

Texte pseudonymisé

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

Arrêt N° 033/24 – VII – REF

**Audience publique du treize mars deux mille vingt-quatre**

Numéro CAL-2020-00036 du rôle

Composition:

Nathalie JUNG, président de chambre ;  
Nadine WALCH, conseiller ;  
Françoise SCHANEN, conseiller,  
André WEBER, greffier.

E n t r e :

**la société en commandite par actions de gestion de patrimoine familial SOCIETE1.) S.C.A.**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.), représentée par son gérant commandité actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Luana COGONI, en remplacement de l'huissier de justice Véronique REYTER d'Esch/Alzette en date du 20 décembre 2019,

comparant par la société en commandite simple KLEYR GRASSO, établie et ayant son siège social à L-2361 Strassen, 7, rue des Primeurs, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 220509, inscrite sur la liste V de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, qui est constituée et en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée par son gérant, la société à responsabilité limitée KLEYR GRASSO GP, établie à la même adresse, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 220442, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Marc KLEYR, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à la même adresse, assisté de Maître Patrick KINSCH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

**1. la SOCIETE2.),** établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par son administrateur provisoire,

intimée aux fins du susdit exploit COGONI du 20 décembre 2019,

comparant par Maître Yann BADEN, avocat à la Cour, demeurant à Gonderange ;

**2. Maître Yann BADEN,** avocat à la Cour, demeurant à Gonderange, pris en sa qualité d'administrateur provisoire de la SOCIETE2.),

intimé aux fins du susdit exploit COGONI du 20 décembre 2020,

comparant par lui-même,

**3. la société anonyme SOCIETE3.) – SPF,** établie et ayant son siège social à L-ADRESSE3.), représentée par son conseil d'administration,

**4. PERSONNE1.),** dirigeant de société, demeurant à L-ADRESSE4.),

**5. PERSONNE2.),** dirigeant de société, demeurant à B-ADRESSE5.),

**6. PERSONNE3.),** employé et dirigeant de société, demeurant à B-ADRESSE6.),

intimés aux fins du susdit exploit COGONI du 20 décembre 2020,

comparant Maître Nicolas THIELTGEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

---

## LA COUR D'APPEL :

### **Faits et rétroactes**

Par exploit d'huissier de justice du 18 octobre 2018 la société SOCIETE1.) (ci-après la société SOCIETE1.)) a fait donner assignation à la société SOCIETE2.) (ci-après la société SOCIETE2.)), à la société SOCIETE3.) SPF (ci-après la société SOCIETE3.)), à Maître Yann BADEN en sa qualité d'administrateur provisoire de la société SOCIETE2.) SA, à PERSONNE1.), à PERSONNE2.) et à PERSONNE3.) à comparaître devant le juge des référés du tribunal d'arrondissement aux fins de voir ordonner le remplacement de Maître Yann BADEN comme administrateur provisoire de la société SOCIETE2.) et à voir nommer un administrateur provisoire et indépendant aux motifs

que Yann BADEN est également administrateur des sociétés SOCIETE4.) SCA SICAV-FIS et SOCIETE5.) et partant dans une situation d'opposition d'intérêts, qu'il aurait manqué de neutralité et d'impartialité et aurait tranché, respectivement préjugé des différends entre les actionnaires.

Par ordonnance de référé du 28 novembre 2019, le juge des référés a déclaré la demande de remplacement de Maître Yann BADEN non fondée, a prolongé son mandat, alignant sa durée sur la durée de la procédure pendante devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, suite à l'assignation introduite par SOCIETE3.) contre les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE2.), le juge des référés estimant que la question du bien-fondé des reproches de part et d'autre nécessiterait un examen approfondi qui relèverait de la compétence du juge du fond et qu'aucune faute manifeste n'était établie dans le chef de l'administrateur provisoire. La question de l'adjonction d'un second administrateur ne se poserait également plus au vu de l'autorité de la chose jugée de l'ordonnance du 24 mars 2016.

Par arrêt du 15 juillet 2020, la Cour d'appel, saisie de l'appel de la société SOCIETE1.) contre l'ordonnance du 28 novembre 2019, a déclaré l'appel recevable et a refixé l'affaire pour permettre à la société SOCIETE1.) de prendre position sur le rapport XineX et sur les rapports d'audit Avega.

Par arrêt numéro NUMERO2.) du 3 mars 2021, la Cour d'appel statuant en suite de l'arrêt du 15 juillet 2020 a reçu les appels principal [de la société SOCIETE1.)] et incident des parties PERSONNE1.), PERSONNE2.), PERSONNE3.) et de la société SOCIETE3.) en la forme, dit l'appel principal non fondé et l'appel incident fondé, confirmé l'ordonnance de référé du 28 novembre 2019, sauf à préciser que le mandat de Maître Yann BADEN se poursuivra jusqu'à désignation effective du nouveau conseil d'administration de la société SOCIETE2.) et condamné la société SOCIETE1.) aux frais et dépens de l'instance d'appel.

Par arrêt numéro NUMERO3.) du 10 novembre 2022, la Cour de Cassation s'est prononcée comme suit:

*« casse et annule l'arrêt attaqué, numéro NUMERO2.), rendu le 3 mars 2021 sous le numéro NUMERO4.) du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, septième chambre, siégeant en matière de référé ;*

*déclare nuls et de nul effet ladite décision judiciaire et les actes qui s'en sont suivis, remet les parties dans l'état où elles se sont trouvées avant l'arrêt cassé et pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, autrement composée [...] »;*

La Cour de Cassation a considéré que :

*« Le défaut de réponse à conclusions constitue une forme de défaut de motifs, qui est un vice de forme,*

*En écartant la demande en remplacement de l'administrateur provisoire présentée par la demanderesse en cassation, basée sur le reproche, développé dans son acte d'appel, tiré des inactions et omissions de l'administrateur provisoire dans l'amélioration de la gouvernance de la société dont il assure la gestion, partant un reproche précis requérant réponse sans se prononcer sur la réalité du reproche de carence allégué, les répercussions éventuelles de cette dernière et l'existence dans le cadre d'un manquement grave à ses devoirs de nature à justifier son remplacement, les juges d'appel ont violé les dispositions visées au moyen. »*

Le demandeur en cassation avait conclu dans son moyen de cassation qu'il n'avait été répondu ni dans l'arrêt cassé, ni dans l'arrêt d'avant dire droit du 15 juillet 2020, à son moyen selon lequel l'administrateur provisoire n'avait rien entrepris pour solutionner le problème de gouvernance de la société SOCIETE2.), qu'il n'y avait toujours pas de conseil d'administration et que l'administrateur provisoire n'avait proposé aucun candidat et n'avait fait aucun appel à candidatures afin de régler ce problème, qu'il n'avait pas non plus convoqué d'assemblée générale pour effectuer une tentative de nomination de nouveaux administrateurs (page 23 de l'acte d'appel du 20 décembre 2019, sous (i)). Il avait soutenu avoir versé des pièces prouvant qu'il avait proposé de reconstituer le conseil d'administration de la société SOCIETE2.) par deux représentants de la société SOCIETE1.) et de la société SOCIETE3.), de mettre en place un système d'alternance pour le Président, que l'administrateur provisoire n'avait jamais donné suite à cette proposition, qu'il ne l'a jamais soumise à l'assemblée générale des actionnaires et que c'était un manquement aux devoirs de l'administrateur provisoire.

*- Quant à l'étendue de la saisine de la Cour*

Le mandataire de l'appelante, la société SOCIETE1.) renvoie à sa note de plaidoirie notifiée le 13 septembre 2023 et à sa note additionnelle du 18 janvier 2024 aux termes desquelles il conclut que l'arrêt de la Cour de Cassation 10 novembre 2022 ne laisse rien subsister de l'arrêt cassé, de sorte qu'il y aurait lieu de réexaminer chacun des griefs formulés par la société SOCIETE1.) à l'appui de sa demande en remplacement de l'administrateur provisoire de la société SOCIETE2.).

