

Texte pseudonymisé

**Avertissement:** Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

**Arrêt N° 56/23 - IX - COM**

**Audience publique du onze mai deux mille vingt-trois**

**Numéro 38650 du rôle**

Composition:

Danielle POLETTI, premier conseiller président,  
Caroline ENGEL, conseiller,  
Laurent LUCAS, conseiller,  
Sammy SCHUH, greffier assumé.

**E n t r e :**

la société à responsabilité limitée **SOCIETE1.)** SARL, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

**appelante** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 19 avril 2012,

comparant par la société en commandite simple BONN STEICHEN & PARTNERS, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, représentée aux fins des présentes par *Maître Fabio TREVISAN*, avocat à la Cour, demeurant à Howald,

**e t :**

la société de droit islandais **SOCIETE2.)** h.f., anciennement SOCIETE3.) h.f., établie et ayant son siège social à, IS-ADRESSE2.), Islande, inscrite au registre islandais sous le numéro NUMERO2.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, sinon par ses organes statutaires actuellement en fonctions, sinon par ses organes légaux actuellement en fonctions,

**intimée** aux fins du prédit exploit BIEL du 19 avril 2012,

comparant par la société en commandite simple KLEYR GRASSO, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, représentée aux fins des présentes par *Maître Marc KLEYR*, avocat à la Cour, demeurant à Strassen,

**en présence de :**

la société à responsabilité limitée **SOCIETE4.)** SARL, ayant succédé aux droits de SOCIETE5.) SA, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE3.), représentée par son gérant actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO3.),

**intervenante** suivant requête en intervention de la société anonyme ELVINGER HOSS PRUSSEN notifiée le 14 octobre 2021,

comparant par la société anonyme ELVINGER HOSS PRUSSEN, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, représentée aux fins des présentes par *Maître Yves PRUSSEN*, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

**LA COUR D'APPEL :**

**Exposé du litige**

Il convient de prime abord de résumer de manière succincte le contexte du litige et de présenter brièvement les différents protagonistes.

Le capital social du fonds SOCIETE6.), fonds d'investissement à capital variable de droit luxembourgeois, était détenu en 2008 pour les deux tiers par la société de droit islandais SOCIETE7.) h.f. (ci-après *SOCIETE7.)*) et pour un tiers par la société anonyme de droit luxembourgeois SOCIETE8.) SA (ci-après *SOCIETE8.)*).

Le 31 juillet 2008, le fonds s'est vu accorder un prêt de 122.000.000.- euros par la société anonyme SOCIETE5.) SA (ci-après *SOCIETE5.)*) filiale de la société maison-mère SOCIETE7.). Incapable de rembourser ce prêt venu à échéance le 31 octobre 2008 un nouveau prêt de 123.000.000.- euros remplaçant le premier lui a été accordé par la même banque le 19 décembre 2008 avec une période d'utilisation dont l'échéance fut fixée au 30 janvier 2009.

Durant la crise financière de 2008, SOCIETE7.) a été placée le 9 octobre 2008 par l'autorité de surveillance islandaise sous le contrôle d'un comité d'administration provisoire investi de l'intégralité des pouvoirs du conseil d'administration et chargé notamment de la continuation de la gestion des activités de ladite banque comme banque commerciale en Islande. SOCIETE7.) ayant été restructurée, ses actifs non toxiques, dont ceux faisant l'objet du présent litige, ont été transférés à la banque de droit islandais SOCIETE3.) h.f.

(ci-après *SOCIETE3.*) qui a pris le 23 novembre 2009 la dénomination sociale d'*SOCIETE2.*) h.f. (ci-après *SOCIETE2.*)).

*SOCIETE5.*) a été, quant à elle, placée sous le régime du sursis de paiement par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 9 octobre 2008 et scindée en date du 10 juillet 2009 en deux entités, à savoir la société anonyme *SOCIETE10.*) SA (ci-après *SOCIETE10.*) et la société à responsabilité limitée *SOCIETE4.*) SARL (ci-après *SOCIETE4.*) qui est entrée ainsi pour les faits intéressant le présent litige dans les droits et obligations de *SOCIETE5.*)

Moyennant deux contrats de cession (Share Purchase Agreement, ci-après SPA), l'un signé le 11 décembre 2008 avec *SOCIETE8.*) et l'autre le 12 décembre 2008 avec *SOCIETE3.*) (ces deux contrats ayant été amendés par un avenant du 19 décembre 2008), la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois *SOCIETE1.*) SARL (ci-après *SOCIETE1.*)), ayant *PERSONNE1.*) comme bénéficiaire économique et gérant unique, a acquis l'intégralité du capital social d'*SOCIETE6.*) et a pris son contrôle dès le 19 décembre 2008 en garantissant le nouvel emprunt ayant porté sur 123.000.000.- euros.

Par un avenant du 19 décembre 2008, *SOCIETE8.*) s'est vu accorder deux garanties émises par *SOCIETE1.*) et par *PERSONNE1.*) pour garantir le paiement du prix de vente des actions *SOCIETE6.*). Par un avenant du même jour, *SOCIETE3.*) s'est vue accorder des sûretés réelles et personnelles, à savoir : la constitution par *SOCIETE1.*) de deux gages sur l'ensemble des actions du fonds et la constitution d'une garantie d'*PERSONNE1.*), actionnaire unique de *SOCIETE1.*), pour toute somme redue à *SOCIETE2.*) en vertu du SPA jusqu'à un montant en principal de 6.000.000.- euros.

