

Audience publique du vingt-deux juillet deux mille vingt

Numéro CAL-2019-01047

Composition:

Elisabeth WEYRICH, premier conseiller, président ;
Henri BECKER, conseiller ;
Yola SCHMIT, conseiller ;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

1. Maître Yann BADEN, avocat à la Cour, demeurant à L-6187 Gonderange, Z.A. Gehaansraich, 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,

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

3. 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,

appelants aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Gilles HOFFMANN de Luxembourg en date du 14 octobre 2019,

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

e t :

1. la société en commandite par actions SOC.2.) S.C.A. (anciennement **SOC.2.) S.A.**), établie et ayant son siège social à L-(...), (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro (...), représentée par son gérant commandité actuellement en fonctions, la société (...) S.A., ayant son siège social à la même adresse,

2. A.), demeurant à L-(...), (...),

3. B.), expert-comptable, demeurant à L-(...), (...),

intimés aux fins du susdit exploit HOFFMANN du 14 octobre 2019 ;

comparant par l'étude KLEYR GRASSO, société en commandite simple, établie et ayant son siège social à L-2361 Strassen, 7, rue des Primeurs, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Marc KLEYR, avocat à la Cour, demeurant à la même adresse, assisté de Maître Patrick KINSCH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

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

5. C.), administrateur de sociétés, demeurant à L-(...), (...),

comparant par la société en commandite simple BONN STEICHEN & PARTNERS, établie et ayant son siège social à L-2370 Howald, 2, rue Peternelchen, Immeuble C2, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Fabio TREVISAN, avocat à la Cour, demeurant à la même adresse, assisté de Maître Nicolas THIELTGEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

6. D.), administrateur de sociétés, demeurant à L-(...), (...),

intimé aux fins du susdit exploit HOFFMANN du 14 octobre 2019,

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

LA COUR D'APPEL :

Par ordonnance des référés n° 2/2017 du 3 janvier 2017, Maître Yann BADEN avait été nommé administrateur provisoire de la société **SOC.1.) FUND S.C.A.**, SICAV-FIS (ci-dessous **SOC.1.) FUND**) et de la société **SOC.1.) MANAGEMENT S.A.** (ci-dessous **SOC.1.) MANAGEMENT**) avec la mission telle que plus amplement spécifiée dans le dispositif de ladite ordonnance.

Statuant sur une requête de Maître Yann BADEN, le juge des référés a par ordonnance n° 519/2017 du 6 octobre 2017 dit que *« pour l'acte de gestion/d'administration courante, l'administrateur provisoire peut accomplir seul cet acte d'une valeur inférieure à 500.000 euros, que pour tout acte d'une valeur supérieure à 500.000 euros, il nécessite toujours une autorisation spéciale; et que pour l'exécution d'un engagement pris par la société **SOC.1.) FUND S.C.A.**, SICAV-FIS antérieurement à la prise de fonctions de l'administrateur provisoire, celui-ci nécessite une autorisation spéciale pour tout acte supérieur à 500.000 euros »*.

Concernant les actes de disposition, le juge des référés a dit que *« pour tout acte de disposition décidé par lui, l'administrateur provisoire doit en principe toujours obtenir une autorisation spéciale quelque soit la valeur, sauf s'il y a accord entre les parties »*.

Il a encore dit que *« pour tout acte décidé par la société **SOC.1.) FUND S.C.A.**, SICAV-FIS antérieurement à la prise de fonctions de l'administrateur provisoire, il faut en principe toujours une autorisation spéciale quelque soit la valeur, sauf s'il existe un accord entre les parties »*.

Par courrier du 12 décembre 2017, Maître Yann BADEN a demandé au juge des référés de se voir autoriser à procéder au règlement de 6 mémoires d'honoraires de la société **SOC.4.)** (ci-dessous **SOC.4.))** pour un montant total de TTC 2.278.989,17 € et concernant des prestations accomplies pour le compte de **SOC.1.) FUND**. Selon l'administrateur provisoire, le paiement de ces six factures serait à considérer comme un seul acte dont le montant de TTC 2.278.989,17 € excède le seuil de 500.000 € auquel a été limité son pouvoir d'administration et de gestion de la société **SOC.1.) FUND** suivant les ordonnances précitées.

L'administrateur provisoire a basé sa demande en autorisation de paiement principalement sur l'article 932 alinéa 1^{er} et subsidiairement sur l'article 933 alinéa 1^{er} du NCPC.

A l'appui de sa demande, il a soutenu que le paiement des dettes liquides et exigibles d'**SOC.1.) FUND** ferait partie de sa mission. Il y aurait urgence en l'occurrence, dès lors qu'à défaut de procéder au paiement des notes d'honoraires émises par la société **SOC.4.)**, **SOC.1.) FUND** risquerait non seulement des poursuites judiciaires de la part de cette société mais également d'être assignée en faillite par la société créancière. Il a ajouté qu'en tant qu'administrateur provisoire, il devrait prendre des mesures conservatoires consistant à préserver l'intérêt social et protéger les actifs détenus par **SOC.1.) FUND**. Il a également fait état du risque de voir engager sa responsabilité s'il ne devait pas exécuter sa mission et protéger la survie de la société.

Pour justifier la condition d'urgence requise par l'article 932 alinéa 1^{er} du NCPC, l'administrateur provisoire a fait valoir que suite à l'arrêt n° 165/18 rendu par la Cour d'appel le 14 novembre 2018, qui l'a autorisé à conclure l'opération de refinancement des crédits bancaires échus, trois avenants aux conventions de crédit conclus entre **SOC.1.) FUND** et les banques **BQUE.1.)** et **BQUE.2.)** ont été signés par ces parties le 20 février 2019. Suivant un document intitulé « *Avenant aux contrats existants* », certains faits constitueraient un « *cas de défaut* », et la survenance d'un tel cas de défaut permettrait aux banques notamment de résilier les crédits accordés à **SOC.1.) FUND** et de rendre exigibles les sommes dues et d'exécuter leurs garanties. Selon l'administrateur provisoire, la cessation des paiements dans le chef de la société **SOC.1.) FUND**, de même qu'une assignation en faillite dirigées à son encontre constitueraient de tels cas de défaut.

En outre, aux termes de l'avenant précité, **SOC.1.) FUND** se serait également engagé à l'égard des banques de s'abstenir d'effectuer des démarches pouvant avoir une incidence négative sur la valorisation de ses actifs. Or la signification d'un acte de saisie-conservatoire sur ses immeubles, risquerait de créer une telle perte de valeur.

L'avenant à la convention conclue avec les banques précitées prévoirait en outre comme condition préalable, à remplir endéans les quatre mois de sa signature, l'approbation par l'administrateur provisoire d'**SOC.1.) FUND** des comptes annuels de 2017, certifiés par un audit contractuel effectué par un réviseur d'entreprise agréé. Au vu du litige portant sur l'approbation des comptes du Fonds et sur la prétendue absence de réviseur d'entreprise nommé par les actionnaires, les créanciers bancaires auraient accepté à voir produire un rapport annuel établi par l'administrateur provisoire et à voir confirmer les chiffres y contenus par un réviseur d'entreprise agréé sur base d'un audit dit « contractuel ». Or le seul réviseur d'entreprise agréé en mesure d'établir en temps utile un tel audit contractuel serait la société

SOC.4.), au vu de son implication jusqu'à ce jour et de sa connaissance historique du dossier.

