

No. rôle: 177250
Référé no. 463/2016
du 26 août 2016

Audience publique extraordinaire de vacation des référés du vendredi, 26 août 2016, tenue par Nous Laurence JAEGER, premier juge, siégeant comme juge des référés, en remplacement du président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, assistée du greffier assumé Loïc PAVANT.

DANS LA CAUSE

ENTRE

la société à responsabilité limitée SAINT BARTH DREP 3 SARL, établie et ayant son siège social à L-1930 Luxembourg, 16A, Avenue de la Liberté, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B179527, représentée par ses gérants actuellement en fonctions,

élisant domicile en l'étude de Maître Sylvie DENAYER, avocat, demeurant à Luxembourg,

partie demanderesse comparant par Maître Sylvie DENAYER, avocat, demeurant à Luxembourg,

ET

1. **la société à responsabilité limitée COLFIN GRAND-CUL-DE-SAC FUNDING SARL**, établie et ayant son siège social à L-1511 Luxembourg, 121, Avenue de la Faïencerie, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B179985, représentée par son/ses gérant(s) actuellement en fonctions,
2. **la société anonyme DUET TRUST AND FIDUCIARY SERVICES SA**, établie et ayant son siège social à L-1930 Luxembourg, 16A, Avenue de la Liberté, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B89325, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

parties défenderesses comparant par la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, représentée par Maître François KREMER, avocat, demeurant à Luxembourg,

3. **la société à responsabilité limitée SAINT BARTH DREP 1 SARL**, établie et ayant son siège social à L-1930 Luxembourg, 16A, Avenue de la Liberté, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B179516, représentée par ses gérants actuellement en fonctions,

partie défenderesse comparant par Maître Véronique HOFFELD, avocat, et par Maître Claudia LENERTZ, avocat, en remplacement de Maître Véronique HOFFELD, avocat, les deux demeurant à Luxembourg.

4. **la société anonyme SGF Group SA**, établie et ayant son siège social à L-1930 Luxembourg, 16A, Avenue de la Liberté, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B44531, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

partie défenderesse comparant par Maître Michaël PIROMALLI, avocat, en remplacement de Maître Michel SCHWARTZ, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

5. **la société anonyme ING Luxembourg SA**, établie et ayant son siège social à L-2965 Luxembourg, 52, Route d'Esch, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B6041, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions

partie défenderesse comparant par Maître Alexandre CAYPHAS, avocat, demeurant à Luxembourg, **actuellement défailante.**

F A I T S :

Les faits et rétroactes de l'affaire résultent à suffisance de droit des qualités et considérants de l'ordonnance de référé no. 446/2016 du 12 août 2016 et dont le dispositif est conçu comme suit:

« PAR CES MOTIFS

Nous Marielle RISCHETTE, premier juge, siégeant comme juge des référés, en remplacement du président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, statuant contradictoirement;

recevons la demande en la forme,

Nous déclarons compétent pour en connaître,

disons irrecevable la demande tendant à voir « ordonner la mise sous séquestre des 14.000 actions et des « Convertible Preferred Equity Certificates » émises par la société anonyme DUET TRUST AND FIDUCIARY SERVICES SA, ainsi que des 108.050 parts B et des « Convertible Preferred Equity Certificates » émises par la société à responsabilité limitée SAINT BARTH DREP 1 SARL appropriées par la société à responsabilité limitée COLFIN GRAND-CUL-DE-SAC FUNDING SARL le 13 avril 2016 ainsi que des comptes bancaires auprès de la société ING Luxembourg SA objet de l'exécution réalisée par la société à responsabilité limitée COLFIN GRAND-CUL-DE-SAC FUNDING SARL, afin d'empêcher que ces titres et les sommes figurant sur ces comptes ne soient transférés, accaparés, cédés, vendus ou donnés de quelque manière que ce soit, de sorte à préserver les droits et intérêts de la requérante jusqu'à ce que le fond du litige ayant trait à l'exécution des gages soit vidé par une décision coulée en force de chose jugée », ainsi que les demandes en découlant, à savoir la nomination d'un séquestre, la mission du séquestre, la transcription de la mesure sur les registres et la consignation des sommes percevables sur base des titres et comptes bancaires entre les mains du séquestre,