*SOCIETE5.*) a informé le 3 février 2009 *SOCIETE1.*) que le prêt portant sur 123.000.000.- euros lui accordé avec valeur au 30 janvier 2009 était dénoncé pour non-accomplissement de deux conditions résolutoires au 31 janvier 2009.

*SOCIETE1.*) n'ayant pas honoré les échéances de paiement, *SOCIETE3.*), devenue entretemps *SOCIETE2.*), a exercé son droit de gage sur celles des actions gagées en sa faveur en date du 5 octobre 2009. Elle les a par la suite cédées à *SOCIETE4.*) pour la somme de 175.000.- euros.

Suite à la dénonciation du prêt, différentes actions ont été intentées, les unes en vertu de l'emprunt dénoncé (les assignations de *SOCIETE5.*) et de *SOCIETE1.*) contre *SOCIETE1.*), respectivement *SOCIETE4.*)), les autres en vertu des contrats de cession (les assignations d'*SOCIETE2.*) et *SOCIETE8.*) contre *SOCIETE1.*) et *PERSONNE1.*)). Ces actions ont donné lieu à 4 jugements des 27 janvier 2012, 19 décembre 2012, 23 janvier 2013 et 10 juillet 2013.

Statuant sur :

- l'appel interjeté par SOCIETE1.) le 19 avril 2012 contre le jugement N° 145/12 du 27 janvier 2012 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg ayant statué par défaut à son égard et l'ayant condamnée, en sa qualité de cessionnaire, à payer à SOCIETE2.) la somme de 6.000.000.- euros avec les intérêts conventionnels à 7,5% l'an à partir du 28 février 2009 jusqu'à solde, dont à déduire la somme de 175.000.- euros reçue le 15 décembre 2009 et une indemnité de procédure de 750.- euros (*rôle 38.650*) ;

- l'appel interjeté par SOCIETE1.) et PERSONNE1.) le 21 février 2013 contre le jugement N° 30/2013 du 23 janvier 2013 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg les ayant condamnés in solidum à payer à la SOCIETE8.) le montant de 1.500.000.- euros, avec les intérêts légaux à partir du 31 janvier 2010 jusqu'à solde, et une indemnité de procédure de 1.000.- euros (*rôle 39.637*) ;

- l'appel interjeté par PERSONNE1.) le 6 mars 2013 contre le jugement N° 1472/2012 du 19 décembre 2012 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg l'ayant condamné à payer à SOCIETE2.) la somme de 5.825.000.- euros, avec les intérêts au taux conventionnel de 7,5% sur la somme de 1.500.000.- euros du 28 février 2009 au 30 juin 2009, sur la somme de 3.000.000.- euros du 30 juin 2009 au 15 décembre 2009, sur la somme de 2.825.000.- euros du 16 décembre 2009 au 29 juillet 2010 et sur la somme de 5.825.000.- euros à partir du 30 juillet 2010 jusqu'à solde (*rôle 39.729*) ;

- et enfin l'appel interjeté par SOCIETE4.) le 31 juillet 2013 contre le jugement N° 1089/13 du 10 juillet 2013 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg l'ayant condamnée à payer à SOCIETE1.) la somme de 15.000.- euros, avec les intérêts légaux à partir du jugement jusqu'à solde et lui ayant ordonné de restituer à SOCIETE1.) la totalité des actions qu'elle s'est appropriées suite aux gages réalisés endéans le mois après la signification du jugement, sous peine d'une astreinte de 10.000.- euros par jour de retard, plafonnée à 13.000.000.- d'euros (*rôle 40.437*) ;

la Cour, par arrêt N° 132/17 – IV - COM du 12 juillet 2017, a :

- quant à l'appel dirigé contre le jugement du 10 juillet 2013 (*rôle 40437*), dit non fondé l'appel interjeté par SOCIETE4.) et confirmé le jugement, sauf à préciser que la restitution des actions du fonds SOCIETE6.) en faveur de SOCIETE1.) portera sur les 31.673 actions qui ont fait l'objet du gage réalisé par SOCIETE4.) ;

- quant à l'appel dirigé contre le jugement du 23 janvier 2013 (*rôle 39637*), dit non fondé l'appel interjeté par PERSONNE1.) et SOCIETE1.) et confirmé le jugement ;

- quant à l'appel dirigé contre le jugement du 27 janvier 2012 (*rôle 38650*), dit non fondé l'appel incident d'SOCIETE2.), quant à l'appel principal de SOCIETE1.), a ordonné avant tout autre progrès en cause une expertise avec pour mission dans un rapport écrit et motivé de déterminer la « *fair market value* » (telle que définie page 63 de l'arrêt) des actions SOCIETE6.) au 5 octobre 2009 et nommé à ces fins Paul LAPLUME, expert-comptable ;

- quant à l'appel dirigé contre le jugement du 19 décembre 2012 (*rôle* 39729), dit non fondé l'appel principal d'PERSONNE1.), dit partiellement fondé l'appel incident d'SOCIETE2.), réformant, condamné PERSONNE1.) à payer à SOCIETE2.) la somme de 6.000.000.- euros, avec les intérêts conventionnels de 7,5% l'an à compter du 28 février 2009, dont à déduire le montant de 175.000.- euros payé le 15 décembre 2009, ce montant étant à imputer par priorité sur les intérêts courus jusqu'à cette date.

