Demande en admission au bénéfice du régime de la gestion contrôlée

_____

Appel du 20 mai 2009 de la société à responsabilité limitée AAA avec siège social à XXX,

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

contre:

un jugement rendu en date du 15 mai 2009, par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, sur requête déposée au greffe par Maître Marc KLEYR, agissant au nom et pour compte de la susdite société en date des 1er et 7 juillet 2008 et tendant à obtenir le bénéfice des dispositions de l'arrêté grand-ducal du 24 mai 1935 complétant la législation relative au sursis de paiement, au concordat préventif de la faillite et à la faillite par l'institution du régime de la gestion contrôlée.

Audience publique du quatorze octobre deux mille neuf.

Numéro 34845 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Carlo HEYARD, premier conseiller;
Marianne PUTZ, conseillère;
Jean ENGELS, avocat général;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

LA COUR D'APPEL :

Par requêtes déposées au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg les 1er et 7 juillet 2008 la société en commandite par actions AAA a demandé son admission au bénéfice de la gestion contrôlée.

La requête a été motivée par les éléments suivants:

AAA a un capital social de 2.039.100.- euros, détenu à raison de 99% par son actionnaire commanditaire, la société EEE, établie aux Bermudes et à raison de 1% par son associé commandité, la société à responsabilité limitée AAA (la "société de gestion"). AAA fait partie d'un groupe important de sociétés (le "Groupe DDD"), qui était un producteur d'éléments en aluminium pour l'industrie automobile mondiale. AAA fonctionnait simplement comme société de holding et société de financement intermédiaire au sein du Groupe DDD.

En septembre 2002 la société CCC appartenant au groupe de sociétés Fiat et dont AAA était une division a vendu son activité de fonderie aluminium pour un montant de 495 millions d'euros à un consortium d'investisseurs de capital privé. Cette acquisition a été financée par des apports en capital en espèces pour 249 millions d'euros de la part des investisseurs, des emprunts pour 71 millions d'euros sous forme de facilité de crédit de rang prioritaire de la part des banques et des emprunts de 175 millions d'euros sous forme de prêt transitoire subordonné, mais de rang prioritaire.

En juillet 2003 CCC a restructuré ces emprunts et offert et émis des obligations (l' "Emprunt Obligataire") pour un montant principal total de 240 millions d'euros, les sommes provenant de l'émission de ces obligations ayant été utilisées pour rembourser les 175 millions d'euros d'emprunts sous forme de prêt transitoire subordonné, ainsi qu'une partie des sommes redues sous forme de facilité de crédit et pour payer les frais.

En novembre 2006 AAA a procédé à la vente d'une partie de ses activités à la société de droit méxicain FFF. En échange de cette vente AAA devait recevoir un montant de 495,9 millions USD en espèces ainsi qu'un droit participatif dans la société mexicaine, dénommé "synthetic equity interest" (le "SEI"). Les sommes nettes provenant de la convention avec FFF ont servi à couvrir des pertes opérationnelles, à rembourser des dettes bancaires et d'autres dettes prioritaires en rang, à payer les impôts sur la transaction et les frais y relatifs. AAA a ensuite payé les intérêts redus sous l'Emprunt Obligataire et a remboursé une partie du principal. Le SEI reçu en plus des sommes en espèces donne droit d'obtenir un paiement de sortie dont la valeur sera déterminée par référence à une certaine formule contenue dans la convention de SEI, à la date choisie par le détenteur du SEI, mais seulement entre septembre 2009 et septembre 2010 (la "Période de Monétisation"). La valeur actuelle du SEI est approximativement de 48 millions USD, ceci constitue beaucoup moins que la valeur qui pourra potentiellement être réalisée, en des circonstances favorables, durant la Période de Monétisation.

En juillet 2007 et dans une logique de continuité de sa restructuration, le Groupe DDD a vendu ses sociétés filiales italiennes à GGG en Italie et ses participations dans HHH et III à JJJ. Comme résultat de ces ventes les obligataires ont reçu paiement intégral des

intérêts redus pour 2007 et un montant de 5,24 millions d'euros à titre de remboursement en principal.