disons irrecevable la demande tendant à voir « faire interdiction à la société à responsabilité limitée COLFIN GRAND-CUL-DE-SAC FUNDING SARL de se défaire d'une quelconque manière que ce soit des actions et « Convertible Preferred Equity Certificates » émises par la société anonyme DUET TRUST AND FIDUCIARY SERVICES SA ainsi que des parts et « Convertible Preferred Equity Certificates » émises par la société à responsabilité limitée SAINT BARTH DREP 1 SARL et des sommes figurant sur les comptes bancaires objet de la mesure d'exécution perpétrée par la société à responsabilité limitée COLFIN GRAND-CUL-DE-SAC FUNDING SARL, jusqu'à la délivrance d'une décision coulée en force de chose jugée vidant le fond du litige ayant trait à l'exécution abusive des garanties »,

refixons les autres volets de la demande à l'audience de vacation du 22 août 2016 à 9.00 heures, au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, bâtiment TL, salle TL. 1.07 sis au premier étage à la Cité Judiciaire, Plateau du Saint-Esprit à Luxembourg-Ville ;

réserveons les droits des parties, ainsi que les frais et dépens de l'instance. »

A l'audience publique de vacation des référés du lundi matin, 22 août 2016, Maître Sylvie DENAYER donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite et exposa ses moyens.

Maître François KREMER, Maître Véronique HOFFELD et Maître Michaël PIROMALLI furent entendus en leurs conclusions et explications.

La partie défenderesse sub 5) ne comparut plus à l'audience.

Sur ce, l'affaire fut refixée à l'audience du lundi après-midi, 22 août 2016, pour continuation des débats.

A l'audience publique ordinaire de vacation des référés du lundi après-midi, 22 août 2016, Maître Sylvie DENAYER, Maître François KREMER et Maître Claudia LENERTZ furent entendus en leurs conclusions.

Les parties défenderesses sub 4) et sub 5) ne comparurent plus à l'audience.

Sur ce, le juge des référés prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique extraordinaire de vacation des référés de ce jour l

O R D O N N A N C E

qui suit:

Revu l'ordonnance de référé n° 446/2016 rendue le 12 août 2016 qui, après avoir reçu la demande en la pure forme, a :

- dit irrecevable la demande tendant à voir « ordonner la mise sous séquestre des 14.000 actions et des « *Convertible Preferred Equity Certificates* » émises par la société anonyme DUET TRUST AND FIDUCIARY SERVICES SA, ainsi que des 108.050 parts B et des « *Convertible Preferred Equity Certificates* » émises par la société à responsabilité limitée SAINT BARTH DREP 1 SARL appropriées par la société à responsabilité limitée COLFIN GRAND-CUL-DE-SAC FUNDING SARL le 13 avril 2016 ainsi que des comptes bancaires auprès de la société ING Luxembourg SA objet de l'exécution réalisée par la société à responsabilité limitée COLFIN GRAND-CUL-DE-SAC FUNDING SARL, afin d'empêcher que ces titres et les sommes figurant sur ces comptes ne soient transférés, accaparés, cédés, vendus ou donnés de quelque manière que ce soit, de sorte à préserver les droits et intérêts de la requérante jusqu'à ce que le fond du litige ayant trait à l'exécution des gages soit vidé par une décision coulée en force de chose jugée »,
- dit irrecevables les demandes en découlant, à savoir la nomination d'un séquestre, la mission du séquestre, la transcription de la mesure sur les

registres et la consignation des sommes percevables sur base des titres et comptes bancaires entre les mains du séquestre,

- dit irrecevable la demande tendant à voir « faire interdiction à la société à responsabilité limitée COLFIN GRAND-CUL-DE-SAC FUNDING SARL de se défaire d'une quelconque manière que ce soit des actions et « *Convertible Preferred Equity Certificates* » émises par la société anonyme DUET TRUST AND FIDUCIARY SERVICES SA ainsi que des parts et « *Convertible Preferred Equity Certificates* » émises par la société à responsabilité limitée SAINT BARTH DREP 1 SARL et des sommes figurant sur les comptes bancaires objet de la mesure d'exécution perpétrée par la société à responsabilité limitée COLFIN GRAND-CUL-DE-SAC FUNDING SARL, jusqu'à la délivrance d'une décision coulée en force de chose jugée vidant le fond du litige ayant trait à l'exécution abusive des garanties »,
- refixé les autres volets de l'affaire à une audience ultérieure.