Bien que la société **SOC.4.)** ait continué à assister le Fonds, respectivement l'administrateur provisoire malgré les factures échues et impayées, l'accomplissement de cet audit contractuel risquerait d'être refusé à défaut de paiement des notes d'honoraires échues. En outre, aucun autre réviseur d'entreprise agréé de la place ne saurait, sinon ne voudrait accepter une telle mission en l'absence de paiement de son prédécesseur.

Maître BADEN a encore soutenu que les notes d'honoraires émises par la société **SOC.4.)** n'auraient jamais été contestées par **SOC.1.)** FUND. Il a plaidé le principe de la facture acceptée. Les éventuelles contestations formulées par la société **SOC.2.)**, **A.)** et **B.)**, tiers par rapport à la relation contractuelle liant **SOC.1.)** FUND à la société **SOC.4.)** seraient dépourvues de sérieux.

Quant au bien-fondé des notes d'honoraires émises par la société **SOC.4.)**, l'administrateur provisoire a fait valoir avoir analysé de manière approfondie l'ensemble des six notes d'honoraires pour venir à la conclusion que celles-ci étaient justifiées tant quant au principe même des prestations mises en compte que du quantum facturé.

Concernant plus particulièrement la note d'honoraires de la société **SOC.4.)** du 22 décembre 2015 d'un import de 1.193.400 €, le demandeur a fait plaider qu'elle concernait le dossier « *projet PRO.1.)* » et se rapportait aux « *success fees* » résultant des engagements d'**SOC.1.)** FUND pris à l'égard de la société **SOC.4.)** suivant lettre d'engagement du 18 décembre 2013.

La société **SOC.2.)**, **A.)** et **B.)** ont soutenu que la facture du 22 décembre 2015 ferait l'objet de contestations sérieuses et qu'il y aurait partant lieu de rejeter la demande de l'administrateur provisoire pour autant qu'elle était basée sur l'article 932 alinéa 1^{er} du NCPC.

Si la société **SOC.4.)** s'était vue attribuer une mission spécifique de consultance en relation avec le refinancement des crédits bancaires suivant lettre d'engagement du 1^{er} mars 2012, mission désignée sous le nom de « *projet PRO.1.)* », les parties intimées font état d'une réunion qui aurait eu lieu en date des 25 ou 26 novembre 2013 et lors de laquelle il aurait été convenu d'une nouvelle forme de rémunération en relation avec ledit projet, plus amplement définie dans la lettre d'engagement précitée du 18 décembre 2013 adressée à la société **SOC.4.)**. Le paiement des « *success fees* » au profit de la société **SOC.4.)** aurait été subordonné à la réalisation de la « normalisation » de la relation de la société **SOC.1.)** FUND avec la

banque **BQUE.3.**). Les parties auraient en outre défini une méthode de calcul déterminée (2 millions EUR hors TVA) hors cadre de la lettre d'engagement de mars 2012 et prévu la déduction du « *retainer fee* » hors TVA, et du « *additional work fee* » hors TVA). Le montant finalement dû à la société **SOC.4.)** au titre des « success fees » était payable en 4 tranches de 25% chacune sur une période de 3, 6, 9 et 12 mois.

La société **SOC.2.), A.) et B.)** ont ensuite fait valoir, en ordre principal, que la facture litigieuse aurait été contestée suivant courriel d'**A.)** du 2 janvier 2016 dans lequel ce dernier aurait indiqué devoir porter la question de la facture du « *success fee* » à l'ordre du jour du prochain conseil d'administration de **SOC.1.) FUND** ; que suivant procès-verbal de réunion du conseil d'administration de **SOC.1.) FUND** du 2 mars 2016, il aurait été décidé de donner aux secrétaires généraux de **SOC.1.) FUND** une mission d'instruire la question de savoir s'il y a eu normalisation de la relation avec la **BQUE.3.)** et d'en faire rapport.

Par courrier du 25 mars 2016, **A.)** aurait encore émis des contestations en rappelant les termes du point 4.2 de la lettre d'accord du 18 décembre 2013, intervenue entre les parties et ayant remplacé, selon lui, les conditions générales de la société **SOC.4.)**, annexées à la lettre d'engagement initiale du 1^{er} mars 2012 relatif à la mission spécifique confiée à la société **SOC.4.)** dans le cadre du refinancement des crédits bancaires.

Suivant courrier du 13 mai 2016, **A.)** aurait encore contesté la « *normalisation* » de la relation avec la **BQUE.3.)** au motif que la société **SOC.4.)** n'aurait jamais apporté de solution adéquate au refinancement des prêts bancaires.

La société **SOC.2.), A.) et B.)** ont encore soutenu que si le « *success fee* » était redû, la société **SOC.4.)** aurait été obligée de déduire du montant de 2 millions d'euros hors TVA (montant retenu dans la lettre d'accord du 18 décembre 2013, sous le point 4.3), aussi bien le « *retainer fee* » que le « *additional work fee* » (de l'ordre de 500.000 euros). Au regard du fait que le « *retainer fee* » se serait cependant élevé à 480.000 euros et non pas à 540.000 euros, les montants à déduire auraient dû être de 1.040.000 euros (500.000 + 540.000).

En conséquence, il y aurait eu surfacturation, de sorte que la facture du 22 décembre 2015 aurait tout au plus pu s'élever à 960.000 €. La société **SOC.4.)** resterait en défaut de fournir des justifications par rapport à l'écart de 60.000 €.

A défaut de péril imminent, la demande de l'administrateur provisoire serait encore à rejeter pour autant qu'elle était basée sur l'article 933 alinéa 1^{er} du NCPC.

L'administrateur provisoire Maître Yann BADEN a répliqué en soutenant que les conditions de l'octroi du « *success fee* » se trouvaient remplies dans la mesure où les objectifs tenant à « la prolongation des engagements de la **BQUE.3.)** à des termes raisonnables » et à « l'assouplissement du mécanisme de *cash sweep* » se seraient réalisés. Ainsi, dans le cadre de l'opération de refinancement des crédits bancaires, finalement conclue par l'administrateur provisoire avec la **BQUE.2.)** et la **BQUE.1.)** le 20 février 2019, suite à l'autorisation judiciaire accordée par la Cour d'appel suivant arrêt du 14 novembre 2018, la **BQUE.3.)** se serait déclarée d'accord de renoncer à certaines garanties hypothécaires, respectivement à en limiter le montant. La **BQUE.3.)** aurait déjà en date du 29 juillet 2015 prorogé tous ses crédits pour une durée de 5 ans et aurait encore proposé, par courrier du 16 septembre 2016, d'amender la clause du « *cash sweep* ». La condition tenant à « la normalisation » de la relation avec la **BQUE.3.)** serait donc acquise.

La société **SOC.3.)** et **C.)** se sont ralliés aux développements de l'administrateur provisoire Maître Yann BADEN concernant le bien-fondé de la facture relative au « *projet PRO.1.)* ».

D.) s'est rallié aux développements de la société **SOC.3.)** et **C.)** et a ajouté que l'administrateur provisoire dispose d'un pouvoir d'appréciation de l'opportunité de l'obligation de paiement d'une facture. Au regard du fait que l'administrateur provisoire déclare avoir vérifié le bien-fondé de la facture en question, il y aurait lieu de faire droit à sa demande.

Par ordonnance rendue contradictoirement à l'égard de toutes les parties le 5 juillet 2019, un juge des référés s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande de Maître Yann BADEN par rapport aux mémoires d'honoraires émis en date des 10 décembre 2015, 14 janvier, 8 juin, et 23 avril 2016 et s'est déclaré compétent pour connaître de la demande de Maître Yann BADEN tendant à se voir autoriser à procéder au règlement de la facture numéro (...) de la société **SOC.4.)** du 22 décembre 2015 à hauteur de TTC 1.193.400 €.

