

Audience publique du 19 octobre deux mille seize

Numéro 44000 du rôle.

Composition:

Pierre CALMES, premier conseiller, président ;
Marie-Laure MEYER, premier conseiller ;
Jean ENGELS, conseiller ;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

la société P),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg en date du 16 septembre 2016,

comparant par Maître Nicolas THIELTGEN, assisté de Maître Fabio TREVISAN et de Maître Laure-Hélène GAICIO-FIEVEZ, avocats à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1. la société anonyme I),

intimée aux fins du susdit exploit ENGEL du 16 septembre 2016,

comparant par Maître Marc KLEYR, assisté de Maître Patrick KINSCH, avocats à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

2. la société d'investissement à capital variable O),

3. la société anonyme OM),

intimées aux fins du susdit exploit ENGEL du 16 septembre 2016,

comparant par Maître Gaston STEIN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

4. Maître Denis PHILIPPE, avocat à la Cour, demeurant à L-1330 Luxembourg, 30, bd. G.D. Charlotte, pris en sa qualité d'administrateur ad hoc nommé par jugement no. 229/16 du 22 février 2016 du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg,

intimé aux fins du susdit exploit ENGEL du 16 septembre 2016,

comparant par Maître Marc THEWES, assisté de Maître Pierre REUTER, avocats à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par jugement commercial du 22 février 2016, dans un litige opposant les actionnaires de la SCA SICAV FIS O), à savoir, la SA P) en tant que demanderesse, et la SA I) en tant que défenderesse, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a dit que le contrat-cadre conclu entre ces parties le 16 novembre 2010 était toujours en vigueur, a nommé Maître Denis Philippe administrateur ad hoc de la SCA SICAV FIS O) avec la mission de se substituer à son associé-gérant OM) SA 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. Pour le surplus le tribunal a notamment ordonné l'exécution provisoire sans caution de son jugement.

Il n'est pas contesté que les parties au litige avaient créé le fonds d'investissement spécialisé O) pour regrouper à la fois leurs diverses participations communes et certaines participations propres à chaque groupe dans le secteur de l'immobilier dans le but d'obtenir une plus grande capacité de financement auprès des banques, ledit fonds comprenant

plusieurs compartiments parmi lesquels deux compartiments privés appartenant l'un à la SA P) (compartiment 4) et l'autre à la SA I) (compartiment 5) et un compartiment détenant les biens immobiliers appartenant en commun aux deux parties (compartiment 6). Un contrat-cadre fut signé pour régir les opérations de transfert au fonds. Le litige devant le tribunal avait pour objet de voir ordonner la mise en application de la cinquième résolution du conseil d'administration et de procéder à l'allocation définitive des actifs compris dans le compartiment 6. La partie défenderesse la SA I) s'était opposée à cette demande au motif que le contrat-cadre ne serait plus en vigueur, faute par la SA P) d'avoir rétabli, avant la réallocation aux patrimoines privés, la parité financière pour le 31 décembre 2012, et au motif qu'elle avait investi 16 fois plus de fonds propres que la SA P). Le tribunal, après avoir analysé les points de vue respectifs, est venu à la conclusion qu'au vu de la situation de blocage du conseil d'administration du fonds, résultant de la parité des administrateurs aux intérêts opposés, il y avait lieu de faire droit à la demande de nomination d'un administrateur ad hoc avec la mission de procéder à la réallocation sollicitée.

Par requête du 27 mai 2016, basée sur l'article 66 du NCPC, la SA I), en faisant valoir, d'une part, des difficultés d'exécution du jugement commercial du 22 février 2016, difficultés tenant au fondement juridique et à la technique de réallocation, aux organes compétents pour la réaliser et à la valorisation des actifs à transférer, et d'autre part, l'extrême urgence, alors que l'administrateur était sur le point de passer à l'exécution de sa mission en ignorant les contestations soulevées, a demandé la suspension de l'exécution du jugement commercial du 22 février 2016 et la suspension des effets des actes et décisions que l'administrateur ad hoc aurait d'ores et déjà pu prendre en exécution de ce jugement.

