

No. Rôle: 176227
Réf. No. 12/2017
du 11 janvier 2017

Audience publique extraordinaire des référés du mercredi, 11 janvier 2017, tenue par Nous Malou THEIS, Vice-Président au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement de Madame la Présidente du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, assistée du greffier assumé Sarah NEZI.

DANS LA CAUSE

E N T R E

1. **A.**), demeurant à F-(...),
 2. **B.**), demeurant à F-(...),
 3. la société à responsabilité limitée ACCAMAS S.à.r.l., établie et ayant son siège social à F-13011 Marseille, 61, route d'Allauch, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Marseille sous le numéro 521 989 855, représentée par ses gérants actuellement en fonctions, sinon par tout autre organe autorisé à la représenter légalement,
- élisant domicile en l'étude de Maître Jean BRUCHER, avocat, demeurant à Luxembourg,

parties défenderesses comparant par Maître Marie BENA, avocat, en remplacement de Maître Jean BRUCHER, avocat, les trois demeurant à Luxembourg,

E T

1. **C.**), demeurant à L-(...),
2. la société anonyme COBRO SA, établie et ayant son siège social à L-1450 Luxembourg, 19, Côte d'Eich, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 125833, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, sinon par tout autre organe autorisé à la représenter légalement,
3. **D.**), demeurant à F-(...),
4. la société civile ISAVI S.C. établie et ayant son siège social à F-13011 Marseille, 61, route d'Allauch, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Marseille sous le numéro 529 602 005, représentée par son associé-gérant actuellement en fonctions, sinon par tout autre organe autorisé à la représenter légalement,
5. la société anonyme BALESME SA, établie et ayant son siège social à L-1450 Luxembourg, 19, Côte d'Eich, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le

numéro B 125834, représentée par son administrateur provisoire Maître Yann BADEN, avocat, demeurant à Luxembourg,

parties défenderesses sub1) et sub2) comparant par Maître Claude GEIBEN, avocat, demeurant à Luxembourg,

parties défenderesses sub3) et sub4) comparant par Maître Hervé HANSEN, avocat, demeurant à Luxembourg,,

partie défenderesse sub5) comparant par Maître Yann BADEN, avocat, demeurant à Luxembourg.

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. 365/2016 du 8 juillet 2016** et dont le dispositif est conçu comme suit:

« PAR CES MOTIFS: »

Nous Pascale DUMONG, Vice-présidente au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, statuant par défaut à l'encontre de la société BALESME SA et contradictoirement à l'égard des autres parties,

recevons la demande en la pure forme,

Nous déclarons compétent pour en connaître,

au principal renvoyons les parties à se pourvoir devant qui de droit mais dès à présent et par provision,

déclarons la demande recevable,

nommons Maître Yann BADEN, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-1473 Luxembourg, 27, rue Jean-Baptiste Esch, administrateur provisoire de la société anonyme BALESME SA, avec siège social à L-1450 LUXEMBOURG, 19, Côte d'Eich, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 125.834, pendant une durée de douze mois, renouvelable le cas échéant, avec la mission de gérer et d'administrer la société avec les pouvoirs les plus étendus selon les lois et usages du commerce, et notamment de :

- convoquer sur sa propre initiative une assemblée générale ordinaire ou extraordinaire, avec l'ordre du jour qui lui sera soumis ou qu'il jugera utile de présenter, de la société anonyme BALESME SA*
- requérir tous renseignements auprès des membres du conseil d'administration, quelle que soit l'origine de leur désignation*
- rassembler toutes les informations, documents et autres pièces au siège de la société ou en tout éventuel autre lieu pour autant que les éléments en question soient relatifs à ladite société et à tout cocontractant*
- gérer les avoirs de la société en bon père de famille, tels que détenus notamment sur les comptes ouverts, poser tous actes d'administration courante de la société, le tout conformément aux usages et aux lois du commerce*
- rechercher une solution durable aux difficultés de gestion de la société et à son avenir à court et moyen terme,*
- de façon générale accomplir tout ce que le mandataire de justice jugera utile pour l'accomplissement de sa mission,*

disons que les frais et honoraires promérités par l'administrateur provisoire sont à prélever sur l'actif de la société,

déclarons les demandes respectives des parties en paiement d'une indemnité de procédure non fondées,

condamnons les parties défenderesses aux frais et dépens de l'instance,

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

Suite aux courriers de Maître Claude GEIBEN du 9 décembre 2016, au fax de Maître Jean BRUCHER du 12 décembre 2016 et au courrier de Maître Yann BADEN du 15 décembre 2016, l'affaire fut appelée à l'audience publique ordinaire du lundi matin 19 décembre 2016, date à laquelle elle fut refixée à l'audience publique extraordinaire du vendredi, 23 décembre 2016 à 9.00 heures.

