

Arrêt N°165/16 IV-COM

Audience publique du neuf novembre deux mille seize

Numéro 43534 du rôle

Composition :

Roger LINDEN, président de chambre;
Elisabeth WEYRICH, conseillère;
Marie-Paule BILDORFF, conseillère;
Eric VILVENS, greffier assumé.

E n t r e

la société anonyme SOC.1.), établie et ayant son siège social à L- (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B (...),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Laura Geiger de Luxembourg du 11 avril 2016,

comparant par Maître Patrick Kinsch, assisté de Maître Marc Kleyr, avocats à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

1) la société anonyme SOC.2.), établie et ayant son siège social à L- (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B (...),

intimée aux fins du prédit exploit Geiger,

comparant par Maître Nicolas Thieltgen, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) la société en commandite par actions SOC.3.), société à capital variable, établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son associé gérant commandité actuellement en fonctions, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B (...),

intimée aux fins du prêt exploit Geiger,

3) la société anonyme SOC.4.), établie et ayant son siège social à L-(...), pris en sa qualité d'associé gérant commandité d'**SOC.3.)**, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B (...),

intimée aux fins du prêt exploit Geiger,

sub 2) et 3) comparant par Maître Gaston Stein, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL

Par acte d'huissier de justice du 30 avril 2015, la société anonyme ayant la qualité de société de gestion de patrimoine familial **SOC.2.)** SPF (ci-après la société **SOC.2.)**) a assigné (1) la société d'investissement à capital variable ayant adopté la forme d'une société en commandite par actions **SOC.3.)** Sicav-Fis, (ci-après la société **SOC.3.)**), (2) la société anonyme **SOC.4.)** (ci-après la société **SOC.4.)**) et (3) la société anonyme ayant la qualité de société de gestion de patrimoine familial **SOC.1.)** (ci-après la société **SOC.1.)**) devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour la partie **SOC.3.)** et la partie **SOC.4.)** assignée en sa qualité d'associé commandité d'**SOC.3.)**, s'entendre ordonner de mettre en application la cinquième résolution adoptée le 5 octobre 2012 par son conseil d'administration et de procéder à l'allocation définitive des actifs compris dans le compartiment 6 d'**SOC.3.)** entre les compartiments 1 à 6 de ce fonds d'investissement en application des titres 4 et 5 du contrat-cadre du 16 novembre 2010 et plus particulièrement de son article 5.3.1.

Elle a demandé au tribunal, principalement de nommer un administrateur ad hoc au sein d'**SOC.4.)** prise en sa qualité d'associé-gérant commandité d'**SOC.3.)** avec la mission de mettre en application ladite résolution et subsidiairement la partie **SOC.3.)**, sinon la partie **SOC.4.)** s'entendre condamner à mettre en œuvre la cinquième

résolution du conseil d'administration du 5 octobre 2012 et à procéder à l'allocation définitive des actifs, dans les dix jours de la signification du jugement à intervenir sous peine d'une astreinte de 75.000 € par jour de retard après l'expiration dudit délai et, plus subsidiairement, de constater que le mécanisme de régularisation prévu à l'article 5.1.1. du contrat trouve à s'appliquer et voir attribuer, sur base d'une valorisation d'**SOC.3.)** au 31 décembre 2012, les actions de commanditaires émises par les différents compartiments du fonds à **SOC.2.)** au détriment d'**SOC.1.)** dans les proportions reprises au dispositif de l'assignation et dire que la signification du jugement vaudra inscription au registre des actionnaires du changement de la propriété de ces actions. Elle a conclu à voir ordonner l'exécution provisoire sans caution du jugement à intervenir.

Par acte d'huissier de justice du 11 mai 2015, **A.)** agissant en sa qualité d'administrateur de la société **SOC.4.)** est intervenu volontairement dans l'instance principale pendante devant le tribunal au motif qu'il entend se voir donner acte que le défaut d'exécution des obligations contractuelles d'**SOC.4.)** ne lui est pas imputable et qu'il entend voir exécuter la cinquième résolution prise par le conseil d'administration d'**SOC.4.)** conformément au contrat-cadre.