L'Emprunt Obligataire continue actuellement à exister pour un montant en principal de 200.358.000.- euros, le prochain paiement coupon pour intérêts semestriels sera redû le 15 juillet 2008 et à ce moment là un montant de 12.397.151,25 euros sera à payer.

Ni ses liquidités disponibles actuellement, ni sa situation comptable ne permettent à AAA de faire face à ce paiement et ainsi AAA sera en défaut au sens de l'article 6.01 de la convention régissant l'Emprunt Obligataire et si ce défaut de paiement d'intérêts perdure pour une période de 30 jours, une conséquence supplémentaire de déchéance au sens de l'article 6.02 de cette convention interviendra en ce que tout le principal et les intérêts accrus mais non payés seront redus si les détenteurs représentant au moins 25% du montant principal de l'Emprunt Obligataire notifient une mise en demeure à la société par laquelle ils la déclarent déchue du terme. Si ensuite les obligataires réclament le paiement, AAA tombera nécessairement dans une situation d'insolvabilité.

La société requérante a fait valoir qu'il est dans l'intérêt de l'intégralité de ses créanciers qu'elle soit admise au bénéfice de la gestion contrôlée pour lui donner une protection adéquate contre les actes d'exécution et pour lui permettre de poursuivre de manière fructueuse sa restructuration sous forme de liquidation et de réalisation des actifs, dont notamment l'intérêt économique qu'elle a dans le futur paiement de sortie sous le SEI dont la valeur ou la contrepartie doit considérablement augmenter pendant la Période de Monétisation.

Par jugement rendu le 14 juillet 2008 le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, a déclaré la demande recevable et a délégué un juge pour lui faire rapport.

Par ordonnance du 14 juillet 2008 Maître Alain Rukavina et Monsieur Paul Laplume ont été nommés experts avec la mission de procéder à la vérification des affaires de la société requérante.

Par jugement rendu le 15 mai 2009 le tribunal a dit la demande de la société AAA non fondée.

Par déclaration faite le 20 mai 2009 au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg le mandataire de la société AAA a régulièrement relevé appel de ce jugement.

Pour motiver leur décision les premiers juges ont dit que plusieurs conditions doivent être remplies pour que la gestion contrôlée puisse être accordée, notamment le commerçant doit être de bonne foi et la demande doit avoir pour but de réaliser un des deux objets limitativement indiqués par l'arrêté grand-ducal du 4 mai 1935, à savoir

la réorganisation des affaires du débiteur ou la bonne réalisation de son actif, que la bonne foi doit exister dans le chef du demandeur au bénéfice de la gestion contrôlée non seulement lors du dépôt de la requête, mais également durant les trois phases de la procédure en gestion contrôlée.

Ils ont dit que, conformément à l'article 2 de l'arrêté grand-ducal du 24 mai 1935, la requête est appuyée par la liste des créanciers, qu'en l'occurrence dans les requêtes introductives d'instance une seule dette échue d'un montant de 45.506,92 euros a été mentionnée, que la dette de TVA et les intérêts redus aux obligataires non encore échus étaient encore signalés, que la requête ne citait aucune autre obligation à charge de la société requérante.

Ils ont relevé que la veille du dépôt de la requête en obtention du bénéfice de la gestion contrôlée la société AAA disait disposer de liquidités d'un total de quelque 5 millions d'euros et d'un droit de créance à l'égard de la société FFF, dénommé SEI, qu'au 31 décembre 2008 le disponible liquide en banque de la société se réduisait à 2 millions d'euros, qu'à côté des frais généraux, le la TVA et de la provision consignée pour couvrir les frais de la présente procédure, des sommes importantes ont été déboursées au titre d'honoraires d'avocat et de consultants et un montant de plus de 620.000.- euros a été payé à la société nouvellement constituée KKK, que ces sommes ont été dépensées sans que l'autorisation écrite du juge délégué n'ait été demandée et accordée et sans que les paiements effectués n'aient apuré des dettes figurant sur la liste jointe à la requête.