Le mandataire de la société SOCIETE3.), de PERSONNE1.), de PERSONNE2.) et de PERSONNE3.) renvoie à ses notes de plaidoiries telles que « consolidées » par sa note du 23 janvier 2024 par laquelle il demande de voir limiter les débats sur la question de l'étendue de la saisine de la Cour d'appel, de voir dire que l'arrêt du 3 mars 2021 a implicitement, mais nécessairement rejeté une multitude de demandes en remplacement de l'administrateur provisoire, dire que l'arrêt du 3 mars 2021 a été cassé en son chef de dispositif omettant de statuer sur la demande en remplacement de l'administrateur provisoire Maître Yann BADEN relative aux prétendues omissions et inactions de celui-ci dans l'amélioration de la gouvernance de la société SOCIETE2.), partant voir dire que la Cour n'est saisie que de la demande en remplacement de l'administrateur provisoire relative aux prétendues omissions et inactions de celui-ci dans l'amélioration de la gouvernance de la société SOCIETE2.), partant déclarer irrecevables pour se heurter à l'autorité de la chose jugée dont est revêtue l'arrêt du 3 mars 2021, les

demandes [de la société SOCIETE1.)] en remplacement basées sur le prétendu manque de neutralité de l'impartialité de l'administrateur provisoire, sur la prétendue opposition d'intérêts dans laquelle se trouverait l'administrateur provisoire et la demande en remplacement basée sur la prétendue inimité capitale entre l'administrateur provisoire et les représentants de la société SOCIETE1.) et voir constater que l'arrêt du 15 juillet 2020 revêt l'autorité de la chose jugée s'agissant de l'application de l'article 932 alinéa 1<sup>er</sup> du Nouveau Code de procédure civile au présent litige.

Il conclut que le revirement de jurisprudence opéré par un arrêt de la Cour de Cassation du 24 novembre 2022 selon lequel il ne faut pas se référer à une analyse du pourvoi pour déterminer l'étendue de la cassation, mais déterminer quel chef du dispositif a été cassé, ne devrait pas s'appliquer à l'arrêt cassé, dans la mesure où ce dernier a été rendu avant l'arrêt qui opère revirement de jurisprudence, et ce dans un souci de sécurité juridique et de droit à un procès équitable, tel qu'il serait garanti par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme.

Selon ledit mandataire, la Cour d'appel de renvoi n'est partant pas saisie de l'intégralité du litige, mais uniquement de la demande de remplacement de l'administrateur provisoire fondée sur les prétendues omissions et inactions de celui-ci dans l'amélioration de la gouvernance de la société SOCIETE2.) et à l'irrecevabilité des demandes formulées pour le surplus par SOCIETE1.).

Il estime que chaque grief reproché à l'administrateur provisoire constitue autant de demandes différentes qui n'ont pas été visées par le recours en cassation.

Maître Yann BADEN renvoie à sa note de plaidoirie du 12 janvier 2024 aux termes de laquelle, il demande de voir constater que l'arrêt cassé du 3 mars 2021 revêt l'autorité de la chose jugée en ce qu'il a dit l'appel incident fondé et en ce qu'il a précisé que « *le mandat de Maître Yann BADEN se poursuivra jusqu'à la désignation effective du nouveau conseil d'administration de la société SOCIETE2.) S.A.* ».

Il estime que ce volet du dispositif de l'arrêt du 3 mars 2021 ne fait pas l'objet du moyen de cassation servant de base à la cassation et qu'il a partant autorité de la chose jugée.

### **Appréciation**

La Cour de cassation a, dans un arrêt du 24 novembre 2022 décidé que « *si à la suite de l'annulation de l'arrêt d'appel, les parties se trouvent remises conformément à l'article 28 de la loi du 18 février 1885 sur le pourvoi et la procédure de cassation au même état où elles se sont trouvées avant la décision cassée, toujours est-il que l'annulation prononcée par la Cour de cassation n'a pas une portée plus grande que le moyen qui sert de base, alors même qu'elle a été prononcée, comme en l'espèce, dans le dispositif en des termes généraux.*

*Réserve peut le cas échéant être faite d'une part au sujet des dispositions de l'arrêt qui ont été attaquées par un moyen de cassation qui n'a pas fait l'objet d'une décision par la Cour de Cassation et d'autre part au sujet des dispositions de l'arrêt d'appel qui se trouvent dans un lien d'indivisibilité ou de dépendance avec la disposition cassée. »*

L'accueil d'un moyen de cassation a donc pour conséquence l'annulation du chef du dispositif dont il constitue le soutien. En d'autres termes, la cassation met à néant le dispositif qui est soutenu par le motif visé par le moyen accueilli. Elle ne laisse subsister d'autres motifs attaqués, qu'à la condition que ces derniers soutiennent un chef du dispositif distinct de celui qui a été mis à néant. Le critère de détermination de l'étendue de la cassation est donc le dispositif, à l'exclusion de motifs (conclusions du Ministère public dans l'affaire précitée, page 15).

En l'occurrence, l'arrêt du 3 mars 2021 a été cassé pour défaut de réponse à conclusions au motif qu'« *En écartant la demande en remplacement de l'administrateur provisoire présentée par la demanderesse en cassation, basée sur le reproche, développé dans son acte d'appel, tiré des inactions et omissions de l'administrateur provisoire dans l'amélioration de la gouvernance de la société dont il assure la gestion, partant un reproche précis requérant réponse, sans se prononcer sur la réalité du reproche de carence allégué, les répercussions éventuelles de cette dernière et l'existence dans ce cadre d'un manquement grave à ses devoirs de nature à justifier son remplacement, les juges d'appel ont violé les dispositions visées au moyen* ».

L'arrêt du 3 mars 2021 a reçu les appels principal et incident en la forme, dit l'appel principal non fondé et l'appel incident fondé, confirmé l'ordonnance entreprise, « *sauf à préciser que le mandat de Maître Yann BADEN se poursuivra jusqu'à désignation effective du nouveau conseil d'administration de la société SOCIETE2.)* » et a condamné la société SOCIETE1.) aux frais et dépens de l'instance d'appel.

Il suit de ce qui précède que la demande principale tendant au remplacement de Maître Yann BADEN en sa qualité d'administrateur provisoire est atteinte par le moyen accueilli par la Cour de Cassation pour défaut de motif sur un de ces griefs.

La Cour ne rejoint pas les développements faits par Maître Yann BADEN en ce qu'il y aurait en l'occurrence une demande qui devrait s'analyser en plusieurs chefs, de sorte que la cassation prononcée sur un chef de la demande complexe laisserait subsister les autres, mais elle considère qu'il s'agit d'une demande fondée sur des moyens différents, de sorte que la disposition de l'arrêt qui statue sur celle-ci doit être annulée en son entier, même si un seul des moyens retenus par la Cour d'appel a motivé la cassation (cf. Jacques BORE, la Cassation en matière civile, no 3101, p.777).

Le chef du dispositif concernant la demande principale est partant mis à néant et la juridiction de renvoi est appelée à se prononcer sur cette demande indépendamment des arguments à la base de la demande qui ne peuvent pas se traduire en autant de demandes.

A noter que le mandataire de la société SOCIETE3.), de PERSONNE1.), de PERSONNE2.) et de PERSONNE3.) reste en défaut de justifier en quoi la légitime

confiance du justiciable a été violée par l'arrêt de cassation précité, de sorte que son moyen relatif à l'insécurité juridique ne saurait valoir.

