

Arrêt référé

Audience publique du 7 décembre deux mille onze

Numéro 35826 du rôle.

Composition:

Marie-Anne STEFFEN, premier conseiller, président;
Odette PAULY, conseiller;
Pierre CALMES, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

la société anonyme K),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Gilles HOFFMANN, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg en date du 11 mars 2010,

comparant par Maître René FALTZ, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1. E), commerçant, et son épouse

2. R),

3. M), notaire,

4. S), huissier de justice,

intimés aux fins du susdit exploit HOFFMANN du 11 mars 2010,

comparant par Maître Georges KRIEGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'assignation du 20 novembre 2009 et de réassignation du 2 février 2010, les époux E)-R) avaient formé opposition au commandement à toutes fins leur signifié par exploit d'huissier du 18 novembre 2009 à la requête de la société anonyme K) SA tendant au recouvrement de la somme de 226.397,96.- € en principal représentant le solde du prix de vente d'un appartement, augmenté des intérêts et des frais du commandement et reposant sur la première grosse exécutoire d'un acte en l'état futur d'achèvement du 7 juin 2005. A l'appui de cette opposition les époux E)-R) avaient soulevé, en premier lieu, le défaut de qualité à agir de la société anonyme K) SA sur base de l'article 879 du NCPC, au motif que cette dernière n'était pas le créancier le premier inscrit qui seul est autorisé à faire vendre un immeuble hypothéqué et, en deuxième lieu, que la dette des époux E)-R) à l'égard de la société anonyme K) SA était éteinte par le jeu de la compensation du fait de la dette de la société anonyme K) SA à l'égard des époux E)-R) du fait des bénéfices dégagés par association momentanée entre parties et, en dernier lieu, que le bien fondé de la créance en principal telle que reprise dans le commandement ne résulterait pas de l'acte notarié.

Par ordonnance du 22 février 2010, le juge des référés s'est déclaré compétent pour connaître des difficultés d'exécution du titre exécutoire invoqué, a considéré que le moyen tiré du défaut de qualité de la société anonyme K) SA n'avait pas un caractère de certitude paraissant incontestable de nature à justifier la discontinuation des poursuites et a admis en revanche que la contestation de la créance invoquée à l'appui du commandement par le jeu de la compensation était à considérer comme un moyen possédant un caractère de certitude paraissant suffisamment incontestable pour justifier provisoirement la discontinuation des poursuites alors que les contestations entre parties quant à leurs créances respectives devaient faire l'objet d'une mesure d'instruction, en l'occurrence une mesure d'expertise, demandée par les époux E)-R) suivant exploits des 17 et 18 décembre 2009.

Par exploit d'huissier du 11 mars 2010, la société anonyme K) SA a régulièrement relevé appel de cette ordonnance. A l'appui de son appel la

partie appelante fait valoir que c'est à tort que le premier juge a considéré que sa créance n'était pas certaine, liquide et exigible. Elle fait encore valoir qu'il ne résulte d'aucune pièce probante qu'elle serait redevable à la partie intimée d'un montant de 425.000.- € représentant la part de bénéfice incombant à cette dernière dans l'association momentanée entre parties. La partie appelante soutient qu'il résulte d'un décompte de l'association momentanée que la partie a déjà touché au-delà de sa part dans les bénéfices. Finalement la partie appelante fait état du rapport d'expertise entretemps déposé par l'expert Z) qui avait été chargé par ordonnance du 22 février 2010 de déterminer et de chiffrer les frais et dépenses, apports et recettes de l'association momentanée entre parties, son bénéfice net et les créances et dettes réciproques des parties, ainsi que les éventuelles créances à recouvrer auprès des tiers acquéreurs. La partie appelante en vient à la conclusion que c'est à tort que le premier juge a ordonné la suspension du commandement du 18 novembre 2009 et demande la réformation de l'ordonnance entreprise.