Le 27 septembre 2017, SOCIETE4.) a formé un pourvoi en cassation contre l'arrêt N° 132/17 – IV - COM du 12 juillet 2017 en tant que rendu entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.). Par arrêt N° 27/2019 du 14 février 2019, la Cour de cassation a rejeté ledit pourvoi.

Par ordonnance du 17 novembre 2017, Jean-Marc FABER a été nommé expert en remplacement de Paul LAPLUME qui a décliné sa mission par courrier du 14 juillet 2017. Il a déposé son rapport daté du 12 juin 2019 au greffe de la Cour le 14 juin 2019.

Statuant ensuite sur une requête en interprétation de l'arrêt N° 132 /17 – IV - COM du 12 juillet 2017 introduite par SOCIETE1.) le 19 janvier 2018, la Cour, par arrêt N° 47/18 – IV - COM du 28 mars 2018, a dit que la remise en état pour être intégrale s'applique aux actions du fonds SOCIETE6.) que SOCIETE1.) détenait et à la qualité d'actionnaire en découlant, le tout avec effet au 19 décembre 2008.

Le 22 juin 2018, SOCIETE4.) a formé un pourvoi en cassation contre l'arrêt N° 47/18 – IV - COM du 28 mars 2018. Par arrêt N° 78/2019 du 2 mai 2019, la Cour de cassation a rejeté ledit pourvoi.

Sur ce, SOCIETE1.) et SOCIETE2.) ont conclu de part et d'autre sur la validité et le fondement de l'expertise judiciaire FABER.

Faisant valoir avoir un intérêt à suivre la procédure SOCIETE1.) - SOCIETE2.) (*rôle* 38.650), SOCIETE4.) a demandé par courrier du 9 juillet 2021, réitéré le 22 septembre 2021, à se voir émettre un échéancier pour prendre position quant au rapport d'expertise judiciaire FABER.

Par avis des 16 juillet et 4 octobre 2021, le magistrat de la mise en état a refusé de faire droit à cette demande pour défaut d'intérêt, les seuls points restant en discussion dans la procédure ne semblant pas concerner SOCIETE4.).

Par requête en intervention du 14 octobre 2021, SOCIETE4.) a déclaré intervenir dans l'instance opposant SOCIETE1.) à SOCIETE2.) dans la mesure où suite à l'arrêt N° 132/17 – IV - COM du 12 juillet 2017 précité elle n'en ferait plus partie.

L'instruction a été clôturée par ordonnance du 18 octobre 2022 et les mandataires des parties ont été informés que l'affaire serait plaidée à l'audience du 4 janvier 2023.

Le 22 décembre 2022, le magistrat de la mise en état a ordonné la révocation de l'ordonnance de clôture du 18 octobre 2022 pour permettre aux parties de conclure sur la recevabilité de la requête en intervention du 14 octobre 2021.

L'instruction a, à nouveau, été clôturée par ordonnance du 24 février 2023 et les mandataires des parties ont été informés que l'affaire serait plaidée à l'audience du 29 mars 2023.

Le magistrat rapporteur a été entendu en son rapport oral lors de l'audience du 29 mars 2023, à laquelle l'affaire a été prise en délibéré.

## **Appréciation de la Cour**

### *- Délimitation du litige*

S'agissant du contexte dans lequel s'inscrit le présent litige, il y a lieu de relever que la Cour ne reste saisie que de l'appel principal de SOCIETE1.) dirigé contre le jugement N° 145/12 du 27 janvier 2012 l'ayant condamnée à payer à SOCIETE2.) le prix d'actions détenues dans le capital social d'SOCIETE6.) en exécution du contrat de cession d'actions conclu en date du 12 décembre 2008. Il s'agit du rôle 38.650.

Pour rappel, l'appelante reproche à SOCIETE2.) d'avoir procédé à une valorisation entachée d'une erreur manifeste, sinon frauduleuse, des actions gagées en sa faveur et soutient que la réalisation de son gage par SOCIETE2.) au 5 octobre 2009 a largement suffi à la désintéresser et a ce faisant définitivement éteint l'obligation de paiement de SOCIETE1.) à l'égard d'SOCIETE2.).

Les parties s'opposant sur la valorisation de l'action SOCIETE6.), une expertise a été ordonnée par arrêt N° 132/17 – IV - COM du 12 juillet 2017 dont la validité reste maintenant à toiser.

Les autres questions juridiques faisant l'objet des débats des différents protagonistes ayant menés à l'arrêt précité du 12 juillet 2017 ayant été définitivement tranchées par ledit arrêt, il n'y a plus lieu d'y revenir.

### *- Intervention volontaire*

La Cour est amenée à analyser en premier lieu si l'intervention volontaire de SOCIETE4.) est recevable.

