

Audience publique du 4 juillet deux mille dix-huit

Numéro CAL-2018-00031 du rôle.

Composition:

Monique HENTGEN, premier conseiller, président;
Mylène REGENWETTER, conseiller;
Yola SCHMIT, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

la société à responsabilité limitée R CAPITAL, établie et ayant son siège social à L-1882 Luxembourg, 7, rue Guillaume Kroll, représentée par son gérant,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg en date du 2 janvier 2018,

comparant par la société en commandite simple BONN STEICHEN & PARTNERS, établie et ayant son siège social à L-2370 Howald, 2, rue Peternelchen, Immeuble C2, représentée par son gérant la société à responsabilité limitée BONN STEICHEN & PARTNERS, elle-même représentée aux fins de la présente procédure par son gérant Maître Fabio TREVISAN, avocat à la Cour,

e t :

1. la société à responsabilité limitée PILLAR SECURITISATION, établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 35A, avenue J.F. Kennedy, représentée par son conseil d'administration,

intimée aux fins du susdit exploit BIEL du 2 janvier 2018,

comparant par Maître Yves PRUSSEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

2. la société anonyme RBC INVESTOR SERVICES BANK, établie et ayant son siège social à L-4360 Esch/Alzette, 14, Porte de France, représentée par son conseil d'administration,

intimée aux fins du susdit exploit BIEL du 2 janvier 2018,

comparant par Maître François KREMER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, qui ne s'est pas présenté pour conclure ;

3. la société d'investissement à capital variable IMMO-CROISSANCE Sicav-Fis, établie et ayant son siège social à L-1528 Luxembourg, 11/13, bd. de la Foire, représentée par son conseil d'administration,

intimée aux fins du susdit exploit BIEL du 2 janvier 2018,

comparant par Maître Marie LAHAYE, en remplacement de Maître Patrick KINSCH, avocats à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par ordonnance rendue le 1^{er} décembre 2017, une Vice-Présidente au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière de référé dans l'instance inscrite sous le numéro 187750 du rôle et comme en matière de référé dans l'instance inscrite sous le numéro 188069 du rôle, en remplacement de Madame le Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, statuant contradictoirement, a reçu les demandes en la forme et ordonné la jonction des instances inscrites sous les numéros 187750 et 188069 du rôle.

Statuant quant à la demande en rétractation de la société à responsabilité limitée PILLAR SECURITISATION S.à.r.l. (ci-après PILLAR), le premier juge a déclaré la demande recevable et fondée, ordonné la rétractation de l'ordonnance présidentielle rendue le 19 octobre 2017 à 16.15 heures et

déchargé Maître Yann BADEN de la mission de séquestre de toutes les actions de la société d'investissement à capital variable IMMO-CROISSANCE SICAV-FIS (ci-après IMMO-CROISSANCE) et de la mission d'administrateur provisoire d'IMMO-CROISSANCE lui confiées. La société à responsabilité limitée R CAPITAL S.à.r.l. (ci-après R CAPITAL) a été condamnée à payer à PILLAR une indemnité de procédure de 4.000 euros. La demande de PILLAR en allocation d'une provision pour dommages et intérêts ainsi que les demandes de R CAPITAL et de la société RBC DEXIA INVESTOR SERVICES BANK SA en allocation d'une indemnité de procédure ont été rejetées.

Statuant quant à la demande de R CAPITAL, le premier juge a déclaré irrecevables tant la demande en désignation d'un séquestre des actions d'IMMO-CROISSANCE détenues par PILLAR que la demande en nomination d'un administrateur provisoire d'IMMO-CROISSANCE et il a rejeté la demande de RBC DEXIA INVESTOR SERVICES BANK SA en allocation d'une indemnité de procédure.

L'ordonnance a été déclarée commune à Maître Yann BADEN et RBC DEXIA INVESTOR SERVICES BANK SA.

Par exploit d'huissier du 2 janvier 2018, R CAPITAL a régulièrement interjeté appel contre cette ordonnance qui lui avait été signifiée le 19 décembre 2017 par PILLAR et IMMO-CROISSANCE.