Par ailleurs, concernant la demande incidente des parties SOCIETE3.), PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.), relative à la durée du renouvellement du mandat de l'administrateur provisoire, la Cour constate que la disposition visée de l'arrêt cassé qui concerne la durée du mandat de Maître Yann BADEN se trouve dans un lien d'indivisibilité et de dépendance avec les dispositions cassées, de sorte qu'elle ne peut en tous cas pas être considérée comme étant maintenue.

Il en va de même du chef du dispositif concernant les frais et dépens de l'instance.

*-Quant à l'arrêt de la Cour d'appel du 29 avril 2020*

S'agissant des reproches lui faits concernant le conflit d'intérêt /et ou d'opposition d'intérêts entre les sociétés SOCIETE4.)/SOCIETE5.) et la société SOCIETE2.) et le reproche d'inimité capitale, Maître Yann BADEN soulève l'autorité de la chose jugée d'un arrêt du 29 avril 2020 rendu dans le cadre d'une demande en remplacement introduite par la société SOCIETE1.) et PERSONNE4.) à son encontre ès qualités d'administrateur des sociétés SOCIETE4.) ET SOCIETE5.), qui serait un dossier intimement lié au dossier de la société SOCIETE2.).

Ledit arrêt aurait confirmé l'absence d'un conflit d'intérêt ou d'une opposition d'intérêt ainsi que l'absence d'inimité capitale.

La société SOCIETE1.) relève que cet arrêt a été rendu entre les parties PERSONNE1.), SOCIETE3.), SOCIETE1.), PERSONNE4.), PERSONNE5.), SOCIETE5.), SOCIETE4.), PERSONNE6.) et Maître Yann BADEN, partant dans une procédure qui n'a pas impliqué la société SOCIETE2.), de sorte qu'il ne pourrait produire aucun effet juridique dans la présente affaire.

Suivant l'article 1351 du Code civil : « *L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.* »

Il en découle pour que l'autorité de chose jugée attachée à un jugement puisse mettre en échec une nouvelle demande, il faut que celle-ci présente une triple identité d'objet, de cause et de parties par rapport à la demande jugée.

L'autorité de chose jugée s'étend, non seulement aux énonciations formelles du jugement, mais également aux questions incidentes que le juge a dû nécessairement résoudre pour y parvenir et qui priveraient de tout fondement logique la décision du juge si elles venaient à être démenties.

En l'occurrence, il est indubitable que les parties dans cette instance ne sont pas les mêmes, de sorte qu'il ne saurait y avoir autorité de la chose jugée.

*-Quant à l'applicabilité de l'article 932 alinéa 1<sup>er</sup> du Nouveau Code de procédure civile*

La société SOCIETE3.), PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.) font valoir que, par arrêt intermédiaire du 15 juillet 2020, qui n'a pas fait l'objet d'un recours en cassation, il y a autorité de la chose jugée en ce qui concerne l'application de l'article 932, alinéa 1<sup>er</sup> du Nouveau Code de procédure civile à la demande en remplacement de l'administrateur provisoire. Même si ledit arrêt n'aurait pas directement tranché dans son dispositif une partie du principal, il l'aurait fait indirectement en souhaitant entendre les parties sur les pièces et en ayant souhaité être informé de l'approbation des comptes et de la nomination du conseil d'administration de la société SOCIETE2.).

Leur mandataire conclut que toute demande de la société SOCIETE1.) visant à remettre en cause l'application de l'article 932 alinéa 1<sup>er</sup> du Nouveau Code de procédure civile à la demande en remplacement de l'administrateur provisoire est irrecevable pour se heurter à l'autorité de la chose jugée dont serait revêtu l'arrêt du 15 juillet 2020.

La société SOCIETE1.), sans se prononcer sur l'autorité de la chose jugée de l'arrêt du 15 juillet 2020, ne met pas en cause application de l'article 932 alinéa 1<sup>er</sup> du Nouveau Code de procédure civile tout en soutenant que la condition de l'urgence ne doit pas être spécialement justifiée, dans la mesure où le retard dans le remplacement de l'administrateur provisoire mettrait les intérêts des parties en péril, ce qui serait le cas en l'espèce.

Maître Yann BADEN, également sans se prononcer sur l'autorité de la chose jugée de l'arrêt du 15 juillet 2020, conclut que les dispositions légales relatives au référé-urgence, sont applicables à une demande en remplacement d'un administrateur provisoire et il conteste que les conditions, en l'occurrence l'urgence et l'absence de contestation sérieuse, soient données en l'espèce dans la mesure où la gestion journalière de la société serait assurée, la situation financière de la société SOCIETE2.) serait bonne, voire excellente, elle respecterait ses engagements contractuels, la comptabilité au jour le jour serait régulièrement tenue et les droits des parties seraient préservés.

Par arrêt du 15 juillet 2020, la Cour d'appel saisie de l'appel contre l'ordonnance de référé du 28 novembre 2019 qui a déclaré la demande en remplacement de Maître Yann BADEN en qualité d'administrateur provisoire de la société SOCIETE2.) non fondée et a prolongé son mandat, a dit l'appel recevable et refixé l'affaire pour permettre à la société SOCIETE1.) de prendre position sur le rapport XineX et sur les rapports d'audit Avega.

Dans sa motivation, la Cour d'appel avait constaté la compétence du juge des référés pour pourvoir au remplacement d'un administrateur provisoire sur base de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 932 du Nouveau Code de procédure civile et non pas sur base de l'article 932 alinéa 2 du même code tel que retenu par le juge de première instance, au motif qu'il ne s'agirait pas d'une difficulté d'exécution d'un titre au sens de cet article et en a déduit que la condition d'urgence est l'une des conditions requises.

Cet arrêt n'a pas fait l'objet d'un recours et ne se rattache pas par un lien de dépendance nécessaire à l'arrêt cassé, de sorte qu'il y a autorité de la chose jugée. Aucune contestation quant à l'applicabilité de l'article 932 alinéa 1<sup>er</sup> du Nouveau Code de procédure civile n'a par ailleurs été soulevée par les parties en cause.

- *Quant à la recevabilité des demandes qualifiées de nouvelles*

L'administrateur provisoire Maître Yann BADEN demande de déclarer irrecevables les demandes nouvelles faites en instance d'appel par l'appelante.

Il fait état :

- *« de la demande, non autrement motivée mais introduite dans le dispositif de la note de plaidoiries d'SOCIETE1.), de modifier (et non comme le prétend SOCIETE1.) de « rappeler sinon de préciser ») la mission de l'administrateur provisoire sous couvert de précisions à apporter ;*
- *des reproches relativement aux recours judiciaires introduits par l'administrateur provisoire contre le redressement fiscal de SOCIETE2.) ;*
- *des reproches en relation avec la transparence des honoraires de l'administrateur provisoire et de son litismandataire ;*
- *des reproches en relation avec la prétendue violation par l'administrateur provisoire d'une obligation de rapport. »*

L'article 592 du Nouveau Code de procédure civile prévoit qu'« *il ne sera formé, an cause d'appel aucune nouvelle demande, à moins qu'il ne s'agisse de compensation, ou que la demande nouvelle soit la défense à l'action principale. »*

Il faut distinguer la présentation d'une demande nouvelle irrecevable, de la présentation d'un argument ou moyen nouveau, qui ne se heurte à aucun obstacle.

La société SOCIETE1.) estime qu'elle ne forme pas de demandes nouvelles mais qu'il s'agit de griefs nouveaux qui sont apparus en cours de route. Notamment, il se serait avéré que les rapports de l'administrateur provisoire pour les années 2017 et 2018 ne seraient pas parvenus aux actionnaires. La demande de voir donner des précisions sur la mission de l'administrateur provisoire ne serait pas nouvelle.