Par acte d'huissier de justice du 13 mai 2015, la société **SOC.2.)** a assigné **B.)**, **C.)** et **D.)** pour voir dire qu'ils sont tenus d'intervenir dans le litige introduit par l'assignation du 30 avril 2015 aux fins de se voir déclarer commun le jugement à intervenir et se voir ordonner de mettre en application la cinquième résolution adoptée par le conseil d'administration d'**SOC.4.)**, et ce en leur qualité d'administrateurs de cette société, dans les dix jours du jugement à intervenir, sous peine d'une astreinte de 75.000 €.

La société **SOC.2.)** a fait valoir à l'appui de sa demande qu'elle-même en tant que société faitière du groupe **SOC.2.)** et la société **SOC.1.)**, société faitière du groupe **SOC.1.)**, sont les initiateurs du fonds **FONDS.1.)**; que la société **SOC.3.)** a été constituée le 16 décembre 2009 sous la forme d'une société d'investissement à capital variable, avec pour objectif de regrouper les diverses participations communes des deux promoteurs ainsi que certaines participations propres à chacun de ces deux groupes dans le secteur de l'immobilier ; que ce fonds permettait la création de compartiments privatifs dont les actions seraient détenues à 100% par l'initiateur apportant les projets privatifs à ce compartiment et de compartiments communs dont les actions seraient réparties à parts égales entre les deux initiateurs apportant les projets communs alloués à ce compartiment ; que les opérations envisagées ne devaient entraîner ni enrichissement ni

appauvrissement pour l'un d'eux au profit ou au détriment de l'autre, par rapport à la situation ayant prévalu pour chacun d'eux avant la création du fonds.

Elle a exposé que le fonds **FONDS.1.)** est divisé en six compartiments dont deux privatifs et quatre communs ; que le fonds une fois constitué, les deux sociétés ont conclu un contrat-cadre appelé à régir les opérations de transfert audit fonds des biens leur appartenant et donc des actions émises par les entités détenant ces biens ; que la version définitive du contrat fut soumise le 16 novembre 2010 au conseil d'administration de l'associé-gérant d'**SOC.3.)**, donc la société **SOC.4.)** et approuvée à l'unanimité par celui-ci ; que ce contrat-cadre prévoyait que l'ensemble des biens immobiliers détenus par les sociétés **SOC.2.)** et **SOC.1.)** seraient transférés au compartiment mixte 6 du fonds **FONDS.1.)** dans l'attente d'une répartition ultérieure entre les différents compartiments; que cette façon de procéder, qui aboutissait à une situation devant rester provisoire, s'imposait en raison de la situation des avoirs transférés par les sociétés **SOC.2.)** et **SOC.1.)** au fonds **FONDS.1.)** et en particulier en raison du fait que les avoirs transférés par **SOC.1.)** comportaient plus de dettes que d'actifs.

Malgré l'adoption le 16 novembre 2010 par le conseil d'administration d'**SOC.4.)** du contrat-cadre signé deux jours plus tard, soit le 18 novembre 2010, ledit conseil d'administration n'aurait toujours pas exécuté sa résolution du 5 octobre 2012, de sorte qu'il y aurait lieu de lui ordonner en sa qualité d'associé commandité-gérant d'**SOC.3.)**, sinon d'ordonner directement à la société **SOC.3.)** de procéder à l'allocation définitive des actifs compris dans le compartiment 6 entre les compartiments 1 à 6 en application des articles 4 et 5 et plus particulièrement de l'article 5.3.1. du contrat-cadre.

Les parties défenderesses **SOC.1.)**, **B.)** et **C.)** ont soulevé des moyens de nullité et d'irrecevabilité tant quant à la demande principale que quant à l'intervention volontaire de **A.)** et la mise en intervention forcée des parties **B.)**, **C.)** et **D.)**.

Quant au fond, elles ont conclu au rejet de la demande, étant donné que dans la mesure où la société **SOC.2.)** n'aurait pas procédé à la remise à parité pour le 31 décembre 2012, elle ne pourrait plus demander de réallocation privative du patrimoine en raison des termes extinctifs contenus aux articles 5.1.4. et 8 du contrat-cadre.

Les sociétés **SOC.3.)**, **SOC.4.)** et **D.)** se sont rapportés à prudence de justice.

Par jugement contradictoire du 22 février 2016, le tribunal d'arrondissement a déclaré nul l'acte d'assignation en intervention forcée du 13 mai 2015 dirigé contre les administrateurs **B.)**, **C.)** et **D.)**.

