

Audience publique du quatorze novembre deux mille dix-huit

Numéros CAL-2018-00260 et CAL-2018-00267 du rôle.

Composition:

Yola SCHMIT, conseiller, président ;
Henri BECKER, conseiller ;
Yannick DIDLINGER, conseiller ;
Daniel SCHROEDER, greffier.

I) **E n t r e :**

1. la société anonyme SOC.1.) MANAGEMENT, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son administrateur provisoire,

2. la société d'investissement à capital variable SOC.1.) FUND S.C.A. – SICAV-FIS, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son administrateur provisoire,

appelantes aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Christine KOVELTER, en remplacement de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg en date du 13 mars 2018,

comparant par Maître Moritz GSPANN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1. A.), demeurant à L-(...), (...),

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

intimée aux fins du susdit exploit KOVELTER du 13 mars 2018,

comparant par la société en commandite simple BONN STEICHEN & PARTNERS, établie et ayant son siège social à L-2370 Howald, 2, rue Peternelchen, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Fabio TREVISAN, assisté de Maître Nicolas THIELTGEN, avocats à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

3. la société anonyme SOC.3.), établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son conseil d'administration,

4. B.), demeurant à L-(...), (...),

5. C.), demeurant à L-(...), (...),

intimés aux fins du susdit exploit KOVELTER du 13 mars 2018,

comparant par Maître Marc KLEYR, assisté de Maître Patrick KINSCH, avocats à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

6. D.), demeurant à L-(...), (...),

intimé aux fins du susdit exploit KOVELTER du 13 mars 2018,

comparant par Maître Marc KERGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

II) E n t r e :

1. A.), demeurant à L-(...), (...),

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

appelants aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg en date du 13 mars 2018,

comparant par la société en commandite simple BONN STEICHEN & PARTNERS, établie et ayant son siège social à L-2370 Howald, 2, rue Peternelchen, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Fabio TREVISAN, assisté de Maître Nicolas THIELTGEN, avocats à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

e t :

1. la société anonyme SOC.1.) MANAGEMENT, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son administrateur provisoire,

2. la société d'investissement à capital variable SOC.1.) FUND S.C.A. – SICAV-FIS, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son administrateur provisoire,

intimées aux fins du susdit exploit ENGEL du 13 mars 2018,

comparant par Maître Moritz GSPANN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

3. la société anonyme SOC.3.), établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son conseil d'administration,

4. B.), demeurant à L-(...), (...),

5. C.), demeurant à L-(...), (...),

intimés aux fins du susdit exploit ENGEL du 13 mars 2018,

comparant par Maître Marc KLEYR, assisté de Maître Patrick KINSCH, avocats à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

6. D.), demeurant à L-(...), (...),

intimé aux fins du susdit exploit ENGEL du 13 mars 2018,

comparant par Maître Marc KERGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

7. Maître Yann BADEN, avocat à la Cour, demeurant à Gonderange, pris en sa qualité d'administrateur provisoire de la société anonyme **SOC.1.) MANAGEMENT** et de la société d'investissement à capital variable **SOC.1.) FUND S.C.A.**, SICAV-FIS, nommé par ordonnance du 3 janvier 2017,

intimé aux fins du susdit exploit ENGEL du 13 mars 2018,

comparant en personne.

LA COUR D'APPEL :

Par requêtes de Maître Marc KLEYR du 31 octobre 2017 pour compte de la société anonyme **SOC.3.) S.A., B.) et C.)**, et de Maître Yann BADEN du 17 novembre 2017, en sa qualité d'administrateur provisoire de la société d'investissement à capital variable **SOC.1.) FUND S.C.A.**, SICAV-FIS (ci-après : la société **SOC.1.) FUND**), mandat lui attribué par ordonnance de référé du 3 janvier 2017, interprété par ordonnance du 6 octobre 2017 et renouvelé pour la durée d'un an par ordonnance du 3 janvier 2018, le juge des référés a été saisi de la problématique liée à la question de la prolongation/refinancement des crédits bancaires, ainsi que de la question de la lettre d'intention de la société **SOC.4.) LUXEMBOURG S.A.** du 19 octobre 2017 dans le contexte de l'échéance en 2016/2017 de la majeure partie des crédits bancaires souscrits par la société **SOC.1.) FUND**.