Dans sa note de plaidoiries du 13 septembre 2023, la société SOCIETE1.) demande à voir :

*« rappeler sinon préciser les obligations du ou des administrateurs provisoires en matière de*

- *neutralité et d'impartialité, et de devoir de réserve*
- *préservation des droits de la société sous administration, notamment s'il s'agit de la nécessité de poser des actes interruptifs de prescription,*

- *respect des prescription légales et statutaires, et notamment en matière de nominations de nouveaux administrateurs et de réviseurs, de préparation et de présentation des comptes annuels, et de convocation des assemblées générales,*
- *initiative à résoudre la crise sociale,*
- *situation d'opposition d'intérêts*
- *de rapports périodiques et annuels, et,*
- *de facturation transparente de ses honoraires. »*

Le demandeur peut pour la première fois en appel, proposer des nouveaux faits en tant qu'ils ne servent qu'à justifier la demande originaire, de sorte que les reproches nouveaux faits à l'administrateur provisoire tendant au même but de l'action, à savoir à pourvoir à son remplacement, ne peuvent être qualifiés de demandes nouvelles.

Il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé.

Cependant la demande tendant à voir préciser la mission de l'administrateur provisoire constitue une demande nouvelle irrecevable en appel.

*-Quant aux manquements de l'administrateur provisoire*

Par ordonnance du 24 mars 2016 (no NUMERO5.) Maître Yann BADEN a été nommé administrateur provisoire de la société SOCIETE2.) avec la mission de :

*« - gérer et d'administrer la société au quotidien, - pour autant que de besoin, arrêter les comptes sociaux et les soumettre à une assemblée générale que l'administrateur provisoire convoquera le plus rapidement possible ».*

La société SOCIETE1.) maintient qu'il n'a pas rempli sa mission et maintient sa demande en remplacement pour les motifs invoqués antérieurement à la cassation de l'arrêt du 3 mars 2021, à savoir le manque de neutralité et d'impartialité de l'administrateur provisoire notamment face aux agissements des anciens dirigeants, sa situation d'opposition d'intérêts en raison de sa double nomination au niveau des sociétés SOCIETE4.) et SOCIETE5.) et de la société SOCIETE2.), ainsi que des inactions et omissions dans sa gestion et plus particulièrement dans la gouvernance de la société SOCIETE2.).

Elle fait valoir que le manque de neutralité résulte de la gestion des plaintes pénales de la société SOCIETE1.) par l'administrateur provisoire, de sa gestion d'un redressement fiscal de la société SOCIETE2.), de la façon que la société XineX aurait été chargée d'analyser les dépenses critiquées de la société SOCIETE2.) et du manque d'initiative de l'administrateur provisoire à agir contre la surfacturation par les sociétés du groupe PERSONNE1.) des services rendus pour la société SOCIETE2.) (frais de project management). L'administrateur provisoire aurait encore manqué de transparence dans la mise en compte de ses frais et honoraires et de ceux de son litismandataire.

A l'audience des plaidoiries, elle fait insister sur le fait qu'il n'aurait pas respecté ses obligations et plus particulièrement les dispositions légales en matière de droit des sociétés, ce qui lui aurait causé un préjudice à la société. Elle fait valoir qu'en l'occurrence l'urgence est sous-jacente étant donné que la gestion de l'administrateur provisoire est très critiquable.

Elle n'insiste plus sur le reproche qu'elle avait soulevé tenant à l'inimitié capitale entre l'administrateur provisoire et les représentants de la société SOCIETE1.).

L'article 932 alinéa 1<sup>er</sup> du Nouveau Code de procédure civile requiert que le demandeur démontre qu'il est urgent que la mesure sollicitée soit prise. Il n'y a urgence que si le moindre retard peut causer un préjudice certain et irréparable. Il s'agira essentiellement de démontrer que la non-intervention du juge produirait des suites irréparables, d'apporter la preuve du péril que courent les droits de quelqu'un si les choses sont laissées en l'état.

En matière de remplacement de l'administrateur provisoire, « *il ne s'agit pas d'examiner si cet administrateur provisoire a ou non commis des manquements dans le cadre de l'exécution de ses missions, mais uniquement d'apprécier si la manière dont il s'est acquitté de celles-ci est, prima facie, à ce point critiquable qu'elle commande son remplacement, cette question devant être résolue au regard, essentiellement, de l'intérêt de la société* » (CA Bruxelles 9<sup>ème</sup> ch. 15 octobre 1998, RPS 1999 p 292).

« *S'il devait apparaître que la personne chargée des missions d'expertise et d'administration provisoire aurait fait preuve d'une carence telle que son remplacement s'imposerait, il serait urgent d'ordonner celui-ci afin que ces missions puissent être menées sans désemparer à leur terme telles qu'elles ont été prescrites. En particulier, il ne se concevrait pas de maintenir le pouvoir de gérer la société entre les mains d'un mandataire qui ne serait pas en mesure de le faire correctement, ce qui serait de nature à porter atteinte à l'intérêt de ladite société* » (CA Bruxelles op.cité, p.1).

L'intérêt de la société sous administration est donc le premier critère à prendre en considération.

- *quant au manque de neutralité*

#### position de la société SOCIETE1.)

Tout comme avant la cassation, la société SOCIETE1.) reproche à l'administrateur provisoire de s'être érigé en arbitre pour préjuger des différends contre l'intérêt social de la société SOCIETE2.). Dans les années 2011, 2012 et 2013 les anciens dirigeants à savoir PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.) se seraient servis dans la caisse de la société pour financer leur train de vie, un expert aurait été nommé pour vérifier les comptes et des procédures pénales auraient été engagées, ce qui aurait conduit à la nomination de l'administrateur provisoire en 2016.

Or, celui-ci n'aurait rien fait dans les affaires SOCIETE6.), PERSONNE7.), PERSONNE2.), Mme PERSONNE1.), factures PERSONNE8.), frais au profit des dirigeants (telles que commandes de vins, frais au profit de la société SOCIETE7.), frais privés), faits dénoncés dans des plaintes pénales par la société SOCIETE1.) et qui seraient toujours en cours d'instruction. L'administrateur provisoire dirait que ces frais sont passés en compte courant SOCIETE3.) et apurés ce qui serait faux. En ne posant pas d'actes interruptifs de prescription, l'administrateur provisoire aurait causé un préjudice à la société SOCIETE2.). Il n'aurait pas poursuivi contre la société SOCIETE3.) le recouvrement d'un compte courant d'associé à hauteur de plus de 2 millions d'euros.

Il aurait encore inutilement mené un recours fiscal coûteux dans l'intérêt de PERSONNE1.) devant les juridictions administratives et aurait ainsi perdu plus d'1 million d'euros sans tenter de récupérer l'argent auprès des personnes ayant occasionné l'imposition supplémentaire. Dans ce cadre, il aurait partant manqué de neutralité et d'initiative pour sauvegarder les intérêts de la société et aurait agi dans le seul intérêt de la société SOCIETE3.) par un recours ayant engendré des frais importants provenant du litismandataire Maître Jean Schaffner.

La société SOCIETE1.) critique le rapport XineX remis en audience de plaidoirie de la Cour d'appel du 10 juin 2020 par le conseil de l'administrateur provisoire, suivant lequel l'intégralité des dépenses critiquées auraient été reclassées en compte courant associé SOCIETE3.) ou SOCIETE7.) et ne porteraient partant pas préjudice à la société SOCIETE2.) pour être unilatéral et délibérément trompeur, écrit par un expert aux services duquel PERSONNE1.) aurait eu recours et qui serait incomplet comme ne visant que certains actes délictueux.

L'administrateur provisoire n'aurait également pas jugé nécessaire d'agir en lançant une action civile concernant une surfacturation par la société SOCIETE7.), appartenant à la famille PERSONNE1.), de frais de *projet management*, de sorte que la société SOCIETE1.) aurait été forcée de lancer une action minoritaire qui serait en cours devant la Cour d'appel. Cette action aurait également engendré des frais de la part du conseil de l'administrateur provisoire, Me Gspann, pour la société SOCIETE2.). Il serait faux de considérer que l'action minoritaire puisse encore être exercée, alors qu'elle serait prescrite.