Par ordonnance du 30 mai 2016 il a été fait droit à cette requête.

Suite à l'assignation en annulation sinon en rétractation introduite par la SA P) contre cette ordonnance unilatérale, le juge statuant en remplacement de Madame le Président du tribunal, siégeant comme juge des référés, a, par ordonnance du 1^{er} juillet 2016, dit que le président du tribunal d'arrondissement était, le cas échéant, compétent sur base de l'article 66 du NCPC, pour ordonner la suspension provisoire de l'exécution provisoire d'un jugement commercial frappé d'appel, et après continuation des débats, a, par ordonnance du 3 août 2016, après avoir joint l'assignation en annulation sinon en rétractation de la SA P) et l'assignation en référé difficultés d'exécution de la SA I), déclaré la demande en annulation et en rétractation de l'ordonnance présidentielle du 30 mai 2016 recevable, mais non fondée et a enjoint à la SA I) de saisir les juges compétents pour trancher les difficultés d'exécution soulevées dans les 6 semaines à compter

du prononcé de cette ordonnance, le tout avec la circonstance que c'est le même magistrat qui a pris l'ordonnance présidentielle du 30 mai 2016 et les deux ordonnances contradictoires subséquentes.

Le magistrat de première instance a motivé son ordonnance du 3 août 2016 en admettant que l'extrême urgence résultait du fait que l'administrateur ad hoc n'avait pas réagi au mémorandum de l'étude Arendt et Medernach contredisant les conclusions d'un avis juridique du cabinet S) qui avait écarté les difficultés soulevées par le mandataire de la SA I) et avait commencé les opérations de transfert litigieuses dès le 30 mai 2016 tel qu'annoncé dans ses courriels des 25 et 26 mai 2016, en admettant que le jugement commercial du 22 février n'avait pas toisé les problèmes soulevés, en constatant qu'il existait entre parties un différend sérieux quant à la mise en œuvre du transfert des actifs du compartiment 6 relevant de la compétence du juge du fond, et, en admettant finalement que la SA I) avait à suffisance justifié l'existence de difficultés d'exécution relatives au jugement commercial du 22 février 2016 lui permettant de suspendre provisoirement l'exécution de celui-ci en attendant une décision des juges du fond quant aux problèmes qui se posent.

Par exploit d'huissier du 16 septembre 2016 la SA P) a régulièrement interjeté appel contre les ordonnances rendues les 1^{er} juillet 2016 et 3 août 2016 par le magistrat remplaçant Madame le Président du tribunal d'arrondissement et siégeant comme juge des référés, en demandant la réformation des ordonnances entreprises, et par voie de conséquence la nullité sinon la rétractation de l'ordonnance présidentielle du 30 mai 2016. L'appelante demande encore la condamnation de la SA I) à une indemnité de procédure de 20.000.- €.

La partie appelante demande à la Cour, à titre principal, de prononcer la nullité des ordonnances des 1^{er} juillet 2016 et 3 août 2016 pour violation de l'article 6 § 1 de la CEDH et, par voie de conséquence, de se prononcer sur la demande en annulation, sinon en rétractation de l'ordonnance présidentielle du 30 mai 2016 telle que formulée dans son assignation du 3 juillet 2016. L'appelante soutient plus particulièrement que du fait que c'est le même magistrat qui a pris la décision unilatérale du 30 mai 2016 et les ordonnances contradictoires du 1^{er} juillet 2016 et du 3 août 2016 le droit de l'appelant à un procès équitable aurait été violé au motif qu'il est de principe qu'un juge et plus particulièrement un juge d'appel ne peut examiner un recours contre sa propre décision, avec la circonstance que suivant la jurisprudence de la CEDH l'impartialité doit s'apprécier suivant une démarche objective.