L'administrateur provisoire explique que deux solutions se présenteraient à lui pour gérer l'endettement de la société **SOC.1.) FUND** :

- la première, défendue par la société **SOC.3.)**, consisterait à accepter la lettre d'intention de la société **SOC.4.) LUXEMBOURG S.A.** du 19 octobre 2017 consistant en la vente d'une partie des actifs de la société **SOC.1.) FUND** à la société **SOC.4.) LUXEMBOURG S.A.**,

- la deuxième, soutenue par l'administrateur provisoire et défendue par la société **SOC.2.)**, consisterait pour la société **SOC.1.) FUND** à garder l'ensemble de ses parcelles immobilières et à continuer son activité de développement urbanistique et d'actifs immobiliers, aux fins de rembourser les dettes bancaires au moyen des actifs générés.

Le 16 février 2018, un premier juge au tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement du président dudit tribunal, statuant sur ces requêtes, a rendu la décision suivante :

« revu l'ordonnance des référés numéro 2/2017 du 3 janvier 2017,

revu l'ordonnance des référés numéro 519/2017 du 6 octobre 2017,

*vu le courrier de Maître Marc KLEYR du 31 octobre 2017 et le courrier de Maître Yann BADEN, administrateur provisoire de la société **SOC.1.) MANAGEMENT S.A.** et de la société **SOC.1.) FUND S.C.A.**, SICAV-FIS, du 17 novembre 2017,*

*rejetons la demande de l'administrateur provisoire Maître Yann BADEN tendant à se voir autoriser à conclure avec la banque **BQUE.1.)** et la banque **BQUE.2.)** l'opération de refinancement conformément aux « terms sheets » des 1^{er} et 4 décembre 2017,*

*rejetons la demande de la société **SOC.3.) SPF S.A., B.) et C.)** tendant à voir autoriser l'administrateur provisoire Maître Yann BADEN à signer et à accepter l'offre de la société **SOC.4.) Luxembourg S.A.** du 19 octobre 2017,*

*déclarons irrecevable la demande des parties **SOC.3.) SPF S.A., B.) et C.)** tendant à voir instituer une expertise,*

*laissons les frais et dépens de l'instance à charge de la société **SOC.1.) FUND S.C.A.**, SICAV-FIS,*

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

Par exploits d'huissiers du 13 mars 2018, tant la société anonyme **SOC.1.) MANAGEMENT S.A.** (ci-après : la société **SOC.1.) MANAGEMENT**) et la société **SOC.1.) FUND que A.)** et la société anonyme **SOC.2.) SPF** (ci-après la société **SOC.2.)**), ont relevé appel partiel de cette ordonnance, laquelle fut signifiée à la société **SOC.1.) MANAGEMENT** et à la société **SOC.1.) FUND** ainsi qu'à la société **SOC.2.)** en date du 28 février 2018, se limitant à demander à la Cour, par réformation, d'autoriser l'administrateur provisoire à conclure avec la banque **BQUE.1.)** et avec la banque **BQUE.2.)** l'opération de refinancement conformément aux « terms sheets » des 1^{er} et 4 décembre 2017.

Les quatre parties appelantes critiquent plus spécialement le juge des référés pour avoir retenu que la question de savoir si l'option du refinancement bancaire des dettes échues est dans l'intérêt vital de la société **SOC.1.) FUND**, supposait un examen approfondi des moyens de droit et de fait avancés de part

et d'autre, et échappait partant au pouvoir d'appréciation sommaire du juge des référés et pour avoir qualifié les moyens de défense soulevés par la société **SOC.3.)** SPF S.A. (ci-après : la société **SOC.3.)**), **B.)** et **C.)** de contestations sérieuses de la demande de l'administrateur provisoire Maître Yann BADEN, tendant à se voir autoriser à conclure avec la banque **BQUE.1.)** et la banque **BQUE.2.)** l'opération de refinancement conformément aux « *terms sheets* » des 1^{er} et 4 décembre 2017.

Maître Yann BADEN, en sa qualité d'administrateur provisoire de la société **SOC.1.)** MANAGEMENT et de la société **SOC.1.)** FUND fait valoir qu'une analyse des faits devrait conduire le juge saisi à l'autoriser à conclure l'opération de refinancement des crédits échus, étant donné que le refinancement s'inscrirait dans la continuité de la société **SOC.1.)** FUND et qu'il revêtirait de ce fait le caractère d'acte de gestion courante, bien que le seuil de 500.000.- euros soit dépassé et qu'une autorisation spéciale soit requise.