Il a cependant rejeté la demande sur toutes les bases légales invoquées, a laissé les frais et dépens de l'instance à charge de la société **SOC.1.)** **FUND S.C.A.**, **SICAV-FIS**, et a ordonné l'exécution provisoire de l'ordonnance nonobstant toute voie de recours et sans caution.

Pour statuer ainsi, le juge des référés a retenu qu'il n'y avait pas d'unicité de cause entre tous ces mémoires d'honoraires, de sorte que la compétence *ratione valoris* était à déterminer par rapport à la valeur de chaque note d'honoraires considérée isolément.

Au vu de l'ordonnance de référé du 6 octobre 2017, ayant attribué le pouvoir à l'administrateur provisoire de conclure les actes de gestion courante ne dépassant pas le montant de 500.000 €, le juge des référés s'est déclaré compétent pour connaître de la seule demande en autorisation relative au mémoire d'honoraire du 22 décembre 2015 d'un import de 1.193.400 €.

La demande de l'administrateur provisoire pour autant qu'elle était basée sur la théorie de la facture acceptée a été rejetée, motif pris que ce moyen d'ordre privé ne peut être invoqué que par le créancier, à savoir la société **SOC.4.)** et qu'il n'appartenait pas à l'administrateur provisoire d'**SOC.1.) FUND** de l'invoquer au nom de la société créancière.

Le magistrat de première instance a ensuite analysé le bien-fondé de la demande basée en ordre principal sur l'article 932 alinéa 1^{er} et en ordre subsidiaire sur l'article 933 alinéa 1^{er} du NCPC.

Le juge des référés a tout d'abord précisé que le fait pour l'administrateur provisoire d'avoir examiné la note d'honoraires litigieuse, voire même d'en avoir vérifié le caractère opportun, n'affranchit pas le juge des référés de son devoir de vérifier, à son tour et en cas de saisine, les contestations soulevées par l'une ou l'autre des parties ainsi que le caractère urgent de la demande.

Il a constaté que la facture **SOC.4.)** du 31 août 2013, à hauteur de TTC 2,5 millions d'euros, émise sur base de l'« *Engagement letter for financial advisory services associated with refinancing plans* » conclue par **SOC.1.) FUND** avec la société **SOC.4.)** le 26 juin 2012, suite à la lettre d'engagement du 1^{er} mars 2012, avait fait l'objet de contestations et la société **SOC.4.)** était d'accord à renégocier les conditions de facturation avec les représentants d'**SOC.1.) FUND**.

Il s'est référé à une lettre d'accord du 18 décembre 2013 pour retenir que les représentants de la société **SOC.1.) FUND** d'une part, et la société **SOC.4.)**, d'autre part, avaient défini ensemble de nouveaux critères de rémunération « hors cadre strict de la lettre d'engagement signée 03/2012 » ; que les critères de facturation du « *success fee* » ont été repris sous le point 4.1., intitulé « conditions et point de déclenchement » et que sous le point 4.2. il avait été retenu que les parties « conviennent d'apprécier ensemble après le 31 janvier 2014 si ces critères étaient remplis

et si la relation avec la **BQUE.3.)** pouvait être considérée comme « normalisée » ».

Il a également constaté que les parties ne se sont pas réunies après le 31 janvier 2014 et qu'elles ne se sont pas concertées sur la question de savoir si la relation avec la **BQUE.3.)** s'était « normalisée ».

Il a retenu que les contestations soulevées par la société **SOC.2.), A.)** et **B.)** tant par rapport à l'absence de la « normalisation » des relations avec la **BQUE.3.)** que par rapport aux critères de facturation fixés dans la lettre d'accord du 18 décembre 2013 étaient sérieuses, et que pour apprécier le bien-fondé des prestations facturées, le juge des référés devrait se livrer à une interprétation des clauses de la lettre d'accord du 18 décembre 2013 ensemble la lettre d'engagement du 1^{er} mars 2012 et les conditions générales de **SOC.4.)** y annexées.

Un tel pouvoir d'interprétation échappant au pouvoir d'appréciation sommaire du juge des référés, la demande a été déclarée irrecevable pour autant qu'elle était basée sur l'article 932 alinéa 1^{er} du NCPC.

La demande a également été déclarée irrecevable pour autant qu'elle a été basée sur l'article 933 alinéa 1^{er} du NCPC. Pour statuer ainsi, le juge des référés a retenu que ni la possibilité d'une assignation en faillite d'**SOC.1.)** **FUND** par la société **SOC.4.)** pour non-paiement de la facture litigieuse, ni la possibilité pour la société **SOC.4.)** de soulever l'exception d'inexécution pour refuser d'établir l'audit des comptes de 2017 ne pouvaient être exclues. Il ne s'agirait cependant que de faits purement hypothétiques et d'éventualités qui n'étaient établies par aucun élément probant du dossier.

Le magistrat de première instance a ajouté qu'une mise en faillite d'**SOC.1.)** **FUND** est pour le moins douteuse, étant donné que la facture est sérieusement contestable et qu'il n'existe aucun principe de créance certaine dans le chef de la société **SOC.4.)**.

Par acte d'huissier de justice du 14 octobre 2019, Maître Yann BADEN, en sa qualité d'administrateur provisoire de la société **SOC.1.)** **FUND**, ainsi que les sociétés **SOC.1.)** **FUND** et **SOC.1.)** **MANAGEMENT**, ont régulièrement relevé appel de l'ordonnance précitée et ont conclu à voir accorder à l'administrateur provisoire l'autorisation à procéder au règlement de la facture d'un import de 1.193.400 € émise par la société **SOC.4.)** le 22 décembre 2015.

A l'appui de leur recours, les appelants font valoir, en ordre principal, à la lumière de l'arrêt de la Cour d'appel du 29 avril 2020 qui a élargi les pouvoirs de l'administrateur provisoire, que celui-ci peut maintenant accomplir tous les actes de gestion courante, quel qu'en soit la valeur et

qu'une autorisation spéciale d'un juge ne s'imposerait que pour les engagements dépassant l'acte de gestion pur et simple ou l'acte de disposition excédant la valeur de 1.000.000 €. Soutenant que le paiement d'une facture constituerait un acte de gestion courante et d'administration et que l'accomplissement de tels actes se trouverait inclus dans les pouvoirs dévolus à l'administrateur provisoire dans le cadre de sa mission, les appelants font plaider que la juridiction de référé serait incompétente pour accorder une autorisation spéciale en l'espèce.

En ordre subsidiaire, au cas où la Cour devait admettre que le règlement de la facture litigieuse ne serait pas à qualifier d'acte de gestion courante et qu'une autorisation spéciale du juge des référés s'imposerait, les appelants demandent à se voir accorder cette autorisation à l'administrateur provisoire, principalement, sur base de l'article 933 alinéa 1^{er} et subsidiairement, sur base de l'article 932 alinéa 1^{er} du NCPC.

Ils soutiennent que l'administrateur provisoire aurait l'obligation légale et contractuelle de payer les dettes liquides et exigibles de la société **SOC.1.) FUND**.

Pour justifier la demande en autorisation formulée en ordre subsidiaire sur le fondement des articles 932 alinéa 1^{er} et 933 alinéa 1^{er} du NCPC, les appelants réitérent les développements relatifs à la « normalisation » de la relation de la société **SOC.1.) FUND** avec la banque **BQUE.3.)**, ainsi que ceux en rapport avec les « cas de défaut » défini dans l'avenant aux contrats existants conclus avec les banques **BQUE.1.)** et **BQUE.2.)** le 20 février 2019. Ils insistent pour dire que tant une assignation en faillite que le non-paiement de factures échues constitueraient de tels « cas de défaut », permettant aux banques de résilier les crédits accordés au Fonds, de rendre exigible l'intégralité des sommes redues et d'exécuter leurs garanties.