Il a débouté **A.)** de sa demande en intervention.

La demande principale a été déclarée fondée et le tribunal a nommé l'avocat **ME.1.)** administrateur ad hoc de la SCA SICAV FIS **SOC.3.)** avec la mission de se substituer à son associé-gérant, la société anonyme **SOC.4.)** dans l'exécution du contrat-cadre du 16 novembre 2010 jusqu'à accomplissement de la réallocation définitive du patrimoine absorbé par le fonds aux compartiments 1 à 5 telle que notamment prévue aux articles 4 et 5 dudit contrat-cadre dans le respect des obligations découlant de la loi, des statuts et du mémorandum de placement privé.

Le tribunal a ordonné l'exécution provisoire sans caution du jugement.

Par acte d'huissier de justice du 11 avril 2016, la société **SOC.1.)** a relevé appel du jugement qui lui a été signifié le 1^{er} mars 2016. Elle a intimé les sociétés **SOC.2.)**, **SOC.3.)** et **SOC.4.)**. Elle conclut, par réformation du jugement entrepris, à voir constater par la Cour d'appel que la dispense de caution en vue de l'exécution provisoire a été admise en dehors des cas prévus par la loi de sorte qu'elle demande à la Cour de dire, avant même le jugement sur le bien-fondé des autres questions soulevées par l'appel et par réformation de la dispense de caution admise par le jugement attaqué, que l'exécution provisoire du jugement est subordonnée à la constitution d'une caution. Dans ses conclusions récapitulatives du 3 octobre 2016, la société **SOC.1.)** demande encore à la Cour de dire que les actes d'exécution qui ont eu lieu après le prononcé du jugement et jusqu'à la constitution d'une caution jugée satisfaisante sont nuls et de nul effet, sinon que leurs effets sont suspendus jusqu'à la constitution de la nouvelle caution.

Dans ses conclusions récapitulatives du 3 octobre 2016, l'intimée **SOC.2.)** demande à la Cour de déclarer l'appel irrecevable pour non-intimation par l'appelante de toutes les parties ayant figuré en première instance. Au fond, elle conclut à voir dire que la demande portant sur la dispense de caution touche au fond du litige et ne saurait faire l'objet d'un arrêt séparé. Elle soutient encore que la demande constitue une demande en défense à exécution provisoire prohibée en matière commerciale par l'article 647 du Code de commerce. Elle demande à la Cour de retenir que la résolution du 5 octobre 2012 et/ou le contrat-cadre du 16 novembre 2010 constituent des titres non attaqués qui

justifient la dispense de caution et de confirmer l'exécution provisoire sans caution du jugement. La société **SOC.2.)** conclut à titre subsidiaire à voir dire que les conditions pour lui imposer une caution ne sont pas réunies et à titre plus subsidiaire qu'elle dispose d'une solvabilité notoire la dispensant de devoir fournir une caution. Elle conclut à voir ordonner l'exécution provisoire de l'arrêt à intervenir sur minute et avant l'enregistrement nonobstant tous recours et sans caution. Elle réclame une indemnité de procédure de 50.000 €.

Les sociétés intimées **SOC.3.)** et **SOC.4.)** demandent acte qu'« elles ne sont en mesure de prendre position ni pour ni contre la demande originaire telle que présentée par **SOC.2.)**, ni pour ni contre l'appel interjeté le 11 avril 2016 ».

La recevabilité de l'appel

La société **SOC.2.)** soutient que le litige a un caractère indivisible de sorte que le fait pour la société **SOC.1.)** de ne pas avoir intimé toutes les parties ayant figuré en première instance, à savoir les administrateurs de la société **SOC.4.)** (i.e. **A.)**, **D.)**, **B.)**, **C.)**) de même que l'administrateur ad hoc Me **ME.1.)** nommé par le tribunal, rendrait l'appel irrecevable.

La société **SOC.1.)** conclut au rejet du moyen en faisant valoir que l'obligation d'intimer toutes les parties ayant figuré au litige en première instance ne serait exigée qu'en cas d'indivisibilité du litige, non donnée en l'espèce.