Ils ont dit que cette façon d'agir exprime un manque de bonne foi et de transparence dans le chef de la requérante et dénote une méprise de l'intérêt collectif, d'autant plus que les paiements n'ont apporté aucune plus-value à la société, respectivement à ses créanciers.

Les premiers juges ont relevé en second lieu que le 1er juillet 2008, date du dépôt de la première requête en admission au bénéfice de la gestion contrôlée, le SEI a été transféré à la société KKK Luxembourg, filiale à 100% de la maison mère EEE, constituée le 20 juin 2008 pour une valeur calculée au 1er juillet 2008 de 48.050.060,55 USD, que cette cession a été financée par un *Profit Participating Loan* conclu entre AAA et l'acquéreur, ce prêt et un contrat dit *Newco Receivables Pledge Agreement* devant garantir à la société AAA le remboursement de sa créance sous déduction des frais et d'une marge de 0.5%.

Ils ont dit que la gestion contrôlée ne peut être consentie que pour autant qu'il apparaisse que, par un contrôle approprié, les biens du débiteur puissent être valorisés dans des conditions plus avantageuses que par la voie ordinaire, qu'actuellement le SEI ne fait plus partie de l'actif de la requérante qui ne dispose que d'un droit de créance à l'égard de la nouvelle société, de sorte que la mesure de la gestion contrôlée n'a plus de raison d'être; qu'en effet le plan à établir par les

commissaires ne donnerait pas lieu à une meilleure réalisation et répartition de l'actif de la requérante sous le contrôle de la justice, les décisions relatives à la réalisation du SEI ayant été transférées à la nouvelle société, de sorte que la mesure requise aurait comme seul effet d'accorder à la requérante des termes et délais à l'égard de ses créanciers.

L'appelante reproche aux premiers juges de lui avoir imputé une mauvaise foi et un manque de transparence.

Concernant les transferts pour 620.763,71 euros vers KKK, elle fait valoir que deux transferts, d'un montant total de plus de 600.000.- euros ont été faits avant le jugement du 14 juillet 2008, le troisième, d'un montant de quelque 16.000.- euros ayant été fait le 6 août 2008, qu'il est toutefois un fait que ces montants ont été payés par erreur par AAA et après le jugement de première instance, Mark Smith, nommé liquidateur judiciaire de EEE aux Bermudes par le Supreme Court of Bermuda et devenu gérant de la société de gestion, a obtenu l'autorisation de transférer l'intégralité des parts sociales détenues dans KKK à la requérante, et suite à un *Transfer and Set-Off Agreement* du 18 juin 2009 des éléments d'actifs pour 620.763,71 euros sont à comptabiliser au niveau de la requérante en contrepartie des versements faits à l'époque.

L'appelante expose d'autre part qu'un montant de 396.080,33 euros a été payé entre le 14 juillet et le 31 décembre 2008 pour frais d'avocat, de consultant et pour d'autres prestations de services réalisées avant le 14 juillet 2008, mais facturés après la requête introductive d'instance, que Mark Smith n'ayant pas eu connaissance de ces factures au moment de l'établissement de la liste des créanciers annexée à la requête, il n'a pu les mentionner lors du dépôt de la requête. Toujours selon l'appelante, un montant de 378.982,75 euros a été déboursé entre le 14 juillet et le 31 décembre 2008 en paiement de prestations de services fournies après le 14 juillet 2008, mais en exécution de conventions antérieures au dépôt de la requête.