A titre subsidiaire l'appelante fait plaider l'incompétence du président du tribunal d'arrondissement, agissant sur base de l'article 66 du NCPC à la suite d'une requête unilatérale, pour ordonner la suspension provisoire de l'exécution du jugement commercial du 22 février 2016 et des actes et décisions de l'administrateur ad hoc au vu des dispositions de l'article 647 du code de commerce, sinon de l'article 591 du NCPC. L'appelante soutient en outre que la compétence du tribunal d'arrondissement disparaît en raison de l'effet dévolutif et de l'effet suspensif attachés à l'acte d'appel, en l'occurrence l'appel dirigé en date du 11 avril 2016 contre le jugement commercial du 22 février 2016.

En dernier ordre de subsidiarité l'appelant fait valoir que les conditions n'étaient pas remplies pour permettre au président du tribunal de statuer de manière unilatérale selon l'article 66 du NCPC, alors qu'il n'existait aucune nécessité pour agir de la sorte. L'appelante conteste dès lors à la fois l'extrême urgence invoquée par la SA I), l'existence d'un péril grave et imminent et l'existence des prétendues difficultés d'exécution, qui, à supposer qu'elles existent, auraient été toisées par le tribunal qui a rendu le jugement commercial du 22 février 2016. L'appelante rappelle que les difficultés d'exécution ne peuvent être invoquées pour critiquer la chose jugée, mais peuvent uniquement être constituées par des problèmes rencontrés lors de l'exécution de la décision et par définition non tranchés par celle-ci. L'appelante affirme encore que la difficulté d'exécution ne pourrait être soulevée que par celui qui est débiteur de l'obligation et qu'en l'occurrence ce serait O) et non pas la SA I). Finalement, l'appelante fait valoir que l'interprétation de la décision appartient à la seule juridiction qui l'a rendue.

L'intimée la SA I) demande la confirmation des ordonnances entreprises.

L'intimé, Maître Denis PHILIPPE, se limite à soutenir que sa position dans ce litige est neutre et qu'il a exécuté sa mission conformément au jugement commercial du 22 février 2016 et non pas sur ordre de la S.A. P). Il donne encore à considérer qu'il a obtenu l'accord de la CSSF.

Les parties intimées O) et OM) se sont rapportées à prudence de justice.

A titre liminaire et pour répondre à l'argument développé par l'appelante à l'audience du 26 septembre 2016 tendant à soutenir que la Cour n'était pas saisie d'un référé difficultés d'exécution, mais d'une demande en rétractation, il convient de constater que la décision unilatérale du 30 mai 2016, prise sur base de l'article 66 du NCPC, avait pour objet la suspension de l'exécution provisoire du jugement commercial du 22 février 2016 en raison des difficultés d'exécution qui avaient été soulevées par la

S.A. I). La Cour, statuant en matière d'appel de référé, est dès lors saisie de l'appel contre une décision de première instance ayant refusé d'annuler ou de rétracter une décision prise en matière de difficulté d'exécution.

Quant à la violation de l'article 6 § 1 de la CEDH :

La partie appelante soutient que sa cause n'a pas été entendue par un tribunal indépendant et impartial au sens de l'article 6 § 1 de la CEDH, dans la mesure où c'est le même magistrat qui a pris la décision unilatérale du 30 mai 2016 et qui a ultérieurement statué sur la demande en annulation sinon en rétractation de cette même ordonnance lors d'un débat contradictoire.

L'article 66 du nouveau code de procédure civile dispose que 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.

L'article 66 du NCPC se limite à imposer un but à atteindre : la disponibilité d'un recours réel contre la mesure unilatérale au profit de celui qui est affecté dans ces droits par cette mesure (cf. Le droit judiciaire privé, par Thierry Hoscheit, n° 1362).

Le président du tribunal d'arrondissement a la possibilité, dans un certain nombre de cas, de prescrire par ordonnance rendue sur requête certaines mesures pouvant être très importantes. Ces ordonnances ne sont pas précédées d'un débat contradictoire, leur caractère spécifique étant que seul le requérant est entendu. De ce fait, elles sont susceptibles de faire grief. Aussi, pour sauvegarder les légitimes intérêts de la partie non appelée à se défendre, l'article 66 met-il à sa disposition un recours de sorte que rien d'irréparable ne sera décidé par l'ordonnance.