Un litige doit être considéré comme indivisible en ce qui concerne l'appel lorsque l'objet de l'instance n'est pas susceptible de division, de telle sorte que, si l'arrêt à intervenir sur un appel n'intimant pas toutes les parties en cause en première instance était contraire au jugement de première instance, il y aurait impossibilité absolue d'exécuter simultanément le jugement à l'égard des parties non intimées et l'arrêt à l'égard des parties présentes en instance d'appel (Cour de Cassation, 13 novembre 2008, 34,310 ; Cour d'appel 1.2.2012, P.35, 854, Journal des tribunaux Luxembourg 2010, pages 54-57, L'indivisibilité procédurale par T. Hoscheit).

La juridiction du premier degré a déclaré irrecevable l'assignation en intervention forcée lancée par la société **SOC.2.)** contre les administrateurs de la société **SOC.4.)**, à savoir **B.)**, **C.)** et **D.)** au motif que ceux-ci ne relèvent pas de la compétence matérielle du tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale. L'objet de cette assignation était de leur voir déclarer commun le jugement à intervenir

et en outre à leur voir ordonner de mettre en application la cinquième résolution adoptée par le conseil d'administration d'**SOC.4.)** en leur qualité d'administrateurs de cette société.

Le tribunal a encore décidé que **A.)** était sans qualité pour intervenir volontairement en sa qualité d'administrateur de l'associé commandité - gérant **SOC.4.)** dans l'instance principale au motif que l'intérêt à intervenir dans son chef, à savoir de se voir donner acte que le défaut d'exécution des obligations contractuelles de la société **SOC.4.)** ne lui était pas imputable et qu'il entendait voir exécuter la cinquième résolution prise par le conseil d'administration d'**SOC.4.)** le 5 octobre 2012 conformément au contrat-cadre, était purement hypothétique.

Il en ressort que le tribunal du premier degré n'a rien tranché au fond en ce qui concerne les administrateurs pris à titre individuel de la société **SOC.4.)**. Il en découle encore que le jugement dont appel ne contient aucune décision relative à l'objet du litige principal qui pourrait être exécutée contre ces derniers à titre individuel.

La question d'une impossibilité d'exécuter le jugement contre eux pris à titre individuel ne se pose dès lors même pas.

Il est ajouté à titre superfétatoire que la décision à prendre par la Cour d'appel s'imposera à eux en leur qualité de membres du conseil d'administration de l'associé commandité - gérant du fonds **FONDS.1.)**, tout comme d'ailleurs s'est imposé à eux, toujours en cette même qualité, le jugement de première instance, étant donné que la société **SOC.4.)** a été partie en première instance et a été intimée par l'acte d'appel.

Quant au mandataire ad hoc nommé par le tribunal, il est faux de prétendre que par sa nomination, il serait à considérer comme partie en première instance. Ce n'est en effet que par l'effet du jugement de nomination que l'administrateur ad hoc est devenu partie prenante au litige, une décision de la Cour d'appel confirmant, étendant, limitant ou supprimant la mission qui lui a été dévolue s'imposant à lui. Etant mandataire de justice et ne représentant judiciairement aucune partie, il n'a aucune qualité pour figurer à l'instance d'appel.

Le moyen d'irrecevabilité de l'appel est à rejeter.

La dispense de caution

Se pose d'abord la question de savoir si la Cour d'appel est compétente pour réformer le cas échéant ce volet du jugement.

L'article 647 du Code de commerce dispose ce qui suit :

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 ; mais elles pourront, suivant l'exigence des cas, accorder la permission de citer extraordinairement à jour et heure fixe, pour plaider sur l'appel.

La défense à exécution provisoire est partant expressément exclue en matière commerciale.

Cette disposition est à lire ensemble avec l'article 567 du NCPC de la teneur suivante :

Les tribunaux d'arrondissement siégeant en matière commerciale pourront ordonner l'exécution provisoire de leurs jugements, nonobstant l'appel, et sans caution, lorsqu'il y aura titre non attaqué, ou condamnation précédente dont il n'y aura pas d'appel ; dans les autres cas, l'exécution provisoire n'aura lieu qu'à la charge de donner caution, ou de justifier de solvabilité suffisante.

L'exécution provisoire des jugements rendus en matière commerciale est partant de droit, mais à charge pour celui au profit duquel elle a été prononcée de donner caution ou de justifier de solvabilité suffisante. Le tribunal pourra cependant dispenser le demandeur de fournir caution, nonobstant appel, notamment si le titre sur base duquel la condamnation a été prononcée n'est pas attaqué.