La société AAA fait valoir que l'article 3, alinéa 2 de l'arrêté grand-ducal du 24 mai 1935 relatif à la gestion contrôlée ne prévoit pas l'autorisation écrite du juge délégué pour le paiement de factures relatives à des prestations antérieures au jour de l'ouverture de la procédure. Elle ajoute que par courrier du 2 septembre 2008 son avocat luxembourgeois avait demandé au juge délégué l'autorisation écrite pour son engagement comme conseiller juridique de l'appelante, ainsi que pour l'engagement d'un cabinet d'avocats parisien pour défendre les intérêts de l'appelante dans un litige lui intenté en France par JJJ et que par courrier du 16 septembre 2008 le juge délégué a répondu qu'il ne lui appartenait pas d'autoriser la débitrice à confier des mandats pour sa représentation, rappelant le caractère exceptionnel de la défense de faire certaines opérations inscrite à l'article 3, alinéa 2 de l'arrêté grand-ducal du 24 mai 1935 et la nécessité d'interpréter ce

texte de manière restrictive, le débiteur pouvant continuer à faire toutes les opérations qui ne sont pas expressément prohibées par le texte. L'appelante dit avoir en toute bonne foi déduit de ce courrier qu'elle pouvait procéder au paiement des factures provenant des prestataires de services même après le 14 juillet 2008.

L'appelante marque encore son désaccord avec les premiers juges en ce qu'ils ont dit que du fait que le SEI a été transféré à la société KKK il ne fait plus partie de l'actif de la société AAA, de sorte que la gestion contrôlée n'a plus de raison d'être et que les commissaires d'une gestion contrôlée seraient sans pouvoir pour contrôler les sommes à déduire d'un éventuel produit provenant du SEI.

Selon l'appelante, si d'un point de vue strictement juridique le SEI ne fait plus partie directement de l'actif de AAA, d'un point de vie économique il reste le seul actif important des sociétés restantes du Groupe DDD et c'est la société AAA qui doit tirer le bénéfice immédiat et direct du futur paiement de sortie et elle dispose d'un gage qui lui garantit ce paiement.

L'appelante fait valoir que si le pouvoir de décision relatif à la réalisation du SEI a été transféré à la nouvelle société KKK, il n'en reste pas moins qu'un plan à établir par des commissaires sous une gestion contrôlée de AAA pourra globalement participer à une meilleure réalisation et répartition des actifs, ceci pour plusieurs raisons:

- il y a un besoin d'interactivité entre le gérant de KKK, d'une part, et le gérant de AAA, d'autre part - qui est idéalement la même personne, même si au niveau de AAA elle est sous la surveillance des commissaires - tant au regard de la demande de réduction/correction du prix de vente formulée par FFF que du litige JJJ pouvant également avoir une incidence sur le montant définitif du *Exit Payment* sous le SEI;

- la structure contractuelle mise en place pour le transfert du SEI en date du 1er juillet 2008 est aussi une structure fiscale faisant l'objet d'un *ruling* fiscal avec les autorités administratives et qui est construite sur l'hypothèse que AAA (et non pas KKK) puisse déclarer le bénéfice éventuel provenant du *Exit Payment,* ceci pour pouvoir profiter des pertes reportées importantes de AAA, cette structure ayant donc un effet fiscal avantageux;

- la société AAA, une fois vide, donc la coquille, pourra avoir une valeur importante sur le marché. Il est en effet concevable de localiser un acquéreur intéressé à racheter l'intégralité des actions de la société AAA pour profiter des importantes pertes reportées, à hauteur actuellement de 400 millions d'euros et qui sont potentiellement une économie d'impôts de plus de 100 millions d'euros sur les premiers bénéfices de 400 millions d'euros. Si la société tombe en faillite la coquille ne pourra plus servir et ces pertes reportées importantes ne

sont plus d'aucune valeur et aucun tiers ne pourra reprendre la société. Mais en plus, pour valoriser la société en tant que coquille ou véhicule "profitant de pertes reportées", il faudra faire disparaître les créanciers qui ne sont pas satisfaits et ceci n'est possible que dans le cadre d'un plan de réalisation et de répartition d'actifs organisé par une procédure d'insolvabilité et dûment approuvé par les majorités requises et un tribunal et qui liera ainsi tous les créanciers.

L'appelante ajoute que suite au *Transfer and Set-Off Agreement* du 18 juin 2009 les 100% des parts sociales de la société KKK sont maintenant détenues par AAA et dès lors les commissaires d'une gestion contrôlée participent pour le moins indirectement à la réalisation de l'actif, parce que détenu via une filiale contrôlée par eux à 100%.