Il reste à toiser les trois demandes de la société à responsabilité limitée SAINT BARTH DREP 3 SARL (ci-après « SBD3 ») suivantes :

- demande tendant à voir ordonner la suspension jusqu'à la délivrance d'une décision coulée en force de chose jugée vidant le fond du litige ayant trait à l'exécution des gages, des effets de la décision prise par COLFIN le 13 avril 2016, en qualité d'actionnaire unique de la société DUET TRUST AND FIDUCIARY SERVICES (ci-après « DTFS »), révoquant les administrateurs de cette dernière et nommant un administrateur unique,
- demande tendant à voir dire que de par l'effet de cette suspension et pendant sa durée DTFS sera valablement représentée et administrée par les anciens administrateurs de DTFS en place avant la révocation du 13 avril 2016,
- demande subsidiaire tendant à voir procéder à la nomination d'un administrateur provisoire jusqu'à la délivrance d'une décision coulée en force de chose jugée vidant le fond du litige ayant trait à l'exécution des gages, avec la mission suivante : « *gérer DTFS dans les meilleurs de ses intérêts en posant les actes d'administration courants, outre les missions spéciales de:*

1) *A titre principal, veiller à l'entretien des Villas avec interdiction de procéder à leur vente (sauf accord conjoint écrit de SBD3 et de COLFIN) jusqu'à la délivrance d'une décision coulée en force de chose jugée vidant le fond du litige ayant fruit à l'exécution des Gages,*

sinon au moins s'assurer que la vente des Villas se fasse à des conditions de vente normales, dans le meilleur intérêt de DTFS et veiller à ce que le solde résultant sur le prix de vente des Villas demeure entre les mains de DTFS;

2) *veiller à la défense des intérêts de DTFS face aux réclamations émises par Barthelemy Holdings, y notamment compris, contester de manière circonscrite les mise en demeure adressées le 18 mai 2016 et 10 août 2016*

au nom Barthelemy Holdings par le cabinet Ropes & Gray et le cas échéant, s'assurer que DTFS soit dûment représentée en justice en cas de recours judiciaire entrepris par Barthelemy Holdings ou une de ses filiales,

3) *veiller à la défense des intérêts de DTFS vis à vis de l'appropriation par COLFIN des titres émis par SBD1 (parts et CPECS), en ce notamment compris:*

- *porter devant le juge des référés une demande de mise en séquestre des titres émis par SBD1 (parts et CPECS),*
- *reprendre pour le compte de DTFS les demandes formulées par SBD3 dans l'assignation du 4 mai 2016, quant aux restitutions et paiements à effectuer en faveur de DTFS,*

et cela jusqu'à ce que le fond du litige ayant trait à l'exécution des gages opposant SBD3 à COLFIN soit vidé par une décision coulée en force de chose jugée ou par un accord transactionnel entre SBD3 et COLFIN,

avec la précision que dès lors qu'un acte autre que ceux-visés ci-dessus, lui paraîtrait dépasser l'administration pure et simple de la société mais indispensable à la préservation des intérêts de DTFS, il demeurera possible à l'administrateur provisoire de solliciter en référé une autorisation spéciale »,

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

Il est rappelé que les demandes sont basées sur les articles 933 alinéa 1^{er} et 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile.

L'exposé des faits, des prétentions et des moyens des parties ayant été relaté de manière circonstanciée dans l'ordonnance de référé du 12 août 2016, il y est expressément renvoyé.

Quant à la recevabilité des demandes

COLFIN, DTFS et SBD1 soulèvent tout d'abord l'irrecevabilité des demandes présentées par SBD3 pour défaut de qualité et d'intérêt à agir dans son chef, au motif que celle-ci n'aurait plus la qualité d'actionnaire suite à la réalisation des gages en date du 13 avril 2016. SBD3 réplique que, dans la mesure où elle conteste l'exécution de ces gages, elle aurait qualité et intérêt à agir.

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

Or, le bien-fondé du droit invoqué ne se vérifie pas lors de l'appréciation de la recevabilité de la demande (cf. Cour 20 mars 2002, numéro 25592 du rôle).

Toute personne qui prétend qu'une atteinte a été portée à un droit lui appartenant et qui profitera personnellement de la mesure qu'elle réclame a un intérêt personnel à agir en justice et donc qualité pour ce faire.

En l'espèce, SBD3, qui se prétend toujours actionnaire de DTFS et qui poursuit en cette qualité la désignation d'un administrateur provisoire afin de voir sauvegarder ses droits d'actionnaire, justifie dès lors sa qualité et son intérêt à agir.

A noter, dans ce contexte, que c'est en vain que COLFIN et DTFS, pour asseoir leur moyen d'irrecevabilité, renvoient à une ordonnance de référé n° 468/2015 rendue le 6 octobre 2015, alors que les prémisses à la base de ce litige diffèrent de celles du présent litige. En effet, si, dans l'espèce ayant donné lieu à la prédite ordonnance du 6 octobre 2015, il a été retenu que la demanderesse ne pouvait se prévaloir d'une quelconque apparence de propriété sur les parts sociales litigieuses et que dès lors elle ne pouvait être considérée comme une personne lésée, cette décision s'inscrit dans le contexte particulier d'une autre ordonnance de référé du 15 juillet 2015 qui avait écarté le moyen tiré de l'irrégularité des nantissements et dont le juge des référés, dans son ordonnance du 6 octobre 2015, a dû tenir compte. Force est toutefois de rappeler que dans la présente espèce, il n'existe, à l'heure actuelle, aucune décision relative à la régularité, respectivement à l'irrégularité, de la réalisation des gages.