En rétractant une ordonnance précédente, le président, mieux informé, ne rend en somme qu'une ordonnance de refus différé (cf. Cour, 23 janvier 2002, n° 25683 du rôle, Pas. 32, p. 157).

Le juge siégeant après un débat contradictoire et statuant « comme en matière de référé », sur la question qu'il avait précédemment toisée unilatéralement, ne statue pas comme juge d'appel, alors que l'appel (comme c'est le cas en l'occurrence) est ouvert contre l'ordonnance prise après un débat contradictoire.

Une application correcte des principes doit dès lors amener à conclure que la procédure de rétractation est soumise au même magistrat que celui qui a délivré la décision unilatérale initiale (op. cit. n° 1363).

Il se pose dès lors la question si cette procédure est sanctionnée par la CEDH.

La CEDH a notamment retenu (arrêt Vera Fernandez-Huidorbro c/ Espagne du 6 janvier 2010) qu'un manquement à l'exigence d'indépendance et d'impartialité d'un organe juridictionnel n'emporte pas violation de l'article 6, si la décision rendue est soumise à un contrôle subséquent d'un organe judiciaire doté de la plénitude de juridiction et offrant des garanties de l'article 6 (§131) (cité dans « Les grands arrêts de la CEDH, 6^e édition, Frédéric Sudre, page 354). La CEDH a par ailleurs admis que la présence dans la formation de jugement d'un magistrat qui a rendu une décision dans une phase antérieure de la procédure ne contrevient au principe d'impartialité que dans la mesure où il a porté une appréciation sur le fond de l'affaire (op. cit. page 364).

Dans l'affaire Thomann c/ Suisse du 10 juin 1996, la CEDH a retenu que les juges qui réexaminent en présence de l'intéressé une affaire qu'ils ont dû d'abord juger par défaut, sur la base des éléments dont ils pouvaient alors disposer, ne sont en aucune manière liés par leur première décision; ils reprennent à son point de départ l'ensemble de l'affaire, toutes les questions soulevées par celle-ci restant ouvertes et faisant cette fois l'objet d'un débat contradictoire à la lumière de l'information plus complète que peut leur fournir la comparution personnelle de l'accusé et qu'une telle situation ne suffit pas à mettre en doute l'impartialité des juges dont il s'agit.

En l'occurrence la situation procédurale est comparable à celle d'un jugement sur opposition. La CEDH admet que si les mêmes juges siègent sur l'opposition après avoir siégé dans la même affaire par défaut, l'impartialité n'est pas mise en doute. Par ailleurs, la décision du premier juge est soumise à un contrôle subséquent et en l'occurrence le premier juge n'a pas porté une appréciation sur le fond de l'affaire.

Il résulte des jurisprudences précitées que la CEDH n'a énoncé aucun principe qui permet d'admettre qu'en l'occurrence il y ait eu violation de l'article 6 § 1 de la CEDH. Le moyen d'appel principal est partant à rejeter.

Quant à l'incompétence du président du tribunal, agissant sur base de l'article 66 du NCPC pour ordonner la suspension provisoire de l'exécution du jugement commercial du 22 février 2016 et des actes et décisions de l'administrateur ad hoc nommé par ce jugement.

Le premier juge dans son ordonnance du 1^{er} juillet 2016 a retenu que si la juridiction qui a rendu la décision est compétente pour toiser les

difficultés d'exécution, et que si la Cour d'appel est compétente pour toiser ces problèmes en vertu de l'effet dévolutif, lorsqu'un appel a été interjeté, c'est cependant le juge des référés qui peut ordonner la discontinuation des poursuites en cas de difficultés d'exécution.

Les articles 590 et 591 du NCPC disposent comment et dans quels cas la Cour peut accorder des défenses à l'exécution provisoire d'un jugement civil. L'exécution provisoire peut ainsi être contestée devant la Cour d'appel si elle a été ordonnée hors les cas prévus par la loi.

