

Audience publique du 16 mars deux mille seize

Numéro 43048 du rôle.

Composition:

Astrid MAAS, président de chambre ;
Jean ENGELS, conseiller ;
Rita BIEL, conseiller ;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

la société à responsabilité limitée P),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant
Laura GEIGER, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de
Luxembourg en date des 6 et 9 novembre 2015,

comparant par Maître Yves PRUSSEN, assisté de Maître Myriam
PIERRAT, avocats à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

e t :

1. la société à responsabilité limitée A),

intimée aux fins du susdit exploit CALVO des 6 et 9 novembre 2015,

comparant par Maître Fabio TREVISAN, avocat à la Cour, demeurant à
Howald ;

2. C), ancien liquidateur de la société anonyme dissoute R) Europe S.A., dont la clôture de la liquidation a été publiée au Mémorial C le 27 avril 2012,

3. E) SpA,

intimés aux fins du susdit exploit CALVO des 6 et 9 novembre 2015,

comparant par Maître François CAUTAERTS, avocat à la Cour, assisté de Maître Sarah LAMM, avocat, demeurant à Luxembourg, en remplacement de Maître Paulo LOPES DA SILVA ;

4. U), actuellement sans domicile connu,

intimé aux fins du susdit exploit CALVO des 6 et 9 novembre 2015,

comparant par Maître Fabio TREVISAN, avocat à la Cour, demeurant à Howald ;

5. la société de droit islandais I) h.f. (anciennement New K) Bank h.f.),

intimée aux fins du susdit exploit CALVO des 6 et 9 novembre 2015,

comparant par Maître Tom KERSCHENMEYER, avocat, en remplacement de Maître Marc KLEYR, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

6. la société d'investissement à capital variable IC) SICAV-FIS,

intimée aux fins du susdit exploit CALVO des 6 et 9 novembre 2015,

comparant par Maître Yann BADEN, avocat à la Cour, demeurant à Gonderange, pris en sa qualité de séquestre des actions d'IC) et d'administrateur provisoire d'IC), ;

7. la société anonyme Y) S.A.,

intimée aux fins du susdit exploit CALVO des 6 et 9 novembre 2015,

comparant par Maître Evelyne LORDONG, avocat, en remplacement de Maître François KREMER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

8. Maître Yann BADEN, avocat à la Cour, demeurant à L-6187 Gonderange, Z.A. Gehaansraich, pris en sa qualité de séquestre des actions d'IC) et d'administrateur provisoire d'IC),

intimé aux fins du susdit exploit CALVO des 6 et 9 novembre 2015,
comparant par lui-même.

LA COUR D'APPEL :

Antécédents de procédure

Par exploit d'huissier de justice du 13 mai 2015, la société à responsabilité limitée P) (ci-après la société P)) a fait donner assignation à 1) la société à responsabilité limitée A), 2) C), 3) la société de droit italien E) Spa (ci-après R)) et 4) U), à comparaître devant le Président du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière de référé, aux fins de voir nommer un expert pour procéder à une évaluation contradictoire des actifs que A) et U) proposaient d'apporter à la société d'investissement à capital variable IC) SICAV-FIS (ci-après IC) en janvier 2009 pour satisfaire à l'obligation d'injecter des capitaux nouveaux à concurrence de 35 millions d'euros, dont notamment les sociétés détentrices des propriétés plus amplement mentionnées dans l'assignation ainsi que des immeubles y mentionnés.

Par exploit d'huissier de justice du 15 juin 2015, la société P) a encore fait donner assignation à 1) la société à responsabilité limitée A), 2) la société de droit islandais I) h.f. (anciennement New K) Bank h.f.), 3) la société IC), 4) la société anonyme Y) S.A. et 5) Me Yann BADEN, pris en sa qualité de séquestre des actions d'IC) et d'administrateur provisoire d'IC), à comparaître devant le Président du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière de référé, pour voir constater que des éléments nouveaux sont apparus qui font preuve de manœuvres frauduleuses d'U) et de A) pour obtenir le contrôle des actions d'IC), de constater que les conditions de nomination d'un séquestre des actions d'IC) et d'un administrateur d'IC) ne sont pas remplies, partant, à titre principal, révoquer le séquestre des actions d'IC) ainsi que l'administrateur provisoire d'IC), constater que l'administrateur provisoire actuel d'IC) a conseillé A) dans ce dossier et a donc un conflit d'intérêts, partant, à titre subsidiaire, procéder au remplacement de l'administrateur provisoire.

Les deux affaires, inscrites au rôle sous les numéros de rôle 170164 et 170180, ont été jointes.

- quant à la demande d'une expertise

Par ordonnance du 6 octobre 2015, le juge des référés s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande en institution d'une expertise dirigée contre la société A).

La demande en institution d'une expertise dirigée contre U), la société E) Spa et C) a été déclarée non fondée en tant que basée sur l'article 350 du Nouveau Code de Procédure Civile et irrecevable en tant que basée sur l'article 932, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure Civile et la société P) a été condamnée à payer une indemnité de procédure de chaque fois 1.500 € à la société E) Spa et à C) tandis que les demandes de la société A) et d'U) tendant aux mêmes fins ont été rejetées.