Il suit des considérations qui précèdent que le moyen d'irrecevabilité tiré du défaut de qualité et d'intérêt à agir dans le chef de la société demanderesse SBD3 est à rejeter.

Quant à la demande tendant à voir suspendre les effets de la décision prise par COLFIN le 13 avril 2016, révoquant les administrateurs de DTFS et nommant un administrateur unique et à voir réintégrer les anciens administrateurs de DTFS

D'emblée, il est relevé que cette demande tend à voir suspendre les effets de la réalisation des gages, étant donné que ce n'est que suite à la réalisation, en date du 13 avril 2016, des gages lui octroyés en garantie du remboursement du prêt, que COLFIN est devenue propriétaire de toutes les actions et CPECs émis par DTFS ainsi que des parts sociales et CPECs émis par SBD1, qu'elle a procédé à la modification des statuts de DTFS, révoqué les anciens administrateurs, **A.)**, **B.)** et **C.)**, et nommé COLONY LUXEMBOURG comme administrateur unique de DTFS.

Aux termes de l'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile, « 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 ».

Il est rappelé que SBD3 insiste sur le caractère abusif de la réalisation des gages par COLFIN, laquelle aurait méconnu les principes de bonne foi et de loyauté ainsi que de préclusion ou d'estoppel en maintenant l'apparence de négociations sur le quatrième *Forbearance agreement* tout en préparant l'exécution des gages. Par exploit d'huissier du 4 mai 2016, elle a d'ailleurs fait donner assignation au fond à

COLFIN, DTFS, SBD1, SGF GROUP et ING LUXEMBOURG aux fins notamment de voir constater que l'exécution des gages est sinon nulle et irrégulière, du moins frauduleuse et abusive, et de se voir allouer des dommages et intérêts subséquents.

Faisant exposer que du fait de la réalisation des gages, elle a perdu son actif essentiel et que du fait de la gestion inappropriée de DTFS par COLONY LUXEMBOURG, elle risque de retrouver DTFS au bord de la faillite - compte tenu notamment du risque significatif que COLONY LUXEMBOURG fasse prévaloir les intérêts de COLFIN sur ceux de DTFS - SBD3 estime utile de réintégrer les anciens administrateurs dans DTFS.

COLFIN, DTFS et SBD1 estiment, pour leur part, que COLFIN était parfaitement en droit d'exécuter les gages qui lui avaient été octroyés en garantie du remboursement du prêt, étant donné notamment qu'aucun quatrième *Forbearance Agreement* n'a été signé entre parties. Pour le surplus, ils renvoient à l'ordonnance de référé du 12 août 2016 ainsi qu'à diverses décisions rendues par la cour d'appel et insistent sur le fait que le juge de référés ne saurait remettre en cause l'exécution des contrats de garantie financière.

SGF GROUP affirme qu'elle acceptera la décision prise par le juge des référés.

Si l'existence d'un différend et l'urgence sont les deux conditions résultant de l'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile, il convient toutefois d'ajouter que, même en présence d'un différend sérieux et dans une situation urgente, l'intervention du juge des référés peut ne pas se justifier après la mise en balance des intérêts respectifs (cf. Cour 3 novembre 2010, n° 35824).

En ce qui concerne l'urgence, il convient de se demander si la mesure sollicitée peut être qualifiée de mesure provisoire urgente, alors que, dans la situation de l'espèce où, a priori, les gages ont été réalisés, ces opérations d'exécution des gages peuvent faire l'objet d'une action en responsabilité de la part du lésé (cf. en ce sens également Cour préc. 3 novembre 2010).

Tel que l'a, par ailleurs, d'ores et déjà retenu à bon droit le juge des référés dans son ordonnance du 12 août 2016, il est constant en cause que les gages litigieux sont soumis à la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garanties financières portant transposition de la directive 2002/47/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière, qui constitue une loi de police.