En effet, la société **SOC.1.)** FUND serait le deuxième propriétaire foncier au niveau national, après l'Etat, et l'acquisition des parcelles de terrain aurait été financée en grande partie par d'importants crédits bancaires, initialement de l'ordre de 600 millions, auprès de trois banques, à savoir la **BQUE.3.)**, la **BQUE.1.)** et la **BQUE.2.)**. En raison d'un grave litige entre les deux actionnaires de la société **SOC.1.)** FUND, lequel aurait engendré le dysfonctionnement des organes de la société ayant conduit à un ralentissement considérable du développement urbanistique du fond, les rentrées de fonds auraient diminué en conséquence et le remboursement des crédits bancaires, d'un montant d'environ 250 millions d'euros, s'en trouverait impacté. La majeure partie de ces crédits serait venue à échéance en 2016/2017 et un renouvellement, respectivement remboursement ne pourrait être convenu en raison du blocage des organes de la société. Actuellement les banques **BQUE.1.)** et **BQUE.2.)** auraient constaté que la société **SOC.1.)** FUND est en défaut par rapport à ses obligations résultant des prêts consentis et elles auraient exigé le remboursement de ceux-ci tout en actionnant les deux cautions, à savoir les actionnaires de la société **SOC.1.)** FUND, c'est-à-dire les sociétés **SOC.2.)** et **SOC.3.)**.

A.) et la société **SOC.2.)** soutiennent que l'opération de refinancement entre indubitablement dans la mission de conservation de l'administrateur provisoire, étant donné qu'elle constitue la continuation des engagements et de la politique des initiateurs du fond, partant de la gestion de la société **SOC.1.)** FUND, telle que retenue par les actionnaires à l'article 6 du contrat-cadre se trouvant à la base de la société **SOC.1.)** FUND, prévoyant que « *les parties chercheront à obtenir l'accord des établissements de crédits (...) aux opérations de restructuration prévues par la présente convention* ».

D.) explique qu'en tant qu'administrateur de la société **SOC.1.) MANAGEMENT**, il craint la ruine de la société **SOC.1.) FUND**, et par là même de la société **SOC.1.) MANAGEMENT**. Son but serait dès lors la survie de la société **SOC.1.) FUND**, constituée à 80% d'apports de la part de **A.)** et à 20% d'apports d'**B.)**, de sorte qu'il se fierait plutôt aux affirmations de **A.)** qu'à celles d'**B.)**, notamment en ce qui concerne l'expertise Xinex. Il se rallie aux conclusions de **A.)** et de la société **SOC.2.)** en ce qui concerne l'existence d'un dommage imminent, étant donné que, contrairement aux affirmations des parties intimées, les banques n'auraient pas une attitude passive, mais auraient actionné les cautions et montreraient un intérêt particulier à l'issue de la présente instance en référé.

Il fait plaider que le litige devrait être impérativement tranché par le juge des référés analysant le fond, car une décision au fond ne saurait intervenir dans un délai raisonnable et le fond risquerait de tomber en ruine bien avant que n'intervienne une telle décision.

A titre subsidiaire pour le cas où la Cour retiendrait que le litige est à trancher sur base des règles du référé classique, il soutient qu'il devrait alors être tranché sur base de l'article 933 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile, que la demande de l'administrateur provisoire tendrait à une mesure conservatoire et que la condition du dommage imminent, à savoir, en l'espèce, le risque de ruine de la société **SOC.1.) FUND**, serait à l'abri de toute contestation sérieuse.

Les parties intimées, la société **SOC.3.)**, **B.)** et **C.)** soulèvent d'abord l'irrecevabilité des deux actes d'appel, au motif que les offres de refinancement du 1^{er} et 4 décembre 2017 avaient été limitées dans le temps et avaient expiré en date du 15 janvier 2018, pour être prolongées jusqu'au 28 février 2018. A la date du 13 mars 2018, ces offres n'auraient plus existé, de sorte que les appelants n'auraient plus un intérêt à agir à cette date. Le fait que ces offres auraient été réitérées pour les besoins de l'instance d'appel ne permettrait pas de résoudre le problème de l'absence d'intérêt à agir, étant donné que la recevabilité d'une action ne saurait dépendre de circonstances postérieures à la demande.

Elles font plaider ensuite que la nomination d'un administrateur provisoire par le juge des référés, entraînant le dessaisissement des organes de gestion de la société, ne confère pas à ce juge le pouvoir de gestion de la société, sous réserve de sa faculté de nommer un administrateur *ad hoc* pour certains actes précis, eu égard au principe de non-immixtion du juge dans la vie de la société qui gouvernerait le droit des sociétés.

Elles font exposer que dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs, le juge des référés ne peut pas juger le fond, ni prendre des décisions qui se heurtent à

des contestations sérieuses. Le pouvoir du président du tribunal d'arrondissement de siéger comme juge du fond mais selon la procédure des référés serait subordonné à l'existence d'un texte légal attribuant pareil pouvoir au président du tribunal, sinon d'un texte attribuant un pouvoir éventuellement sujet à interprétation audit juge. Un tel texte n'existerait pas en matière d'administration provisoire de sociétés commerciales.