Se prévalant entre autre des articles 153, 154, 483 et 592 du Nouveau Code de procédure civile, SOCIETE1.) conclut à la nullité, sinon à l'irrecevabilité de la requête en intervention de SOCIETE4.). Selon l'appelante, la requête serait nulle pour libellé obscur dès lors qu'il ne résulterait pas de manière claire et précise d'une part, quel serait le lien entre la présente affaire et l'intervention volontaire de SOCIETE4.) et d'autre part, quels seraient les intérêts de cette dernière à intervenir dans la présente procédure. Elle serait encore nulle pour non-respect des règles procédurales, alors qu'une intervention volontaire active faisant état

de nouvelles prétentions dans le chef de SOCIETE4.) ne serait pas possible en degré d'appel. Elle serait enfin irrecevable en l'absence d'intérêt et de qualité à agir de l'intervenante.

Aux vœux de l'article 483 du Nouveau Code de procédure civile, l'intervention sera formée par requête qui contiendra les moyens et conclusions, dont il sera donné copie ainsi que des pièces justificatives.

Le procès met normalement en présence deux parties, l'une demanderesse, et l'autre défenderesse. Mais il arrive souvent que, durant le cours de l'instance, des tiers interviennent. Leur intervention peut être volontaire, comme celle en l'espèce, ou forcée.

La requête doit être motivée. Elle doit indiquer les nom, prénom, profession et domicile de l'intervenant. Elle doit contenir les moyens et conclusions, ainsi qu'une constitution d'avoué. Une copie des pièces justificatives doit y être annexée (Dalloz, Répertoire de procédure civile et commerciale, verbo Intervention, n°46).

Concernant la requête en intervention de SOCIETE4.), la Cour constate que celle-ci indique que SOCIETE4.) entend intervenir dans une procédure encore pendante devant la 9<sup>e</sup> chambre de la Cour concernant 17 parties et ayant donné lieu à l'arrêt du 12 juillet 2017 dont elle reprend le dispositif. Si la requête se réfère indistinctement aux numéros de rôle 38.650, 39.637, 39.729 et 40.437, il y a toutefois lieu de constater que seul le numéro 38.650 correspond au rôle actuellement encore soumis à l'appréciation de la Cour et que dans ce rôle, seules SOCIETE1.) et SOCIETE2.) sont parties, à l'exclusion des autres protagonistes figurant dans le prédit arrêt.

A ce titre, les longs développements en fait de l'intervenante (sur près de 23 pages et concernant essentiellement les agissements d'PERSONNE1.) en sa qualité de gestionnaire de SOCIETE1.)), qui n'ont pas de rapport avec le litige dont la Cour reste saisie, pour avoir été définitivement tranchés, ne sont ni pertinents, ni concluants pour la recevabilité de l'intervention.

Les développements de l'intervenante concernant le fond de l'affaire (plus précisément sur la teneur du rapport FABER) ne le sont pas non plus, étant donné qu'ils ne pourront être pris en considération qu'au cas où l'intervention serait jugée recevable.

Il résulte enfin de la requête en intervention (page 24) que celle-ci serait justifiée dans la mesure où SOCIETE4.) ayant été assignée en 2019, soit postérieurement à l'arrêt précité de 2017, par SOCIETE1.) en dommages et intérêts pour des inexécutions en rapport avec les actions SOCIETE6.), la détermination de la valeur desdites actions serait essentielle pour l'intervenante et ne saurait reposer sur une évaluation selon elle erronée telle que retenue par l'expert FABER.

La Cour entend en déduire que SOCIETE4.) craint que SOCIETE1.) puisse utiliser le rapport FABER, dont elle conteste les conclusions, dans des

procédures encore pendantes dirigées à son encontre et d'être ainsi désavantagée par rapport à l'appelante.

Au regard des éléments pré décrits, il résulte de manière suffisamment claire quel serait le lien entre l'affaire principale et l'intervention volontaire de SOCIETE4.) et dès lors quels seraient les intérêts de celle-ci à intervenir dans la présente procédure, de sorte que la nature et la portée de la requête en intervention de SOCIETE4.) restent sinon déterminées, du moins déterminables et ce malgré une motivation de la requête prêtant selon SOCIETE1.) à confusion.

L'intervention volontaire de SOCIETE4.), formée par voie de requête, est ainsi conforme à l'article 483 du Nouveau Code de Procédure Civile.

Si l'article 483 précité énonce les conditions de forme que doit remplir l'intervention volontaire, c'est l'article 594 du même code qui énonce la condition de fond qui doit être remplie si elle est formée pour la première fois en instance d'appel. En instance d'appel, l'intervention volontaire n'est recevable que de la part de ceux qui auraient droit de former tierce opposition contre la décision.

L'intervention active, par laquelle le tiers intervient pour prendre fait et cause pour le défendeur principal ou pour faire valoir ses propres droits en demandant à voir prononcer une condamnation à son profit, n'est pas possible pour la première fois en instance d'appel, puisqu'elle priverait l'adversaire d'un degré de juridiction (cf. Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, par Thierry HOSCHEIT, n° 1030).

Pour autant que SOCIETE4.), dans sa requête en intervention volontaire du 14 octobre 2021, prend manifestement fait et cause pour l'intimée, à savoir SOCIETE2.), cette intervention est irrecevable pour la première fois en instance d'appel.

L'intervention passive, par laquelle le tiers intervient pour suivre simplement l'instance et se faire déclarer le jugement commun pour préserver ses propres intérêts, en se joignant à la partie à laquelle ses intérêts sont liés, peut se faire en instance d'appel à condition que l'intervenant aurait pu faire tierce opposition contre le jugement attaqué (op. cit.).