- quant à la demande en révocation du séquestre et de l'administrateur provisoire ainsi qu'en remplacement de l'administrateur provisoire

Par même ordonnance, le juge des référés a dit la demande en modification de l'ordonnance de référé du 17 décembre 2013 et de l'arrêt de référé de la Cour d'appel du 22 octobre 2014 irrecevable en tant que basée sur l'article 938 du Nouveau Code de Procédure Civile.

Il a dit la demande en remplacement de l'administrateur provisoire non fondée en tant que basée sur l'inexécution de la mission lui confiée et il a réservé la demande en remplacement de l'administrateur provisoire en tant que basée sur l'existence d'un conflit d'intérêts dans son chef.

Par ordonnance du 23 octobre 2015, le juge des référés a dit la demande en remplacement de l'administrateur provisoire également non fondée en tant que basée sur l'existence d'un conflit d'intérêts ou plus largement d'un manque d'indépendance dans le chef de l'administrateur. La demande de la société A) en paiement d'une indemnité de procédure a été rejetée.

Par exploit d'huissier de justice des 6 et 9 novembre 2015, la société P) a régulièrement interjeté appel contre les deux ordonnances de référé qui n'ont pas fait l'objet d'une signification avant cette date.

Elle demande, par réformation, à la Cour de nommer un expert pour procéder à une évaluation contradictoire des actifs que A) et U) proposaient d'apporter à la société IC en janvier 2009 pour satisfaire à l'obligation d'injecter des capitaux nouveaux à concurrence de 35 millions d'euros, dont notamment les sociétés détentrices des propriétés et les immeubles plus amplement mentionnés dans l'acte d'appel, de dire que l'expert devra se prononcer sur la pertinence des méthodes d'évaluation retenues par le rapport R) et sur les méthodes alternatives qui auraient éventuellement dû être adoptées.

Elle demande de même, par réformation, à la Cour de constater que des éléments nouveaux sont apparus, dont la dissimulation de dettes de l'ordre de 30 millions d'euros par A) et U), qui font preuve de manœuvres frauduleuses d'U) et de A) pour obtenir le contrôle des actions d'IC) et la signature du contrat de crédit et ensuite pour obtenir le jugement du 10 juillet 2013, de constater que les conditions de nomination d'un séquestre des actions d'IC) et d'un administrateur d'IC) ne sont pas remplies, partant de révoquer le séquestre des actions d'IC) ainsi que l'administrateur provisoire d'IC), subsidiairement de remplacer Me Yann BADEN comme séquestre et administrateur provisoire. Elle demande encore à la Cour de condamner chacune des parties intimées à lui payer une indemnité de procédure de 10.000 €.

A) et U) demandent le rejet de l'appel et réclament chacun une indemnité de procédure de 5.000 € pour l'instance d'appel.

C) et la société R) demandent également le rejet de l'appel. Ils ont en outre régulièrement interjeté appel incident en ce que le juge des référés n'a pas déclaré irrecevable, comme constituant une demande nouvelle par rapport à celle contenue dans l'exploit introductif d'instance, la demande de P) formulée à l'audience tendant à voir étendre la mission de l'expert à désigner pour y voir inclure, outre l'évaluation proprement dite des actifs que A) et U) se proposaient d'apporter à IC), la vérification du caractère adéquat des méthodes d'évaluation employées par R) dans son rapport du 20 janvier 2009. Ils réclament chacun une indemnité de procédure de 5.000 € pour l'instance d'appel.

Exposé du litige

Il convient en premier lieu de préciser que dans le cadre de la scission de la société K) Luxembourg en P) d'une part, et H) BANK d'autre part, la société P) a repris les droits et obligations découlant de l'opération qui fait l'objet du litige.

Les faits qui sont à la base du litige entre parties peuvent se résumer comme suit :

En 2008, la société IC), détenue majoritairement par la banque islandaise K) BANK hf, maison-mère de K) Luxembourg, était endettée vis-à-vis de K) Luxembourg pour un montant de 122 millions EUR en vertu d'un prêt venant à échéance le 31 octobre 2008. A un moment donné K) Luxembourg a été contactée par A) et U), associé unique et gérant de A), au sujet de l'éventualité d'une cession des actions d'IC) et du refinancement de l'endettement d'IC) venant à échéance par un nouveau crédit de K) Luxembourg. Ce nouveau crédit devait être soumis à des conditions nouvelles, typiques pour des sociétés ne faisant pas partie d'un même groupe, comprenant l'attribution de garanties par les nouveaux actionnaires et bénéficiaires économiques à K) Luxembourg, l'attribution d'un gage sur les actions d'IC) aux sociétés venderesses et à K) Luxembourg et l'inscription d'hypothèques sur les immeubles d'IC) au profit de K) Luxembourg.

Les négociations en vue du rachat des actions d'IC) par A) ont abouti à la signature d'un accord « *Share Purchase Agreement* » signé le 12 décembre 2008 entre A) et NEW K) BANK h.f. (anciennement K) Bank h.f. et actuellement I) h.f.) et modifié par « *Amendment* » du 19 décembre 2008.

Outre les garanties à fournir (garantie à première demande, gages et hypothèques), ledit accord retient que la recapitalisation de la société IC) devait se faire moyennant un apport de 35 millions EUR par A) voire U).