La demande de l'administrateur provisoire serait donc à apprécier selon les critères de droit commun gouvernant la compétence du juge des référés et il conviendrait d'apprécier le sérieux des contestations soulevées par la société **SOC.3.)**, **B.)** et **C.)**, lesquelles seraient au nombre de sept : 1) la proposition de refinancement des crédits bancaires ne serait pas conforme à la mission conférée à l'administrateur provisoire suivant l'ordonnance du 3 janvier 2017 ; 2) le « *business plan* » à la base de la solution de refinancement n'aurait pas été autorisé ; 3) la solution de refinancement dépendrait d'un « *business plan* » erroné, irréaliste et trompeur (une offre de preuve par expertise est formulée aux fins d'étayer cette contestation); 4) les propositions du refinancement des crédits seraient indéfendables d'un point de vue économique et commercial ; 5) les propositions du refinancement des crédits stipuleraient des conditions incompatibles avec les pouvoirs de l'administrateur provisoire, 6) la solution du refinancement serait incompatible avec la mission, par essence provisoire et limitée dans le temps, d'un administrateur provisoire, et supposerait la résolution préalable du problème de la gouvernance, et 7) la proposition du refinancement des crédits bancaires impliquerait une décision entrepreneuriale qui engagerait l'avenir de la société.

Les parties intimées ajoutent qu'au vu du projet « *heads of agreement* » versé par l'administrateur provisoire, **A.)**, la société **SOC.2.)** et l'administrateur provisoire lui-même ne croiraient pas à la faisabilité du « *business plan* » et que le scénario d'un défaut de remboursement des crédits serait probable dès 2019, que la consultation **E.)** produite par les parties appelantes serait contredite par la consultation **SOC.5.)** concluant à l'absence d'impact en terme de chute du prix de l'immobilier et que par ailleurs il n'y aurait aucune urgence, vu que les banques seraient inactives.

Elles concluent finalement que la vente d'actifs immobiliers à la société **SOC.4.)**, laquelle aurait fait une offre de 225 millions d'euros concernant sept actifs immobiliers du compartiment commun, serait la seule solution acceptable et praticable.

Face à ces contestations, le mandataire de l'administrateur provisoire estime que l'argumentation des parties intimées quant à la recevabilité des appels constituerait un faux débat, étant donné qu'il importerait peu que les offres soient échues, la demande ayant été formulée « *selon les offres* » pour circonscrire l'idée sous-jacente au refinancement, mais pas en application des

« *terms sheets* ». L'administrateur provisoire confirme cette analyse en soutenant que les « *terms sheets* » ont simplement constitué un document de travail lui ayant permis de se positionner par rapport à la situation du fond, d'apprécier les priorités afin de lui permettre d'organiser le travail à accomplir dans le cadre de sa mission. Il estime dès lors que les « *terms sheets* » ne sont pas liés au « *business plan* » et que seul le « *business plan* » constitue la base de la demande en autorisation.

Il soutient que l'argumentation des parties intimées serait hors contexte en ce qui concerne la question de savoir quel juge doit accorder l'autorisation sollicitée, étant donné que la demande de l'administrateur provisoire ne vise pas à être autorisé à ratifier un contrat, mais à procéder à un refinancement de crédits échus, et par là même à remédier à la situation de blocage qui a conduit à sa nomination. Le refinancement constituerait une pratique commerciale courante, vitale pour la société. Rester au *statu quo* constituerait une faute de gestion de l'administrateur provisoire. Ce dernier souligne que jusqu'à présent les parties intimées auraient toujours exigé de sa part une autorisation délivrée par le juge des référés, que la jurisprudence est unanime pour retenir que l'administrateur provisoire peut toujours former une demande en autorisation auprès du juge des référés et que l'expression « *en justice* » utilisée dans l'ordonnance du 3 janvier 2017 par le juge des référés ayant nommé Maître Yann BADEN ne serait dès lors pas à interpréter comme obligation d'introduire cette demande devant le juge du fond.

Il conclut que face à la situation financière désastreuse de la société **SOC.1.) FUND**, seule la solution du refinancement assurerait la survie du fond et serait compatible avec sa politique d'action.

Maître Yann BADEN ajouta quelques réflexions personnelles, se ralliant notamment aux arguments de Maître Marc KERGER relatifs au risque qu'en cas de saisine du juge du fond, la demande devienne sans objet, étant donné que les faits décideront d'eux-mêmes par la mise en liquidation du fond dès lors que les dettes échues ne seront pas remboursées. A cet égard, il précise que les parties intimées ont assigné les sociétés **SOC.1.) FUND** et **SOC.1.) MANAGEMENT** en liquidation par acte d'huissier du 22 janvier 2018.

