

**N° 08 / 2018
du 25.01.2018.**

Numéro 3906 du registre.

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, vingt-cinq janvier deux mille dix-huit.

Composition:

Jean-Claude WIWINIUS, président de la Cour,
Romain LUDOVICY, conseiller à la Cour de cassation,
Nico EDON, conseiller à la Cour de cassation,
Carlo HEYARD, conseiller à la Cour de cassation,
Carole KERSCHEN, conseiller à la Cour d'appel,
John PETRY, procureur général d'Etat adjoint,
Viviane PROBST, greffier à la Cour.

Entre:

la société anonyme SOC1), établie et ayant son siège social à (...), représentée par son conseil d'administration, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...),

demanderesse en cassation,

comparant par Maître Nicolas THIELTGEN, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu, assisté de Maître Fabio TREVISAN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

1) la société anonyme SOC2), établie et ayant son siège social à (...), représentée par son conseil d'administration, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...),

défenderesse en cassation,

comparant par Maître Patrick KINSCH, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu, assisté de Maître Marc KLEYR, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) la société d'investissement à capital variable ayant adopté la forme d'une société en commandite par actions SOC3), établie et ayant son siège social à (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...), représentée par Maître A), pris en sa qualité d'administrateur ad hoc nommé par une ordonnance de référé n° (...) du (...),

3) la société anonyme SOC4), établie et ayant son siège social à (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...), représentée par Maître A), pris en sa qualité d'administrateur ad hoc nommé par une ordonnance de référé n° (...) du (...),

4) Maître B), avocat à la Cour, pris en sa qualité d'administrateur ad hoc de la société SOC3), nommé par jugement (...) du (...) du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, demeurant professionnellement à (...),

défendeurs en cassation.

LA COUR DE CASSATION :

Vu l'arrêt attaqué, numéro 134/16, rendu le 19 octobre 2016 sous le numéro 44000 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 3 avril 2017 par la société anonyme SOC1) à la société anonyme SOC2), à la société en commandite par actions SOC3), à la société anonyme SOC4) et à Maître B), pris en sa qualité d'administrateur ad hoc de la société SOC3), déposé au greffe de la Cour le 10 avril 2017 ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 2 juin 2017 par la société anonyme SOC2) à la société anonyme SOC1), à la société en commandite par actions SOC3), à la société anonyme SOC4) et à Maître B), ès qualités, déposé au greffe de la Cour le 6 juin 2017 ;

Ecartant le nouveau mémoire, dénommé « mémoire en réplique », signifié le 6 décembre 2017 par la société anonyme SOC1) à la société anonyme SOC2), à la société en commandite par actions SOC3), à la société anonyme SOC4) et à Maître B), ès qualités, déposé au greffe de la Cour le 8 décembre 2017, pour ne pas répondre aux prescriptions de l'article 17, alinéa 2, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation en ce qu'il ne tend pas à redresser une appréciation fautive que la partie défenderesse aurait faite des faits qui servent de fondement au recours ;

Sur le rapport du conseiller Romain LUDOVICY et sur les conclusions de l'avocat général Monique SCHMITZ ;

Sur les faits :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que par un jugement rendu le 22 février 2016 en matière commerciale dans un litige opposant les actionnaires de la société d'investissement à capital variable ayant adopté la forme d'une société en commandite par actions (SOC3), à savoir, d'une part, la société anonyme (SOC1) en tant que demanderesse, et, d'autre part, la société anonyme (SOC2) en tant que défenderesse, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait nommé Maître B) administrateur ad hoc de la société (SOC3) avec la mission de se substituer à son associé-gérant, la société anonyme (SOC4), dans l'exercice du contrat-cadre du 16 novembre 2010 et avait ordonné l'exécution provisoire de son jugement ;

Que par une ordonnance rendue le 30 mai 2016, le juge des référés du tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait, à la demande de la société anonyme (SOC2), ordonné, sur base des articles 932, alinéa 2, et 66 du Nouveau code de procédure civile, la suspension de l'exécution du susdit jugement ainsi que la suspension des effets des actes et décisions que l'administrateur ad hoc avait d'ores et déjà pu prendre en exécution de ce jugement ;