Les appelants font grief au juge de première instance de ne pas avoir retenu en l'occurrence que le non-paiement par la société **SOC.1.) FUND** du mémoire d'honoraires du 22 décembre 2015 de la société **SOC.4.)** constituerait en l'occurrence un tel « cas de défaut ». La société **SOC.1.) FUND** se verrait exposée au risque non seulement de voir résilier ces contrats de refinancement conclus avec les banques précitées mais également de se voir assigner en faillite, sinon de voir pratiquer une saisie sur ces comptes en banques.

Les appelants argumentent en outre que l'avenant précité du 20 février 2019 prévoirait en outre comme condition préalable à toute opération de refinancement, à remplir endéans les quatre mois de la signature, délai prolongé jusqu'au 15 octobre 2019, l'approbation par l'administrateur provisoire des comptes annuels de 2017, certifiés par un audit contractuel effectué par un réviseur agréé, confirmant les chiffres retenues par l'administrateur provisoire.

Les appelants disent que l'administrateur provisoire avait eu recours à la société **SOC.4.)** pour réaliser ledit audit contractuel, étant donné qu'il s'agirait du seul réviseur d'entreprise agréé qui serait en mesure d'accomplir raisonnablement et en temps utile un tel audit contractuel, notamment au vu de son implication dans le dossier et des connaissances de celui-ci. Or, si dans un premier temps, la société **SOC.4.)** aurait continué à assister le Fonds, respectivement l'administrateur provisoire, elle refuserait de finaliser l'audit contractuel au vu du refus persistant de la société **SOC.1.)** FUND de régler les honoraires restés en souffrance. Les appelants ajoutent que la société **SOC.4.)** disposerait d'un droit de rétention relatif à la documentation d'audit, de sorte que la finalisation de l'opération de refinancement bancaire conclue dans le cadre de la mesure d'administration provisoire serait entravée si la société **SOC.4.)** devait faire usage de ce droit. Aussi, le paiement du mémoire d'honoraires du 22 décembre 2015 serait nécessaire pour finaliser l'opération de refinancement bancaire.

Les appelants donnent encore à considérer qu'aucun autre réviseur agréé de la place ne voudrait accepter une telle mission au vu de l'absence de paiement du réviseur précédent.

Il y aurait dès lors urgence en application de l'article 932 alinéa 1^{er}, sinon dommage imminent au sens de l'article 933 alinéa 1^{er} du NCPC, de régler le mémoire d'honoraires du 22 décembre 2015.

Maître BADEN donne encore à considérer qu'en tant qu'administrateur provisoire, il aurait un pouvoir d'opportunité sans égal et devrait pouvoir exécuter sa mission dans le seul intérêt social de la société sous administration. Il renvoie à son argumentation ci-avant reproduite pour faire valoir que le règlement de la note litigieuse serait indispensable à la préservation de l'intérêt et de la survie de la société **SOC.1.)** FUND. Le paiement d'une facture devrait en tout état de cause être inclus dans la mission conservatoire confiée à l'administrateur provisoire nonobstant l'importance de son quantum. L'importance de la facture rendrait nécessaire un traitement prioritaire afin d'éviter un danger manifeste pour le Fonds. L'appelant attire l'attention de la Cour sur le fait que la société **SOC.2.), A.)** et **B.)** se seraient limités à contester le quantum du montant mis en compte ainsi que son exigibilité mais n'auraient jamais contesté « la conformité du traitement de la facture avec l'objectif de la mesure d'administration provisoire ».

Il se prévaut du principe de la non-immixtion aussi bien des anciens administrateurs de la société sous administration provisoire que des juges dans l'administration de la société. Leur intervention devrait être limitée à la seule question de savoir si l'acte pour lequel l'autorisation est sollicitée est indispensable à l'intérêt et à la survie de la société. Admettre que les anciens administrateurs d'une société sous administration provisoire

puissent formuler des contestations diverses par rapport à l'acte en question pour rejeter la demande de l'administrateur provisoire, reviendrait à dénaturer la procédure d'autorisation spéciale préalable et laisserait l'administrateur provisoire à la merci des actionnaires et administrateurs dessaisis du Fonds et réinstaurerait le blocage de l'organe judiciaire mis en place pour gérer la société.

Aussi fait-il valoir s'être livré à une analyse approfondie de l'intégralité des éléments de fait et de droit, par conséquent également des contestations émises par les anciens administrateurs de la société **SOC.1.) FUND** avant d'avoir sollicité l'autorisation du juge des référés en rapport avec le mémoire d'honoraires du 22 décembre 2015. Son travail aurait abouti à la conclusion que la facture est justifiée, notamment au vu de la « normalisation » de la relation entre le Fonds et la **BQUE.3.)**.

Au cas où la Cour devait néanmoins retenir qu'il y aurait lieu d'examiner l'opportunité de la décision de l'administrateur provisoire à voir régler le mémoire d'honoraires litigieux, les appelants fait grief au magistrat de première instance de ne pas avoir appliqué la théorie de la facture acceptée en l'espèce.

Maître Yann BADEN fait plus particulièrement grief au juge de première instance de ne pas avoir retenu qu'il a simplement renvoyé à ce principe, ni en lieu et place du créancier, la société **SOC.4.)**, ni afin d'obtenir une condamnation du Fonds, mais afin de documenter que compte tenu des délais révolus, le Fonds ne pourrait actuellement plus soulever de contestations utiles ou sérieuses. Il s'ajoute qu'aucune contestation précise n'aurait été émise par le Fonds endéans un délai raisonnable. La contestation émise le 25 mars 2016 par **A.)**, qui n'aurait pas eu le pouvoir d'engager la société **SOC.1.) MANAGEMENT** sous sa seule signature, n'aurait pas été approuvée ou ratifiée par le conseil d'administration d'**SOC.1.) FUND**. Les contestations émises par **B.)** seraient à écarter pour le même motif. Les contestations émises seraient en outre tardives au vu des dispositions des articles 8.5 et 10.3. des conditions générales de la société **SOC.4.)** applicables à la lettre de mission du 1^{er} mars 2012. Les contestations relatives au quantum de la facture, de même que celles relatives à la normalisation de la relation **SOC.1.) FUND / BQUE.3.)** ne sauraient en tout état de cause être qualifiées de sérieuses pour faire obstacle à la demande basée sur l'article 932 alinéa 1^{er} du NCPC.

Les contestations se rapportant à une prétendue surfacturation de 60.000 € ne seraient pas fondées au vu des notes de crédit émises par la société **SOC.4.)** au profit de la société **SOC.1.) FUND** et celles relatives au défaut de « normalisation » de la relation entre **SOC.1.) FUND** et la **BQUE.3.)** seraient également à écarter comme non sérieuses, étant donné que la banque aurait prorogé tous ces crédits pour une durée de cinq ans, qu'elle

aurait proposé par courrier du 16 septembre 2016 d'amender la clause de « *cash sweep* » et qu'elle aurait renoncé à certaines garanties hypothécaires afin de permettre à la société **SOC.1.)** **FUND** de satisfaire ses autres banquiers. La **BQUE.3.)** aurait d'ailleurs déjà aux termes de son courrier du 6 décembre 2017 manifesté ses accords, de sorte qu'elle aurait activement collaboré à l'élaboration de l'opération de refinancement des crédits bancaires du Fonds.