Appréciation de la Cour :

- Quant à la recevabilité des appels :

La société **SOC.3.), B.)** et **C.)** soulèvent le défaut d'intérêt à interjeter appel tant dans le chef de la société **SOC.1.) MANAGEMENT** et de la société **SOC.1.) FUND** que dans le chef de **A.)** et de la société **SOC.2.)**.

L'administrateur provisoire, **A.)** et la société **SOC.2.)** contestent ce moyen en soutenant qu'il repose sur une confusion entre l'intérêt à agir et l'objet du litige. L'intérêt à agir des parties appelantes serait le refus par le premier juge de la demande en autorisation lui soumise, tandis que l'objet du litige se trouverait concerné par les offres dont la validité a été réitérée en cours d'instance.

L'intérêt à relever appel d'un jugement s'apprécie au regard du sort réservé aux demandes des parties par la juridiction du premier degré. En vertu de l'adage, « *pas d'intérêt pas d'action* », une partie ne saurait relever appel d'un ou de plusieurs volets d'un jugement que pour autant qu'il lui fait grief. Ce grief s'apprécie non pas au regard du droit qu'une partie croit être le sien et qu'elle entend voir consacrer en degré d'appel, mais par rapport à celui qu'elle a fait valoir devant la juridiction du premier degré (Cour 16 octobre 2013, numéro 38486 du rôle).

Il se dégage de la motivation de l'ordonnance entreprise et plus spécialement de l'exposé de la demande que l'administrateur provisoire de la société **SOC.1.)** **FUND**, qui a pour seul organe de gestion la société **SOC.1.)** **MANAGEMENT**, elle-même actuellement administrée par Maître Yann **BADEN**, a requis du juge des référés « *de trancher la question de l'acceptation ou non de la nouvelle offre **SOC.4.)** (Luxembourg) S.A. et le cas échéant, l'acceptation ou non d'une offre des établissements bancaires **BQUE.1.)** et **BQUE.2.)** de prolongation/refinancement des crédits bancaires d'**SOC.1.)** **Fund S.C.A., SICAV-FIS (...)*** », que **A.)** et la société **SOC.2.)** ont demandé à voir autoriser l'administrateur provisoire à conclure avec la banque **BQUE.1.)** et la banque **BQUE.2.)** l'opération de refinancement conformément aux *terms sheets* des 1^{er} et 4 décembre 2017, mais que le juge du premier degré a rejeté les demandes, motif pris de l'incompétence du juge des référés en la matière. Les parties appelantes ont dès lors un intérêt certain, personnel et direct à relever appel de cette ordonnance.

L'appel, introduit dans les forme et délai de la loi, est partant recevable.

- Quant au bien-fondé de l'appel :

En vertu de l'ordonnance du 3 janvier 2017, interprétée par celle du 6 octobre 2017, l'administrateur provisoire de la société **SOC.1.)** **FUND** a notamment le pouvoir de gérer et d'administrer la société. Dans ce cadre, il peut accomplir les actes courants de gestion et d'administration jusqu'à une valeur de maximum 500.000.- euros par acte et il doit solliciter en justice, les autres parties dûment appelées, une autorisation spéciale dès qu'un engagement dépassant soit l'acte de gestion et d'administration pur et simple,

soit la valeur de 500.000.- euros par acte, lui paraît indispensable ou nécessaire à la préservation de l'intérêt social.

Le juge des référés a encore précisé que pour l'exécution d'un engagement pris par la société **SOC.1.) FUND** antérieurement à son entrée en fonctions, l'administrateur provisoire doit également requérir une autorisation spéciale pour tout acte supérieur à 500.000.- euros.

En l'espèce, l'administrateur provisoire de la société **SOC.1.) FUND** a demandé initialement à se voir autoriser soit à accepter la nouvelle offre **SOC.4.)**, soit à accepter une offre des établissements bancaires **BQUE.1.)** et **BQUE.2.)** de prolongation/refinancement des crédits bancaires de la société **SOC.1.) FUND**. Il conclut actuellement en faveur de l'opération de refinancement des dettes par l'acceptation des offres bancaires.