En revanche et conformément à l'article 647 du code de commerce aucune défense ne peut être accordée par la Cour à l'exécution provisoire d'un jugement commercial, mais les parties peuvent obtenir la permission de citer à jour fixe pour plaider l'appel.

L'article 570 du NCPC dispose que les tribunaux d'arrondissement siégeant en matière commerciale connaîtront de l'exécution de leur jugement.

L'article 596 du NCPC dispose quelle juridiction est en principe compétente pour toiser les difficultés d'exécution, lorsque la Cour d'appel a statué au fond.

Cependant la procédure prévue par l'article 932 alinéa 2 du NCPC n'a pas le même objet, alors qu'elle n'a pas pour objet de contester l'exécution provisoire, mais elle a pour objet des difficultés d'exécution d'un jugement ou plus généralement de tout titre exécutoire. Si des difficultés d'exécution sont soulevées devant le juge des référés, ce dernier doit étudier le fond de la contestation, et si la contestation lui paraît sérieuse, il peut notamment ordonner la discontinuation des poursuites, respectivement la suspension de l'exécution provisoire (cf. Cour, 18 juin 1990, Pas. 28, p. 51) et ceci en toute hypothèse qu'il y ait appel ou non, mais il ne lui appartient de toute évidence pas de toiser ces difficultés.

Mais, 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.

Il résulte de toute ce qui précède 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.

Il est par ailleurs reproché au premier juge de ne pas avoir soigneusement motivé son ordonnance unilatérale prise sur base de l'article 66 du NCPC.

Etant donné qu'il s'agit d'une décision présidentielle qui doit, pour être efficace, être prise dans l'urgence, une motivation détaillée n'est pas possible. Le premier juge s'est limité à renvoyer aux seuls éléments d'appréciation à sa disposition, à savoir aux motifs de la requête unilatérale et aux pièces versées à l'appui de cette requête. Il convient cependant de constater que le premier juge, après avoir été saisi de la demande en rétractation, a, après un débat contradictoire, motivé « soigneusement » sa décision, de sorte que ce moyen n'est pas fondé non plus.

Quant à l'existence des difficultés d'exécution alléguées et quant à l'urgence :

La partie appelante soutient que la SA I) n'aurait ni intérêt, ni qualité pour agir en raison des prétendues difficultés d'exécution, cette action étant réservée au débiteur, en l'espèce O), qu'il n'existait aucune nécessité pour agir sur base de l'article 66 du NCPC, que les critiques émises par la SA I) ne seraient pas sérieuses et que par ailleurs tous les problèmes auraient été toisés par le tribunal dans son jugement commercial du 22 février 2016.

C'est tout d'abord à juste titre et par des motifs que la Cour adopte que le premier juge a admis que la SA I), pour être partie au jugement et au contrat, avait qualité et intérêt pour voir ordonner la suspension de l'exécution du jugement commercial du 22 février 2016 et que le jugement du 22 février 2016 n'a pas tranché les questions actuellement soulevées dans la mesure où il n'apporte aucune solution concrète aux questions soulevées, alors qu'à propos des « grandes lignes devant régir la réallocation » litigieuse il se limite à renvoyer aux dispositions du contrat-cadre. En outre, la demande en suspension de l'exécution provisoire ne tend pas à remettre en cause ledit jugement, mais à permettre aux juges compétents de toiser les difficultés d'exécution. Par ailleurs le premier juge n'a pas interprété le jugement de première instance, comme semble l'affirmer l'appelante.

A propos des questions soulevées par la SA I), à savoir, celle relative à la technique de réallocation des actifs, celle relative à l'organe compétent pour décider de la réallocation et celle relative à la réallocation des frais généraux, le premier juge a admis que la SA I) avait justifié à suffisance

qu'il existait un différend sérieux entre parties quant à la mise en œuvre du transfert des actifs du compartiment 6 vers les autres compartiments communs et privés du fonds O), lui permettant de suspendre provisoirement l'exécution du jugement du 22 février 2016, en attendant la décision des juges du fond quant aux problèmes qui se posent.