Ledit apport devait se faire notamment par l'apport d'un certain nombre de sociétés détenant des immeubles situés à l'étranger respectivement par l'apport d'immeubles situés à l'étranger. La recapitalisation aurait dû se faire jusqu'au 31 janvier 2009 au plus tard.

Dès le mois de décembre 2008, 28.154 actions (soit 75% du total des actions) ont été transférées par K) BANK h.f. à A).

A la même époque, la société SK LUX SPF, propriétaire des 25% restants des actions de la société IC) a cédé ces actions également à A).

Les hypothèques n'ont pas été constituées, U) s'étant présenté seul le 30 janvier 2009 pour la signature des actes sans être accompagné par un deuxième signataire autorisé. La recapitalisation n'a pas non plus été faite pour la date limite du 31 janvier 2009.

Pourtant, le 3 février 2009, par télécopie émise à 16.22 heures, K) BANK Luxembourg a informé IC) de la mise à disposition des fonds sur

base du contrat de prêt conclu entre parties, pour, par télécopie du même jour émise à 17.10 heures, dénoncer le crédit en arguant d'une inexécution contractuelle (*event of default*). Elle a procédé par la suite à l'exécution des garanties déjà accordées en réalisant notamment le gage constitué à son profit sur 75% des actions de la société IC).

Ceci a abouti à un litige dans lequel A) a demandé la condamnation de K) BANK Luxembourg (actuellement P)) à lui restituer la totalité des actions que celle-ci détient suite à une prétendue réalisation abusive de contrats de gages et dans lequel elle réclame également des dommages et intérêts.

Dans le cadre de ce litige, A) fait valoir qu'il lui aurait été parfaitement possible de faire l'apport des 35 millions EUR peu de temps après la date où le crédit avait été dénoncé. Pour prouver que cet apport aurait pu être fait, A) et U) ont communiqué des rapports d'évaluation établis par la société R) EUROPE S.A., une filiale luxembourgeoise de la société italienne R) S.p.A de Milan.

Par jugement du 10 juillet 2013, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, a décidé que l'appel à garantie effectué par K) BANK Luxembourg (actuellement P)) était manifestement abusif et P) a été condamnée à restituer à A) la totalité des actions qu'elle s'est appropriées suite aux gages réalisés.

P) a interjeté appel contre ce jugement. Actuellement il n'est pas encore statué sur le mérite de cet appel.

I. La demande en institution d'une expertise

Selon les affirmations de P), les rapports de R) présentés par A) et U) pour prouver qu'il leur aurait été tout à fait possible de faire l'apport des 35 millions EUR auraient été tronqués en ce sens que les rapports R) auraient mentionné des immeubles qui, soit n'appartiennent pas à A), soit seraient tout à fait différents de ceux qui y sont décrits et proposeraient pour le reste des valorisations tout à fait fantaisistes. Deux de ces rapports énonceraient d'ailleurs que ces valorisations ont été faites pour permettre à A) d'obtenir du crédit et non pas en vue d'un apport de ces immeubles ou des sociétés propriétaires des immeubles à IC). En d'autres termes, la valorisation aurait été faite pour donner aux sociétés concernées une base de discussion pour négocier avec une banque, étant entendu qu'une telle banque aurait normalement son propre spécialiste qui proposerait sa propre évaluation évidemment plus conservatrice de ces actifs. D'autres propriétés indiquées dans les rapports n'auraient jamais pu être identifiées.

A l'audience du 16 février 2016, le mandataire de P) a longuement exposé et illustré à base d'exemples concrets en quoi les rapports R) donnaient, selon lui, une fausse évaluation des apports que A) et U) se proposaient de faire aux fins d'une recapitalisation d'IC).

La Cour renvoie pour le détail des critiques formulées par P) aux pages 7 à 12 de l'ordonnance entreprise qui porte transcription de l'assignation en référé du 13 mai 2015 et qui sont censées reproduites ici.

En résumé, P) soutient donc que A) et U) comptaient faire apport de sociétés et d'immeubles qui ne valaient strictement rien et qu'ils auraient manipulé de concert avec R) les chiffres pour donner l'illusion d'un apport de 35 Millions EUR.

Ils auraient en outre utilisé ces rapports pour convaincre les juges qui ont pris le jugement du 10 juillet 2013 qu'il leur était parfaitement possible de faire l'apport en nature de 35 millions EUR et ceux-ci en auraient tiré des conclusions erronées pour finalement faire droit à la demande de A) en restitution de la totalité des actions qui avaient fait l'objet de la réalisation du gage.

Selon P), il serait absolument nécessaire qu'elle dispose en instance d'appel d'une évaluation correcte de ces sociétés et immeubles afin de prouver que A) et U) n'étaient à aucun moment à même de fournir des apports d'une valeur de 35 millions EUR mais qu'ils ont utilisé des manœuvres frauduleuses dans le but de faire main basse sur les liquidités d'IC) afin de financer leurs propres activités.

A) La demande dirigée contre A)

L'article 212 du Nouveau Code de Procédure Civile

P) critique la décision du juge des référés en ce qu'il s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande en institution d'une expertise pour autant qu'elle vise la société A) au motif que la Cour est saisie de l'appel interjeté par P) contre le jugement commercial rendu le 10 juillet 2013 et que l'instruction de cette affaire n'est pas encore clôturée de sorte que la compétence pour connaître de la demande en institution d'une expertise reviendrait, aux termes de l'article 212 du Nouveau Code de Procédure Civile, au seul magistrat de la mise en état désigné dans le cadre de la procédure au fond pendante en instance d'appel.