La Directive Collatéral expose dans son considérant 17 : « *La présente directive prévoit des procédures d'exécution rapide et non formelles afin de préserver la stabilité financière et de limiter les effets de contagion en cas de défaillance d'une partie à un contrat de garantie financière. Elle concilie cependant ces objectifs avec la protection du constituant de la garantie et des tiers en confirmant expressément la possibilité pour les Etats membres de conserver ou d'introduire dans leur législation nationale un contrôle a posteriori que les tribunaux peuvent exercer en ce qui concerne la réalisation ou l'évaluation de la garantie financière et le calcul des obligations financières couvertes. Ce contrôle devrait permettre aux autorités*

judiciaires de vérifier que la réalisation ou l'évaluation a été effectuée dans des conditions commerciales normales ».

Un tel contrôle a posteriori, dans le cadre d'une action en responsabilité, reste parfaitement réalisable sans l'intervention du juge des référés au stade actuel de la procédure (cf. Cour 27 janvier 2016, n° 42760 et 42971 du rôle).

Si l'article 20 (4) de la Directive n'interdit pas au juge des référés de prendre des mesures urgentes, celui-ci ne saurait toutefois prendre, comme c'est sollicité en l'espèce, des mesures qui auraient pour conséquence de paralyser le fonctionnement d'une société et qui rendraient inopérantes les dispositions aux termes desquelles l'exécution des contrats de garantie financière et l'exécution des obligations contractées par les parties en vertu de ces contrats se poursuit, nonobstant toutes sortes de mesures coercitives prévues à l'article 19 (b) de la loi.

Si l'exécution des contrats de garantie financière ne saurait être interrompue, a fortiori ne saurait-elle être remise en cause en référé par des mesures qui affectent des opérations déjà enregistrées (cf. Cour préc. 26 janvier 2016).

Il s'ensuit que la demande de SBD3 tendant à voir suspendre les effets de la réalisation des gages révoquant les administrateurs de DTFS est à déclarer irrecevable sur base de l'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile.

Selon l'article 933 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile : « le président, ou le juge qui le remplace, peut toujours prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour préserver un dommage imminent, soit pour cesser un trouble manifestement illicite... ».

La demande de SBD3 encourt le même sort sur ce fondement. En effet, les mêmes considérations que ci-avant développées valent à propos des mesures prétendument conservatoires demandées. En effet, si les agissements prétendument frauduleux de COLFIN et les conditions de réalisation des gages peuvent faire l'objet d'un contrôle *a posteriori*, de sorte que si COLFIN a engagé sa responsabilité, il y a lieu à indemnisation, il n'y a pas lieu de remettre en cause, en référé, les conséquences de la réalisation des garanties financières en ordonnant la suspension des effets de la décision de COLFIN de révoquer les administrateurs de DTFS.

Il est notamment rappelé, dans ce contexte, que le juge des référés se doit de statuer conformément à la situation telle qu'elle se présente au moment où il rend sa décision et que, de par la réalisation des gages en date du 13 avril 2016, COLFIN a pu légitimement nommer un autre administrateur pour DTFS, le gage ayant été – rappelons-le – réalisé et faisant actuellement l'objet d'un recours au fond. Dans ces conditions, il est évident que le juge des référés ne saurait ordonner la réintégration dans leurs fonctions précédentes des anciens administrateurs de DTFS.

Finalement, il convient de préciser que la doctrine est très récalcitrante quant à l'intervention du juge des référés en cette matière (cf. notamment dans ce sens A. ELVINGER, Loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière : Compétence du juge des référés et admissibilité de son intervention, ALJB – Bulletin Droit et Banque n° 58 – Juin 2016, p. 13 et suiv.).

Quant à la demande en nomination d'un administrateur provisoire

SBD3 fait valoir que toutes les décisions prises par COLFIN consécutivement à la réalisation des gages le 13 avril 2016 risqueraient d'avoir des conséquences extrêmement préjudiciables pour DTFS. Ainsi, les intérêts de l'administrateur unique, COLONY LUXEMBOURG (dont COLFIN est une filiale), ne répondraient nullement aux besoins de DTFS. Elle soutient qu'alors que DTFS devrait tenter de tirer le meilleur prix de la vente des villas, COLFIN s'empressera de liquider les villas au plus tôt pour en percevoir le prix de vente tant via sa qualité de créancier hypothécaire que via sa qualité d'actionnaire de DTFS. Le cas échéant, DTFS serait vidée de ses actifs, de sorte qu'un jugement au fond ordonnant la restitution à SBD3 des actions émises par DTFS ne permettrait pas de la rétablir véritablement dans ses droits.