Il résulte néanmoins clairement du dispositif de la requête en intervention, tel que relaté ci-après, que l'attitude de SOCIETE4.) est loin d'être purement passive.

En effet, le dispositif de la requête est libellé comme suit :

*« constater la nullité du moins partielle du rapport Faber, qui s'est écarté de la mission définie par l'arrêt du 12 juillet 2017 ;*

*constater que s'il n'y a aucun doute que pour PERSONNE1.) et SOCIETE1.) la valeur dite spéciale d'SOCIETE6.) était de 122 millions EUR, tel était le cas parce qu'ils n'avaient aucune intention de rembourser les dettes, mais de détourner les actifs à leur profit, la valeur de marché ou « fair market value » selon la définition retenue par la Cour était nulle, puisque SOCIETE6.) avait des dettes, qui étaient*

*supérieures à la valeur de marché des actifs, même sans tenir compte de la situation d'insolvabilité dans laquelle SOCIETE6.) s'était trouvée ;*

*rejeter les demandes de SOCIETE1.) et condamner SOCIETE1.) aux frais et dépens de l'instance. »*

La Cour note par ailleurs qu'SOCIETE2.) n'a, avant la requête en intervention de SOCIETE4.), jamais conclu à la nullité de l'expertise et que ce n'est que par conclusions du 4 novembre 2021 qu'elle sollicite désormais « *principalement dire nul le rapport Faber pour s'être écarté de la mission définie par l'arrêt du 12 juillet 2017* ». L'intervention de SOCIETE4.) ne vise dès lors nullement à simplement appuyer les prétentions d'SOCIETE2.), mais tend au contraire à faire valoir des droits qui lui sont propres.

Il s'ensuit que l'intervention volontaire de SOCIETE4.) est à déclarer irrecevable.

#### *- Validité du rapport FABER*

La mission de l'expert FABER était de déterminer la *fair market value* (telle que définie page 63 de l'arrêt) des actions SOCIETE6.) au 5 octobre 2009.

S'agissant de la définition de la *fair market value*, la Cour a retenu la définition contenue dans les *International Private Equity and Venture Capital Valuation Guidelines* (édition de décembre 2015) : « *Fair Value is the price that would be received to sell an asset in an orderly transaction between market participants given current market conditions at the measurement date.* »

Afin de déterminer cette *fair market value*, l'expert a appliqué la méthodologie suivante :

- Estimation de la *fair value* du portefeuille d'immeuble
- Addition des autres actifs
- Déduction des passifs

Pour déterminer la *fair value* des immeubles, de même que la somme des autres actifs et passifs, l'expert s'est basé sur la dernière valeur nette d'inventaire (VNI) mise à sa disposition et datée du 31 août 2009.

Suivant cette VNI, la *fair value* est estimée 111.422.640.- euros, les autres actifs à 52.310.449.- euros et les passifs (en ce compris la dette SOCIETE5.) pour 123.147.077.- euros) à 164.398.702.- euros. L'expert en a déduit une *fair value* d'SOCIETE6.) au 5 octobre 2009 de - 665.613.- euros.

Relevant ensuite le contexte particulier de l'expertise, l'expert FABER a néanmoins estimé que la *fair value* retenue ci-avant ne peut pas être appliquée telle quelle pour valoriser les titres faisant l'objet d'une garantie pour ne pas refléter la réalité économique des choses.

L'expert a ainsi expliqué que les actions SOCIETE6.) données en garantie contenant le prêt qu'elles garantissaient, cette même dette ne pourrait donc être

prise en compte pour l'évaluation de la garantie. Le contraire mènerait à la prise en compte de cette dette par deux fois (à noter que les conclusions de l'expert reposent pour l'essentiel sur un *legal opinion* de Maître Yann BADEN du 17 mai 2010).

Au vu de ce qui précède, l'expert a retenu une *fair value* des actions d'SOCIETE6.) au 5 octobre 2009 de 122.481.464.- euros [soit *fair value* du portefeuille d'immeubles de 111.422.640.- euros + les autres actifs de 52.310.449.- euros - les passifs (en ce non compris la dette SOCIETE5.) pour 123.147.077.- euros) de 41.251.625.- euros].

En conclusion, l'expert a indiqué avoir une préférence pour cette seconde approche.

Suivant ses conclusions récapitulatives du 8 août 2022, SOCIETE2.) conclut principalement à la nullité du rapport FABER au motif que l'expert s'est écarté de la mission lui confiée par la Cour. L'intimée reproche à l'expert de s'être basé sur un avis unilatéral de Maître Yann BADEN (préparé pour SOCIETE1.) du 17 mai 2020 pour écarter l'application de la *fair market value* telle que communément admise et expressément retenue par la Cour pour les besoins de sa mission et ainsi refuser de prendre en compte les dettes d'SOCIETE6.) envers SOCIETE5.) à hauteur de 123.147.077.- euros. Selon elle, les conclusions de l'expert ne reflèteraient que les théories développées par Maître Yann BADEN, lesquelles seraient formellement contestées pour soutenir essentiellement l'argumentaire de SOCIETE1.).