S'il n'est dès lors pas permis à la Cour d'appel de faire défense à l'exécution provisoire prononcée, aucun argument de texte ne s'oppose cependant à ce qu'elle puisse examiner si l'exécution provisoire sans caution a été accordée à raison, partant vérifier si les conditions légales portant dispense de fournir caution étaient remplies. Lui dénier ce droit reviendrait à lui interdire de réformer, le cas échéant, un jugement qui aurait à tort été revêtu de l'exécution provisoire avec dispense pour le demandeur de fournir caution, alors pourtant que l'exécution provisoire avec dispense de caution est dérogoratoire au régime du droit commun des jugements rendus en matière commerciale et qu'elle a été, en raison des risques inhérents à exécuter une telle décision, cantonnée à deux cas de figure précis.

Ce faisant, la Cour adopte la position de la Cour de cassation française qui dans un arrêt du 27 janvier 1880 a approuvé la Cour d'appel d'Angers qui, statuant sur incident et en appel, avait, dans un arrêt du 28 octobre 1878, par réformation, dit que l'exécution provisoire ordonnée en première instance sans caution aurait lieu sous caution (Cassation frcse. D.P. 1880, 1, page 364 ; Cassation frcse. ch.des requêtes 18 juin 1900, D.P. 1900,1, p.415 ; voir pour la Belgique Traité de Droit Commercial Belge par L. Fredericq, Tome I, no 386, éd.1946). La Cour d'appel d'Angers avait en outre rejeté l'argument tiré de l'article 647, dernier alinéa du Code de commerce, repris par la société **SOC.2.**), aux termes duquel la Cour d'appel devrait toiser le litige en priorité en les termes suivants :

« que vainement on objecte que la seconde partie de l'article 647 (du Code de commerce) permet aux débiteurs, contre lesquels l'exécution provisoire sans caution aurait été abusivement accordée par un tribunal de commerce, une procédure spéciale pour arriver à la réformation de son jugement ; qu'en effet, la citation extraordinaire à bref délai qu'ils peuvent demander à la cour n'est, le plus souvent, qu'une garantie insuffisante, puisqu'elle ne leur permet pas d'obtenir au provisoire, et sans faire en même temps statuer sur le fond de la cause, la réformation de la disposition qui aurait abusivement ordonné l'exécution provisoire sans caution ; qu'il est des cas nombreux où des incidents de procédure inévitables et, comme dans l'espèce, des vérifications ou des recherches de nouvelles pièces destinées à être produites dans un compte ne permettent pas le jugement immédiat sur le fond ».

Ces développements rédigés en 1868 sont plus que d'actualité en 2016 de sorte que la Cour les fait siens.

S'il est vrai, tel que le fait valoir la société **SOC.2.**), qu'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 4 décembre 1925 n'a pas suivi les arrêts de la Cour de cassation en ayant retenu que la Cour d'appel ne pouvait en aucun cas revenir sur la décision ayant ordonné l'exécution provisoire sans caution (Gazette du Palais 1926-I, 704), la Cour d'appel de céans ne la suit pas, ce d'autant moins que la Cour d'appel de Paris, pour asseoir davantage sa décision, a retenu que le titre litigieux n'était pas attaqué et a ainsi, en fait, examiné si le tribunal avait à bon droit ordonné l'exécution provisoire du jugement, alors pourtant qu'elle avait auparavant dénié à la juridiction d'appel le droit d'examiner la légalité de la décision quant à l'exécution provisoire prononcée sans caution.

Le moyen de l'intimée qui soutient que la demande de l'appelante de voir la Cour se prononcer sur la dispense de caution toucherait au fond du litige et ne pourrait pas faire l'objet d'une instruction séparée et d'un

arrêt avant dire droit et que cette demande constituerait une défense à exécution provisoire prohibée en matière commerciale par l'article 647 du Code de commerce est donc à rejeter.