SBD3 fait plaider qu'il serait évident que les intérêts de DTFS ne correspondraient pas à ceux de la société prêteuse, de sorte que l'administrateur unique aurait un conflit d'intérêts patent. COLONY LUXEMBOURG ferait ainsi prévaloir ses propres intérêts sur ceux de DTFS. De même, elle ne gèrerait pas DTFS, mais se limiterait à la contrôler pour le compte de COLFIN. SBD3 estime que la survie de DTFS n'intéresserait pas son administrateur unique. Dans ce contexte, elle renvoie notamment à deux courriers adressés les 18 mai 2016 et 10 août 2016 par le cabinet d'avocats ROPES & GRAY de Londres, mandataire de BATHELEMY HOLDINGS (qui est l'associé majoritaire de SBD1) à DTFS par lesquels ROPES & GRAY, faisant état de multiples réclamations pour des montants exorbitants, menace de saisir les juridictions anglaises. SBD3 insiste sur le fait que COLONY LUXEMBOURG ne prend pas soin de répondre à ces doléances. La passivité de l'administrateur unique placerait DTFS dans une situation précaire et démontrerait le désintérêt total pour la société. Compte tenu de ce dysfonctionnement grave, SBD3 estime l'intérêt social compromis. Dans la mesure où le prix des villas sera appréhendé par COLFIN, SBD3 craint de récupérer DTFS au bord de l'état de faillite, ce qui entraînerait inévitablement sa propre faillite. Ainsi, afin de préserver les intérêts de DTFS et de SBD3, il importerait de nommer un administrateur provisoire. SBD3 estime que les conditions à la base de sa demande sont remplies, à savoir l'urgence et l'existence d'un différend sérieux. De surcroît, les critères de la voie de fait seraient pareillement remplis en l'espèce, alors que l'attitude déloyale de COLFIN, qui aurait trompé DTFS sur ses intentions réelles, aurait permis de démontrer qu'elle a fait main basse sur une entreprise évaluée à plus de 50 millions d'euros au prix de 1,00 euros par actions.

COLFIN, DTFS et SBD1 estiment que les conditions à la base de la demande laissent d'être remplies. Plus particulièrement, les critères permettant au juge des référés d'intervenir dans la vie des affaires, à savoir l'urgence et l'existence d'une apparence de droit, feraient défaut en l'occurrence, étant, en tout état de cause, rappelé que les juridictions n'auraient à intervenir que de façon très circonspecte dans la vie sociale des sociétés commerciales tant que les organes de ces personnes morales sont en état de fonctionner.

Elles contestent formellement que COLONY LUXEMBOURG ne gère pas DTFS dans l'intérêt social de celle-ci. Plus particulièrement, elles contestent un quelconque lien entre le présent litige et les deux courriers précités de ROPES & GREY, au motif que

ceux-ci concerneraient une situation étrangère au présent litige (à savoir l'hôtel et non les villas).

Pour autant que de besoin, elles contestent toute impossibilité objective pour l'organe de gestion de fonctionner normalement, toute carence ou paralysie de l'organe de gestion, toute gestion désordonnée ou irrégulière, tout abus de majorité, toute mésintelligence grave entre associés ainsi que toute difficulté justifiant la nomination d'un administrateur provisoire.

En ordre subsidiaire, COLFIN et DTFS contestent la mission de l'administrateur provisoire telle que demandée par SBD3 et concluent, au cas où il devrait être fait droit à la demande en nomination d'un administrateur provisoire, à voir dire que l'administrateur provisoire n'aura qu'une mission purement conservatoire.

SGF GROUP réitère sa position selon laquelle elle acceptera la présente décision.

SBD3 agit sur base des articles 932 alinéa 1^{er} et 993 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile.

Tant en matière de référé-urgence, qu'en matière de référé-sauvegarde, l'urgence et la voie de fait ne sont établies s'il y a lieu de procéder à une mesure d'instruction tendant à établir l'urgence alléguée ou le trouble manifestement illicite invoqué (cf. Emile PENNING, Les procédures rapides en matière civile et commerciale et de droit de travail, Bulletin Cercle François Laurent 1993 II, numéros 65 et 83, avec les jurisprudences y citées).

Sous ce rapport, il importe de rappeler qu'il n'appartient pas au juge des référés, qui ne peut pas dire et juger, de porter un jugement sur le fond du litige divisant les parties. A son niveau et quelle que soit la base légale invoquée, le juge des référés n'a à exercer qu'un contrôle de régularité formelle.

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

Les trois premières conditions découlent du fait que le fondement en droit du juge en matière de sociétés doit être recherché dans les conditions de droit commun du référé des articles 932 et 933 du nouveau code de procédure civile.