#### position de Maître Yann BADEN

L'administrateur provisoire, Maître Yann BADEN, conclut à la confirmation de l'ordonnance entreprise. Il conteste que l'appelante ait rapporté la preuve d'un manquement tellement manifeste et grave à ne pas pouvoir maintenir l'administrateur en fonctions.

Il rappelle que l'administrateur jouit d'un pouvoir d'opportunité, que le remplacement ne peut être qu'une mesure subsidiaire par rapport aux autres mesures de droit à disposition des actionnaires (action minoritaire, article 1400-3 LSC en vue

d'obtenir les informations sur le fonctionnement de la société), qu'il doit s'agir d'une mesure proportionnelle aux griefs invoqués et dans l'intérêt de la société administrée.

En l'occurrence, l'appelante ferait état tardivement, à savoir pour la première fois en instance d'appel, d'un préjudice pour la société SOCIETE2.) du fait des agissements lui reprochés, ce qui serait cependant contredit par les éléments de l'espèce. Au contraire, les intérêts de la société SOCIETE2.) seraient préservés, le fonctionnement journalier, qui serait la mission principale de l'administrateur, serait assuré et ne serait pas remis en cause.

Il conteste être tenu par un devoir de neutralité et d'impartialité par rapport aux actionnaires en dehors des cas où le manquement conduirait à accomplir sa mission dans un intérêt contraire à l'intérêt de la société administrée ce qui ne serait pas le cas en l'espèce. Le préjudice allégué de la société tel que quantifié en instance d'appel par l'appelante ne serait pas établi et ne justifierait pas un remplacement de l'administrateur provisoire dont la responsabilité pourrait toujours être engagée. Il ne se justifierait également pas au regard du fait que l'appelant aurait pu prendre d'autres mesures pour assurer certaines actions telles que la nomination d'un administrateur ad hoc avec une mission spécifique, l'exercice de l'action minoritaire ou de rechercher une précision de la mission de l'administrateur.

Quant aux reproches faits par la société SOCIETE1.), il rappelle que la société SOCIETE8.), réviseur d'entreprise de la société SOCIETE2.) et de la société SOCIETE4.) avait été chargée par la CSSF, mandat confirmé par le conseil d'administration PERSONNE4.), PERSONNE5.), PERSONNE1.) et PERSONNE6.) de dresser un rapport analytique comprenant l'ensemble des faits reprochés par la société SOCIETE1.) aux anciens administrateurs de la société SOCIETE2.), rapport contradictoire qui suite à des interventions de l'appelante a été amendé, mais qui n'a pas pu confirmer les reproches de la société SOCIETE1.). Il n'appartiendrait partant pas à l'administrateur provisoire de remettre en cause les constats de cet expert contradictoire. Concernant le redressement fiscal, il n'aurait pas pu confirmer les reproches formulés par la société SOCIETE1.).

Il relève quant aux affaires pénales qu'aucun reproche ne peut être fait à la société SOCIETE2.) en raison du défaut de constitution de partie civile, dans la mesure où toute action serait de toute façon tenue en suspens du fait que le criminel tient le civil en état. L'administrateur aurait choisi de ne pas se joindre aux procès pénaux dans la mesure où les prétentions de la société SOCIETE1.) seraient restées à l'état d'allégations, n'étant appuyées par aucun document. Au contraire, les rapports SOCIETE8.) et XineX permettraient de conclure que les faits reprochés n'ont engendré aucune dépense qui paraîtrait d'ores et déjà injustifiée pour la société SOCIETE2.) et qui lui porterait préjudice. Ce serait à tort que l'appelant affirmerait que le rapport XineX se serait limité à certaines dépenses. Il prend en détail position par rapport à chacune des dépenses critiquées et la Cour renvoie à la note de Maître Yann BADEN.

Quant au reproche qu'il aurait agi dans le seul intérêt de la société SOCIETE3.) en introduisant un recours fiscal contre un redressement important mettant en cause le

fonctionnement de la société SOCIETE2.), qui aurait engendré des frais importants de Maître Jean Schaffner et constitueraient un préjudice important pour la société SOCIETE2.), Maître Yann BADEN relève que la société SOCIETE1.) n'a jamais contesté d'une quelconque façon l'intérêt de faire un tel recours in *tempore non suspecto* alors que tant la société SOCIETE1.) que ses litismandataires auraient été informés à l'époque de l'introduction d'un recours fiscal et de l'identité du litismandataire choisi par l'administrateur provisoire.

Il conteste avoir induit en erreur la société XineX ou que l'étendue du rapport XineX ne serait pas claire, le rapport mentionnant qu'il se concentre sur « l'annexe-page 8 » de la plainte pénale de la société SOCIETE1.) et les « dépenses privées » y contenues à l'exception des postes SOCIETE6.) et SOCIETE9.). Ce rapport ne viendrait qu'en confirmation du rapport SOCIETE8.) qui aurait déjà constaté que les « dépenses privées » de la plainte de la société SOCIETE1.), y compris le postes SOCIETE9.) et SOCIETE6.) ont été remboursés. Quant aux autres frais de la plainte de la société SOCIETE1.) qui incluraient de nouveau les frais SOCIETE6.) et frais de réception par rapport auxquels la société SOCIETE1.) omettrait de préciser en quoi ces frais devraient ne pas être imputables à la société SOCIETE2.), il renvoie également aux rapports SOCIETE8.) qui incluraient ces dépenses. Il conteste partant avoir pris des positions qui iraient à l'encontre des intérêts de la société SOCIETE2.).

Quant aux frais de « *project management* » qui seraient des surfacturations de la société SOCIETE7.) qui ferait partie du groupe SOCIETE3.) pour la réalisation sur les terrains SOCIETE4.) des projets immobiliers réalisés par la société SOCIETE2.) entre 2010 et 2014, il oppose qu'PERSONNE4.) qui faisant partie du groupe SOCIETE1.), a reconnu leur justification à l'égard de l'administration des contributions directes avant même sa nomination, qu'il a vérifié lui-même la justification des frais à partir de sa nomination et qu'il n'entendait pas changer le fonctionnement du groupe en soumettant les travaux à une soumission publique ou privée. Dans la mesure où une action minoritaire serait en cours, une action de sa part n'aurait pas été requise.

positions de la société SOCIETE3.), PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.)

La société SOCIETE3.), PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.) considèrent que le remplacement de l'administrateur provisoire qui exerce cette fonction depuis 2016, n'est pas opportun et n'est pas dans l'intérêt de la société SOCIETE2.). Rien ne garantirait qu'un nouvel administrateur assure une gestion différente que celle de celui en place. Il n'y aurait actuellement aucune urgence de procéder au remplacement sollicité. Ils estiment que notamment les griefs concernant les plaintes pénales ne peuvent justifier un remplacement de l'administrateur dans la mesure où elles concernent le conflit entre les actionnaires de la société SOCIETE2.), qu'elles sont antérieures à l'ordonnance des référés du 16 mars 2018, que leur appréciation dépasse le pouvoir d'appréciation du juge des référés et qu'elles sont actuellement en instruction pénale.

### **Appréciation**

*-quant aux plaintes*

En l'occurrence, concernant les plaintes déposées par la société SOCIETE1.), en supposant qu'elles aboutissent un jour à des condamnations et que la prescription soit encourue pour les mêmes faits au civil contre les administrateurs responsables, l'article 2 du Code de procédure pénale disposant que l'action civile se prescrit conformément aux lois civiles, l'administrateur provisoire pourrait voir sa responsabilité engagée, à condition que les juges du fond considèrent que ces actions rentrent dans le cadre de sa mission, dans l'hypothèse où il ne parviendrait pas non plus à récupérer les montants éventuellement détournés contre les bénéficiaires en ayant profité, de sorte qu'il n'est pas établi, *prima facie*, qu'une carence fautive et préjudiciable à la société SOCIETE2.) puisse être imputée à l'administrateur provisoire justifiant son remplacement.