Le tribunal a motivé sa décision quant à l'octroi de la dispense de la caution de la façon suivante :

*« La société **SOC.2.)** demande encore que le présent jugement soit assorti de l'exécution provisoire sans caution, dans la mesure où **SOC.3.)**, sur lequel pèse l'obligation de procéder à la réallocation définitive du patrimoine de la manière décrite à la section 5 du contrat-cadre (cf. article 5.3.1), a d'ores et déjà, par sa résolution du 5 octobre 2012 prise par son associé gérant **SOC.4.)** S.A., reconnu le bien-fondé du principe de la réallocation, seul le conflit au sein du conseil d'administration de ce dernier en ayant empêché l'exécution.*

*Au vu de cette reconnaissance par **SOC.3.)**, débitrice de l'obligation de réallocation, reconnaissance d'ailleurs réitérée dans les conseils d'administration ultérieurs, comme il résulte des développements ci-dessus, il y a lieu de faire droit à cette demande ».*

L'appelante soutient qu'entériner cette motivation reviendrait à commettre un déni de justice à son égard. Elle expose que les sociétés **SOC.3.)** et **SOC.4.)** ne peuvent, en raison de leur composition paritaire, pas émettre de contestation quant à la résolution adoptée et renvoie à la prise de position des sociétés **SOC.3.)** et **SOC.4.)** contenue dans leurs conclusions du 4 août 2016, reproduites ci-dessus dans l'arrêt. Elle fait encore valoir que la mise à exécution de la résolution du 5 octobre 2012 requerrait sa participation active de sorte qu'elle aurait qualité pour contester la portée de celle-ci.

Le fonds **FONDS.1.)** doit organiser le compartimentage des actifs. Le conseil d'administration de son associé commandité - gérant a pris le 5 octobre 2012 la résolution suivante :

« décide que l'affectation des Actifs Immobiliers de la Société devra se faire le plus rapidement possible sur la base (i) des comptes arrêtés au 31 décembre 2012 et (ii) de l'évaluation de l'Expert indépendant arrêtée à la même date ».

Que la résolution du 5 octobre 2012 ne soit pas contestée dans sa matérialité est évident, étant donné qu'elle a été prise par le conseil d'administration de l'associé commandité - gérant du fonds auquel incombe l'obligation d'y procéder.

C'est sa portée qui est contestée.

La résolution indique que l'affectation se fera sur base des comptes et de l'évaluation des biens arrêtés au 31 décembre 2012.

Les sociétés admettent que la résolution du 5 octobre 2012 visait l'allocation définitive prévue par le contrat-cadre du 16 respectivement 18 novembre 2010.

Ce fait ressort par ailleurs du jugement dont appel. Le tribunal a en effet nommé un administrateur ad hoc avec la mission de se substituer à l'associé-gérant **SOC.4.)** dans l'exécution du contrat-cadre du 16 novembre 2010 et a dit que les parties (*i.e.* les sociétés **SOC.2.)** et **SOC.1.)**) étaient tenues conformément à l'article 5.3.4. du contrat-cadre de collaborer de bonne foi afin que cette réallocation définitive des actifs puisse prendre effet.

Il ne saurait partant être fait abstraction du contexte dans lequel cette résolution a été prise, mais il y a lieu bien au contraire de tenir compte du contrat-cadre signé par les parties **SOC.1.)-SOC.2.)-SOC.3.)**, la résolution du 5 octobre 2012 ayant précisément eu pour objet d'exécuter une des dispositions essentielles dudit contrat. La résolution et le contrat-cadre forment partant un tout indissociable.

Le titre dont question à l'article 567 du NCPC est donc constitué en l'espèce par la résolution du 5 octobre 2012 prise en exécution du contrat-cadre signé le 18 novembre 2010.

La société **SOC.1.)** n'est certes pas débitrice de l'obligation de procéder à l'allocation définitive des actifs immobiliers, mais elle devra collaborer à sa mise en œuvre et a été l'une des deux parties qui ont signé le contrat - cadre sur base duquel la réallocation devra se faire. Elle a partant non seulement intérêt, mais encore qualité pour discuter de la portée qu'il y a lieu de donner à la résolution du 5 octobre 2012.

Les contestations portent sur l'article 8 du contrat-cadre dont la teneur diffère au gré des documents respectifs produits par chacune des parties.

Le contrat-cadre a été conclu entre les sociétés **SOC.2.)**, **SOC.1.)** et **SOC.3.)**, cette dernière ayant été représentée par son associé commandité - gérant **SOC.4.)**.