Le paiement de la « *success fee* » au profit de la société **SOC.4.)** faisant l'objet de la facture litigieuse devrait en conséquence être autorisée.

La société **SOC.3.)** ainsi que **C.)** se rallient aux développements de Maître **BADEN** et des sociétés **SOC.1.)** **FUND** et **SOC.1.)** **MANAGEMENT**.

Ils donnent à considérer que les décisions d'opportunité prises par l'administrateur provisoire ne peuvent être sanctionnées que sur base de l'engagement de sa responsabilité devant une juridiction du fond.

Il n'appartiendrait pas au juge des référés de s'immiscer dans l'exercice de la mission de l'administrateur provisoire, ni à un actionnaire mécontent de sa gestion de décider de sa révocation. Celle-ci ne pourrait être ordonnée qu'en présence d'une violation flagrante de l'intérêt social par l'administrateur provisoire.

L'administrateur provisoire aurait l'obligation légale de payer les dettes exigibles du Fonds. La société **SOC.3.)** et **C.)** demandent à voir constater que la société **SOC.2.), A.)** et **B.)** n'auraient pas fait grief au juge de première instance d'avoir dit que le paiement d'une facture serait à qualifier d'acte de gestion courante. A défaut d'un appel incident de leur part sur ce point, l'ordonnance de première instance aurait acquis autorité de chose jugée sur ce volet.

D.) partage cette thèse et donne en outre à considérer que l'administrateur provisoire disposerait d'un pouvoir d'appréciation de l'opportunité de l'obligation de paiement. Il ajoute que le règlement de la facture litigieuse serait une mesure conservatoire au sens de l'article 933 alinéa 1^{er} du NCPC.

La société **SOC.2.), A.)** et **B.)** font valoir que dans la mesure où la facture litigieuse de la société **SOC.4.)** remonte au mois de décembre 2015, soit à une période antérieure à l'administration provisoire mise en place par l'ordonnance de référé du 3 janvier 2017, elle ne pourrait en tout état de cause résulter de la gestion courante de l'administrateur provisoire.

Au cas où la Cour devrait estimer, au vu de l'arrêt du 29 avril 2020, qu'elle devait se prononcer sur la question de savoir si le paiement de la facture litigieuse constitue soit un acte de gestion courante, soit un acte

exigeant une autorisation spéciale du juge, les parties intimées font plaider que le « *success fee* » facturé par la société **SOC.4.)** par le biais de cette facture ne relèverait pas de la catégorie des frais courants d'un prestataire de services.

Le moyen de l'administrateur provisoire tiré de l'incompétence ratione materiae du juge des référés pour connaître de la demande serait dès lors à rejeter.

Les intimés déclarent se rallier à la motivation du magistrat de première instance en ce qu'il a retenu que le principe de la facture acceptée ne saurait trouver application en l'espèce, motif pris qu'il s'agit d'un moyen d'ordre privé ne pouvant être invoqué que par le seul créancier et que l'administrateur provisoire n'a pas à défendre les intérêts de la société **SOC.4.)**. Ils ajoutent encore que ladite théorie ne serait pas applicable à des mémoires d'honoraires d'un réviseur d'entreprise, et qu'en tout état de cause, au vu des contestations sérieuses, aucune acceptation de la facture ne saurait valoir comme présomption de l'existence de la créance invoquée par la société **SOC.4.)**.

Les intimés argumentent que la demande en autorisation de paiement serait en tout état de cause irrecevable, étant donné que la mesure sollicitée aurait un caractère définitif. Si l'autorisation était accordée et que l'administrateur provisoire procède au paiement, ce décaissement de la société **SOC.1.) FUND** serait définitif et le paiement acquis à la société **SOC.4.)**.

Les parties intimées maintiennent leur argumentation développée en première instance quant à l'absence d'urgence. En effet, le risque pour la société **SOC.1.) FUND** d'être assignée en faillite, allégué par l'administrateur provisoire serait inexistant, à défaut pour la société **SOC.4.)** de disposer d'une créance, certaine, liquide et exigible à l'égard d'**SOC.1.) FUND**, de sorte que la condition tenant à la cessation des paiements dans le chef de la société **SOC.1.) FUND** ne serait pas donnée en l'occurrence. Il n'y aurait pas non plus ébranlement de crédit dans son chef, étant donné que cette société disposerait de liquidités supérieures à 60 millions d'euros sur ses comptes en banque et que le 20 janvier 2019, l'administrateur provisoire aurait conclu avec les banques **BQUE.2.)** et **BQUE.1.)** les refinancements des crédits.

Si le risque d'une poursuite judiciaire initiée par la société **SOC.4.)** à l'égard de la société **SOC.1.) FUND** n'était a priori pas exclu, il ne saurait cependant constituer un cas d'urgence justifiant la mesure sollicitée.

Le prétendu refus de la part de la société **SOC.4.)** de produire son audit contractuel relatif aux comptes de la société **SOC.1.) FUND** pour l'année 2017, respectivement son impact sur le refinancement des crédits alloués

par les banques **BQUE.2.)** et **BQUE.1.)**), avancé par l'administrateur provisoire, serait un argument n'ayant plus lieu d'être, étant donné que les contrats relatifs aux refinancements seraient entre temps devenus définitifs.

Finalement, le risque que la société **SOC.4.)** puisse soudainement refuser de produire son audit contractuel et exercer un droit de rétention au vu du non-paiement de sa note d'honoraires ne saurait pas non plus constituer un cas d'urgence au sens de l'article 932 alinéa 1^{er} du NCPC. La nomination d'un réviseur d'entreprise ne constituerait pas un acte de gestion courante et en choisissant sans nécessité la société **SOC.4.)** comme son auditeur contractuel pour les comptes sociaux des années 2015, 2016 et 2017, l'administrateur provisoire aurait pris le risque de se retrouver dans une situation de chantage exercé par la société **SOC.4.)**.

Exposant que la facture litigieuse aurait fait l'objet de contestations sérieuses émises en date des 25 mars et 13 mai 2016 par **A.)**, administrateur délégué de la société **SOC.1.)** MANAGEMENT, respectivement par **A.)** et **B.)** en leur qualité d'administrateurs de la société **SOC.1.)** FUND, la demande en autorisation de l'administrateur provisoire serait à déclarer irrecevable pour autant qu'elle est basée sur l'article 932 alinéa 1^{er} du NCPC.

En l'absence de dommage imminent, elle serait encore à déclarer irrecevable pour autant qu'elle a été basée sur l'article 933 alinéa 1^{er} du NCPC.

Appréciation de la Cour

En vertu de l'ordonnance rendue par un juge des référés le 3 janvier 2017, interprétée par celle du 6 octobre 2017, Maître Yann BADEN, administrateur provisoire de la société **SOC.1.)** FUND avait notamment le pouvoir de gérer et d'administrer la société, et pouvait accomplir les actes courants de gestion de d'administration jusqu'à une valeur de maximum 500.000 € par acte. Dès lors qu'un engagement dépassant l'acte de gestion et d'administration pur et simple, ou bien la valeur de 500.000 € par acte, lui paraît indispensable ou nécessaire à la préservation de l'intérêt social, il devait solliciter une autorisation spéciale en justice, les autres parties dûment appelées.