L'article 212 du Nouveau Code de Procédure Civile est ainsi libellé :

« Lorsque la demande est présentée postérieurement à sa désignation, le juge de la mise en état est, jusqu'à son dessaisissement, seul compétent, à l'exclusion de toute autre formation du tribunal pour :

- a) statuer sur les exceptions dilatoires et sur les nullités pour vice de forme,*
- b) ordonner, même d'office, toute mesure d'instruction ».*

Ledit article étant, par rapport au point qui intéresse le présent litige, identique à l'article 771 du Code de procédure Civile français en ce qu'il dispose :

« Lorsque la demande est présentée postérieurement à sa désignation, le juge de la mise en état est, jusqu'à son dessaisissement, seul compétent, à l'exclusion de toute autre formation du tribunal, pour :

(1-4)

5. Ordonner, même d'office, toute mesure d'instruction »,

il convient de se référer aux solutions retenues par la jurisprudence et la doctrine française.

Or, *« la possibilité de saisir un juge des référés en parallèle d'une action au fond est exclue lorsqu'un juge du fond se voit attribuer une compétence exclusive de l'intervention du juge des référés ou des pouvoirs de référé. Divers exemples illustrent cette succession chronologique de compétences de référé, dans lesquels le juge du fond doté de pouvoirs de référé est seul compétent pour statuer à l'exclusion du juge des référés de droit commun.*

Il en va ainsi notamment s'agissant du juge de la mise en état du tribunal de grande instance. L'article 771 du Code de procédure civile donne, en effet, une compétence exclusive – “à l'exclusion de toute autre formation du tribunal”, et donc à l'exclusion du juge des référés du tribunal (Cass. 2e civ., 9 déc. 1976 : Bull. civ. 1976, II, n° 329 et 330 ; RTD civ. 1977, p. 380, obs. J. Normand. – Cass. 2e civ., 18 juin 1986 : JCP G 1986, IV, 251) –, au juge de la mise en état, dès sa nomination, pour (...) ordonner toute mesure d'instruction ou mesures provisoires ou conservatoires. Le juge des référés est donc incompétent dès la désignation du juge de la mise en état (...) » (JCL, procédure civile, Fasc. 470 : N° 45 et 46).

En l'espèce, appel a été interjeté contre le jugement du 10 juillet 2013 de sorte qu'un magistrat de la mise en état a été désigné par la Cour avant l'introduction de l'assignation en référé le 13 mai 2015.

En présence des dispositions très claires de l'article 212 du Nouveau Code de Procédure Civile qui attribue une compétence exclusive, dès sa désignation jusqu'à son dessaisissement au magistrat de la mise en état, pour ordonner toute mesure d'instruction, les moyens de P) selon lesquels une bonne administration de la justice militerait en faveur de la compétence du juge des référés ne sauraient être retenus.

On peut d'ailleurs y opposer que l'exclusivité dont jouit le juge de la mise en état s'explique elle-aussi par un souci de cohérence, alors qu'une action au fond est pendante et qu'un juge unique est chargé de l'affaire qui peut intervenir avec la rapidité requise.

L'ordonnance est donc à confirmer en ce que le juge des référés s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande en institution d'une expertise pour autant qu'elle est dirigée contre A) alors qu'une instance au fond est pendante entre les parties P) et A), que l'instruction de cette affaire n'est pas encore clôturée et que la compétence pour examiner le mérite de la demande en institution d'une expertise revient dès lors au magistrat de la mise en état.

B) La demande dirigée contre U), la société R) et C)

Ces parties n'étant pas partie au litige dont le fond est actuellement pendant en appel, le juge des référés a compétence pour connaître de la demande en institution d'une expertise pour autant qu'elles sont concernées.

L'appel incident de R) et de C)

En ce qui concerne les parties R) et C), il faut en premier lieu examiner le mérite de leur appel incident en ce qu'ils reprochent au juge des référés d'avoir à tort déclaré recevable la demande de P) à voir étendre la mission de l'expert à désigner pour y voir inclure, outre l'évaluation proprement dite des actifs que A) et U) se proposaient d'apporter à IC), la vérification du caractère adéquat des méthodes d'évaluation employées par R) dans son rapport du 20 janvier 2009.

Il est vrai que par sa demande en modification voire d'extension de la mission d'expertise, P) a introduit un élément nouveau dans le débat en ce qui concerne R) et C).

Si la mission d'expertise initiale ne tendait en effet qu'à démontrer l'impossibilité de A) et d'U) à remplir leur obligation de recapitaliser la société IC) à concurrence des 35 millions EUR, l'extension de la mission d'expertise tend en outre à démontrer l'implication de R) et de C) dans les prétendues manœuvres frauduleuses reprochées à A) et à U) pour « gonfler » artificiellement la valeur des immeubles en question.

Tel que l'a cependant retenu à juste titre le juge des référés sur base des plaidoiries qui se sont tenues devant lui, R) et C) ont accepté que le débat soit porté sur le terrain de leur responsabilité personnelle, le juge des référés citant à cet égard un extrait de leur note de plaidoiries dans laquelle ils se sont référés au fait pour P) de « *tenter d'établir la soi-disant fraude dans le chef de R)* », de sorte qu'il a retenu à juste titre que R) et C) ne pourraient légitimement contester que dans le cadre de ce débat P) demande à voir étendre la mission d'expertise pour y englober les éléments le cas échéant pertinents dans ce débat.