Il n'est pas contesté que plusieurs crédits ont été octroyés à la société **SOC.1.) FUND** par les banques **BQUE.1.)**, **BQUE.2.)** et **BQUE.4.)** pour un montant d'environ 600 millions d'euros et que ces crédits sont venus à échéance en juillet 2016, un solde d'environ 225 millions d'euros restant ouvert. En date des 20 juillet et 30 août 2016, les banques **BQUE.1.)** et **BQUE.2.)** ont adressé à **SOC.1.) FUND** et à ses deux actionnaires, les sociétés **SOC.2.)** et **SOC.3.)**, des mises en demeure de rembourser le crédit consorsial du 13 janvier 2011, ainsi que plusieurs autres crédits accordés, dont le solde total à rembourser s'élève à environ 200 millions d'euros.

A.) et la société **SOC.2.)** demandent la réformation de l'ordonnance entreprise, au motif que le juge des référés serait compétent pour connaître de la demande de l'administrateur provisoire, dans la mesure où la survie de la société est en jeu. **D.)** relève également l'intérêt vital pour la société à voir autoriser l'administrateur provisoire à accepter les offres bancaires de refinancement.

L'administrateur provisoire des sociétés **SOC.1.) FUND** et **SOC.1.) MANAGEMENT** demande lui aussi la réformation de l'ordonnance entreprise, au motif qu'en matière d'administration provisoire, le tribunal prend la plénitude des pouvoirs de l'entité administrée, même si certains pouvoirs sont laissés provisoirement en déshérence et que, saisi d'une demande en autorisation de l'administrateur provisoire à accomplir un certain acte, le tribunal ne décide plus en vertu d'une disposition du nouveau code de procédure civile, mais exerce les pouvoirs et attributions de l'entité administrée qui ne sont pas enfermés dans des compétences juridictionnelles spécifiques. Ainsi, saisi de demandes d'autorisation par l'administrateur provisoire, le juge des référés devrait autoriser celles-ci, nonobstant l'existence de contestations (i) si elles tombent dans la catégorie *d'actes de gestion courante* non délégués à l'administrateur provisoire et sont dans l'intérêt de

l'entité administrée ou encore (ii) s'il s'agit d'actes extraordinaires ne tombant pas sous la gestion courante de l'entité administrée mais qui revêtent les caractères repris par la jurisprudence *IM.*, laquelle a retenu que « *l'administrateur provisoire ... ayant toujours la possibilité de solliciter en référé une autorisation spéciale dès lors qu'un acte dépassant l'acte de gestion et d'administration pur et simple lui paraît indispensable à la préservation de l'intérêt, voire de la survie, tels, entre autres, l'investissement ou la disposition d'actifs sociaux, ou l'augmentation ou la réduction du capital social* » (Cour d'appel, 22 octobre 2014, n°40972 du rôle). Il considère qu'il aurait appartenu au juge de première instance d'analyser si le refinancement bancaire, tel que présenté par l'administrateur provisoire, était en tant qu'acte de gestion courante dans l'intérêt de la société sous administration provisoire ou s'il y avait des aspects flagrants qui s'opposaient à l'autorisation sollicitée. Dans la mesure où le refinancement des crédits existants s'inscrirait dans la continuité de la société **SOC.1.) FUND**, il revêtirait le caractère de gestion courante bien que le seuil de 500.000.- euros soit dépassé et qu'une autorisation spéciale serait requise.

Par ailleurs, et nonobstant la question de savoir si le refinancement bancaire des dettes échues constitue un *acte de gestion courante* ou un *acte dépassant l'acte de gestion et d'administration pure et simple*, les faits incontestés et incontestables de l'affaire devraient mener à la conclusion que le refinancement/prolongation des prêts bancaires était et reste indispensable pour la survie de la société **SOC.1.) FUND**.

Les parties intimées **SOC.3.), B.)** et **C.)** critiquent l'analyse des appelantes quant au pouvoir du juge des référés et soutiennent que la nomination d'un administrateur provisoire par le juge des référés, entraînant le dessaisissement des organes de gestion de la société, ne confère pas à ce juge le pouvoir de gestion de la société, sous réserve de sa faculté de nommer un administrateur *ad hoc* pour certains actes précis, eu égard au principe de non-immixtion du juge dans la vie de la société.

A.), la société SOC.2.), D.) et Maître Yann BADEN, en sa qualité d'administrateur provisoire des sociétés **SOC.1.) FUND** et **SOC.1.) MANAGEMENT**, d'une part, et la société **SOC.3.), B.)** et **C.)**, d'autre part, sont partant en désaccord au sujet des pouvoirs dévolus au juge des référés ayant nommé l'administrateur provisoire en relation avec le contrôle des actes à accomplir par ce dernier.