Statuant entre autres sur l'appel relevé par l'administrateur provisoire d'une ordonnance rendue par un juge des référés le 11 décembre 2019, la Cour d'appel a, par arrêt du 29 avril 2020, dit que la mission de l'administrateur provisoire se fera conformément à l'ordonnance du 3 janvier 2017, sous réserve de la présente modification de l'alinéa 1^{er} du dispositif de la dite ordonnance qui se lira comme suit :

*« Gérer et administrer **SOC.1.) FUND** selon les lois et usages, ... avec la précision qu'il pourra accomplir les actes courant de gestion et d'administration et qu'à défaut d'accord des associés, il devra solliciter en justice, les autres parties dûment appelées, une autorisation spéciale dès qu'un engagement dépassant l'acte de gestion pur et simple ou qu'un acte de disposition excédant la valeur de 1.000.000 d'euros lui paraîtra indispensable ou nécessaire à la préservation de l'intérêt social ».*

Au vu de l'arrêt du 29 avril 2020, l'administrateur provisoire conclut actuellement, principalement, à l'incompétence du juge des référés, et par conséquent de la Cour, siégeant en matière de référé pour statuer sur sa demande en autorisation, étant donné que le paiement de la facture litigieuse serait un acte de gestion courante, pour lequel une autorisation spéciale ne s'imposerait plus.

La société **SOC.2.), A.) et B.)** font valoir que le juge des référés devait se déclarer incompétent pour statuer sur la demande en autorisation de l'administrateur provisoire, étant donné que la mesure sollicitée, l'autorisation de régler la facture litigieuse ne serait pas une mesure provisoire, mais une mesure définitive.

Ce moyen est à rejeter pour défaut de pertinence.

Il est en effet admis que l'administrateur provisoire peut toujours demander au juge l'ayant désigné de préciser ses pouvoirs et même de solliciter une autorisation spéciale (Cass Com. 21 avril 1992, n° 90-19.860, JCP E 1992 II. 348, note Petit). Il est également admis que si l'administrateur provisoire n'est en principe pas autorisé à accomplir des actes de disposition qui ont pour effet de modifier la consistance du patrimoine de la société, des circonstances particulières devraient autoriser l'achat ou la vente de biens sociaux. Il importe de citer dans ce contexte un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation française (8 novembre 2016, n°14-21.481, Rev sociétés 2017. 631, note Godon), relative à une demande d'autorisation sollicitée par un administrateur provisoire d'un juge des référés afin de pouvoir procéder à des aliénations d'actifs de la société. Les associés n'avaient pas manqué de contester la possibilité d'accomplir ces actes de disposition et avaient demandé à la Cour d'appel de limiter la mission de l'administrateur provisoire à l'administration générale de la société. La Cour de cassation a rejeté le moyen motif pris que *« la mission de (...) procéder à la réalisation nécessaire des actifs de la société (...) en vue d'assainir la situation financière du groupe(...) était conforme à l'intérêt de cette société ».*

En l'occurrence, l'arrêt de la Cour d'appel du 29 avril 2020 dispose expressément qu'une autorisation spéciale est requise *« (...) dès qu'un*

engagement dépasse l'acte de gestion pur et simple ou qu'un acte de disposition excédant la valeur de 1.000.000 d'euros lui paraîtra indispensable ou nécessaire à la préservation de l'intérêt social ».

Cette intervention effective du juge des référés dans la gestion est inhérente à la désignation d'un administrateur provisoire.

L'argumentation de la société **SOC.2.)**, d'**A.)** et de **B.)** consistant à dire que la facture litigieuse 22 décembre 2015 ne pourrait relever de la gestion courante de l'administrateur provisoire, étant donné qu'elle est antérieure à la nomination de celui-ci, est également à écarter pour défaut de pertinence, étant donné que dès qu'il est désigné, l'administrateur provisoire a les pouvoirs conférés par la loi aux dirigeants et il lui appartient d'agir conformément avec les buts de la société commerciale. Il se trouve dans la zone d'opportunité du pouvoir directorial qui ne connaît d'autre limite que la violation de l'intérêt social (Le juge des référés et les mandataires de justice dans les sociétés in bonis par J. Cavallini, Revue des sociétés 1998, p.247).

Il est renvoyé à l'arrêt de la Cour d'appel du 29 avril 2020 qui définit les actes pour lesquels l'administrateur provisoire doit solliciter une autorisation en justice.

La seule question qui se pose est celle de savoir si le paiement de la facture litigieuse constitue ou non un acte de gestion rentrant dans les pouvoirs de l'administrateur provisoire, auquel cas ce dernier n'a pas à solliciter d'autorisation spéciale ou si ledit règlement excède la gestion normale de la société, auquel cas la Cour doit examiner si l'opération pour laquelle l'administrateur provisoire sollicite l'autorisation est compatible avec l'intérêt social de la société **SOC.1.) FUND.**

Suivant la doctrine, l'administrateur provisoire a incontestablement le pouvoir d'accomplir tous les actes conservatoires, faire fonctionner les comptes bancaires et postaux, engager ou licencier le personnel ou payer les dettes liquides et exigibles de la société (C.Lefevre, Le référé en droit des sociétés, éd. 2006 Presses universitaires d'Aix-Marseille, no 264, n°205).

Le juge délègue à l'administrateur le pouvoir qu'il tient de la loi de prendre les mesures propres à assurer le rétablissement de la vie sociétaire et la protection de l'intérêt social. L'administrateur provisoire se trouve en effet, dans la zone d'opportunité qui ne connaît d'autre limite que la violation de l'intérêt social. Conformément au principe de non-immixtion dans la vie sociétaire, le juge ne peut intervenir. Si l'administrateur provisoire exerce les pouvoirs du juge lorsqu'il règne la crise sociale, il agit comme dirigeant de la société et en exerce les pouvoirs légaux lorsqu'il gère celle-ci, ce qui le libère de toute directive judiciaire. Le juge ne peut

intervenir conformément au principe de non-immixtion dans la vie sociétaire.

L'administrateur provisoire est tenu de par la nature même de sa mission, qui n'est que provisoire, ce qui semble lui interdire toute décision qui serait irréversible. Une habilitation spéciale peut s'imposer compte tenu de la gravité de l'acte envisagé.

Hormis ces hypothèses, l'administrateur provisoire est habilité seul à élaborer la solution qui lui paraît opportune, sans intervention du juge (J. Cavallini, *Le juge des référés et les mandataires de justice dans les sociétés in bonis* in *Revue des sociétés* 1998 p 247).

Il importe de rappeler qu'en l'occurrence, l'administrateur provisoire sollicite l'autorisation de régler un mémoire d'honoraires émis le 22 décembre 2015 par la société **SOC.4.)** qui porte sur la somme de 1.193.400 €.

Il résulte des renseignements fournis et des pièces versées que la société **SOC.4.)** a suivant réunions d'assemblées générales de la société **SOC.1.)** **FUND** été nommée en 2011 réviseur d'entreprise de la société **SOC.1.)** **FUND**, et qu'elle a exécuté cette fonction jusqu'à mi-juillet 2015.

Il n'est pas non plus contesté que le montant facturé à la société **SOC.1.)** **FUND** aux termes du mémoire d'honoraires du 22 décembre 2015 se rapporte au « *success fees* » auxquels la société **SOC.4.)** prétend avoir droit suivant une lettre d'engagement du 1^{er} mars 2012 et d'un avenant du 18 décembre 2013. Il n'est pas non plus remis en cause que les dispositions arrêtées dans les deux lettres d'engagement précitées, négociées entre les parties **SOC.1.)** **FUND** et **SOC.4.)** se rapportaient à un projet dit « *projet PRO.1.)* » relatif à une mission spécifique que la société **SOC.4.)** s'est vue confier par la société **SOC.1.)** **FUND** en relation avec le refinancement des crédits bancaires sollicités par la société **SOC.1.)** **FUND** auprès des banques **BQUE.2.)** et **BQUE.1.)**.