A l'audience publique extraordinaire du vendredi matin, 23 décembre 2016, Maître Claude GEIBEN et Maître Hervé HANSEN furent entendus en leurs moyens.

Maître Marie BENA répliqua.

Maître Yann BADEN fut entendu en ses observations.

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

O R D O N N A N C E

qui suit:

Rétroactes

A la requête de A.), B.) et de la société à responsabilité limitée ACCAMAS SARL, le juge des référés a, par ordonnance numéro 365/2016 du 8 juillet 2016, constaté

- une mésentente avérée entre actionnaires/administrateurs, de sorte qu'une situation de blocage accrue est particulièrement à craindre au regard des conditions d'unanimité requises pour les réunions et délibérations tant de l'assemblée générale des actionnaires que du conseil d'administration de BALESME SA ;
- que BALESME SA n'est pas en mesure de respecter ses engagements contractuels, de sorte que la pérennité de la société est compromise ;
- que l'absence de transparence et de communication totale concernant les opérations ayant conduit au transfert des fonds de NAOS à ARCHON INVESTMENTS SA au lieu de BALESME SA, reflète la méfiance, respectivement la mésentente profondes entre actionnaires/administrateurs, de sorte qu'il est à craindre que l'administrateur-délégué ne commette des actes d'administration qui apparaissent suspects ;
- l'absence de siège social effectif de la société BALESME SA

Aussi, le juge des référés a nommé un administrateur provisoire de la société BALESME SA pour une durée de douze mois, avec « une mission de gestion et d'administration générale, ainsi qu'avec celle de convoquer sur sa propre initiative une assemblée générale ordinaire ou extraordinaire, avec l'ordre du jour qui lui sera soumis ou qu'il jugera utile de présenter, ainsi que de rechercher une solution durable aux difficultés de gestion de ladite société »¹.

La demande actuelle

- Moyens des parties

Par courrier du 9 décembre 2016, déposé au greffe du tribunal le 9 décembre 2016, C.) et la société anonyme COBRO SA demandent à voir « pleinement outillé » l'administrateur provisoire de la société BALESME SA pour pouvoir exercer pleinement les droits de

¹ Ordonnance de référé numéro 365/2016, page 73, alinéa 9

BALESME SA face à la société NAOS, consistant précisément dans l'autorisation accordée à l'administrateur provisoire à exercer le droit de retrait sans frais de BALESME SA dans NAOS et en lui donnant le moyen de demander formellement le rachat de toutes les parts que BALESME SA détient dans NAOS.

Ils demandent la convocation de toutes les parties à l'audience, aux fins de voir procéder à la modification de la mission conférée à l'administrateur provisoire, par adjonction des paragraphes suivants à la mission lui confiée par l'ordonnance de référé numéro 365/2016 du 8 juillet 2016 :

« disons que l'administrateur provisoire est à tout moment autorisé à faire la demande de rachat, y compris une demande de rachat sans frais, des parts détenues par BALESME SA auprès de l'Organisme de placement Collectif Immobilier Professionnel (OPCI Professionnel NAOS, Société de Placement à Prépondérance Immobilière à Capital Variable (SPPICAV), et ceci pour l'ensemble des parts sociales (actions) que détient actuellement BALESME SA ».