De même s'il devait s'avérer par la suite, après un examen par les juges du fond, dans le contexte d'une action en responsabilité, qu'il aurait appartenu à l'administrateur provisoire de dénoncer le compte courant de la société SOCIETE3.), respectivement d'exiger des intérêts débiteurs dès son entrée en fonction, de réduire drastiquement la rémunération de l'administrateur PERSONNE2.) ou de se joindre aux plaintes déposées par la société SOCIETE1.), il pourra le cas échéant voir sa responsabilité engagée, dont la prescription n'est pas établie.

*- quant au redressement fiscal*

Il ressort d'un rapport du service de révision de l'Administration des contributions directes du 11 avril 2017 que les comptes et déclarations fiscales de la société SOCIETE2.) ont été redressés pour 3 millions d'euros. Des frais privés et des facturations ont été mises en cause. L'administrateur provisoire a introduit un recours contre ledit redressement fiscal qui a partiellement abouti, alors que le tribunal administratif a, en date du 12 octobre 2020, confirmé par un arrêt de la Cour administrative du 11 mars 2021, retenu certaines dépenses dans le redressement mais a également décidé que certains redressements n'étaient pas à considérer comme des distributions cachées.

La Cour constate d'une part qu'il ne résulte pas des pièces que la société SOCIETE1.) ait contesté la nécessité d'un recours fiscal ou le recours au cabinet d'avocats SOCIETE10.) SCS pour la défense des intérêts de la société SOCIETE2.), recours qui permettait également à l'administrateur provisoire de départager les actionnaires sur la question de la nature des dépenses supportées par la société SOCIETE2.) mises en cause par la société SOCIETE1.).

Par ailleurs, ledit recours de l'administrateur provisoire a été partiellement reçu par le tribunal administratif par son jugement du 12 octobre 2020 en ce que la décision du directeur de l'Administration des contributions directes du 14 mai 2018 a été réformée concernant les montants ajustés des frais de gestion entre la société SOCIETE2.) et la société SOCIETE4.) pour lesquels le tribunal administratif a décidé qu'elles ne sont pas à qualifier de distributions cachées de bénéfices. Le recours à la société SOCIETE10.)

SCS pour la défense des intérêts de la société SOCIETE2.) dans le recours administratif et les frais engendrés pour celle-ci ne paraît ainsi pas sans intérêt pour la société SOCIETE2.).

Il ne ressort partant pas *prima facie* que l'administrateur provisoire ait manqué de neutralité et d'impartialité dans la gestion du recours fiscal qui aurait causé un préjudice à la société SOCIETE2.) et qu'il aurait dû aller récupérer, auprès des bénéficiaires ayant profité d'avances de la société SOCIETE2.), les frais occasionnés par le recours devant les juridictions administratives.

- *quant au rapport XineX*

La question de savoir si les opérations critiquées par la société SOCIETE1.) dans la société SOCIETE2.) et qui se rapportaient à des frais privatifs de PERSONNE1.) ou ses sociétés a causé un préjudice à la société SOCIETE2.) avait été soumise par l'administrateur provisoire à une société XineX. Le rapport est critiqué pour être incomplet dans la mesure où l'administrateur n'aurait délibérément pas remis la page 8 du document annexé à la plainte pénale d'SOCIETE1.) du 29 octobre 2015 qui ne représenterait pas l'entièreté des opérations irrégulières dénoncées dans la plainte pénale, au lieu de remettre tout le document, ce qui aurait induit en erreur la Cour sur le préjudice subi par la société SOCIETE2.).

Or, le rapport XineX du 11 mars 2020 précise clairement l'envergure de sa mission et la liste des opérations qualifiées de « dépenses privées » analysées, à savoir l'annexe-page 8 des « dépenses privées » reprises dans la plainte pénale du 29 octobre 2015.

Ledit rapport énonçant clairement sa mission concernant des dépenses qualifiées de « privées » concernant les années 2010, 2011 et 2012 pour un montant total de 766.818,80,- euros et ne faisant que suite aux rapports des réviseurs agréés de la société SOCIETE2.) (SOCIETE11.) et SOCIETE8.)), la Cour ne conçoit pas la volonté délibérée de l'administrateur de tromper les juridictions sur l'intérêt de la société SOCIETE2.) dans les dépenses critiquées.

- *quant aux frais de projet management(SOCIETE7.))*

La Cour rejoint quant aux surfacturations de la société SOCIETE7.) les développements de l'administrateur provisoire, selon lesquelles il ne voyait *a priori* pas de raison de changer dès son arrivée le fonctionnement du groupe et qu'il ne voyait pas non plus de raison d'intervenir, une action minoritaire étant en cours, de sorte qu'il ne résulte pas des éléments de la cause qu'il ait agi de façon fautive et contre l'intérêt de la société SOCIETE2.).

-*quant à l'opposition d'intérêts*

La société SOCIETE1.) maintient que l'administrateur provisoire se trouve dans une situation d'opposition d'intérêts en raison de sa double nomination au niveau des

sociétés SOCIETE4.) (en janvier 2017) et KURT CONSTRUCTIONS (en mars 2016), sociétés dont les intérêts divergeraient, la société SOCIETE2.) étant chargée par la société SOCIETE4.) de la réalisation des travaux de construction et de promotion de vente d'immeubles construits dont le volume de frais de fonctionnement et les frais de « *project management* » de celle-ci dépendraient largement d'une bonne et saine gestion de la société SOCIETE2.). Cette opposition ne serait devenue flagrante que lorsqu'en septembre 2018 une somme de plus de 10 millions aurait été transférée par la société SOCIETE2.) à la société SOCIETE4.), à titre de marges nettes de promotion, qui auraient été réglées par des contrats suivant lesquels le décompte de promotion doit faire l'objet d'une validation, ce qui aurait un impact financier pour les sociétés sous administration.

Maître Yann BADEN estime que la question a été réglée dans le cadre d'un dossier intimement lié qui aurait abouti à la décision de la Cour d'appel du 29 avril 2020, suite à une demande en remplacement introduite par la société SOCIETE1.) et PERSONNE4.) à son encontre.

Il relève que les parties étaient d'accord à nommer un seul et même administrateur provisoire pour les dossiers SOCIETE2.) (dont le conseil était composé de représentants du groupe SOCIETE3.) exclusivement), SOCIETE4.) et SOCIETE5.). Il renvoie également à son mémorandum du 29 novembre 2017 au titre duquel il a noté que, lors de la constitution d'SOCIETE4.) et de la société de management, les parties étaient d'avis qu'il n'y avait pas de conflit d'intérêts alors qu'il y avait un intérêt du groupe dépassant l'intérêt des sociétés individuelles. En l'occurrence, aucun intérêt personnel dont la défense ou la prise en compte pourrait empêcher d'exécuter de façon correcte la mission ou influencer sur la mission dont il est investi ne serait allégué.

La société SOCIETE3.), PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.) renvoient également à l'arrêt de la Cour d'appel mentionné par l'administrateur provisoire et précisent qu'il ne fait qu'assurer la continuité d'une gestion d'ores et déjà existante entre les trois sociétés, qu'elle est antérieure au renouvellement du mandat de l'administrateur provisoire et se heurte à l'autorité de la chose jugée.