Subsidiairement, elle fait valoir que la Cour n'est pas liée par les conclusions erronées du rapport FABER reposant sur le fait que le créancier recevant les actions (en l'occurrence SOCIETE2.)) récupère une dette envers lui-même ce qui justifierait de ne pas prendre en compte la dette SOCIETE5.) à hauteur de 123.147.077.- euros. Elle reproche dans ce contexte à l'expert de ne pas avoir pris en compte l'avis contraire de SOCIETE11.) du 3 juin 2016 qui lui a pourtant été communiqué. Elle ajoute que le cas visé dans l'avis critiqué de Maître Yann BADEN n'est pas transposable dans la présente espèce pour constituer un cas de figure totalement différent. Pour appuyer son argumentation, elle se réfère encore aux avis indépendants de PERSONNE2.), réviseur d'entreprise agréé et expert-comptable, du 28 août 2020 et du Professeur PERSONNE3.) du 10 mars 2021.

SOCIETE2.) demande en conséquence à la Cour de s'écarter des conclusions de l'expert, de dire que la dette SOCIETE5.) à hauteur de 123.147.077.- euros doit être prise en compte et partant de dire que la *fair market value* des actions d'SOCIETE6.) au 5 octobre 2009 était négative (à savoir de – 665.613.- euros), sinon subsidiairement d'ordonner une nouvelle expertise, sinon plus subsidiairement d'ordonner un complément d'expertise.

SOCIETE1.), pour sa part, conclut dans ses conclusions récapitulatives du 16 septembre 2022 à l'entérinement pur et simple du rapport d'expertise FABER. Elle estime que l'intimée reste en défaut de démontrer une quelconque cause de nullité du rapport d'expertise. Elle poursuit en expliquant que les arguments de

l'intimée pour remettre en question les conclusions de l'expert ne sont ni sérieux, ni qualifiables de justes motifs et dénie dans ce contexte toute pertinence à l'avis du Professeur PERSONNE3.) qui fonderait selon elle son analyse sur un cas d'espèce différent en ce que les parties avaient contractuellement convenu du mode d'évaluation des actions. Elle verse de son côté un second avis de Maître Yann BADEN du 18 décembre 2020 prenant position sur l'avis de PERSONNE2.). Elle s'oppose à toute nouvelle mesure d'expertise.

Il y a lieu de rappeler les principes dégagés par la doctrine et la jurisprudence en matière de nullité de rapports d'expertise, à défaut de texte législatif précis en cette matière. Il est distingué entre trois sortes d'irrégularités, à savoir :

\* les irrégularités de fond portant atteinte à l'ordre public ; à titre d'exemple on peut citer l'expertise non accomplie personnellement par l'expert commis, l'expertise faite par une personne frappée d'une incapacité absolue d'être expert ;

\* les irrégularités frappant des formalités substantielles, celles dont l'inobservation porte atteinte aux intérêts de l'une des parties ; ces irrégularités se ramènent en principe au défaut du respect du caractère contradictoire de l'expertise ; défaut de convocation à la première réunion ou aux réunions ou opérations ultérieures, audition de « *sachants* » hors la présence des parties ou de leurs mandataires ;

\* enfin les irrégularités secondaires, dont l'inobservation ne préjudicie pas aux intérêts légitimes des parties ou aux droits de la défense et qui sont sans influence sur la validité de l'expertise ; les exemples cités par les auteurs sont: le retard dans le dépôt du rapport d'expertise, l'irrégularité dans la convocation aux réunions ou opérations d'expertise alors que les parties s'y sont présentées, le fait de ne pas avoir précisé l'identité du « *sachant* », comme l'impose l'article 299 de l'ancien code de procédure civile [article 442 du nouveau code de procédure civile], le fait d'avoir omis de mentionner les dires des parties en violation de l'article 329 du même code [article 472 du nouveau code de procédure civile], alors qu'il y a été implicitement répondu dans le rapport (cf. Tony MOUSSA, Dictionnaire juridique, Expertise en matière civile et pénale, 2e éd. p. 269 et suivantes; Jacques Voulet, La pratique des expertises judiciaires, sub I, Jugement après expertise; JCL Proc. civ. fasc. 662, nos 209 et suivants).

S'agissant de la nullité du rapport d'expertise pour dépassement de la mission, il y a lieu de relever qu'aux termes de l'article 438 du Nouveau Code de procédure civile, le technicien doit donner son avis sur les points pour l'examen desquels il a été commis. Il ne peut répondre à d'autres questions, sauf accord écrit des parties. Il ne doit jamais porter d'appréciations d'ordre juridique.

Cette disposition est identique à celle de l'article 238 du Nouveau Code de procédure civile français au sujet duquel la Cour de cassation française a retenu dans un arrêt du 11 juillet 1995 (ch. com. n° 89-14.197, JurisData : 1995-002370) que l'inobservation n'est pas sanctionnée de nullité et que, nonobstant le dépassement de sa mission par l'expert, les constatations faites par celui-ci constituent des éléments de preuve pouvant être retenus par le juge. Dans un

arrêt du 5 mars 2003 de la troisième chambre civile, la Cour de cassation française a encore décidé que les juges du fond sont en droit de s'approprier l'avis de l'expert, même si celui-ci a exprimé une opinion excédant les limites de sa mission (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 5 mars 2003, pourvoi n° 00-21931, bull. 2003, III, n° 55, p.52).

