée à un péril imminent susceptible de lui causer un préjudice irréparable est contredite par l'existence d'actions en justice pendantes tant en _____ qu'en Grande-Bretagne introduites par la société A), sinon par son bénéficiaire

économique, afin d'obtenir l'annulation de la vente publique de la filiale d'A), respectivement réparation du préjudice leur accru du fait de la vente aux enchères de l'usine R). Il n'est pas contesté que ces procédures ont été engagées à une époque où les actuels administrateurs de catégorie A et B n'étaient pas encore membres du conseil d'administration de la société A). Il s'ajoute qu'aucun élément du dossier ne permet de retenir que la situation économique d'A) est compromise. Il n'est pas critiqué que les comptes annuels de la société relatifs aux années 2016 à 2019 ont été déposés et mis à part le reproche tiré de l'inaction de certains membres du conseil d'administration en rapport avec la vente publique de l'usine d'azote en _____, aucune situation de blocage au niveau du fonctionnement des organes de la société A) n'est établi.

Il importe de relever le procès-verbal de la réunion du conseil d'administration de la société A) du 11 mars 2019 et celui de l'assemblée générale des actionnaires du 2 juin 2020 lors de laquelle a été adoptée à la majorité de 90 % une résolution « *to vote against the dissolution of the company and to pursue the Company's activities, in accordance with article 480-2 of the Companies Act* », étant précisé que l'actionnaire M) s'est abstenue lors de ce vote (pièce n° 60 des appelantes).

Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, c'est à juste titre que le magistrat de première instance a retenu que les conditions cumulatives de l'atteinte au fonctionnement normal de la société et de l'existence d'un péril imminent ne sont pas données en l'espèce et a dit irrecevable la demande en désignation d'un administrateur provisoire au sein de la société A) sur toutes les bases invoquées.

Le magistrat de première instance n'est pas critiqué d'avoir alloué à la société X) une indemnité de procédure de 2.500 € et aux parties A), U), S), W) et Y) une indemnité de procédure de chaque fois 500 €.

Les intimés sub 1), 2), 3), 4), 5) et 7) réclament une indemnité de procédure globale de 10.000 € pour l'instance d'appel. La société X) réclame également une indemnité de procédure de 10.000 €.

La demande des parties intimées sub 1), 2), 3), 4), 5) et 7) en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel est à déclarer fondée en son principe. Il serait en effet inéquitable de laisser à charge de ces parties les frais non compris dans les dépens, étant donné qu'elles ont dû recourir aux services rémunérés d'un avocat pour faire valoir leurs droits.

La Cour alloue à chacune de ces parties la somme de 1.000 €.

PAR CES MOTIFS

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

reçoit les appels principal et incident,

les dit non fondés,

confirme l'ordonnance entreprise,

condamne la société anonyme L), la société M) et la société anonyme MA) à payer à la société anonyme A), U), S), W), à la société anonyme X) BANK et à Y) une indemnité de procédure de 1.000 € chacun, ainsi qu'à supporter les frais et dépens de l'instance d'appel.