Il ressort de l'ordonnance du 3 janvier 2017 que le juge des référés a initialement été saisi suivant « *assignation en référé* » du 27 octobre 2016 émanant de **A.)** et de la société **SOC.2.)** et tendant à la nomination d'un administrateur provisoire pour les sociétés **SOC.1.) MANAGEMENT** et **SOC.1.) FUND** sur base de l'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de

procédure civile, relatif au « *référé-urgence* », sinon de l'article 933 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile se rapportant au « *référé-voie de fait* ».

Aux termes de cette décision, un premier juge du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant « *comme juge des référés* », a fait droit à la demande en se référant expressément à l'urgence et aux dispositions de l'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile (page 39 de l'ordonnance).

Le juge de première instance n'a donc pas statué en vertu d'un pouvoir spécial accordé au président du tribunal d'arrondissement lui permettant de statuer au fond, mais en vertu des pouvoirs généraux lui conférés par les articles 919 et suivants du nouveau code de procédure civile traitant « *du référé auprès du tribunal d'arrondissement* » et plus spécialement « *des référés sur assignation* ».

L'administrateur provisoire ayant été désigné dans le cadre de l'exercice de cette fonction générale du président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés circonscrite par les textes de loi cités ci-dessus, ce sont également ces dispositions qui définissent les pouvoirs de ce juge.

L'actuelle demande de l'administrateur provisoire de la société **SOC.1.)** FUND est dès lors à apprécier tant au regard de la mission lui confiée par le juge des référés qu'au regard des textes de loi définissant les pouvoirs dudit juge (C. Lefevre, *Le référé en droit des sociétés*, éd. 2006 Presses universitaires d'Aix-Marseille, n° 264, p. 207, *Encycl. Dalloz, Rép. Droit des sociétés*, V° Administrateur provisoire, n° 116 et s. et *JCL Sociétés*, Fasc. 43-10 du 1^{er} septembre 2007, *Administration provisoire*, n° 67 et 96).

En l'occurrence, l'administrateur provisoire de la société **SOC.1.)** FUND a reçu la mission de « *gérer et d'administrer* » la société selon « *les lois et usages du commerce* » et de « *rechercher une solution durable aux difficultés de gestion* » de la société et « *à sa continuité d'exploitation à court et moyen terme* ».

L'ordonnance du 6 octobre 2017 se réfère encore expressément à « *l'exécution d'un engagement pris par la société **SOC.1.)** FUND antérieurement à l'entrée en fonctions de l'administrateur provisoire* ».

L'administrateur provisoire de la société **SOC.1.)** FUND doit donc s'acquitter des obligations légales ou contractuelles courantes d'un chef d'entreprise et notamment des obligations fiscales et comptables. Dans ce cadre, il doit payer les dettes liquides et exigibles de la société (C. Lefevre, *Le référé en droit des sociétés*, éd. 2006 Presses universitaires d'Aix-Marseille,

n° 205, p. 157 et JCL Sociétés, Fasc. 43-10 du 1^{er} septembre 2007, Administration provisoire, n° 64).

En ce qui concerne les pouvoirs du juge des référés, l'article 933 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile dispose que « *le président, ou le juge qui le remplace, peut toujours prescrire en référé les mesures conservatoires (...) qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit (...)* ».

La jurisprudence luxembourgeoise retient majoritairement que les pouvoirs dudit juge ne sont pas subordonnés à la preuve de l'urgence de la mesure sollicitée et que l'existence de contestations sérieuses n'interdit pas au juge de prendre les mesures prévues (Bull Cercle Fr. Laurent 1989, Emile PENNING, Le référé ordinaire en droit luxembourgeois, n°37 et ss.). En effet, le texte de l'article 933 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile, par opposition au texte de l'article 932 du même code, ne fait pas référence à l'absence de contestations sérieuses. Il n'y a dès lors pas lieu de suivre la jurisprudence citée en sens contraire par les parties intimées. Il en découle que tant les contestations formulées par ces parties que l'offre de preuve par expertise comptable ne sont pas pertinentes pour la solution à apporter au litige.

Il se dégage de l'ordonnance du 3 janvier 2017, et il n'est pas controversé en appel, que le non-remboursement des prêts bancaires dû à la mésentente grave entre les anciens administrateurs de la société **SOC.1.) MANAGEMENT** dont l'objet est de gérer la société **SOC.1.) FUND**, ont compromis et compromettent actuellement toujours le fonctionnement normal de la société **SOC.1.) FUND**.