Selon l'article 8 du projet élaboré, soumis et approuvé par le conseil d'administration d'**SOC.4.)** en sa séance du 16 novembre 2010, le

contrat - cadre « *prendra effet à la date de signature de la présente convention et continuera de rester en vigueur et sortira ses effets pour une durée illimitée* » sauf préavis à donner par une des parties moyennant un préavis de trois mois, ce préavis ne pouvant être donné avant le 31 décembre 2012 (pièce 8, page 17 de l'intimée ; pièce 14 de l'appelante).

Le conseil d'administration de la société **SOC.4.)** a approuvé en sa première résolution « *la convention cadre dont les termes et la signature sont expressément approuvés* ». Dans sa quatrième résolution du même jour, le même conseil a délégué tous pouvoirs, soit à deux administrateurs, sinon à un administrateur assisté de l'une ou l'autre de deux personnes y nommément désignées pour faire tout ce qui est nécessaire en vue de la mise en œuvre des résolutions prises, en ce y compris la signature de la convention-cadre.

Le contrat - cadre a été signé le 18 novembre 2010 (pièce 15 de l'appelante). L'article 8 est de la teneur suivante : « ... le présent contrat prendra effet à la date de signature *de la présente convention et expirera le 31 décembre 2012, sauf convention contraire des parties* ».

Selon les parties, la date d'expiration du contrat au 31 décembre 2012, si elle était avérée, entraînerait un partage paritaire des actifs s'étant trouvés dans le compartiment 6 du fonds au 31 décembre 2012, et non pas, contrairement à l'hypothèse où le contrat devait avoir continué à sortir ses effets au-delà de cette date, une allocation privative et / ou commune selon que les biens ont été cédés au fonds par l'un et/ou l'autre promoteur du fonds **FONDS.1.)**.

La juridiction du premier degré a tranché cette question en ayant décidé que la version soumise au conseil d'administration le 16 novembre 2010 reflétait l'intention commune des parties. Elle a ainsi fait prévaloir la version du contrat-cadre du 16 novembre 2010, non signée, à celle signée par les membres du conseil d'administration de l'associé commandité-gérant de la société **SOC.3.)** du 18 novembre 2010.

Le tribunal a partant tranché une contestation relative à la portée de la résolution du 5 octobre 2012 qu'il a analysée au regard des stipulations du contrat-cadre.

La résolution du 5 octobre 2012 ensemble le contrat-cadre ayant fait l'objet d'interprétations divergentes de la part des parties litigantes dont ni l'une ni l'autre ne sont a priori dénuées de tout fondement, sont donc

à considérer comme « un titre attaqué » au sens de l'article 567 du NCPC.

Le titre servant de base à la demande principale de la société **SOC.2.)** n'était donc pas un « titre non attaqué ».

Le premier cas de dispense légale de caution n'étant pas établi - le second n'a de toute façon jamais été invoqué au soutien de la demande -, il convient de réformer le tribunal en ce qu'il a ordonné l'exécution provisoire du jugement, nonobstant appel et sans caution.

La société **SOC.2.)** demande à la Cour dans un ordre d'idées subsidiaire de décider principalement que les conditions pour lui imposer une caution ne sont pas réunies et subsidiairement de constater sa solvabilité notoire qui la dispenserait de la présentation d'une telle caution.

Il est rappelé que les jugements commerciaux ne sont provisoirement exécutoires, nonobstant l'appel, qu'à la charge pour le demandeur de donner caution ou de justifier de solvabilité suffisante. Ces conditions sont alternatives et non pas cumulatives. Il en découle qu'une partie solvable n'aura pas besoin de fournir caution.

La société **SOC.2.)** conteste devoir fournir caution ou justifier de sa solvabilité suffisante, étant donné que le jugement dont appel ne contiendrait aucune condamnation prononcée à la charge de la société **SOC.1.)**. Elle soutient donc que faute d'avoir prononcé une condamnation patrimoniale, le jugement serait exécutable sans nécessité pour elle de fournir caution.

Peu importe cependant que l'exécution provisoire ne porte pas directement sur une condamnation pécuniaire, dès lors qu'elle porte sur un droit évaluable. Elle porte en l'espèce sur l'allocation des actifs se trouvant dans le compartiment 6 du fonds au profit de la partie qui les y a apportés. Cette allocation se fera par le jeu d'écritures comptables, elle est partant quantifiable.