A l'appui de leur demande, à laquelle s'associent à l'audience publique du 23 décembre 2016 **D.)** et la société civile ISAVI S.C., les requérants exposent que

- BALESME SA détient comme seul actif une participation à hauteur de 25% du capital de l'Organisme de placement Collectif Immobilier Professionnel (OPCI Professionnel NAOS, Société de Placement à Prépondérance Immobilière à Capital Variable (SPPICAV) (ci-après NAOS), qui est propriétaire d'un centre commercial à Marseille, dont la valeur nette d'inventaire, communiquée par NAOS, est de 83 millions d'euros ;
- une assemblée générale de NAOS a été convoquée pour le 9 décembre 2016, ayant comme ordre du jour la désignation d'une nouvelle société de gestion et d'un nouvel directeur général, en la personne de la société VICTOIRES HAUSSMANN SGP avec transfert du siège social de NAOS ;
- en vertu de l'article 7 de l'instruction AMF 2011-23, la modification de la société de gestion de portefeuille s'analyse en une modification de l'OPCI, qualifiée de mutation, ce qui implique l'agrément de l'AMF, l'information particulière des actionnaires investisseurs et l'ouverture, en faveur des actionnaires, d'un droit de sortie sans frais ;
- ce changement de la société de gestion de portefeuille n'est pas justifié et ni la convention de gestion, ni les conditions tarifaires relatives à ce changement n'ont été communiquées aux actionnaires investisseurs, dont BALESME SA, de sorte que les actionnaires majoritaires de NAOS (autour de **A.)** et **B.))** seraient en train de profiter de la désignation d'un administrateur provisoire de BALESME SA, qu'ils ont provoquée, pour priver BALESME SA de ses droits d'actionnaires, de son droit l'information et de ses droits financiers, soit de ses droits fondamentaux d'associés.

Ils demandent dès lors à voir outiller l'administrateur provisoire, si tel était son appréciation de l'intérêt de la société BALESME SA, à décider du retrait sans frais, de BALESME SA de NAOS, étant donné que suite au changement de la société de gestion votée à l'assemblée générale de NAOS le 9 décembre 2016, dont l'accès a été refusé au mandataire de l'administrateur provisoire, qui n'a pas pu se déplacer personnellement, le droit de sortie sans frais serait de droit.

A.), B.) et la société à responsabilité limitée ACCAMAS SARL soulèvent avant toute défense l'irrecevabilité de la demande introduite sous forme de simple courrier adressé au juge des référés, et invoquent encore l'incompétence du juge des référés à toiser la question si BALESME SA doit se retirer de NAOS.

Au fond, ils contestent le bien-fondé de la demande, motif pris que les décisions adoptées lors de l'assemblée générale du 9 décembre 2016 auraient été prises dans l'intérêt de la société NAOS et que l'absence de l'administrateur provisoire à ladite assemblée n'a eu aucune

incidence sur le prise de décision, BALESME SA ne représentant que 25% du capital social de NAOS et les décisions ayant été adoptées à l'unanimité des 75% présents.

Ils précisent que le seul actif de BALESME SA constitue sa participation dans NAOS, de sorte que la question de savoir si BALESME SA doit sortir de NAOS équivaudrait à la liquidation de la société BALESME SA.

- Appréciation de la demande

Il résulte des plaidoiries à l'audience publique que **C.)**, la société anonyme COBRO SA, **D.)** et la société civile ISAVI S.C. craignent que l'investissement de la société BALESME SA dans NAOS soit compromis, le dividende touché par les actionnaires-investisseurs ayant diminué de manière significative en 2016 par rapport aux années précédentes, de sorte qu'ils considèrent qu'il serait opportun, pour sauvegarder les droits et intérêts de BALESME SA, d'envisager la mise en oeuvre du droit de sortie sans frais de NAOS, suite à la modification de la société de gestion de portefeuille, décidée suivant assemblée générale du 9 décembre 2016.

Il est de principe qu'en vertu de l'article 191 du nouveau code de procédure civile, la demande en justice devant le tribunal d'arrondissement est formée par assignation, sous réserve des cas pour lesquels le tribunal peut être saisi par simple requête.

En l'occurrence, le juge des référés a été saisi par simple courrier déposé au greffe en date du 9 décembre 2016.

Contrairement aux développements de **A.)**, de **B.)** et de la société à responsabilité limitée ACCAMAS SARL, la demande de **C.)** et de la société anonyme COBRO SA tendant à voir étendre la mission de l'administrateur provisoire ne constitue pas une demande nouvelle et autonome, mais s'insère dans la continuité de la cause ayant donné lieu à la désignation de l'administrateur provisoire, suivant ordonnance numéro 365/2016 du 8 juillet 2016.