Pour venir à cette conclusion le premier juge a retenu que, en ce qui concerne les questions soulevées par la SA I), la SA P) avait pris position par courrier du 5 avril 2016 en affirmant que la réallocation des actifs pouvait se faire sans aucune contrepartie, ni créance, émission d'actions ou paiement d'un prix de transfert, que l'organe compétent pour y procéder serait l'administrateur ad hoc sans l'intervention de l'assemblée générale et, finalement, que le transfert des actifs pouvait se faire sans tenir compte de la valeur des avoirs.

Le premier juge a encore renvoyé au courrier du 2 mai 2016 dans lequel la SA I) soutient que la réallocation convenue devait nécessairement mettre en œuvre l'une des techniques existantes en droit des sociétés ou en droit des fonds d'investissement (impliquant une contrepartie), que la mise en œuvre des différentes techniques de réallocation disponibles par la loi, les statuts et le mémorandum de placement impliquait nécessairement l'intervention de l'assemblée générale et, finalement, que l'article 71 de la loi du 13 février 2007 sur les fonds d'investissement spécialisés, disposait que le transfert des actifs ne pouvait se faire sans se soucier de la valorisation de ces derniers par une prise en compte correcte des passifs et des frais de fonctionnement à leur imputer.

Il résulte du dossier qu'au vu des problèmes soulevés, l'administrateur ad hoc avait sollicité un avis juridique du cabinet S). Cet avis, daté du 23 mai 2016, semble confirmer en substance la position de la SA P).

Il résulte encore du dossier que la SA I) avait sollicité à son tour un avis motivé du cabinet Arendt & Medernach daté du 26 mai 2016 contredisant les conclusions du cabinet S) et confirmant la position de la SA I).

La SA I) a encore sollicité un avis de l'étude Loyens et Loeff, daté du 6 juin 2016 qui confirme l'existence des problèmes soulevés.

Finalement, l'étude Linklaters, qui a participé à la constitution de Fonds, a rendu un avis daté du 6 juillet 2016 qui a été versé par la SA P).

Il convient de rappeler que le jugement commercial du 22 février 2016 a nommé l'administrateur ad hoc de la SCA SICAV FIS O) avec la mission

de se substituer à son associé-gérant la SA OM), 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.

L'avis du cabinet Arendt & Medernach donne notamment à considérer que le mémorandum prévoit que des projets immobiliers peuvent être transférés d'un compartiment à un autre moyennant une juste rémunération contrôlée par l'expert indépendant et qu'en vertu de l'article 71 de la loi du 13 février 2007, chaque compartiment doit être traité comme une entité à part, ce qui impliquerait que le transfert des actifs sans contrepartie équivaldrait à un abus de biens sociaux exposant le dirigeant à des sanctions. Dans ce même avis le cabinet Arendt & Medernach considère que ce transfert d'actifs équivaut à une scission, sinon à une fusion, impliquant le consentement de l'assemblée générale. Finalement dans son avis le cabinet Arendt & Medernach considère que la répartition des actifs ne peut pas se faire sans analyser au préalable l'ajustement de la VNI des compartiments concernés et l'allocation des frais de fonctionnement du compartiment 6, en ajoutant qu'une répartition des actifs sans tenir compte de ces éléments risquerait d'aboutir à une situation où un réajustement ex post entre promoteurs ne serait plus possible.

L'avis du cabinet Loyens & Loeff va dans le même sens que l'avis Arendt & Medernach.

L'avis du cabinet Linklaters contredit l'existence de difficultés d'exécution, tels que soulevées par la S.A. I). Cet avis renvoie aux articles 308bis - 2 à 308bis - 5 de la loi de 1915 pour affirmer que l'intervention d'une assemblée générale n'est pas nécessairement obligatoire.