Que par une ordonnance rendue le 1^{er} juillet 2016, le même juge des référés, saisi par la société anonyme (SOC1) d'une demande en annulation sinon en rétractation de la susdite ordonnance, avait dit dans un premier temps qu'il était, le cas échéant, compétent, sur base de l'article 66 du Nouveau code de procédure civile, pour ordonner la suspension provisoire de l'exécution d'un jugement commercial frappé d'appel, puis, après continuation des débats, avait, par une ordonnance du 3 août 2016, joint à la susdite demande en annulation sinon en rétractation de l'ordonnance l'assignation en référé pour difficultés d'exécution introduite par la société anonyme (SOC2), avait dit la demande en annulation sinon en rétractation de l'ordonnance présidentielle du 30 mai 2016 recevable, mais non fondée et avait enjoint à la société anonyme (SOC2) de saisir les juges compétents pour trancher les difficultés d'exécution relatives au jugement commercial du 22 février 2016 dans un délai de six semaines à partir du prononcé de l'ordonnance ;

Que la Cour d'appel a confirmé les deux ordonnances entreprises des 1^{er} juillet 2016 et 3 août 2016 ;

Sur les trois moyens de cassation réunis :

tirés, **le premier**, « de la violation de l'article 647 du Code de commerce, lequel dispose que :

<< Les Cours d'appel ne pourront, en aucun cas, à peine de nullité et même de dommages-intérêts des parties, s'il y a lieu, accorder des défenses ni surseoir à l'exécution des jugements des tribunaux d'arrondissement siégeant en matière commerciale, quand même ils seraient attaqués d'incompétence (...) >>.

en ce que la Cour d'appel a retenu que

<< c'est à juste titre que le premier juge s'est déclaré, le cas échéant, compétent pour ordonner, sur base de l'art. 66 du NCPC, la suspension de l'exécution provisoire d'un jugement commercial frappé d'appel >>

aux motifs qu'

<< en l'absence de tout texte interdisant l'intervention du juge des référés lorsqu'il s'agit de difficultés d'exécution d'un jugement commercial, il n'y a aucune raison de penser que si de telles difficultés liées à l'exécution d'un jugement commercial semblent exister, le juge des référés n'est pas compétent pour en suspendre l'exécution provisoire, en attendant que les juges compétents toisent ces difficultés d'exécution >>.

alors qu'il résulte clairement de l'article 647 du Code de commerce que la défense à exécution provisoire (quel que soit le terme employé, à savoir discontinuation des poursuites, sursis à exécution, suspension etc.) est expressément exclue, en toute hypothèse, en matière commerciale, la Cour d'appel ne pouvant qu'examiner si l'exécution provisoire sans caution a été accordée à raison (voyez en ce sens l'arrêt n°165/16 IV-COM du 9 novembre 2016) et que la Cour d'appel aurait donc dû dire que Monsieur le Président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg ne pouvait suspendre l'exécution du jugement commercial n°229/16 du 22 février 2016. » ;

le deuxième, *« de la violation de l'article 590 du Nouveau code de procédure civile qui dispose que*

<< Article 590 : Si l'exécution provisoire a été ordonnée hors des cas prévus par la loi, l'appelant pourra obtenir des défenses à l'audience, sur assignation à bref délai, sans qu'il puisse en être accordé sur requête non communiquée >>.

en ce que la Cour d'appel a retenu que

<< c'est à juste titre que le premier juge s'est déclaré, le cas échéant, compétent pour ordonner, sur base de l'article 66 du NCPC, la suspension de l'exécution provisoire d'un jugement commercial frappé d'appel >>

alors que conformément au texte même de l'article 590 du Nouveau code de procédure civile une défense à exécution ne peut être accordée qu'en audience contradictoire, une requête unilatérale ne pouvant en aucun cas accorder une défense à exécution et que la Cour d'appel aurait donc dû retenir que Monsieur le Président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, agissant suite à une requête unilatérale sur base de l'article 66 du Nouveau code de procédure civile, ne pouvait ordonner la suspension de l'exécution provisoire d'un jugement commercial frappé d'appel. » ;

et le troisième, *« de la violation de l'article 590 du Nouveau code de procédure civile qui dispose que*