Ce n'est que pour être complet (alors que les parties A) et U) n'ont, elles, pas interjeté appel incident par rapport à la décision du juge des référés d'avoir déclaré recevable la demande en extension de la mission d'expertise) que la Cour se rallie à la décision du juge des référés en ce qu'il a retenu que pour autant que A) et U) sont concernés, l'ajout à la mission d'expertise demandé par P) ne modifiait pas les termes du débat alors que la demande en référé était dès le début axée à leur égard sur une mauvaise évaluation alléguée des actifs immobiliers. Or, tel que l'a encore retenu à juste titre le juge des référés, l'évaluation elle-même et la méthode d'évaluation constituent dans ce cadre deux éléments certes séparables mais connexes dans la mesure où la fausse évaluation peut résulter d'un problème de méthode de sorte que rien ne s'opposait d'un point de vue de la recevabilité à ce que le contrôle de la méthode d'évaluation soit le cas échéant inclus dans la mission d'expertise si jamais la demande en institution d'une expertise, en tant que telle, était déclarée recevable ou fondée ce qui reste à vérifier au regard des dispositions des articles 350 et 932 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure Civile.

a) L'article 350 du Nouveau Code de Procédure Civile

Il découle de la page 73 de l'ordonnance de référé que P) a basé sa demande en ordre principal sur l'article 350 du Nouveau Code de Procédure Civile libellé comme suit :

« S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ».

Les conditions d'application de l'article 350 sont les suivantes :

- du fait dont il s'agit de conserver ou d'établir la preuve doit dépendre la solution d'un litige,
- le motif pour établir ce fait ou pour en conserver la preuve doit être légitime,
- la mesure d'instruction sollicitée doit être légalement admissible
- elle doit être demandée avant tout procès au fond concernant le fait dont il échet d'établir ou de conserver la preuve.

(Cour d'appel, 16 juin 1992, Pas. 28, p. 321)

La demande dirigée contre U)

En ce qui concerne U), la société P) soutient que celui-ci aurait fait usage de manœuvres dolosives voire d'escroquerie, pour s'approprier, à travers la structure de A), contrôlée par lui en tant qu'actionnaire unique, les avoirs de la société IC). Ces manœuvres auraient consisté essentiellement en la présentation d'un certain nombre d'actifs immobiliers qui auraient prétendument une valeur de 35 millions EUR alors qu'en réalité cette évaluation aurait été fantaisiste et que les immeubles auraient pour le surplus été grevés d'importantes dettes sciemment cachées par U).

La société P) estime avoir un intérêt manifeste à établir cette fraude en rapport avec l'usage des évaluations immobilières dont U) devait connaître le caractère fantaisiste. La gravité de la fraude serait telle que la responsabilité personnelle d'U) ne ferait aucun doute. Or, pour apprécier l'ampleur de la fraude, il faudrait une évaluation contradictoire desdits immeubles.

La société P) critique le juge des référés en ce qu'il a retenu que « *ces éléments ne permettent pas à ce stade de caractériser à suffisance de droit l'éventuel fondement d'une action en responsabilité civile dirigée contre U) en nom personnel* ».

En se référant à l'exposé du litige ci-avant fait, la Cour retient que le 31 janvier 2009, date limite à laquelle les hypothèques auraient dû être constituées et réalisé l'apport des immeubles situés à l'étranger, ces garanties n'avaient pas été fournies par A) et U).

Pourtant le 3 février 2009, K) a d'abord accordé le crédit sur 123 millions EUR pour le dénoncer 48 minutes plus tard en arguant d'une inexécution contractuelle (*event of default*). En raison de l'absence de constitution des hypothèques et du défaut d'apport d'immeubles, K) aurait été parfaitement en droit de ne pas accorder le crédit. Ce n'est qu'à l'occasion du litige qui oppose A) à K) BANK Luxembourg, actuellement

P), par rapport à la restitution de la totalité des actions que A) a produit les rapports d'évaluations pour démontrer que si on lui avait laissé plus de temps, elle aurait été à même de faire son apport immobilier.

Il suit du déroulement chronologique des faits que la décision de K) d'accorder le crédit, malgré l'absence de fourniture des garanties, n'a pas pu être déterminée par les évaluations prétendument fantaisistes des immeubles découvertes seulement lors de la production des évaluations dans le cadre du litige au fond, de sorte que la Cour se rallie à la motivation du juge des référés que les éléments auxquels on peut avoir égard, ne permettent pas à ce stade de caractériser à suffisance de droit l'éventuel fondement d'une action en responsabilité civile dirigée contre U) en personne.

S'y ajoute qu'à la page 12 de son acte d'appel P) déclare : « *Ce n'est finalement pas P) qui a été trompée puisque P) avait une saine méfiance vis-à-vis des affirmations de U) depuis qu'elle a constaté sa réticence à produire des documents et informations* », de sorte que l'on peut encore se poser à juste titre la question où serait alors le préjudice de P), élément qui forme pourtant avec la faute un élément constitutif de toute action en responsabilité civile.