Il résulte des pièces versées au dossier que le crédit consortial **BQUE.1.)-BQUE.2.)** à hauteur de 128.400.000.- euros du 13 janvier 2011 est venu à échéance en juillet 2016 avec un solde non remboursé à hauteur de 95.667.842,14 euros et que d'autres crédits auprès de la banque **BQUE.2.)** pour une somme totale d'environ 115.000.000.- euros sont également venus à échéance en date du 24 juillet 2016 avec un solde non remboursé d'environ 110.000.000.- euros. Il résulte encore de ces mêmes pièces que des mises en demeure ont été adressées par les banques tant à la société **SOC.1.) FUND** qu'aux deux actionnaires **SOC.2.)** et **SOC.3.)** en leur qualité de cautions. Il y a partant lieu de retenir, contrairement à l'argumentation des parties intimées invoquant un prétendu comportement « *passif* » des créanciers, que le retard dans le remboursement desdits crédits est susceptible d'engendrer un dommage imminent et de mettre en péril les intérêts de la société **SOC.1.) FUND**. En effet, il est logique que les banques aient modéré leur comportement à l'égard de leur débiteur tant qu'elles négociaient et élaboraient avec l'administrateur provisoire le « *business plan SOC.1.)* » en fonction duquel elles ont émis les offres de refinancement des dettes bancaires.

Cependant, il ne saurait être mis en doute que dans l'hypothèse d'une absence de refinancement à court terme des dettes bancaires échues depuis 2016, les banques n'hésiteront pas à s'adjoindre à la demande des parties intimées en liquidation judiciaire de la société **SOC.1.) FUND**. Les intérêts de cette dernière se trouvent donc en péril.

Les parties intimées critiquent la qualification de « *conservatoire* » de la mesure sollicitée par les parties adverses, au motif que l'opération de refinancement engagerait la société **SOC.1.) FUND** jusqu'en 2034 et que de nouvelles garanties seraient exigées, de sorte qu'il s'agirait en fait d'une décision entrepreneuriale que l'administrateur provisoire envisage de prendre.

Or, du fait du dessaisissement des dirigeants sociaux et conformément à la mission lui confiée en l'espèce par le juge des référés, l'administrateur provisoire exerce les pouvoirs conférés par la loi aux dirigeants et, dans ce cadre, il doit agir conformément aux buts de la société commerciale. Cette action connaît comme seule limite la violation de l'intérêt social. Ainsi, le juge ne peut pas intervenir conformément au principe de non-immixtion dans la vie sociétaire et, dans la gestion quotidienne de la société, l'administrateur provisoire jouit d'un pouvoir d'opportunité sans égal. Il ne peut, en effet, pas craindre de contrôle judiciaire tant qu'il agit dans les limites de sa mission et il est soustrait à tout contrôle politique des associés car, mandataire de justice, il n'est pas révocable par ces derniers (J. CAVALINI, Le juge des référés et les mandataires de justice dans les sociétés *in bonis*, Revue des sociétés 1998, p. 247, n°76).

Dès lors que la mesure sollicitée entre dans la mission conférée à l'administration provisoire telle que pré-décrite, la question de l'opportunité de la mesure sollicitée sera, le cas échéant, sanctionnée par la mise en œuvre de sa responsabilité. La durée probable de la mesure à prendre n'est par ailleurs pas de nature à compromettre le caractère conservatoire de la mesure en ce qui concerne la survie de la société.

Le juge des référés est partant compétent pour autoriser tout acte présentant un caractère conservatoire des intérêts de la société administrée de nature à prévenir ce dommage imminent sus-évoqué.

Il en découle que, par réformation de l'ordonnance entreprise, il y a lieu d'autoriser Maître Yann BADEN, pris en sa qualité d'administrateur provisoire de la société **SOC.1.) FUND**, à conclure avec la banque **BQUE.1.)** et avec la banque **BQUE.2.)** l'opération de refinancement telle que décrite aux « *terms sheets* » des 1^{er} et 4 décembre 2017.

La société **SOC.3.), B.)** et **C.)** succombant à l'instance, ils doivent en supporter les frais et dépens.

PAR CES MOTIFS :

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

ordonne la jonction des affaires inscrites sous les numéros CAL-2018-00260 et CAL-2018-00267 du rôle,

reçoit les appels en la forme,

les dit fondés,

par réformation,

autorise Maître Yann BADEN, pris en sa qualité d'administrateur provisoire de la société d'investissement à capital variable **SOC.1.)** FUND S.C.A., SICAV-FIS, à conclure avec la banque **BQUE.1.)** et avec la banque **BQUE.2.)** l'opération de refinancement telle que décrite aux « *terms sheets* » des 1^{er} et 4 décembre 2017,

condamne la société **SOC.3.)** S.A., **B.)** et **C.)** aux frais et dépens des deux instances, avec distraction au profit de Maître Moritz GSPANN et de la société BONN STEICHEN & PARTNERS qui la demandent, affirmant en avoir fait l'avance.