Plus particulièrement, en ce qui concerne le premier critère, l'intervention du juge des référés ne saurait se justifier que lorsqu'il y a urgence, c'est-à-dire quand le moindre retard peut causer un préjudice irréparable.

D'une manière générale, la jurisprudence est pratiquement unanime à considérer qu'il y a toujours urgence dans tous les cas où la gestion sociale n'est plus assurée par suite de la disparition, de la carence ou de la paralysie de l'un ou de plusieurs des organes sociaux (cf. Nico EDON, L'intervention du juge des référés dans la vie des sociétés, Diagonales à travers le droit luxembourgeois, 1986, p. 189).

En revanche, lorsque les organes sont encore en état de fonctionner, l'urgence devra être démontrée par les circonstances de l'espèce.

Il a ainsi été jugé qu' « 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 attendant que la contestation au fond soit vidée » (cf. TAL référé , 27 juillet 1987, n° 811/87, LJUS 98709975, avec la doctrine citée : « Le juge des référés et le droit des sociétés », Revue pratique des sociétés 1969, p. 56 et suivantes).

Quant à la condition du provisoire, celle-ci a été, selon la doctrine, petit à petit vidée de sa substance pour ne plus constituer aujourd'hui qu'une interdiction faite au juge des référés de rendre une ordonnance dont le dispositif serait déclaratif ou constitutif de droits (cf. POTTIER E. et DE ROECK M., op. cit., p. 205, n° 9).

La Cour de cassation belge a à ce sujet décidé dans un arrêt du 14 juin 1991 que la seule limite du juge des référés est que ce dernier ne peut modifier la situation juridique des parties de manière définitive et irréversible, rendant inutile ou sans intérêt une décision du juge du fond en sens opposé (cf. Cass. belge 14 juin 1991, Pas. belge, 1991, I, p. 99).

En ce qui concerne le troisième critère, à savoir l'apparence de droit, celui-ci découle tout naturellement du libellé de l'article 932 du nouveau code de procédure civile qui permet au juge des référés de fonder sa décision sur « une situation de fait ou de droit qui n'est ou ne peut être sérieusement contestée » (cf. Cour 26 juin 1985, Pas. 26, p. 354).

Il est de principe que les juridictions n'ont à intervenir que de façon très circonspecte dans la vie sociale des sociétés commerciales et d'associations sans but lucratif tant que les organes de ces personnes morales sont en état de fonctionner (E. Penning, Le référé ordinaire en droit luxembourgeois, op cit. p.55, n° 45).

Le juge n'a pas à intervenir dans le fonctionnement d'une société, alors qu'il appartient aux organes de la société tels qu'ils ont été institués par la loi de gérer et de tout mettre en œuvre pour permettre son fonctionnement.

Il est dès lors admis que cette règle ne saurait fléchir que dans des circonstances exceptionnelles lorsque le fonctionnement normal n'est plus assuré et que la société est menacée dans son existence.

Le juge des référés doit en effet refuser son intervention dans le cas où tous les organes de la société sont en place et fonctionnent, son rôle n'étant pas d'apprécier ou de prendre des décisions qui relèvent de la politique commerciale d'une société.

L'efficacité du rôle du juge des référés dans son intervention dans la vie des sociétés est non seulement subordonnée au fait de trouver un remède à une situation dommageable déjà née, mais encore d'en prévenir la naissance (cf. Cour d'appel, 26 octobre 1993, n° 15376 et 15377 du rôle).

Il est ainsi admis en jurisprudence luxembourgeoise que si les organes de la société sont en état de fonctionnement, le juge des référés n'a à y intervenir par des mesures provisoires qu'au cas de l'existence d'un trouble manifestement illicite ou d'un dommage imminent, hypothèses dans lesquelles l'urgence est toujours sous-entendue et présumée, ou en cas de mésentente entre associés ou entre organes sociaux et qui conduit à la paralysie et au blocage de la vie sociale et qui menace la société dans son existence, situation qui appelle également des mesures urgentes de la part du juge des référés.

Or, force est de constater que SBD3 reste en défaut d'établir que les organes de la société ne fonctionnent plus et n'assurent plus la gestion normale de la société, respectivement elle reste en défaut de rapporter la preuve d'une paralysie ou un blocage de la vie sociale au sein de DTFS. Elle ne rapporte pas davantage la preuve de l'existence d'un trouble manifestement illicite, respectivement d'un dommage imminent, alors qu'elle ne rapporte la preuve d'aucun dysfonctionnement des organes de la société ou d'un quelconque blocage de la vie sociale.