La partie intimée demande la confirmation de l'ordonnance dont appel tout en maintenant son moyen tiré du défaut de qualité de la société anonyme K) SA au regard de l'article 879 du NCPC. La partie intimée ne conteste pas qu'elle n'a pas réglé le solde du prix de vente de l'appartement qui fait l'objet du commandement litigieux, mais elle considère qu'elle a droit au montant de 425.000.- € représentant sa part de bénéfice dans l'association momentanée diminué des deux acomptes pour un montant total de 200.000.- € qu'elle a déjà touchés. La partie intimée affirme avoir adressé à la partie appelante deux demandes d'acompte qui n'ont été ni honorées, ni contestées par la partie appelante de sorte que ces demandes d'acomptes seraient à considérer comme des factures acceptées. Par ailleurs la partie intimée conteste les conclusions de l'expert Z) qui n'aurait pas rempli sa mission qui aurait consisté à vérifier le bien fondé du coût facturé pour la construction de l'immeuble pour laquelle l'association momentanée entre parties a été créée et non pas à dresser simplement le décompte entre parties. Finalement et à titre plus subsidiaire elle conteste la créance alléguée pour les montants de 34.827,00.- € et 23.323,70.- €.

Le juge des référés, saisi d'une difficulté d'exécution d'un titre étudie au fond la contestation soulevée par le débiteur et ordonne de surseoir à l'exécution du titre si l'opposition lui paraît justifiée ou présente une apparence sérieuse de fondement. Il prescrit de passer outre si elle n'est qu'une entrave de mauvais aloi, car, s'il a pour mission d'arrêter les poursuites abusives ou vexatoires, le juge des référés a pour devoir de briser les résistances injustes.

Sont notamment de nature à constituer des difficultés d'exécution, les moyens contestant la validité du titre du créancier et les moyens invoqués

par le débiteur à l'effet d'établir que sa dette a été éteinte par paiement, compensation ou novation.

Cependant en matière de difficulté d'exécution le juge des référés ne peut rien ajouter au titre exécutoire, il ne peut rien en retrancher. Il ne saurait se livrer à l'examen des moyens tirés du fond du droit et se livrer à une interprétation du titre.

Le commandement dont opposition a été fait sur base de la première grosse exécutoire d'un acte de vente en état futur d'achèvement entre parties transcrit au 1^{er} bureau des hypothèques à Luxembourg le 15 juin 2005. Il est vrai comme le fait remarquer la partie intimée que l'article 879 du NCPC dispose que si les parties ont stipulé, dans un contrat authentique, que le créancier est autorisé à faire vendre, par le ministère d'un notaire, sans suivre les formes légales pour la saisie immobilière, l'immeuble hypothéqué, pour se faire payer en principal, intérêts et frais, cette vente ne peut être poursuivie que pour autant que le créancier est le premier inscrit sur les biens, et qu'il aura fait mention de cette clause dans le bordereau d'inscription. Au vu des pièces contradictoires versées par les parties, à savoir, d'une part un extrait hypothécaire versé par les époux E)-R) aux termes duquel la société anonyme K) SA n'est pas la première inscrite, et, d'autre part, un relevé des inscriptions hypothécaires sur le même immeuble émanant de l'étude de Me M), versé par la société anonyme K) SA, sur lequel le nom de cette dernière ne figure pas comme créancier le premier inscrit, bien que le montant pour lequel la créance de ce dernier est inscrite corresponde au montant de la créance de la société anonyme K) SA, telle qu'elle résulte de l'acte notarié du 7 juin 2005 en vertu duquel le commandement litigieux a été fait et eu égard au fait que la partie appelante aurait amplement eu le temps depuis l'opposition à commandement du 20 novembre 2009 de se procurer un extrait hypothécaire récent de nature à éliminer toute ambiguïté, la Cour considère que le moyen tiré du défaut de qualité pour agir de la société anonyme K) SA au regard de l'article 879 du NCPC a une apparence sérieuse de fondement de nature à justifier la discontinuation des poursuites.

L'appel n'est partant pas fondé.

Eu vu du sort réservé à l'appel, la demande de la société anonyme K) SA en paiement d'une indemnité de procédure pour la première et la deuxième instance est à déclarer non fondée.

PAR CES MOTIFS :

La Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel,

le dit cependant non fondé,

partant,

confirme l'ordonnance entreprise,

dit non fondée la demande de la partie appelante basée sur l'article 240 du NCPC,

condamne la société anonyme K) SA aux frais et dépens de l'instance.