Il en suit que les conditions d'application de l'article 350 du Nouveau Code de Procédure Civile ne sont pas remplies pour autant qu'U) est concerné de sorte qu'il y a lieu à confirmation de l'ordonnance en ce qu'elle a déclaré la demande non fondée en tant que dirigée sur la base de l'article 350 contre U).

La demande dirigée contre R) et C)

En ce qui concerne R) et C), pris en sa qualité d'actionnaire unique respectivement de dirigeant/liquidateur de R), P) fait valoir qu'ils auraient engagé leur responsabilité pour avoir permis la confection d'un rapport d'évaluation des immeubles contenant des valeurs manifestement fausses. Leurs rapports auraient contribué pour une bonne part à fournir à U) les moyens pour réaliser son escroquerie.

Dans ce contexte P) leur reproche notamment d'avoir délibérément choisi une mauvaise méthode d'évaluation aux fins d'induire les tiers en erreur.

A ce sujet, le juge des référés a retenu à juste titre que R) a dressé son rapport selon les termes de la mission lui confiée par A) et que ledit rapport explique clairement les méthodes et critères appliqués par R) pour procéder à l'évaluation des immeubles.

Le rapport précise en outre « *The valuation services have been performed in accordance with the standards prescribed by the Royal Institute of Chartered Surveyors (“RICS”), Appraisal and Valuation Standards, 6° Edition (the Red Book). This document has been reviewed, approved and signed by a member of the Royal Institute of Chartered Surveyors with the professional designated RICS* ».

Le juge des référés a retenu à juste titre que le simple fait d'affirmer que l'application d'autres méthodes aurait conduit à d'autres valeurs, n'est pas suffisant pour justifier d'un cas de responsabilité civile délictuelle à charge de R) ni de C), ce d'autant plus que le rapport précise que R) n'a pas examiné la question du droit de propriété sur les immeubles et des dettes qui pourraient grever les immeubles, affirmant s'être appuyée à cet égard sur les informations fournies par le client, à savoir U) (« *R) didn't investigate the title to or any liabilities against the real estate property, but relied on the information provided by the Client. R) neither investigated nor assume any responsibility with regards to any right or encumbrance of the property under appraisal. R) didn't verify permits, building licenses or assessments, but considered the property as conforming to existing regulations* »).

Face à cet avertissement, la société P) n'a pas justifié à suffisance en quoi elle pourrait rechercher la responsabilité délictuelle de R) ou de C).

Ici encore, la Cour renvoie à l'acte d'appel où on peut lire à la page 12 : « *Ce n'est finalement pas P) qui a été trompée puisque P) avait une saine méfiance vis-à-vis des affirmations de U) depuis qu'elle a constaté sa réticence à produire des documents et informations* », de sorte qu'ici encore l'on peut se poser à juste titre la question où serait alors le préjudice de P), élément qui forme pourtant avec la faute un élément constitutif de toute action en responsabilité civile.

Il en suit que l'ordonnance est encore à confirmer en ce qu'elle a déclaré non fondée la demande pour autant qu'elle se dirige contre R) et C) sur la base de l'article 350 du Nouveau Code de Procédure Civile.

b) L'article 932 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure Civile

Il découle de la page 73 de l'ordonnance de référé que P) a basé sa demande à titre subsidiaire sur l'article 932 alinéa premier du Nouveau Code de Procédure Civile qui dispose :

« *Dans les cas d'urgence, le président du tribunal d'arrondissement, ou le juge qui le remplace, peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend* ».

Le juge des référés a retenu à juste titre que l'urgence est une condition primordiale à la mise en œuvre de l'article 932 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure Civile.

L'urgence, qui est appréciée par le juge des référés au moment où il statue, existe toutes les fois que le retard apporté à une solution provisoire ne préjugeant en rien le fond met en péril les intérêts d'une des parties. Elle doit exister d'un point de vue objectif et ne pas relever de l'appréciation subjective des parties.

C'est à juste titre que le juge des référés a retenu que le litige entre parties a débuté en janvier 2009. Différentes procédures s'en sont suivies dont notamment une procédure au fond intentée par A) pour rentrer en possession des actions d'IC). Cette procédure s'est terminée en première instance par un jugement du 10 juillet 2013 qui a fait droit à la demande de A) en constatant la réalisation abusive des gages et qui a ordonné la restitution des actions. Appel a été interjeté contre ce jugement en juillet 2013 (sans préjudice quant à la date exacte alors que la Cour ne dispose pas de l'acte d'appel). L'affaire se trouve toujours dans la procédure de mise en état à la Cour. Pendant tout ce temps, P) n'a pas jugé nécessaire ou même urgent d'agir en justice pour voir nommer un expert. Elle n'a pas non plus fait valoir la survenance d'éléments nouveaux en mai 2015 qui auraient pu engendrer la survenance d'une urgence jusque-là inexistante.

La Cour constate par ailleurs que l'acte d'appel est muet par rapport à un quelconque moyen destiné à critiquer la décision du juge des référés par rapport à ce qu'il a décidé en rapport avec l'article 932 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure Civile. P) n'a pas non plus fait des développements oraux à cet égard à l'audience du 16 février 2016.

L'ordonnance est dès lors à confirmer en ce qu'elle a déclaré irrecevable la demande de P) pour autant que basée sur l'article 932 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure Civile.