L'appelante demande, par réformation, à la Cour de

- nommer un séquestre des actions d'IMMO-CROISSANCE détenues par PILLAR, sinon reconduire Maître Yann BADEN en tant que séquestre avec la mission de conserver l'intégralité des actions émises par IMMO-CROISSANCE dans l'attente d'une décision définitive, irrévocable et coulée en force de chose jugée, tenant à la propriété de la totalité de ces actions,

- dire que le séquestre pourra exercer un droit de vote attaché aux actions dans l'intérêt d'IMMO-CROISSANCE et de la préservation des droits de l'appelante,

- dire que le séquestre restera en fonction jusqu'à ce qu'il soit statué par une (ou plusieurs) décision(s) qui ne sera(ont) plus susceptible(s) de recours, ordinaire ou extraordinaire, sur la propriété de l'intégralité des actions émises par IMMO-CROISSANCE,

- nommer un administrateur provisoire, sinon reconduire Maître Yann BADEN en tant qu'administrateur provisoire d'IMMO-CROISSANCE en remplacement des organes de direction de la société, avec pour mission de gérer l'actif et les intérêts de la société, dans l'attente d'une décision définitive tenant à la propriété et au devenir des actions d'IMMO-

CROISSANCE tant dans la procédure en annulation de la réalisation de son gage par ARION BANKI suivant assignation du 9 septembre 2013 que dans la procédure en annulation de l'augmentation de capital souscrite par PILLAR suivant assignation du 27 juillet 2017,

- confirmer l'ordonnance présidentielle du 19 octobre 2017.

R CAPITAL demande encore à voir ordonner la publication d'un extrait de l'arrêt à intervenir au Registre du Commerce et des Sociétés de Luxembourg afin de rendre la mesure opposable aux tiers et de déclarer l'arrêt à intervenir commun à IMMO-CROISSANCE et à RBC INVESTOR SERVICES BANK SA.

Elle sollicite finalement la condamnation de PILLAR au paiement d'une indemnité de procédure de 15.000 euros et aux frais et dépens des deux instances.

PILLAR et IMMO-CROISSANCE concluent à la confirmation de l'ordonnance.

Les moyens de l'appelante

R CAPITAL conclut à la réformation de l'ordonnance en ce qu'elle a refusé de nommer un séquestre alors que les conditions d'une telle nomination sont réunies en l'espèce. Elle fait valoir que la validité de l'augmentation de capital décidée et souscrite par PILLAR le 22 décembre 2009 fait l'objet d'un litige introduit suivant assignation du 27 juillet 2017 et que, contrairement à ce que soutient PILLAR, cette action n'est ni forclosée ni irrecevable, mais a au contraire de très grandes chances de prospérer et de permettre de déloger PILLAR de la position qu'elle occupe illicitement depuis huit ans.

Elle reproche au premier juge de ne pas avoir retenu l'existence d'un litige sérieux entre parties quant à la propriété des actions, de s'être trompé quant à la portée de l'annulation de l'augmentation de capital (auquel cas les 25.000.000 actions n'existeraient plus et R CAPITAL redeviendrait actionnaire à 75% d'IMMO-CROISSANCE) et d'avoir retenu que la question de la propriété des actions d'ARION BANKI avait été définitivement tranchée aux termes de l'arrêt du 12 juillet 2017. A l'audience des plaidoiries, le mandataire de R CAPITAL précise cependant que le litige concernant les actions d'ARION BANKI n'a aucune incidence sur le présent litige.

Selon l'appelante, l'urgence serait donnée de par la nature même du litige et du fait qu'il existerait un risque sérieux de dissipation des actifs

d'IMMO-CROISSANCE. L'appelante soutient craindre sérieusement que PILLAR ne décide de céder les actions IMMO-CROISSANCE ou ses actifs et de vider la société de toute sa substance, ce qui rendrait toute restitution ou remise en l'état antérieur difficile sinon impossible. Il existerait encore un risque qu'il soit porté atteinte au droit à l'exécution des décisions de justice consacré par la Cour européenne des droits de l'homme comme un élément du droit à un procès équitable dès lors que l'exécution de l'arrêt du 12 juillet 2017 risquerait d'être fortement compromise par les agissements de PILLAR. La nomination d'un séquestre serait la seule et unique mesure possible susceptible de permettre la sauvegarde des droits de R CAPITAL et d'éviter une cession des actions et/ou des actifs d'IMMO-CROISSANCE par PILLAR à un tiers.

La condition de l'opportunité de la mesure de séquestre sollicitée ne ferait aucun doute aussi longtemps qu'un litige portera sur la propriété des actions d'IMMO-CROISSANCE.