La Cour n'examine pas à ce stade de la procédure la consistance des actifs respectifs à attribuer à l'une ou l'autre société. Elle constate simplement que l'intérêt quantifiable du litige consiste en la différence de valeur des actifs à distribuer selon qu'il est procédé à une répartition égalitaire desdits biens entre les parties ou à une répartition selon qu'ils ont été apportés par l'une ou l'autre partie. La société **SOC.2.)** soutient que le compartiment 6 serait composé de 90% d'actifs qu'elle aurait apportés et qui devraient donc lui être attribués, tandis que la société

SOC.1.) prône un partage égalitaire. Le tribunal a rejeté la thèse selon laquelle la répartition devrait se faire sur une base égalitaire.

Le moyen de la société **SOC.2.)** tendant à voir dire qu'elle n'est pas obligée de fournir caution ou de justifier de solvabilité suffisante est donc à rejeter.

L'obligation faite au demandeur de fournir caution ou de justifier de solvabilité suffisante a pour objet de prémunir le défendeur qui subit l'exécution provisoire, une fois la décision réformée en appel, contre le risque dû à l'impossibilité du demandeur de lui restituer ce qu'il s'est vu provisoirement attribuer.

La fourniture de la caution est réglementée par les articles 568 et 569 du NCPC. C'est suite à ces formalités qu'il conviendra à la juridiction compétente de statuer sur la nature et le montant de la caution à fournir. La partie aura toujours le choix ou de fournir caution ou de justifier de sa solvabilité suffisante. Il appartient au juge saisi de la question concernant l'exécution du jugement moyennant caution d'apprécier la solvabilité du créancier, et si elle paraît suffisamment établie, de passer outre (Pandectes belges, tome 39, V° Exécution provisoire, no 152, éd.1891).

L'exécution provisoire du jugement dont appel est partant à ordonner à condition pour la société **SOC.2.)** de justifier de sa solvabilité suffisante ou de fournir caution.

La société **SOC.1.)** demande à la Cour de dire que les opérations effectuées en vertu de l'exécution provisoire attachée au jugement dont appel sont soit nulles, soit du moins suspendues jusqu'après la fourniture de caution. Contrairement à ce que soutient l'intimée **SOC.2.)**, cette demande n'est pas irrecevable pour être nouvelle en appel, étant donné qu'elle tend à voir préciser les effets attachés à des actes d'exécution d'ores et déjà effectués, demande que la société appelante ne pouvait pas présenter en première instance.

Les opérations ne sont pas nulles étant donné qu'elles ont été effectuées sur base d'une décision provisoirement exécutoire. Leur effet reste cependant conditionné à la fourniture d'une caution judiciaire ou à la preuve de la solvabilité suffisante de la société **SOC.2.)**.

Cette dernière demande à la Cour d'ordonner l'exécution provisoire de l'arrêt sur minute et avant l'enregistrement nonobstant tous recours et sans caution.

Cette demande, outre qu'elle n'est pas dans l'intérêt de la société **SOC.2.)**, est sans objet, étant donné qu'un recours éventuel à introduire contre le présent arrêt ne serait pas suspensif et que la société **SOC.2.)** ne justifie ni n'établit les conditions qui devraient amener la Cour à ordonner l'exécution provisoire sur minute et avant l'enregistrement.

La demande de la société **SOC.2.)** en allocation d'une indemnité de procédure de 50.000 € est réservée dans l'attente de l'arrêt à intervenir sur le mérite de l'appel touchant le fond du litige.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, sur rapport du magistrat de la mise en état,

dit recevable l'appel interjeté par la société anonyme **SOC.1.)** contre le jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 22 février 2016,

réformant :

dit que le jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 22 février 2016 n'est pas revêtu de l'exécution provisoire, nonobstant appel et sans caution,

dit que l'exécution provisoire aura lieu sous condition pour la société anonyme **SOC.2.)** de justifier de sa solvabilité suffisante ou de fournir caution,

dit que l'effet des opérations d'ores et déjà accomplies par l'administrateur ad hoc est suspendu jusqu'à la fourniture d'une caution judiciaire ou la justification de solvabilité suffisante de la société anonyme **SOC.2.)**,

rejette la demande de la société anonyme **SOC.2.)** tendant à voir prononcer l'exécution provisoire de l'arrêt, sur minute et avant l'enregistrement,

réserve la demande de la société anonyme **SOC.2.)** en allocation d'une indemnité de procédure et les frais.