Elle estime qu'il est dès lors inexact de dire, comme l'ont fait les premiers juges, que la mesure sollicitée aurait comme seul effet d'accorder à la requérante des termes et délais à l'égard des créanciers. Elle rappelle que les seuls créanciers qui restent sont les créanciers obligataires, dont une majorité de 65,68% soutiennent la demande de AAA en vue de l'obtention du bénéfice de la gestion contrôlée et qui souhaitent un plan de répartition d'actifs lorsque le produit du *Exit Payment* sous le SEI reviendra à AAA sous forme de remboursement de prêt sous le *Profit Participating Loan*.

Elle conclut donc, par réformation du jugement entrepris, à se voir accorder le bénéfice de la gestion contrôlé.

Le représentant du Ministère Public est d'avis que si les développements contenus dans les conclusions de l'appelante sont corroborés par les pièces versées par elle sa demande est à accueillir et il conclut donc, dans cette hypothèse, à l'admission de la société AAA au bénéfice de la gestion contrôlée.

La société AAA reproche à bon droit aux premiers juges de lui avoir imputé un manque de bonne foi et de transparence en procédant après le dépôt de la requête au paiement de factures sans demander l'autorisation du juge délégué, une telle autorisation n'étant pas requise.

Si en effet l'article 5, alinéa 2 de l'arrêté grand-ducal du 24 mai 1935 dispose qu'après son admission au bénéfice de la gestion contrôlée le commerçant ne peut, sans l'autorisation des commissaires, "aliéner, engager ou hypothéquer ses biens, meubles ou immeubles, plaider, transiger, emprunter, recevoir aucune somme, faire aucun paiement, ni se livrer à aucun acte d'administration", l'article 3, alinéa 2 du même règlement prévoit qu'à partir de la décision du tribunal déléguant un de ses juges pour lui faire rapport, le commerçant ne peut "aliéner, constituer des gages ou hypothèques, s'engager ou recevoir un capital mobilier" sans l'autorisation écrite du juge délégué.

Il peut donc, sans avoir besoin d'une autorisation écrite du juge délégué, faire des paiements en exécution d'engagements contractuels pris antérieurement, comme c'est le cas en l'espèce ainsi qu'il résulte des pièces versées.

Les arguments présentés par l'appelante pour être admise au bénéfice de la gestion contrôlée nonobstant transfert du SEI à la société KKK, créée à ces fins, ne manquent pas de pertinence. Dans leur rapport du 30 mars 2009 dressé en exécution de l'ordonnance du 14 juillet 2008 les experts Rukavina et Laplume s'expriment également en faveur de la mesure sollicitée, concluant comme suit:

"Malgré ces faits nouveaux (il s'agit du transfert du SEI vers KKK, de l'incertitude d'un revenu futur tiré de l'exercice du SEI et du litige Bavaria Ring) *le régime de la gestion contrôlée nous semble être dans l'intérêt des créanciers. La mise en faillite de AAA risquerait de créer un élément perturbateur dans l'exécution de la structure mise en place pour l'exercice du SEI. …*

Le régime de la gestion contrôlée permettra à AAA une liquidation ordonnée de ses actifs dans le sens de l'article 1 et 2, alinéa 2 de l'arrêté grand-ducal du 24 mai 1935."

Par réformation du jugement du 15 mai 2009 la demande en obtention du bénéfice de la gestion contrôlée est à dire fondée.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant en matière de gestion contrôlée et sur les conclusions du Ministère Public,

reçoit l'appel de la société en commandite par actions AAA et le dit fondé;

par réformation du jugement entrepris dit la demande en obtention du bénéfice de la gestion contrôlée fondée;

renvoie l'affaire devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour y être procédé conformément à l'article 4 de l'arrêté grand-ducal du 24 mai 1935 en cas d'amission au bénéfice de la gestion contrôlée;

laisse les frais à charge de la société AAA.