<< Si l'exécution provisoire a été ordonnée hors des cas prévus par la loi, l'appelant pourra obtenir des défenses à l'audience, sur assignation à bref délai, sans qu'il puisse en être accordé sur requête non communiquée >>

en ce que la Cour d'appel a retenu que

<< c'est à juste titre que le premier juge s'est déclaré, le cas échéant, compétent pour ordonner, sur base de l'article 66 NCPC, la suspension de l'exécution provisoire d'un jugement commercial frappé d'appel >>

alors qu'il résulte de l'article 590 du Nouveau code de procédure civile que seule la Cour d'appel est compétente pour ordonner une défense à exécution et que la Cour d'appel aurait donc dû retenir que Monsieur le Président du tribunal d'arrondissement n'était pas compétent pour prendre l'ordonnance du 30 mai 2016 qui suspend l'exécution provisoire d'un jugement commercial frappé d'appel. » ;

Attendu que la Cour d'appel n'était pas saisie et n'a pas statué en tant que juridiction d'appel en matière civile ou commerciale sur une demande de défense à exécution provisoire au sens des articles 647 du Code de commerce et 590 du Nouveau code de procédure civile, mais en tant que juridiction d'appel en matière de référé sur une demande tendant à voir statuer, sur base des articles 932, alinéa 2, et 66 du Nouveau code de procédure civile, sur les difficultés d'exécution du jugement commercial du 22 février 2016, dont ni les dispositions ni l'exécution provisoire n'étaient critiquées en tant que telles, mais seulement les actes d'exécution postérieurs posés par l'administrateur ad hoc désigné per ledit jugement, de sorte que les dispositions visées aux moyens sont étrangères au litige ;

Qu'il en suit que les moyens sont irrecevables ;

Sur le quatrième moyen de cassation :

tiré « de la violation de l'article 66 du Nouveau code de procédure civile qui dispose que :

<< Article 66 : Lorsque la loi permet ou la nécessité commande qu'une mesure soit ordonnée à l'insu d'une partie, celle-ci dispose d'un recours approprié contre la décision qui lui fait grief >>

en ce que la Cour d'appel a retenu que

<< Il est à noter que contrairement à ce que fait plaider l'appelante, l'urgence requise ne doit pas comporter un degré aggravé. Ainsi, l'extrême urgence n'est pas requise. >>

alors qu'au contraire, que le recours aux mesures unilatérales ne se justifie qu'en cas de situation d'extrême urgence et que la Cour aurait donc dû retenir que les mesures unilatérales ne peuvent être adoptées que s'il y a extrême urgence et

aurait donc dû apprécier si une telle condition d'extrême urgence était établie par l'intimée (demanderesse initiale sur requête unilatérale en date du 27 mai 2016). » ;

Attendu qu'outre la considération, reproduite au moyen, relative à l'urgence, qui ne constitue pas en tant que telle une condition d'application requise par l'article 66 du Nouveau code de procédure civile, les juges d'appel ont retenu que « *l'article 66 du NCPC confie au juge un pouvoir autonome pour prononcer des mesures unilatérales (...) lorsque la nécessité le commande (...)* », de sorte qu'en décidant que « *Les conditions étaient dès lors remplies pour que le magistrat (...) [le juge des référés] prenne une décision unilatérale sur base de l'article 66 du NCPC.* », ils se sont référés au critère légal de la nécessité qui doit commander l'octroi de la mesure sollicitée et n'ont partant pas violé la disposition en question ;

Qu'il en suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur la demande en allocation d'une indemnité de procédure :

Attendu qu'il serait inéquitable de laisser à charge de la défenderesse en cassation SOC2)-SPF l'intégralité des frais exposés non compris dans les dépens ; qu'il convient de lui allouer une indemnité de procédure de 2.000 euros ;

Par ces motifs,

rejette le pourvoi ;

condamne la demanderesse en cassation à payer à la défenderesse en cassation SOC2) - SPF une indemnité de procédure de 2.000 euros ;

condamne la demanderesse en cassation aux dépens de l'instance en cassation avec distraction au profit de Maître Patrick KINSCH, sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président Jean-Claude WIWINIUS, en présence de Monsieur John PETRY, procureur général d'Etat adjoint, et de Madame Viviane PROBST, greffier à la Cour.