Le critère de référence pour déterminer si un acte peut ou non être qualifié d'acte de gestion courante est l'objet social de la société à laquelle la facture a été adressée.

L'argumentation de la société **SOC.3.)**, de **C.)** et d'**D.)** consistant à dire que la société **SOC.2.)**, **A.)** et **B.)** ne pourraient plus remettre en cause la qualification d'acte de gestion courante en rapport avec la facture litigieuse est à rejeter.

Abstraction faite qu'il ne résulte aucunement de l'ordonnance entreprise que la société **SOC.2.)**, **A.)** et **B.)** aient admis en première instance que le règlement de la facture litigieuse serait un acte de gestion courante, la Cour

tient à préciser que les parties peuvent invoquer en appel de nouveaux moyens qu'elles n'avaient pas soulevés en première instance.

La Cour est amenée à examiner si le mémoire d'honoraires en question se rapporte à des prestations en lien avec l'activité commerciale de la société débitrice, et présente un caractère habituel de par leur coût.

Il est constant en cause que la société **SOC.1.) FUND** est active dans le développement de projets immobiliers. Le mémoire d'honoraires émis par la société **SOC.4.)** ne se rapporte toutefois pas au développement d'un projet immobilier particulier mais à l'exécution d'une mission spécifique par la société **SOC.1.) FUND** dans le cadre de la renégociation de crédits bancaires accordés par les banques **BQUE.1.)** et **BQUE.2.)** à la société **SOC.1.) FUND**. Il importe encore de relever que la mission du réviseur d'entreprise, consiste à effectuer le contrôle légal des comptes sociaux. Plus précisément, les auditeurs sont ils amenés à certifier la régularité et la sincérité du bilan, du compte de pertes et profits et de l'annexe. Le mémoire d'honoraires du 22 décembre 2015 se rapporte cependant à des prestations autres, dépassant celles du contrôle légal des comptes sociaux réalisé par un réviseur d'entreprise, tel que le font remarquer la société **SOC.2.), A.)** et **B.)**, à juste titre. Il convient encore de relever que les frais mis en compte par la société **SOC.4.)** à titre de rémunération des prestations par elle effectuées dans le cadre du projet dit « *projet PRO.1.)* » diffèrent tant de par leur nature que de part leur coût de ceux mis en compte habituellement par la société **SOC.4.)** dans le cadre de sa mission de contrôle des comptes sociaux de la société **SOC.1.) FUND** relatif aux exercices 2012 à 2014 (pièces n° 13, n°15, n°18, n° 22, n° 23, n° 24, n° 25, n°30, n°32, n° 33, n° 48, n° 49 de la société **SOC.2.), d'A.)** et de **B.)**).

La Cour retient par conséquent que le mémoire d'honoraires litigieux se rapporte à des actes dépassant l'acte de gestion courante d'une société, de sorte que le paiement dudit mémoire d'honoraires est subordonné à l'autorisation préalable du juge.

Le moyen d'incompétence du tribunal de référé pour statuer sur la demande en autorisation sollicitée par l'administrateur provisoire est dès lors à rejeter.

L'administrateur provisoire conclut en ordre subsidiaire à se voir autoriser à procéder au règlement de la facture émise le 22 décembre 2015 par la société **SOC.4.)**.

La demande est basée principalement sur l'article 932 alinéa 1^{er} du NCPC qui dispose que « *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* ».

Les pouvoirs du juge des référés sont donc conditionnés par l'urgence et par l'absence de contestations sérieuses.

Le juge des référés, étant saisi d'une situation pour office d'influencer par les mesures qu'il ordonne, 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 (Cass. soc., 25 oct. 1962 : JCP G 1962, II, 12948. – Cass. 3^{ème} civ., 10 mai 1977 : Bull. civ. III, n° 199. – CA Paris, 23 oct. 1965 : JCP A 1966, II, 14562 ; RTD civ. 1966, p. 361, obs. Hébraud. – V. aussi, Cass. 3^e civ., 5 oct. 1976 : JCP G 1976, IV, 344. – Cass. 2^e civ., 28 oct. 1999, n° 97-13.975 : JurisData n° 1999-003775. – CA Metz, 18 déc. 1974 : JCP G 1976, IV, 88).

Il en résulte que, pour statuer sur le mérite de l'appel d'une ordonnance de référé, la Cour doit se placer, pour ordonner ou refuser des mesures urgentes, à la date à laquelle elle rend sa décision (Cass. 3^{ème} civ., 5 oct. 1976. – Cass. 3^{ème} civ., 10 mai 1977, préc. – Adde Cass. 3^{ème} civ., 15 févr. 1977 : D. 1977, inf. rap. p. 248 ; Gaz. Pal. 1977, 1, somm. p. 173. – CA Paris, 8 févr. 1974 : Gaz. Pal. 1974, 1, p. 430 ; RTD civ. 1975, p. 144, obs. Normand. – CA Paris, 9 janv. 1985 : JCP G 1986, II, 20583, note Auby).

Ainsi, à elle seule, l'urgence justifie la saisine du juge des référés en dehors de toute autre condition. Et l'absence d'urgence justifie ainsi le rejet de la demande, sans que le juge ait à inviter les parties à s'en expliquer plus avant (Cass. com., 30 janv. 1980 : Bull. civ. IV, n° 51).

La constatation de l'urgence ne s'impose expressément au juge des référés que si le défendeur conteste celle-ci, notamment dans les conclusions qu'il peut prendre : le juge doit alors répondre à ces conclusions (Cass. 1^{ère} civ., 17 déc. 1952 : Bull. civ. I, n° 335 ; JCP G 1953, IV, 22. – Cass. 2^{ème} civ., 30 mai 1956 : Bull. civ. II, n° 303, JurisClasseur Procédure civile, Fasc. 1200-95 : Référés. – Conditions générales des pouvoirs du juge des référés. – Fonctions du juge des référés, éd.numérique 1^{er} juillet 2019).

L'administrateur provisoire fait valoir que l'urgence serait justifiée au vu des dispositions contractuelles figurant dans l'avenant conclu par la société **SOC.1.)** FUND avec les banques **BQUE.2.)** et **BQUE.1.)** le 20 février 2019, relatives aux faits de nature à constituer un « cas de défaut », permettant aux banques de résilier les crédits accordés au Fonds, et de rendre exigible l'intégralité des sommes redues et d'exécuter leurs garanties.

Il est vrai que la mise en faillite d'une société est subordonnée à la réalisation cumulative de deux conditions, à savoir la cessation des paiements et l'ébranlement du crédit. Ce n'est que si ces deux conditions

sont réunies qu'une société est déclarée en état de faillite, ce que les parties **SOC.2.), A.) et B.)** font relever à juste titre. Il est également vrai qu'il ne résulte actuellement d'aucun élément objectif du dossier que la société **SOC.4.)** menacerait la société **SOC.1.)** FUND de l'assigner en faillite.

Force est cependant de constater qu'il est stipulé à l'article 2.1. (c) de l'avenant du 20 février 2019 conclu par la société **SOC.1.)** FUND avec les banques **BQUE.1.)** et **BQUE.2.)** que « *les prêteurs se réservent le droit de mettre fin sans préavis et sans autre forme aux documents de financement et à leurs engagements à tout moment (i) en cas de non accomplissement desdites conditions préalables par l'Emprunteur dans un délai de 4(quatre) mois à compter de la signature du présent avenant et (ii) en cas de survenance avant la date d'entrée en vigueur d'un cas de défaut tel que défini à l'article 13. 1 (cas de défaut) avec toutes les conséquences y attachées selon l'article 13.2 (conséquences de la survenance d'un cas de défaut)* (pièce n° 8 des appelants).