R CAPITAL conclut encore à la réformation de l'ordonnance en ce qu'elle a refusé de nommer un administrateur provisoire alors que les conditions d'une telle nomination sont réunies en l'espèce. Il serait indispensable que Maître BADEN soit reconduit dans ses fonctions afin d'empêcher PILLAR, dont la mauvaise foi aurait été établie par la Cour dans son arrêt du 12 juillet 2017, de dilapider les actifs d'IMMO-CROISSANCE et de permettre la continuité d'une gestion sereine, régulière, juste et opportune de ses avoirs ainsi que d'assurer le droit à l'exécution des décisions de justice. L'action intentée le 27 juillet 2017 viserait à remettre en cause l'augmentation de capital et donc la légitimité du conseil d'administration actuellement en place. L'action intentée le 27 décembre 2017 tend à voir constater qu'en raison de la restitution à R CAPITAL des actions que PILLAR s'est illicitement appropriées le 3 février 2009, PILLAR est réputée n'avoir jamais été actionnaire d'IMMO-CROISSANCE et que partant le conseil d'administration qu'elle a nommé en remplacement de celui désignée par R CAPITAL en son temps suivant décision du 5 juin 2009 n'a pas été régulièrement désigné.

La condition d'urgence serait également remplie vu l'empressement de PILLAR à obtenir la mainlevée de l'ordonnance présidentielle du 19 octobre 2017 démontrant que PILLAR fera tout son possible pour organiser le dépouillement d'IMMO-CROISSANCE.

La longue période d'administration provisoire d'IMMO-CROISSANCE n'aurait par ailleurs aucunement affecté son fonctionnement.

L'appelante estime qu'au vu des agissements malveillants et abusifs de PILLAR, il y aurait lieu de confier une mission très large à l'administrateur provisoire.

L'appelante demande finalement la réformation de l'ordonnance en ce qu'elle a rétracté l'ordonnance du 19 octobre 2017 aux motifs que la demande de R CAPITAL ne serait fondée que sur de simples suppositions ou des craintes et que le fait que PILLAR soit gérée par un comité de créanciers prétendument indépendant garantirait *ipso facto* R CAPITAL de toute déprédation à l'encontre d'IMMO-CROISSANCE. Elle reproche au premier juge de ne pas avoir pris en considération que IMMO-CROISSANCE, après que PILLAR en avait pris contrôle et avant la nomination de l'administrateur provisoire, a vendu cinq actifs immobiliers de très grande valeur à des prix bien inférieurs à ceux habituellement pratiqués sur le marché et souligne que la régularité de ces cessions est fortement contestée, eu égard aux conditions très suspectes dans lesquelles elles se sont déroulées. Par ailleurs, la décision de céder des actifs à un prix manifestement dérisoire relèverait du conseil d'administration d'IMMO-CROISSANCE de sorte que le fonctionnement de PILLAR n'apporterait aucune garantie, ni à IMMO-CROISSANCE, ni à R CAPITAL.

Les développements des intimées

PILLAR réexpose les arguments contenus dans sa requête du 26 octobre 2017.

Elle fait valoir que selon l'arrêt du 12 juillet 2017 elle est toujours actionnaire de l'intégralité des actions d'IMMO-CROISSANCE et que l'interprétation de cet arrêt est contraire à ce qui figure dans la motivation de l'arrêt. Un recours en cassation a été introduit contre l'arrêt du 12 juillet 2017.

Elle soutient que l'action en annulation de l'augmentation de capital est prescrite.

PILLAR conclut à l'irrecevabilité de l'action de R CAPITAL pour absence de motif légitime.

Elle fait valoir que les actions dont l'annulation est demandée sont invendables et que par ailleurs elle n'a aucune intention de les vendre. Il n'y aurait pas de raison de mettre sous séquestre les actions qui appartiennent à PILLAR.

Les immeubles seraient également invendables aussi longtemps que des litiges existent entre PILLAR et R CAPITAL respectivement A.). Le conseil d'administration aurait confirmé qu'il n'avait pas l'intention de les vendre sauf si la situation était compromise.

Il n'y aurait pas le moindre indice que le conseil d'administration n'abuse de ses pouvoirs et vende les actifs d'IMMO-CROISSANCE.

Le courrier et les documents versés par PILLAR en cours de délibéré et qui n'ont pas fait l'objet d'un débat contradictoire ne sont pas pris en considération.