L'avis Linklaters soutient par ailleurs que le principe de la ségrégation des dettes n'aurait pas été violé ou plutôt que l'intention de l'administrateur ad hoc n'était pas de contrarier ce principe.

Au vu des avis concordants des cabinets Arendt & Medernach et Loyens & Loeff et des avis en sens contraires des cabinets Linklaters et S), il est indéniable que les contestations soulevées paraissent sérieuses et sont de nature à justifier la suspension de l'exécution provisoire du jugement du 22 février 2016 en attendant que les juges du fond aient toisé ces difficultés.

Reste à savoir si en l'occurrence la nécessité commandait qu'une mesure soit prise unilatéralement sur base de l'article 66 du NCPC.

Il est de principe que l'article 66 du NCPC confie au juge un pouvoir autonome pour prononcer des mesures unilatérales, c.à.d, non seulement lorsque la loi le permet, mais également lorsque la nécessité commande, soit en dehors de toute habilitation légale spécifique. Ces mesures unilatérales ne peuvent être adoptées que s'il y a urgence, c.à.d. lorsqu'il ne peut pas remédier au problème soulevé par le recours aux procédures de référé ordinaires et que si la mesure doit être ordonnée et mise à exécution, sans avertissement préalable de son destinataire, sans qu'il ne soit cependant requis que le requérant démontre que le destinataire ait effectivement l'intention, s'il était averti de la demande, d'adopter un comportement rendant la mesure sollicitée inutile. 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 (cf. Le droit judiciaire privé, par Thierry Hoscheit, n° 1354, n° 1358, n° 1359, n° 1360 et n° 1361).

Par courriel du 25 mai 2016 à 15.39 heures l'administrateur ad hoc écrit aux mandataires de la SA I) qu'il dispose de documents qualifiés de pertinents de la part du mandataire de la SA P) pour lesquels il demande une prise de position pour le lendemain.

Le 25 mai 2016 à 18.42 heures l'administrateur revient à charge en affirmant qu'il est pressé et que le problème après tout est court et circoncis.

Le 26 mai 2016 Me Kinsch annonce pour le lendemain un avis d'un cabinet spécialisé.

Le même jour l'administrateur ad hoc répond que la prise de position n'est pas totalement urgente, alors que « le transfert sera progressif ».

La prise de position de Me Kleyr est datée du 27 mai 2016.

La requête basée sur l'article 66 du NCPC est déposée le 27 mai 2016.

Il résulte de la pièce n° 37 versée par la SA I) que le 30 mai 2016 l'administrateur ad hoc a pris des résolutions écrites ne tenant pas compte des problèmes soulevés par la SA I) et confirmés par les avis des cabinets Arendt & Medernach et Loyens & Loeff. Plus particulièrement l'administrateur ad hoc a donné pour instruction à l'administrateur central de la Société et à la banque dépositaire de la Société de modifier les inscriptions dans leurs livres afin de tenir compte de cette réallocation avec effet immédiat.

Il en résulte que l'urgence était manifestement donnée, puisque l'administrateur ad hoc a procédé à la réallocation sans tenir compte des problèmes soulevés, respectivement sans prendre position quant à ces problèmes.

A cela s'ajoute que l'avis du cabinet Arendt & Medernach donne à considérer qu'une répartition des actifs sans tenir compte de ces éléments risquerait d'aboutir à une situation où un réajustement ex post entre promoteurs ne serait plus possible.

Les conditions étaient dès lors remplies pour que le magistrat, statuant en remplacement de Madame le président du tribunal d'arrondissement, prenne une décision unilatérale sur base de l'article 66 du NCPC.

Il résulte de tout ce qui précède que les ordonnances entreprises sont à confirmer dans leur intégralité.

Au vu de l'issue du litige, l'indemnité de procédure réclamée par l'appelante n'est pas fondée.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel en la forme ;

le dit non fondé ;

parant confirme les ordonnances entreprises ;

dit non fondée la demande de la SA P) basée sur l'article 240 du NCPC ;

condamne la SA P) aux frais et dépens des deux instances.