La Cour considère au regard de la structure du groupe de sociétés composé par les sociétés SOCIETE4.), SOCIETE5.) et SOCIETE2.) et de sa gouvernance tel qu'elles préexistaient à la nomination de l'administrateur provisoire que l'intérêt social distinct des sociétés ne résulte pas à l'évidence des éléments de la cause. En effet, toutes les sociétés visées appartiennent pour moitié aux sociétés SOCIETE3.) et SOCIETE1.), qui ont même, à l'origine, accepté la nomination d'un même administrateur provisoire pour les trois entités du groupe. Il s'agissait en apparence d'assurer l'intérêt du groupe.

Par ailleurs, l'appelante reste en défaut de justifier en quoi le transfert visé aurait préjudicié l'intérêt de la société SOCIETE2.) et justifierait un remplacement immédiat de l'administrateur provisoire.

- *quant au problème de gouvernance*

L'appelante reproche à l'administrateur provisoire des inactions et omissions dans l'amélioration de la gouvernance.

Aux termes de l'arrêt de Cassation du 10 novembre 2022, l'appelante a invoqué le moyen selon lequel l'administrateur n'a rien entrepris pour solutionner le problème de gouvernance de la société SOCIETE2.), que cette dernière n'a toujours pas de conseil d'administration et que l'administrateur provisoire n'a proposé aucun candidat et n'a fait aucun appel à candidatures afin de régler ce problème ; qu'il n'a pas non plus convoqué d'assemblée générale pour effectuer une tentative de nomination de nouveaux administrateurs, alors qu'elle avait proposé de reconstituer le conseil d'administration par deux représentants de la société SOCIETE1.) et deux représentants de la société SOCIETE3.) et de mettre en place un système d'alternance pour le Président et que l'administrateur provisoire n'a jamais donné suite à cette proposition, qu'il ne l'a jamais soumise à l'assemblée générale des actionnaires.

Elle a considéré qu'en écartant la demande en remplacement de l'administrateur provisoire présentée par la demanderesse en cassation, basée sur le reproche, développé dans son acte d'appel, tiré des inactions et omissions de l'administrateur provisoire dans l'amélioration de la gouvernance de la société dont il assure la gestion, partant un reproche précis requérant réponse, sans se prononcer sur la réalité du reproche de carence allégué, les répercussions éventuelles de cette carence et l'existence dans ce cadre d'un manquement grave à ses devoirs de nature à justifier son remplacement, il y aurait eu défaut de motivation encourageant cassation.

Maître Yann BADEN soutient que si l'administrateur provisoire dessaisit les dirigeants de droit, il n'est cependant pas investi de la plénitude des pouvoirs de ce ceux-ci. Une solution au problème de gouvernance ou une tentative de conciliation ne ferait partie de sa mission que si sa mission le lui conférerait expressément, ce qui ne serait pas le cas en l'occurrence. Par ailleurs, en l'absence d'une volonté des actionnaires, l'administrateur provisoire ne serait pas en mesure de résoudre le problème de gouvernance. Il dit avoir fait des suggestions dès le 7 février 2018 (réitérés par courrier du 10 juillet 2019) lorsqu'il aurait proposé aux actionnaires des sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE3.) une solution aux gouvernances des sociétés SOCIETE4.), SOCIETE5.) et SOCIETE2.) sur base des principes de la nomination d'un associé commandité professionnel, tiers et neutre dans la chef de la société SOCIETE4.), du remplacement de l'administration de la société SOCIETE4.) par une administration centrale professionnelle tierce et neutre, de la confirmation de SOCIETE8.) comme réviseur agréé de la société SOCIETE4.), de la gestion de SOCIETE2.) par le nouvel associé commandité de la société SOCIETE4.), à terme et fonction de la décision au fond : une scission des patrimoines et compartiments afin de séparer les deux actionnaires. Cette suggestion aurait été rejetée sans explication par la société SOCIETE1.). Dans son courrier du 29 mai 2018, Maître Gspann aurait suggéré un procédé de médiation. Par courrier du 28 février 2023 l'administrateur provisoire aurait ensuite proposé la liquidation de la société SOCIETE2.), ce que les parties auraient refusé. Le 4 janvier 2023, la société SOCIETE1.) aurait demandé la convocation d'une assemblée générale pour modification des statuts et la nomination d'un nouveau conseil d'administration, ce que l'assemblée générale convoquée par l'administrateur provisoire aurait refusé sous

les voix de la société SOCIETE3.). Les parties se seraient, dans un premier temps, concentrées sur la société SOCIETE4.).

Il relève également que dès novembre/décembre 2016, les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE3.) l'avaient prié de tenir des pourparlers d'arrangement. Bien qu'il n'aurait pas encore été l'administrateur provisoire de la société SOCIETE4.), les pourparlers ne se seraient concentrés que sur celle-ci, ce qui témoignerait de ce que la priorité des parties était au départ la solution du problème de la société SOCIETE4.).

Il fait observer que sa gestion courante de la société SOCIETE2.) n'est pas mise en cause.

La société SOCIETE3.), PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.) font valoir que la question de la gouvernance échappe au pouvoir d'appréciation de la juridiction des référés. Il appartiendrait à une assemblée générale extraordinaire (dès lors aux actionnaires eux-mêmes) et non pas à l'administrateur provisoire de reconstituer un conseil d'administration de la société SOCIETE2.).

Le 24 avril 2023 une assemblée générale se serait finalement tenue avec comme ordre du jour la recomposition du conseil d'administration de la société SOCIETE2.).

Il n'est pas contesté que dès le 7 février 2018, l'administrateur provisoire a proposé de remplacer au niveau d'SOCIETE4.) l'associé commandité par un gestionnaire externe et de faire gérer la société SOCIETE2.) par le même nouvel associé d'SOCIETE4.), proposition qui a été rejetée par l'appelante. Au vu des divergences accrues entre les actionnaires, un procédé de médiation a ensuite été suggéré. Il paraît dès lors que c'est à nouveau l'opposition de l'appelante qui voulait imposer la composition du conseil d'administration qu'elle proposait par lettre du 20 mars 2018 qui ait empêché qu'un nouveau conseil d'administration puisse être formé. Les parties étaient ensuite en litige pour l'exercice des droits de vote de la société SOCIETE1.) dans la société SOCIETE2.) ce qui a abouti à un jugement commercial du 1<sup>er</sup> juin 2022. La dernière tentative de l'administrateur provisoire du 24 avril 2023, pour la réunion d'une assemblée générale extraordinaire aux fins d'élection d'un nouveau conseil d'administration, n'a également pas abouti en raison de l'insistance de l'appelante de vouloir mettre en place un système de quatre administrateurs et d'alternance pour le Président qui aurait une voix prépondérante, proposition rejetée par la société SOCIETE3.) pour des raisons exposées dans une lettre du 9 février 2023. Ces constatations ne permettent pas de conclure, *prima facie*, que l'administrateur provisoire n'aurait pas rempli ses obligations d'administration et de gestion au quotidien au point où l'urgence de son remplacement s'imposerait.

En effet, les efforts fournis, même au niveau de la holding du groupe paraissent autant de tentatives de rétablissement de la gouvernance du groupe et de la société SOCIETE2.).

Il résulte de ce qui précède qu'une carence grave de l'administrateur provisoire dans sa gestion du rétablissement de la gouvernance de la société SOCIETE2.) ne peut pas être retenue comme élément de nature à justifier son remplacement.

En effet, un autre administrateur provisoire aurait été et serait confronté aux mêmes oppositions que l'administrateur provisoire en charge, à savoir le refus systématique de l'un des actionnaires (50/50) aux propositions de solution quant à la gouvernance.

- *quant au défaut d'approbation des comptes annuels 2011 à 2016, au manque de réviseur et de tenues d'assemblées générales*

La société SOCIETE1.) fait valoir que le remplacement de l'administrateur provisoire se justifie par son manque de finalisation des comptes 2015 et 2016. Cela lui aurait pris cinq années pour convoquer une assemblée générale pour soumettre les comptes. Il les aurait soumis avec un retard tel qu'aucune action en responsabilité ne serait plus possible à son encontre.