IMMO-CROISSANCE se rallie aux développements faits par PILLAR tout en soulignant qu'il n'y a aucune raison de vendre ou de dilapider la société et que les risques invoqués par l'appelante sont purement hypothétiques.

Appréciation

La Cour renvoie quant aux faits et procédures judiciaires à l'exposé exhaustif fait par le premier juge concernant le contexte de l'affaire.

Il y a lieu d'ajouter que le 27 décembre 2017 R CAPITAL a fait assigner PILLAR et IMMO-CROISSANCE à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg siégeant en matière commerciale pour notamment voir dire et constater qu'en raison de la restitution à R CAPITAL des actions que PILLAR s'est illicitement appropriées le 3 février 2009, PILLAR est réputée n'avoir jamais été actionnaire d'IMMO-CROISSANCE et que partant le conseil d'administration qu'elle a nommé en remplacement de celui désigné par R CAPITAL en son temps suivant décision du 5 juin 2009 n'a pas été régulièrement désigné et que partant toutes ses délibérations depuis cette date sont nulles et de nul effet.

Par arrêt du 28 mars 2018, la Cour, saisie d'une requête en interprétation de son arrêt du 12 juillet 2017, a dit que la remise en état pour être intégrale s'applique aux actions du fonds IMMO-CROISSANCE que R CAPITAL détenait et à la qualité d'actionnaire en découlant, le tout avec effet au 19 décembre 2008.

- Quant à la rétractation de l'ordonnance présidentielle du 19 octobre 2017

La Cour renvoie quant aux principes applicables aux développements exhaustifs faits par le premier juge.

Ainsi, il appartient au requérant (en l'occurrence R CAPITAL) de justifier que sa requête initiale est fondée, et non pas au demandeur en rétractation (PILLAR) de justifier qu'elle ne l'est pas.

Le premier juge a retenu à juste titre que, aucune disposition légale ne permettant au président du tribunal de désigner un séquestre de valeurs mobilières émises par une société commerciale, respectivement de nommer un administrateur provisoire d'une société commerciale, il appartient à R CAPITAL d'établir que la « nécessité » commandait les mesures unilatérales actuellement litigieuses.

La procédure sur requête unilatérale doit en effet rester exceptionnelle dès lors qu'elle emporte une dérogation substantielle au principe fondamental du contradictoire et exclut de tout débat les parties concernées par le litige.

Il convient dès lors d'analyser si les circonstances invoquées par R CAPITAL dans sa requête du 19 octobre 2017 justifient une exception au contradictoire et notamment si les conditions de l'urgence particulière sont données en l'espèce.

R CAPITAL entend justifier la nécessité d'agir par voie de requête unilatérale par le fait qu'au vu des délais actuels en matière de référé, la procédure en référé introduite par assignation du 13 octobre 2017 *« risquerait de s'avérer impuissante sinon inefficace à régler la situation en temps utile notamment au vu de l'attitude des parties adverses. Il y a en effet crainte d'un péril grave et imminent pour IMMO-CROISSANCE. Les circonstances nécessitent ainsi la prise d'une mesure immédiate, par surprise, qui ne saurait souffrir aucun délai causé par le recours à une procédure contradictoire et ce dans l'attente d'une décision définitive rendue par les juridictions du référé relativement à l'affaire introduite par l'assignation du 13 octobre 2017 »*.

Elle fait état d'un sérieux risque de dissipation des actifs d'IMMO-CROISSANCE, en invoquant que PILLAR l'a déjà fait dans le passé, en cédant, après la réalisation du gage sur les actions IMMO-CROISSANCE, des actifs immobiliers de très grande valeur à des prix bien inférieurs à ceux habituellement pratiqués sur le marché.

La Cour retient à l'instar du premier juge que l'appréciation de la nécessité de prendre une mesure unilatérale ne saurait reposer sur de simples suppositions ou des craintes du requérant.

Or, le seul fait que des actifs immobiliers aient été vendus en 2009 à des prix et dans des circonstances contestés par R CAPITAL n'est pas de nature à justifier l'existence d'un risque actuel et réel d'une vente des actifs d'IMMO-CROISSANCE à des prix dérisoires.

R CAPITAL n'apporte par ailleurs aucun élément permettant de retenir que les mesures sollicitées risquaient d'être inopérantes si elles n'étaient pas ordonnées immédiatement au moment du dépôt de sa requête en date du 19 octobre 2017, à l'insu de la partie PILLAR et qu'elle se trouverait confrontée à une situation irréversible en attendant le débat contradictoire initié suivant assignation du 13 octobre 2017. Au contraire, le mandataire de R CAPITAL a admis à l'audience que PILLAR ne procéderait probablement à aucune vente avant la décision de la Cour concernant la nomination du séquestre et de l'administrateur provisoire.