II. La demande en révocation du séquestre des actions de la société IC et de l'administrateur provisoire de la société IC

Il est rappelé que le séquestre des actions d'IC) a été institué par l'ordonnance de référé du 17 décembre 2013 confirmée par arrêt de la Cour d'appel du 22 octobre 2014.

Par réformation de l'ordonnance du 17 décembre 2013, la Cour a, par arrêt du 22 octobre 2014, déclaré recevable et fondée la demande en

désignation d'un administrateur provisoire et a nommé à ces fins Me Yann BADEN, avocat à la Cour.

Le pourvoi en cassation interjeté contre ledit arrêt par P) a été rejeté par arrêt de la Cour de cassation du 19 novembre 2015.

P) invoque à l'appui de sa demande en révocation du séquestre et de l'administrateur provisoire l'article 938 du Nouveau Code de Procédure Civile qui dispose :

« L'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée.

Elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles.

(...) ».

Selon P), *« l'escroquerie agencée par U) qui voit peu à peu le jour, fait preuve de circonstances nouvelles ».*

Elle fait valoir que postérieurement à l'ordonnance de référé du 17 décembre 2013 et à l'arrêt de la Cour d'appel du 22 octobre 2014, elle serait entrée en possession de nouveaux éléments de preuve qui seraient de nature à démontrer que la réalisation du gage opéré par ses soins au mois de février 2009 n'était pas abusive. Le jugement du 10 juillet 2013 ayant reconnu le caractère abusif de la réalisation du gage serait erroné et serait réformé en appel.

Elle se réfère à cet égard à l'ensemble de ses développements par rapport aux éléments qui lui permettraient d'affirmer aujourd'hui que l'évaluation des immeubles que A) et U) se proposaient d'apporter à IC) pour une valeur de 35 millions EUR était surfaite et résultait des manœuvres dolosives commises par A) et U) de concert avec R) et C).

Il en résulterait au regard des mesures provisoires que les prémisses sur lesquelles seraient fondées tant l'ordonnance de référé du 17 décembre 2013 que l'arrêt du 22 octobre 2014, à savoir l'existence d'un litige réel au sujet de la propriété des actions et la nécessité de faire préserver les actifs de la société IC) en attendant la résolution définitive du litige à propos de la propriété de ces actions ne seraient plus remplies.

La société I) h.f. se rallie sur ce point à l'argumentation de P) tandis que la société Y) S.A., en sa qualité d'organisme tenant le registre des actions de la société IC) s'est rapportée à prudence de justice.

Le juge des référés ne peut modifier ou rapporter ses décisions que si surviennent des circonstances nouvelles entre les deux décisions qui justifieraient cette nouvelle intervention.

Peut constituer une circonstance nouvelle tout fait, dont ni le juge ni la partie qui s'en prévaut n'avaient connaissance lors de sa première décision, et qui est un élément d'appréciation nécessaire à la décision ou ayant une incidence sur elle (JCL, Procédure civile, Fasc. 473, N° 12).

Indépendamment du fait que P) reste en défaut de prouver qu'elle n'a découvert les nouveaux éléments de preuve, qui seraient de nature à démontrer que la réalisation du gage opéré par ses soins au mois de février 2009 n'était pas abusive, que postérieurement à l'ordonnance de référé du 17 décembre 2013 voire de l'arrêt de référé du 22 octobre 2014, force est de constater que ces deux décisions se réfèrent, pour justifier l'institution d'un séquestre et la nomination d'un administrateur provisoire, au jugement commercial rendu sur le fond en date du 10 juillet 2013.

C'est à tort que P) critique la décision du juge des référés en ce qu'il a retenu que « *le jugement du 10 juillet 2013 produit actuellement entre les parties autorité de chose jugée sur la question de l'absence de régularité du gage et que le juge des référés ne saurait, sans violer cette autorité, décider le contraire* » en soutenant que l'autorité de chose jugée attachée à un jugement disparaîtrait dès lors qu'appel aurait été interjeté contre cette décision.

C'est confondre « force de chose jugée » et « autorité de chose jugée ».

Si l'effet suspensif affecte la force de chose jugée et donc la force exécutoire du jugement, en ce qu'aucun acte d'exécution forcée ne pourra être diligenté par le gagnant pour contraindre le perdant à se conformer au jugement, il n'affecte, en revanche pas, l'autorité de la chose jugée, laquelle est attachée au jugement qui tranche une contestation indépendamment de l'exercice d'un recours suspensif. Cette autorité ne sera anéantie qu'avec le prononcé d'un arrêt infirmatif ou d'annulation de la cour d'appel (JCL. procédure civile, Fasc. 716, n° 2).

Un autre élément milite en faveur du maintien du séquestre et de l'administrateur provisoire. C'est que le « différend » par rapport au véritable propriétaire des actions continue d'exister et il appartient aux seuls juges du fond de départager les parties à cet égard, de sorte que le juge des

référés ne saurait, sans dépasser sa compétence, ordonner la révocation du séquestre et de l'administrateur provisoire sur base de simples allégations de la société P) et au mépris de l'autorité de chose jugée du jugement commercial du 10 juillet 2013.