Maître Yann BADEN réplique que ce seraient les actionnaires qui auraient refusé d'approuver les comptes après 2010, de sorte qu'il aurait dû se limiter à la gestion courante. Par la suite, un différend sur la question de l'identité du réviseur au compte, ayant abouti à un accord de nommer la société Avega s. à r.l., comme réviseur statutaire de la société SOCIETE2.), qui sera finalement entériné par une assemblée générale du 15 juillet 2020, aurait empêché l'administrateur provisoire de présenter utilement des comptes à l'assemblée générale de la société SOCIETE2.). Actuellement, et par assemblée générale du 24 avril 2023, les comptes des années 2011 à 2015 auraient été approuvés et l'audit des exercices postérieurs serait en cours. La comptabilité au jour le jour se ferait normalement.

La société SOCIETE3.), PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.) font plaider que cette question a déjà été résolue dans le cadre d'une ordonnance du 16 mars 2018. Par ailleurs, ce serait la société SOCIETE1.) elle-même qui se serait rendue coupable de la situation de blocage empêchant l'approbation des comptes de la société SOCIETE2.), dès lors qu'elle mettait en doute la personne en charge de la révision des comptes. Le grief ne serait pas de nature à démontrer une violation flagrante des obligations de l'administrateur provisoire. Le grief concernant le réviseur d'entreprise ne serait également pas pertinent en considération du fait que le cabinet de réviseurs d'entreprise Avega s. à r.l. serait chargé de la révision des comptes des exercices 2014 à 2020. Il ne pourrait encore être reproché à l'administrateur provisoire de ne pas avoir tenu d'assemblées générales, de telles assemblées auraient été tenues le 15 juillet 2020, le 2 avril 2021 et le 24 avril 2023.

La Cour considère qu'en l'espèce aucun reproche ne peut *prima facie* être fait à l'administrateur provisoire du fait que la publication des comptes a été retardée par le désaccord des actionnaires sur la personne du réviseur, problème qui a été finalement réglé, les comptes de 2011 à 2015 ayant été approuvés suivant assemblée générale du 24 avril 2023.

Il ressort également des pièces que l'administrateur provisoire a convoqué une assemblée générale pour la date du 27 février 2024 pour l'approbation des comptes au 31 décembre 2016 et la décharge à donner aux membres du conseil d'administration de la société SOCIETE2.) pour l'exercice se terminant au 31 décembre 2016, de sorte qu'un reproche de défaut de tenue d'assemblées générales n'est également pas fondé.

Reste à noter que la question de savoir si la société SOCIETE2.) avait eu un réviseur d'entreprise pour la vérification des comptes pour les années 2014-2020 a fait l'objet d'un litige entre parties qui a finalement été résolu par la nomination d'Avega S.à.r.l. en assemblée générale des actionnaires du 15 juillet 2020.

Aucun reproche préjudicant à l'intérêt de la société sous gouvernance justifiant le remplacement de l'administrateur provisoire n'est partant établi quant à ces griefs.

- *quant au manque de transparence (notes d'honoraires et rapport)*

La société SOCIETE1.) reproche encore à l'administrateur provisoire de rendre impossible de vérifier ce qu'il a fait, de ne pas déposer de rapports et de ne pas être clair dans ses honoraires.

L'administrateur provisoire estime que ses notes d'honoraires sont suffisamment détaillées, qu'elles ne sont pas du ressort de la société SOCIETE1.) et qu'elles ont été confirmées par les avis de deux anciens bâtonniers PERSONNE9.) et PERSONNE10.) au vu de la complexité du dossier, des enjeux, de l'ancienneté de l'administrateur provisoire et du contexte alors que la société SOCIETE2.) cumulerait un chiffre d'affaire pour les années 2016 à 2021 de 145.556.456,- euros.

La société SOCIETE3.), PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.) se rapportent à la sagesse de la Cour sur la question de savoir si et dans quelle mesure l'administrateur provisoire doit faire son rapport d'activités aux actionnaires, même s'il l'aurait fait de son propre gré le 14 octobre 2022. Ils critiquent le caractère vague des accusations portées par la société SOCIETE1.) et le fait que cette société multiplie les actions contre l'administrateur provisoire ce qui se ferait sentir sur ses honoraires.

La société SOCIETE1.) reste en défaut de justifier de l'obligation de l'administrateur provisoire de se rapporter à elle et de l'atteinte à l'intérêt de la société SOCIETE2.) par des notes d'honoraires qui manqueraient de clarté. Ses reproches relatifs aux notes d'honoraires de l'administrateur provisoire manquent de précision, de sorte qu'aucune carence de l'administrateur provisoire justifiant son remplacement ne peut *prima facie* être retenue.

En conclusion, en considération de l'intérêt de la société SOCIETE2.) dont la gestion au quotidien paraît assurée, et au vu des développements qui précèdent, le remplacement de l'administrateur provisoire ne se justifie pas.

L'appel de la société SOCIETE1.) est partant à déclarer non fondé en ce qu'il tend au remplacement de l'administrateur provisoire.

- *Quant à la demande de nomination d'un deuxième administrateur*

Dans ses notes déposées en instance d'appel, la société SOCIETE1.) maintient en instance d'appel sa demande subsidiaire de voir nommer un deuxième administrateur provisoire pour la société SOCIETE2.) devant agir conjointement avec l'administrateur provisoire Maître Yann BADEN, et sous la double signature avec celui-ci. Cette adjonction se justifierait au vu des griefs reprochés à l'administrateur provisoire nommé.

La Cour ne conçoit actuellement pas la nécessité d'adjonction d'un coadministrateur, qui engendrerait des frais supplémentaires pour la société SOCIETE2.), et dont l'urgence n'a pas par ailleurs pas été justifiée, de sorte que la demande subsidiaire n'est pas fondée.

- *Quant à l'appel incident de Maître Yann BADEN, de la société SOCIETE3.), PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.).*

Maître Yann BADEN demande à voir prolonger la durée de sa mission jusqu'à ce qu'une décision définitive ait statué sur la demande en dissolution introduite contre les sociétés SOCIETE4.) et SOCIETE5.), sinon jusqu'à la désignation effective du nouveau conseil d'administration de la société SOCIETE2.).

La société SOCIETE1.) estime que la durée du mandat de l'administrateur provisoire devrait être prolongée de six mois seulement, pour vérifier après les six mois s'il s'est conformé à ses obligations en matière de droit des sociétés.

Le juge des référés a limité la durée du renouvellement du mandat de l'administrateur à l'issue de la procédure pendante devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg introduite par l'assignation du 27 février 2018. Dans la mesure où cette assignation vise uniquement à obtenir la nomination d'un administrateur ad hoc pour voter en lieu et place de la société SOCIETE1.) dans le cadre d'une assemblée devant se prononcer sur la composition d'un nouveau conseil d'administration de la société, elle ne réglera pas de plein droit la problématique de la gouvernance de la société SOCIETE2.).

Par réformation de l'ordonnance entreprise, il y a dès lors lieu de prolonger le mandat de l'administrateur provisoire Maître Yann BADEN jusqu'à la désignation effective du nouveau conseil d'administration de la société SOCIETE2.).

**PAR CES MOTIFS :**

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

statuant à la suite de l'arrêt no NUMERO6.) de la Cour de cassation du 10 novembre 2022,

dit la demande de la société SOCIETE1.) tendant à la modification de la mission de l'administrateur provisoire irrecevable,

dit l'appel principal non fondé et l'appel incident recevable et fondé,

partant confirme l'ordonnance entreprise, sauf à préciser que le mandat de Yann BADEN se poursuivra jusqu'à la désignation effective du nouveau conseil d'administration de la société SOCIETE2.) S.A.,

condamne la société SOCIETE1.) aux frais et dépens de l'instance d'appel.