Parmi les cas de défaut plus amplement définis à l'article 13.1.1. de l'avenant précité est mentionnée sous un article 13.1.6 intitulé « procédures collectives, dissolution et liquidation », l'assignation en faillite.

C'est dès lors à juste titre que l'administrateur provisoire fait plaider, au regard des stipulations contractuelles précitées, que rien qu'une assignation en faillite dirigée par la société **SOC.4.)** contre la société **SOC.1.)** FUND risque de provoquer la résiliation des contrats de financement conclus avec les banques et de mettre en danger la survie de la société, mais en tout état cause son équilibre financier.

Le même raisonnement vaut pour les autres événements, respectivement faits, constituant un « cas de défaut » au vu de l'article 13.1 de l'avenant, à savoir, les saisies, le défaut de paiement ainsi que le non-respect dans le chef de la société **SOC.1.)** FUND des documents de financement.

Au vu des dispositions contractuelles précitées et compte tenu du fait que le mémoire d'honoraires litigieux date du 22 décembre 2015, du risque d'une assignation en faillite, voire d'une action en paiement de la part de la société **SOC.4.)** à l'égard de la société **SOC.1.)** FUND, voire d'une saisie, il y a urgence à ce que l'administrateur provisoire règle le mémoire d'honoraires litigieux du 22 décembre 2015.

La société **SOC.2.), A.) et B.)** s'opposent à voir autoriser l'administrateur provisoire de régler le mémoire d'honoraires de la société **SOC.4.)** du 22 décembre 2015.

Il appartient au juge des référés de rechercher si, compte tenu tant de la nature que du bien-fondé des moyens soulevés à l'encontre de la demande de l'administrateur provisoire, celle-ci se heurte à des contestations sérieuses.

La contestation sérieuse est celle qui existe lorsque l'un des moyens de défense opposé aux prétentions du demandeur n'apparaît pas immédiatement vain et laisse subsister un doute sur le sens de la décision qui pourrait être rendue au fond. Elle suppose une appréciation contradictoire de l'évidence des droits et arguments des parties (RTD civ. 1979, p. 655, J. Normand).

Force est tout d'abord de relever qu'aucune contestation n'est invoquée par la société **SOC.2.)**, **A.)** et **B.)** ni quant à l'existence de la convention conclue entre les sociétés **SOC.1.)** FUND et **SOC.4.)** ni quant à l'étendue de la mission spécifique confiée à cette dernière en relation avec le « projet **PRO.1.)** », ni d'ailleurs quant à la réalisation des prestations par la société **SOC.4.)** pour le compte de la société **SOC.1.)** FUND.

Les contestations se rapportent exclusivement aux conditions de forme et de fond convenues par les sociétés **SOC.1.)** FUND et **SOC.4.)** aux termes de la lettre d'engagement du 18 décembre 2013 devant être réunies avant que la société **SOC.4.)** puisse prétendre au paiement d'un « *success fee* ».

Les intimés font valoir que le succès de la mission serait mesuré en termes de « normalisation de la relation avec la banque **BQUE.3.)** ». Il se serait cependant avéré, qu'à la date d'émission de la facture litigieuse, les relations avec la banque **BQUE.3.)** ne se seraient que partiellement normalisées, de sorte que les conditions justifiant le règlement du mémoire d'honoraires du 22 décembre 2015 ne seraient pas remplies.

Ils précisent que le mécanisme du « *cash sweep* » mis en place par la banque **BQUE.3.)** n'aurait ni été abandonné, ni été assoupli par cette dernière. En outre, la banque n'aurait pas non plus renoncé aux cautions personnelles des actionnaires, la marge de 300 points sur le taux d'intérêt n'aurait pas fait l'objet d'un retour à son niveau antérieur (100 points), et la banque **BQUE.3.)** n'aurait aucunement mis à disposition une ligne de garantie d'achèvement au promoteur.

L'administrateur provisoire explique que la banque **BQUE.3.)** avait prorogé tous ses crédits pour une durée de 5 ans en date du 29 juillet 2015 et se réfère à un courrier de ladite banque du 16 septembre 2016 aux termes duquel elle avait proposé d'amender la clause de « *cash sweep* » et de renoncer à certaines garanties hypothécaires afin de permettre à **SOC.1.)** FUND de satisfaire ses autres banquiers. **A.)** aurait cependant refusé de

signer cette proposition, ce qui n'est pas remis en cause par les intimés **SOC.2.), A.) et B.)**.

L'administrateur provisoire verse parmi ses pièces un courrier que la banque **BQUE.3.)** a adressé le 6 décembre 2017 à la société **SOC.1.) FUND** duquel il résulte que la banque s'est déclarée d'accord « *dans le cadre du principe des revenus excédentaires convenu dans ses courriers du 28 décembre 2010 et 21 décembre 2012 pour l'octroi d'une dérogation sous condition et sur demande. Il est précisé quant aux conditions de cette dérogation que celle-ci s'applique à partir du moment où pour une année N, le Fonds a respecté ses obligations de paiement pour cette année N à l'égard de la banque **BQUE.3.)**, telles que décrites dans le plan de remboursement des prêts et du prêt figurant aux annexes 1 et 2 de son courrier du 29 juillet 2015* ». Il est précisé que si ces conditions sont remplies, « *les sommes supplémentaires perçues sur les comptes-gagés de notre Banque pourront être mis à la libre disposition du Fonds* ».

La banque **BQUE.3.)** a dans ce même courrier marqué son accord à donner mainlevée de plusieurs garanties hypothécaires, « à réduire le montant de son inscription hypothécaire pour un montant de 64.200.000 € (anc. **SOC.5.)**) à un montant de 10.000.000 € sous condition suspensive du maintien du *pari passu* avec les autres créanciers hypothécaires **BQUE.2.)** et **BQUE.1.)** pour le montant restant » (pièce n° 7 de l'appelant).

Au regard des pièces et des renseignements fournis par l'administrateur provisoire, les contestations de la société **SOC.2.), A.) et B.)** tenant à l'absence de la « normalisation » de la relation de la société **SOC.1.) FUND** avec la banque **BQUE.3.)** ne paraissent pas sérieuses.

Les explications de l'administrateur provisoire relatives aux notes de crédit que la société **SOC.4.)** a accordées au Fonds ne sont pas critiquées par la société **SOC.2.), A.) et B.)**, de sorte que leurs contestations relatives à la surfacturation de la note d'honoraires sont également à écarter.

Il résulte en conséquence des développements qui précèdent que la demande de Maître Yann BADEN tendant à se voir autoriser à procéder au règlement d'honoraires de la société **SOC.4.)** du 22 décembre 2015 ne se heurte à aucune contestation sérieuse, de sorte qu'il y a lieu, par réformation de l'ordonnance entreprise, d'y faire droit.

L'appel est dès lors à déclarer fondé.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel,

le dit fondé,

réformant,

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** et de la société anonyme **SOC.1.) MANAGEMENT**, à procéder au règlement de la facture numéro (...) émise le 22 décembre 2015 par la société coopérative **SOC.4.)**, portant sur une somme totale de 1.193.400 €,

confirme l'ordonnance en ce que le juge des référés s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande de Maître Yann BADEN par rapport aux mémoires d'honoraires des 10 décembre 2015, 14 janvier, 23 avril et 8 juin 2016,

condamne la société **SOC.2.) S.C.A., A.) et B.)** aux frais et dépens des deux instances.