Ont été considérés comme ne justifiant pas la nullité d'une expertise le fait que le technicien soit allé au-delà de la mission qui lui était confiée et le fait que le technicien ait répondu à des questions qui ne lui étaient pas posées (voir en ce sens : Tony MOUSSA, Droit de l'expertise, 2009/2010, n° 231.133, pages 126 et 127).

En l'espèce, le fait que l'expert FABER ait analysé plusieurs approches pour déterminer la *fair value* pour finalement en retenir celle qui selon lui était la plus adaptée en l'espèce n'est pas en soi de nature à rendre ipso facto nul l'ensemble du rapport d'expertise.

La Cour constate à cet égard qu'il n'est pas contesté en cause que la question de la prise en compte de la dette d'SOCIETE6.) a fait l'objet d'un débat entre les parties dans le cadre de l'expertise.

Le moyen de nullité d'expertise tiré d'un prétendu dépassement de la mission par l'expert FABER tel que soulevé par SOCIETE2.) est partant à rejeter pour être non fondé.

S'agissant ensuite de la demande à voir écarter des débats le rapport de l'expert FABER au motif que ledit rapport ne serait ni pertinent, ni concluant, alors que l'expert n'aurait, en substance, pas répondu à la mission lui confiée, il est rappelé que les parties étant libres de contester les données du rapport du technicien en invoquant tout élément de nature à les mettre en doute, SOCIETE2.), en contestant les conclusions de l'expert FABER, ne fait qu'user d'un droit se trouvant à sa disposition.

Une mesure d'instruction est ordonnée par une juridiction en vue de lui fournir des éléments de renseignement nécessaires à la solution du litige, étant observé que si son contenu peut avoir une influence sur l'issue du litige, celle-ci n'est pas déterminante, l'article 446 du Nouveau Code de procédure civile disposant que le juge n'est pas lié par les constatations ou les conclusions du technicien. Les conclusions de l'expert n'ont dès lors qu'une valeur consultative, les juges auxquels est soumis l'examen d'un rapport disposant d'un pouvoir d'appréciation souverain et n'ayant à tenir compte de l'avis du technicien que dans la mesure où il leur paraît fondé. Si les juges sont libres de ne pas suivre l'avis de l'expert si leur conscience s'y oppose, il n'en reste pas moins qu'ils ne doivent s'écarter des conclusions de l'expert judiciaire qu'avec la plus grande circonspection et uniquement dans le cas où il existe des éléments sérieux permettant de conclure qu'il n'a pas correctement analysé toutes les données qui lui ont été soumises.

La Cour constate d'abord que la méthodologie appliquée par l'expert pour déterminer la *fair market value* n'est pas remise en cause par les parties. Il en va de même de l'estimation des actifs, en ce compris le portefeuille d'immeuble,

arrêtée sur base de la dernière valeur nette d'inventaire (VNI) datée du 31 août 2009.

Les débats des parties sont essentiellement centrés sur la nécessité ou non de faire abstraction de la dette d'SOCIETE6.) vis-à-vis de SOCIETE5.) pour le calcul du passif à déduire.

A cet égard, la Cour relève que si l'expert conclut que cette seconde approche (à savoir la non-prise en compte de la dette) a sa préférence, il n'explique néanmoins pas pour quelles raisons le créancier (en l'occurrence, SOCIETE2.) récupère une dette envers lui-même, ni de quelle façon sa créance est automatiquement éteinte. Il se contente de renvoyer au rapport BADEN du 17 mai 2010.

SOCIETE2.) verse différents avis retenant la thèse contraire : avis SOCIETE11.) du 3 juin 2016, avis PERSONNE2.) du 28 août 2020 et avis PERSONNE3.) du 10 mars 2021.

SOCIETE1.) verse un second avis BADEN du 18 décembre 2020 pour défendre la thèse retenue par l'expert judiciaire.

Il est à remarquer que comme toute autre pièce, un rapport unilatéral mérite examen et considération, étant précisé que les juridictions conservent toute leur liberté d'appréciation quant à la valeur probante de ces documents, cette liberté d'appréciation étant mise en œuvre avec plus de rigueur à l'égard d'un rapport unilatéral qu'à l'égard d'un rapport contradictoire. Un rapport d'expertise unilatéral vaut comme élément de preuve, à condition d'avoir été régulièrement communiqué et soumis à la libre discussion des parties, respectivement à condition que les droits de la défense de la partie à laquelle on l'oppose soient suffisamment sauvegardés, étant précisé que le juge du fond n'est admis à fonder sa décision sur les renseignements consignés dans un rapport unilatéral que pour autant qu'ils sont corroborés par d'autres éléments.

Aucun élément pertinent de la cause ne permettant d'écarter les rapports unilatéraux visés ci-avant, ils peuvent dès lors être pris en compte par la Cour.

La Cour constate d'abord qu'il résulte de l'avis SOCIETE11.) du 3 juin 2016 que l'analyse reprise dans le rapport SOCIETE12.) du 17 mai 2010 (pages 4 et 5) se basant sur celle de Maître BADEN est erronée et que la dette SOCIETE5.) doit obligatoirement figurer au titre du passif à déduire.

A noter qu'il n'est pas contesté que l'expert FABER a été mis en possession de cette pièce et n'en a pas tenu compte pour l'élaboration de ses conclusions.