L'administrateur provisoire, chargé par la justice, pour un temps, de l'administration d'un bien, d'une masse de biens ou d'un patrimoine, en l'occurrence de la société BALESME SA, est un mandataire de justice, de sorte qu'il doit être permis, tant aux parties à l'instance ayant donné lieu à la sa désignation, qu'à l'administrateur provisoire lui-même, de revenir devant le juge ayant nommé le mandataire de justice, pour voir toiser les difficultés surgies au cours de l'exécution du mandat judiciaire.

Il en suit que le juge des référés peut être valablement saisi par simple courrier, tel le cas en l'espèce.

Le moyen d'irrecevabilité de la demande, tiré d'une saisine irrégulière du juge des référés, est partant à rejeter.

Concernant la compétence du juge des référés à connaître de la demande en extension de la mission de l'administrateur provisoire, il est de principe que celle-ci s'insère dans ses compétences initiales, de sorte que le juge saisi est compétent pour connaître de la demande.

Concernant cependant l'appréciation du bien-fondé de la demande, il est de principe que le juge des référés, dont l'intervention dans la vie des sociétés doit rester exceptionnelle, est sans pouvoirs pour apprécier s'il est dans l'intérêt de la société BALESME SA, qui craint une perte de valorisation de son investissement dans NAOS, de mettre en oeuvre son droit de sortie sans frais de NAOS, suite au changement de la société gestionnaire.

Concernant l'appréciation de la pertinence de pareille décision par l'administrateur provisoire, il est de principe que l'administrateur provisoire doit assurer ou faire assurer les actes de gestion et d'administration courante, sans cependant engager la société de manière incisive et à long terme, de sorte que les actes de disposition ne rentrent pas dans les pouvoirs ordinaires d'un administrateur provisoire, tout comme ils ne rentrent, en principe, pas dans ceux d'un séquestre provisoire d'actions sociales.

L'administrateur provisoire, ayant pour mission la conservation de la société, en en assurant le fonctionnement courant, en se confinant à l'accomplissement d'actes courants de gestion et d'administration, a toujours la possibilité de solliciter en référé une autorisation spéciale dès lors qu'un acte dépassant l'acte de gestion et d'administration pur et simple lui paraîtrait être indispensable à la préservation de l'intérêt, voire de la survie de la société, tels, entre autres, l'investissement ou la disposition d'actifs sociaux, ou l'augmentation ou la réduction du capital social (Cour référé, 22 octobre 2014, numéro 40972 du rôle).

En l'occurrence, l'administrateur provisoire se rapporte à prudence de justice concernant l'extension de sa mission, précisant ne pas disposer des informations nécessaires pour apprécier le bien-fondé de la demande de C.), de la société anonyme COBRO SA, d'D.) et de la société civile ISAVI S.C..

La mission proposée par C.), la société anonyme COBRO SA, D.) et la société civile ISAVI S.C. consistant en un acte de disposition du seul actif de la société BALESME SA, dépasse ainsi les pouvoirs de l'administrateur provisoire, de sorte que la demande afférente est à rejeter.

A défaut de preuve de l'iniquité requise pour l'application de l'article 240 du nouveau code de procédure civile, la demande de A.), de B.) et de la société à responsabilité limitée ACCAMAS SARL, tendant à la condamnation de C.), de la société anonyme COBRO SA, d'D.) et de la société civile ISAVI S.C. à leur payer une indemnité de procédure de 5.000 euros, est à rejeter.

PAR CES MOTIFS

Nous Malou THEIS, Vice-Président au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement de Madame le Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, statuant contradictoirement,

recevons la requête de C.) et de la société anonyme COBRO SA en la forme,

Nous déclarons compétent pour en connaître ;

au principal renvoyons les parties à se pourvoir devant qui de droit mais dès à présent et par provision,

rejetons la demande,

rejetons la demande de A.), de B.) et de la société à responsabilité limitée ACCAMAS SARL tendant à la condamnation de C.), de la société anonyme COBRO SA, d'D.) et de la société civile ISAVI S.C. au paiement d'une indemnité de procédure ;

laissons les frais afférents à charge de C.) et de la société anonyme COBRO SA ,

ordonnons l'exécution provisoire de la présente ordonnance nonobstant toute voie de recours.