Plus particulièrement, SBD3 se borne à affirmer qu'il existe un risque que COLONY LUXEMBOURG fasse prévaloir les intérêts de COLFIN sur ceux de DTFS, sans établir concrètement en quoi la gestion de DTFS par COLONY LUXEMBOURG menacerait DTFS d'une ruine imminente. Elle se limite à faire état de risques qu'elle qualifie de significatifs, mais reste en défaut de rapporter la preuve d'éléments concrets pouvant justifier la nomination d'un administrateur provisoire.

Dans ce contexte, l'absence de réponse de la part de COLONY LUXEMBOURG aux deux courriers de ROPES & GRAY ne sont pas de nature à rapporter la preuve exigée.

De surcroît, se disant victime de la réalisation frauduleuse et abusive des gages, SBD3 n'établit aucune urgence de nature à justifier la mesure conservatoire sollicitée, alors qu'elle ne formule que de vagues craintes que COLONY LUXEMBOURG ne prenne des décisions dont les effets seraient irrémédiables pour DTFS.

Enfin, la prétendue voie de fait alléguée par SBD3 n'est pas davantage constituée par l'appropriation par COLFIN des actions au prix de 1,00 euros, étant donné que cette modalité d'appropriation et d'évaluation correspond à l'accord des parties et qu'il n'appartient, en tout état de cause, pas au juge des référés de procéder à l'analyse des contestations relatives aux modalités d'appropriation de ces actions.

Il suit de l'ensemble des développements qui précèdent que la demande formulée par SBD3 tendant à voir nommer un administrateur provisoire est à déclarer irrecevable sur les deux bases légales invoquées.

Quant à la demande tendant à voir faire interdiction à DTFS de procéder à la vente des villas

Les mêmes considérations que celles développées sous le point précédent valent à propos de la mesure sollicitée par SBD3 tendant à voir interdire à DTFS de vendre les villas.

SBD3 restant en défaut de rapporter les preuves requises, le juge des référés ne saurait intervenir dans la vie de DTFS et prendre une décision qui relève de la politique commerciale de cette société.

Il s'ensuit que cette demande est également à déclarer irrecevable.

Quant aux demandes respectives en obtention d'une indemnité de procédure

Au vu de l'issue du litige, la demande de SBD3 en paiement d'une indemnité de procédure est à déclarer non fondée.

En l'absence de preuve de l'iniquité requise, les demandes respectives des autres parties basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile requièrent pareillement un rejet.

PAR CES MOTIFS :

Nous Laurence JAEGER, Premier Juge au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement en remplacement de Madame la Présidente du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, statuant contradictoirement,

Vidant l'ordonnance de référé n° 446/2016 du 12 août 2016 ;

rejetons le moyen d'irrecevabilité tiré du défaut de qualité et d'intérêt à agir dans le chef de la société à responsabilité limitée SAINT BARTH DREP 3 SARL;

déclarons irrecevable la demande de la société à responsabilité limitée SAINT BARTH DREP 3 SARL tendant à voir suspendre jusqu'à la délivrance d'une décision coulée en force de chose jugée vidant le fond du litige ayant trait à l'exécution des gages, des effets de la décision prise par la société à responsabilité limitée COLFIN GRAND-CUL-DE-SAC FUNDING SARL le 13 avril 2016, en qualité d'actionnaire unique de la société anonyme DUET TRUST AND FIDUCIARY SERVICES SA, révoquant les administrateurs de cette dernière et nommant un administrateur unique,

déclarons irrecevable la demande de la société à responsabilité limitée SAINT BARTH DREP 3 SARL tendant à voir dire que de par l'effet de cette suspension et pendant sa durée, la société anonyme DUET TRUST AND FIDUCIARY SERVICES SA sera valablement représentée et administrée par les anciens administrateurs de la société anonyme DUET TRUST AND FIDUCIARY SERVICES SA en place avant la révocation du 13 avril 2016,

déclarons irrecevable la demande de la société à responsabilité limitée SAINT BARTH DREP 3 SARL tendant à voir procéder à la nomination d'un administrateur provisoire jusqu'à la délivrance d'une décision coulée en force de chose jugée vidant le fond du litige ayant trait à l'exécution des gages,

déclarons irrecevable la demande de la société à responsabilité limitée SAINT BARTH DREP 3 SARL tendant à voir « faire interdiction à la société anonyme DUET TRUST

AND FIDUCIARY SERVICES SA de procéder à la vente des villas jusqu'à la délivrance d'une décision coulée en force de chose jugée vidant le fond du litige ayant trait à l'exécution des gages (sauf accord écrit de DUET) »,

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

laissons les frais et dépens de l'instance à charge de la société la société à responsabilité limitée SAINT BARTH DREP 3 SARL.