Il en suit que l'appel de P) est encore non fondé en ce qu'il tend à la réformation de l'ordonnance de référé qui a déclaré irrecevable la demande en révocation du séquestre et de l'administrateur provisoire basée sur l'article 938 du Nouveau Code de Procédure Civile.

III. La demande en remplacement du séquestre et de l'administrateur provisoire

La société P) conclut en ordre subsidiaire au remplacement du séquestre et administrateur provisoire en reprochant d'une façon générale à celui-ci de ne pas remplir correctement sa mission et ensuite plus particulièrement un conflit d'intérêts dans son chef.

La Cour ne s'attarde pas autrement sur les critiques que P) avait formulées en première instance à l'égard de l'administrateur en ce qu'il ne ferait aucune démarche active en vue de la réalisation des actifs afin de rembourser les dettes de la société IC) à l'égard de P), le juge des référés ayant rappelé à juste titre que dans son arrêt du 22 octobre 2014, la Cour avait retenu que « *l'administrateur provisoire devant assurer ou faire assurer les actes de gestion et d'administration courante, sans cependant engager la société de manière incisive et à long terme, les actes de disposition ne rentrent pas dans les pouvoirs ordinaires d'un administrateur provisoire, tout comme ils ne rentrent pas, en principe, dans ceux d'un séquestre provisoire d'actions sociales* », ce point n'étant pas expressément entrepris d'appel par P).

La société P) reproche plus particulièrement à Me Yann BADEN d'avoir accepté la mission de séquestre et d'administrateur provisoire au motif qu'il serait intolérable qu'un avocat, qui aurait donné dans le passé une consultation à l'une des parties au litigieux, accepte par la suite un mandat de justice dans le même litige.

P) s'empare à cet effet d'un avis juridique que Me Yann BADEN aurait fait le 17 mai 2010 pour A) et à l'attention d'U) et dont elle n'aurait eu connaissance qu'à l'occasion des plaidoiries devant la Cour d'appel à propos du sort d'une saisie-arrêt pratiquée le 26 janvier 2014 en exécution du jugement commercial du 10 juillet 2013 et qui a donné lieu à l'arrêt référé du 13 mai 2015.

Il s'agit en fait d'un document émanant de G) dont l'objet était l'évaluation d'un certain nombre d'actifs immobiliers en relation avec la discussion sur la validité de la résiliation des gages auquel était annexé l'avis de Me Yann BADEN.

Celui-ci a déclaré qu'il se remet à sagesse de la Cour pour la question du remplacement tout en émettant l'avis qu'il n'appartient pas aux parties de décider si la personne de l'administrateur leur plaît ou non.

Il a contesté l'existence d'un quelconque conflit d'intérêts en rappelant que dans sa qualité de séquestre et d'administrateur, il a pour mission exclusive de veiller aux intérêts de la société IC) et qu'il n'intervient donc pour aucune des parties au litige. Il a d'autre part rappelé que sa mission a été strictement limitée par l'arrêt de la Cour d'appel du 22 octobre 2014 en ce qu'il n'est pas investi, en sa qualité de séquestre, d'un droit de vote, et que sa mission est celle d'un gardien ne pouvant prendre que des mesures conservatoires à l'exclusion de tout droit de disposition.

Le juge des référés a fait une lecture correcte de l'avis litigieux en ce qu'il a retenu que l'avis ne portait que sur la seule et unique question des conséquences financières de la réalisation des gages par P) en termes d'apurement de la dette de la société IC) à l'égard de P) respectivement sur la possibilité pour P) de réaliser le deuxième gage.

L'avis ne porte donc pas sur l'évaluation des immeubles détenus par A) ni sur une quelconque question juridique en relation avec cette évaluation.

La Cour fait siens les développements du juge des référés en la page 27 de son ordonnance du 23 octobre 2015 par rapport à la notion de conflit d'intérêts, développements qui sont censés reproduits ici.

Il y a notamment conflit d'intérêts, lorsque la personne visée jouit d'intérêts personnels dont la prise en compte pourrait l'empêcher d'exécuter de façon correcte la mission dont elle est investie ou du moins l'influer dans le cadre de l'exercice de cette mission.

Le conflit d'intérêt s'analyse *in concreto* et non pas de façon abstraite comme l'a fait P) en citant dans son acte d'appel un certain nombre de textes.

Or, il n'est pas allégué en l'espèce que du fait d'avoir fourni cet avis en 2010, Me Yann BADEN soit amené à assumer à ce titre de quelconques intérêts privés ou personnels.

Aucun élément du dossier ne permet donc de retenir que du fait d'avoir fourni cet avis, Me Yann BADEN, ès-qualité, puisse être influencé à l'heure actuelle dans l'exécution de sa mission d'administrateur provisoire et de séquestre.

Il y a dès lors encore lieu à confirmation de l'ordonnance du 23 octobre 2015 en ce que le juge des référés a rejeté la demande en remplacement du séquestre et de l'administrateur provisoire.

Les indemnités de procédure

Aucune des parties au litige ne justifiant de l'iniquité requise par l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile, leurs demandes en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel sont à rejeter.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit les appels principal et incident ;

les dit non fondés ;

confirme les ordonnances de référé des 6 et 23 octobre 2015 ;

rejette les demandes des parties basées sur l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile ;

condamne la société à responsabilité limitée P) aux frais et dépens de l'instance d'appel.