Il s'ensuit que R CAPITAL reste en défaut d'établir des circonstances justifiant de ne pas procéder contradictoirement de sorte que l'ordonnance est à confirmer en ce qu'elle a rétracté l'ordonnance présidentielle rendue le 19 octobre 2017 à 16.15 heures.

- Quant à la désignation d'un séquestre des actions d'IMMO-CROISSANCE détenues par PILLAR

Le premier juge a correctement exposé les principes applicables et la Cour y renvoie.

Il n'appartient pas à la Cour siégeant en matière de référé de se prononcer sur les arguments développés par les parties relatifs à la demande en annulation de l'augmentation de capital actuellement pendante devant la juridiction du fond.

L'argument de R CAPITAL, qu'en cas d'annulation de l'augmentation de capital, elle redeviendrait actionnaire à 75% d'IMMO-CROISSANCE, en reprendrait le contrôle et les 25.000.000 actions issues de l'augmentation de capital litigieuse n'existeraient plus, n'est pas de nature à justifier la nomination d'un séquestre dans l'attente d'une décision au fond.

En effet, si cet argument tend à établir l'existence d'un litige entre parties susceptible d'avoir des conséquences très importantes, il n'en découle pas pour autant l'existence d'un différend sérieux quant à la propriété des 25.000.000 actions issues de l'augmentation de capital d'IMMO-CROISSANCE du 22 décembre 2009.

C'est dès lors à bon droit que le premier juge a déclaré la demande en désignation d'un séquestre de ces actions irrecevable.

Dans la mesure où R CAPITAL a précisé à l'audience que les actions cédées par ARION BANKI à PILLAR n'ont aucune incidence sur le présent litige, il n'y a pas lieu d'en tenir compte.

L'ordonnance est dès lors à confirmer en ce qu'elle a déclaré irrecevable la demande en désignation d'un séquestre de « toutes les actions d'IMMO-CROISSANCE détenues par PILLAR ».

- Quant à la demande en nomination d'un administrateur provisoire

Le premier juge a rappelé à juste titre que le juge des référés ne doit intervenir dans la vie des sociétés qu'avec circonspection ; le principe étant celui de la non-intervention, et que si, comme en l'espèce, les organes de la société fonctionnent, le juge des référés ne peut intervenir dans le fonctionnement de la société que si les droits de la société ou de certains de ses membres sont sérieusement menacés et que la non-intervention judiciaire aurait des conséquences irréparables.

En l'occurrence R CAPITAL fait état d'un risque que le conseil d'administration - dont elle conteste la légitimité - décide de dilapider les actifs d'IMMO-CROISSANCE et d'organiser le dépouillement de celle-ci, en se référant à la mauvaise foi de PILLAR et aux ventes qui ont eu lieu en 2009. Au vu des contestations des parties intimées, R CAPITAL ne fournit aucun élément de preuve concret permettant de retenir que ses craintes sont fondées.

La Cour retient dès lors à l'instar du premier juge qu'il ne ressort pas des éléments soumis à son appréciation que les droits de R CAPITAL sont sérieusement menacés par le conseil d'administration mis en place par PILLAR et que la non-intervention judiciaire aurait des conséquences irréparables.

L'ordonnance est dès lors à confirmer par adoption des motifs du premier juge en ce qu'elle a déclaré la demande irrecevable tant sur base de l'article 933 que sur celle de l'article 932 du NCPC.

Eu égard au sort réservé à l'appel, la demande de R CAPITAL en obtention d'une indemnité de procédure est à rejeter.

En application des articles 76 et 587 du NCPC il y a lieu de statuer par arrêt contradictoire à l'égard de la société RBC INVESTOR SERVICES BANK SA.

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,

confirme l'ordonnance entreprise,

rejette la demande de la société à responsabilité limitée R CAPITAL S.à.r.l. en allocation d'une indemnité de procédure,

déclare le présent arrêt commun à la société d'investissement à capital variable IMMO-CROISSANCE SICAV-FIS et à la société RBC INVESTOR SERVICES BANK SA,

laisse les frais de l'instance à charge de la société à responsabilité limitée R CAPITAL S.à.r.l..