Il ressort ensuite de l'avis PERSONNE2.) que les conclusions de l'expert FABER sont critiquables à deux niveaux : d'une part, elles reposent sur le postulat inexact que la réalisation du gage, même régulière, emporte extinction automatique de la créance et d'autre part, elles occultent le fait qu'SOCIETE2.) n'a jamais été créancière d'SOCIETE6.), mais seulement de SOCIETE1.), et ce à la différence de SOCIETE5.).

Le second avis BADEN du 18 décembre 2020 n'est à cet égard pas concluant, l'allégation suivant laquelle SOCIETE2.) ne serait pas un tiers de bonne foi restant à ce stade à l'état de simple allégation.

Dans son avis du 10 mars 2021, le Professeur PERSONNE3.) souligne également que l'expert FABER ne distingue pas clairement les relations juridiques distinctes nouées, d'un côté, entre SOCIETE5.) et SOCIETE6.), et de l'autre côté, entre SOCIETE2.) et SOCIETE1.). Après avoir examiné la nature et l'étendue de ces relations, il en déduit que les deux prémisses sur lesquelles s'est reposé l'expert FABER, à savoir, 1) que lorsqu'un créancier gagiste s'approprie les actions de son propre débiteur, il est obligé d'en déterminer la valeur en faisant abstraction de sa créance et 2) que la créance d'SOCIETE2.) sur SOCIETE1.) se trouve impactée par la dette d'SOCIETE6.) vis-à-vis de SOCIETE5.) sont inexactes rejoignant en cela les avis SOCIETE11.) et PERSONNE2.).

Le rapport d'expertise FABER du 12 juin 2019 est partant incomplet à cet égard.

La Cour entend à nouveau relever que lorsque le rapport s'avère être incomplet ou ne répond pas à toutes les questions, il n'encourt pas la nullité, mais ses lacunes doivent être comblées par un complément d'expertise.

Au vu des éléments du dossier, des conclusions de l'expert judiciaire, et eu égard aux avis versés au dossier, ainsi qu'aux critiques formulées par SOCIETE2.), au demeurant non dénuées de fondement, et pour permettre tant à l'expert et aux parties d'y prendre position qu'à la Cour de se forger une opinion définitive (lui permettant le cas échéant de confirmer les conclusions de l'expert FABER et d'écarter comme non pertinentes les contestations d'SOCIETE2.)), il y a lieu, avant tout autre progrès en cause, d'instaurer un complément d'expertise pour permettre à l'expert FABER de déterminer la valorisation des actions d'SOCIETE6.) dans l'optique d'un tiers (SOCIETE2.) à la relation créancier gagiste (SOCIETE5.) – débiteur (SOCIETE1.) – entité dont les actions ont été gagées (SOCIETE6.), le tout en tenant compte des avis SOCIETE11.) du 3 juin 2016, PERSONNE2.) du 28 août 2020, BADEN du 18 décembre 2020 et PERSONNE3.) du 10 mars 2021.

Il y a lieu de surseoir à statuer quant au surplus de la demande et de réserver les frais.

## **PAR CES MOTIFS**

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

vu l'arrêt N° 132/17 – IV - COM du 12 juillet 2017 ;

vu le rapport d'expertise FABER du 12 juin 2019 ;

déclare irrecevable l'intervention volontaire de la société à responsabilité limitée SOCIETE4.) SARL ;

dit qu'il n'y a pas lieu à nullité du rapport d'expertise FABER du 12 juin 2019 ;

avant tout autre progrès en cause,

ordonne un complément d'expertise et renvoie le dossier devant l'expert Jean-Marc FABER pour prendre position sur la valorisation des actions d'SOCIETE6.) en tenant compte de la motivation du présent arrêt (pages 9 à 14) ;

fixe la provision à valoir sur les honoraires et frais de l'expert au montant de 1.500.- euros ;

ordonne à la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) SARL de payer ladite provision à l'expert au plus tard le **31 mai 2023** et d'en justifier au greffe de la Cour sous peine de poursuite de l'instance selon les dispositions de l'article 468 du Nouveau Code de procédure civile ;

charge le premier conseiller Danielle POLETTI du contrôle de cette mesure d'instruction ;

dit que si les honoraires de l'expert devaient dépasser le montant de la provision versée, il devra en avertir ledit magistrat et ne continuer ses opérations qu'après paiement ou consignation d'une provision supplémentaire ;

dit que si l'expert rencontre des difficultés dans l'exécution de sa mission, il devra en référer au même magistrat ;

dit que dans l'accomplissement de sa mission, l'expert pourra s'entourer de tous renseignements utiles et avoir recours à l'avis de tiers ;

dit que le paiement de la provision se fait sans préjudice du droit de taxation des honoraires et frais ;

dit que l'expert déposera son rapport au greffe de la Cour, après paiement de la provision et, le cas échéant, de la provision supplémentaire au plus tard le **15 juillet 2023** ;

dit que, le cas échéant, l'expert demandera au magistrat commis un report de la date de dépôt en indiquant sommairement les motifs qui empêchent le dépôt dans le délai prévu ;

dit qu'en cas d'empêchement de l'expert il sera procédé à son remplacement par ordonnance du magistrat chargé du contrôle de la mesure d'instruction ;

réserve le surplus et les frais.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Danielle POLETTI, premier conseiller président, en présence du greffier assumé Sammy SCHUH.